



HAL
open science

Rapport final de recherche "Archéologie & bien commun. Figures de la propriété et du préjudice archéologiques" - Mission de recherche Droit & Justice, juin 2021

Vincent Negri

► **To cite this version:**

Vincent Negri. Rapport final de recherche "Archéologie & bien commun. Figures de la propriété et du préjudice archéologiques" - Mission de recherche Droit & Justice, juin 2021. Rapport n°17-35, Mission de recherche Droit & Justice. 2021. hal-04451011

HAL Id: hal-04451011

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-04451011>

Submitted on 11 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



école
normale
supérieure
paris-saclay



MISSION DE RECHERCHE
Droit & Justice

Soutenu
par



**MINISTÈRE
DE LA CULTURE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Rapport n° 17.35

Juin 2021

Rapport final de recherche

ARCHÉOLOGIE & BIEN COMMUN

Figures de la propriété et du préjudice archéologiques

Sous la direction de : Vincent Négri, Chercheur à l'Institut des Sciences sociales du Politique, UMR 7220

avec le concours de :

Marie Cornu, Directrice de recherche au CNRS, Institut des Sciences sociales du Politique, UMR 7220

Élisabeth Fortis, Professeure émérite des universités, Université Paris Nanterre

Ont également contribué à ce rapport de recherche :

- Kévin Daligault, chargé d'études, Institut des Sciences sociales du Politique, UMR 7220
- Maylis Desrousseaux, maître de conférences en droit public, Conservatoire National des Arts et Métiers, Le Mans
- Manlio Frigo, professeur de droit international, *Università degli Studi*, Milan
- Guillaume Lambert, doctorant, Institut des Sciences sociales du Politique, UMR 7220
- Anthony Saillard, doctorant, Institut des Sciences sociales du Politique, UMR 7220
- Sophie Vigneron, professeure de droit, *University of Kent*, Canterbury

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 217.12.15.31 en date du 15 décembre 2017). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.

Remerciements

Cette recherche a pu être entreprise et menée à bien grâce aux soutiens de la Mission de recherche Droit et Justice et de la Sous-direction de l'archéologie (Direction générale des patrimoines et de l'architecture, ministère de la Culture – Paris).

Les auteurs du rapport remercient les personnes suivantes pour les éclairages apportés à l'occasion d'échanges et d'entretiens :

- Isabelle Aubrun, attachée de direction, stratégie et coordination (DRAC Hauts de France)
- Morgan Belzic, chargé d'étude et de recherche à l'Institut national d'histoire de l'art (Paris)
- Viviane Billard, chargée d'études documentaires, sous-direction de l'archéologie (ministère de la culture – Paris)
- Iris Boh, adjointe au sous-directeur de l'archéologie (ministère de la Culture – Paris)
- Christophe Bourdès, Office central de lutte contre le trafic de biens culturels
- Yann Brun, conseiller sûreté de l'archéologie et des archives (ministère de la Culture – Paris),
- Carlo Chiaromonte, chef des Divisions du droit pénal et de l'anti-terrorisme, Direction générale Droits de l'Homme et État de droit (Conseil de l'Europe)
- Marie-Sophie de Clippele, chargée de recherche à l'Université Saint-Louis (Bruxelles)
- Frédéric Clot, substitut général, Cour d'appel de Poitiers
- Alice Denolle, chargée de mission au bureau des affaires juridiques à la direction générale des patrimoines (ministère de la Culture – Paris)
- Aude-Solveig Epstein, maître de conférences en droit privé (Université de Paris Nanterre)
- Anne Fornerod, chargée de recherche au CNRS (UMR 7354 DRES - Droit, religion, entreprise et société)
- Frédérique Fromentin, conservateur du patrimoine, sous-direction de l'archéologie (ministère de la Culture – Paris)
- Clémentine Gutron, chargée de recherche au CNRS (Centre Alexandre Koyré – UMR 8560)
- Michel L'Hour, directeur du Département des recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines (ministère de la Culture)
- Anne Lehoërff, vice-présidente du Conseil national de la recherche archéologique, professeure d'archéologie – chaire de Protohistoire européenne (Université de Lille)
- Damien Leroy, conservateur du patrimoine, sous-direction de l'archéologie (ministère de la Culture – Paris)
- Lorenza Lissa-Geay, docteure en droit privé et sciences criminelles (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et *Università degli studi* – Ferrare, Italie)
- Alice Lopes Fabris, docteure en droit (Institut des Sciences sociales du Politique, UMR 7220)
- Antoinette Maget Dominicé, professeure de droit, Institut d'histoire de l'art, Université Ludwig-Maximilian (Munich)
- Gilles J. Martin, professeur émérite (Université Nice-Sophia Antipolis)

- Kathrin Merkle, chef de la Division de la culture et du patrimoine culturel, Direction générale de la démocratie (Conseil de l'Europe)
- Vincent Michel, professeur d'archéologie (Université de Poitiers)
- Delphine Misonne, professeure (Université Saint-Louis Bruxelles), Directrice du Centre d'Étude du Droit de l'Environnement (CEDRE)
- Vanessa Monteillet, maître de conférences en droit privé (Université de Nîmes)
- Véronique Moulinié, directrice de recherche CNRS (UMR 9022 Héritages : Patrimoine/s, Culture/s, Création/s)
- France Nerlich, directrice du département des études et de la recherche à l'Institut national d'histoire de l'art (Paris)
- Thierry Odiot, ingénieur d'études (Service régional de l'archéologie, DRAC Occitanie)
- Valentin Payraud, inspecteur des douanes, Service d'enquêtes judiciaires des Finances
- Catherine Rigambert, magistrat (Paris)
- Judith Rochfeld, professeure de droit privé, Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
- Sylvie Sagnes, chargée de recherches au CNRS (UMR 9022 Héritages : Patrimoine/s, Culture/s, Création/s)
- Nathan Schlanger, professeur d'archéologie (Ecole nationale des chartes)
- Alain Schnapp, professeur émérite d'archéologie (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
- Didier Touzelin, chef du bureau des affaires juridiques à la Direction générale des patrimoines et de l'architecture (ministère de la Culture – Paris)
- Noé Wagener, professeur de droit public (Université Paris-Est Créteil)

INTRODUCTION	7
I. LE PIVOT DE LA RECHERCHE SUR <i>ARCHEOLOGIE ET BIEN COMMUN</i> :	
LA NOTION DE PATRIMOINE ARCHEOLOGIQUE	7
A. Les déterminations d'un intérêt archéologique.....	8
B. Les lieux archéologiques du commun	11
C. La production de la connaissance : la documentation archéologique et les données scientifiques	20
II. LES OBJECTIFS DE LA RECHERCHE :	
UN DEBORDEMENT DES CATEGORIES CLASSIQUES DU DROIT DE L'ARCHEOLOGIE	26
<i>Première partie – QUESTIONNER LA PROPRIETE ARCHEOLOGIQUE</i>	
I. LE PATRIMOINE ARCHEOLOGIQUE AU PRISME DE LA PROPRIETE	
A. Les décalages entre besoins de protection et modes de qualification en matière archéologique	29
B. La prise en compte de l'intérêt commun dans un contexte de pluralité de propriétaires des corpus archéologiques	35
C. Autres figures dans le droit positif.....	51
D. Le régime de la documentation archéologique	61
II. LA PROPRIETE ARCHEOLOGIQUE AU PRISME DES COMMUNS	
A. Les communs comme ressource heuristique pour penser l'archéologie	71
B. Chantiers de réflexion.....	78
<i>Deuxième partie – REPENSER LES RESPONSABILITES SUR LE PATRIMOINE ARCHEOLOGIQUE</i>	
I. LA DISTRIBUTION DES RESPONSABILITES DE SAUVEGARDE, D'ETUDES ET D'ACCES AU PATRIMOINE ARCHEOLOGIQUE	
A. Les prémisses.....	92
B. Le recours à l'autorité publique garante d'un intérêt collectif.....	99
C. Les responsabilités subsidiaires des collectivités territoriales.....	111
D. Une jurisprudence faible de la CEDH : une responsabilité de l'État dépourvue d'obligations.....	114
E. Refonder la responsabilité de l'État ?	117

II. LA RESPONSABILITE EN CAS D'ATTEINTE AU PATRIMOINE ARCHEOLOGIQUE	120
A. La commission d'une infraction protégeant le patrimoine archéologique comme fait générateur.....	120
B. Les actions en réparation des atteintes	133
C. Les difficultés de mise en œuvre des actions.....	149
III. INVENTER UN PREJUDICE ARCHEOLOGIQUE	154
A. Fondement des actions.....	154
B. Vers la reconnaissance d'un préjudice archéologique.....	161
TABLEAU DES PRINCIPALES INFRACTIONS EN MATIERE ARCHEOLOGIQUE	165
SYNTHESE DES PROPOSITIONS	187
BIBLIOGRAPHIE	195
TABLE DES MATIERES	209

INTRODUCTION

Le droit de l'archéologie développe une économie normative particulière dans le corpus des législations sectorielles – monuments historiques, archives, musées, sites et espaces protégés – qui composent l'architecture primaire du droit du patrimoine. Alors que la notion de conservation matérielle, adossée aux concepts d'authenticité et d'intégrité, est cardinale dans ces législations sectorielles et constitue la matrice des politiques de protection du patrimoine que fondent ces législations sectorielles, le droit de l'archéologie propose une texture différente du principe de conservation.

Jusqu'au XIX^e siècle, la pratique de l'archéologie s'accordait peu ou prou avec un principe de conservation, tel qu'il découlait de la protection des monuments historiques ; c'était alors une archéologie d'antiquaires et de conservateurs de musées dont les plus érudits confrontaient leurs observations de l'objet archéologique et interprétaient ce dernier par sa description à travers des référentiels typologiques, à l'instar du *Recueil d'antiquités égyptiennes, étrusques, grecques et romaines* publié par le Comte de Caylus à partir de 1752 ou des travaux de l'archéologue danois Christian Jürgensen Thomsen, auquel nous devons le classement en trois âges – âge de la pierre, du bronze, du fer – qui a fondé un pan de la discipline. L'archéologie est alors concentrée sur l'étude des collections – techniques de fabrication et typologie des objets par l'analyse de la morphologie et des usages.

Sous la poussée des études préhistoriques, dans la seconde moitié du XIX^e siècle et à l'orée du XX^e siècle, la stratigraphie – position des objets dans l'épaisseur du gisement – devient une nouvelle matrice de la connaissance archéologique, Le travail de classification et l'analyse typologique de séries d'objets sont remisés en arrière-plan ; c'est au cours de la recherche sur le terrain – au moment même de la fouille – que la connaissance est produite par l'analyse stratigraphique. C'est dans cette conversion des modalités de la recherche que se dessinent les contours de la notion d'intérêt archéologique, qui, dès ses prémisses, va projeter l'idée d'un commun en surplomb des intérêts privés ou catégoriels.

I. Le pivot de la recherche sur archéologie et bien commun : la notion de patrimoine archéologique

La notion de patrimoine archéologique se construit en miroir du droit de l'archéologie et de sa texture. Cette notion agrège les figures de l'intérêt archéologique dont les déterminations ont varié suivant l'évolution de la pratique de cette discipline (A), du collectionnisme à la construction d'une démarche scientifique de fouille adossée à un référentiel méthodologique. Elle est également marquée par la singularité des espaces qui renferment le patrimoine archéologique ; en premier lieu c'est l'enfouissement, à partir duquel s'est installée la notion de gisement ; c'est également la substance du sol, autrement nommé *le contexte* par l'article L. 510-1 du Code du patrimoine qui pose la définition du patrimoine archéologique. Mais cette définition législative ne résume pas la notion ; celle-ci est armée par un double registre de bien commun (B) dont ne rend pas compte l'article L. 510-1 susmentionné.

La notion de patrimoine archéologique est également, de manière primordiale, le support de la production de connaissance, à partir d'un impératif documentaire consubstantiel à la fouille (C).

La question de la documentation archéologique et des données scientifiques ne loge pas en périphérie de la notion de patrimoine archéologique ; documentation archéologique et données scientifiques en sont la matrice, à partir de laquelle se noue l'accès et le partage de la connaissance archéologique, et, partant, le siège de l'intérêt commun.

A. Les déterminations de l'intérêt archéologique

La transition d'une archéologie d'antiquaires, ordonnée sur la collecte d'objets et la constitution de collections raisonnées, vers une archéologie de terrain, où l'épaisseur du gisement et la description stratigraphique deviennent les matrices de la recherche archéologique, est décrite par Jacques Boucher de Perthes au milieu du XIX^e siècle :

« [...] ce n'est pas seulement la forme et la matière de l'objet qui servent à établir sa haute antiquité, et dès-lors celle du peuple dont il émane ; c'est encore la place où il est ; c'est la distance de la surface ; c'est la nature du terrain, et aussi celle des couches superposées et des débris qui les composent ; c'est enfin la certitude que là est son sol originel, la terre qu'a foulée l'ouvrier qui l'a fabriqué »¹.

« [...] il faut induire que lorsqu'on explore un terrain, on ne doit pas s'arrêter au premier plan, ni se tenir satisfait de ce qu'on y trouve ; on doit persévérer et aller jusqu'au bout »².

« [...] c'est moins dans l'instrument même que je trouve un témoignage, que dans le sol dont on l'extrait, dans la superposition des couches naturelles et dans les débris des générations sous lesquelles cet instrument repose. Sans doute, si vous isolez chacun de ces indices, ils ne démontrent rien ; mais si vous les prenez tels qu'ils se présentent, si vous les considérez dans leur ensemble et n'en brisez pas le faisceau, alors, se fortifiant l'un par l'autre, ils ne vous laisseront aucun doute sur l'antiquité de ces premières traces et de la population qu'elles révèlent »³.

Alors que les études des séries, les analyses typologiques et les classifications d'objets peuvent être renouvelées, sans limite, par un travail réitératif sur les collections, le geste de l'archéologue assortie de son observation de la stratigraphie, sur le terrain au moment de la fouille, n'est pas reproductible. La démarche de fouille épuise toute résipiscence : la recherche de l'archéologue sur le terrain détruit le gisement, graduellement, par la progression de la fouille. Dans un même mouvement la recherche archéologique s'accomplit et détruit le gisement fouillé⁴.

Dans cette charnière, c'est également la fonction sociale de l'archéologie qui s'affirme. Lors de la leçon d'ouverture de son cours d'archéologie nationale à l'École du Louvre, Alexandre Bertrand exprime l'apport de l'archéologie à l'histoire :

« Appliquer les documents archéologiques à l'histoire nationale, faire de l'archéologue un auxiliaire de l'historien, est une idée qui aurait probablement provoqué un léger sourire sur les lèvres de nos pères. [...]

¹ Jacques Boucher de Perthes, *Antiquités celtiques et antédiluviennes*, Paris, Treuttel et Würtz, vol. 1, 1857 [1^{ère} éd. 1847], pp. 37-38.

² *Ibid.* p. 40.

³ *Ibid.* p. 63.

⁴ Sur ces questions : Vincent Négri, « Normativité du droit de l'archéologie », in A. Camara et V. Négri (dir.), *La protection du patrimoine archéologique. Fondements sociaux et enjeux juridiques*, L'Harmattan, 2016, pp. 11-22.

Nous sommes loin de l'époque où les archéologues, les antiquaires, comme on disait, obéissaient exclusivement à des préoccupations d'art et de curiosité. L'archéologie, pour vous comme pour moi, sera un complément, un accroissement de l'histoire »⁵.

Quelques années plus tard, l'archéologue anglais John Evans insiste sur la dimension scientifique de l'archéologie :

« It must, however, be acknowledged that a distinction does exist between Archaeology proper, and, what, for want of a better word, may be termed Antiquarianism »⁶.

C'est dans cette triangulation entre les fonctions historiques et scientifiques et le paradigme de la fouille stratigraphique, qui fait de l'impératif documentaire le pivot de la recherche archéologique, que s'affirmeront les finalités contemporaines de l'archéologie. Les travaux scientifiques menés lors de la première conférence internationale sur les fouilles archéologiques, qui se tient au Caire en 1937, tracent cet horizon :

« Les terrains de fouille sont des archives qui se détruisent par l'examen qu'on en fait. A leur égard, l'archéologue n'est donc pas dans la même situation que les naturalistes qui, dans la plupart des cas, ont l'occasion de recommencer une même recherche et de vérifier les résultats obtenus par leurs devanciers. Toute personne qui entreprend une fouille devrait donc avoir la conscience, bien fermement établie, que le travail une fois terminé, 'l'archive' dont il vient d'ouvrir les portefeuilles sera, comme telle, détruite pour toujours. Les objets exposés dans les collections des musées n'en constitueront jamais que des citations, séparées de leur contexte »⁷.

Dès lors, les fouilles ne pourront être entreprises que par des archéologues expérimentés dont les observations, les analyses et les relevés des couches stratigraphiques, tout au long de la progression de la fouille, permettront de restituer l'exhaustivité des connaissances déduites de la fouille et de l'étude du site. S'éloignant de la notion de conservation – notion qui, dans son acception classique, postule une obligation de maintien de l'intégrité matérielle du patrimoine – le droit de l'archéologie produit le concept de sauvegarde par l'étude et scelle une obligation de documenter la recherche. A l'issue de la fouille, seule la documentation archéologique constituée au cours de la recherche de terrain et produite par l'étude des données recueillies témoignera, à la fois, du gisement oblitéré par la fouille et du contexte archéologique duquel sont extraits les objets et qui fondent l'intérêt de ces derniers.

On observe qu'en regard des finalités scientifiques et sociales de l'archéologie et des méthodologies de la recherche, la question propriétaire est éludée. D'emblée, la réflexion porte sur un impératif documentaire pour garantir et permettre l'accès de tous à la connaissance. C'est sur ce socle que s'érige un intérêt commun archéologique, à partir duquel le droit de l'archéologie va imposer une double exigence de qualité de la recherche et de prévention du risque de perte de connaissance archéologique. La perte découle, soit de fouilles incontrôlées, privant le public et la communauté scientifique de la restitution des connaissances

⁵ Alexandre Bertrand, « Cours d'archéologie nationale. Leçon d'ouverture faite le 8 décembre 1882 à l'École du Louvre », *La Gaule avant les Gaulois d'après les monuments et les textes par Alexandre Bertrand*, Paris, Ernest Leroux, 1884, p. 2.

⁶ John Evans, « Presidential Address delivered at the Annual Meeting of the British Association for the Advancement of Science at Toronto, 1897 », *The Lancet*, vol. 150, Issue 3861, 28 August 1897, p. 515.

⁷ Jean Capart, *Rapport préliminaire, point 6(b)*, Conférence internationale des fouilles, Office international des musées, 1937.

archéologiques, soit de la destruction des gisements. Cette double exigence a reporté sur l'État la responsabilité de garantir la qualité de la recherche archéologique et de prévenir les risques de destruction ; la vulnérabilité du gisement archéologique semble ainsi inférer la responsabilité de l'État d'exercer une tutelle sur le patrimoine archéologique, au bénéfice de la société.

Cette inscription de l'archéologie dans le droit visant à réguler la recherche, prévenir la perte et garantir l'accès à la connaissance archéologique, ne doit pas occulter, une autre dimension de l'objet archéologique qui n'en participe pas moins de la reconnaissance sociale de ce patrimoine. Objet de science, l'objet archéologique est aussi le siège de l'imaginaire. Nous l'investissons de multiples représentations, rendant compte également d'un ordre symbolique, éprouvant la réalité. Comme le souligne Claudie Voisenat,

« [...] l'archéologie est une science de l'exhumation (des hommes, des objets et des civilisations) aisément interprétable comme une tentative de dépasser l'irréductible altérité qui sépare les morts des vivants. De fait, cette exhumation semble toujours marquée du sceau du sacrilège, comme si ces réalités perdues n'étaient en fait pas destinées à être portées à la connaissance, comme si, ouvrant une brèche entre deux mondes, leur mise au jour faisait trembler les limites de notre réalité »⁸.

Nul doute que ces affects dont nous investissons l'objet archéologique influent sur les voies empruntées pour nommer et normer l'archéologie, où peut se jouer « l'interaction singulière entre le réel et l'imaginaire »⁹.

Dans cet imaginaire, se loge l'invisibilité – hypothèse fréquente – du patrimoine archéologique. A l'inverse du patrimoine bâti – patrimoine visible – inscrit par sa monumentalité ou par son étendue dans notre mémoire collective, la démarche de protection d'un patrimoine enfoui sollicite d'autres ressorts normatifs ; il s'agit de protéger l'invisible. Ce patrimoine, après une première existence, a disparu des mémoires. Il est pourtant demeuré en partie intact, dérobé à nos regards. Soustrait à nos mémoires il est le creuset d'une somme d'informations sur nos origines, notre passé, et donc sur les trajectoires de notre avenir.

Le patrimoine archéologique est alors une ressource dont la mise au jour provoque la disparition : pratique de la fouille par l'archéologue, dévastation brutale par les travaux d'aménagement et d'urbanisme, ou, encore, érosion progressive sous l'effet du climat et de la transformation du milieu géomorphologique. De ces hypothèses de disparition, le droit de l'archéologie va encadrer les deux premières : l'autorisation de fouille, délivrée par l'État, permettant de contrôler, en amont de l'accomplissement de la recherche, les qualifications de l'archéologue et la qualité du projet scientifique, est une matrice du droit de l'archéologie ; les prescriptions d'archéologie préventive induisant que des fouilles soient réalisées en amont des travaux d'aménagement du territoire et d'urbanisme affectant le patrimoine archéologique, aux fins de collecte des connaissances avant la destruction par les travaux d'aménagement ou d'urbanisme, opèrent une conciliation de l'intérêt public qui s'attache à la sauvegarde du patrimoine archéologique¹⁰ et des logiques économiques et de développement des territoires.

⁸ Claudie Voisenat, « L'expérience archéologique, une introduction » in Claudie Voisenat (dir.), *Imaginaires archéologiques*, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2008, p. 5.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ CE, 25 juillet 2008, *min. Culture c/ société Elite Invest et autre*, req. n° 314707.

Le droit public de l'archéologie ne rend pas seul compte de cette protection de l'intérêt scientifique des fouilles. Un même mouvement peut être observé dans la qualification qu'opère le juge pénal lorsqu'il sanctionne des infractions à la législation archéologique ou des destructions de sites ou de gisements archéologiques. A titre d'exemples, sont ainsi relevés l'intérêt archéologique¹¹, l'intérêt scientifique¹², la valeur scientifique¹³, l'importance scientifique capitale¹⁴ ; il est également fait référence au contexte stratigraphique¹⁵, à l'atteinte irrémédiable à l'exploitation scientifique¹⁶, au préjudice de la communauté scientifique¹⁷, au préjudice patrimonial et scientifique¹⁸, à la perte définitive de témoignages historiques et scientifiques¹⁹. Ces qualifications des conséquences de destructions de sites ou des vestiges sont autant d'indicateurs de la figure d'un intérêt commun que projette la notion de patrimoine archéologique.

B. Les lieux archéologiques du commun

1. La notion de gisement et les parentèles entre les ressources du sol et du sous-sol (XIX^e-XX^e siècles)

La notion de gisement postule à la fois un enfouissement – des couches souterraines – et une unité de l'espace ou du substrat ainsi nommé. La notion singularise ainsi une portion localisée de sol ou de sous-sol – « Dans l'Est s'allonge un désert jaunâtre terminé par des montagnes, où des gisements calcaires brillent comme des veines d'argent »²⁰ – ou, dans un registre plus sensible, les tréfonds de l'âme – « [...] on s'était jusqu'alors borné à explorer les superficies de l'âme ou à pénétrer dans ses souterrains accessibles et éclairés, relevant, çà et là, les gisements des péchés capitaux, étudiant leurs filons, leur croissance, notant, ainsi que Balzac, par exemple, les stratifications de l'âme possédée par la monomanie d'une passion »²¹.

Gisement, veines, filons, stratifications – ce même vocabulaire est mobilisé alors que la préhistoire installe la fouille et l'analyse stratigraphiques en paradigme de la pratique archéologique. Le gisement est le siège de la preuve scientifique – le lieu du sensible où se joue l'interprétation des traces :

« En définitive, qu'importe qu'on ne trouve pas d'ossements d'homme là où l'on reconnaît les ouvrages de l'homme. Ici, point de confusion possible entre l'acte de l'instinct et celui de la raison : les plus petites traces d'œuvres que présente un silex, évoquant devant nous l'auteur de l'œuvre,

¹¹ TGI, Morlaix, 16 décembre 1955 ; CA, Rennes, 26 mars 1956 ; CA, Aix-en-Provence, 28 octobre 1958 ; TGI, Nîmes, 6 juillet 1984, CA, Bastia, 15 novembre 1995.

¹² CA, Rouen, 27 juin 1967 ; CA, Toulouse, 5 mars 1987, TGI, Digne, 19 novembre 1987.

¹³ TGI, Meaux, 8 août 2014.

¹⁴ CA, Rennes, 26 mars 1956.

¹⁵ TGI, Meaux, 8 août 2014.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ CA, Riom, 11 juin 2015.

¹⁹ TGI, Dignes-les-Bains, 28 juin 2016.

²⁰ Maxime du Camp, *Le Nil*, Paris, éd. Hachette, 1889, p. 193.

²¹ Joris-Karl Huysmans, *À rebours*, Paris, éd. G. Crès, 1922, p. 184.

nous le montrent aussi nettement que s'il vivait encore.

C'est donc moins la certitude d'une trace d'homme que nous cherchons, certitude qu'on peut, dans les cas que je viens de citer, considérer comme acquise, que l'indication de l'époque où vivait cet homme.

Dans les bancs diluviens rien ne peut nous révéler cette époque, car dans ces terrains tourmentés, la profondeur du gisement ne fait pas preuve. Ce qu'on peut dire et ce dont j'ai la conviction, c'est que ces silex ouverts sont là depuis que les bancs y sont ; ils ont été apportés par le même torrent. Les hommes qui les ont ouverts existaient donc auparavant, et les animaux dont les os les entourent existaient aussi »²².

La proximité de vocabulaire tend à opérer un rapprochement entre les vestiges archéologiques et des ressources naturelles en ce qu'ils sont tirés, l'un et l'autre, du sol et du sous-sol. Cette proximité s'exprime dans un vocabulaire commun en périphérie et connecté à la notion de gisement : on emploie indifféremment le terme de *fouilles* ou de *prospection* pour l'archéologie et l'exploitation minière ; *extraction* et *excavation* bien qu'aujourd'hui désuets pour la recherche archéologique sont pareillement usités dans les deux registres. Cet usage d'un vocabulaire commun tient au milieu – le contexte matériel – dans lequel sont révélés les vestiges archéologiques et les ressources naturelles ; leur appropriation induit d'explorer le sol et le sous-sol pour en dégager les composantes. Ils partagent d'autres traits communs : ils sont contenus dans un fonds, sont indifférents aux délimitations arbitraires du cadastre dans leur répartition géographique, possèdent une valeur économique et constituent des entités finies – non-renouvelables²³.

Une autre convergence s'exprime sur le terrain du droit, notamment dans l'appréhension civiliste des éléments qui composent le sol et le sous-sol : leur valeur économique les rend appropriables indifféremment à leur nature et alors même qu'ils ne sont pas encore détachés du fonds immeuble qui les renferme. Bacquet résumait la chose ainsi :

« D'après l'article 552 du Code civil '*la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*'. Le propriétaire d'un fonds peut ainsi empêcher un tiers d'y établir une conduite souterraine quelconque, d'y creuser une cave ou un tunnel. La propriété du sous-sol n'a, il est vrai, d'intérêt très sérieux que si des substances précieuses y sont contenues »²⁴.

La propriété des *ressources archéologiques* et des *ressources minières* s'est posée peu ou prou dans les mêmes termes bien qu'aucun rapprochement n'ait été fait par la doctrine. Concernant les mines, la situation au début du XX^e siècle se posait ainsi : « pour l'attribution des mines quatre systèmes théoriques ont été proposés : 1^o la mine au propriétaire du sol ; 2^o la mine à l'inventeur ; 3^o la mine à l'État ; 4^o la mine à un concessionnaire »²⁵. Se dessine alors une parentèle juridique entre l'archéologie, d'un côté, et les mines et carrières, de l'autre, puisque la question propriétaire sur l'archéologie ne s'est jamais autrement posée que dans ce cadre

²² Jacques Boucher de Perthes, *op. cit.*, p. 540.

²³ Le vestige archéologique n'est pas seulement le meuble mais aussi le contexte stratigraphique de telle sorte que la fouille détruit une partie de son objet.

²⁴ Jehan Bacquet, *Des biens qui n'appartiennent à personne (res nullius) et des biens dont l'usage est commun à tous les hommes (res communes)*, Thèse de doctorat de l'Université de Paris, 1921, p. 91.

²⁵ École universelle par correspondance de Paris, *Droit administratif : la législation minière*, Paris, Carus, 1934, p. 3.

théorique : le propriétaire du sol est-il le propriétaire des vestiges archéologiques ? Ces derniers peuvent-ils entrer dans la catégorie des trésors de l'article 716 du Code civil et faire l'objet d'un partage entre l'inventeur et le propriétaire du fonds ? Doit-on considérer que la nature de ces vestiges justifie une appropriation de l'État ? Enfin, les fouilleurs peuvent-ils exercer des droits de propriété sur le fruit de leurs fouilles ?

Ces problématiques que l'on pense contemporaine de l'organisation des services archéologiques sont en réalité très anciennes mais cachées derrière la catégorisation contemporaine des biens archéologiques qui occulte ce que la pratique de la recherche archéologique et le corpus de règles qu'elle a suscitées doivent à la notion matricielle de gisement et aux emprunts au registre minier. La notion de gisement est mobilisée dès lors qu'il s'agit de nommer ou de réglementer les ressources du sol et du sous-sol ; ses emprunts par les archéologues apparaissent dès le XIX^e siècle et prospèrent au XX^e siècle.

Aujourd'hui, le Code du patrimoine projette la catégorie de *biens archéologiques*. Mais cette qualification, englobant sous un vocable unique les éléments, mobiliers et immobiliers, traces et sites, qui composent le patrimoine archéologique, ne rend pas compte des qualifications sous-jacentes partagées avec les autres éléments tirés du sol et du sous-sol. Dans son ouvrage traitant *De la Propriété des mines ...*, publié en 1862, Edouard Dalloz décale la question des richesses naturelles vers celle des ressources culturelles que renferme l'intérieur du sol :

« La plus grande richesse que renferme l'intérieur du sol dans les États pontificaux consiste moins dans les mines que dans ces dépôts de statues, de marbres précieux et de toutes sortes d'antiquités dont on peut admirer aujourd'hui à Paris la plus merveilleuse collection au Musée Campana. D'après la loi des États Pontificaux, il en est des débris et monuments de l'art antique trouvés dans les fouilles, comme des trésors : en principe, ils appartiennent de droit au fisc ou à la Chambre apostolique, et cette disposition paraît tirer son origine, non plus du droit romain ou du droit Canon, mais du Code des Goths qui, comme on sait, s'établirent en Italie et y eurent pour roi Théodoric. Remarquons toutefois que le Gouvernement Pontifical n'a pas tenu la main à la rigoureuse application du principe qui lui confère ainsi un droit exclusif sur les dépôts de marbres précieux et les statues : dès que les fouilles entraînent des dépenses, d'ordinaire il les autorisait en se réservant seulement telle ou telle partie des objets trouvés qui étaient assimilés aux trésors. Aujourd'hui, aux termes de l'Ordonnance émanée du cardinal-Camerlingue Pacca, ces objets précieux appartiennent au propriétaire du terrain et à l'entrepreneur de fouilles, et le Gouvernement ne s'est réservé qu'un droit de préférence au cas de vente »²⁶.

Un autre point de connexité entre les registres miniers et archéologiques s'exprime sur la distribution des titularités et de la répartition des responsabilités, entre l'intérêt public et de l'intérêt privé. Au début du XX^e siècle, la situation se posait en ces termes :

« Quels étaient donc en 1804 les attributs essentiels qu'on entendait consacrer au profit du propriétaire ? Quelles étaient ces utilités dont on entendait lui réserver le monopole ? On peut dire que la propriété foncière ne se révélait alors que sous l'aspect d'une triple possibilité : utilisation des ressources végétales, utilisation urbaine (au sens large, c'est-à-dire en entendant sous cette dénomination la possibilité de construire), utilisation des richesses renfermées dans le sol lui-

²⁶ Edouard Dalloz et Antoine Gouiffès (collab.), *De la Propriété des mines et de son organisation légale en France et en Belgique, étude suivie de recherches sur la richesse minérale et la législation minière des principales nations étrangères*, Paris, Dunod, 1862, pp. 619-620.

même ou sous le sol (minéraux, carrières, eaux, trésors, grottes, etc.). Investi de ces possibilités d'utilisation, le propriétaire a le droit exclusif de cultiver, de bâtir, d'exploiter la mine, la carrière ; il s'opposera légitimement à tout ce qui pourrait contrarier son pouvoir. [...]

« Le maître du fonds ne saurait supporter que son voisin vienne distraire une de ces utilités dont il tient le faisceau dans sa main. Toute la richesse minéralogique du sous-sol accède à son empire, à l'exception des substances réservées par la loi : Nul ne pourra, sous son fonds, suivre la veine de marbre ou capter la source fertilisante, exploiter la grotte sculptée par le caprice des eaux profondes. [...]

« Ainsi donc, en sanctionnant légalement le droit de propriété, droit essentiellement utile, le législateur a voulu constituer un droit privatif sur un certain nombre d'utilités, créer au profit du propriétaire une sorte de monopole des facultés d'utilisation alors connues du sol et de ses dépendances. [...]

« Mais, depuis le début du siècle dernier et sous la pression d'un progrès matériel très rapide, des utilités nouvelles se sont peu à peu révélées. [...] les grands travaux publics, la construction des réseaux de chemin de fer, par exemple, ont révélé l'intérêt que pouvaient offrir certaines parties du sous-sol. [...]

« Puisqu'à côté de ce que nous appellerons les utilités anciennes, groupées sous l'étiquette du droit de propriété, des utilités nouvelles ont été révélées, la seule question qui se pose c'est de savoir si ces dernières doivent ou non tomber sous le pouvoir du propriétaire »²⁷.

La question des utilités résume les tensions sur les usages et les valeurs, ainsi que sur la détermination de l'intérêt public en regard de l'intérêt privé – l'utilité du propriétaire du fonds. Le lien entre valeur archéologique et intérêt public s'est affermi au cours des XIX^e et XX^e siècles, sous l'influence des progrès des techniques de fouilles et de la nécessité de collecter, protéger et exposer les vestiges ; c'est au cours de ce processus diffus et continu que s'est opérée une hiérarchisation progressive entre les utilités publiques et privées. La valeur archéologique a été investie par l'État ; l'intérêt public archéologique découle de ce que le gisement archéologique – support des traces de l'activité humaine et des témoignages de la présence de l'homme dans le passé – déborde le seul intérêt du propriétaire du fonds, comme opère le gisement minier, support d'intérêts stratégiques de l'État.

La question de l'appropriation publique est alors légitimée par l'intérêt de la Nation, pour la défense d'un intérêt commun mis en jeu par un modèle propriétaire privilégiant un monopole étatique. Cette question a fait l'objet d'une littérature abondante dans la doctrine. Pour Bacquet,

« la propriété des mines n'appartient ni au maître du sol, ni à l'inventeur, ni au premier occupant, ni à l'État ; la mine est *res omnium communis*. Elle contient une richesse naturelle dont l'utilité immense doit profiter à toute la collectivité. Nous devrions tous avoir chacun un droit d'usage sur les mines, mais comme leur exploitation ne peut se réaliser que sous la forme d'une importante organisation industrielle, l'État chargé de protéger nos intérêts communs donnera à un individu ou à un groupe d'individus le soin d'exploiter la mine en son nom et sous sa surveillance ; il lui accordera à cet effet des droits d'usage et de jouissance limités dans le temps, mais suffisamment larges toutefois, pour que la production soit organisée dans les conditions économiques les plus avantageuses à l'intérêt général »²⁸.

²⁷ Pierre Brouillaud, *Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur*, Thèse de doctorat de l'Université de Bordeaux, 1926, pp. 145-149.

²⁸ Jehan Bacquet, *op. cit.*, p. 99.

Ce raisonnement peut être transposé directement au patrimoine archéologique. Pour autant l'intérêt public archéologique n'est pas soluble dans la seule propriété publique, qui n'est qu'une des voies pour réaliser l'utilité commune des vestiges archéologiques. En prenant comme point d'appui les modèles juridiques suscités par l'utilité publique des ressources minières au XIX^e siècle – bien commun sans propriété, domanialité publique sans propriété publique, propriété publique et domanialité privé, domaine public éminent, propriété privé grevée de servitudes, différenciation entre la propriété des biens extraits et celle du fonds, etc. – qui seront autant de modèles adoptés, rejetés, discutés, envisagés, sur deux siècles de débats doctrinaux, un trait commun domine : l'intensité du lien entre intérêt public et appropriation publique. C'est ce même lien, distendu pour les vestiges archéologiques au début du XIX^e siècle face à la domination de l'article 716 du Code civil²⁹, se resserrant sous les interventions mesurées de l'administration en charge des monuments historiques jusqu'à la loi du 30 mars 1887 relative à la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique, qui fait une incursion timide en matière archéologique. En 1910, c'est la défense de la propriété privée par les sociétés savantes qui met en échec un projet de loi donnant à l'État le pouvoir de s'approprier le fruit des fouilles³⁰ ; il faudra attendre la loi de 1941 pour que s'opère un renversement de la hiérarchie des valeurs inhérente aux vestiges : la valeur archéologique inféodée (avant 1887) puis confrontée (1910) à la valeur monétaire et aux reliquats des pratiques antiquaires finit par les surmonter. À partir de 1941, s'installe un processus conditionné – sous la forme d'une revendication de propriété – autorisant, contre le versement d'une compensation, une appropriation publique ; depuis 2016, les nouvelles dispositions, issues de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, nationalisent à terme toutes les *ressources archéologiques*. C'est ce que préconisait, en 1955, une *Proposition de loi tendant à assimiler les grottes ornées aux richesses minières quant à leur appartenance à l'État*³¹. Composée d'un article unique cette proposition disposait :

« Les grottes ornées sont assimilées aux richesses minières du sol quant à leur appartenance de droit à l'État, et non au propriétaire de la surface correspondante du sol ».

Outre un vocabulaire commun articulé autour de la notion de gisement pour désigner les richesses du sol et du sous-sol, la question propriétaire innervait les appariements entre ressources minières et ressources archéologiques, dans un débordement des droits du propriétaire du sol – de la surface du terrain – qui n'est pas reconnu en capacité d'assurer ni l'exploitation, ni la conservation des richesses du sous-sol. Ce que mettait en jeu cette proposition de loi était déjà présent dans l'ouvrage de Bacquet en 1921, sur *Des biens qui n'appartiennent à personne (res nullius) et des biens dont l'usage est commun à tous les hommes (res communes)*, où s'agissant de biens dont « l'utilité immense doit profiter à toute la collectivité »³², un seul garant de cette utilité collective était envisagé : « l'État chargé de

²⁹ Ce que démontre la jurisprudence.

³⁰ « Projet de Loi sur les Fouilles Archéologique », *Bulletin de la Société préhistorique de France*, t. VII, n° 12, 1910, p. 612-635.

³¹ Annexe n° 10286, *JO Doc. Parlementaires*, Assemblée nationale, 1955, p. 483.

³² Jehan Bacquet, *op. cit.*, p. 99.

protéger nos intérêts communs »³³. Aujourd'hui, derrière cette figure exclusive se pose une question plus aiguë : celle du contrôle social sur l'exercice de cette mission et de la distribution de titularités à d'autres acteurs investis pareillement dans la sauvegarde et la conservation de ces richesses du sol et du sous-sol³⁴.

2. La substance du sol

Si la protection du gisement archéologique par le Code pénal ne fait plus référence au terrain contenant les vestiges³⁵ mais au contexte (cf. *supra*), il n'en demeure pas moins que la question du fonds – le sol – dans lequel il prend place est un verrou pour définir et qualifier juridiquement le patrimoine archéologique. Et ce d'autant plus que la substance du sol influence directement la conservation de ce patrimoine ; les conditions taphonomiques – processus de dégradation des vestiges et des structures archéologiques qui se produisent après le départ des hommes de leur lieu d'occupation³⁶ – jouent un rôle essentiel dans la conservation des objets de l'archéologie. En ce sens, l'archéologie et la pédologie sont liées, en ce que cette dernière renvoie à des mécanismes induisant une conservation ou au contraire une altération des sites : si à l'origine un sol calcaire est recouvert par des colluvions acides, la pédogenèse contribuera à l'acidification du sédiment calcaire et par conséquent à la destruction des restes de faune, des pollens et autres traces de l'activité du site³⁷.

De la distinction entre le sol et le sous-sol, fondée sur la dimension volumique, le droit n'en tire pas les mêmes conséquences que la géologie ou la pédologie³⁸. Autrement dit, le droit ne s'embarrasse pas de cette distinction et demeure, de manière générale, insensible à la qualité volumique du sol³⁹. Dans le champ du droit, le sol est le résultat d'un processus, celui de la désagrégation de la roche-mère, traversée par des flux liquides et gazeux ; le sol comprend le sous-sol.

³³ Jehan Bacquet, *op. cit.*, p. 99.

³⁴ V. *infra*, la Deuxième partie - Repenser les responsabilités sur le patrimoine archéologique.

³⁵ L'article 257-1 du Code pénal introduit par la loi n° 80-532 du 15 juillet 1980 relative à la protection des collections publiques contre les actes de malveillance (*JO* 16 juillet 1980, p. 1787) posait une incrimination fondée sur la destruction, la mutilation, la dégradation, la détérioration de « découvertes archéologiques faites au cours de fouilles ou fortuitement, ou un terrain contenant des vestiges archéologiques ».

³⁶ Pascal Bertran, Jean-Guillaume Bordes, Dominique Todisco, Luc Vallin, « Géoarchéologie et taphonomie des vestiges archéologiques : impacts des processus naturels sur les assemblages et méthodes d'analyse » in Jean-Philip Brugal (dir.), *TaphonomieS*, Paris, Archives Contemporaines, coll. « Sciences archéologiques », 2017, p. 123.

³⁷ La qualité pédologique du site dans l'état de conservation où nous l'appréhendons aujourd'hui lors de la fouille peut ainsi ne pas refléter l'état de conservation des informations archéologiques sous-jacentes ; les cartes pédologiques ne renseignent que l'information de surface, et non l'histoire longue des sols antérieurs.

³⁸ Selon l'Association française pour l'étude des sols (AFES), « La pédologie, discipline visant à étudier les sols, a développé le paradigme de sol (ou mieux « couverture pédologique ») « interface ». La pédologie est à l'interface d'autres disciplines telles que la biologie, la géologie, la géomorphologie, la minéralogie, l'agronomie l'écologie, la géotechnique, l'hydrologie, l'archéologie ... De ce fait un même sol peut être étudié, par exemple, par des écologues et des géotechniciens qui ne définissent pourtant pas ce sol de la même manière » ; pour approfondir, cf. Michel-Claude Girard, Christian Schvartz, Bernard Jabiol, *Étude des sols. Description, cartographie, utilisation*, Paris, Dunod, 2011, Paris.

³⁹ Maylis Desrousseaux, *La protection juridique de la qualité des sols*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement », 2016.

Le sol ne se résume donc pas à une surface : « Le sol, considéré sous un angle juridique, apparaît comme une surface plus ou moins épaisse selon la législation en cause »⁴⁰. Cependant, si cette appréhension en trois dimensions est bien actée, l'épaisseur considérée est essentiellement guidée par l'utilité qui sera retirée de l'usage du sol (plantations, fondation de construction, captage d'eau, gisement à exploiter, etc.), sans que le sol soit considéré pour ses qualités et fonctions propres. Ainsi aucune norme ne définit ce que pourrait être une notion de qualité du sol, pour à la fois reconnaître sa substance et donner prise à la constitution d'un régime propre de protection et de préservation. Et l'archéologie participe de cet usage finalisé – l'utilité archéologique – du sol.

C'est en 1991 que fut donnée la première définition pédologique de la qualité des sols ; elle est décrite comme « la capacité du sol de fonctionner dans les limites d'un écosystème et d'interagir positivement avec l'environnement extérieur à cet écosystème »⁴¹. Elle fut plus tard complétée en ces termes : la qualité des sols correspond à

« la capacité d'un certain type de sol à fonctionner, dans les limites d'un écosystème naturel ou anthropisé, pour favoriser la productivité des plantes et des animaux, maintenir ou augmenter la qualité de l'air et de l'eau, et améliorer la santé et l'habitat de l'homme »⁴².

Cette définition intègre la multifonctionnalité des sols, leur qualité d'élément fondamental de la biosphère, mais aussi le fait que la qualité des sols varie en fonction des contextes sociaux, des usages et des choix opérés par la société ainsi que du climat. La notion d'unité caractérise les éléments du sol et les éléments patrimoniaux d'origine anthropique s'y trouvant font partie de cette consubstantialité. Dès lors, deux considérations découlent de cette observation : la première est que le sol en lui-même est constitutif du patrimoine archéologique, la seconde est que le sol conserve le patrimoine archéologique. Préserver l'un revient ainsi à préserver l'autre. Ici convergent les objectifs du droit de l'environnement et du droit du patrimoine.

Le sol est également constitutif du patrimoine archéologique dans la mesure où la qualité d'un sol dépend des usages présents et passés. Bien après, les experts seront en mesure de décrire quels usages antérieurs un espace a supporté. Naturellement, le sol n'est pas le seul élément pris en compte, mais sa structure, ses horizons, sa composition participent de ce faisceau d'indices⁴³. On peut d'ailleurs vraisemblablement penser que la définition donnée du patrimoine par l'article L. 510-1 du Code du patrimoine inclut cette conception en ce qu'il mentionne « les autres traces de l'existence de l'humanité » ainsi que les éléments « qui permettent de retracer le développement de l'histoire de l'humanité et de sa relation avec l'environnement naturel ». L'intérêt scientifique et culturel sous-jacent à cette définition du patrimoine contraste avec la définition des éléments relevant du patrimoine commun de la nation de l'article L. 110-1 du

⁴⁰ Philippe Billet, *La protection juridique du sous-sol en droit français*, Thèse de doctorat en droit public, Université Lyon 3, 1994, p. 38.

⁴¹ William Earl Larson, Francis J. Pierce, « Conservation and enhancement of soil quality », *Evaluation for Sustainable Land Management in the Developing World*, International Board for Soil Research and Management, Bangkok, Thailand, 1991, vol. 2, pp. 175-203.

⁴² D. L. Karlen, M. J. Mausbach, J. W. Doran, R. G. Cline, R. F. Harris, G. E. Schuman, « Soil quality : a concept definition and framework for evaluation », *Soil Science Society of American Journal*, 1997, n° 61, pp. 4-10.

⁴³ Par exemple, cf. Mélanie Fondrillon, *La formation du sol urbain : étude archéologique des terres noires à Tours (4^{ème}-12^{ème} siècles)*, Thèse de doctorat en Archéologie, Université de Tours, 2007.

Code de l'environnement. En effet, après avoir listé ceux relevant d'une telle qualification, le 2^{ème} alinéa précise que « les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine ». Le sol n'est donc pas un élément du patrimoine commun, mais sa richesse, les éléments qui le composent, y participent. L'incongruité de la formulation trouve son origine dans les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi pour la reconquête de la biodiversité : on y lit l'avis défavorable du gouvernement, comme la crainte des députés et de quelques sénateurs d'y voir une remise en question du droit de propriété privé⁴⁴. Tandis que la juridicité des articles de principe des codes est déjà faible⁴⁵, nul doute que la tournure indirecte de la phrase n'achève de lui ôter toute opposabilité (et même tout sens en l'occurrence).

A l'échelle internationale et d'une manière autrement plus franche, le Conseil de l'Europe reconnaissait dès 1972 par l'adoption de la Charte Européenne des sols « l'intérêt scientifique et culturel du sol »⁴⁶. Toutefois un tel document est dépourvu de portée juridique en dépit de son caractère visionnaire. Le droit accuse en ce domaine un retard certain là où d'autres disciplines scientifiques reconnaissent le sol comme un élément fondamental de la civilisation⁴⁷.

La double question du sol comme patrimoine archéologique et comme agent de conservation du patrimoine archéologique peut être investie sous le concept de service écosystémique, conçu comme un service rendu à la nature par l'homme. D'essence économiste et destiné à quantifier monétairement lesdits services en vue de chiffrer le coût de la destruction des écosystèmes⁴⁸, ce concept a connu un développement d'ampleur internationale grâce au vaste travail réalisé sous l'égide de l'ONU au milieu des années 2000 : le *Millenium Ecosystem Assessment*, qui matérialise le lien qui unit le bien-être humain à la qualité de l'environnement. Parmi les nombreux services identifiés figure le service culturel et d'aménité, qui insiste sur l'interdépendance du développement intellectuel et culturel des êtres humains avec les

⁴⁴ V. notamment l'intervention du député Cinieri : « Nous sommes nombreux à penser que c'est la biodiversité des sols, et non les sols eux-mêmes, qu'il faut intégrer dans le « patrimoine commun de la nation ». En effet, si les sols intègrent le patrimoine commun de la nation, cela rendra obligatoire leur protection de toute pollution, de toute dégradation. Les sols agricoles seraient concernés par cette nouvelle forme de protection, ce qui tuerait l'agriculture » complétée par le député Sermier : « il convient de distinguer, d'une part, le patrimoine commun défini dans le Code de l'environnement et constitué par l'ensemble de la biodiversité, et, d'autre part, l'ensemble du patrimoine public et privé notamment constitué par les sols. Je regrette que nous n'ayons pas eu cette discussion de fond » ; Assemblée nationale, XIV^e législature, Session ordinaire 2014-2015, *Compte rendu intégral, première séance du 16 mars 2015*.

⁴⁵ S'agissant par exemple de l'article L. 101-1 du Code de l'urbanisme (ex. art. L. 110). La cour administrative d'appel de Bordeaux a rappelé que ses dispositions « ne sont pas d'application directe contrairement aux autres dispositions du Code de l'urbanisme qui en précisent la portée et les modalités d'application », CAA, Bordeaux, 11 janvier 1996, *EDF*, n° 95BX00203.

⁴⁶ Art. 1^{er} de la Charte européenne des sols ; Résolution (72) 19 du 30 mai 1972.

⁴⁷ Par exemple, un nouveau concept a été développé en anthropologie. Il s'agit de l'identification de la Plantationocène qui désigne « la transformation dévastatrice de divers types de pâturages, de cultures, de forêts en plantations extractives et fermées, qui se fondent sur le travail des esclaves et sur d'autres formes de travail exploité, aliéné et généralement spatialement déplacé » (Donna Haraway, « Anthropocène, Capitalocène, Plantationocène, Chthulucène. Faire des parents », *Multitudes*, 2016, n° 65, p. 77). V. également : Anna Lowenhaupt Tsing, *Le champignon de la fin du monde*, Paris, La Découverte, 2017.

⁴⁸ Pushpam Kumar (dir.), *The Economics of Ecosystems and Biodiversity, Ecological and Economic Foundation, TEEB*, London and Washington, Earthscan, 2010.

écosystèmes : « les cultures, les savoirs, les religions, l'héritage des valeurs, les interactions sociales et les aménités qui y sont liées (la beauté des choses, le repos, l'enrichissement spirituel et artistique et le développement intellectuel) ont toujours été influencés par la nature et l'état des écosystèmes qui les fondent »⁴⁹. A la lecture de la description donnée de ce service culturel et d'aménité, il ressort que le sol, en tant qu'écosystème, en est un des supports et que la dimension patrimoniale en est l'épicentre. Dans la littérature scientifique, six catégories de services culturels sont décrits : l'identité culturelle, l'héritage culturel (mémoire des lieux et des paysages), la spiritualité, l'inspiration, l'esthétique des paysages naturels et agricoles, la récréation et le tourisme. Au sein de ces catégories, chaque type de milieu présente sa propre valeur : les déserts, les zones humides, les îles, etc. *A minima*, les deux premières catégories de ce service – identité culturelle et héritage culturel – renvoient au patrimoine archéologique. Les sols seraient alors des producteurs de services écosystémiques culturels⁵⁰. Cette reconnaissance se traduit dans les lois des États disposant d'un régime de protection des sols, à l'instar de la loi allemande sur la protection des sols⁵¹, mais aussi à l'échelle européenne. Le protocole « sols » à la convention alpine⁵², comme la proposition de directive cadre sur la protection des sols – jamais adoptée – faisaient état d'un consensus européen quant à la définition à accorder au sol, en optant pour une approche fondée sur les fonctions et services rendus⁵³. Parmi ceux-ci, figure la fonction « d'archives de l'histoire naturelle et culturelle ».

Les différentes atteintes faites aux sols (imperméabilisation, érosion, salinisation, appauvrissement biologique, etc.) altèrent les fonctions de ces derniers, dont celle directement liée à la conservation du patrimoine archéologique. Cette approche globale du sol – naturelle et culturelle – permettrait de repenser les modalités de mise en jeu de l'ensemble des activités ayant le sol comme support. Toutefois, tous les sols ne rendent pas, ni n'atteignent le même niveau de service et le droit européen avait intégré, par voie d'amendement dans la proposition de directive cadre sur la protection des sols, une disposition relative aux « sols de grande valeur ». Un tel « sol mérit[e] d'être protégé en raison de ses caractéristiques particulières, de ses structures spécifiques, de sa valeur écologique, culturelle et/ou historique remarquable ou de son utilisation ». Un tel mécanisme aurait pu rééquilibrer l'intégration du patrimoine archéologique dans les outils d'aménagement du territoire en accentuant un principe de conservation stricte qui, aujourd'hui, est obéré par un principe de conservation intégrée, lequel fonde les politiques publiques et le droit dédiés à l'archéologie préventive et privilégie la consommation de la ressource archéologique⁵⁴.

⁴⁹ Rudolf de Groot, P.S. Ramakrishnan, « Cultural and amenity services » in Rashid Hassan, Robert Scholes, Neville Ash, *Ecosystems and Human Well-being : Current State and Trends, Volume 1*, Washington/Covelo/Londres, Island Press, 2005, Ch. 17, p. 457 ; traduction libre.

⁵⁰ Cf. Anne Blanchart, Geoffroy Sere, Johan Cherel, Gilles Warot, Marie Stas, Jean Noël Consales et Christophe Schwartz, « Contribution des sols à la production de services écosystémiques en milieu urbain – une revue », *Environnement Urbain* [En ligne], 2017, vol. 11. URL : <http://journals.openedition.org/eue/1809>.

⁵¹ *Bundes-Bodenschutzgesetz - BBodSchG*, 17 mars 1998.

⁵² Protocole d'application de la Convention alpine de 1991 dans le domaine de la protection des sols (protocole « Protection des sols »), fait à Bled le 16 octobre 1998.

⁵³ Art. 1^{er} de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil définissant un cadre pour la protection des sols et modifiant la directive 2004/35/CE, COM(2006) 232 final.

⁵⁴ V. *infra*.

Une approche du patrimoine archéologique par le sol qui le renferme ou qui en est le support décloisonnerait les trajectoires normatives du droit de l'environnement – dont relève la protection des sols – et du droit du patrimoine. L'un et l'autre droits entretiennent des relations asymétriques ; alors que le droit de l'environnement incorpore l'intérêt archéologique dans nombre de ses dispositions – qu'ils s'agissent des protection d'espaces, de l'évaluation environnementale ou de la régulation d'activités, sources de nuisances ou de risques pour l'environnement – le droit du patrimoine ne ménage que de rares passerelles avec l'environnement et les principes qui fondent sa normativité, tels que définis à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. S'il est admis que la notion juridique de sol se consolide par la référence à ses composantes culturelles, historiques et archéologiques, un renforcement de la protection juridique des sols, par le droit de l'environnement, devrait influencer sur la conservation et la sauvegarde du patrimoine archéologique, qui serait alors positionné à l'intersection des droits de l'environnement et du patrimoine ; la préservation de l'intégrité du sol et du patrimoine archéologique participant de cet intérêt commun que dessine l'article L. 110-1 du Code de l'environnement.

C. La production de la connaissance : la documentation archéologique et les données scientifiques

Recueillie au cours de l'opération archéologique et mise en forme dans un rapport, la documentation archéologique est constituée à la fois des éléments et des traces recueillis et observés au cours de la fouille – les données scientifiques – et du rapport qui rend intelligibles les résultats de la recherche. Documenter ainsi la fouille c'est opérer une conversion de la matérialité du site en interprétations et en transcriptions – sauvegarder par l'étude – dans un arbitrage de l'archéologue entre ce qui intéresse les résultats de la recherche et ce qui est relégué hors de la qualification archéologique, et qui sera ainsi délaissé et perdu.

La notion de documentation archéologique est, de prime abord, corrélée à la construction du droit de l'archéologie préventive ; ce droit spécial de l'archéologie juridicise une pratique administrative qui conduisait, *ante* 2001, à une négociation de la relation entre archéologue et aménageur où « d'un côté l'archéologue acceptait la disparition d'un site archéologique après étude et s'engageait sur un calendrier et des délais ; de l'autre, dès lors que la levée de l'hypothèque archéologique rendait possible la réalisation de son projet, l'aménageur prenait financièrement à sa charge l'exécution des recherches »⁵⁵. La loi du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive a normé ce principe de conciliation qu'entérine l'article L. 522-1 du Code du patrimoine :

Art. L. 522-1, al. 1^{er} du Code du patrimoine

L'État veille à la conciliation des exigences respectives de la recherche scientifique, de la conservation du patrimoine et du développement économique et social.

Il veille à la cohérence et au bon fonctionnement du service public de l'archéologie préventive dans sa dimension scientifique, ainsi que dans ses dimensions économique et financière dans le cadre des missions prévues à l'article L. 523-8-1.

⁵⁵ Alain Van der Malière, Gérard Aubin, Philippe Preschez, *Rapport sur la situation de l'archéologie préventive*, janvier 2003, inédit.

Il exerce la maîtrise scientifique des opérations d'archéologie préventive et, à ce titre :
[...]

4° Est destinataire de l'ensemble des données scientifiques afférentes aux opérations.

À de très rares exceptions, la conciliation se réduit à la mise en œuvre d'une opération archéologique préventive pour autoriser les travaux d'aménagement ou d'urbanisme, et entraîne une consommation irréversible du site ou du gisement archéologique par l'acte de fouille ; la documentation archéologique résume alors la fouille, autrement nommée *sauvegarde par l'étude* dans le droit de l'archéologie préventive. Toutefois, cet adossement de la documentation archéologique à la pratique de la fouille, s'il est rehaussé par le droit de l'archéologie préventive, n'est pas un apport de cette dernière.

L'impératif documentaire et la constitution d'un corpus de données, issu de l'observation et de l'interprétation de la fouille, restituant les résultats de la recherche ont été, dès les premières pratiques antiquaires de l'archéologie, et demeurent encore aujourd'hui un point nodal de la recherche archéologique. La désignation de cet impératif documentaire a varié au cours des siècles tout en demeurant aligné sur un même principe de production et d'accès à la connaissance du site oblitéré par l'acte de fouille.

En 1799, Pierre Legrand d'Aussy, dans son *Mémoire sur les anciennes sépultures nationales et les projets de fouilles à faire dans les départements*, demande que les détails des fouilles soient consignés dans un procès-verbal :

« Quand le ministre aurait décidé en quels lieux il croirait pouvoir permettre une fouille, il ferait passer aux administrateurs une instruction détaillée à laquelle ils seraient tenus de se conformer rigoureusement, à moins qu'à raison de l'importance de l'objet, il ne crût convenable d'y envoyer en son nom un ou deux commissaires pour inspecter et diriger l'entreprise. [...]

Dès l'instant où les ouvriers auront, en fouillant, mis à découvert une sépulture, les commissaires en consigneront les détails dans leur procès-verbal »⁵⁶.

En 1838, Montalivet, ministre de l'Intérieur, s'adresse aux préfets en leur recommandant notamment :

« On devra toujours rédiger un procès-verbal détaillé des fouilles, et vous voudrez bien m'en adresser copie. Il est également essentiel d'en dresser le plan, surtout lorsque qu'elles doivent être comblées »⁵⁷.

Ce n'est pas tant la conservation matérielle du site, que les connaissances acquises lors de la fouille qui concentrent l'intérêt de la recherche. L'acte de fouille n'est qu'une séquence dans la démarche de l'archéologue dont la finalité est l'acquisition et l'étude des données scientifiques à partir desquelles il pourra « retracer le développement de l'histoire de l'humanité et de sa relation avec l'environnement naturel »⁵⁸ ; ce qu'au tournant du XX^e siècle, l'archéologue suédois Oscar Montelius, directeur du musée d'archéologie nationale à Stockholm, résumait en

⁵⁶ Pierre Legrand d'Aussy, *Des sépultures nationales et particulièrement de celles des rois de France*, Paris, J. Esneaux, 1824, p. 338.

⁵⁷ Circulaire n° 9 de Montalivet, Pair de France, ministre secrétaire d'État de l'Intérieur, aux préfets du 13 mars 1838 relative aux travaux de fouilles et aux recherches d'antiquités [Archives MAP 80/1/17].

⁵⁸ C. patr., art. L. 510-1.

ces termes :

« Il est préférable de s'abstenir complètement d'effectuer des fouilles, que de les entreprendre dans des conditions telles que les données scientifiques se trouvent ensuite irrémédiablement perdues »⁵⁹.

Loin d'être la propriété de l'archéologue qui entreprend la fouille, ces données scientifiques, collectées et constituées au cours de la recherche, induisent un registre d'accessibilité et de partage avec la communauté scientifique et, au-delà, avec toute personne qui en exprime un intérêt. En découle pour l'archéologue l'obligation de publier et de rendre accessibles les résultats de sa recherche ; ce qu'expriment, au niveau international, les *Principes adoptés lors la Conférence internationale sur les fouilles archéologiques* tenue au Caire en 1937 – « l'autorisation de fouilles [...] impose au fouilleur l'obligation de publier [...] les résultats de ses découvertes »⁶⁰ – et la *Recommandation UNESCO de 1956 définissant les principes internationaux à appliquer en matière de fouilles archéologiques* – « L'État concédant devrait imposer au fouilleur l'obligation de publier, dans le délai prévu au contrat de concession ou, à défaut, dans un délai raisonnable, les résultats de ses découvertes »⁶¹ et « les services archéologiques nationaux devraient faciliter, dans la mesure du possible, la consultation de leur documentation et l'accès de leurs dépôts archéologiques aux fouilleurs et savants qualifiés »⁶².

Dans ce sillon, le Code du patrimoine distribue la documentation archéologique entre la documentation scientifique, constituée au cours de l'opération d'archéologie, les données scientifiques – notion qui désigne conjointement la documentation scientifique et les vestiges révélés par l'opération archéologique – et les rapports de diagnostics et de fouilles, confectionnés et remis à l'issue de ces opérations.

La notion de documentation archéologique agrège ainsi trois strates d'informations, qui décrivent les transitions opérant la conversion de la matérialité du site en interprétations et en transcriptions : de la documentation scientifique aux données scientifiques, jusqu'à la rédaction du rapport final, dont la finalité est la production et l'accès à la connaissance archéologique.

La documentation scientifique est définie par l'article 1^{er} de l'arrêté du 16 septembre 2004 portant définition des normes d'identification, d'inventaire, de classement et de conditionnement de la documentation scientifique et du mobilier issu des diagnostics et fouilles archéologiques⁶³ :

Art. 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2 – La documentation scientifique constituée au cours d'une opération d'archéologie préventive se compose des catégories suivantes :

- documents graphiques (plans, relevés, minutes, dessins) ;
- documents photographiques et audiovisuels ;
- documents numériques ;
- documents écrits (carnets et fiches d'enregistrement de terrain, correspondance, rapports

⁵⁹ Cité dans « Documentation pendant le cours des travaux », *Manuel sur la technique des fouilles, Mouseion*, 1939, XIII^e année, vol. 45-46, n° 1-2, Office international des musées, p. 93.

⁶⁰ Principe 13, f).

⁶¹ Principe 24, b).

⁶² Principe 25.

⁶³ JO 28 septembre 2004, p. 16681.

d'étude) ;

- moulages et empreintes ;

- matériaux naturels et de nature biologique recueillis lors de l'opération.

Cette documentation, constituée des originaux pour les documents graphiques, photographiques et écrits, est classée, indexée et inventoriée.

Les données scientifiques sont définies dans le deuxième alinéa de l'article R. 546-1 du Code du patrimoine :

Art. R. 546-1, al. 2 du Code du patrimoine

Les données scientifiques d'une opération archéologique sont constituées des vestiges archéologiques mis au jour et de la documentation archéologique de l'opération.

Entre documentation scientifique et données scientifiques, le Code du patrimoine installe un vocabulaire qui identifie à la fois les données brutes récoltées ou observées lors de la fouille et le produit du traitement analytique de ces données. Celles-ci constituent la matière première pour la rédaction du rapport et la production des connaissances – miroir du gisement archéologique dématérialisé – et pour permettre l'accès de la communauté scientifique et, au-delà, du public aux résultats de la recherche, d'où découle « un accroissement de l'histoire », selon la formule d'Alexandre Bertrand en 1882⁶⁴.

Le rapport, dont le contenu et la présentation sont précisés par un arrêté du 27 septembre 2004⁶⁵, participe de la définition du diagnostic et de la fouille. En d'autres termes, les notions juridiques de diagnostic et de fouille ne se résument pas à l'exploration archéologique du terrain ou du gisement ; ces deux notions sont marquées par le processus matriciel d'accès à la connaissance, depuis l'exploration du terrain, la collecte et l'interprétation des données scientifiques et la restitution des résultats de la recherche dans un rapport accessible au public. Ces notions sont définies par l'article R. 523-15 du Code du patrimoine :

Art. R. 523-15 du Code du patrimoine

La réalisation d'un diagnostic [...] vise, par des études, prospections ou travaux de terrain, à mettre en évidence et à caractériser les éléments du patrimoine archéologique éventuellement présents sur le site et à présenter les résultats dans un rapport ;

La réalisation d'une fouille [...] vise, par des études, des travaux de terrain et de laboratoire, à recueillir les données archéologiques présentes sur le site, à en faire l'analyse, à en assurer la compréhension et à présenter l'ensemble des résultats dans un rapport final.

Dans le droit de l'archéologie, le concept de *sauvegarde par l'étude* exprime cette transition de la matérialité du gisement archéologique vers un domaine immatériel, siège de l'analyse et de l'interprétation, que collecte le rapport et à partir duquel se noue l'accès de tous à la connaissance archéologique. Les qualifications juridiques de la documentation archéologique opèrent en renfort de cette fonction. Le rapport d'opération, constitue un document administratif au sens de l'article L. 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration, couvert comme tel par un principe de communicabilité dès qu'il est achevé,

⁶⁴ Alexandre Bertrand, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁵ Arrêté du 27 septembre 2004 portant définition des normes de contenu et de présentation des rapports d'opérations archéologiques, *JO* 14 octobre 2004, p. 17531.

puis remis à l'État selon les termes de l'article R. 546-1, alinéa 1^{er} du Code du patrimoine. On peut en outre déduire du libellé du deuxième alinéa de l'article R. 546-2 que les données scientifiques qui assortissent le rapport d'opération entrent pareillement dans cette qualification et relèvent du régime de communicabilité qui en découle.

Art. R. 546-2 du Code du patrimoine

Pendant la durée de garde des données scientifiques, sous le contrôle scientifique et technique des services de l'État chargés de l'archéologie, le responsable de l'opération ou le titulaire de l'autorisation de l'opération programmée assure la sécurité des vestiges archéologiques, leur conservation préventive et, en tant que de besoin, leur mise en état pour étude. Il dresse l'inventaire des données scientifiques et l'annexe au rapport d'opération.

A la remise du rapport d'opération, les données scientifiques constituées au cours de l'opération sont remises au préfet de région.

L'État est institué dans une fonction de gardien de la documentation archéologique ; il est le garant de son accessibilité, via le principe de communicabilité. Cette dualité de fonctions imparties à l'État, adossées à la qualification de document administratif, est consolidée par la qualité d'archive publique pour les rapports d'opération d'archéologique et les données scientifiques.

Les archives sont définies par l'article L. 211-1 du Code du patrimoine ; les archives publiques par l'article L. 211-4 de ce même code :

Art. L. 211-1 du Code du patrimoine

Les archives sont l'ensemble des documents, y compris les données, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité.

Art. L. 211-4 du Code du patrimoine

Les archives publiques sont :

1° Les documents qui procèdent de l'activité de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public. [...]

2° Les documents qui procèdent de la gestion d'un service public ou de l'exercice d'une mission de service public par des personnes de droit privé ;

[...]

C'est une qualification gigogne, entre document administratif et archive publique – les documents administratifs constituant une catégorie des archives publiques – qui postule un régime de conservation et d'accessibilité de la documentation et des données scientifiques, de même que du rapport d'opération. L'une et l'autre qualification est articulée sur l'inscription de la recherche archéologique dans l'exercice d'une mission de service public. S'agissant de l'archéologie préventive, cette articulation est explicite dans le libellé de l'article L. 521-1 du Code du patrimoine.

Art. L. 521-1 du Code du patrimoine

L'archéologie préventive, qui relève de missions de service public, est partie intégrante de l'archéologie. Elle est régie par les principes applicables à toute recherche scientifique. Elle a pour objet d'assurer, à terre et sous les eaux, dans les délais appropriés, la détection, la conservation ou la sauvegarde par l'étude scientifique des éléments du patrimoine archéologique affectés ou susceptibles d'être affectés par les travaux publics ou privés concourant à l'aménagement. Elle a

également pour objet l'interprétation et la diffusion des résultats obtenus.

Hors archéologie préventive, les fouilles autorisées ou exécutées par l'État, dites fouilles programmées, selon les dispositions respectivement des articles L. 531-1 et L. 531-9 du Code du patrimoine, relèvent pareillement de missions de service public.

« [...] il ressort des termes de la loi du 27 septembre 1941, portant réglementation des fouilles archéologiques, [...], que l'État est chargé du soin de rechercher et de préserver les monuments ou objets pouvant présenter un intérêt pour l'histoire, l'art ou l'archéologie du patrimoine national ou local ; [...] cette mission présente le caractère d'une mission de service public »⁶⁶.

Les conditions de versement de la documentation archéologique dans les services d'archives ont été fixées par une instruction du 21 septembre 2004 relative au tri et à la conservation des archives des directions régionales des affaires culturelles⁶⁷. Trois catégories d'archives, soumises à une obligation de conservation et de versement, sont identifiées ; les archives liées aux objets de fouilles doivent accompagner le mobilier archéologique dans son lieu de conservation, tandis que les archives de fouilles sans rapport avec des objets doivent faire l'objet d'un versement aux archives départementales au bout d'une durée d'utilité administrative de dix ans. Quant aux rapports de diagnostic et aux rapports de fouille – dénommés *documents finaux de synthèse* – ils doivent faire l'objet d'un versement annuel aux archives départementales du chef-lieu de région, avec copie aux archives départementales du lieu où la fouille a pris place, sous forme à la fois papier et électronique.

La fonction primordiale de la documentation archéologique est de rendre compte de la recherche dans un double mouvement : dans un premier temps, par la pratique de la fouille, la collecte, l'interprétation et l'analyse des données ; puis, par la restitution et la diffusion d'un rapport présentant les résultats de l'opération archéologique. Ces fonctions scientifique et sociale, ainsi que les obligations de conservation et d'accessibilité, au bénéfice de tous, qu'entérine la double qualification de document administratif et d'archive publique, instituent la documentation archéologique comme le verrou des lieux archéologiques du commun. Dans le droit de l'archéologie, la question de la documentation archéologique paraît mal positionnée – en appendice des démarches de fouilles et d'opérations de terrain – alors qu'elle devrait occuper une position cardinale à l'intersection des recherches entreprises et de celles à venir, et dessiner les contours juridiques d'une intégration sociale de l'archéologie ; la normativité de l'impératif documentaire, ressort d'un intérêt commun archéologique, demeure d'une intensité par trop faible dans le Code du patrimoine.

⁶⁶ TA, Clermont-Ferrand, 7 juillet 2000, *MAIF et M. Jacques Corrocher c/ ministre de la Culture et de la Communication*, req. n° 9801094.

⁶⁷ Instruction n° 2004/024 du 21 septembre 2004 relative au tri et à la conservation pour les archives produites et reçues par les directions régionales des affaires culturelles, *Bulletin officiel du ministère de la culture*, n° 145, septembre-octobre 2004, pp. 15-50. V. également : Instruction n° 2009/026 du 16 décembre 2009 relative au traitement et conservation des archives de l'INRAP, *Bulletin officiel du ministère de la culture*, n° 181, décembre 2009, pp. 37-60.

II. Les objectifs de la recherche : un débordement des catégories classiques du droit de l'archéologie

Le droit de l'archéologie est articulé sur une police administrative de la recherche ; c'est la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques, aujourd'hui codifiée aux articles L. 531-1 et suivants du Code du patrimoine, qui a introduit ce régime juridique. Les évolutions postérieures ont confirmé cette articulation, tout en semblant privilégier une logique de fouilles et donc d'exploitation – consommation – de la ressource archéologique.

Outre la destruction graduelle et raisonnée de la ressource archéologique par l'accomplissement de la recherche sur le terrain, d'autres menaces plus radicales affectent le patrimoine archéologique : dévastation brutale par les travaux d'aménagement et d'urbanisme ; pillage et fouille clandestine ; érosion progressive sous l'effet du climat et de la transformation du milieu de conservation. Autant d'enjeux et de risques dont procèdent les énoncés du droit de l'archéologie, concentrés sur une réponse double.

La loi sur l'archéologie préventive du 17 janvier 2001, codifiée aux articles L. 521-1 et suivants du Code du patrimoine, dont l'objet est d'assurer, à la fois, la détection, la conservation ou la sauvegarde par l'étude scientifique du patrimoine archéologique affecté ou susceptible d'être affecté par les travaux d'aménagement ou d'urbanisme, publics ou privés, ainsi que l'interprétation et la diffusion des résultats de la recherche. La loi confie à l'État la mission exclusive de « veille[r] à la conciliation des exigences respectives de la recherche scientifique, de la conservation du patrimoine et du développement économique et social » et de « veille[r] à la cohérence et au bon fonctionnement du service public de l'archéologie préventive dans sa dimension scientifique, ainsi que dans ses dimensions économique et financière ». A la suite de la loi du 27 septembre 1941, la loi du 17 janvier 2001 installe encore plus fortement la figure d'un État garant d'un patrimoine archéologique collectif.

Et par ailleurs, la répression pénale du pillage et des fouilles archéologiques clandestines (fouilles non-autorisées), couverts par l'incrimination de destruction, dégradation ou détérioration du patrimoine archéologique, telle que prévue à l'article 322-3-1 du Code pénal. La prévention et la répression pénales des atteintes au patrimoine archéologique ont été introduites dans le Code pénal en 1980 ; elles étaient alors spécifiées par un article 257-1 du Code pénal, issu de la loi n° 80-532 du 15 juillet 1980 relative à la protection des collections publiques contre les actes de malveillance. Était alors sanctionné « quiconque aura intentionnellement [...] détruit, mutilé, dégradé, détérioré des découvertes archéologiques faites au cours de fouille ou fortuitement, ou un terrain contenant des vestiges archéologiques ». Aujourd'hui ces incriminations sont reformulées à l'article 322-3-1 du Code pénal qui vise « la destruction, la dégradation ou la détérioration [...] du patrimoine archéologique, au sens de l'article L. 510-1 du Code du patrimoine ». A la notion de *terrain contenant des vestiges archéologiques* (version initiale de l'article 257-1) est désormais substituée celle de *gisement* insérée, par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016, dans la définition du patrimoine archéologique posée par l'article L. 510-1 du Code du patrimoine. Sur ce versant pénal, perdure une même dynamique de reconnaissance d'un intérêt collectif, dont l'État est le garant. C'est un intérêt de même nature, dérivant vers la reconnaissance d'un patrimoine commun, que révèle le libellé de l'article 322-3-2 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant

l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

Jusqu'à la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016, l'économie générale du droit de l'archéologie était fondée sur la seule figure d'un État protecteur d'une ressource patrimoniale et garant, à la fois, de son exploitation scientifique et de l'accès à la connaissance, au profit du public et de la communauté des archéologues. Cette économie normative était marquée par un paradoxe qu'écarte la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 : jusqu'alors le droit de l'archéologie était marqué par une ambivalence : un régime de police administrative – projection d'un pouvoir régalien – sur l'exercice de la recherche et sur l'accès à la connaissance, et à rebours, un statut du patrimoine archéologique – notamment des vestiges mobiliers – dont le régime de propriété se démarquait des droits exclusifs de l'État pour favoriser une appropriation adossée à la propriété foncière du terrain de fouille ou du gisement. En d'autres termes, l'État contrôlait la production de la connaissance mais se désintéressait, peu ou prou, de la conservation du gisement, des vestiges et des collections archéologiques, sources primaires de cette connaissance. Cette ambivalence, qui gouvernait l'économie du droit de l'archéologie, s'efface dans la réécriture du Livre 5 du Code du patrimoine par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016.

Un régime conditionné de propriété publique au profit de l'État est dorénavant institué. Ce régime de propriété publique n'est ni univoque, ni absolu ; en regard de l'utilité publique de la sauvegarde du patrimoine archéologique, il est contraint par la recherche du juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et celles de la sauvegarde du droit de propriété, que stipule le premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶⁸.

Dorénavant, l'attribution du droit de propriété est réglée de manière distincte suivant la qualité immobilière ou mobilière des biens archéologiques. La loi du 7 juillet 2016 a reformulé le régime de propriété publique des vestiges immobiliers qu'avait instauré la loi du 17 janvier 2001, dont les dispositions (article L. 541-1 du Code du patrimoine, dans sa version antérieure à la loi du 7 juillet 2016) privaient le propriétaire d'un fonds, acquis avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 janvier 2001, de la propriété des vestiges archéologiques immobiliers qui se trouvent dans son terrain, sans aucune compensation ; le Conseil d'État a jugé qu'un tel processus est inconventionnel⁶⁹. Les articles L. 541-1 et L. 542-2 du Code du patrimoine posent dorénavant trois régimes de propriété en fonction de la date de découverte, combinée avec la date de formation du titre de propriété du terrain d'assiette du site ou des vestiges archéologiques immobiliers.

S'agissant de la propriété des vestiges archéologiques mobiliers, le nouveau régime issu de la loi du 7 juillet 2016 pose un principe de présomption de propriété au profit de l'État pour l'ensemble des vestiges mobiliers qui seront mis au jour postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, le 9 juillet 2016, sur des terrains acquis après cette date. Parallèlement, pour les vestiges archéologiques mobiliers mis au jour après l'entrée en vigueur de la loi sur des terrains acquis avant cette date, la propriété de l'ensemble des vestiges découverts est attribuée au propriétaire du terrain sur lequel les mobiliers archéologiques ont été mis au jour, lequel peut renoncer à ses droits au profit de l'État.

⁶⁸ CE, 24 avril 2012, *Ministère de la Culture c/ Mathé-Dumaine*, req. n° 346952.

⁶⁹ *Ibid.*

Cette recomposition des fonctions et des prérogatives de l'État questionne la performativité de ce nouveau modèle, tant sur la garantie d'accès à la connaissance, sur la prévention des atteintes aux biens archéologiques, que sur le monopole et des droits exclusifs de l'État.

Dans ses prémisses, la reconnaissance d'un intérêt commun porté par l'État a été confortée par l'accueil de la constitution de partie civile et la réparation du préjudice moral de l'État, par des juridictions pénales statuant sur des destructions et atteintes intentionnelles à des biens archéologiques⁷⁰. La spécificité de ce préjudice moral, distinct de la conception classique qui l'indemnise à raison d'une atteinte à la réputation ou à une image de marque, doit être appréciée en regard de la notion de préjudice archéologique, caractérisée par la multiplicité des formes d'atteintes susceptibles d'être portées aux biens archéologiques, et par la pluralité d'acteurs susceptibles d'agir en réparation de ce préjudice.

Dès lors, investir la problématique d'un patrimoine archéologique commun et celle des titulaires d'un intérêt commun à la conservation et à la sauvegarde de ce patrimoine, ainsi qu'à l'accès à la connaissance archéologique, exige de questionner la propriété archéologique et de repenser les responsabilités sur le patrimoine archéologique.

Questionner la propriété archéologique, dans une perspective de bien commun, conduit à repenser le statut du patrimoine archéologique, en redéfinir le périmètre pour rehausser l'impératif documentaire dans le droit de l'archéologie, à en redéfinir les droits d'usage, d'accès et d'exploitation, et à redistribuer les titularités.

Repenser les responsabilités sur le patrimoine archéologique induit de poser des principes à partir duquel pourrait être refondée la responsabilité de l'État ; refondation à partir, d'une part, de la question de la distribution des titularités et des obligations entre les différentes collectivités publiques et, d'autre part, des voies du droit qui pourraient être empruntées pour mettre en jeu un modèle de contrôle social de l'archéologie.

Dans ce registre de responsabilité, la définition du préjudice archéologique renvoie aux déterminations d'un nouvel *intérêt commun* pour fonder tant les actions en réparation et que l'exercice de ces actions par des groupes ou des personnes se prévalant d'un tel intérêt commun.

⁷⁰ CA Paris, 15 juin 2016, n° 14/07014 ; CA Montpellier, 1^{er} décembre 2016, n° 16/1744. Voir aussi : TGI Nice, 17 janvier 2008, n° 249/08 ; TGI Périgueux, 4 avril 2007, n° 399/2007 ; TGI Amiens, 21 septembre 2006, n° 2302/2006.

I. Le patrimoine archéologique au prisme de la propriété

A. Les décalages entre besoins de protection et modes de qualification en matière archéologique

Le patrimoine archéologique, comme d'autres formes de patrimoine, reste très marqué par la distinction civiliste des immeubles et des meubles. Et le fait est que le droit des monuments historiques, sorte de matrice du droit du patrimoine, s'est dès l'origine structuré à partir de ce qui formeront deux branches de ce droit, ordonnées selon la qualité mobilière ou immobilière du bien. Ce mode opératoire trouve une rationalité dans le fait que les risques ne sont pas du même ordre pour ces deux catégories de patrimoine et qu'en outre ils ne s'inscrivent pas dans le même contexte juridique, dans le même environnement normatif. Le droit du patrimoine immobilier doit compter avec d'autres branches du droit, le droit de l'urbanisme, le droit de l'environnement notamment tandis que le droit du patrimoine mobilier est plus au contact du droit du marché. Quant aux risques de destruction, de dispersion, ils ne sont pas de même nature ou de même intensité selon le degré de mobilité et leur traitement appelle des savoirs et compétences spécifiques. L'on conçoit alors que la protection soit pensée dans des termes propres. Mais cette approche ne s'accorde pas toujours à tout type de patrimoine. On observe de ce point de vue que la définition même du patrimoine archéologique s'en affranchit largement (1), sans pour autant en tirer toutes les conséquences. Le fait est que le droit de l'archéologie construit son régime de protection et d'encadrement de l'activité de fouilles sur cette distinction, tout en la réinterprétant lorsqu'il l'applique à des objets et sites archéologiques (2). Ce mode de découpage va amplement déterminer la question propriétaire (3).

1. La spécificité de la définition du patrimoine archéologique

La classification civiliste apparaît très lisiblement dans la définition générique du patrimoine apparue en 2004 à la faveur de la codification de la matière. Au fronton du Code du patrimoine, l'article L. 1 expose, dans un premier paragraphe, que le patrimoine est l'ensemble de biens meubles et immeubles, dont la propriété est publique ou privée et qui revêtent un intérêt historique, artistique, esthétique, archéologique, scientifique, technique⁷¹. L'archéologie est par conséquent pleinement saisie par cette notion englobante de patrimoine. Elle en est une des déclinaisons, un des sous-ensembles comme le sont le patrimoine artistique, le patrimoine scientifique et technique, celui des collections de musée, etc. Et pourtant, le législateur éprouve le besoin de définir distinctement le patrimoine archéologique dans un article introduit dans le livre 5 consacré à l'archéologie tant terrestre que maritime. C'est le seul type de patrimoine

⁷¹ C. patr., art. L. 1 :

« Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, 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.

Il s'entend également des éléments du patrimoine culturel immatériel, au sens de l'article 2 de la convention internationale pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée à Paris le 17 octobre 2003 ».

ainsi spécialement caractérisé. Si le code évoque par exemple le patrimoine archivistique dans les possibles ressorts d'acquisition publique, il ne le définit pas pour autant⁷². Il est une simple application de la notion mère.

C'est au contraire à un véritable exercice de définition auquel se livre le législateur, s'agissant du patrimoine archéologique. Aux termes de l'article L. 510-1 « constituent des éléments du patrimoine archéologique tous les vestiges, biens et autres traces de l'existence de l'humanité, y compris le contexte dans lequel ils s'inscrivent, dont la sauvegarde et l'étude, notamment par des fouilles ou des découvertes, permettent de retracer le développement de l'histoire de l'humanité et de sa relation avec l'environnement naturel ».

Le Code du patrimoine recrute ici la définition contenue dans la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique adoptée le 16 janvier 1992 à la Valette (dite Convention de Malte), du moins en partie.

Sous le titre « définition du patrimoine archéologique », la Convention de Malte précise ce qu'il faut entendre sous cette notion :

1. Le but de la présente Convention (révisée) est de protéger le patrimoine archéologique en tant que source de la mémoire collective européenne et comme instrument d'étude historique et scientifique.
2. A cette fin, sont considérés comme éléments du patrimoine archéologique tous les vestiges, biens et autres traces de l'existence de l'humanité dans le passé, dont à la fois :
 - i) la sauvegarde et l'étude permettent de retracer le développement de l'histoire de l'humanité et de sa relation avec l'environnement naturel;
 - ii) les principaux moyens d'information sont constitués par des fouilles ou des découvertes ainsi que par d'autres méthodes de recherche concernant l'humanité et son environnement;
 - iii) l'implantation se situe dans tout espace relevant de la juridiction des Parties.
3. Sont inclus dans le patrimoine archéologique les structures, constructions, ensembles architecturaux, sites aménagés, témoins mobiliers, monuments d'autre nature, ainsi que leur contexte, qu'ils soient situés dans le sol ou sous les eaux.

La définition française, très inspirée du texte européen, n'en reproduit cependant que certains aspects. Laissant de côté « les principaux moyens d'information [...] constitués par des fouilles ou des découvertes ainsi que par d'autres méthodes de recherche concernant l'humanité et son environnement », elle n'en retient finalement que les éléments pris dans leur matérialité, les sites, les structures, les objets, etc. La dimension pourtant fondamentale de la recherche et des documents issus de la fouille qui seront les seules traces d'un matériau détruit par son étude n'est pas comprise dans la notion de patrimoine archéologique. Même si la finalité d'étude y est mentionnée, le droit français développe finalement une vision très objectale de cette notion, dans le droit fil de la notion mère.

Elle s'en distingue pourtant, à la fois dans son vocabulaire, dans son mode de qualification et dans ses finalités.

Sur le premier point, là où l'article premier du Code du patrimoine mobilise quasiment exclusivement des notions du droit privé (bien, meuble, immeuble), l'article L. 510-1 utilise

⁷² Il aurait sans doute pu compte tenu de la spécificité de l'objet, de la même façon que pouvait être pensé différemment le patrimoine scientifique et technique en raison de sa proximité avec le patrimoine immatériel.

des termes puisés dans le vocabulaire de l'archéologie, du moins en grande partie. Il est question de vestiges, de traces, de contexte dans lequel ils s'inscrivent. Le terme de bien, point d'ancrage dans la question de la propriété, n'est pas dans la première version en 2004. Il est introduit par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

Ensuite, le mode de qualification, qui met en relation les éléments découverts et le contexte dans lequel ils s'inscrivent, introduit une perspective tout à fait inédite. La référence au contexte est également ajoutée en 2016. Enfin les finalités assumées par le patrimoine archéologique et qui participent de sa définition sont la sauvegarde (terme plus large que celui de protection) et l'étude. Et le fait est que dès les premières lois sur l'archéologie, c'est l'activité de fouilles qui est au centre du dispositif. L'objet archéologique est d'abord un objet de science avant que l'on y voit un objet patrimonial⁷³. Plus justement sa patrimonialité vient de ce qu'il nous renseigne sur l'histoire de l'humanité. Il a une valeur documentaire qui appelle des mises en place particulières du point de vue des outils juridiques. La notion de patrimoine archéologique est singulière. Dans son appréhension, le droit de l'archéologie et ceux qui en font usage n'en tirent pourtant pas toujours les conséquences qui devraient découler de cette reconnaissance d'une valeur scientifique et documentaire. Il reste en effet puissamment déterminé par l'approche matérielle et ainsi par la distinction meuble/immeuble, perspective dont on a rappelé qu'elle était très présente dans le droit du patrimoine.

Au Royaume-Uni, la protection désignée par le terme *Treasure Trove* (du français *trésor trouvé*) s'est développée au Moyen Age et était un moyen pour la Couronne d'obtenir des avantages pécuniaires et non de protéger les biens archéologiques⁷⁴. La Couronne avait un droit sur les biens en or ou argent qui avaient été cachés par leurs propriétaires dans le but d'être retrouvés. Ce droit n'existait pas pour les objets perdus ou volontairement enterrés par le propriétaire ou la communauté (par exemple la découverte du site funéraire de *Sutton Hoo* en a été exclue car l'enfouissement était volontaire).

De plus, en 1858, un parlementaire suggéra d'étendre les règles de la découverte fortuite des trésors à toutes les découvertes archéologiques (c'est-à-dire aux objets qui ne contenaient pas de métal précieux) et de payer une récompense à l'inventeur mais ce projet a été vite abandonné⁷⁵. La règle de *common law* du *Treasure Trove* a été abolie par la loi de 1996 car de nombreux objets archéologiques (en bronze par exemple) étaient exclus de cette protection.

Le *Treasure Act* de 1996 a aboli la règle de *common law* dite du *Treasure Trove*. La définition légale du trésor s'est élargie mais reste complexe. Un trésor est un objet qui appartient à l'une des quatre catégories :

a) C'est un objet qui a plus de 300 ans lorsqu'il est trouvé et qui est composé d'au moins 10 % de métal précieux (or, argent), ou qui est composé de deux pièces ou plus si elles sont faites de 10 % de métal précieux ou qui est composé de 10 pièces ou plus qui ne sont pas faites de métal précieux.

b) Soit au moins deux objets en métal (non précieux) datant de l'âge du fer ou d'une époque antérieure

⁷³ En l'occurrence, le volet du contrôle scientifique et technique exercé par l'État a été singulièrement renforcé dans la loi du 7 juillet 2016.

⁷⁴ John Carman, *Valuing Ancient Things, Archaeology and Law*, Leicester University Press, 1996, p. 49.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 50 ; Lord Talbot de Malahide, *HL Deb. 15 juillet 1861*, vol. 164, cc 846-850.

découverts ensemble, ou un objet en or ou en argent datant de l'âge du fer ou d'une époque antérieure,

c) Un objet qui aurait été défini comme un trésor selon la définition de *common law* du trésor,

d) Tout objet qui se trouve dans le même contexte de découverte que la catégorie a) b) ou c), ou qui, s'il avait été trouvé plus tôt, aurait fait partie de la catégorie a) ou b).

L'auteur de la découverte est tenu de la signaler au *coroner* dans les 14 jours, sous peine d'être poursuivie (article 8). Si la découverte est reconnue comme un trésor, elle appartient d'abord à un franchisé (par exemple le duché de Cornouailles) et, sinon, à la Couronne qui donnera la possibilité à un musée d'indemniser le découvreur et le propriétaire foncier (articles 4 et 10). Si aucun musée ne souhaite acquérir la découverte, celle-ci sera restituée au propriétaire foncier. Si l'auteur de la découverte (par exemple, l'utilisateur d'un détecteur de métaux) avait un accord avec le propriétaire, il partagera l'indemnisation selon son accord. Une amélioration importante a été apportée par la rédaction d'un code de pratique (section 11), ainsi que la création du système des antiquités portables qui encourage le public à signaler les trouvailles qui ne sont pas considérées comme des trésors. Ce programme est géré par le British Museum et des agents de liaison spécialisés sont en poste dans de nombreux musées locaux.

Le *Treasure Act* a été modifié afin les musées puissent acquérir des objets qui seraient exclus du champ d'application de la règle des trésors.

[Sophie Vigneron]

2. L'appréhension du patrimoine archéologique dans ses éléments constitutifs

Ainsi que le rappelle Noé Wagener, « depuis son origine, le droit de l'archéologie découpe son objet en deux. Comme l'explique la loi du 27 septembre 1941, une 'découverte archéologique' est soit 'de caractère mobilier', soit, au contraire, 'de caractère immobilier' »⁷⁶. Ce faisant, il prend de la distance avec la façon dont le droit civil distribue ces deux catégories. Il qualifie les éléments du sous-sol archéologique d'immeuble ou de meuble non au regard des critères contemporains que mobilise la jurisprudence judiciaire, mais en considération de leurs caractéristiques passées. Parce qu'ils ont été des monuments, ils sont immeubles même s'il n'en reste que des fragments et que sous le rapport du Code civil, on pourrait considérer qu'ils sont devenus meubles. Il ignore en outre tout à fait cette catégorie intermédiaire que sont les immeubles par destination au sens de l'article 525 du Code civil.

Mais la difficulté n'est pas tant dans cette redistribution que dans le mode de découpage qui laisse en dehors de la qualification le terrain, le contexte dans lequel précisément s'inscrivent ces éléments et ainsi l'ordre de relation qui les unit. Alors même qu'une certaine lecture de la définition du patrimoine archéologique y invite dès lors qu'explicitement, elle évoque le contexte, l'interprétation qui en est donnée « fait bien peu de cas du terrain »⁷⁷. Il est un simple contenant, comme décroché des richesses qu'il découvre. » Or, « l'information archéologique se trouve non seulement dans les traces prises indépendamment les unes des autres, mais aussi dans l'unité que ces traces, comprises en relation les unes par rapport aux autres, constituent. Aussi, l'objet de l'archéologie est désormais plus que la simple somme des vestiges

⁷⁶ Noé Wagener, « Qualifier juridiquement le patrimoine archéologique » in Vincent Négri (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 208.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 209.

archéologiques qui constituent le terrain : il est *l'unité complexe que tous ces vestiges forment ensemble* »⁷⁸. Il ne serait alors pas absurde de considérer le tout dans son unité, ce d'autant plus que le régime de propriété, sous l'influence de la loi du 7 juillet 2016, s'unifie. Mais la technique de découpe en forme de redistribution selon la nature mobilière ou immobilière empêche de voir l'essentiel, l'ordre de relation qui unit entre eux les éléments du sous-sol⁷⁹.

Et cette dimension de l'immatériel, c'est aussi ce que restituent les travaux de fouille, ce qui fait considérer la documentation, pleinement, comme un des constituants du patrimoine archéologique. A nouveau, la définition passe à côté d'un aspect essentiel : le sous-sol pris dans sa fonction documentaire, le sous-sol, mémoire collective, dont il faut assurer soit l'intégrité, soit la consignation et l'étude. Le patrimoine archéologique pourrait être un de ses objets définis juridiquement dans ce double rapport, dans cette interaction entre le tangible et l'intangible.

La consécration des ensembles archéologiques par la loi du 7 juillet 2016 pourrait être vue comme participant d'une certaine façon de cette logique. L'article L. 541-6 du Code du patrimoine prescrit en effet :

Art. L. 541-6 du Code du patrimoine

Lorsque les biens archéologiques mobiliers mis au jour constituent un ensemble cohérent dont l'intérêt scientifique justifie la conservation dans son intégrité, l'autorité administrative reconnaît celui-ci comme tel. Cette reconnaissance est notifiée au propriétaire.

Toute aliénation à titre onéreux ou gratuit d'un bien archéologique mobilier ou d'un ensemble n'appartenant pas à l'État reconnu comme cohérent sur le plan scientifique en application du premier alinéa, ainsi que toute division par lot ou pièce d'un tel ensemble, est soumise à déclaration préalable auprès des services de l'État chargés de l'archéologie.

Mais d'une part, on retombe à nouveau sur une vision tronquée. La considération de l'ensemble constitué d'éléments mobiliers évacue totalement le lien au contexte. D'autre part, à nouveau, cette mise en place n'est pas articulée avec la question de l'exploitation scientifique et au fait que, le terrain fouillé est altéré et qu'il faut en tirer de la connaissance. Cette lecture binaire du patrimoine archéologique emporte des conséquences sur la façon d'envisager la question propriétaire.

3. La logique attributive dans le domaine de l'archéologie

C'est surtout sur le terrain de la propriété que la distinction entre éléments mobiliers et immobiliers exerce une influence. La loi relative à la liberté de création, l'architecture et le patrimoine vient d'en modifier en profondeur le régime, en considération de la nature particulière du sous-sol et des richesses archéologiques qu'il contient. Les dispositions du Code civil en matière d'acquisition de la propriété ont été neutralisées au profit d'une propriété étatique. Cette solution est partagée par un grand nombre d'États qui ont instauré un système de propriété publique, adossé le cas échéant à un régime de domanialité publique sur le sous-sol archéologique. En ce sens, l'Unesco et l'Unidroit ont élaboré des dispositions modèles définissant la propriété de l'État sur les biens culturels non découverts⁸⁰. La disposition 3 qui

⁷⁸ Noé Wagener, « Qualifier juridiquement le patrimoine archéologique », *préc.*, p. 209.

⁷⁹ V. *infra* d'une façon plus générale, l'insuffisante prise en compte par le droit de cette notion de sol.

⁸⁰ *Dispositions modèles UNESCO-UNIDROIT définissant la propriété de l'Etat sur les biens culturels non*

constitue la règle centrale de ce texte dispose que « les biens culturels non découverts sont la propriété de l'État, sous réserve qu'il n'existe aucun droit de propriété antérieur ».

Le droit français s'est largement inspiré de cette règle. Cette reconnaissance d'une propriété étatique a nécessité une mise en place qui n'est pas tout à fait du même ordre selon la nature du bien et l'acquisition de la propriété. En matière immobilière, il a fallu surmonter le mécanisme de l'article 552 du Code civil qui dispose que le propriétaire du terrain est propriétaire du dessus et du dessous. Quant aux objets mobiliers, il fallait composer avec les droits du propriétaire, ceux de l'inventeur (notamment l'article 716 du Code civil et le jeu de l'accession de l'article 552 du Code civil), ceux encore de l'État prescripteur de fouilles (qui, concurremment avec le propriétaire du terrain bénéficiait, sous l'empire du droit antérieur, d'un droit sur les découvertes issues de fouilles dans certaines hypothèses). La voie empruntée par la loi de 2016 a consisté à nationaliser, à terme, le sous-sol archéologique.

En matière immobilière, les dispositions de l'article 552 du Code civil ne sont pas applicables aux biens archéologiques quelle que soit la modalité de la découverte (fouille ou découverte fortuite). Ils appartiennent à l'État pour ceux d'entre eux qui auront été découverts sur un terrain acquis après la publication de la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive (art. L. 541-1 du Code du patrimoine). En ce qui concerne les objets mobiliers, la solution est identique.

Art. L. 541-4, alinéa 1^{er}, du Code du patrimoine

Les articles 552 et 716 du Code civil ne leur sont pas applicables lorsqu'ils sont « mis au jour à la suite d'opérations de fouilles archéologiques ou de découvertes fortuites réalisées sur des terrains dont la propriété a été acquise après la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine. Ces biens archéologiques mobiliers sont présumés appartenir à l'État dès leur mise au jour au cours d'une opération archéologique dès lors que la découverte est postérieure à l'entrée en vigueur de la loi et, en cas de découverte fortuite, à compter de la reconnaissance de l'intérêt scientifique justifiant leur conservation.

C'est, dans le cas des découvertes fortuites, la reconnaissance de l'intérêt scientifique de l'objet qui emporte son appropriation publique, sachant que « cette appropriation peut être contestée pour défaut d'intérêt scientifique de l'objet devant le juge administratif dans les délais réglementaires courant à compter de l'acte de reconnaissance »⁸¹. Dans la mise au jour d'objets mobiliers, la solution n'est donc pas identique selon le procédé. Dans le cadre d'activités de fouilles, les objets appartiennent à l'État, alors que s'agissant de découvertes fortuites, c'est l'intérêt scientifique qui commande l'appropriation publique.

Nous n'entrons pas ici plus avant dans cette mise en place qui, d'ici une génération sera généralisée, sous réserve de la persistance de certaines hypothèses de propriété partagée⁸². Ce qui est sûr, c'est que, reproduisant cette même méthode qui consiste à distinguer le régime

découverts, 2011 [CLT-2011/CONF.208/COM.17/5]. Il ne s'agit pas d'un texte contraignant mais « de dispositions mises à la disposition des États qui pourront les considérer lors de l'élaboration ou du renforcement de leur législation nationale »

⁸¹ C. patr., art. L. 541-4, al. 3.

⁸² V. *infra* les modèles propriétaires.

propriétaire des biens immobiliers et des biens mobiliers, elle marque à nouveau une forme d'invisibilité de cette entité du terrain. Il est un contenant d'objets archéologiques et non en lui-même un sujet archéologique. Unifiant à terme le régime propriétaire, il y avait pourtant matière à penser cette unité du terrain. Noé Wagener suggère que l'on aurait bien pu qualifier le tout d'immeuble ou encore considérer le sous-sol archéologique dans toutes ses composantes mobilières et immobilières, raisonné sur l'idée de ressources archéologiques comme on peut reconnaître des ressources minières. Et cette recombinaison pouvait être utile en ce sens (V. plus loin sur les modèles alternatifs). Mais, en dépit des avancées de la loi de 2016, le système puissamment adossé à la question propriétaire perpétue ce phénomène de fragmentation et de morcellement. La question se pose de savoir comment articuler cette réalité d'une pluralité de propriétaires du patrimoine archéologique avec la reconnaissance d'un patrimoine d'intérêt commun.

B. La prise en compte de l'intérêt commun dans un contexte de pluralité de propriétaires des corpus archéologiques

Le droit de l'archéologie institue des modes spécifiques de conciliation entre droit de propriété et intérêt commun. Dans la perspective d'une reconnaissance plus marquée du patrimoine archéologique comme bien commun, d'autres figures alternatives puisées dans le droit commun peuvent également nourrir la réflexion sur cette articulation.

1. Les figures propriétaires classiques du droit de l'archéologie

La cartographie propriétaire des terrains et objets de caractère archéologique montre que, pour partie, le principe selon lequel la propriété archéologique revient au propriétaire du terrain persiste pour une part non négligeable. L'idée d'une propriété publique étatique du sous-sol archéologique, en forme de supra-propriété a cependant considérablement gagné du terrain. En serré dans chacune de ces figures propriétaires, on peut se poser la question de savoir comment est pensé juridiquement l'intérêt commun attaché à la conservation, à la sauvegarde, à l'étude du patrimoine archéologique et quelles en sont les limites.

a) Persistance de l'approche privatiste de la propriété archéologique

Si la direction de travail, dans la loi de 2016, a été d'organiser, à terme, la nationalisation du sous-sol archéologique, il reste que, dans un certain nombre d'hypothèses, les éléments mis au jour donnent prise à des droits de propriété au sens de l'article 544 du Code civil. La reconnaissance d'un intérêt commun archéologique doit composer avec le propriétaire et passe alors par l'institution d'une propriété à charge, modèle classique de propriété assujettie à une servitude d'utilité publique dont les contours ont été très sérieusement renforcés avec la loi du 7 juillet 2016 (loi LCAP).

i) Les hypothèses de travail

L'attribution des biens archéologiques telle qu'elle est gouvernée par le droit civil (art. 552 CC pour le foncier, article 716 et article 552 CC pour le mobilier) se réalise soit entre les mains du propriétaire terrain, soit, en matière mobilière, a vocation à être partagée entre plusieurs personnes. Sous cette approche, ne sont pas seulement concernés les terrains privés mais aussi les terrains dont les collectivités territoriales sont propriétaires.

La propriété entre les mains d'un propriétaire unique – Qu'il s'agisse des éléments mobiliers ou immobiliers, la loi réserve dans certaines hypothèses la propriété des gisements et objets au propriétaire du terrain. Sous l'empire de l'ancien système, il avait vocation à recueillir la propriété des découvertes en application de la règle de l'accession contenue à l'article 552 du Code civil, sous réserve de certaines règles de partage de propriété en matière mobilière. Les découvertes effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi de 2016 demeurent soumises à ces règles d'attribution de la propriété. Le nouveau dispositif laisse aussi subsister ce droit pour les découvertes immobilières effectuées sur des terrains acquis avant la publication de la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 (art. L. 541-1 du Code du patrimoine). Il en va de même pour les découvertes mobilières effectuées sur des terrains acquis après la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

D'une part, les lois de 2001 et de 2016 saisissent les découvertes futures, laissant intacts les droits de propriété acquis avant leur entrée en vigueur. Le fait est qu'il existe un certain nombre de sites archéologiques de grande importance dont le propriétaire est une personne privée. On peut notamment citer le site de Carnac ou encore les Eyzies. En Périgord, un grand nombre de sites préhistoriques ont été découverts au siècle dernier et sont restés en mains privées⁸³. De la même façon, de très nombreux sites archéologiques sont sur des terrains appartenant à des collectivités territoriales.

D'autre part, pour les découvertes réalisées sur des terrains acquis avant l'entrée en vigueur de ces lois, le nouveau dispositif ne peut être opposé au propriétaire du terrain. L'article 552 du Code civil reprend ses droits. En matière immobilière, l'option retenue par la loi s'inspire de l'arrêt du Conseil d'État relatif à la grotte Vilhonneur dans laquelle le juge avait pu décider :

« Considérant qu'à compter de la date de leur entrée en vigueur, les dispositions de la loi du 17 janvier 2001, reprises à l'article L. 541-1 du Code du patrimoine, ont rendu inapplicable, en ce qui concerne les vestiges archéologiques immobiliers qui s'y trouveraient, la présomption de propriété du sous-sol que l'article 552 du Code civil établit au profit du propriétaire du sol ; que ces dispositions font en conséquence obstacle à ce que ceux qui deviennent, à compter de cette date, propriétaires du sol, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit, puissent se prévaloir de cette présomption pour revendiquer la propriété de tels vestiges ; que l'application de l'article L. 541-1 du Code du patrimoine aux personnes se trouvant dans cette situation ne saurait être regardée comme la privation d'un bien au sens des stipulations citées plus haut ;

« Considérant, toutefois, qu'il en va différemment s'agissant des personnes qui étaient propriétaires du sol antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 13 de la loi du 17 janvier 2001, repris à l'article L. 541-1 du Code du patrimoine »⁸⁴.

En dehors des hypothèses d'attribution liées à la propriété du terrain, un autre acteur, potentiellement, peut également invoquer un droit sur la chose. Un tiers, sur un objet mis au jour, peut disposer d'un titre de propriété qui, alors est opposable tant au propriétaire du terrain qu'à l'inventeur ou encore qu'à l'État.

⁸³ Alain Roussot, « L'exemple des sites classés restés propriété privée », *Paléo, Revue d'Archéologie Préhistorique*, 1990, hors-série « Lartet, Breuil, Peyrony et les autres. Une histoire de la préhistoire en Aquitaine », pp. 58-60.

⁸⁴ CE, 24 avril 2012, *min. culture c/ Mathe-Dumaine*, n° 346952, *Rec.*

Les hypothèses de partage de propriété en matière mobilière – L'introduction d'une règle de partage de propriété liée au contexte de la découverte a été pensée exclusivement pour les objets mobiliers dans la loi de 1941, solution qui perdure encore aujourd'hui, même si, avec le temps et pour les situations futures, le système de nationalisation a vocation à étendre son emprise.

Le partage ne se réalise pas de la même façon en fonction de la nature de la fouille ou de la découverte, sachant qu'il joue soit lorsque la mise au jour a été effectuée avant la loi du 7 juillet 2016 soit lorsqu'elle s'est réalisée après la loi de 2016 sur les terrains acquis avant l'entrée en vigueur de la loi du 7 juillet 2016. Quel que soit le mode de découverte de l'objet et la temporalité dans laquelle elle s'inscrit, ces modes d'appropriation, y compris par la personne publique, peuvent à tout moment être contestés devant le juge judiciaire par la preuve d'un titre de propriété antérieur à la découverte.

Dans le cas où les fouilles et découvertes se sont réalisées avant l'entrée en vigueur de la loi, c'est l'ancien système de partage de la propriété qui a vocation à s'appliquer, ce qui laisse subsister des situations d'indivision, donc des opérations de partage ou d'attribution publique de la propriété.

En ce qui concerne les fouilles exécutées par un tiers sur le terrain d'autrui et nécessitant une autorisation de l'administration en charge de l'archéologie, la question est régie par le Code civil (article 552 et 716). La propriété des objets mobiliers découverts appartient au propriétaire du terrain en vertu des règles d'accession. Les éléments qui se trouvent dans le sous-sol sont présumés appartenir au propriétaire du terrain. Lorsque la découverte est fortuite, l'article 716 du Code civil opère un partage de propriété entre le propriétaire du terrain et l'inventeur. Le système est marqué par l'idée d'une récompense à celui qui révèle l'existence d'un objet que le propriétaire du terrain en toute hypothèse ignorait.

Lorsque les fouilles sont exécutées par l'État, ce partage par moitié, empruntant à la solution de l'article 716 du Code civil, se fait entre le propriétaire du terrain et l'État. Dans le cas des fouilles préventives, le texte prévoit à nouveau un système de partage par moitié de la propriété, quelque peu complexe. Le propriétaire est censé avoir renoncé à la propriété des objets mis au jour s'il ne se manifeste pas dans un délai d'un an.

En ce qui concerne les mises au jour postérieures à l'entrée en vigueur de la loi de 2016, réalisées sur des terrains acquis avant cette date, le droit de l'archéologie a opportunément unifié le régime de propriété des objets quelle que soit l'hypothèse de fouille ou de découverte. La propriété est partagée entre l'État et le propriétaire du terrain et le cas échéant l'inventeur en cas de découverte fortuite. Si à l'issue d'une procédure de notification, le propriétaire ou l'inventeur n'ont pas fait valoir leurs droits, la propriété est transférée à titre gratuit à l'État.

Ces règles de partage créent des situations d'indivision, qui peuvent être résolues soit à l'amiable (partage ou vente au profit de l'État), soit de façon autoritaire (partage des lots par le juge, expropriation). Il reste que dans un certain nombre de cas, dans lesquels le produit des fouilles est déplacé et entreposé dans un lieu autre que celui de la fouille, l'on peine à remonter

la propriété des objets mobiliers. Leur statut reste en suspens⁸⁵.

En outre, l'État dispose d'un « droit de revendication » exercé au nom de l'intérêt public soit pour son compte soit pour le compte d'une autre personne⁸⁶.

Art. L. 541-8, alinéa 1^{er} du Code du patrimoine

L'État peut revendiquer, dans l'intérêt public, pour son propre compte ou pour le compte de toute personne publique qui en fait la demande, la propriété des biens archéologiques mobiliers, moyennant une indemnité fixée à l'amiable ou à dire d'expert désigné conjointement.

A la vérité, le vocabulaire utilisé ici laisse entendre que l'État recouvre la propriété d'un bien dont il aurait été dessaisi ce qui en réalité n'est pas le cas. Ce mécanisme qui constitue purement et simplement une forme d'expropriation mobilière lui permet d'acquérir les lots attribués à une personne privée. L'acquisition n'est cependant possible que dans l'intérêt des collections publiques. Le seul intérêt scientifique ne suffit pas à justifier l'expropriation. L'éviction du propriétaire ouvre droit à une juste et préalable indemnité. On observe que cette forme « d'expropriation mobilière » n'existe, dans le Code du patrimoine, qu'en matière archéologique.

A nouveau se manifestent ici les différences de traitement entre bien immobiliers et biens mobiliers.

Le système laisse ainsi persister des situations d'appropriation privée, qui conduisent potentiellement à la dispersion des objets, même si, alors, la propriété archéologique peut être assujettie à certaines charges. En effet, le cas échéant, la qualification de patrimoine archéologique est susceptible d'emporter un certain nombre de charges qui pèsent sur le propriétaire du bien, charges qui ont été renforcées par la loi LCAP.

b) L'institution d'une propriété archéologique à charge

La propriété archéologique restée entre les mains du propriétaire privé ou d'un propriétaire public peut souffrir plusieurs types de charges. Certaines peuvent être apparentées à une forme de droit d'usage dont l'État dispose temporairement pour exploiter scientifiquement un gisement archéologique. D'autres, plus classiques concernent l'obligation de conservation et retirent en cela au propriétaire son pouvoir de disposer matériellement de son bien au nom d'un intérêt collectif. Ces deux sujétions (conservation/usage) jouent tant pour le terrain que pour les éléments mobiliers, même si leur traitement juridique est conçu distinctement du moins pour l'essentiel. Nous laissons ici de côté la question de la documentation scientifique issue des fouilles⁸⁷, dans la mesure où sa production n'est pas en lien avec la question de la propriété⁸⁸ mais avec celle de l'exercice de l'activité de fouille et des obligations de ceux qui en ont la charge.

⁸⁵ Sur cette situation : Jean Chatelain, *Droit et administration des musées*, Paris, La Documentation française, 1993.

⁸⁶ C. patr., art. L. 541-8.

⁸⁷ V. *infra* sur cette question.

⁸⁸ Fort heureusement, la Cour de cassation a barré la route à la reconnaissance d'un droit à l'image des biens dont jouirait le propriétaire au sens de l'article 544 du Code civil. Si cet épisode initié en 1999 et clôt en 2004 avait persisté, la question se serait alors posée des droits du propriétaire sur l'image du sous-sol archéologique.

i) Servitudes d'usage du terrain archéologique

L'archéologie en général, l'archéologie préventive en particulier ont pour objet la sauvegarde et l'étude des vestiges et autres traces de l'existence de l'humanité, objectif de recherche qui nécessite d'avoir accès à ces archives du sol. C'est ce qui justifie que l'État puisse utiliser les terrains archéologiques. Il dispose d'une certaine façon d'un droit d'usage, pour en retirer un profit scientifique, prérogative qui dépouille le propriétaire d'une des utilités qu'il serait en droit de retirer de sa chose sur le fondement de l'article 544 du Code civil. Il en est évincé à des fins de connaissance. L'intérêt public des prérogatives dont dispose l'État, dans cette fonction, a été consacré par la jurisprudence, « à raison notamment du caractère irréversible de l'atteinte au patrimoine archéologique que des travaux peuvent provoquer »⁸⁹. Plusieurs règles encadrent ce droit d'usage.

Dans le cadre des fouilles soumises à autorisation, système dans lequel l'État accorde à un tiers le droit d'effectuer des fouilles sur son terrain ou le terrain d'autrui, étant entendu que, dans cette hypothèse, il doit avoir recueilli l'autorisation du propriétaire, l'État non seulement dispose d'un pouvoir de surveillance des fouilles, mais il peut aussi retirer l'autorisation délivrée soit pour se substituer au fouilleur à raison de l'importance des découvertes, en application de l'article L.531-6 du Code du patrimoine, soit pour sanctionner le non-respect des principes de recherche scientifique dû à l'incompétence ou à la défaillance du fouilleur. Dans la pratique, il semble qu'il n'y ait jamais eu d'hypothèses de retrait de l'autorisation en forme de sanction ou encore de substitution. La question se règle le plus souvent sur le terrain des collaborations scientifiques.

L'État peut également procéder d'office « à l'exécution de fouilles ou de sondages pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie sur les terrains ne lui appartenant pas, à l'exception toutefois des terrains attenants à des immeubles bâtis et clos de murs ou de clôtures équivalentes ». L'occupation temporaire du terrain est cependant limitée dans le temps. Elle ne peut excéder cinq ans – le temps de l'étude – et peut donner lieu, sous certaines conditions à une indemnité au profit du propriétaire privé en raison « de la privation momentanée de jouissance des terrains et, éventuellement, si les lieux ne peuvent être rétablis en leur état antérieur, pour le dommage causé à la surface du sol »⁹⁰. Le système vient de la loi de 1941. Il s'est sans doute inspiré du mécanisme inauguré dans la loi du 31 décembre 1913 en matière de travaux d'office⁹¹.

En outre, la loi prévoit une servitude imposée par les besoins de l'étude scientifique pour les biens archéologiques mobiliers mis au jour sur des terrains acquis avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016. Ces objets sont « confiés, dans l'intérêt public, aux services de l'État chargés de l'archéologie pendant le délai nécessaire à leur étude scientifique, dont le terme ne peut excéder cinq ans » (art. L. 541-5 du Code du patrimoine). Cette mise en place est une originalité du droit de l'archéologie, lorsque pour les besoins de l'étude scientifique, on décide que le bien ne peut être immobilisé trop longtemps. Derrière ce

⁸⁹ CE, 25 juillet 2008, *Ministère de la Culture c/ Sté Elite invest*, n° 314707 ; *JCP Adm.*, n° 42, 2233, p. 22, comm. Pontier.

⁹⁰ C. patr., art. L. 531-10.

⁹¹ C. patr., art. L. 621-15.

délai, on peut apercevoir une forme d'obligation à la charge de l'État, obligation de produire de l'information durant cette période temporaire d'immobilisation.

ii) Les servitudes de conservation des gisements et vestiges

Le cas échéant, l'administration peut classer le terrain au titre des monuments historiques. La solution rejoint ici le droit du patrimoine du moins en règle générale. Le droit de l'archéologie est en effet articulé avec le droit des monuments historiques. On observe tout de même que, dans cette articulation, le droit des monuments historiques n'est pas seulement mobilisé pour assurer, en forme de relais, la conservation des sites ou objets mis au jour. D'une façon à nouveau inédite, le droit de l'archéologie, dans un certain nombre d'hypothèses utilise les outils du classement au titre des monuments historiques à titre conservatoire dans des situations intermédiaires dans lesquelles la sécurité des sites, leur non dispersion et non destruction doit être assurée.

Par exemple,

« Pour éviter que l'information scientifique ne soit irrémédiablement détruite, la loi prévoit dans plusieurs hypothèses que les terrains sont considérés à titre provisoire comme classés au titre des monuments historiques et tous les effets du classement leur sont alors applicables. C'est l'hypothèse dans laquelle l'État retire une autorisation de fouilles soit en raison de l'inobservation des prescriptions soit au regard de l'importance de la fouille et encore en cas de poursuites de recherches à la suite de découvertes fortuites. Le temps que la procédure vienne à son terme, il faut, en relais, prévoir des dispositions de protection. Le même procédé de classement par précaution est utilisé pour les objets soumis à partage entre l'État et le propriétaire et le cas échéant l'inventeur. Depuis le jour de leur découverte et jusqu'à leur attribution définitive, ils sont considérés comme provisoirement classés avec tous les effets qui en découlent »⁹².

Pour les objets mobiliers, le code prévoit tout de même un dispositif spécial de protection, lorsque, à l'issue de la période d'étude, les biens sont restitués au propriétaire. Ils peuvent « faire l'objet de prescriptions destinées à assurer leur bonne conservation et leur accès par les services de l'État. Les sujétions anormales qui peuvent en résulter sont compensées par une indemnité. A défaut d'accord amiable, l'action en indemnité est portée devant le juge judiciaire »⁹³. Cette servitude d'accès constitue un mécanisme original introduit par la loi du 7 juillet 2016, qui marque à nouveau la particularité du patrimoine archéologique relativement aux autres champs du patrimoine.

La loi du 7 juillet 2016 a par ailleurs introduit un dispositif consacrant la protection d'objets mobiliers constituant un « ensemble cohérent dont l'intérêt scientifique justifie la conservation dans son intégrité »⁹⁴. L'aliénation à titre onéreux ou gratuit, la dispersion de l'ensemble, ces actes sont soumis à déclaration de l'autorité administrative. Il s'agit d'une simple obligation d'information. Cette mesure permet le cas échéant à l'administration, une fois informée, d'intervenir et de protéger ces ensembles. Le mécanisme est assez voisin de la technique

⁹² Marie Cornu, « Un droit public de l'archéologie accordé sur le respect du droit de propriété » in Vincent Négri et Nathan Schlanger (dir.), 1941, *Genèse et mutations d'une loi sur l'archéologie*, Paris, La Documentation française, à paraître.

⁹³ C. patr., art. L. 541-5, al. 6.

⁹⁴ C. patr., art. L. 541-6.

conservatoire de l'inscription au titre des monuments historiques des objets mobiliers (art. L. 541-6 du Code du patrimoine).

2. L'institution d'une supra propriété archéologique publique

Avant que la réforme opérée par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine n'installe une propriété publique du patrimoine archéologique, symptôme d'un intérêt commun que nous lui accordons, cet intérêt archéologique en surplomb de la propriété privée s'est insinué dans les entrelacs des théories de la domanialité publique et de la domanialité privée, et des variations sur les conceptions juridiques gouvernant la propriété publique, du XIX^e au XIX^e siècle.

a) Les prémisses : propriété archéologique et théories de la domanialité au XIX^e siècle

L'histoire du droit administratif des biens n'est pas depuis la Révolution une ligne droite et continue. Elle accuse une succession de modèles, de positions doctrinales et jurisprudentielles tour à tour dissidentes ou majoritaires : la théorie de la garde, niant la propriété publique des biens du domaine public, était l'une d'elle. Ardemment défendue par Jean-Baptiste-Victor Proudhon, elle suscite un ralliement indéniable de la doctrine après la publication de son *Traité du domaine de propriété...* en 1833⁹⁵ mais n'en reste pas moins passif et timorée chez certains auteurs et dans la jurisprudence⁹⁶. La critique de cette théorie, en particulier la distinction des domaines à partir d'une lecture erronée du Code civil⁹⁷, vint des faiblesses de son fondement théorique⁹⁸ relevées par les auteurs de la fin du XIX^e siècle. Dès cette période, l'hypothèse d'une propriété publique du domaine public est évoquée, comme dans les travaux de Saleilles⁹⁹, avant de s'imposer sous la plume d'Hauriou¹⁰⁰.

Les incidences de ces différentes théories, si elles ont été étudiées pour certains objets patrimoniaux, restent encore mal connues en matière archéologique. Pour cette période allant de la Révolution à la loi de 1941, il faut envisager les vestiges archéologiques de deux manières selon le moment où la question de leur propriété intervient.

Il y a tout d'abord le temps de la découverte : jusqu'au premier jalon qu'est la loi de 1887 qui marque les premières formes de contrôle et d'appropriation publique du patrimoine culturel, les

⁹⁵ Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité du domaine public, ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, Victor Lagier, 1833-1834 (5 vol.), t. I, p. 63 : « Le domaine public consiste dans le pouvoir spécialement chargé de régir et administrer les choses qui sont, par les lois, asservies à l'usage de tous, et dont la propriété n'est à personne. Le domaine privé, ou, en d'autres termes, le domaine de propriété, consiste dans le pouvoir que tout individu a de jouir et disposer en maître de ses biens en se conformant aux lois ; et comme ce pouvoir ne peut s'appliquer qu'à ce qui nous appartient, il faut dire que le droit de propriété est lui-même la cause du domaine privé ».

⁹⁶ Philippe Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1997, pp. 128-132.

⁹⁷ Position admise depuis la publication de deux articles au début du XX^e siècle : Henri Barckhausen, « Étude sur la théorie générale du domaine public », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1902, t. XVIII, pp. 401-446 et 1903, t. XIX, pp. 31-69.

⁹⁸ Philippe Yolka, *op. cit.*, pp. 132-154.

⁹⁹ Raymond Saleilles, « Loi du 30 mars 1887 relative à la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique », *Revue Bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, t. I, 1891, pp. 635-738.

¹⁰⁰ Philippe Yolka, *op. cit.*, pp. 199-200.

vestiges archéologiques mobiliers n'étaient considérés en droit qu'à travers leur qualité de trésors. Les contentieux de cette période ne se sont donc jamais portés sur la propriété ou la domanialité publique d'un vestige consécutif à sa découverte, les mécanismes d'appropriation publique n'existaient pas encore, mais sur le partage de propriété entre l'inventeur et le propriétaire du fonds. Quant à l'hypothèse d'une découverte dans un fonds public, elle ne s'est pas présentée, du moins n'est-elle pas documentée¹⁰¹.

Le second temps où se pose la question propriétaire, principale et seule hypothèse pour le XIX^e siècle, est celui de l'entrée dans les collections publiques ; elle ne se fondait pas encore sur l'appropriation publique – règle exorbitante du droit commun – mais sur l'achat et les dons, plus rarement sur le partage du fruit des fouilles dont l'État assurait le contrôle ou le financement¹⁰².

Appliquer le droit de garde au patrimoine archéologique, dans une perspective Proudhonienne, soulève des difficultés au regard de la distinction entre vestiges mobiliers et immobiliers : selon Proudhon, le domaine public « consiste dans la généralité des fonds qui sont asservis à l'usage ou à la protection de tous, sans être la propriété de personne »¹⁰³ ; le rejet des meubles de cette conception condamne les vestiges au domaine privé qui relèverait du « domaine de propriété », autrement dit d'une propriété publique, tout en niant une utilité publique¹⁰⁴, leur déniaient ainsi l'application des règles d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité qui auraient concouru à leur conservation. Dans ce modèle auquel ils sont cantonnés, les vestiges ne trouvent pas plus leur place puisque « le domaine de l'État ne s'applique qu'aux choses qui sont communément productives d'un revenu, comme sont les forêts nationales et autres biens dont le gouvernement perçoit les produits [...] »¹⁰⁵ ; tout au plus, reconnaît-il que « les municipalités peuvent avoir aussi dans leur domaine de propriété communale, des meubles de diverses natures, tels que les livres et les manuscrits composant leurs bibliothèques [...] »¹⁰⁶.

On ne pense pas les biens publics au XIX^e siècle à partir de la propriété mais à partir du type de domanialité que va commander la protection d'une utilité publique et duquel sera déduit, soit la propriété publique pour le domaine privé, soit l'absence de propriété pour le domaine public. La question centrale est donc celle de l'utilité publique, véritable finalité dont le domaine public est un moyen de protection et l'absence de propriété une conséquence.

¹⁰¹ La part qui reviendrait à la personne publique susciterait les mêmes questions que pour les biens dans les collections publiques.

¹⁰² V. *infra* les circulaires des 13 mars et 29 décembre 1838. La circulaire du 13 mars 1838, relative aux travaux de fouilles et aux recherches d'antiquités, est adressée aux préfets par Montalivet, Pair de France, ministre secrétaire d'État de l'intérieur ; il y exprime sa volonté d' « encourager ces recherches autant que le permettent les ressources de l'administration ». Quelques mois plus tard, le 29 décembre 1838, il adresse une deuxième circulaire où il fait part de la possibilité « s'il y a lieu, [d']accorder des subventions sur le fonds annuel mis à [s]a disposition par le budget pour les dépenses relatives à la conservation des anciens monuments ».

¹⁰³ Nous soulignons ; Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *op. cit.*, t. I, p. 268, n° 203.

¹⁰⁴ Quoiqu'il faille tempérer cette approche qui peut être anachronique : y a-t-il eu une utilité publique des vestiges archéologique avant 1887 ?

¹⁰⁵ Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *op. cit.*, t. I, p. 270.

¹⁰⁶ Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité du domaine de propriété, ou de la Distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Dijon, Victor Lagier, 1839 (3 vol.), p. 170.

Deux questions apparaissent après cette remise en contexte : les biens mobiliers peuvent-ils avoir une utilité publique et peuvent-ils relever du domaine public ?

Plusieurs auteurs à la suite de Proudhon évacuent cette problématique et appliquent servilement aux biens patrimoniaux la même dichotomie qui rejette les meubles du domaine public : c'est le cas de Paul Pradier-Fodéré qui détaille la consistance du domaine privé de l'État :

« Parmi les biens corporels meubles on peut citer le mobilier des administrations publiques, les bibliothèques publiques et collections scientifiques et artistiques entretenues par l'État, les archives nationales, les objets d'art ou de luxe placés dans les palais nationaux, etc. »¹⁰⁷.

On retrouve une position identique dès la première moitié du XX^e siècle chez Laferrière¹⁰⁸ ou dans l'ouvrage au titre évocateur de Macarel et Boulatignier, *De la fortune publique en France, et de son administration*, dans lequel les livres et les archives publiques sont rangés au rang des richesses mobilières de l'État¹⁰⁹, aliénables et prescriptibles.

À l'inverse, quelques auteurs se sont dégagés de la distinction arbitraire entre meuble et immeuble opérée par Proudhon tout en conservant la théorie de la garde ; en effet, ce critère réducteur de la domanialité publique laissait libre cours à l'aliénation de biens meubles patrimoniaux – classés automatiquement dans le domaine de l'État sur le seul fondement d'une distinction civiliste – alors qu'ils pouvaient présenter une utilité publique à l'égal des immeubles. La finalité du domaine public dans la conception Proudhonienne comme protection de l'utilité publique se trouvait donc ruiné par cette distinction à l'égard des meubles patrimoniaux.

Différentes approches, plus cohérentes, furent adoptées sans que l'utilité n'apparaisse toujours directement : pour Gaudry, la domanialité publique des meubles pouvait se déduire de leur nature ou de l'immeuble qui les abrite :

« Lorsque des objets mobiliers portent en eux-mêmes l'indication de leur origine, ou que l'édifice public qui les renferme est créé pour eux, ils sont du domaine public comme le monument. Ainsi les tableaux de notre magnifique Musée en sont la partie principale ; c'est pour eux que l'édifice est créé, et non pas eux pour l'édifice. Les livres d'une bibliothèque publique quand ils sont estampillés ou que leur importance indique leur nature publique, ne sont pas réunis comme ornement de la bibliothèque ; la bibliothèque est créée pour les recevoir et pour les conserver. Dans ces cas et autres semblables, les objets précieux de la science ou des arts sont, comme les monuments mêmes, sous la sauvegarde de la foi publique »¹¹⁰.

Le doyen Foucart, hostile à la propriété publique des biens du domaine public¹¹¹, adopta une

¹⁰⁷ Paul Pradier-Fodéré, *Précis de droit administratif*, Paris, Guillaumin et Cie, A. Durand et Pedone Lauriel, [1853, 1^{re} éd.] 1872, 7^e éd., p. 356.

¹⁰⁸ Firmin Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 1839, 1^{re} éd., pp. 232-233.

¹⁰⁹ Louis-Antoine Macarel et Sébastien-Joseph Boulatignier, *De la fortune publique en France, et de son administration*, Paris, Pourchet Père, 1838-1840 (3 vol.), t. I, p. 423 s.

¹¹⁰ Joachim-Antoine-Joseph Gaudry, *Traité du domaine comprenant le domaine public, le domaine de l'État, le domaine de la couronne, le domaine public municipal, le domaine privé des communes, le domaine départemental*, Paris, Auguste Durand, 1862 (3 vol.), t. I, pp. 621-622.

¹¹¹ Émile-Victor Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, Paris, Videcoq, [1834- 1835] 1855-1856, 4^e éd. (3 vol.), t. II, p. 258 : « Parmi ces choses, les unes sont consacrées à l'usage de tous [...]. Elles constituent le domaine public ; en effet, la nature des services qu'elles rendent repousse toute idée d'appropriation privée. Il est d'autres choses qui sont susceptibles d'une propriété privée, et qui forment pour l'État une sorte de patrimoine

position plus séduisante : il fit directement référence à l'utilité publique de certains meubles pour les ranger dans le domaine public.

« Il faut aussi ranger dans le domaine public les objets mobiliers consacrés à un service public. La valeur de cette partie du domaine est immense, car elle comprend les objets d'armement et d'équipement des armées de terre et de mer, les vaisseaux de la flotte, les collections d'objets d'art ou d'histoire naturelle, les musées, les bibliothèques appartenant à l'État, les archives de l'État, le mobilier de tous les ministères et des administrations publiques qui en dépendent »¹¹².

Au tournant du XX^e siècle, Berthélémy adopte une position timorée en tentant de concilier la nécessité de protéger par des règles spéciales certains biens meubles en raison de leur qualité tout en niant leur domanialité publique car ils resteraient susceptibles de propriété privée :

« Pour des raisons analogues, j'exclus de la domanialité les meubles, quels qu'ils soient : tableaux des musées, objets d'art, collections, livres et manuscrits des bibliothèques.

Des décisions de jurisprudence ont affirmé le contraire. Elles ne sauraient être approuvées. S'il y a lieu de protéger par des mesures spéciales d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité les richesses mobilières de l'État ou des communes, qu'on édicte à cet effet des lois spéciales et formelles. On l'a fait, le 30 mars 1887, pour les meubles d'art appartenant à l'État ; mais il me paraît peu juridique de dire, avec la Cour de Lyon (1894) que l'affectation d'un meuble à un usage public suffit à en faire une dépendance du domaine public. Cette affectation n'en change pas la nature ; le meuble qui avant son affectation, était susceptible de propriété privée ne perd pas ce caractère par son affectation.

[...] Les seules choses, en effet, qui par leur nature, ou par suite d'une destination qui emporte une dénaturation effective échappent aux règles de droit civil, sont les portions de territoires affectées à un usage public et non susceptibles de propriété privée »¹¹³.

Pas de domanialité publique donc, mais des règles spéciales avec les mêmes effets peuvent s'appliquer aux biens meubles qui partagent avec les dépendances du domaine public une utilité publique.

On saisit à travers ce bref panorama la complexité et la variété des positions doctrinales au XIX^e siècle derrière le terme monolithique de « droit de garde ». Il cache en réalité une multitude de configurations dans lesquelles les pièces archéologiques des collections publiques, à l'instar des autres biens patrimoniaux, pouvait être rattachées. L'absence de jurisprudence sur la propriété ou la domanialité publique archéologique interdit de choisir telle ou telle solution : une telle reconstruction n'aurait, en soi, aucun sens sauf dans l'hypothèse de pièces archéologiques de collections publiques qui auraient été aliénées ou volées durant cette période. Ne négligeons pas non plus l'hypothèse d'une aliénation consentie par des musées qui trouveraient un repentir dans une action en revendication après reconsidération de l'intérêt du bien ou tout simplement l'oublie dans la mémoire institutionnelle de cette aliénation appréhendée comme une soustraction frauduleuse. Mais alors, dans tous ces cas, quel serait le fondement possible de l'action en revendication ?

dont les revenus entrent dans le Trésor. L'usage a prévalu de leur donner le nom de domaine de l'État [...] ».

¹¹² Émile-Victor Foucart, *préc.*, p. 274, n° 802.

¹¹³ Henry Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 1900-1901, 1^{re} éd. (3 fasc.), pp. 378-379.

D'emblée, il faut se dégager de toute projection d'un modèle propriétaire et domaniale tiré du Code du patrimoine et du Code général de la propriété des personnes publiques qui ne correspond en rien à ceux qui pouvaient s'appliquer à la date où les vestiges ont été soustraits des collections publiques. À la différence de nos règles domaniales contemporaines, la variété des configurations possibles au XIX^e siècle sert inévitablement les intérêts de chaque partie avec plus ou moins de bonheur.

Une solution peut néanmoins être envisagée : la reconnaissance par plusieurs juridictions dès le milieu du XIX^e siècle de l'existence d'un domaine public mobilier – constitué de biens patrimoniaux – tendrait à favoriser la position de Foucart. Elle induirait pour nos juges une seconde question : la conservation et l'exposition des vestiges archéologiques dans les musées présentent-elles le caractère d'un service public ?

Trancher en faveur de ce fondement mettrait en relief un paradoxe : comment revendiquer aujourd'hui la propriété publique d'un vestige en raison de son appartenance au domaine public à l'époque de sa soustraction, alors même que les règles domaniales mobilisées n'avaient alors la propriété publique des biens du domaine public ? Le problème reste théorique pour les vestiges archéologiques¹¹⁴, mais elle se pose en pratique pour les archives publiques produites au XIX^e siècle, objets d'innombrables revendications : dans ces affaires, on préfère – à l'exposé clair de toutes les difficultés que pose une remise en contexte doctrinale et légale – mobiliser le principe opportuniste d'une continuité de la domanialité publique. Cette dernière, si elle existe dans les effets qu'elles produisent pour les biens qui ont une utilité publique (inaliénabilité et imprescriptibilité), opère pourtant la reconstruction d'un modèle propriétaire et domanial qui n'a jamais existé (propriété publique du domaine public) : comme nous l'avons vu, l'absence de propriété – publique ou privée – était la conséquence de la domanialité publique au XIX^e siècle suivant la théorie de la garde. Dans ces conditions, qui pourrait invoquer sérieusement le bénéfice de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité pour recouvrer une propriété publique qui n'a jamais existé ?

Si une réintégration dans les collections publiques est légitime et que les règles de la domanialité publique font parfaitement leur office, il faut se rendre à l'évidence : le moyen pour y parvenir est très médiocre. Plutôt que de créer une fiction juridique, ne faudrait-il pas revendiquer la garde du bien ? Mieux encore, ne faut-il pas développer l'historique des théories propriétaires et domaniales qui se seraient appliquées au bien s'il était demeuré dans les collections publiques, entre le moment de la soustraction et celui de la revendication, pour montrer qu'il serait devenu au XX^e siècle une propriété publique ? Le juge, par là même, justifierait la revendication de l'état juridique normal d'un bien conservé dans les collections publiques ; en effet, s'il n'avait pas été soustrait, il serait inévitablement devenu une propriété publique tout en continuant à appartenir au domaine public. Dans ce cas, la revendication de la propriété publique serait parfaitement fondée ; certes, nous arriverions aux mêmes résultats puisque les règles de la domanialité publique s'appliqueraient de la même manière mais avec la satisfaction d'un fondement parfaitement justifié. Quant à l'utilité publique, elle verrouille en quelque sorte l'issue du litige et serait le seul véritable point de débat pour la partie adverse.

¹¹⁴ La revendication d'un bien archéologique soustrait au XIX^e siècle d'une collection publique n'a jamais été portée devant le juge à notre connaissance.

Le vote de la loi du 30 mars 1887 amorce les premières questions propriétaire et domaniale pour les vestiges archéologiques, non lors de leur entrée dans les collections publiques, mais à l'occasion de leur découverte. Son article 14 permet à l'État de poursuivre l'expropriation publique d'un terrain privé contenant des vestiges archéologiques.

Le droit colonial participe de ce mouvement et l'amplifie. Les colonies serviront de laboratoire pour éprouver un régime de propriété publique du patrimoine archéologique. Au mécanisme d'appropriation publique applicable en métropole s'ajoute deux dispositions pour les colonies plus radicales dans leur principe :

Loi du 30 mars 1887 relative à la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique

Art. 16. – La présente loi est applicable à l'Algérie.

Dans cette partie de la France, la propriété des objets d'art ou d'archéologie, édifices, mosaïques, bas-reliefs, statues, médailles, vases, colonnes, inscriptions, qui pourraient exister, sur et dans le sol des immeubles appartenant à l'État ou concédés par lui à des établissements publics ou à des particuliers, sur et dans les terrains militaires, est réservé à l'État.

Art. 17. – Les mêmes mesures seront étendues à tous les pays placés sous le protectorat de la France et dans lesquels il n'existe pas déjà une législation spéciale.

Le fait que la propriété publique des vestiges découverts dans les territoires coloniaux soit fixée par une disposition légale rejeterait dans les modèles du XIX^e siècle leur domanialité publique. Étienne Coquet résumait la situation ainsi :

« Existe-t-il un domaine public monumental, ou un domaine public mobilier ? Ces deux questions sont fort controversées dans le droit métropolitain. Les uns refusent d'étendre les privilèges d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, et consentent seulement à classer dans le domaine public quelques édifices en vertu de texte spéciaux, qui sont eux-mêmes occasions de divergence [...]. Les autres appliquent aux édifices publics et aux meubles leur théorie générale et leur critérium de la domanialité publique ; il y a presque autant de système que d'auteurs. [...]

La législation coloniale, au contraire, n'est pas imprécise au point de laisser le champ libre à toutes les théories. Ses énumérations sont assez longues pour qu'on ne se permette pas, en principe, d'y ajouter. [...]

Le droit colonial n'admet pas d'avantage la domanialité publique de meubles. Parfois l'autorité publique se réserve la propriété des objets d'art qui pourraient être découverts. Ainsi, à Quang-Tcheou-Ouan, *les concessions ne comprennent que la surface du sol et les carrières à l'exception des mines et des objets précieux ou antiques qui sont expressément réservés* (art. 2 A. précité 6 août 1903). Ainsi la loi du 30 mars 1887, art. 16, réserve à l'État, en Algérie, ou comme dit le texte, *dans cette partie de la France, la propriété des objets d'art ou d'archéologie [...]*. Mais on ne s'est guère préoccupé de protéger par des garanties spéciales les collections publiques.

Toutefois, en Tunisie, le bey, s'inspirant des travaux préparatoires de la loi française du 30 mars 1887 relative à la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique, a promulgué le 7 mars 1886, un décret relatif à la conservation des antiquités, monuments et objets d'art. Cette loi est applicable en Algérie. Son article 10, ainsi conçu : *Les objets classés et appartenant à l'État seront inaliénables et imprescriptibles, peut donc soulever dans ce pays les mêmes difficultés qu'en France où certains auteurs ont tendance à l'interpréter*

comme une déclaration de domanialité publique »¹¹⁵.

On y retrouve les mêmes questions qui se posaient de manière théorique pour les pièces archéologiques des collections publiques. Si l'auteur tranche en faveur de la garde et plus précisément tend vers la position de Berthélemy, il prend soin d'évoquer une théorie qui deviendra majoritaire dans la première décennie du XXe : la propriété des dépendances du domaine public¹¹⁶, dont celle des meubles, défendue par Hauriou à partir de 1892 :

« Des choses mobilières peuvent, aussi bien que des immeubles, être considérées comme dépendance du domaine public, si elles ont reçu une affectation d'utilité publique. La jurisprudence a décidé que les collections des musées et les livres des bibliothèques publiques devaient être considérés comme inaliénable et imprescriptibles, à titre de dépendances du domaine public (Cours de Paris, 30 janv. 1846. D.46, 2, 212 ; 18 août 1851, 30 nov. 1860 ; Tribunal de la Seine, 2 mai 1877). La loi du 30 mars 1887 sur les monuments historiques, dans son art. 10 déclare que les objets mobiliers appartenant à l'État et spécialement classés, sont inaliénables et imprescriptibles. [...] »

Pour ces objets mobiliers, il est vrai, l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité peuvent prendre un sens spécial. Dans le cas de l'art. 10 l. 30 mars 1887, elles ont seulement pour effet de permettre l'action en revendication pendant trois ans, comme en cas de vol, mais pour les collections des musées et les livres des bibliothèques, la jurisprudence admet l'imprescriptibilité perpétuelle »¹¹⁷.

b) Les transitions vers l'appropriation publique des biens archéologiques

La question de l'appropriation publique des biens archéologiques traverse la pratique de l'archéologie, depuis le début du XIX^e siècle où l'autorité publique capte les vestiges les plus insignes aux fins d'enrichissement des collections nationales et mobilise à cet effet le réseau des préfets de département, jusqu'à la loi du 7 juillet 2016 qui généralise la propriété publique du patrimoine archéologique. Cette loi marque l'apogée d'un mouvement qui se dessine sur deux siècles de mutations, où en contrechamp l'archéologie s'affirme comme une discipline scientifique, installe la fouille stratigraphique comme processus matriciel de la recherche, et peine à se structurer dans un cadre institutionnel et législatif ; l'adoption d'une législation et la mise en place d'une administration de l'archéologie interviendront tardivement dans la constitution progressive d'un corpus dédié à la protection des monuments, des objets d'art et des sites et paysages.

Dans ses prémisses, l'appropriation publique doit composer avec le droit de propriété, sanctuarisé par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et installé par le Code civil, à partir de 1804, dans le droit commun. De fait, l'Administration, qui ne dispose pas du pouvoir d'expropriation en matière mobilière, négocie et acquiert les collections, dont

¹¹⁵ Étienne Coquet, *Le domaine public colonial*, Thèse de doctorat en sciences politiques et économiques, Université de Poitiers, Paris, L'Union, 1904, p. 97.

¹¹⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, L. Larose et Forcel, 1892, 1^{re} éd., p. 489 : « Le droit de domaine public est une sorte de propriété, comme d'ailleurs le nom l'indique (*dominium publicum*). C'est le droit de propriété, modifié dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose sur laquelle il porte. Ce droit de domaine public appartient à toutes les personnes administrations à l'exception des établissements publics. [...] Les choses qui sont l'objet de ce droit de propriété spécial portent le nom de dépendance du domaine public ». V. la justification de la propriété du domaine public : pp. 489-492.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 497-498.

les litiges sur l'attribution de la propriété, entre le découvreur et le propriétaire du terrain, portés devant le juge judiciaire ont publicisé l'intérêt¹¹⁸ ; cette posture de l'Administration ne s'éteindra qu'en 1941 avec l'inscription, dans la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques, d'un droit de revendication au profit des collections publiques.

La loi du 27 septembre 1941 ne marquera pas de rupture dans cette équation où domine un droit de propriété sur les découvertes archéologiques, fondé sur le droit du propriétaire foncier sur les richesses que renferme le terrain ; droit tempéré par une appropriation publique négociée au cas par cas suivant l'intensité de l'intérêt archéologique de l'objet mis au jour. Pour autant, la pratique des archéologues et des institutions soutenant la recherche archéologique est en décalage avec ce droit commun de la propriété des découvertes archéologique adossé à la propriété foncière.

De la circulaire du 13 mars 1838 que Montalivet, ministre de l'Intérieur, adresse aux Préfets de départements, au sujet des *Fouilles, antiquités, etc.*, prescrivant que, s'agissant des « objets recueillis, la meilleure destination qu'on puise leur donner, c'est de les placer dans les collections publiques des villes les plus voisines », à l'Acte final de la Conférence internationale sur les fouilles archéologiques, tenue au Caire en 1937, sous l'égide de la Société des Nations, recommandant que la propriété de l'État sur le sous-sol archéologique soit formulée de façon expresse chaque fois que cela est possible, c'est une même idée qui imprègne la pratique des archéologues : l'archéologie et, partant, la recherche archéologique sont fondées sur des principes d'où découlent « les buts d'utilité publique inhérents à la conservation du patrimoine archéologique » et « l'intérêt supérieur du patrimoine archéologique commun »¹¹⁹, qui devraient commander une propriété publique du patrimoine archéologique.

A cet égard, il est symptomatique que la loi du 27 septembre 1941 – loi pensée par, et écrite pour, les archéologues – prévoit, en contrepoint de l'inclusion de la propriété des objets archéologiques dans les droits du propriétaire foncier, un droit de *revendication* au profit de l'État ; le vocabulaire utilisé pour nommer cette prérogative de puissance publique – la revendication – projette l'idée d'une propriété perdue à recouvrer, alors que cette propriété n'a jamais été attribuée automatiquement à l'État avant 2016, sauf dans un imaginaire social.

La notion de revendication, et les prérogatives au profit de l'État qui lui sont associées, persistent dans le droit de l'archéologie reformulé par la loi de 2016, notamment lorsque la formation du titre de propriété du terrain où la fouille archéologique est entreprise est antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 7 juillet 2016. Cette loi désarticule la propriété des biens archéologiques du droit de propriété du fonds où les fouilles ont lieu, tout au moins pour les

¹¹⁸ Ce type d'intervention de l'Administration est notamment illustrée par les deux affaires qui ouvrent et clôturent le XIX^e siècle : CA, Bordeaux, 6 août 1806, *Blancherot c/ de Couilly, veuve Trigant*, litige sur la propriété de deux sarcophages antiques, découverts à Saint-Médard d'Eyrans (Gironde), en 1805, acquis pour le Musée du Louvre (Sarcophage avec le mythe de Dionysos et Ariane, 3^e ou 4^e décennie du III^e siècle ap. J.-C. ; acquisition 1817, n^o d'entrée LL 49, n^o usuel Ma 1346 ; sarcophage avec la légende de Séléné et Endymion, 3^e ou 4^e décennie du III^e siècle ap. J.-C. ; acquisition 1817, n^o d'entrée LL 50, n^o usuel Ma 1335) ; Trib. civ., Saint-Sever, 15 juillet 1898, *De Lesparde et autres c/ Lubet-Barbon et autres*, litige sur la propriété d'un objet sculpté en ivoire de mammouth.

¹¹⁹ Jules Destrée, « Rapport du président du Comité de direction de l'Office international des musées sur les travaux de la Conférence d'Athènes », *Les dossiers de l'Office international des musées, volume 1 : La Conservation des monuments d'art et d'histoire*, Institut international de coopération intellectuelle, Société des Nations, 1933, p. 10.

découvertes archéologiques terrestres. Cette articulation demeure pour les biens culturels maritimes¹²⁰ ; leur régime de propriété est adossé à la domanialité publique maritime, incluant la mer territoriale dans la limite des 12 milles marins à partir de lignes de base, et des droits exclusifs de l'État dans la zone contiguë – 12 milles marins – à la mer territoriale.

La propriété archéologique publique n'est donc pas univoque dans ses fondements. Sur le versant des fouilles archéologiques sous-marines, c'est la domanialité publique de l'espace où les recherches sont entreprises qui gouverne l'appropriation publique ; concernant les fouilles archéologiques terrestres, la loi du 7 juillet 2016 installe un intérêt scientifique, coloré d'intérêt public, pour déroger au Code civil et instaurer une propriété publique des biens archéologiques. Cette rupture radicale noue un nouveau paradigme, opérant une transition où le patrimoine archéologique dérive vers une qualité de bien commun.

Ce droit de propriété archéologique publique est toutefois contraint par une chicane, inspiré par la jurisprudence du Conseil d'État¹²¹, laissant envisager un risque d'inconventionnalité au regard des intérêts protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de son Protocole n° 1, si la loi n'avait pas distinguée entre les terrains dont le titre de propriété est antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 7 juillet 2016 – le propriétaire du terrain est alors propriétaire des découvertes archéologiques réalisées sur son fonds – et ceux dont le titre de propriété est postérieur – condition pour provoquer une appropriation publique des découvertes archéologiques. A terme et, au plus tard, à l'aune d'une génération par le jeu des transmissions successorales, tous les titres fonciers seront postérieurs à la loi du 7 juillet 2016, et la propriété archéologique publique sera la règle commune. Il n'est pas sûr que cette chicane soit justifiée, au regard de la jurisprudence de la CEDH¹²².

S'agissant du régime de propriété publique des biens archéologiques, il est réglé par l'article L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques¹²³. L'appariement de la propriété archéologique publique à la domanialité publique n'est pas sans soulever des questions sur l'adéquation de ce régime de propriété avec la pratique même des archéologues dont le geste de fouille emporte qualification et sélection des biens archéologiques¹²⁴.

¹²⁰ C. patr., art. L. 532-1 s.

¹²¹ CE, 24 avril 2012, *Ministère de la Culture c/ Mathé-Dumaine*, req. n° 346952.

¹²² CEDH, 23 septembre 2014, *Torno v. Italy*, n° 61781/08.

¹²³ Art. L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : « Sans préjudice des dispositions applicables en matière de protection des biens culturels, font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique, notamment :

[...]

4° Les biens archéologiques mobiliers devenus ou demeurés propriété publique en application du chapitre 3 du titre II, des chapitres Ier et VI du titre IV du livre V du Code du patrimoine ;

5° Les biens culturels maritimes de nature mobilière au sens du chapitre 2 du titre III du livre V du Code du patrimoine ;

[...] ».

¹²⁴ Sur cette question : Rolande Simon-Millot, « Trier, sélectionner, éliminer : peut-on tout garder, doit-on tout garder ? Les tris dans le domaine de l'archéologie », in Vincent Négri (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 225-232 ; Noé Wagener, « Nous pratiquons un droit d'antiquaire », *Les Nouvelles de l'archéologie*, 2012, n° 130, pp. 6-12.

En Italie, le modèle propriétaire des biens archéologiques est décrit par l'article du. 826 du Code Civil italien, qui réserve au 'patrimoine indisponible' de l'État les biens d'intérêt archéologique retrouvés dans le sous-sol¹²⁵. La présomption de propriété en faveur de l'État est confirmée par l'art. 91 du Code des biens culturels et du paysage (CBCP)¹²⁶, mais remonte à la loi n° 364 de 1909, dont l'article 15 a établi pour la première fois la réserve de propriété¹²⁷. Par conséquent, la propriété des biens archéologiques découverts après 1909 est réservée à l'État. Les articles 92-93 du CBCP prévoient un droit à récompense pour l'auteur d'une découverte fortuite¹²⁸. D'après une jurisprudence bien établie, le fardeau de la preuve concernant la date de la découverte repose sur la partie qui conteste la présomption de propriété de l'État¹²⁹. 2^{ème}

[Manlio Frigo]

¹²⁵ D'après l'art. 826 du Code civil, 2^{ème} alinéa : « Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato [...] le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo [...] ».

¹²⁶ D'après l'art. 91 du Code des biens culturels et du paysage : « (Appartenenza e qualificazione delle cose ritrovate) 1. Le cose indicate nell'articolo 10, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo o sui fondali marini, appartengono allo Stato e, a seconda che siano immobili o mobili, fanno parte del demanio o del patrimonio indisponibile, ai sensi degli articoli 822 e 826 del codice civile ».

¹²⁷ D'après l'article 15 de la loi n° 365 du 30 juin 1909: « 1. Il Governo può eseguire scavi per intenti archeologici in qualunque punto del territorio dello Stato, quando con decreti del Ministero della pubblica istruzione ne sia dichiarata la convenienza. Il proprietario del fondo, ove si eseguiscono gli scavi, avrà diritto a compenso per il lucro mancato e per il danno che gli fosse derivato. Ove il detto compenso non possa fissarsi amichevolmente, esso sarà determinato con le norme stabilite dagli articoli 65 e seguenti della legge 25 giugno 1865, n. 2359, in quanto siano applicabili. 2. Le cose scoperte appartengono allo Stato. Di esse sarà rilasciata al proprietario del fondo una quarta parte, oppure il prezzo equivalente, a scelta del Ministero della pubblica istruzione. 3. Il valore delle cose verrà stabilito come all'art. 9; ma il giudizio dei periti sarà definitivo, salvo il richiamo al Consiglio superiore. 4. Invece del compenso di cui al secondo comma, il Governo potrà rilasciare al proprietario del fondo, che ne faccia richiesta, una maggior quota delle cose scoperte, o anche la loro totalità, quando esse non siano giudicate necessarie per le collezioni dello Stato ».

¹²⁸ Art. 92 du Code des biens culturels et du paysage : « (Premio per i ritrovamenti) 1. Il Ministero corrisponde un premio non superiore al quarto del valore delle cose ritrovate: a) al proprietario dell'immobile dove è avvenuto il ritrovamento; b) al concessionario dell'attività di ricerca, di cui all'articolo 89, qualora l'attività medesima non rientri tra i suoi scopi istituzionali o statutari (1); c) allo scopritore fortuito che ha ottemperato agli obblighi previsti dall'articolo 90. 2. Il proprietario dell'immobile che abbia ottenuto la concessione prevista dall'articolo 89 ovvero sia scopritore della cosa, ha diritto ad un premio non superiore alla metà del valore delle cose ritrovate. 3. Nessun premio spetta allo scopritore che si sia introdotto e abbia ricercato nel fondo altrui senza il consenso del proprietario o del possessore. 4. Il premio può essere corrisposto in denaro o mediante rilascio di parte delle cose ritrovate. In luogo del premio, l'interessato può ottenere, a richiesta, un credito di imposta di pari ammontare, secondo le modalità e con i limiti stabiliti con decreto adottato dal Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988. » / Art. 93 CBCP : «Determinazione del premio 1. Il Ministero provvede alla determinazione del premio spettante agli aventi titolo ai sensi dell'articolo 92, previa stima delle cose ritrovate. 2. In corso di stima, a ciascuno degli aventi titolo è corrisposto un acconto del premio in misura non superiore ad un quinto del valore, determinato in via provvisoria, delle cose ritrovate. L'accettazione dell'acconto non comporta acquiescenza alla stima definitiva. 3. Se gli aventi titolo non accettano la stima definitiva del Ministero, il valore delle cose ritrovate è determinato da un terzo, designato concordemente dalle parti. Se esse non si accordano per la nomina del terzo ovvero per la sua sostituzione, qualora il terzo nominato non voglia o non possa accettare l'incarico, la nomina è effettuata, su richiesta di una delle parti, dal presidente del tribunale del luogo in cui le cose sono state ritrovate. Le spese della perizia sono anticipate dagli aventi titolo al premio. 4. La determinazione del terzo è impugnabile in caso di errore o di manifesta iniquità ».

¹²⁹ Cour de Cassation, 10 février 2006, n° 1995 ; Cour de Cassation, 26 avril 2017, n° 10303.

C. Autres figures dans le droit positif

En dehors des figures propriétaires classiques qui prennent en charge l'intérêt collectif, propriété privée à charge, propriété publique, on peut se demander quelles autres figures sont disponibles dans le droit positif et sont ou peuvent être mobilisées dans la protection du patrimoine archéologique. L'hypothèse d'un droit de garde sur certains types d'éléments archéologiques a été envisagée et c'est une voie qui mérite d'être explorée. On pourra aussi évoquer certaines figures de propriété collective, quoique cette forme de propriété reste peu admise en droit français. Enfin, on peut aussi se demander quelles sont les potentialités de la notion de patrimoine commun de la nation qui qualifie non seulement territoire au sens de l'article L 111-1 du Code de l'urbanisme mais aussi l'environnement aux termes des premiers articles du code éponyme.

1. Les figures de l'inappropriable : l'hypothèse d'un droit de garde

Certaines théories du domaine public du XIX^e siècle avaient mis en avant l'idée que certains biens étaient insusceptibles de propriété et sur lesquels l'État exerçait non un droit de propriété mais un droit de garde¹³⁰. Le droit des biens publics a largement évolué vers une conception propriétaire des biens publics, évolution largement confortée avec l'adoption en 2006 du Code général de propriété des personnes publiques¹³¹. En outre, les catégories juridiques autres que celles de la propriété sont extraordinairement pauvres dans le droit des biens. La seule catégorie, dans le Code civil, pour les choses tangibles, est celle de chose commune au sens de l'article 714.

On pourrait alors se dire qu'il ne reste rien ou presque rien dans notre système de droit qui ne fasse place à cette idée d'une maîtrise autre que celle fondée sur un droit de propriété.

Mais si l'on prend la peine de revenir sur cette idée de possibles choses inappropriables, en réalité, on s'aperçoit que le droit positif n'est pas sans ressources, et que les juges auraient la faculté, en vertu de leur pouvoir d'interprétation, de leur donner sens, même si elles ne sont guère activées. Deux ressorts sont intéressants sous ce rapport, celui du statut particulier des restes humains et celui des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil.

a) Le cas des restes humains

Le premier ressort puisé dans le Code civil concerne une catégorie particulière, qui du moins en partie peut recevoir une qualification archéologique : les restes humains. C'est à leur sujet qu'a notamment pu être évoquée la notion de garde lors du processus d'adoption de la loi du 7 juillet 2016.

Les articles 16-1 et suivants du Code civil offrent un point d'appui intéressant sous cette perspective si l'on admet qu'ils pourraient être interprétés comme évacuant toute forme de propriété sur ces « choses humaines »¹³², en particulier lorsqu'ils disposent que les restes humains ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. C'est ce que plaidait Catherine Morin-Desailly au soutien de la démarche de restitution de la tête de guerrier Maori présente dans les

¹³⁰ V. *supra* sur la montée en puissance de la propriété publique.

¹³¹ Sur les modèles propriétaires et domaniaux du XIX^e siècle et antérieur à 2006 : v. *supra*.

¹³² Pour reprendre l'expression de Florence Bellivier.

collections du Museum de la Ville de Rouen : « S'agissant de restes humains, l'article 16-1 du Code civil, issu de la loi sur la bioéthique du 29 juillet 1994, modifiée, dispose que ceux-ci ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un droit patrimonial : à ce titre le principe d'inaliénabilité des collections publiques ne leur est pas applicable »¹³³. Le caractère sacré de ces biens avait aussi été mis en avant, qualification de choses indisponibles que le droit romain connaissait, catégorie aujourd'hui délaissée dans notre droit.¹³⁴ Et l'on pourrait bien accueillir l'idée de l'impossibilité d'une propriété sur ces éléments. C'est aussi la position qu'avait défendu le gouvernement interrogé sur ce point par Philippe Richert. Dans une note il indique que « s'appliqueraient aux restes de Saartjie Baartman les dispositions du Code civil issues de la loi « bioéthique » de 1994. En vertu de cette interprétation, ces restes ne pourraient, en application de l'article 16-1 du Code civil, faire l'objet d'un droit patrimonial. Ils ne pourraient dès lors être regardés comme la propriété du Muséum – qui en serait le 'gardien' – ni comme celle de l'État, et leur restitution ne pourrait se fonder sur les règles de la domanialité publique qui régissent les collections publiques, même s'il est affirmé, de façon quelque peu contradictoire, que *'l'inclusion d'une pièce insusceptible de propriété dans une collection publique n'est aucunement irrégulière, dès lors qu'elle est scientifiquement motivée'* »¹³⁵.

Ce n'est pourtant pas la voie qu'a suivi le juge¹³⁶ qui décide que le régime de domanialité publique et les dispositions du Code du patrimoine relatives aux musées de France « qui rendent inaliénables les biens d'une personne publique constituant une collection des musées de France, placent ces biens sous un régime de protection particulière distinct du droit patrimonial énoncé à l'article 16-1 du Code civil ». En conséquence, « la Ville de Rouen n'est pas fondée à soutenir qu'elle pouvait autoriser la restitution de ce bien sans respecter la procédure de déclassement prévue par l'article L. 451-5 du Code du patrimoine »¹³⁷. Finalement, pour surmonter l'obstacle et évacuer finalement toute discussion sur le statut de ces choses et l'idée qu'elles ne peuvent être considérées purement et simplement comme des objets de collection, c'est une loi qui est votée et qui ordonne la restitution de toutes les têtes maories présentes dans les collections françaises. Aux termes de l'article premier de la loi, « A compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, les têtes maories conservées par des musées de France cessent de faire partie de leurs collections pour être remises à la Nouvelle-Zélande »¹³⁸.

D'autres affaires se profilent aujourd'hui suite à des revendications, en particulier l'affaire des crânes de combattants algériens aux débuts de la colonisation présents dans certaines collections publiques françaises. La restitution a eu lieu, sans mise en forme juridique particulière pour le moment. Et cette succession d'affaires ravive la nécessité d'une réflexion de fond sur le statut juridique des restes humains. Lors du vote de la loi de 2016, un amendement

¹³³ Catherine Morin-Desailly, *Rapport au conseil municipal*, 19 octobre 2007.

¹³⁴ Notamment sur la sanctuarisation des choses inappropriables : Thomas Yan, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, n° 6, pp. 1431-1462.

¹³⁵ Philippe Richert, *Rapport fait au nom de la commission des Affaires culturelles, sur la proposition de loi de M. Nicolas About autorisant la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman, dite « Vénus hottentote » à l'Afrique du Sud*, Sénat, session 2001-2002, n° 177, p. 8.

¹³⁶ En l'occurrence, le gouvernement n'a cependant pas toujours suivi cette ligne.

¹³⁷ CAA, Douai, 24 juillet 2008, *Ville de Rouen*, n° 08DA00405.

¹³⁸ Loi n° 2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections, *JO* 19 mai 2010, p. 9210.

avait été suggéré en ce sens pour faciliter les restitutions sous certaines conditions sans buter sur le régime d'inaliénabilité. Deux dispositifs étaient proposés.

Un nouvel article L. 546-9 du Code du patrimoine devait disposer :

« Lorsque les vestiges anthropobiologiques n'ont pas été affectés à une collection publique et que l'autorité administrative approuve la perte d'intérêt scientifique de la conservation de ces vestiges établie par le service de l'État chargé de l'archéologie, et en l'absence de manifestation de personnes ayant qualité ou intérêt pour pourvoir aux funérailles, l'État ou les collectivités territoriales qui en ont la garde sous le contrôle scientifique et technique de l'État, procèdent à leur ré-inhumation par dérogation aux articles L. 2223-19, L. 2223-22, L. 2223-23 et L. 2223-25-1 du Code général des collectivités territoriales ».

La formulation utilisée ici est particulièrement intéressante. En évoquant l'idée que l'État et les collectivités territoriales ont la garde de ces éléments, le texte postule qu'ils ne sont pas leur propriété non plus qu'ils ne le sont au profit des collections publiques auxquels ils ont été affectés.

Une autre disposition avait pour objet de régler la question en cas de demande de revendication et permettait aux propriétaires de collections publiques de s'engager dans un processus volontaire de restitution sans avoir à recourir au déclassement et ainsi être soumises à la preuve de la perte d'intérêt scientifique. Le domaine public mobilier tel que le définit l'article L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques est relié à la reconnaissance d'un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique. Très fortement arrimé à la notion juridique de patrimoine précisée dans le Code du patrimoine et dont il emprunte la définition, le domaine public mobilier a vocation à jouer dans ce cercle des biens culturels publics. Ils en font partie dès lors qu'ils revêtent une valeur patrimoniale, si bien que leur déclassement ne peut se faire que si la perte de valeur est démontrée. L'article L. 124-1 du Code du patrimoine prévoyait plusieurs hypothèses de sortie volontaire, celle des biens culturels issus d'un trafic illicite contemporain, les biens spoliés durant la deuxième guerre mondiale et les restes humains. Nous reproduisons ici le projet d'article dans son intégralité, sachant que seule la première hypothèse a été retenue et est aujourd'hui de droit positif.

« Art. L. 124-1. - La personne publique propriétaire d'un bien culturel appartenant au domaine public mobilier, au sens de l'article L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, peut agir en nullité de la vente, de la donation entre vifs ou du legs de ce bien lorsqu'il lui est apporté la preuve que:

a) Le bien a été volé ou illicitement exporté après l'entrée en vigueur, à l'égard de l'État d'origine et de la France, de la convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, faite à Paris le 14 novembre 1970 ;

b) Le bien a été vendu sous la contrainte ou spolié du fait du nazisme ;

c) S'agissant de restes humains, si leur origine est dument identifiée.

La personne publique propriétaire demande, en outre, au juge d'ordonner la restitution du bien à l'État d'origine, au propriétaire légitime ou à l'ayant-droit s'il en a fait la demande.

Dans les cas mentionnés aux a) et b), la personne publique propriétaire a droit au remboursement du prix d'acquisition par le vendeur.

Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article, notamment les critères permettant l'appréciation de la légitimité des cas mentionnés aux b) et c). ».

Quoique le système n'ait pas été retenu, on peut bien soutenir que le droit positif offre déjà des outils intéressants, sans qu'il soit nécessaire de légiférer en la matière. A reprendre l'énoncé de l'article 16-1-1 du Code civil, on peut soutenir que la prohibition d'un droit patrimonial qu'on a traduit comme une impossibilité de commerce lucratif, pourrait bien être, selon une interprétation constructive, compris plus radicalement comme l'impossibilité d'une propriété. La solution non seulement permettrait de sortir juridiquement du dispositif de restitution opérant transfert de propriété, mais plus fondamentalement serait plus en accord avec le traitement de ces choses qui ne peuvent être assimilées aux autres biens culturels.

b) La catégorie des choses communes

Un second ressort pourrait probablement être mobilisé dans la considération du statut du patrimoine archéologique, si l'on poursuit sur l'hypothèse de choses inappropriables.

L'article 714 du Code civil évoque la notion de choses communes qu'il définit comme toutes « choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Le texte précise ensuite que des lois de police règlent la manière d'en jouir. Mais ce ressort n'est guère investi et fait figure dans la doctrine de catégorie résiduelle, composée de biens non pas inappropriables par nature mais en attente d'être appropriés. La doctrine, du côté du droit privé comme de celui du droit public, a tendance à considérer que toute chose est saisie par le droit avant tout dans son rapport à la propriété, ou plus justement entre dans la sphère juridique en ce qu'elle est un objet de propriété. Si le droit public déploie une conception propre de la propriété publique, elle ne s'en est pas moins rapprochée de la doctrine privatiste sous ce rapport.

Or cette notion de chose commune pourrait sans doute être autrement investie, en particulier dans ce domaine de l'archéologie. Ne peut-on voir dans le sous-sol, dans les gisements préhistoriques des choses qui appartiennent à tous, ou n'appartiennent plutôt à personne et dont l'usage devrait être commun à tous. Il faudrait partant de cette idée creuser plus sérieusement les modalités de cet usage commun, en particulier les lois de police qui pourraient régler la manière d'en jouir. La qualification de patrimoine commun de la Nation pourrait de ce point de vue venir en soutien. Plusieurs séries de difficultés devraient être surmontées, en particulier les contours de cet usage à mettre doublement en regard de la propriété privée et du droit de se clore d'un côté, de l'exigence de sauvegarde, de conservation, d'études scientifiques et de préservation de ces traces d'un autre côté. Cette perspective pourrait être aussi l'occasion de préciser les contours de cette notion de garde dont l'État aurait la charge, et la responsabilité qu'il endosse à ce titre.

2. Les figures de la propriété collective

Les figures de propriété collective sont, à la vérité, peu présentes dans le droit positif. Certaines d'entre elles peuvent être vues comme des survivances de formes de maîtrises collectives de l'ancien droit. D'autres sont pensées comme des propriétés dont le titulaire est non pas une personne mais un groupe et ces propriétés sont aussi marquées par une dimension collective. Il n'est pas question ici d'évoquer d'une façon systématique les différents types de propriété collective. L'idée est plutôt d'aborder celles d'entre elles qui pourraient nourrir la réflexion sur le patrimoine archéologique et la prise en considération des intérêts qui s'y expriment. Parmi celles-là, on peut notamment évoquer les propriétés collectives reconnues par le droit des peuples autochtones. La problématique recouvre une certaine réalité dans le droit français confronté au droit coutumier dans des territoires d'outre-mer, en particulier la Nouvelle

Calédonie dans lesquelles des droits collectifs ont pu être reconnus. La deuxième figure potentiellement intéressante est celle de patrimoine commun, présente dans certains textes pour désigner des ressources marquées par une dimension collective (le territoire, l'eau, la biodiversité, etc.).

a) Propriété collective et droit des peuples autochtones

i) La reconnaissance de droits collectifs dans les textes internationaux

L'article 31 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 fait référence de façon explicite à une forme de propriété collective en énonçant que les peuples autochtones « ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles ».

Cette dimension collective des droits dont sont titulaires les peuples autochtones en vertu de la Déclaration de 2007 se retrouve également à l'article premier qui dispose que

Art. 1^{er} de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme.

L'article 40 complète ces dispositions sous l'angle procédural en affirmant que « les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs ».

En faisant ainsi référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), la Déclaration sur les droits des peuples autochtones ouvre la voie à l'instillation de la notion de propriété collective. En effet, l'article 17 de la DUDH dispose que

Art. 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme

1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété.
2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété.

Par conséquent, en reprenant l'article premier de la Déclaration de 2007, il est possible d'en déduire que les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de jouir pleinement du droit à la propriété. Ainsi, cela pourrait revenir à accorder un droit à la propriété collective aux populations autochtones.

Ces éléments permettent, qui plus est, de mettre en exergue le fait qu'à l'égard des communautés autochtones, la dimension collective de certains droits fait sens, et même, qu'elle peut être indispensable à leur existence¹³⁹.

¹³⁹ Préambule de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, adoptée le 13 septembre 2007 par l'Assemblée générale des Nations unies, A/RES/61/295.

ii) Propriété collective et patrimoine archéologique dans la jurisprudence

Comment relier cette reconnaissance d'une propriété collective à la protection du patrimoine archéologique et en quoi elle est utile, sous cette perspective, à mobiliser ? L'arrêt de la CEDH du 24 février 2019 livre d'intéressants développements sur ce point¹⁴⁰. Il s'agissait d'une revendication de protection d'un site archéologique protégé (classé en 1978 en tant que richesse culturelle et historique de la région) en Turquie menacé par des opérations d'aménagement sur le fleuve Tigre (construction d'un barrage et d'une centrale électrique), fondée sur l'invocation par les requérants d'un droit au patrimoine, qui trouverait notamment des points d'appui dans les récentes conventions culturelles, en particulier la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, adoptée à Faro le 27 octobre 2005, dite « Convention de Faro ». Les requérants fondent notamment leur action sur l'article 2 relatif au droit à l'instruction de l'humanité, mais les juges européens rejettent l'hypothèse d'un droit à l'héritage culturel, comme élément du droit à l'instruction. La Cour « observe que la prise de conscience progressive des valeurs liées à la conservation de l'héritage culturel et à l'accès à ce dernier peut passer pour avoir abouti à un certain cadre juridique international et la présente affaire pourrait, dès lors, être considérée comme relevant d'un sujet en évolution », mais considère qu'il n'existe aucun consensus de la communauté internationale qui justifierait la reconnaissance d'un droit individuel, une telle protection selon les juges ne visant actuellement que « les situations et des réglementations portant sur le droit des minorités de jouir librement de leur propre culture ainsi que sur le droit des peuples autochtones de conserver, contrôler et protéger leur héritage culturel ». Des archéologues ne pourraient-ils pas ainsi agir en justice en invoquant ce droit à l'instruction, droit à la connaissance tiré de l'accès à un site protégé, alors que pourraient agir, sur le fondement du droit des minorités, des peuples autochtones ? Le raisonnement *a contrario* ne permet pas d'affirmer qu'un droit est reconnu à un groupe sur un territoire. Cette affaire dévoile simplement d'autres intérêts à la protection et la nécessité d'en assurer le cadre juridique.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a également une vaste jurisprudence sur les violations des droits de l'homme en raison des perturbations des droits des peuples autochtones sur leurs territoires ancestraux. A titre d'exemple, en 2005, la CIDH a jugé l'affaire concernant le refus du Paraguay de reconnaître les terres ancestrales de la Communauté Yakye Axa et, en ce sens, une possible violation à l'article 21 de la Convention américaine, article qui verse sur le droit à la propriété privée¹⁴¹. Dans cette affaire, s'appuyant sur sa jurisprudence, la Cour a appliqué une interprétation évolutive¹⁴² des instruments internationaux pour déclarer que l'article 21 protège aussi la propriété collective des peuples autochtones sur leurs terres

¹⁴⁰ CEDH, 21 février 2019, *Zeynep Ahunbay et autres c/ Turquie*, req. n° 6080/06.

¹⁴¹ L'article stipule que : « 1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social ; 2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévues par la loi ; 3. L'usure ainsi que toute autre forme d'exploitation de l'homme par l'homme sont interdites par la loi », *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme.

¹⁴² D'après la définition accordée par la Cour européenne des droits de l'homme et l'article 29 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

ancestrales¹⁴³. Cela parce que la relation entre ces peuples et leurs terres doit être entendue comme fondamentale pour leur culture et c'est pourquoi la propriété est collective¹⁴⁴.

Ainsi, la Cour a conclu que, lorsqu'il y a un conflit concernant la reconnaissance des terres ancestrales des peuples autochtones, les États doivent tenir compte du contexte spécifique de chaque peuple. Il convient de noter que les notions même de religion, de famille et de culture peuvent être différentes chez les peuples autochtones, car, comme le souligne la Commission interaméricaine des droits de l'homme, ces notions sont « étroitement connectées à leurs terres traditionnelles, où les lieux de sépulture ancestraux, les lieux d'importance religieuse et les modèles de parenté sont liés à l'occupation et à l'utilisation de leurs territoires physiques »¹⁴⁵. En ce qui concerne les droits territoriaux des peuples autochtones, la CIDH souligne encore que la préservation de ces droits est essentielle pour la préservation du peuple en tant que tel et ainsi « le contrôle de son habitat est une condition nécessaire à la reproduction de sa culture, à son propre développement et à la réalisation de ses aspirations de vie »¹⁴⁶. En ce sens, dans une autre affaire, la Cour a déclaré que :

« la culture des membres des communautés autochtones est directement liée à une manière spécifique d'être, de voir et d'agir dans le monde, développée sur la base de leur relation étroite avec leurs territoires traditionnels et les ressources qui s'y trouvent, non seulement parce qu'ils sont leur principal moyen de subsistance, mais aussi parce qu'ils font partie de leur vision du monde, de leur religiosité et, par conséquent, de leur identité culturelle »¹⁴⁷.

C'est pourquoi « le non-respect du droit ancestral des membres des communautés autochtones à leurs territoires peut affecter d'autres droits fondamentaux [de ces peuples], tels que le droit à l'identité culturelle et à la survie même des communautés autochtones et de leurs membres »¹⁴⁸.

¹⁴³ CIDH, 31 août 2001, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua*, §§148-149.

¹⁴⁴ Dans l'affaire *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua*, la Cour déclare encore que les terres ancestrales des communautés autochtones sont un « élément matériel et spirituel dont ils doivent jouir pleinement, même pour préserver leur patrimoine culturel et le transmettre aux générations futures » ; CIDH, 31 août 2001, *préc.*, §149.

¹⁴⁵ Version originale en anglais : « Similarly, the concept of family and religion within the context of indigenous communities, including the Maya people, is intimately connected with their traditional land, where ancestral burial grounds, places of religious significance and kinship patterns are linked with the occupation and use of their physical territories », *Communautés autochtones Maya du district de Toledo, Belize*, Commission IDH, Rapport n° 40/04, affaire n° 12.053, 12 octobre 2004, §155.

¹⁴⁶ Notre traduction. Version originale complète en anglais : « the States must take into account that indigenous territorial rights encompass a broader and different concept that relates to the collective right to survival as an organized people, with control over their habitat as a necessary condition for reproduction of their culture, for their own development and to carry out their life aspirations. Property of the land ensures that the members of the indigenous communities preserve their cultural heritage », CIDH, 17 juin 2005, *Affaire de la Communauté autochtone Yakye Axa c/ Paraguay*, §146.

¹⁴⁷ Notre traduction. Version original en anglais : « the culture of the members of the indigenous communities directly relates to a specific way of being, seeing, and acting in the world, developed on the basis of their close relationship with their traditional territories and the resources therein, not only because they are their main means of subsistence, but also because they are part of their worldview, their religiosity, and therefore, of their cultural identity », CIDH, 17 juin 2005, *Affaire de la Communauté autochtone Yakye Axa c/ Paraguay*, §135.

¹⁴⁸ Notre traduction. Version original en anglais : « Disregarding the ancestral right of the members of the indigenous communities to their territories could affect other basic rights, such as the right to cultural identity and to the very survival of the indigenous communities and their members », CIDH, 17 juin 2005, *Affaire de la Communauté autochtone Yakye Axa c/ Paraguay*, §147. La Cour déclare encore que : « to guarantee the right of indigenous peoples to communal property, it is necessary to take into account that the land is closely linked to

Cette jurisprudence a été réaffirmée à plusieurs reprises¹⁴⁹.

La Cour a aussi stipulé que la relation entre la communauté et le territoire peut se manifester de plusieurs manières, mais elle se base surtout dans son utilisation traditionnelle ainsi que de ses ressources et du lien de cet usage avec leur culture¹⁵⁰. La protection de ce territoire est donc fondamentale pour l'existence de ces communautés en tant que telles et pour qu'elles puissent transmettre leur mode de vie et leur culture aux générations futures. Il convient, enfin, de noter l'affaire *du peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. Équateur*, dans laquelle la Cour a souligné l'importance des sites ancestraux pour l'identité culturelle du peuple Sarayaku¹⁵¹ et a déclaré que :

« il ne fait aucun doute que l'intervention et la destruction [du] patrimoine culturel [de la communauté] impliquent un grave manque de respect de son identité sociale et culturelle, de ses coutumes, de ses traditions, de sa vision du monde et de son mode de vie, ce qui entraîne naturellement une grande inquiétude, de la tristesse et de la souffrance chez ce peuple »¹⁵².

b) La reconnaissance de droits collectifs sur les terres en Nouvelle Calédonie

La Cour d'appel de Nouméa a, à plusieurs reprises, accueilli l'action en justice de clans. Dans un arrêt de 1987, elle a reconnu un droit d'agir à des clans mélanésiens. Le tribunal de première instance avait considéré qu'ils étaient dépourvus de personnalité juridique, faisant valoir l'absence de textes relatifs aux clans, là où les tribus sont régies par des textes spéciaux. La décision est infirmée en appel. Se fondant sur les articles 4 et 5 de la délibération n° 116 de l'Assemblée territoriale du 14 mai 1980 sur la réforme foncière, les juges reconnaissent au clan le statut de groupement de droit particulier local¹⁵³. Dans une autre affaire plus décisive encore,

their oral expressions and traditions, their customs and languages, their arts and rituals, their knowledge and practices in connection with nature, culinary art, customary law, dress, philosophy, and values. In connection with their milieu, their integration with nature and their history, the members of the indigenous communities transmit this non-material cultural heritage from one generation to the next, and it is constantly recreated by the members of the indigenous groups and communities », *ibid.* §154.

¹⁴⁹ CIDH, 29 mars 2006, *Affaire de la Communauté autochtone Sawhoyamaxa c/ Paraguay*, §§117-121 ; CIDH, 28 novembre 2007, *Affaire du peuple Saramaka c/ Suriname*, §§80-96 ; CIDH, 5 février 2018, *Affaire du Peuple autochtone Xucuru et ses membre*, §§115-118 ; CIDH, 6 février 2020, *Affaire de la Communauté autochtone et les membres de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c/ Argentina*, §§92-98.

¹⁵⁰ La Cour mentionne, par exemple, que la relation peut s'exprimer « par la présence ou l'utilisation traditionnelle, par le biais de liens spirituels ou cérémoniels, par des implantations ou des cultures sporadiques, par la chasse, la pêche ou la cueillette saisonnière ou nomade, par l'utilisation de ressources naturelles en rapport avec leurs coutumes, et par toute autre forme d'élément caractéristique de leur culture », CIDH, 24 août 2010, *Affaire de la Communauté autochtone Xákmok Kásek c/ Paraguay*, §113 ; v. aussi : CIDH, 17 juin 2005, *Affaire de la Communauté autochtone Yakye Axa c/ Paraguay*, §154 ; CIDH, 29 mars 2006, *Affaire de la Communauté autochtone Sawhoyamaxa c. Paraguay*, §§131-132. Dans l'original en anglais : « The ways in which this relationship is expressed could include traditional presence or use, by means of spiritual or ceremonial ties; sporadic settlements or crops; hunting, fishing or seasonal or nomadic gathering; use of natural resources related to their customs, and any other element characteristic of their culture ».

¹⁵¹ CIDH, 27 juin 2012, *Affaire du peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c/ Équateur*, §219.

¹⁵² Version originale en espagnol : « La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos », *ibid.*, §220.

¹⁵³ CA, Nouméa, 9 avril 1987, *JCP*, 1987.II.20880. Sur l'assimilation quelque peu audacieuse du clan à cette

autour d'une contestation portant sur l'usage de terres collectives, les juges décident que « eu égard à l'importance sociale et symbolique que revêt la terre dans cette société, le clan détenteur des droits fonciers constitue la structure essentielle de la société kanak ; que le clan est le pilier autour duquel s'ordonne la vie sociale ; » [...] et que « refuser au clan la personnalité juridique serait une forme de déni complet de la société autochtone, en déniait à cette structure, seule investie de devoirs et donc de prérogatives, le droit d'agir pour leur défense »¹⁵⁴. Les juges citent notamment les accords de Nouméa dans lesquels est évoqué le lien particulier à la terre qui est au fondement de l'identité Kanak : « Chaque individu, chaque clan se définissait par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer, une embouchure de rivière, et gardait la mémoire de l'accueil d'autres familles »¹⁵⁵. Le juge affirme que « les clans kanak, en ce qu'ils sont dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge, possèdent la personnalité juridique qui leur permet d'ester en justice ». Le raisonnement sera repris dans le second arrêt de la Cour d'appel de Nouméa¹⁵⁶.

Ces affirmations donnent à voir une opportunité de pouvoir demander collectivement le respect d'un droit à l'égard d'un bien dont les individus ne sont pas propriétaires. En effet, en l'espèce les clans se voient reconnaître la capacité d'ester en justice alors qu'ils ne sont détenteurs d'aucun droit foncier sur les terres concernées dans l'affaire. Appliqué à la protection du patrimoine archéologique, on pourrait soutenir que la reconnaissance de droits du groupe lui permettrait d'agir en justice, en cas d'atteinte ou de destruction du fait de projets d'aménagements. A nouveau, se révèlent ici d'autres formes d'intérêts collectifs.

D'une façon plus générale, une autre figure pourrait bien être davantage investie, celle de patrimoine commun de la Nation telle qu'elle apparaît dans un certain nombre de textes.

c) Le patrimoine commun de la nation comme catégorie juridique.

La qualification de patrimoine commun de la Nation apparaît à plusieurs reprises dans le droit positif. L'article L. 101-1 du Code de l'urbanisme dispose :

Art. L. 101-1 du Code de l'urbanisme

Le territoire français est le patrimoine commun de la nation.

Les collectivités publiques en sont les gestionnaires et les garantes dans le cadre de leurs compétences.

En vue de la réalisation des objectifs définis à l'article L. 101-2, elles harmonisent leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace dans le respect réciproque de leur autonomie.

L'article 102-1 précise les objectifs que visent à atteindre l'action des collectivités publiques, parmi lesquels figurent explicitement l'équilibre :

- entre la sauvegarde des ensembles urbains et la protection, la conservation et la restauration du patrimoine culturel
- une utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités

catégorie de groupement de droit particulier local dont la loi exige certaines formalités pour qu'ils acquièrent la personnalité morale et qui ne précise guère quels peuvent être ces groupements, le commentaire de J.-L. Vivier.

¹⁵⁴ CA, Nouméa, 22 août 2011, n° 10/531

¹⁵⁵ Préambule de l'Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, JO 27 mai 1998.

¹⁵⁶ CA, Nouméa, 22 août 2011, n° 10/532

agricoles et forestières et la protection des sites, des milieux et paysages naturels.

La protection du sous-sol archéologique n'est pas explicitement citée mais on pourrait bien l'inclure dans la notion plus vaste de territoire.

Le terme de patrimoine commun de la Nation apparaît encore dans le Code de l'environnement pour désigner, au titre des principes généraux, les ressources que le code entend protéger. Au sens de l'article L.110-1 :

Art. L. 110-1, al. 1^{er} du Code de l'environnement

Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage.

Il reste que, d'une façon générale, la notion de patrimoine commun et sa portée juridique font l'objet de controverses. Si un certain nombre d'auteurs y voient une véritable notion juridique, son opérationnalité demeure incertaine¹⁵⁷.

Sans doute, le juge pourrait-il investir cette notion, lui donner sens juridiquement (d'une certaine façon, c'est l'argument patrimonial qui conduit le juge, dans l'affaire Erika à engager la responsabilité de Total, affaire qui mènera à la reconnaissance du préjudice écologique). La jurisprudence belge pourrait être une bonne source d'inspiration lorsqu'à propos du site de Waterloo, le Conseil d'État belge annule le permis de construire sur ce site protégé à différents titres¹⁵⁸ en s'appuyant sur la notion de patrimoine commun du territoire¹⁵⁹. Plusieurs éléments sont intéressants dans cette décision. D'une part, le juge accueille l'action de la requérante ; la partie adverse avait soulevé une exception d'irrecevabilité « déduite de ce que la requérante n'invoque pas un intérêt distinct de la généralité des habitants et n'a donc pas un intérêt personnel et direct à demander la suspension et l'annulation des actes attaqués, l'importance du site ne suffisant pas à démontrer l'existence d'un intérêt personnel ». Elle faisait valoir que la requérante n'avait plus d'activité sur le site et qu'elle avait vendu tous ses biens « dans le but de permettre la réalisation du projet ». Le juge, se fondant que l'article 1^{er} du Code wallon de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme (CWATUP) lequel reprenant la formule du code français prescrit que « le territoire de la région wallonne est le patrimoine commun de ses habitants »¹⁶⁰, décide que :

¹⁵⁷ Nous n'entrons pas ici dans l'étude des différentes approches et analyses de cette notion, déjà entreprise dans : Judith Rochfeld, Marie Cornu et Gilles J. Martin (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réformes pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche n° 17-34, Mission de recherche Droit et Justice, avril 2021.

¹⁵⁸ Notamment protégé par la loi du 26 mars 1914 et inscrit sur la liste du patrimoine exceptionnel de Wallonie par arrêté du Gouvernement wallon du 5 septembre 2002.

¹⁵⁹ CE, sec. adm., 15 décembre 2006, *Brassine-Vandergeeten*, n° 165.965.

¹⁶⁰ CWATUP, art. 1^{er}, §1^{er} : « Le territoire de la Région wallonne est un patrimoine commun de ses habitants. La Région et les autres autorités publiques, chacune dans le cadre de ses compétences et en coordination avec la Région, sont gestionnaires et garants de l'aménagement du territoire. Elles rencontrent de manière durable les besoins sociaux, économiques, (énergétiques, – Décret-cadre du 19 avril 2007, art. 3) (de mobilité, – Décret du 15 février 2007, art. 1^{er}) patrimoniaux et environnementaux de la collectivité par la gestion qualitative du cadre de vie, par l'utilisation parcimonieuse du sol et de ses ressources (, par la performance énergétique de l'urbanisation et des bâtiments – Décret du 20 septembre 2007, art. 1^{er}, al. 1^{er}) et par la conservation et le développement du patrimoine culturel, naturel et paysager ».

« en présence d'un site classé et, qui plus est, d'un site faisant partie du patrimoine exceptionnel de la Région, une personne, physique ou morale, de droit privé, [peut] agir en justice pour la préservation de ce patrimoine qui est, selon elle, menacé par un permis d'urbanisme, lorsque cette personne démontre, par ses activités ou par d'autres circonstances pertinentes, avoir consacré du temps et de 'l'intérêt' au bien patrimonial concerné, en l'espèce, au lieu de mémoire insigne que constitue le champ de bataille de 1815 ; que cet intérêt à agir est renforcé par le fait que le CWATUP associe la population aux décisions de classement [...] ».

L'intérêt accueilli par le juge dépasse ici l'intérêt personnel que peut invoquer un habitant du site pour admettre l'action de personnes au nom d'un intérêt commun, celui de la protection du patrimoine. Une restriction est cependant ici tirée de « l'intérêt porté au bien patrimonial ».

Sous cette réserve, c'est bien la reconnaissance de la dimension collective du site qui fonde l'action à agir, ce qui signifie que c'est une propriété d'un genre particulier :

« à partir du moment où un bien est reconnu comme faisant partie du patrimoine culturel, il ne peut plus, par définition, être considéré comme étant la 'chose exclusive' d'une personne morale de droit public quelconque, même propriétaire des lieux, d'une collectivité déterminée ni même de la génération présente, à plus forte raison des voisins ou des habitants du quartier ; [...] c'est plus l'intérêt de ceux qui se dévouent à sa conservation qu'une proximité géographique aléatoire qui peut justifier l'action tendant à assurer la préservation du bien culturel ».

Le Conseil d'État s'intéresse alors au préjudice découlant de l'atteinte portée aux caractéristiques historiques et esthétiques du site protégé par des mesures de protection du patrimoine, qu'il considère comme grave et par nature difficilement réparable et

« qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que l'exécution du permis d'urbanisme attaqué modifie les caractéristiques d'un site qui est protégé par la loi du 26 mars 1914 pour la préservation du champ de bataille de Waterloo et qui est inscrit au patrimoine exceptionnel de la Région réservé aux biens présentant un intérêt majeur (article 187, 12o, CWATUP); qu'il risque donc d'y porter atteinte ».

Le juge appuie par conséquent doublement sur la protection au titre du patrimoine culturel de ce site exceptionnel et sur l'article premier du CWATUP qui en fait un patrimoine commun et implique alors une responsabilité de la collectivité publique à cet égard. En l'occurrence, cet article cite explicitement l'objectif de conservation et le développement du patrimoine culturel, naturel et paysager.

D. Le régime de la documentation archéologique

La question de l'accès à la documentation archéologique, s'agissant notamment des comptes rendus et des rapports de fouilles, a été soulevée en 1996 lors d'une interpellation parlementaire du ministre de la Culture ; il était alors affirmé que « la plupart des comptes rendus et des rapports rédigés à la suite des fouilles et des études archéologiques sont archivés dans les centres des services régionaux de l'archéologie. De fait, ces documents sont totalement inaccessibles pour les personnes ne résidant pas à proximité directe de ces centres et néanmoins intéressées par leur contenu »¹⁶¹. Partant de ce constat, il était demandé quelles mesures pouvaient être envisagées afin que soit transmis d'office un exemplaire de ces documents aux

¹⁶¹ Réponse ministérielle à question écrite n° 40383 (M. Cornillet), *JOAN Q* 5 août 1996 p. 4254.

maires des communes sur les territoires desquelles des fouilles archéologiques ont été entreprises. Dans sa réponse, le ministre de la Culture soulignait que « la réflexion sur la manière dont il pourrait être répondu systématiquement à une demande de diffusion décentralisée doit aller de pair avec la réflexion sur l'usage de supports autres que le papier pour la documentation des opérations archéologiques »¹⁶².

Cette question écrite d'un parlementaire au ministre de la Culture est un symptôme, à la fois, d'interrogations sur la communication de la production scientifique des archéologues et d'une demande sociale sur l'accès à la connaissance archéologique. La question parlementaire s'inscrit également dans un contexte législatif qui, à partir de 1978, a bouleversé les pratiques des archéologues. Jusqu'à cette date, l'obligation, pour les détenteurs d'une autorisation de fouilles, de transmettre un rapport de fouille était prescrite par une instruction ministérielle aux directeurs de circonscriptions archéologiques en date du 4 décembre 1950, qui soulignait en préambule le caractère confidentiel du rapport de fouille et l'obligation de publication :

« [...] les renseignements fournis ont un caractère confidentiel mais le bénéficiaire de l'autorisation ne doit pas perdre de vue que ses travaux entraînent irrémédiablement la destruction d'une partie du patrimoine national et qu'il se doit de protéger son œuvre scientifique contre les risques de perte avant la publication définitive en déposant, sous forme d'un rapport, l'essentiel de ses constatations dans les archives des Monuments Historiques, le dépôt du rapport constituant une prise de date indiscutable ».

Cette instruction ministérielle dessine un profil du rapport comme archive publique, tout en entérinant une forme d'appropriation par le ressort de la confidentialité au bénéfice de l'auteur des fouilles. Il était ainsi pris acte d'une pratique, vivace jusque dans les années 1980, où certains auteurs de rapports de fouilles considéraient qu'ils détenaient un monopole sur l'utilisation et l'accès aux données scientifiques, et donc le pouvoir d'autoriser ou non l'accès à leurs travaux. Le public et les chercheurs s'y pliaient puisque, dans la pratique, la consultation des rapports n'était possible qu'avec l'autorisation très explicite du rédacteur¹⁶³. Par ailleurs, il était admis dans la doctrine de la communauté archéologique que la documentation produite à l'occasion de fouilles programmées devait être davantage protégée que lorsqu'elle était produite dans le cadre de l'archéologie de sauvetage. Cette distinction était fondée sur le fait que les opérations d'archéologie de sauvetage étaient exécutées par l'État ou pour son compte, alors que l'archéologie programmée était pratiquée sous le régime des autorisations de fouilles délivrées à des archéologues, qui étaient alors considérés comme les auteurs, simultanément, des fouilles et du rapport présentant les résultats de leur recherche.

Cet entre-soi de la communauté des archéologues, bordé par un horizon sur lequel se fracassait les notions de service public et d'accès aux archives, fut ébranlé par la loi du 17 juillet 1978¹⁶⁴ dont l'article premier posait un principe de liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif et listait les catégories de documents devant être considérés comme des documents administratifs, dont l'article 2 de la loi prévoyait qu'ils étaient communicables de

¹⁶² Réponse ministérielle à question écrite n° 40383 (M. Cornillet), *JOAN Q* 5 août 1996 p. 4254.

¹⁶³ Jean-Claude Papinot, « Le rapport de fouille : notion, communicabilité, évolution », in *Rapports de fouilles. Documents publics ou non ?*, ministère de la Culture et de la Communication, 1991, pp. 47-50.

¹⁶⁴ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *JO* 18 juillet 1978, p. 2851.

plein droit aux personnes qui en faisaient la demande¹⁶⁵, sous réserve qu'ils s'agissent de documents achevés¹⁶⁶.

Depuis le rapport de fouille cumule la double qualité d'archive publique et de document administratif ; quant aux données scientifiques produites au cours de l'opération archéologique, elles constituent des archives publiques¹⁶⁷. C'est une ligne de frontière complexe sur les qualifications de la documentation archéologique qu'installe cette double qualité distribuée entre archive publique et document administratif et ordonnée sur un principe d'accessibilité.

1. L'accès du public à la documentation archéologique

La question de l'accessibilité des rapports de fouilles a d'emblée constitué une zone de confrontation entre le droit d'accès aux documents administratifs, affirmé par la loi du 17 juillet 1978 et la réticence de certains chercheurs dont la volonté tendait davantage à protéger des droits d'auteur qu'à soutenir un droit d'accès à leur production scientifique, particulièrement aux rapports de fouilles. D'aucuns étaient ainsi animés par une volonté de protéger ce qu'ils qualifiaient de secret de la recherche. Cette position d'une partie de la communauté scientifique n'est pas uniquement l'apanage des archéologues, mais elle se retrouve dans différentes disciplines où les chercheurs souhaitent voir le fruit de leur travail protégé des risques éventuels liés à la diffusion de celui-ci en mobilisant les outils fournis par le droit d'auteur, en oubliant toutefois que le droit d'accès aux documents qu'ils produisent peut parfaitement s'articuler avec le droit d'auteur ; l'article L. 311-4 du Code des relations entre le public et l'administration, issu de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, précise que « les documents administratifs sont communiqués ou publiés sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique ». Des tiers peuvent ainsi consulter, prendre connaissance du contenu des documents mais ils ne reçoivent pas le droit de les reproduire aux fins de communication publique¹⁶⁸.

Aujourd'hui, davantage que la question de la communicabilité des rapports de fouilles, telle que se posait en 1978, c'est l'inclusion de cette documentation archéologique dans le droit à l'information qui met en tension la liberté d'accès à ces documents administratifs et la protection de droits des archéologues sur le produit de leur recherche. Les principes d'accès et de communicabilité des documents administratifs fondent le droit à l'information protégé par l'article L. 300-1 du Code des relations entre le public et l'administration ; article qui ouvre le Livre 3 de ce code, consacré à l'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques.

Art. L. 300-1 du Code des relations entre le public et l'administration

Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par les dispositions des titres Ier, III et IV du présent livre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs.

L'exercice de ce droit à l'information postule un droit à communication des documents

¹⁶⁵ Ces dispositions sont codifiées dans le Code des relations entre le public et l'administration, sous un Livre 3 sur l'accès aux documents administratifs et la réutilisation des informations publiques, aux articles L. 300-1 et suivants.

¹⁶⁶ Article L. 311-2 du Code des relations entre le public et l'administration.

¹⁶⁷ V. *supra*.

¹⁶⁸ André Kerever, « La question des droits de propriété sur les rapports et les études réalisées pour le compte d'un employeur », in *Rapports de fouilles. Documents publics ou non ?*, *op. cit.*, pp. 29-41.

administratifs, dont le principe fixé par l'article L. 311-1 de ce code crée une obligation pour l'État, les collectivités territoriales, les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une mission de service public de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande.

En outre, ce droit d'accès aux documents administratifs a été consacré par le juge administratif comme garantie fondamentale pour l'exercice des libertés publiques ; le Conseil d'État dans un arrêt du 29 avril 2002 a considéré que le droit d'accès aux documents administratifs « concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »¹⁶⁹.

Dans le champ de l'archéologie, le rattachement de la recherche archéologique programmée à une mission de service public et, plus particulièrement en archéologie préventive, la référence expresse à la mission de service public posée par l'article L. 521-1 du Code du patrimoine verrouille, au profit du public, l'accès à la documentation archéologique que doivent assurer les titulaires d'autorisation de fouille et les opérateurs, publics ou privés, d'archéologie préventive.

Avant que ne soit adoptée en 2001 la législation particulière sur l'archéologie préventive, ce principe d'accès aux documents administratifs a été rappelé dans une circulaire du 30 juin 1992 pour la documentation détenue par les services du ministère de la culture¹⁷⁰, et, spécifiquement pour la documentation archéologique, par une seconde circulaire en date du 26 mars 1993 portant sur la communication des rapports de fouille¹⁷¹. Cette dernière circulaire rappelle que les rapports de fouilles résultant des recherches autorisées – fouilles terrestres ou sous-marines – constituent des documents administratifs et soumis comme tels au principe de communicabilité posé alors par la loi du 17 juillet 1978. S'agissant des autres données scientifiques constitués par l'archéologue au cours de la fouille et au long des études accompagnant la rédaction du rapport, la circulaire précise :

« Le principe de communicabilité ne s'exerce pas uniquement sur le rapport au sens strict, mais également sur la documentation issue des fouilles et déposée au Service régional de l'archéologie ou dans un local en dépendant (photographies, archives, plans, relevés, résultats d'analyses, documentation informatique, inventaire du mobilier archéologique, etc) ».

Le droit de l'archéologie préventive a conforté ce principe en instituant un versement des données scientifiques entre les mains des services de l'État chargés de l'archéologie (art. L. 522-1, dernier alinéa, du Code du patrimoine) ; obligation de versement réitéré par les articles R. 546-1 et R. 546-3 de ce même code, qui inscrit ce versement dans une temporalité – au moment où est remis à l'État le rapport d'opération (diagnostic ou fouille).

Sous la double qualité de document administratif et d'archive publique, la documentation archéologique est ainsi accessible au public, corollaire du droit à l'information dans ce double registre de qualification ; droit à l'information adossé à un principe de communicabilité intervenant sur un versant au titre des articles L. 301-1 et L. 311-1 du Code des relations entre le public et l'administration et, par ailleurs, au titre de l'article L. 213-1 du Code du

¹⁶⁹ CE, 29 avril 2002, *Ullman*, req. n° 228830.

¹⁷⁰ Circulaire du 30 juin 1992 relative à l'accès aux documents administratifs détenus par les services du ministère de la culture, *Bulletin officiel du ministère de la culture*, n° 71, septembre 1992, pp. 6-12.

¹⁷¹ Circulaire n° 001003 du 26 mars 1993 sur la communication des rapports de fouille, *non publiée*.

patrimoine¹⁷². Sous cette obligation de garantir un droit à l'information sur les connaissances archéologiques s'installe une figure normative installant un contrôle social sur la pratique de l'archéologie et révélant un paradoxe sur le principe de participation. Alors que l'exercice des prérogatives de sauvegarde, d'étude et de conservation dans le champ de l'archéologie, telles qu'énoncées dans le Code du patrimoine, relèvent de la responsabilité exclusive de l'État et éclipsent toute implication ou association, de quelque intensité que ce soit, du public ou de communautés constituées autour d'un intérêt archéologique partagé¹⁷³, le droit à l'information sur les résultats de la recherche, adossé au principe juridique de communicabilité et d'accès à la documentation archéologique installe une figure du commun, où coexistent des pluralités d'intérêts.

2. Droit d'auteur et accès aux données

Dans le droit de l'Union européenne, la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information¹⁷⁴ prévoit dans son article 5 des exceptions au droit de reproduction, au droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés et au droit de distribution.

Art. 5 – Exceptions et limitations

[...] les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations [...] lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi.

Au titre de la recherche scientifique, l'archéologie rentre dans le champ d'application de l'article 5 de la directive. Ces exceptions et limitations s'inscrivent dans l'un des objectifs de la directive consistant à « promouvoir la diffusion du savoir et de la culture par la protection des œuvres et autres objets protégés, tout en prévoyant des exceptions ou limitations dans l'intérêt du public à des fins d'éducation et d'enseignement »¹⁷⁵.

Ces éléments doivent être mis en perspective avec les prescriptions de la Directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019¹⁷⁶ concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public¹⁷⁷. Les apports de cette directive qui sont susceptibles de participer à l'ouverture de l'accès au public des données de la recherche, de certaines données

¹⁷² Sur le versement de la documentation archéologique dans les services d'archives départementales : circulaire AD 12275/DE 108670 du 22 décembre 1993 adressée par le ministre de la culture aux présidents des Conseils généraux. Une version actualisée sous la forme d'une instruction : Instruction n° 2004/024 du 21 septembre 2004 relative au tri et à la conservation pour les archives produites et reçues par les directions régionales des affaires culturelles, *Bulletin officiel du ministère de la culture*, n° 145, septembre-octobre 2004, p. 15-50.

¹⁷³ Voir *infra* la deuxième partie – Repenser les responsabilités sur le patrimoine archéologique.

¹⁷⁴ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

¹⁷⁵ Considérant 14 de la Directive.

¹⁷⁶ Le délai de transposition court jusqu'au 16 juillet 2021.

¹⁷⁷ Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public (refonte).

publiques¹⁷⁸ – par conséquent des données archéologiques – résident dans une volonté de restreindre et encadrer les exceptions qui permettent à des entités publiques de facturer au-delà des coûts marginaux de diffusion dans le cadre de la réutilisation des données. C'est également l'expression d'une volonté d'élaborer, à l'échelle des États membres, des politiques d'accès ouverts aux données de recherches, lorsque celles-ci sont financées par des fonds publics, et de faciliter la réutilisation des données de recherche qui sont contenues dans des référentiels ouverts. Enfin il convient de noter les exigences attendues en matière de transparence dans le cadre des accords public-privé¹⁷⁹ qui impliquent des informations du secteur public, et ce notamment en limitant les recours aux accords exclusifs¹⁸⁰.

Enfin, la Directive du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique¹⁸¹ propose une adaptation de la réglementation en matière de droit d'auteur et de droits voisins en tenant compte des utilisations numériques qui n'avaient pas été appréhendées par la Directive de 2001. L'un des objectifs de la directive est d'accroître les possibilités d'utiliser des contenus couverts par le droit d'auteur à des fins d'éducation, de recherche et de préservation du patrimoine culturel ; la directive a vocation à moderniser et à adapter les exceptions qui permettent ce type d'utilisations pour tenir compte des évolutions technologiques et des modalités d'utilisation des contenus en ligne dans un contexte transfrontalier¹⁸². La directive introduit ainsi quatre nouvelles exceptions obligatoires au droit d'auteur : la fouille de textes et de données à des fins de recherche, la fouille de textes et de données à d'autres fins, les fins d'enseignement et d'éducation et la préservation du patrimoine culturel. La Commission européenne précise que

« l'objectif est d'ouvrir les possibilités offertes par les technologies numériques à la recherche, à l'analyse de données, à l'éducation et à la préservation du patrimoine, en tenant également compte des utilisations en ligne et transfrontières des contenus protégés par le droit d'auteur »¹⁸³.

L'exception en matière de préservation du patrimoine culturel a vocation à permettre aux institutions gestionnaires du patrimoine culturel d'effectuer des copies des œuvres présentes dans leurs collections en ayant recours aux techniques de conservation numérique. Cette exception a par ailleurs pour but de développer la numérisation du patrimoine culturel de l'Union européenne à des fins de conservation et afin de permettre aux générations futures d'y accéder¹⁸⁴.

Le droit de l'Union européenne entre ainsi en résonance avec certaines prescriptions issues du droit du Conseil de l'Europe qui tendent à affirmer qu'il y a des ressources du patrimoine

¹⁷⁸ V. sur les données publiques : Jean-Bernard Auby, *Données publiques – Définitions. Principes. Orientation*, JurisClasseur Administratif, Fasc. 109-30, éd. Lexis, 2019.

¹⁷⁹ Aborder la question en matière d'archéologie préventive lorsqu'interviennent des opérateurs privés.

¹⁸⁰ European legislation on open data and the re-use of public sector information [en ligne], consulté le 14 mai 2020. URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-legislation-reuse-public-sector-information>

¹⁸¹ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

¹⁸² Commission européenne, Fiche d'information, Questions et réponses — Le Parlement européen vote en faveur de règles modernisées et adaptées à l'ère numérique, Bruxelles, le 26 mars 2019

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

archéologique qui ont vocation à être partagées et diffuser.

Outre l'article 4 de la Convention culturelle du Conseil de l'Europe de 1954 qui aborde la circulation et l'échange des objets de valeur culturelle notamment à des fins d'étude de l'histoire et de la civilisation des États membres¹⁸⁵, la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique de 1992 envisage, dans ses articles 7 et 8, la question de la collecte et de la diffusion de l'information scientifique. L'article 7 aborde l'étude et la diffusion de la connaissance issue des découvertes archéologiques par une restitution documentée des fouilles à travers « un document scientifique de synthèse publiable, préalable à la nécessaire diffusion intégrale des études spécialisées », mettant ainsi en exergue la nécessité de diffuser le résultat des fouilles. L'article 8 incite les États à faciliter les échanges d'éléments du patrimoine archéologique et d'informations sur la recherche archéologique et les fouilles en cours. Ce double objectif est prolongé par un objectif de sensibilisation du public, développé à l'article 9 de la convention, au terme duquel les États s'engagent à

« entreprendre une action éducative en vue d'éveiller et de développer auprès de l'opinion publique une conscience de la valeur du patrimoine archéologique pour la connaissance du passé et des périls qui menacent ce patrimoine [...] ; à promouvoir l'accès du public aux éléments importants de son patrimoine archéologique, notamment les sites, et à encourager l'exposition au public de biens archéologiques sélectionnés ».

La numérisation des données et des objets archéologiques paraît s'inscrire dans les objectifs poursuivis au niveau européen en matière d'accès au patrimoine archéologique. A l'appui de ces objectifs, la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société de 2005, à travers son titre III relatif à la responsabilité partagée envers le patrimoine culturel et à la participation du public, précise en son article 14, intitulé « patrimoine culturel et société de l'information », que « les Parties s'engagent à développer l'utilisation des techniques numériques pour améliorer l'accès au patrimoine culturel et aux bénéfices qui en découlent ». Il est notamment précisé que les États parties doivent avoir conscience que la création de contenus numériques relatifs au patrimoine culturel ne doit pas nuire à sa conservation. Les termes « patrimoine culturel » et « société de l'information » ne sont donc pas antinomiques ; au contraire, ils peuvent s'unir au profit d'une société de l'information sur le patrimoine culturel dont les technologies du numérique en seraient les leviers.

En ce qui concerne le processus de numérisation, la Recommandation du 10 février 2016 sur l'internet des citoyens¹⁸⁶ précise que les institutions culturelles devraient être encouragées à conserver les ressources numériques y compris lorsqu'il s'agit de produits numérisés. Le texte précise également que ces institutions doivent être encouragées à « numériser, indexer et proposer un éventail plus large d'œuvres de création à la fois en ligne et hors ligne, en tenant compte des expressions culturelles et des modèles d'utilisation, dans leur diversité et dans leurs mutations ». Cette Recommandation place également la numérisation au cœur d'une « stratégie efficace » qui a vocation à constituer un écosystème numérique permettant une localisation, une

¹⁸⁵ Si la question du numérique et de la numérisation des objets de valeur culturelle ne se posait pas à l'époque, il est possible de rattacher à cet objectif présent dans le droit européen dès 1954, l'objectif d'accès numérique à de tels objets.

¹⁸⁶ Recommandation CM/Rec (2016)2 du Comité des Ministres aux États membres sur l'Internet des citoyens adoptée par le Comité des Ministres le 10 février 2016.

compréhension, l'utilisation et la réutilisation des ressources culturelles¹⁸⁷.

Par ailleurs la Recommandation du 14 novembre 2018 du Comité des Ministres aux États membres sur la contribution de la culture au renforcement d'internet comme outil d'émancipation précise que les biens communs dans le contexte culturel désignent « les ressources culturelles qui relèvent du domaine public et sont libres de restrictions de droits d'auteur et accessibles à tous dans une perspective de création et de partage. Ils se distinguent des produits culturels qui, eux, revêtent un caractère privé, sont soumis aux droits d'auteur et nécessitent une permission expresse pour pouvoir être utilisés (bien souvent contre rémunération). Un exemple serait les travaux publiés sous la licence CC0 (Creative Commons Zéro) « sans droits réservés » qui permet aux concédants de renoncer à tous les droits et de mettre un travail dans le domaine public »¹⁸⁸.

L'ensemble de ces textes peuvent nourrir une volonté de permettre la diffusion, la réutilisation et la mise à disposition des données archéologiques et du patrimoine archéologique notamment par le biais de la numérisation. Plusieurs exemples de bases de données visant la constitution de collections numériques permettent d'illustrer ces processus en matière d'archéologie.

La constitution de collections numériques

A l'échelle nationale, le ministère de la Culture a initié la constitution de la collection Grands Sites Archéologiques en collaboration avec le musée d'Archéologie nationale et le Domaine national de Saint-Germain-en-Laye. Cette collection multimédia présente les recherches archéologiques menées en France mais aussi à travers le Monde. Ainsi, sont mis à disposition du public une diversité de contenus numériques et numérisés telles des modélisations en trois dimensions, des photographies ou encore des documents écrits. Une multitude de sites archéologiques sont recensés dans la collection, la grotte Cosquer, la grotte Chauvet - Pont d'Arc ou encore les mégalithes du Morbihan, couvrant ainsi toutes les périodes de l'histoire ; du paléolithique à la période contemporaine.

Une carte interactive présente également les chantiers en cours qui sont ouverts au public, permettant ainsi une participation bénévole du public à ces fouilles¹⁸⁹. Dès lors, cet outil offre un accès à l'information archéologique en plus d'un accès aux données présentées dans les autres médias de la collection.

¹⁸⁷ Il s'agit plus précisément d'« une stratégie efficace devrait être élaborée en collaboration avec les institutions culturelles et les instituts de recherche, afin de façonner le futur écosystème numérique, notamment par la promotion de la créativité et la préservation permanente de toutes les expressions créatives humaines pertinentes pour les générations futures à travers des programmes de numérisation massive visant les bibliothèques, les archives, les collections des musées, et par l'établissement de normes scientifiques pour la description et la connexion des objets culturels et artefacts matériels et immatériels, de sorte que les ressources culturelles puissent être localisées, comprises, combinées, utilisées et réutilisées. »

¹⁸⁸ Recommandation CM/Rec (2018)10 du Comité des Ministres aux États membres sur la contribution de la culture au renforcement d'internet comme outil d'émancipation du 14 novembre 2018.

¹⁸⁹ Voir article L112-1 du Code de la recherche « Les établissements publics de recherche et les établissements d'enseignement supérieur favorisent le développement des travaux de coopération avec les associations et fondations, reconnues d'utilité publique. Ils participent à la promotion de la recherche participative et au développement des capacités d'innovation technologique et sociale de la Nation. Ces coopérations s'exercent dans le respect de l'indépendance des chercheurs et, en l'absence de clauses contraires, dans un but non lucratif. Les travaux de recherche menés dans le cadre de ces coopérations sont, en l'absence de clauses contraires, rendus publics et accessibles ».

Par ailleurs, la numérisation des archives de fouilles ainsi que la restitution numérique des patrimoines culturels détruits du Proche-Orient ancien font l'objet du projet « Patrimoine du Proche-Orient » piloté par la Maison d'Archéologie et d'Ethnologie (MAE) René Ginouvès.

A l'échelle européenne, des programmes émergent afin d'offrir un accès numérique au patrimoine culturel européen. C'est principalement le cas du projet Europeana, dont la France est l'un des pays fondateurs, qui offre à travers ses bases de données, un très large accès au patrimoine culturel européen par le biais de plus de cinquante millions de documents numérisés venant enrichir des collections thématiques. L'objectif poursuivi par Europeana est de partager l'héritage culturel européen notamment dans les domaines de l'éducation, de la recherche mais également pour le plaisir et le loisir de chacun. Parmi l'ensemble des collections du projet, l'une d'elle est consacrée au patrimoine archéologique. Il s'agit de la collection Europeana Archaeology qui permet d'avoir accès à plus d'un million de documents numérisés en provenance de musées, de bibliothèques ou encore d'archives en Europe. La majorité de ces documents sont des images accompagnées de métadonnées. Mais la collection comporte également des vidéos, des objets en trois dimensions, des textes ainsi que des enregistrements sonores.

Europeana constitue ainsi un outil au service de l'ouverture et de l'interopérabilité des données patrimoniales permettant à chacun d'avoir accès aux données patrimoniales rassemblées dans les collections tout en permettant à une pluralité d'acteurs de contribuer à l'enrichissement de ces collections numériques.

Enfin, à l'étranger, au Québec, Lancé en 2016, le projet québécois « archéolab.québec »¹⁹⁰ vise à rendre disponible aux archéologues et au public une collection virtuelle d'artefacts représentatifs de l'occupation du territoire québécois. Il s'agit de la collection de référence virtuelle pour ce qui est de l'archéologie au Québec. Près de 2500 artefacts y sont répertoriés. Classés par typologie, thématiques ou sites archéologiques, ces artefacts sont sélectionnés et documentés par des spécialistes et sont représentatifs de la richesse archéologique québécoise. Cette collection est un outil facilitant la recherche et la production de connaissance des chercheurs mais offre également la possibilité à tout individu intéressé par le patrimoine culturel québécois de se plonger dans son catalogue de références¹⁹¹.

¹⁹⁰ La collection archéologique de référence du Québec, [en ligne], consulté le 14 mai 2020. URL: <https://www.archeolab.quebec>

¹⁹¹ Numérisation de la collection archéologique de référence du Québec, [en ligne], consulté le 14 mai 2020. URL: <http://www.patrimoine-culturel.gouv.qc.ca/rpcq/detailInventaire.do?methode=consulter&id=1233&type=inv#.Xr8ZKS3pMdV>

II. La propriété archéologique au prisme des communs

Il n'existe pas de catégorie juridique de communs ou de biens communs dans le droit positif. Sans doute, peut-on considérer que certaines catégories voisinent cette notion dans la mesure où elles désignent des ressources marquées par leur destination collective. On a vu de quelle façon l'intérêt commun pouvait être pris en charge soit par la propriété publique, soit par l'institution de propriétés spéciales. Et en effet, le lien patrimoine et communs paraît tout naturellement s'imposer, du moins au premier abord. Dans les travaux sur les communs, les monuments historiques sont en l'occurrence fréquemment pris en exemple, notamment par François Ost lorsqu'il élabore la notion de transpropriation qui signale que la propriété ne peut se résumer à une relation exclusive entre le propriétaire et sa chose en ce qu'elle accueille aussi des valeurs et des intérêts communs¹⁹².

On pourrait encore évoquer les fameux écrits de Saleilles lorsqu'il commente la première loi de 1887 sur les monuments historiques :

« [Avec les monuments historiques] pourrait bien commencer une évolution nouvelle de l'idée de propriété, puisqu'à la conception purement individualiste du droit romain se substituerait une conception que l'on pourrait appeler plus volontiers une conception coutumière du droit de propriété, d'après laquelle celui-ci, au lieu d'être forcément l'incarnation du droit qui s'isole et se dégage de toute entrave, apparaîtrait, comme ce doit être le cas pour tous les rapports de l'homme vivant en société, comme dominé par le point de vue des nécessités sociales et de l'intérêt général »¹⁹³.

A plusieurs reprises, lors de l'adoption de textes en matière de monuments historiques est évoquée cette figure d'une propriété profondément marquée par sa destination collective. En 1912, Théodore Reinach, dans le deuxième rapport sur le projet de loi relatif à la conservation des monuments et objets ayant un intérêt historique et artistique, parle d'une « véritable copropriété idéale »¹⁹⁴. On aperçoit à nouveau, dans la littérature administrative cette idée d'une propriété collective.

« Sur le terrain de l'intervention matérielle, il importe de désentraver l'administration, et nous sommes confirmé dans la pensée qu'une **notion juridique nouvelle doit être dégagée**. Un tiers de siècle s'est écoulé depuis la promulgation de la Loi fondamentale des Monuments Historiques et deux guerres ont bouleversé toutes les conditions économiques et sociales [...] L'autorité sans cesse accrue du Ministère de l'Education Nationale a permis de préciser et d'accentuer l'intervention de l'État en faveur de la sauvegarde des valeurs culturelles [...] le **monument historique apparaît comme un fruit social et il y a lieu de dégager du droit de propriété tel qu'il est contenu dans le patrimoine privé le droit social relevant du patrimoine public et fondant l'action publique** ». ¹⁹⁵

Dans la loi de 2016 sur la liberté de création, l'architecture et le patrimoine, « le patrimoine

¹⁹² François Ost, *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 2003, p. 69.

¹⁹³ Raymond Saleilles, « La législation italienne relative à la conservation des monuments et des objets d'art. Étude de droit comparé », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. V, n° 1, 1895, p. 3.

¹⁹⁴ Théodore Reinach, *2^{ème} rapport fait au nom de la commission de l'enseignement et des beaux-arts chargée d'examiner le projet de loi relatif à la conservation des monuments et objets ayant un intérêt historique et artistique*, JO Doc. parl., Ch. des députés, 2^{ème} séance du 14 juin 1912, annexe n° 1999, p. 1343.

¹⁹⁵ Louis-Philippe May, *Des sûretés réelles garantissant la participation pécuniaire des propriétaires d'immeubles classés aux travaux exécutés par l'État*, Note dactylographiée, 1948, p. 4 [Archives MAP 80/1/27].

archéologique est le bien commun de la nation en tant qu'il permet de retracer l'histoire du développement de l'humanité », qualification qui justifie un mécanisme d'appropriation publique. La jurisprudence en matière d'atteintes à des sites archéologiques du fait de fouilles sauvages confirme cette analyse, allant jusqu'à reconnaître un préjudice moral subi par l'État notamment en raison de la perte d'information scientifique¹⁹⁶.

Cela étant la reconnaissance d'un bien commun archéologique reste en demi-teinte ou plutôt est une ressource rhétorique et non une véritable catégorie juridique. Si les ressorts du droit commun sont, dans une certaine mesure, aptes à prendre en charge le patrimoine archéologique dans sa dimension collective, ils sont pensés depuis les premiers textes par le canal quasi exclusif du pouvoir de contrôle de l'État seul en charge de la défense de l'intérêt général sur des propriétés appelant protection en raison de leur valeur « patrimoniale ». On peut alors se demander si, dans ce plan de réflexion, et dans l'idée que le patrimoine archéologique a à voir avec la notion de commun, ou de bien commun, le droit français prend pleinement en charge cette dimension du commun. Comment penser juridiquement le patrimoine archéologique comme un bien commun et ne pas laisser de côté certaines formes d'intérêts potentiellement portés par d'autres que l'État.

Le détour par les théories actuelles des communs peut aider à avancer dans cette réflexion et permettre de comprendre où sont les fragilités ou les défaillances du système en vigueur.

A. Les communs comme ressource heuristique pour penser l'archéologie

Il faut se demander ce que les théories de communs peuvent apporter à la réflexion autour de l'introduction d'une notion juridique de commun ou de bien commun. La science économique a élaboré une notion de bien public parfois désigné comme bien collectif qui a inspiré un certain nombre de travaux sur les communs. Avant de préciser les différentes approches et écoles de pensée, il peut être utile de rappeler cette figure de bien public ou collectif.

1. La figure économique du bien public ou du bien collectif

La notion de propriété collective peut également être éclairée au prisme de l'économie et de la définition économique du « bien collectif ». Ainsi en économie, les biens collectifs ou biens publics sont les biens qui sont non-exclusifs et non-rivaux. Il est possible de retenir, pour le bien collectif, la définition suivante : « un bien collectif a la propriété qu'une ou plusieurs de ses caractéristiques soient consommables simultanément par au moins deux individus »¹⁹⁷.

La non-rivalité qui caractérise le bien collectif implique une consommation collective du bien sans que l'usage du bien entraîne sa destruction, de même que son utilisation par certains n'affecte pas la capacité des autres à le consommer.

La non-exclusivité qui caractérise également cette catégorie de biens signifie que personne ne

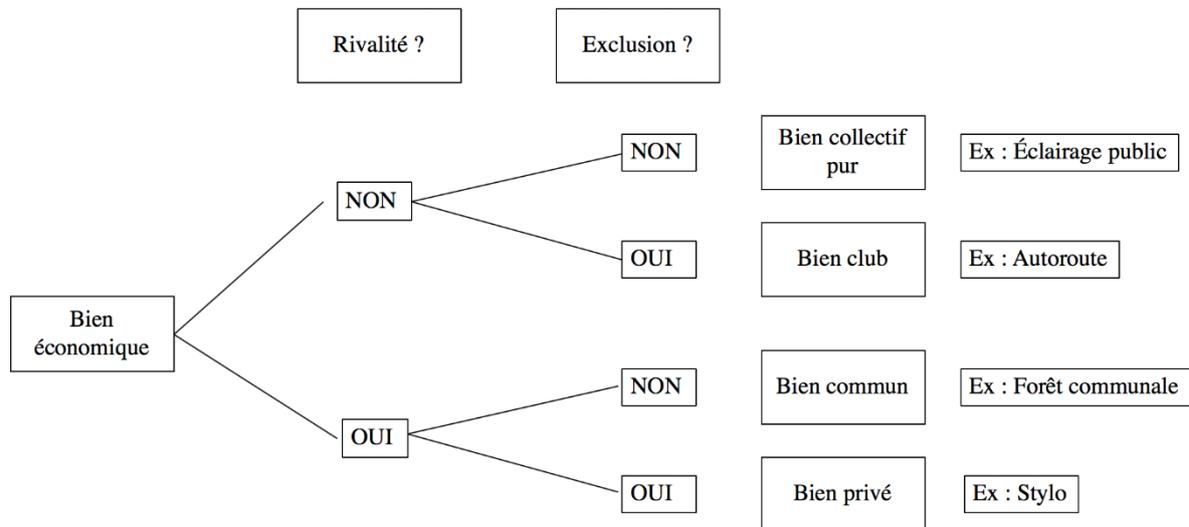
¹⁹⁶ V. sur ce point les développements *infra* sur la responsabilité. V. également : Marie Cornu, « Biens communs (approche juridique) » in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017, pp. 101-107.

¹⁹⁷ François Pigalle, *Cours d'économie publique, Chapitre 1 - Les biens collectifs*, en ligne, URL : https://www.unilim.fr/pages_perso/francois.pigalle/Economie%20Publique/Chapitre%201eco%20pub%20def.pdf [consulté le 3 juin 2020].

peut être exclu de la consommation du bien. L'exclusion de la consommation consiste par exemple à prélever un ticket (ex : péage autoroute), à nommer ceux qui ont le droit de consommer (ex : résidence réservée à des anciens salariés), à exclure aléatoirement les consommateurs (ex : liste d'attente), à les exclure à partir de critères objectifs (ex : situation géographique), ou encore par l'usage de la technologie (ex : cryptage).

Schématiquement la qualification de bien collectif peut résulter du cheminement suivant :

Schéma 1. Déterminer la qualité de bien collectif pur¹⁹⁸



Au regard de ces éléments de définition, une première démarche pourrait consister à se demander si le patrimoine archéologique peut être qualifié de bien collectif, afin de déterminer si une telle qualification serait pertinente en la matière.

La première question est celle de la rivalité relative à la consommation du bien. En l'espèce, la réponse est moins évidente puisque la rivalité dépend de l'usage qui est fait du bien. Dès lors si le bien est exposé dans une salle ouverte au public qui vient l'admirer et prendre connaissance de la documentation qui l'accompagne, il n'y a pas de rivalité entre les consommateurs du bien puisque l'usage en cause n'entraîne pas sa destruction. En revanche, pour le patrimoine archéologique encore situé sous terre, l'accès au patrimoine archéologique sera *a priori* réservé à l'archéologue. Or il est communément admis que le travail de l'archéologue entraîne, pour partie, une perte du patrimoine archéologique. Par conséquent, dans ce cas de figure il y aura rivalité entre les consommateurs potentiels du bien puisque l'usage de l'archéologue affecte la capacité des autres à le consommer puisqu'il est en partie détruit. Ainsi, le patrimoine archéologique dans le cadre des opérations de fouilles est au cœur d'une situation de rivalité entre les différents intéressés. Il peut s'agir d'une rivalité entre les archéologues qui pratiquent les fouilles et le grand public. Mais il peut aussi d'agir d'une rivalité entre opérateurs archéologiques susceptibles d'effectuer les fouilles en cause. L'archéologie préventive et les

¹⁹⁸ Schéma réalisé d'après le cours d'économie de Nathalie Chappe, Licence droit, UFR SJEPEG, Besançon, 2013.

fouilles qui sont entreprises dans ce cadre mettent en évidence la rivalité qui peut exister parmi les opérateurs d'archéologie préventive. Cette rivalité s'exprime notamment dans l'obtention de contrats de fouilles archéologiques préventives exercées pour le compte des aménageurs.

La question suivante concerne l'exclusivité dans l'usage du patrimoine archéologique. La réponse ici peut consister à dire que l'usage du patrimoine archéologique n'est pas exclusif lorsque le bien est dans un espace ouvert ou lorsque le bien fait l'objet d'une exposition gratuite dans un lieu accessible sans condition. En revanche l'usage peut être exclusif si le bien en cause fait l'objet d'une exposition dans un lieu où l'accès est conditionné au paiement d'un droit d'entrée ou tout simplement s'il est détenu au sein du domicile d'un particulier. Cette question de l'exclusivité se pose également en matière d'archéologie préventive. Il est possible de voir une hypothèse d'exclusivité ou d'exclusion en matière de diagnostic préalable aux fouilles, l'Institut national de recherches archéologiques préventives¹⁹⁹ (INRAP) bénéficie en effet d'un monopole sur cette activité. Puis, une autre hypothèse d'exclusivité ou d'exclusion réside dans la faculté pour les opérateurs d'archéologie préventive d'être choisis pour effectuer les fouilles. Les aménageurs ayant le pouvoir de choisir quel sera l'opérateur qui procédera aux fouilles, l'exclusivité est alors caractérisée par la capacité des premiers à nommer les seconds. Les opérateurs peuvent de plus se retrouver exclus sur la base de critères objectifs qui résident par exemple dans la compétence de l'opérateur pour effectuer les fouilles sur un site archéologique d'une époque plutôt que d'une autre. L'exclusivité découle également de la nature de l'aménageur, puisque si l'État ou si une collectivité se retrouve en position d'aménageur l'INRAP ou le service d'archéologie préventive de la collectivité sera désigné, sous réserve de certains critères objectifs qui conduiraient à engager une procédure de mise en concurrence.

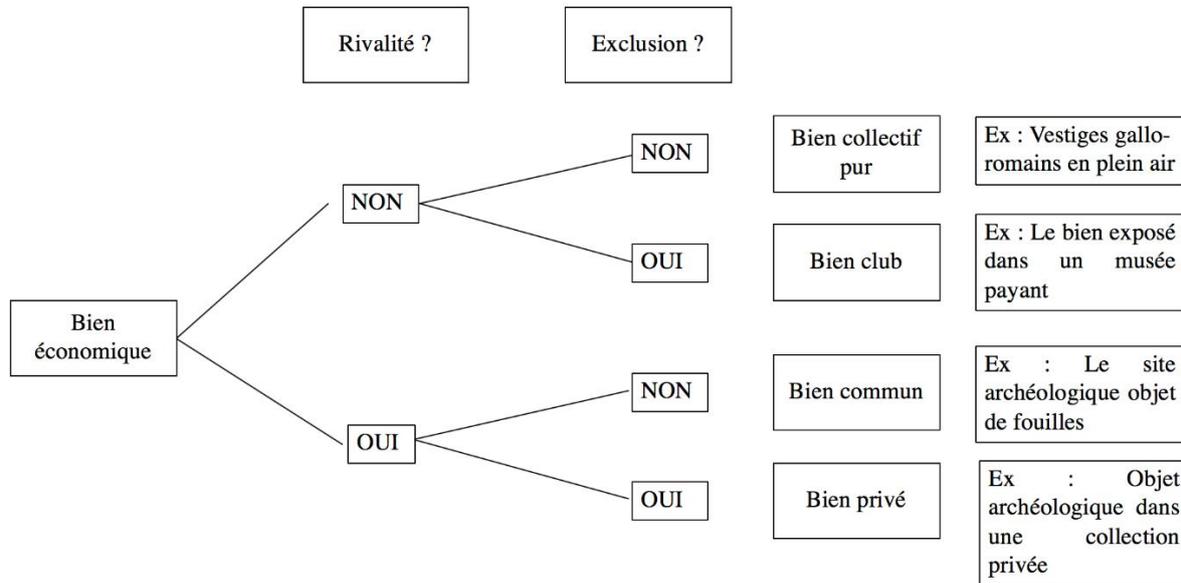
Dès lors, sur la base de ces éléments, qualifier le patrimoine archéologique sous le prisme des critères de rivalité et d'exclusion, le patrimoine archéologique et les éléments qui le composent peuvent appartenir, en fonction de leur nature, à chacune des catégories de biens, à savoir soit bien collectif pur, soit bien club, soit bien commun, soit bien privé pur.

La notion de bien public peut également être retenue pour qualifier un bien collectif pur. Olivier Weinstein précise que quelle que soit la terminologie retenue, « l'analyse des biens publics ou collectifs est inséparable de l'analyse des conditions de l'intervention publique dans la fourniture d'un certain nombre de biens ou de services »²⁰⁰. Ainsi, en matière de patrimoine archéologique, il pourrait être pertinent, en vue de procéder à sa qualification de bien public ou bien collectif pur de porter un regard sur l'impact de l'intervention publique dans l'accès aux biens archéologiques ou à l'information sur le patrimoine archéologique par exemple par le biais de l'implication dans la création de musées ou de bases de données.

¹⁹⁹ Etablissement public à caractère administratif, créé par la loi du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive, sous tutelle des ministères chargés de la Culture et de la Recherche.

²⁰⁰ Olivier Weinstein, « Bien public (approche économique) » in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *op. cit.*, pp. 89-94.

Schéma 2. Le patrimoine archéologique : bien collectif pur, bien club, bien commun et bien privé



Questionner ainsi l'appartenance du patrimoine archéologique à une catégorie de bien parmi celles proposées par l'économie invite à envisager différentes hypothèses d'exclusivité et de rivalité qui peuvent porter sur les biens archéologiques. Au-delà des hypothèses associées à la pratique des fouilles archéologiques qui ont pu être envisagées plus tôt, il convient de mettre en lumière les conséquences qui découlent des activités qui s'exercent autour du patrimoine archéologique. Ces conséquences peuvent être observées en tenant compte de la nature des activités en cause, par exemple le contrôle scientifique ou encore le contrôle technique. L'article L. 522-1 du Code du patrimoine, qui précise quel est le rôle de l'État dans le cadre des opérations d'archéologie préventive, dresse une liste des prérogatives de l'État qui sont en réalité constitutives de pouvoirs de police administrative. L'État se trouve ainsi muni de pouvoirs importants en matière de contrôle scientifique et techniques et ces pouvoirs s'exercent à l'égard de tous les opérateurs y compris aux collectivités territoriales comme le prévoit l'article L. 522-7 du Code du patrimoine. Ces pouvoirs reconnus à l'État et notamment son pouvoir de prescription peut se révéler être une barrière pour les activités de fouilles et mêmes pour les opérations d'aménagement ou d'urbanisme. Ainsi, cette situation d'exclusivité emporte des conséquences en matière de recherche scientifique, de conservation du patrimoine ou encore de développement économique et social en répercussion du contrôle scientifique et technique exercé par l'État.

La démarche peut également avoir pour but de questionner les hypothèses d'exclusivité ou d'exclusion en les associant à leur caractère obligatoire. L'exemple qui peut être mobilisé ici est celui du monopole attribué à l'INRAP en matière d'archéologie préventive. En l'espèce, en sa qualité d'établissement public national à caractère administratif investi d'une mission de service public, l'INRAP se voit confiés les diagnostics d'archéologie préventive tel que cela est prévu à l'article L. 523-1 du Code du patrimoine. Ainsi, et sous réserve des cas où les diagnostics sont l'œuvre des services de collectivités territoriales, la mise en œuvre des opérations d'archéologie au stade du diagnostic donne lieu à une situation d'exclusivité qui

entraîne l'exclusion des autres opérateurs archéologiques. Le pouvoir d'habilitation par l'État des opérateurs d'archéologie préventive qui pourront procéder aux fouilles s'inscrit également dans une hypothèse d'exclusion qui résulte de la capacité de l'État à désigner quel opérateur aura accès au marché des fouilles archéologiques préventives.

La notion d'excluabilité peut également être reliée à celle d'accès au patrimoine archéologique à travers la question de la propriété en observant l'influence du contexte propriétaire sur l'émergence d'une situation d'exclusion autour du patrimoine archéologique. Dans le cheminement proposé en schéma précédemment, il apparaît assez nettement que la détention en mains privées d'un bien archéologique entraîne une situation d'exclusion du public à l'égard de ce bien lorsque celui-ci peut être qualifié de bien privé pur. Le propriétaire du bien peut en effet faire librement usage de son droit de propriété, ce qui peut par exemple entraîner une absence d'accès par le public à l'objet ou aux informations qui y sont associées. Par l'appropriation privée du bien archéologique, il y a alors exclusivité mais il y a aussi rivalité en ce que la consommation collective du bien n'est plus possible du fait que l'utilisation du bien par le propriétaire privé affecte de facto la capacité des autres à le consommer. En revanche, l'objet archéologique faisant partie d'une collection d'un musée de France a vocation à être accessible au public. L'article L. 441-2 du Code du patrimoine prévoit en effet que l'accessibilité des collections au public le plus large est l'une des missions permanentes des musées de France. Ainsi, dans cet autre contexte propriétaire, le bien qui appartient au musée en cause est supposé accessible au public et par conséquent la situation d'excluabilité n'est plus la même. Dès lors, il semble possible de dire que la propriété du bien emporte des conséquences sur son accessibilité et donner lieu ou non à des situations d'exclusion et de rivalité autour du patrimoine archéologique.

De même, il convient de s'intéresser à la rivalité qui prend naissance autour du patrimoine archéologique et d'en questionner les limites. La rivalité qui naît au moment de la mise en œuvre d'une fouille archéologique se matérialise par le fait que pratiquer une fouille prive tous les autres acteurs ou opérateurs de la faculté de fouiller un site et de la capacité d'en extraire les informations. Ainsi, un pan de l'activité archéologique est alors à l'origine d'interactions rivales entre les opérateurs eux-mêmes qui ont entre autres un intérêt économique à pratiquer la fouille. Mais la rivalité dont il est question dans ces développements semble être aussi un élément qui prend place dans les décisions qui ont un impact pour les générations futures, par exemple la décision de fouiller ou non un site.

Une autre démarche peut donc consister à se demander en quoi ces deux caractéristiques de non-excluabilité et de non-rivalité peuvent être mobilisées dans la réflexion sur l'évolution du cadre juridique. L'exercice est complexe dans la mesure où il faut ici distinguer les éléments tangibles et la qualité du propriétaire, public ou privé qui détient un droit sur ces éléments et les éléments intangibles, l'information scientifique qui est tirée de l'exploitation des gisements, les éléments de connaissance dégagés par les fouilleurs.

2. Des communs aux biens communs, les différentes écoles de pensée

En réalité, les communs ont donné lieu à toute une série de travaux, qui ont développé des approches très diverses des communs. Les écoles de pensée, dans la doctrine contemporaine, sont nombreuses et montrent à quel point cette notion de commun, de communs ou de biens communs peut revêtir des sens très différents. Dans le programme piloté par Judith Rochfeld,

est esquissée une cartographie des approches²⁰¹. Il y aurait d'abord, selon une approche essentialiste, les communs comme ressource. Certains éléments, par nature seraient des communs : l'eau, la terre, l'environnement, la santé etc. Mais cette façon de penser les communs est le plus souvent réfutée, en particulier par ceux qui considèrent le commun non comme une ressource, mais à partir de l'idée que certaines ressources sont d'intérêt commun, comme une construction sociale²⁰². Les recherches empiriques de grande ampleur de Ostrom et de l'école de Bloomington sont en ce sens. Les communs (le terme est employé au pluriel), c'est-à-dire cette construction sociale présente plusieurs traits caractéristiques. Selon Benjamin Coriat, ils consistent en :

1. l'existence d'une **ressource partageable**,
2. son insertion dans un **système de droits et d'obligations attribués à une pluralité d'acteurs** qui assure le respect des droits de chacun et la reproduction de la ressource (préoccupation environnementale forte dans le schéma Ostromien) Une réflexion autour de la **distribution de droits** (accès, exploitation, prélèvement, aliénation, etc.),
3. des modalités d'organisation assorties de principes de fonctionnement (**Design principles** : principe d'autogouvernement, existence d'une communauté, principe de participation et de contrôle des usagers, grille qu'Ostrom affine progressivement).

Plus récemment, les juristes italiens ont développé une autre conception très fortement arrimée à la notion de droits fondamentaux.

Selon Alberto Lucarelli,

« L'idée générale est que certains biens, dont la consommation est non-rivale, non-concurrentielle, **dont l'usage n'est pas exclusif mais épuisable, dont l'utilité est liée à l'exercice des droits fondamentaux** et au libre épanouissement des citoyens [2] ou encore qui peuvent représenter **un objet de jouissance collective**, pourraient faire partie de la **catégorie des biens communs**. Entreraient donc dans cette catégorie certains biens du domaine naturel et environnemental, sans oublier les biens appartenant au patrimoine indisponible. Trois catégories de biens seraient distinguées : biens communs, biens publics et biens privés. La **fonction collective des premiers serait garantie** et lorsqu'ils sont gérés par des personnes publiques ils seraient placés en dehors de la sphère commerciale »²⁰³.

Enfin, quatrième approche doctrinale : le commun (cette fois-ci le terme est employé au singulier) renvoie à une vision plus institutionnelle et politique.

3. Question de méthode : utiliser les cadres de pensées des communs

Nous retiendrons l'approche des communs qui, partant d'une ressource partageable, s'attachent à en organiser la gestion, l'accès et l'utilisation mais aussi la préservation. Nous partons d'une ressource : le patrimoine archéologique dont la dimension collective a pu être évoquée plus haut et il s'agit bien, dans cette étude, de réfléchir non seulement à la question de la conservation

²⁰¹ Judith Rochfeld, Marie Cornu et Gilles J. Martin (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réformes pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche n° 17-34, Mission de recherche Droit et Justice, avril 2021.

²⁰² Pierre Dardot et Christian Laval, « Commun » in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *op. cit.*, pp. 217-220.

²⁰³ Fabiana Bettini, « Propriété collective (Italie) » in Marie Cornu, Fabienne Orsi, Judith Rochfeld (dir.), *op. cit.*, pp. 957-960.

de ce patrimoine d'un genre particulier mais aussi à celle de sa jouissance et ainsi de la façon dont il est mis en partage. Il nous a semblé que les travaux d'Elinor Ostrom et les propositions italiennes de reconnaître une catégorie juridique de *beni communi* constituaient, sous cette perspective, les cadres de lecture les plus pertinents.

Quelques remarques sur la direction de travail sont ici utiles. Il ne s'agit pas de transposer le modèle ostromien ou le projet italien au patrimoine archéologique, ni de se demander si le patrimoine archéologique est un commun au sens de Ostrom ou de la Commission Rodota. La solution n'aurait guère de sens, dans le premier cas compte tenu du rôle qu'endosse l'État en matière de protection du patrimoine archéologique, dans le second cas du fait de l'expertise que réclame la fouille du sous-sol archéologique. Simplement, ces constructions, saisissant des ressources qui ont vocation au partage, fournissent des grilles de lectures précieuses, qui non seulement permettent de comprendre et de penser différemment les enjeux juridiques mais aussi montrent plus clairement quelles sont les failles de nos mises en formes juridiques et les fronts sur lesquelles la réflexion sur le statut et le régime juridique du patrimoine archéologique pourrait évoluer. Nous prenons par conséquent les communs comme ressource heuristique selon une démarche voisine de celle entreprise sur le thème *biens communs et biens culturels* dans le cadre du programme piloté par Judith Rochfeld, thème pris en charge par Marie Cornu et Noé Wagener²⁰⁴.

En Italie, le ministère de la Justice a confié, en 2007, à une « Commission pour les biens publics » présidée par le juriste Stefano Rodotà la mission de rédiger des principes et des critères directifs en vue d'une réforme du titre I du livre III du Code civil italien concernant les régimes de la propriété ; la question du patrimoine archéologique figurait dans les travaux de réflexion que cette Commission pour les biens publics devait entreprendre.

Sur le plan normatif et procédural, l'outil choisi était celui d'une loi de délégation du Parlement au Gouvernement, afin d'ébaucher une loi-cadre qui donne au Gouvernement les critères dont il pouvait s'inspirer afin d'opérer une réforme du régime propriétaire fixé par le Code civil. Le contenu du projet de loi, issu des travaux de la Commission a été publié en 2007 ; il prévoit la création d'une nouvelle catégorie de biens – celle des « biens communs » – qui ne rentrent pas exclusivement dans la catégorie de biens publics. En fait, les biens communs seraient considérés comme des biens « à titularité diffuse » qui peuvent appartenir soit à des personnes publiques, soit à des personnes privées. La catégorie des biens communs inclurait notamment les biens archéologiques, mais également d'autres types de biens tels que les fleuves, les lacs, l'air, les glaciers, les forêts, etc.. Le projet de loi est toutefois resté au stade d'une ébauche ; jusqu'aujourd'hui il demeure inachevé. En 2019, une idée fut avancée, celle de transformer le « rapport Rodotà » en proposition de loi d'initiative populaire ; une telle démarche requiert une pétition signée par plus de 50.000 électeurs.

[Manlio Frigo]

²⁰⁴ Nous ne reprenons pas ici la description des différentes écoles de pensée et les outils qu'elles déploient du point de vue de la reconnaissance de droits, de la gouvernance et des modalités de contrôle de la gestion des ressources ; V. Judith Rochfeld, Marie Cornu et Gilles J. Martin (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réformes pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche n° 17-34, Mission de recherche Droit et Justice, avril 2021.

Le gouvernement écossais classe le patrimoine archéologique mobilier dans une catégorie de biens appartenant à l'État. Toutefois, L'État remettra les objets archéologiques au découvreur et au propriétaire foncier s'il est estimé qu'ils ne présentent pas un intérêt national qui impliquerait leur conservation par un musée.

[Sophie Vigneron]

B. Chantiers de réflexion

1. Bilan critique

a) Un cadre juridiquement contraint par les schémas civilistes

L'effet de fragmentation du patrimoine archéologique – Une des principales difficultés évoquées plus haut vient d'abord de la façon dont on conçoit l'objet archéologique, exercice puissamment déterminé par les catégories du droit civil. On l'a dit, le patrimoine archéologique, comme d'autres formes de patrimoine, reste très marqué par la distinction civiliste des immeubles et des meubles. Et cette approche conduit à une fragmentation du patrimoine archéologique découpé en meubles d'une part, immeubles d'autre part, documentation archéologique²⁰⁵ de troisième part. Le procédé fait que le patrimoine archéologique n'est jamais pensé comme universalité, comme formant une unité. Il est constitué de traces, or ces traces doivent être comprises dans les relations qu'elles entretiennent entre elles et avec le contexte dans lequel elles s'inscrivent. C'est davantage le terrain, le sous-sol dans toutes ses potentialités qu'il faudrait pouvoir saisir juridiquement²⁰⁶. Or l'absence de considération du contexte comme source d'information en soi, relègue au second plan tout ce qui n'est pas vestige mobilier ou immobilier.

La lecture fragmentée du patrimoine archéologique emporte aussi des conséquences sur la façon d'envisager la question propriétaire. La propriété archéologique se disperse selon la nature mobilière ou immobilière, même si la loi du 7 juillet 2016 nous emmène progressivement vers une unification de la propriété entre les mains de l'État. Il reste qu'un grand nombre de sites archéologiques resteront en mains privées. Comment alors, faire avec la propriété lorsqu'il est question de protéger l'unité ?

L'unité du patrimoine archéologique est aussi mise à mal, en cas de fouilles sauvages réalisées dans un but de pillage. L'atteinte n'est alors pas seulement une atteinte matérielle portée à l'intégrité d'un site. Elle résulte aussi et beaucoup de la perte irrémédiable de connaissance. Certains juges ont pu reconnaître ce chef de préjudice²⁰⁷.

Saisir le patrimoine archéologique dans sa double dimension matérielle et immatérielle permet notamment de comprendre à quel point le processus de production de connaissances est en lien

²⁰⁵ Elle est tour à tour nommée documentation scientifique ou documentation archéologique. Nous nous en tiendrons à cette dernière dénomination, dans la mesure où nous partons de l'idée que la documentation, dans le champ de l'archéologie, est d'une nature particulière qui fait qu'elle devrait obéir à des règles propres.

²⁰⁶ V. not. *supra*, les développements de Maylis Desrousseaux sur la notion générique de sol qui ne renvoie pas à une catégorie juridique.

²⁰⁷ V. *infra*.

intime avec l'appréhension matérielle du terrain. Les archéologues, au fur et à mesure de la fouille, font disparaître l'information, la trace originelle à partir de laquelle se construit la connaissance, d'où l'enjeu considérable attaché à la consignation, la restitution, l'accès et la diffusion du travail scientifique. Il y a une responsabilité particulière de l'État et des agents qui effectuent des fouilles qui vient du fait que le fouilleur est en position de monopole sur des périodes qui peuvent être assez longues et du caractère par nature destructeur de cette activité. La fonction documentaire du sous-sol n'a pas été explicitement reprise dans la définition du patrimoine archéologique, alors qu'elle figure dans la Convention de Malte. Elle est pourtant un constituant essentiel du patrimoine archéologique. Si certaines avancées ont été réalisées, en particulier sur le statut des rapports de fouilles aujourd'hui qualifiés de documents administratifs, le droit ne prend guère au sérieux cette question de la responsabilité de documenter un site.

La question propriétaire revient aussi avec le statut de la documentation scientifique doublement déterminé par le droit public (statut d'archives publiques et plus spécialement de documents administratifs) et par le droit privé (avec le cas échéant des droits d'auteur). L'articulation des deux n'est cependant pas d'une claire évidence et surtout, devrait ici revenir la question de la responsabilité du point de vue de la diffusion des connaissances.

Une posture propriétaire monopolistique – Enfin, le fait que le patrimoine archéologique se définisse juridiquement avant tout comme une propriété a des incidences fortes et d'une certaine façon empêche que soit véritablement investie l'idée d'une valeur collective. Lorsque l'État est le propriétaire, il a entre ses mains tout pouvoir de décision et cette concentration des pouvoirs fait que l'intérêt public de protection, de valorisation, d'accès est de sa seule responsabilité sans que d'autres personnes ou groupes puissent manifester un intérêt à la chose, un intérêt à ce qu'un site soit étudié, protégé, etc. Lorsque le patrimoine archéologique est entre les mains d'autres propriétaires que l'État (personnes privées et collectivités territoriales), sa protection se pense alors comme un rapport entre d'un côté le droit souverain de l'État à décider de la patrimonialité des choses et de l'autre le droit du propriétaire assujéti. Or cette mise en place se révèle très réductrice et simplificatrice, ce que nous fait voir aussi le détour par les communs.

b) Ce que nous enseignent les communs

Nous intéressent ici les conséquences que l'on attache, sous cette perspective des communs, à la qualification d'une ressource comme revêtant un intérêt commun et partant de là ayant vocation au partage et la façon dont on y répond, avec quels outils, en particulier sur le terrain du droit. Comment s'organisent la protection et la gestion de cet intérêt commun et quels droits individuels et collectifs en dérivent ? C'est là que les écoles de pensée sur les communs peuvent nous apporter des clés de lecture. Quels sont les droits distribués : droits d'usage, d'accès, de jouissance de la ressource et comment ils sont agencés, ce qui, en amont suppose de déterminer quels sont les intérêts qui s'expriment sur la ressource et quelle en est la traduction juridique. C'est la question du ou des bénéficiaires de cet intérêt commun et, partant, des prérogatives dont ils disposent. Enfin, il faut se demander quelles responsabilités découlent de cet intérêt commun, de sa prise en charge, des différentes fonctions tout au long de la chaîne patrimoniale : qualification, étude, conservation, consignation des informations recueillies lors de fouilles.

Sur le premier point, se pose la question de la détermination de cette ressource comme ressource collective, et celle de qui en décide. Actuellement, cet exercice de qualification est exclusivement entre les mains de l'État. C'est lui qui autorise les fouilles, qui peut décider de

fouilles d'office, le cas échéant se substituer au fouilleur en particulier lorsque les fouilles sont d'importance. Il a donc, entre les mains et de façon exclusive, le pouvoir de qualification du patrimoine archéologique, sur le versant de l'intérêt scientifique comme sur celui de l'intérêt patrimonial. C'est l'État qui dispose d'un pouvoir d'expropriation, de revendication des pièces qui pourraient intéresser les collections publiques. Et les ressorts de protection fondés sur le droit des monuments historiques confirment cette centralité de l'État. C'est lui qui endosse et assume seul la détermination de l'intérêt commun qui alors se coule dans la notion d'intérêt public ou d'intérêt général.

Sur le second point, celui de la prise en charge de l'intérêt commun, les choses sont plus complexes dans la mesure où une pluralité d'acteurs est susceptible d'intervenir, en particulier lorsqu'est en question l'étude des terrains, l'activité de fouilles. Placé sous le contrôle scientifique et technique de l'État, cet exercice qui a pour vocation d'étudier et de documenter le sous-sol archéologique relève d'une mission de service public qui associe potentiellement des personnes privées (propriétaires ou tiers fouillant sur le terrain d'autrui) et d'autres personnes publiques (les collectivités territoriales). Il faut noter que la loi du 7 juillet 2016 a très sérieusement renforcé les modalités et l'intensité du contrôle de l'État.

Sur le point de savoir quels intérêts s'expriment sur cette ressource collective que constitue le patrimoine archéologique, d'une façon générale, comme dans la plupart des dispositifs de protection du patrimoine, c'est l'État qui endosse cet intérêt commun, en tant que gardien de l'intérêt public. C'est lui, en principe, qui a vocation à agir pour la défense de cet intérêt. Il faut cependant réserver la possibilité dont disposent les associations d'intervenir dans la protection du patrimoine culturel en général, du patrimoine archéologique en particulier, sachant que, dans la pratique, il y a très peu d'exemples de mobilisation de l'intérêt collectif par ces acteurs.

La question des responsabilités se pose dans tous les secteurs patrimoniaux. Il faut entendre cette notion de responsabilité de deux façons, d'une part au sens où les personnes en charge de la protection doivent rendre des comptes de leur action et au sens où ils répondent de leurs fautes ou selon une conception plus objective des dommages qu'ils causent du fait de leurs actions ou inactions.

C'est l'État qui centralise la quasi-totalité des pouvoirs de décision sur le patrimoine archéologique. La question de sa responsabilité se pose en premier lieu, notamment dans l'hypothèse où ses choix (de protection ou de non protection) iraient à l'encontre de l'intérêt patrimonial. Le ressort des contentieux pour excès de pouvoir permet évidemment d'agir. Mais on observe que les choix de qualification placés entre les mains de l'État ne sont quasiment jamais discutés. Lorsqu'ils viennent en débat devant le juge, dans le cadre du contentieux pour excès de pouvoir, le plus souvent, les choix de l'État sont confortés, dans un sens négatif (refus de protection) comme dans un sens positif (décision de protection). Les décisions dans lesquelles le juge prend le contrepied sont extrêmement rares. On peut citer notamment l'annulation d'une décision du préfet refusant l'inscription de la Maison du peuple à Saint Malo²⁰⁸, qui aujourd'hui, grâce à la mobilisation du secteur associatif bénéficie de cette protection. A l'inverse, sur la mise en cause d'une mesure de protection, on peut évoquer l'arrêt du Conseil d'État du 29 juillet 2002, qui considère que l'inscription au titre des MH ne se justifie

²⁰⁸ CAA, Nantes, 26 juin 2009, *Ass. des amis de la Maison de peuple*, n° 08NT02526.

pas au regard de l'ampleur des travaux à entreprendre à des fins de sécurité du public et de l'impact de ces travaux sur le bâtiment qui, alors, y perdrait son originalité²⁰⁹.

Ensuite, s'agissant d'un patrimoine de dimension collective, la question de la responsabilité concerne aussi les atteintes portées à ce patrimoine, les personnes qui peuvent l'invoquer, le préjudice invocable et le mode de réparation.

De ce tour d'horizon et à la lumière des réflexions autour des communs, on peut dégager un certain nombre de limites dans le système actuel, (reprenant ici les conclusions du rapport biens culturels/biens communs) :

- La centralité de la posture de l'État à tous les niveaux de décision et de contrôle.
- Le faible degré d'implication de la société civile tout le long de la chaîne patrimoniale (qualification, gestion, disqualification).
- L'absence de délimitation et de détermination claire des droits et des responsabilités individuelles et collectives.
- La faiblesse des mécanismes de contrôle social et de contre-pouvoirs (ex. de l'action des associations de protection du patrimoine).
- La faiblesse des réflexions autour de la gestion des sites et en particulier la faiblesse de mécanismes associant à la décision plus largement les acteurs concernés.
- Les mouvements d'externalisation de l'activité de fouilles et la difficulté d'articuler une activité d'intérêt général qui impose un pouvoir fort de l'administration d'un côté, et le déplacement du secteur vers une activité économique en matière de fouilles préventives.

2. Quelles pistes explorer ? : penser le patrimoine archéologique dans toute sa complexité

Un certain nombre de pistes peuvent être explorées, à partir de ce statut particulier du patrimoine archéologique. Elles seront, pour certaines, développées et détaillées dans la partie qui suit. En particulier, nous avons suggéré que le patrimoine archéologique soit un de ses objets définis juridiquement dans ce double rapport, dans cette interaction obligée entre le tangible et l'intangible, qu'il soit pensé comme un tout, une universalité et non comme une collection d'objets diversement appréhendés par le droit. Cette approche devrait permettre notamment de prendre considération le contexte, le terrain enfermant des fouilles. Cette perspective permettrait à la fois de concevoir différemment la protection du patrimoine archéologique et surtout d'ordonner différemment la question des responsabilités. Cette dimension sera creusée dans la deuxième partie dans laquelle est développée la notion de préjudice archéologique, notion qui permettrait à la fois de saisir cette dimension unitaire et de prendre au sérieux la question très spécifique à l'archéologie du caractère rival de la fouille. Sa réalisation, qu'elle soit ou non licite détruit nécessairement le terrain sur lequel elle s'exerce. D'où une réflexion incontournable sur cette dimension de la responsabilité, d'où encore la nécessité de se pencher

²⁰⁹ CE, 29 juillet 2002, *Caisse d'allocations familiales de Paris*, n° 222907, *Rec.* p. 301. Sur cette affaire : Marie Cornu, « Le jugement de l'esthétique et l'intérêt d'art ou d'histoire devant le Conseil d'État », *Droit public et patrimoine. Le rôle du Conseil d'État*, Comité d'histoire du ministère de la culture, Travaux et documents n° 40, Paris, La documentation française, 2019, pp. 109-126 ; Vincent Négri, « La protection du patrimoine du XX^e siècle », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2004, n° 2, pp. 157-165.

sur le statut de la production scientifique, en forme de responsabilité scientifique qu'endossent ceux qui travaillent sur des sites archéologiques, mais aussi la responsabilité de l'État dans la charge de consignation, de conservation et de mise à disposition de ce matériau scientifique. De ce point de vue, pourrait être retravaillée la notion juridique de patrimoine archéologique à partir de l'idée qu'elle est un patrimoine commun d'un genre particulier.

a) Repenser le statut de la documentation scientifique

La documentation scientifique consigne des informations recueillies à partir d'un terrain détruit au fur et à mesure de la fouille, qui par conséquent ne peut être étudié par d'autres, d'où l'importance non seulement d'en conserver la trace mais aussi de la rendre accessible, sans compter qu'elle est nécessaire à la preuve et à la certification de la production scientifique qui résulte de l'étude du terrain. La détermination du statut de la documentation scientifique doit, sous ce triple rapport de la conservation, de l'accès et de l'exploitation, être considérée de plusieurs points de vue, dans la mesure où il relève à la fois des règles d'accès aux archives publiques et aux documents administratifs et le cas échéant des règles de la propriété intellectuelle. Dans ces deux ressorts, des verrous pourraient être levés en considération du caractère spécifique de l'ensemble des données issues de la fouille.

i) Généraliser à l'ensemble des données scientifiques le principe de libre communication

Les solutions actuellement résultent à la fois du Code des relations entre le public et l'administration et du Code du patrimoine. D'un côté, les rapports d'opération en matière d'archéologie préventive sont, en vertu de l'article L. 523-11 du Code du patrimoine, communicables « selon les règles applicables aux documents administratifs ». D'un autre côté, les autres documents générés par la fouille, quelle que soit leur forme (relevés, photographies, plans, etc.), peuvent être qualifiés d'archives publiques dès lors qu'elles sont produites ou reçues par des personnes publiques ou encore par des personnes privées investies d'une mission de service public. Dans la mesure où, en vertu de l'article R. 546-1 du Code du patrimoine, « à l'issue de toute opération, les données scientifiques de l'opération, accompagnées d'un rapport d'opération, sont remises à l'État », on peut suggérer qu'à terme ces données, une fois reçues par l'État deviennent des archives publiques, du moins pour ce qui concerne la documentation archéologique.

Mais d'une part, la règle résulte d'un décret, fragilisant ainsi la qualification de ces documents, d'autre part et plus fondamentalement, ces données sont assurément des archives publiques lorsqu'elles sont entre les mains de l'autorité publique, mais avant leur remise, elles risqueraient d'être vues comme des archives privées, exposées ainsi à des risques de destruction matérielle. Le droit positif n'est pas sans ressource pour protéger ces données. D'une part, on peut considérer que toute activité de fouille est une activité de service public, y compris quand elle est exercée par une personne privée. Le juge administratif a pu en décider ainsi²¹⁰. D'autre part, l'article L. 211-4 du Code du patrimoine dispose que sont des archives publiques non pas seulement les documents ou données produits ou reçus par des personnes publiques mais aussi « les documents qui procèdent de la gestion d'un service public ou de l'exercice d'une mission

²¹⁰ TA, Clermont-Ferrand, 7 juillet 2000, *préc.*.

de service public par des personnes de droit privé ». On peut aussi trouver un point d'appui à l'article L. 521-1 du Code du patrimoine qui prescrit que « L'archéologie préventive, qui relève de missions de service public, est partie intégrante de l'archéologie ». On peut sans doute avancer que quelle que soit la modalité des fouilles, les rapports d'opération ont la qualité de document administratif, solution que l'administration avait admise. Il serait opportun de le signaler explicitement et de renforcer les pouvoirs de l'État sur la gestion de ces documents.

D'une façon plus générale, le lien opérateurs/service public/statut de la documentation n'est pas si assuré et mériterait d'être confirmé par la loi. La qualité de service public des fouilles archéologiques pourrait être affirmée quelle que soit la modalité de la fouille (autorisée, effectuée par l'État, préventive). Le principe pourrait être relié à la notion de patrimoine commun archéologique²¹¹.

Régler la question de l'accès n'épuise pas toutes les questions, en particulier demeure celle de l'exploitation des données, notamment de leur possible réutilisation par des tiers, qui le cas échéant peut se heurter, lorsque la donnée, même publique, reçoit tout en même temps la qualification d'œuvre de l'esprit, dont le champ est très vaste. Toutes sortes de données scientifiques peuvent être potentiellement concernées. D'où l'importance de creuser le caractère de patrimoine commun de ces données.

ii) Libérer l'exploitation scientifique des données de l'archéologie, la reconnaissance d'un domaine commun archéologique

Là encore, les solutions sont en demi-teinte dans le droit positif. L'article L 523-11 du Code du patrimoine prévoit une exception au droit de l'auteur en forme de servitude d'usage. Ainsi, l'auteur du rapport d'opération, dans le cas de fouilles préventives « ne peut s'opposer à son utilisation par l'État, par l'établissement public, par les personnes morales dotées de services de recherche archéologique avec lesquelles il est associé en application du quatrième alinéa de l'article L. 523-1 ou par des organismes de recherche et des établissements d'enseignement supérieur ou par les services de collectivités territoriales mentionnés à l'article L. 522-8 et par tout autre opérateur agréé mentionné à l'article L. 523-8, à des fins d'étude et de diffusion scientifiques à l'exclusion de toute exploitation commerciale ». D'une part, le texte ne concerne que les fouilles préventives. D'autre part, la limite de l'exclusion d'exploitation commerciale est très incertaine dans la mesure où la publication d'un ouvrage scientifique, même s'il ne génère pas de profit, sera considérée comme une exploitation commerciale dès lors qu'il est en vente sur le marché. Compte tenu de la nature particulière de l'information archéologique, la libre exploitation de ces données pourrait être reconnue.

Un certain nombre de projets (voir notamment les versions du projet de loi pour une République numérique ; loi adoptée le 7 octobre 2016) et propositions de lois ont suggéré d'introduire une notion de domaine commun informationnel qui permettrait de garantir un accès et une utilisation libre d'un certain nombre de ressources et d'éviter qu'elles soient privatisées y compris par des personnes publiques. Parmi les éléments visés, la documentation scientifique issue de fouilles archéologiques est évidemment concernée au titre notamment des documents administratifs.

²¹¹ V. *supra*.

Au cours du processus d'élaboration de la loi pour la république numérique, le projet contenait un article 8 dont l'objet était de « *protéger les ressources communes à tous appartenant au domaine public contre les pratiques d'appropriation qui conduisent à en interdire l'accès* », y compris par des personnes publiques.

La mission du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) sur les œuvres transformatives²¹², en 2014 préconisait dans le même sens « *une réflexion publique sur la définition positive du domaine public « immatériel », son régime et son opposabilité pour éviter le développement des pratiques d'appropriation ou d'intimidation qui conduisent à compliquer, sans cause légitime, voire à interdire l'accès à des ressources culturelles communes* ».

Art. 8 - Définition positive du domaine commun informationnel

I. Relèvent du domaine commun informationnel :

1° Les informations, faits, idées, principes, méthodes, découvertes, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une divulgation publique licite, notamment dans le respect du secret industriel et commercial et du droit à la protection de la vie privée, et qu'ils ne sont pas protégés par un droit spécifique, tel qu'un droit de propriété ou une obligation contractuelle ou extracontractuelle ;

2° Les œuvres, dessins, modèles, inventions, bases de données, protégés par le Code de la propriété intellectuelle, dont la durée de protection légale, à l'exception du droit moral des auteurs, a expiré ;

3° Les informations issues des documents administratifs diffusés publiquement par les personnes mentionnées à l'article 1 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 et dans les conditions précisées à l'article 7 de la même loi, sans préjudice des dispositions des articles 9, 10, 14 et 15 de ladite loi.

Les choses qui composent le domaine commun informationnel sont des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil. **Elles ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet d'une exclusivité, ni d'une restriction de l'usage commun à tous**, autre que l'exercice du droit moral.

Les associations agréées ayant pour objet la diffusion des savoirs ou la défense des choses communes ont qualité pour agir aux fins de faire cesser toute atteinte au domaine commun informationnel. Cet agrément est attribué dans des conditions définies par un décret en Conseil d'État. Il est valable pour une durée limitée, et peut être abrogé lorsque l'association ne satisfait plus aux conditions qui ont conduit à le délivrer ».

Le projet d'article 8 de la loi pour une république numérique était doublement intéressant, d'une part affirmant le statut de chose commune d'un certain nombre de ressources, et prévoyant d'autre part une possibilité d'action d'associations en cas d'atteinte au domaine commun.

Ce projet n'a cependant pas abouti se heurtant aux résistances de plusieurs acteurs (sociétés d'auteur, institutions culturelles, CSPLA)²¹³.

²¹² Notion qui désigne les œuvres mises sous licences ouvertes par leur auteur et qui subissent des transformations successives résultant de l'intervention de plusieurs auteurs.

²¹³ V. notamment : Jean Martin, *Rapport. Mission du CSPLA sur le domaine commun informationnel*, 12 octobre 2015. Jean Martin est défavorable à l'introduction de ce domaine commun informationnel, pour des raisons assez

Quelques temps auparavant, une proposition de loi avait été présentée par Isabelle Attard, dont l'objet était assez semblable. Il s'agissait de consacrer positivement le domaine public au sens du droit d'auteur, à élargir son périmètre et à garantir son intégrité²¹⁴. L'exposé des motifs rappelait la fonction sociale que remplit le domaine public indiquait en ce sens qu'il « constitue un élément essentiel pour l'équilibre du droit d'auteur, mais il est actuellement invisible dans le Code de la propriété intellectuelle [...]. Absente de la loi, la notion de domaine public a été forgée par la doctrine juridique et elle figure également dans la jurisprudence, mais cette conception seulement « négative » – ce qui n'est pas protégé par le droit d'auteur – fragilise le domaine public et l'empêche de jouer le rôle qui devrait être le sien ». Était plaidée l'idée que « ce bien commun de la connaissance s'épanouisse et révèle toute l'étendue de ces potentialités, pour le bien des auteurs, des industries culturelles et du public ». La proposition de loi abordait également la question des informations publiques ainsi que des productions issues d'agents publics. Le domaine public devait être « accru par l'intégration des œuvres produites par des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions ».

Les administrations publiques se voyaient par ailleurs « imposer, par une disposition introduite dans l'article 17 de la loi du 17 juillet 1978, la tenue d'un répertoire des œuvres de l'esprit en leur possession et qui appartiennent au domaine public ».

PROPOSITION DE LOI (extraits)

Article 1^{er}

L'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle est ainsi modifié :

1° Le début du premier alinéa est ainsi rédigé :

« Les créations appartiennent en principe au domaine public, sauf lorsqu'elles constituent des œuvres de l'esprit. Est considérée comme une œuvre de l'esprit au sens du présent code une création originale portant l'empreinte de la personnalité de son auteur et bénéficiant d'une mise en forme. Une création ne satisfaisant pas à l'un de ces critères appartient au domaine public. Sont également considérés comme appartenant au domaine public les données, faits, idées, procédures, procédés, systèmes, méthodes d'opération, concepts, principes ou découvertes, quelle que soit la forme dans laquelle ils sont décrits, expliqués, illustrés ou intégrés à une œuvre, ainsi que les lois et décisions judiciaires. L'auteur... *(le reste sans changement)* » ;

2° La dernière phrase de l'avant-dernier alinéa est ainsi rédigée :

« L'œuvre de l'esprit créée dans l'exercice de ses fonctions par un agent de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France appartient dès sa divulgation au domaine public. » ;

3° Le dernier alinéa est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« Les reproductions fidèles d'œuvres de l'esprit en deux dimensions appartenant au domaine public appartiennent au domaine public. La personne qui les réalise ne peut prétendre au bénéfice du droit de

discutables, notamment liées à la crainte exprimée par des sociétés d'auteur.

²¹⁴ Proposition de loi visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre et à garantir son intégrité, Assemblée nationale, novembre 2013.

propriété décrit au présent article.

« Lorsqu'une œuvre appartient au domaine public, sa reproduction et sa représentation sont possibles sans restriction. Toute clause contractuelle contraire est considérée comme nulle et nulle d'effet. »

[...]

Article 7

Après l'article L. 335-2-1 du même code, il est inséré un article L. 335-2-2 ainsi rédigé :

« *Art. L. 335-2-2.* – Est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende le fait de porter atteinte à l'intégrité du domaine public en faisant obstacle ou en tentant de faire obstacle à la libre réutilisation d'une œuvre qui s'y rattache ou en revendiquant abusivement des droits sur celle-ci. »

Article 8

L'article L. 342-1 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsqu'une base de données contient des œuvres de l'esprit appartenant au domaine public, sous quelque forme que ce soit, le producteur de la base ne peut ni interdire ni s'opposer à leur extraction ou à leur réutilisation. »

Article 9

Les articles L. 112-4, L. 121-7-1, L. 123-8, L. 123-9, L. 123-10, L. 131-3-1, L. 131-3-2 et L. 131-3-3 du même code sont abrogés et le troisième alinéa de l'article L. 123-4 du même code est supprimé.

[...]

Article 13

La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal est ainsi modifiée :

[...]

4° L'article 17 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Les administrations qui détiennent des œuvres de l'esprit appartenant au domaine public sont tenues de tenir à la disposition des usagers un répertoire de ces œuvres. Les descriptions des œuvres données dans ces répertoires sont des informations publiques. » [...]

Cette proposition n'a jamais été examinée et discutée, compte tenu du fait qu'elle était sans doute présentée d'une façon quelque peu radicale, présentant le domaine public comme le principe, le droit d'auteur comme l'exception. Il n'en reste pas moins qu'elle peut utilement alimenter la réflexion sur le statut de la documentation scientifique.

En particulier, on pourrait concevoir que la documentation archéologique réunie et produite dans le cadre d'opérations de fouilles, quelle qu'en soit la modalité, relève du domaine public.

Sa mise à disposition pourrait être reliée à la remise du rapport d'opération, de sorte de laisser l'archéologue exploiter les données qu'il aura recueillies et construites. En cas de défaillance de l'opérateur et de non restitution des travaux, la divulgation pourrait être imposée.

Il serait utile d'intégrer un chapitre spécial sur la documentation scientifique qui rende plus visible le statut des données de la recherche et de la documentation archéologique. Actuellement, la question n'est pas traitée en tant que telle. Elle est noyée dans un corpus plus

général de réglementation des fouilles et n'est finalement pas abordée distinctement du statut des objets et de la question propriétaire.

« La documentation archéologique, quelles que soient les modalités de la fouille est un document administratif. Les œuvres de l'esprit produites au titre de la documentation archéologique sont dans le domaine public ». Il faudrait également prévoir que les personnes effectuant des fouilles sont tenues de constituer et de mettre à disposition les données et la documentation archéologique dans un délai restant à préciser (selon qu'il s'agit de fouilles préventives ou programmées), quoi qu'il en soit ne pouvant excéder la remise du rapport de fouilles. Ces documents constituent les seules preuves scientifiques du terrain étudié à partir desquelles se construit la connaissance, d'où l'importance d'en imposer la restitution et la mise à disposition. Les textes prévoient bien des délais de fin d'études et de remise du rapport mais le système de versement des données et la temporalité selon laquelle ces données devraient être mises à disposition n'est guère clarifiée.

b) Repenser les mises en forme de l'intérêt commun

Dans la mise en forme juridique du patrimoine archéologique, quels acteurs, quels processus de décisions (processus de pluralisation), quelles responsabilités, quelles actions (actions collectives et diffuses) ? Cet aspect pourra être développé dans la partie qui suit. La démarche invite à aller au-delà de la question propriétaire, de faire avec la propriété et mais de ne pas raisonner par l'entrée de la propriété mais par celle de la charge et des responsabilités qu'impose l'objet patrimoine archéologique.

c) Repenser le patrimoine archéologique dans sa dimension collective : investir plus sérieusement la figure du patrimoine commun archéologique

Il s'agirait non pas seulement de signifier que le patrimoine archéologique est un patrimoine commun. On a évoqué l'absence d'opérationnalité en droit français de cette notion en dépit de certaines élaborations doctrinales. On a pu aussi signaler l'interprétation audacieuse que retient le juge belge de la disposition figurant dans le Code wallon de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire selon laquelle le territoire est désigné comme patrimoine commun.²¹⁵ Mais cette piste, laissée entre les mains des interprètes reste peu assurée. L'argument du patrimoine archéologique comme bien commun a été avancé lors de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine pour justifier notamment l'appropriation publique. L'idée serait d'armer plus sérieusement comme notion juridique le patrimoine commun archéologique, de l'ériger en véritable catégorie, à laquelle seraient attachées un certain nombre de conséquences et de le définir dans toute sa complexité. Il pourrait être intéressant de retravailler en ce sens l'article L. 510-1 du Code du patrimoine.

Dans le droit actuel l'article L. 510-1 du Code du patrimoine dispose :

Constituent des éléments du patrimoine archéologique tous les vestiges, biens et autres traces de l'existence de l'humanité, y compris le contexte dans lequel ils s'inscrivent, dont la sauvegarde et l'étude, notamment par des fouilles ou des découvertes, permettent de retracer le développement de l'histoire de l'humanité et de sa relation avec l'environnement naturel.

²¹⁵ Disposition jumelle du premier article de notre Code de l'urbanisme.

Proposition d'une nouvelle formulation :

Art. L. 510-1 du Code du patrimoine

Le patrimoine archéologique est un patrimoine commun, insusceptible d'appropriation privative.

Constituent les éléments du patrimoine commun archéologique :

1. Les fonds et terrains archéologiques contenant tous les gisements, vestiges, biens et autres traces de l'existence de l'humanité, y compris le contexte dans lequel ils s'inscrivent, dont la sauvegarde et l'étude, notamment par des fouilles ou des découvertes, permettent de retracer le développement de l'histoire de l'humanité et de sa relation avec l'environnement naturel.

2. Les documents et données scientifiques issues de fouilles ou découvertes.

L'État a la garde du patrimoine commun archéologique. Les activités d'études et de fouilles archéologiques exercées sous le contrôle scientifique et technique de l'État, quelles qu'en soient les modalités, relèvent du service public.

Deuxième partie

REPENSER LES RESPONSABILITES SUR LE PATRIMOINE ARCHEOLOGIQUE

Dans le droit du patrimoine culturel, et plus directement dans le Code du patrimoine qui collecte de manière thématique des régimes sectorisés de protection, distribués entre les grandes catégories – archives, bibliothèques, musées, archéologie, monuments historiques et sites – qui forment l’horizon culturel et social du patrimoine culturel, pour en assurer la conservation et en garantir l’accès, l’archéologie et, partant, le patrimoine archéologique occupent une position particulière ; dans l’économie normative du droit du patrimoine culturel, l’archéologie a produit un corps de règles spéciales.

Alors que le droit du patrimoine, dans son ensemble, est orienté vers la conservation matérielle de biens pour assurer la pérennité des témoignages physiques et des traces d’une histoire commune ou partagée et, au-delà dans l’ordre symbolique, la représentation de la communauté nationale ainsi que la disponibilité de ce patrimoine culturel pour les générations à venir – principes qui imprègnent depuis plus d’un siècle les législations aujourd’hui assemblées dans le Code du patrimoine – le droit de l’archéologie est en dissonance avec cette inclination, produisant une figure particulière qui ne projette pas un principe univoque de conservation ; ce droit a d’abord visé la qualité de la recherche par un contrôle de l’exercice, sur le terrain, de cette discipline scientifique. Puis par le biais de l’archéologie préventive adossée au concept de conservation intégrée²¹⁶, il a infusé dans les politiques territoriales d’aménagement et d’urbanisme en assortissant d’obligations de sauvegarde du patrimoine archéologique les normes dédiées à ces politiques, sources de destruction jusqu’alors incontrôlée de ce patrimoine invisible. Corrélativement, tous les vestiges, connus ou encore enfouis, sont protégés en tous lieux du territoire.

Le principe d’un contrôle de l’exercice de la recherche archéologique et son régime juridique ont été institués par la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques²¹⁷, aujourd’hui codifiée aux articles L. 531-1 et suivants du Code du patrimoine. C’était alors une police administrative de la recherche qui dominait le droit de l’archéologie, exprimant une logique de fouilles et donc d’exploitation – consommation – de la ressource archéologique, dont le verrou était posé par l’alinéa premier de l’article premier de la loi du 27 septembre 1941.

Loi 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques

Art. 1^{er}, al. 1. – Nul ne peut effectuer sur un terrain lui appartenant ou appartenant à autrui des fouilles ou des sondages à l’effet de recherches de monuments ou d’objets pouvant intéresser la

²¹⁶ Résolution (76) 28 sur l’adaptation des systèmes législatif et réglementaires aux exigences de la conservation intégrée du patrimoine architectural, adoptée par le Comité européen des Ministres, le 14 avril 1976 : « La politique de protection ponctuelle des monuments et des sites les plus remarquables doit donc être élargie et complétée par une politique de conservation intégrée, conçue dans une perspective globale [...]. Les mesures qu’impliquent la conservation et l’intégration des monuments, des ensembles architecturaux et des sites dans le cadre de la vie sociale, doivent être insérées dans la planification de l’aménagement du territoire et de l’urbanisme. Cette nouvelle conception élargie de la conservation doit servir de base à une approche humaine de la politique d’aménagement du territoire et d’urbanisme ».

²¹⁷ JO 15 oct. 1941.

préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie, sans en avoir au préalable obtenu l'autorisation.

Cet énoncé est repris, tel que, dans le Code du patrimoine à l'article L. 531-1, alinéa 1^{er}. Le principe posé est toujours la clef de voûte du droit de l'archéologie ; l'équilibre et la dynamique de ce droit repose sur la prééminence de cette obligation, qui infuse dans les autres compartiments du droit de l'archéologie, qu'il s'agisse de l'archéologie sous-marine (art. L. 532-7 du Code du patrimoine), de l'utilisation des détecteurs de métaux à des fins de recherche archéologique (art. L. 542-1 du Code du patrimoine) ou des fouilles prescrites dans le cadre de l'archéologie préventive (art. L. 523-9 du Code du patrimoine).

Quant à l'archéologie préventive, elle a été dotée d'un cadre juridique par la loi du 17 janvier 2001²¹⁸ qui la consacre comme une activité de service public à caractère scientifique, dont l'État est le garant et auquel incombe la responsabilité exclusive de décider de la mise en œuvre des opérations archéologiques, en édictant des prescriptions de diagnostic et de fouille dans le respect desquelles les opérations d'aménagement ou d'urbanisme doivent être entreprises. La loi créait un établissement public à caractère administratif – l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP) – placé sous la tutelle des ministères chargés de la Culture et de la Recherche ; en 2001 l'INRAP était titulaire de droits exclusifs pour l'exécution des prescriptions de diagnostics et de fouilles édictées par l'État. Ce dispositif rencontra des oppositions, relayées par le Parlement notamment lors de l'adoption de la loi de finances pour 2003²¹⁹, conduisant à une réécriture des principes initiaux, qui avaient guidé la rédaction et l'adoption de la loi du 17 janvier 2001, par une loi du 1^{er} août 2003 dont les dispositions sont fondées sur un rapport d'information parlementaire²²⁰ critique sur la loi du 17 janvier 2001.

Tout en réaffirmant le rôle de l'État et confortant le principe d'inscription de l'archéologie préventive dans le service public de la recherche archéologique, la loi du 1^{er} août 2003 supprime les droits exclusifs dont bénéficiait l'INRAP, en ouvrant aux services archéologiques des collectivités territoriales le champ des opérations archéologiques – diagnostics et fouilles –, et en projetant une archéologie privée pour les opérations de fouilles, à l'exclusion des diagnostics²²¹. C'est ainsi qu'une multiplicité d'opérateurs publics et privés agissent dans le champ de l'archéologie préventive.

Dans ces deux branches – contrôle de l'exercice de la recherche et assujettissement des opérations d'aménagement et d'urbanisme à des prescriptions de recherche archéologique préalable – le droit de l'archéologie a installé la figure d'un État garant exclusif d'un patrimoine archéologique collectif. Cette figure, positionnée au cœur des politiques publiques sur l'archéologie et en surplomb de l'expression d'un droit de l'archéologie, a été renforcée par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine. Ce n'est alors pas tant la réécriture de l'article L. 522-1 du Code du patrimoine qui fixe le rôle cardinal de l'État dans le système de l'archéologie préventive et la dévolution à

²¹⁸ Loi n° 2011-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive, *JO* 18 janv. 2001, p. 928.

²¹⁹ Loi n° 2002-1575 du 30 décembre 2002 de finances pour 2003, *JO* 31 déc. 2002, p. 22025 ; V. l'art. 105 de la loi.

²²⁰ Laurent Hénart, *Rapport d'information sur l'impact de l'intervention des architectes et des services archéologiques dans les procédures de sauvegarde du patrimoine*, Assemblée nationale, n° 875, 2003.

²²¹ Loi n° 2003-707 du 1^{er} août 2003 modifiant la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive, *JO* 2 août 2003, p. 13270.

l'État de l'exercice de la maîtrise scientifique des opérations d'archéologie préventive²²² que l'installation d'une propriété publique, concentrée dans le domaine de l'État, des vestiges archéologiques mobiliers et immobiliers – la loi opère une nationalisation progressive du sous-sol archéologique – qui révèle cette prévalence de l'État et en sont le symptôme.

Art. L. 522-1 du Code du patrimoine

L'État veille à la conciliation des exigences respectives de la recherche scientifique, de la conservation du patrimoine et du développement économique et social.

Il veille à la cohérence et au bon fonctionnement du service public de l'archéologie préventive dans sa dimension scientifique, ainsi que dans ses dimensions économique et financière dans le cadre des missions prévues à l'article L. 523-8-1.

Il exerce la maîtrise scientifique des opérations d'archéologie préventive et, à ce titre :

- 1) Prescrit les mesures visant à la détection, à la conservation ou à la sauvegarde par l'étude scientifique du patrimoine archéologique ;
- 2) Désigne le responsable scientifique de toute opération ;
- 3) Assure le contrôle scientifique et technique et évalue ces opérations ;
- 4) Est destinataire de l'ensemble des données scientifiques afférentes aux opérations.

Adossée à cette figure d'un État garant exclusif d'un patrimoine archéologique, dont les prémisses législatives ont été introduites par la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques, la construction d'un droit pénal spécial de l'archéologie, à partir du socle posé par la loi n° 80-532 du 15 juillet 1980 relative à la protection des collections publiques contre les actes de malveillance²²³, a conforté cette dynamique. Tant sur l'engagement de l'action pénale que sur le terrain de l'action civile, c'est la figure de l'État qui domine ce droit pénal spécial. La recherche par l'État de la reconnaissance d'un préjudice moral lors des procédures engagées à l'encontre des responsables de destruction de sites archéologiques participe de cette même dynamique. Cette politique d'action pénale est engagée, dans les années 2000, par le ministère de la Culture qui se constitue partie civile, aux fins de réparation du préjudice moral, lors d'instances pénales relatives à des destructions et atteintes intentionnelles à des biens archéologiques. Des juridictions pénales accueillent favorablement la démarche, sans que la valeur de ce qui été détruit soit apprécié pareillement d'une juridiction à l'autre²²⁴. Sous cette disparité des évaluations du préjudice sourde une question plus aigüe ; celle des modalités de réparation de ce qui été détruit ou, autrement formulée, la compensation de la perte de patrimoine.

L'apogée de cette quête de la reconnaissance d'un préjudice moral fondé sur la perte d'un accès à la connaissance ou à l'information scientifiques provoquée par la destruction d'un gisement archéologique, interviendra en 2018. Dans un arrêt du 3 mai 2018, la Cour de cassation a reconnu le préjudice moral de l'État, résultant d'un « préjudice scientifique et historique subi, à savoir la disparition des informations contextuelles sur la localisation des objets et les

²²² La notion de maîtrise scientifique est originale, si ce n'est insolite, sur le terrain de la normativité.

²²³ JO 16 juillet 1980, p. 1787.

²²⁴ Par exemple : CA, Paris, 15 juin 2016, n° 14/07014 ; CA, Montpellier, 1^{er} décembre 2016, n° 16/1744. V. aussi : TGI, Nice, 17 janvier 2008, n° 249/08 ; TGI, Périgueux, 4 avril 2007, n° 399/2007 ; TGI, Amiens, 21 septembre 2006, n° 2302/2006.

dégradations irréversibles advenues »²²⁵.

Ces surplombs de l'État écrasent toute réflexion sur d'autres modèles juridiques et une autre répartition des responsabilités sur ce patrimoine commun. Cette densité normative de l'État dans le droit de l'archéologie – l'État garant d'un patrimoine collectif et la reconnaissance judiciaire de cette fonction, adossée au régime de propriété publique institué en 2016 – fait écran à la question d'un modèle propriétaire le plus apte à saisir les complexités et les fonctions sociales du patrimoine archéologique²²⁶, à toutes réflexions sur une distribution de titularités des droits d'accès à la connaissance archéologique, ainsi que sur les fondements et la formulation d'un préjudice archéologique spécifique.

Dans le droit de l'archéologie le principe de responsabilité est distribué dans deux registres distincts, symptômes de la polysémie de la notion. C'est d'abord le pouvoir de normer et d'intervenir dont dispose la puissance publique ; c'est également une charge, source d'obligations, dont le droit pénal sanctionne les infractions. A partir de ce double point d'appui intervient la question de la réparation et de la compensation du préjudice archéologique.

I. La distribution des responsabilités de sauvegarde, d'études et d'accès au patrimoine archéologique

La notion de patrimoine archéologique, et la construction de l'archéologie comme une discipline autonome, s'inscrit dans une filiation avec les savoirs antiquaires des XVIII^e et XIX^e siècles ; sur cette transition, Alain Schnapp écrit :

« L'archéologie [...] se distingue de la science antique en ce qu'elle considère les objets non comme des reliques, mais comme des témoignages du passé qu'il faut traiter dans leur contexte stratigraphique, typologique et technique. [...], elle contribue à transformer la conquête du passé en un savoir universel »²²⁷.

Ce parcours savant, depuis la collecte de reliques fondée sur un modèle d'érudition à l'organisation d'un savoir universel ordonné sur l'étude raisonnée des traces du passé, a progressivement induit une responsabilité accrue de la puissance publique pour structurer les conditions de production de ce savoir.

A. Les prémisses

La responsabilité des pouvoirs publics envers l'étude, la sauvegarde et l'accès au patrimoine archéologique est intervenue au terme d'un processus initié par les archéologues savants à la charnière des XVIII^e et XIX^e siècles.

En 1799, Pierre Legrand d'Aussy, conservateur du département des manuscrits à la Bibliothèque nationale donne lecture à l'Institut, où il été élu un an plus tôt, d'un mémoire sur

²²⁵ Cass., crim., 3 mai 2018, 17-80.283, inédit.

²²⁶ V. *supra* Partie 1. Questionner la propriété archéologique.

²²⁷ Alain Schnapp, « Naissance des savoirs antiquaires » in Irène Aghion, Mathilde Avisseau-Broustet et Alain Schnapp (dir.), *Histoires d'archéologie. De l'objet à l'étude*, Paris, INHA, 2009, p. 7.

les anciennes sépultures nationales et les projets de fouilles à faire dans les départements²²⁸, qui sera édité en 1824 sous l'intitulé *Des sépultures nationales et particulièrement de celles des rois de France*²²⁹. Décrivant les méthodes de fouilles, il pose des principes de conservation, d'études et d'utilité sociale des antiquités (V. l'encadré ci-dessous).

Pierre Legrand d'Aussy, *Des sépultures nationales et particulièrement de celles des rois de France*, 1824 ; extraits des pages 334 à 353.

« On ne peut, à moins de grandes dépenses, les fouiller sans les détruire ; et comme elles offrent un coup d'œil plus agréable, une masse plus imposante, [...], je ne verrais qu'avec peine, j'en conviens, qu'on abusât de mon projet pour n'en plus laisser subsister.

[...] ne trouverait-[on] pas raisonnable de demander au ministre, que dans les départemens où l'on ne connaîtrait que deux ou trois collines tumulaires [...], elles y fussent conservées comme monumens et objets d'antiquités ; et que dans ceux qui en possèderaient un grand nombre, il ordonnât d'en réserver également quelques-unes entre celles qui, par leur hauteur, leur diamètre et leur belle forme, mériteraient cette distinction ?

A la vérité, il est à présumer que si celles-ci sont plus considérables, c'est parce qu'elles furent élevées pour des personnages d'un plus haut rang ; et que par conséquent elles contiendront, et des objets plus précieux que les autres, et des objets précieux en plus grand nombre.

D'après cette considération qui me paraît fondée, on pourrait, avant de prononcer sur la conservation d'une haute et belle colline, la sonder par quelques percées latérales, et s'assurer ainsi de sa valeur réelle et du sort qu'elle doit subir.

Méthode de travaux pour l'entreprise des fouilles.

De pareils ordres de la part du ministre supposent des renseignements demandés et obtenus. Or, ces renseignements, il lui serait facile de se les faire fournir promptement, par une circulaire adressée aux administrations départementales.

Dans cet écrit, on donnerait aux administrateurs quelques éclaircissements de détail sur les deux classes de tombeaux antiques [...] qui appartiennent, l'une aux villes, l'autre aux campagnes. En conséquence, ils seraient invités à faire passer au ministre, des notes sur chacun des deux objets. [...]

Quand le ministre aurait décidé en quels lieux il croirait pouvoir permettre une fouille, il ferait passer aux administrateurs une instruction détaillée à laquelle ils seraient tenus de se conformer rigoureusement, à moins qu'à raison de l'importance de l'objet, il ne crût convenable d'y envoyer en son nom un ou deux commissaires pour inspecter et diriger l'entreprise.

Les commissaires et les administrateurs ne manqueront sûrement pas, dès le moment où ils auront ordonné les fouilles, de prendre toutes les précautions nécessaires pour que les ouvriers s'y trouvent toujours gardés à vue, pour que les curieux en soient sévèrement écartés, et le lieu gardé pendant la nuit, si les travaux exigent plus d'un jour. [...]

Dès l'instant où les ouvriers auront, en fouillant, mis à découvert une sépulture, les commissaires en consigneront les détails dans leur procès-verbal.

[...]

²²⁸ Arnaud Hurel, *La France préhistorique, de 1789 à 1941*, Paris, CNRS, 2007, p. 22.

²²⁹ Pierre Legrand d'Aussy, *Des sépultures nationales et particulièrement de celles des rois de France*, Paris, J. Esneaux, 1824.

Du reste, on ne toucherait à rien de ce que renfermait le cercueil, rien n'y serait déplacé ; mais quand l'inspection provisoire serait finie, on le recouvrirait de son couvercle ; on le recouvrirait de son couvercle ; on y apposerait un sceau ; et en cet état, il serait transporté soigneusement dans un local particulier.

Là, le jour que les administrateurs auraient fixé pour la levée des scellés, on procéderait légalement à l'inventaire des objets. [...] Les objets renfermés dans le cercueil en seraient tirés avec la plus grande précaution, les uns après les autres ; puis inventoriés sommairement, placés sous verre, et scellés. [...]

J'ai dit, en parlant de l'inventaire qui aurait lieu au moment de l'ouverture, que ce ne serait qu'un aperçu, un état provisoire ; et l'on conçoit qu'il ne sera guère possible, au premier coup d'œil, de le faire meilleur. Mais l'administration chargerait un de ses professeurs, instruit dans les antiquités, d'un faire un, détaillé, raisonné. On mettrait à sa disposition les objets ; et quand il aurait achevé son Mémoire, il en ferait lecture dans une séance publique.

Ces objets alors seraient déposés au cabinet des écoles locales, pour y être exposés à la curiosité du public et servir à son instruction ; [...].

Mais il est une entreprise préliminaire, indépendante des fouilles, et qui peut commencer à l'instant même. Celle-ci, dont le résultat est assuré, aurait, sans frais ni dépense, l'avantage de préparer à d'avance le succès de l'autre. Elle consisterait dans ces notices accompagnées de dessins dont j'ai parlé précédemment, et que le ministre pourrait, par une circulaire, demander aux administrations, sur les diverses sortes de monuments tumulaires qui existent dans leur arrondissement.

Les Mémoires rédigés à Paris par un homme de lettres qui aurait de l'érudition et du goût, fourniraient seuls un beau travail, intéressant et neuf : les dessins gravés par des mains habiles ajouteraient au texte ce luxe brillant et utile, qui donne tant de prix aux productions de ce genre. Les premiers enrichiraient notre histoire nationale d'une branche nouvelle, d'où on verrait éclore tout-à-coup une foule de faits ignorés : les seconds donneraient de la valeur et du nom à des monumens jusqu'à présent dédaignés ou inconnus, et dont le mérite, mieux apprécié, entrerait pour quelque chose dans la célébrité des départemens qui les possèdent. Enfin, par la réunion des mémoires et des dessins, nos bibliothèques acquéreraient un recueil très précieux sur nos antiquités nationales, en attendant que les fouilles pussent ajouter à nos cabinets une nouvelle collection d'antiques.

Ce corpus de principes que Pierre Legrand d'Aussy entend promouvoir, à l'orée du XIX^e siècle, décrit une chaîne opératoire de la recherche archéologique qui, peu ou prou, renvoie aux méthodes de l'archéologie contemporaine et dont l'exercice doit être garanti par l'État. Les notions et principes qui aujourd'hui constituent le socle normatif et politique de l'archéologie sont présents dans les préconisations de Pierre Legrand d'Aussy pour structurer la recherche : qu'il s'agisse de la notion d'évaluation du potentiel ou de la sensibilité archéologique d'un terrain (« *on pourrait [...] sonder par quelques percées latérales, et s'assurer ainsi de [l]a valeur réelle* ») qui jusqu'en 2001 correspondait au concept de sondage, devenu diagnostic (art. R. 523-15 du Code du patrimoine) ; de prescriptions par l'État des modalités de fouilles (« *Quand le ministre aurait décidé en quels lieux il croirait pouvoir permettre une fouille, il ferait passer aux administrateurs une instruction détaillée à laquelle ils seraient tenus de se conformer rigoureusement* ») que met en jeu la loi du 27 septembre 1941 (art. L. 531-3 du Code du patrimoine) et celle du 17 janvier 2001 (art. L. 522-1 et R. 522-1 du Code du patrimoine) ; de contrôle et d'exécution de fouilles par l'État (« *à moins qu'à raison de l'importance de*

l'objet, [le ministre] ne crût convenable d'y envoyer en son nom un ou deux commissaires pour inspecter et diriger l'entreprise ») qui renvoie aux prérogatives de surveillance, puis de contrôle scientifique ou technique dans le double corpus de loi du 27 septembre 1941 (art. L. 531-3 du Code du patrimoine) et de celle du 17 janvier 2001 (art. L. 522-1 du Code du patrimoine) ; de rapport qui consigne les résultats de la recherche (« *les commissaires en consigneront les détails dans leur procès-verbal* ») dont le contenu a été normé en 2004 (art. R. 523-15 et R. 523-15-1 du Code du patrimoine ; arrêté du 27 septembre 2004 portant définition des normes de contenu et de présentation des rapports d'opérations archéologiques) ; d'inventaire des sites archéologiques (« *il est une entreprise préliminaire, indépendante des fouilles, et qui peut commencer à l'instant même. [...] Elle consisterait dans [d]es notices accompagnées de dessins [...] et que le ministre pourrait, par une circulaire, demander aux administrations, sur les diverses sortes de monuments tumulaires qui existent dans leur arrondissement* ») conçu aujourd'hui sous la forme d'un inventaire archéologique géo-référencé – la carte archéologique nationale définie par l'article L. 522-5 du Code du patrimoine – ; d'accès du public à la connaissance archéologique (« *Ces objets alors seraient déposés au cabinet des écoles locales, pour y être exposés à la curiosité du public et servir à son instruction* »).

La prise en charge directe par l'État d'un intérêt archéologique se noue à partir de 1838. Le 13 mars 1838, Montalivet, ministre de l'Intérieur, adresse une circulaire aux préfets concernant les fouilles²³⁰, où il exprime sa volonté d'« encourager ces recherches autant que le permettent les ressources de l'administration ». Il indique notamment :

« Une fouille est toujours une opération incertaine ; on ne doit l'autoriser que sur la grande probabilité d'un résultat avantageux. Il est donc bien nécessaire de faire précéder toute entreprise de ce genre d'une enquête approfondie qui fasse connaître approximativement l'importance de l'établissement qu'il s'agit d'explorer.

« Les mêmes mesures de prudence et d'économie doivent présider à l'exécution des travaux. Ainsi l'on doit bien se garder d'ouvrir les tranchés au hasard, comme il n'arrive que trop souvent. [...]. Je me bornerai donc à vous recommander un choix judicieux des personnes que vous chargerez des explorations.

« On devra toujours rédiger un procès-verbal détaillé des fouilles, et vous voudrez bien m'en adresser copie. Il est également essentiel d'en dresser le plan, surtout lorsque qu'elles doivent être comblées.

« Quant aux objets recueillis, la meilleure destination qu'on puisse leur donner, c'est de les placer dans les collections publiques des villes les plus voisines. Si ces villes n'avaient ni musée ni bibliothèque, si leurs autorités ne prenaient aucune mesure pour assurer la conservation des objets, c'est au chef-lieu du département qu'il conviendrait alors de les déposer. [...]

« Jusqu'à présent l'administration central a réclamé les fragments antiques découverts dans les fouilles dont elle a fait les frais. Je désire qu'à l'avenir ils restent dans les départements d'où ils proviennent, pour y former comme des archives de l'histoire locale et pour y répandre le goût des arts. Si cependant quelques objets d'une importance extraordinaire étaient découverts dans ces explorations, par une exception dont les arts n'auraient qu'à applaudir, je réclamerai leur dépôt dans les grandes collections de la capitale ; car c'est là seulement qu'ils peuvent être d'une véritable utilité. [...] Dans un tel cas, qui d'ailleurs ne doit pas se présenter fréquemment, j'aurai toujours soin de donner à la ville, dans le territoire de laquelle la découverte aura été faite, un

²³⁰ Circulaire n° 9 de Montalivet, Pair de France, ministre secrétaire d'État de l'intérieur, aux préfets du 13 mars 1838 relative aux travaux de fouilles et aux recherches d'antiquités [Archives MAP 80/1/17].

moule de l'objet envoyé à Paris ».

Quelques mois plus tard, le 29 décembre 1838, le ministre de l'Intérieur précise dans une nouvelle circulaire²³¹ :

« [...] tout ce qui concerne les fouilles et les découvertes de monuments antiques et du moyen âge, doit m'être communiqué directement, afin que je puisse, s'il y a lieu, accorder des subventions sur le fonds annuel mis à ma disposition par le budget pour les dépenses relatives à la conservation des anciens monuments ».

Se dessine la figure d'un État qui s'auto-institue, comme ce sera le cas dans le champ de la protection et de la conservation des monuments historiques²³², gardien d'un patrimoine national. C'est également, en 1838, une esquisse des prérogatives dont l'État jouira, un siècle plus tard, à compter de la publication de la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques ; cette circulaire introduit des notions – autoriser et documenter la fouille, affecter les objets aux collections publiques – qui sont aujourd'hui des principes matriciels du droit de l'archéologie.

Pour autant, au XIX^e siècle, cette institutionnalisation de l'État s'inscrit dans un rapport avec les communes sur le territoire desquelles les vestiges sont mis au jour. En 1846, le ministre de l'Intérieur s'adresse en ces termes aux préfets²³³ :

« Les communes elles-mêmes, sur lesquelles on a constaté l'existence de ruines ou de substructions antiques plus ou moins considérables, ne peuvent rester indifférentes à des opérations, dont les résultats sont destinés à jeter du jour et de l'éclat sur leur histoire, en même temps qu'ils appellent l'attention des amis des arts et la curiosité des voyageurs.
« C'est donc avec raison [...] que les travaux de fouilles doivent être mis au nombre des travaux d'utilité communale [...] ».

Sous cette notion d'utilité communale des fouilles archéologiques s'instille une distribution des responsabilités où l'État demeure le garant de l'intérêt archéologique et s'assure une position en surplomb des intérêts locaux. Cette fonction étatique diffuse également dans un autre registre celui de la protection des vestiges contre des destructions qu'occasionneraient de travaux publics. Le 11 mai 1891, le ministre des Travaux publics adresse aux ingénieurs en chef une circulaire relative à la nécessité d'assurer le respect des monuments qui intéressent à un si haut degré l'histoire ou la préhistoire de la France ou de ses possessions²³⁴ :

« L'administration des Beaux-arts a signalé, à différentes reprises, à l'attention des autorités, les actes regrettables commis au préjudice des ruines antiques, des monuments mégalithiques, dolmens, menhirs, alignements de pierre, etc... qui existent dans les diverses régions de la France

²³¹ Circulaire n° 78 du Pair de France, ministre secrétaire d'État au département de l'intérieur, aux préfets du 29 décembre 1838 relative à la distinction à faire entre les renseignements demandés par différentes administrations sur les monuments [Archives MAP 80/1/17].

²³² Arlette Auduc, « L'héritage du XIX^e siècle dans la conservation des monuments historiques » in Jean-Pierre Bady, Marie Cornu, Jérôme Fromageau, Jean-Michel Leniaud et Vincent Négri (dir.), 1913, *Genèse d'une loi sur les monuments historiques*, Paris, La Documentation française, 2013, pp. 32-46.

²³³ Circulaire du ministre secrétaire d'État de l'intérieur aux préfets du 21 décembre 1846 relative aux travaux de fouilles [Archives MAP 80/1/17].

²³⁴ Circulaire du ministre des travaux publics aux ingénieurs en chef du 11 mai 1891 relative à la nécessité d'assurer le respect des monuments qui intéressent à un si haut degré l'histoire ou la préhistoire de la France ou de ses possessions [Archives MAP 80/6/9].

ou de l'Algérie.

« Un trop grand nombre de ces monuments ont été ainsi perdus pour l'histoire et pour l'art. Vous penserez avec moi que le Gouvernement de la République ne saurait par son silence paraître approuver de semblables actes ou même se désintéresser de la question.

« Je vous prie donc de vouloir bien appeler l'attention particulière des ingénieurs, constructeurs, etc... en un mot de tout le personnel placé sur vos ordres sur la nécessité d'assurer le respect des monuments qui intéressent à un si haut degré l'histoire ou la préhistoire de la France ou de ses possessions. Et il ne s'agit pas seulement des monuments qui, classés par les soins de la Commission des monuments historiques et celles des monuments mégalithiques, se trouvent déjà légalement protégés ; il s'agit aussi [...] des 'monuments' auxquels cette protection ne s'étend pas et de ceux qui, par hasard ou par suite de fouilles faites par des particuliers ou entreprises pour des travaux d'intérêt général, viendraient à être découverts.

« Dans cet ordre d'idées, votre action de surveillance et celle de votre personnel devra s'étendre aux entrepreneurs de travaux publics à qui, d'ailleurs, il pourrait être interdit formellement d'employer des matériaux de cette provenance. Il ne faudrait pas en effet que des 'monuments' non encore reconnus et classés puissent être détruits et leurs débris servir par exemple à approvisionner un chantier.

« [...] Vous voudrez bien prendre, suivant les cas, les mesures que vous jugerez les meilleures pour éviter la disparition des richesses qui seraient exposées, sans ces précautions, à être perdues pour l'art et l'archéologie. Je vous serai obligé, d'ailleurs, de me tenir au courant, les cas échéants, des faits qui se produiraient, afin que je puisse faire procéder, au besoin, à une enquête spéciale ».

Disparition, perte, préjudice et, en regard, *interdiction, surveillance, enquête* ; le vocabulaire marque une inflexion. Ce n'est plus seulement un État garant, arbitre entre les passions antiquaires, les droits des propriétaires des fonds et l'accès aux archives du sol pour éclairer l'histoire locale, répandre le goût des arts, appeler l'attention des amis des arts et la curiosité des voyageurs ; c'est un État prescripteur qui s'ébauche. La notion de risque, d'où découle la prévention de la perte du patrimoine archéologique, agrège ces deux fonctions de l'État – garant et prescripteur. Pour autant, opérer une transition entre ces prémisses et les responsabilités que l'État endosse aujourd'hui dans le Code du patrimoine ne rendrait pas compte de l'évolution de la pratique de l'archéologie, comme discipline scientifique, et du rôle des archéologues dans ces mutations. L'analyse des strates de normativité et d'institutionnalisation de l'archéologie, de la fin du XVIII^e siècle au début du XX^e siècle, diffuse un modèle, ordonné sur la figure de l'État, dont la juridicité est faible. Si le XIX^e siècle est marqué par une volonté de l'État de prendre en charge, dans une même stratégie, les fouilles archéologiques et la dévolution des objets et collections archéologiques, cette volonté – indépendamment de toute forme d'exclusivité qu'elle projette – est circonscrite à la manifestation d'intentions, dépourvues d'obligations juridiques, qui auraient pu être exprimées sous un régime de police administrative ; une exception toutefois dans l'hypothèse des découvertes fortuites réglées par la loi du 30 mars 1887 pour la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique – première législation sur les monuments historiques .

Dans cette seule hypothèse, l'État était investi d'une responsabilité, fixée par la loi, sur la conservation du patrimoine archéologique. Un article 14 de la loi du 30 mars 1887 disposait :

Art. 14 de la loi du 30 mars 1887 pour la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique

Lorsque, par suite de fouilles, de travaux ou d'un fait quelconque, on aura découvert des monuments, des ruines, des inscriptions ou des objets pouvant intéresser l'archéologie, l'histoire

ou l'art, sur des terrains appartenant à l'État, à un département, à une commune, à une fabrique ou autre établissement public, le maire de la commune devra assurer la conservation provisoire des objets découverts et aviser immédiatement le préfet du département des mesures qui auront été prises.

Le préfet en référera dans le plus bref délai au ministre de l'Instruction publique et des Beaux-arts, qui statuera sur les mesures définitives à prendre.

Si la découverte a lieu sur le terrain d'un particulier, le maire en avisera le préfet. Sur le rapport du préfet, et après avis de la Commission des monuments historiques, le ministre de l'Instruction publique et des Beaux-arts pourra poursuivre l'expropriation dudit terrain en tout ou partie, pour cause d'utilité publique, suivant les formes de la loi du 3 mai 1841.

Si on excepte la dualité de régime juridique, suivant la propriété publique ou privée des terrains où ont lieu les découvertes, et la désignation des institutions responsables, qui a notablement évolué depuis 1887, ce dispositif articulé sur une obligation de déclaration et de conservation provisoire des vestiges et sur la prescription par l'État de mesures définitives, pouvant aller jusqu'à l'expropriation, est présent aujourd'hui dans le Code du patrimoine, à l'article L. 531-14 dont le libellé et le vocabulaire révèlent la filiation avec l'article 14 de la loi du 30 mars 1887²³⁵.

Cette amorce législative d'une responsabilité de l'État n'autorisait qu'une surveillance restreinte et *a posteriori* des découvertes archéologiques et était dépourvue de sanctions à l'encontre du propriétaire qui, entre le temps de la découverte et celui de la décision ministérielle, détruirait ou vendrait les objets et monuments mis au jour.

Ce renforcement du rôle de l'État se heurte à des résistances, notamment des sociétés savantes, et aux prérogatives des propriétaires des terrains renfermant les gisements archéologiques, ainsi que d'une partie des archéologues. A cet égard, le billet publié par Gabriel de Mortillet en 1873 est annonciateur et révélateur de ces oppositions :

²³⁵ Le contenu de cet article 14 de la loi de 1887 sera repris sous un article 28 dans la loi du 31 décembre 1913 qui a abrogé la loi de 1887 et déploie le droit moderne des monuments historiques aujourd'hui collecté dans le Code du patrimoine, sous les articles L. 621-1 et suivants.

902. **Libre disposition des objets d'art et d'archéologie.** — Une malheureuse tendance se produit actuellement en Italie, celle d'annuler la libre disposition des objets d'art et d'archéologie. Que le Gouvernement, que les Municipalités, que les Établissements publics prennent toutes les mesures possibles pour empêcher la dilapidation des objets leur appartenant, rien de plus juste. Il devrait y avoir des peines sévères contre ceux qui altèrent, détournent ou dérobent des objets appartenant à l'État, aux Municipalités ou aux Établissements publics. Que l'État, que les Administrations se réservent les découvertes faites dans les travaux dont ils accordent la concession, dans tous les travaux publics, très-bien. Que l'État, les Municipalités, les Corps savants fassent des recherches, des fouilles, des acquisitions, rien de mieux. Mais, en dehors de cela, il faut laisser l'initiative privée agir comme bon lui semble; il faut respecter le droit de propriété de chacun. C'est le seul moyen de stimuler les recherches, de sauver bien des trésors, de répandre le goût des sciences et des études. Les collections particulières finissent toujours par aller en partie compléter les collections publiques. Si une portion passe à l'étranger, est-ce un grand mal? Pas du tout!... C'est plutôt un bien. Pensez-vous que l'Italie, la Grèce, l'Égypte, l'Assyrie seraient aussi connues, aussi étudiées, aussi visitées par les archéologues si les richesses archéologiques de ces divers pays ne s'étaient pas répandues un peu partout? La liberté de commerce stimule l'industrie, la liberté de collectionner stimule également la science. Rien n'est bon, rien n'est fertile, rien n'est stimulant comme la liberté.

Gabriel de Mortillet, « Libre disposition des objets d'art et d'archéologie », *Indicateur de l'archéologue*, Saint-Germain-en-Laye, E. Heutte et Cie, 1873, p. 373.

Toutefois, le tournant du XX^e siècle verra se consolider une autre modèle de recours à l'État garant et prescripteur.

B. Le recours à l'autorité publique garante d'un intérêt commun

À la charnière des XIX^e et XX^e siècles, l'archéologie devient une science, dotée de principes méthodologiques et de corpus de références visant à normaliser, à la fois, les techniques de fouilles et la diffusion des résultats, et à parfaire la formation scientifique et technique des fouilleurs. Cette ambition est scellée dans un réseau européen de sociabilité savante²³⁶. Les archéologues reporteront alors sur leurs États respectifs la mise en œuvre de ce programme. L'État est perçu comme l'organe régulateur permettant d'assurer et de garantir à la fois la conservation du patrimoine archéologique et l'accès des archéologues aux sites et aux gisements pour en développer les recherches. En France, la loi du 27 septembre 1941 portant

²³⁶ Noël Coye, *La préhistoire en parole et en acte. Méthodes et enjeux de la pratique archéologique : 1830-1950*, Paris, L'Harmattan, 2000.

réglementation des fouilles archéologiques scellera cette double ambition d'encadrement de la recherche et de conservation du patrimoine archéologique.

1. Le projet de loi en 1910 : une surveillance de l'État fondée sur l'intérêt scientifique

En 1908, la communauté des archéologues protesta contre les agissements de fouilleurs étrangers qui profitaient du caractère libéral de la législation aux fins de spéculation sur le produit de ces recherches²³⁷ et réclama l'intervention du législateur.

Le 25 octobre 1910, Aristide Briand, président du Conseil, ministre de l'Intérieur, et Gaston Doumergue, ministre de l'Instruction publique et des Beaux-arts, déposaient un projet de loi relatif aux fouilles intéressant l'archéologie et la paléontologie²³⁸.

Selon l'exposé des motifs, les dispositions de ce projet répondaient à une double préoccupation :

« D'une part, il organise la surveillance des fouilles entreprises par les particuliers et prévoit même pour l'État, si l'intérêt scientifique l'exige, le droit de se substituer au fouilleur. D'autre part, il entoure ces mesures d'intervention et de contrôle de toutes les garanties dues au respect de la propriété privée, et il en restreint assez l'application pour n'entraver en aucun cas l'esprit de libre recherche et d'initiative individuelle, gage précieux des plus fécondes découvertes ».

Dans son contenu, le projet de loi préfigure la loi du 27 septembre 1941, qui accentuera le contrôle de l'État sur les fouilles archéologiques, en substituant au régime de déclaration prévu en 1910 un régime d'autorisation préalable. Le projet de loi installe la surveillance des fouilles par l'État : les fouilles doivent être précédées d'une déclaration à la préfecture de département du lieu où elles sont entreprises. Cette déclaration, transmise au ministre compétent, devait conférer à ce dernier le droit de faire surveiller les fouilles « par toute personne pourvue des connaissances nécessaires » et imposer la tenue d'un registre accompagné de plans, dessins et photographies. Il était également prévu que l'État puisse exécuter des fouilles.

Ce projet de loi, dont les dispositions tentaient de répondre aux exigences d'une archéologie scientifique, fut l'objet de très vives critiques, émanant principalement des préhistoriens. La Société préhistorique française entreprit une campagne contre ce projet de loi, instituant en réaction une « Commission de la liberté pour les fouilles » ; dans les provinces, les sociétés savantes se mobilisèrent et saisirent les parlementaires en dénonçant les formalités et les ingérences administratives qu'elles redoutaient que cette loi engendre. Parmi ces protestations, celles des sociétés préhistoriques, géologiques ou linnéennes furent les plus virulentes²³⁹. Le Gouvernement retira le texte déposé le 25 octobre 1910.

²³⁷ Arnaud Hurel, *La France préhistorienne de 1789 à 1941*, Paris, CNRS, 2007 ; V. notamment le Chapitre 5 : « Les Prussiens chez nous », l'affaire Hauser, pp. 149-177.

²³⁸ *Doc. Ass. nat.*, oct. 1910, annexe n° 400, p. 34 s.

²³⁹ La presse s'empara de l'affaire et porta la polémique devant l'opinion publique en publiant les propos d'archéologues défendant la « science des petits », celle du « vigneron qui, les soins donnés à sa treille et à ses ceps, s'en va, avant que le soir ne tombe, fouiller avec sa pioche la pente du coteau, qui va lui livrer quelques médailles ou quelques poteries » (cité par Jean Metman, *La législation française relative à la protection des monuments historiques et des objets d'art*, thèse Dijon, 1911, p. 41). Sur ces questions : Vincent Négri, « Les fouilles archéologiques : chronique d'une législation », *Recueil Dalloz, Actualité législative*, 1991 pp. 115-122, spéc. p. 119.

2. L'expression internationale de responsabilités professionnelles

Sous l'égide de la Société des Nations, reproduisant le modèle de la Conférence d'Athènes en 1931 – premier congrès international des architectes et des techniciens des monuments historiques –, se tient au Caire en 1937 la première Conférence internationale des fouilles. Comme en 1931, les États sont représentés par les professionnels ; en 1937, ce seront des archéologues, directeurs de musées archéologiques ou d'institutions de recherche, ou titulaires de chaires d'archéologie dans leurs États respectifs, d'Europe, d'Asie et d'Amérique du Nord. Cette 'Internationale' des archéologues devait être le support de la normalisation de la recherche – normaliser les techniques de fouilles et la présentation des résultats – et de la formation. Sur le premier point, les Conclusions de la Conférence d'Athènes, avaient déjà relevé que « la conservation du patrimoine artistique et archéologique de l'humanité intéresse la communauté des États, gardien de la civilisation »²⁴⁰ ; observation réitérée en 1932 par une résolution de la Commission internationale de coopération intellectuelle de la SDN.

La revendication cardinale des archéologues porte sur l'établissement des conditions propices à une coopération scientifique internationale et au partage des données ; dans cette perspective est mise en œuvre l'élaboration d'un référentiel international pour les fouilles archéologiques qui sera publié en 1939 sous le titre « Manuel sur la technique des fouilles »²⁴¹. Ce manuel a posé les bases d'une doctrine internationale, dont l'enjeu est « de faciliter la collaboration internationale et de favoriser les échanges, aussi bien ceux des experts et du personnel que ceux des documents »²⁴² et de nouer « [l']équilibre qui s'impose entre l'étude d'un site déterminé et la contribution aux progrès de la recherche en général »²⁴³.

Les Principes adoptés au terme de la Conférence internationale des fouilles insistent « sur les buts d'utilité publique inhérents à la conservation du patrimoine archéologique », sur « l'intérêt supérieur du patrimoine archéologique commun ». Il s'agit également de sceller « le respect et l'attachement des peuples à l'égard des vestiges de leur passé ». Ces exigences reportent sur les États la responsabilité de garantir la qualité de la recherche archéologique, de réglementer les conditions de réalisation de fouilles archéologiques et, dans un même mouvement, d'assurer un égal accès de tous les archéologues aux sites et aux collections archéologiques²⁴⁴.

Parmi les Principes adoptés par les archéologues en 1937, les principes 7 et 10 insérés dans une

²⁴⁰ Jules Destrée, « Rapport du président du Comité de direction de l'Office international des musées sur les travaux de la Confère d'Athènes », *Les dossiers de l'Office international des musées, volume 1 : La Conservation des monuments d'art et d'histoire*, Institut international de coopération intellectuelle, Société des Nations, 1933, p. 6.

²⁴¹ *Manuel sur la technique des fouilles*, *Museion*, XIII^e année, vol. 45-46, n° 1-2, 1939, Office international des musées, 232 pages.

²⁴² Euripide Foundoukidis, « Introduction », *Manuel sur la technique des fouilles*, *op. cit.*, p. 9.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ Principe 8, Section 2 – Le régime des fouilles et la collaboration internationale – de l'Acte final de la Conférence internationale des fouilles, 1937. L'ensemble des Principes collectés dans l'Acte final seront repris par la Recommandation définissant les principes internationaux à appliquer en matière de fouilles archéologiques, adoptée par l'UNESCO en 1956. Adossée au principe cardinal d'exigence qualitative de la recherche archéologique, cette Recommandation confirme la fonction régulatrice de l'État sur la recherche archéologique. Cette régulation repose sur la soumission des explorations et des fouilles archéologiques au contrôle et à l'autorisation préalable de l'organe administratif compétent, et, par corollaire, sur l'obligation de l'archéologue, bénéficiaire de l'autorisation, de publier les résultats de la recherche, ainsi que sur l'obligation de déclarer aux autorités compétentes les découvertes de vestiges archéologiques.

section intitulée *Du régime des autorisations de fouilles*, expriment cette revendication des archéologues vis-à-vis des États pour doter la recherche archéologique d'une législation qui institue l'autorité publique dans une fonction de garante d'un intérêt archéologique collectif :

Du régime des autorisations de fouilles

7) Il appartient au droit interne de l'État sur le territoire duquel les fouilles doivent s'exécuter, de réglementer les conditions générales auxquelles est subordonnée la concession des fouilles, les charges qu'elle impose au concessionnaire, particulièrement pour ce qui regarde le contrôle de l'Administration nationale, la durée de la concession, les causes qui peuvent justifier son retrait, la suspension des travaux ou la substitution de l'administration nationale au concessionnaire pour leur exécution.

[...]

10) L'autorisation ne sera accordée qu'à des institutions ou à des personnalités offrant de sérieuses garanties scientifiques, morales ou financières, ces dernières étant de nature à donner l'assurance que les fouilles seront conduites à leur terme conformément aux clauses du contrat de concession et dans le délai prévu ou au cours de la période maxima de son renouvellement.

3. La loi de 1941 : la fonction pivot de l'État

Le 12 juillet 1941, Jérôme Carcopino, historien de l'Antiquité et archéologue de terrain, secrétaire d'État à l'Education nationale et à la Jeunesse sous le gouvernement de Vichy, présente un projet de loi – l'élaboration du texte a été entamée en 1938 – à Philippe Pétain. Il écrit :

« Ce projet s'inspire de la législation italienne de 1909 et des conclusions de la Conférence internationale du Caire de 1937 ; il ne répudie pas pour autant le respect de la propriété privée qui est la marque de notre Code civil. Le produit des trouvailles continue d'être partagé suivant les règles admises pour les trésors. Toutes les fouilles doivent être autorisées par l'État ; en outre celui-ci peut prendre l'initiative des fouilles et les poursuivre pour son propre compte ; enfin, le titre IV règle le sort des trouvailles fortuites ».

L'Académie des inscriptions et belles-lettres appuya cette initiative. Le 1^{er} août 1941, elle formulait le vœu que

« sans entraver aucune initiative, l'État se réserve un droit de regard grâce auquel les pouvoirs publics, qui consentent déjà de larges subventions, assureraient la coordination des diverses compétences dans la recherche, la publication méthodique et rapide et la conservation des richesses archéologiques »²⁴⁵.

Dans le même temps, les préhistoriens, après avoir combattu le précédent projet de loi, se ralliaient à ces propositions : « Il est temps de mettre un terme à la consommation déréglée des gisements faite depuis un siècle. [...] Il ne faut entreprendre de nouvelles fouilles qu'avec toutes les garanties »²⁴⁶.

Lorsqu'elle est publiée, la loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles

²⁴⁵ Albert Grenier, « La loi sur les fouilles et la réglementation nouvelle du service archéologique », *Revue des études anciennes*, t. 44, 1942, p. 108.

²⁴⁶ Raymond Vaufrey, « L'organisation des recherches et des études préhistoriques en France », *Revue scientifique*, t. 79, 1941, p. 43.

archéologiques est à la confluence de deux dynamiques. Sur un versant, elle charrie une nappe continue de plus d'un siècle de doctrines et de méthodologies, tissée par des générations d'antiquaires et d'archéologues, de Pierre Legrand d'Aussy à Jacques Boucher de Perthes, Alexandre Bertrand et l'Abbé Breuil, puis Albert Grenier, Jean-Jacques Hatt, Camille Jullian, André Leroi-Gourhan et Raymond Vaufrey, qui sont autant de promoteurs et de défenseurs de la science archéologie, laquelle avec ses préceptes et ses paradigmes, de même qu'au regard de ses méthodologies et de ses finalités, doit s'inscrire dans un cadre raisonné. Sur un autre versant, l'échec du projet de 1910 est l'acte fondateur de la loi du 27 septembre 1941. Le projet de loi portait la reconnaissance de l'archéologie comme une science dont l'exercice devait être protégé, ce qu'entérinera la loi en 1941 en reprenant l'économie du projet de loi de 1910 et en rehaussant l'intensité du contrôle de l'État, dans une transition entre régime de déclaration et régime d'autorisation préalable à l'exercice de la fouille. Somme toute, le projet de 1910 heurtait frontalement la liberté de fouiller, que l'État avait tenté d'endiguer par voie de circulaires en 1838, mais qui, sur le fond, ne subissait d'autres entraves que les droits du propriétaire du terrain sur lequel la fouille devait être entreprise. A partir de 1930, c'est un autre horizon qui se dessine ; un plan d'organisation de la recherche scientifique conduit à la création d'une Caisse nationale des sciences²⁴⁷, dont l'un des deux Comités scientifiques est dédié aux sciences humaines : « dans la défense des sciences humaines, c'est l'histoire antique et l'archéologie que l'on choisit de mettre en valeur »²⁴⁸.

Dans ce mouvement, la commission des monuments historiques est assortie en 1933 d'une cinquième section sur les fouilles²⁴⁹. Cette même année, historiens et archéologues réclament l'institution d'une administration des fouilles et élaborent un projet de service archéologique. C'est sur ce terreau, qui va gagner en densité et en ampleur, façonné et labouré par une génération d'archéologues dans l'entre-deux guerres, que sera implantée la loi du 27 septembre 1941, confiant à l'État l'exclusivité du contrôle de la recherche archéologique – la loi de 1941 est collectée dans le Code du patrimoine de l'article L. 531-1 à L. 531-19.

En 1941, cette fonction cardinale de l'État sur la recherche archéologique est alors conçue davantage comme la protection de l'intérêt collectif des archéologues que comme la consécration d'une inscription sociale de l'archéologie, pour ancrer une société dans son passé et son histoire. L'élargissement du cercle des responsabilités interviendra progressivement à partir des années 1960, alors que la défense du patrimoine bâti contre le bétonnage des centres urbains devient un levier de mobilisation associative militante, débouchant sur la loi n° 62-903 du 4 août 1962 complétant la législation sur la protection du patrimoine historique et esthétique de la France et tendant à faciliter la restauration immobilière²⁵⁰, dite loi Malraux, première législation qui emploie le mot *patrimoine* au sens de patrimoine culturel.

C'est cette même politique d'urbanisation débridée et d'aménagement du territoire qui ralliera des mobilisations de la population aux revendications des archéologues pour que les politiques publiques aménagent un équilibre entre la préservation du patrimoine archéologique et le

²⁴⁷ Jean Perrin, *L'organisation de la recherche scientifique en France*, Paris, Hermann, 1938.

²⁴⁸ Eve Gran-Aymerich, *Les chercheurs de passé, 1798-1945. Aux sources de l'archéologie*, Paris, CNRS, 2007, p. 450.

²⁴⁹ Décret du 13 avril 1933, *JO* 14 avril 1933, p. 3833.

²⁵⁰ *JO* 7 août 1962, p. 7809. Cette loi est codifiée aux articles L. 313-1 à L. 313-4-4 du Code de l'urbanisme.

développement économique. Sur le terrain normatif, le principe de conservation intégrée, défini par le Conseil de l'Europe en 1976²⁵¹ posera les conditions de réalisation de cet équilibre. C'est alors une dynamique et une mobilisation de l'archéologie pour le *bien de la société* qui s'installe²⁵². C'est dans cette lecture du rapport à la société que s'institue l'apport de la loi du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive – codifiée aux articles L. 521-1 à L. 524-16 du Code du patrimoine.

Sur le terrain du droit, la loi sur l'archéologie préventive adoptée en 2001, et ses évolutions postérieures, ne marquent aucune rupture avec la position cardinale de l'État que la loi du 27 septembre 1941 a entérinée. C'est un État, prescripteur exclusif de la détection, de la sauvegarde par l'étude scientifique et de la conservation du patrimoine archéologique, qui est installé en surplomb de toute opération de diagnostic ou de fouille archéologique préventive. Si ces dernières doivent être regardées comme des activités économiques, les « activités par lesquelles l'État, d'une part, prescrit les mesures visant à la détection, à la conservation ou à la sauvegarde du patrimoine archéologique, d'autre part, contrôle et évalue les opérations d'archéologie préventive [...] sont des missions de police administrative »²⁵³. Dans la confrontation entre la réalisation d'une opération immobilière et la sauvegarde par l'étude du patrimoine archéologique auquel cette opération portera une atteinte irréversible, l'État est le gardien de « l'intérêt public qui s'attache [...] à la réalisation d'une fouille archéologique sur le terrain concerné »²⁵⁴.

Cette figure de l'État, colorée en 2016 d'une mission de maîtrise scientifique des opérations d'archéologie préventive, renvoie-t-elle à un modèle d'exclusivité dépourvu de tout contrôle social, dans l'exercice des missions de détection, de sauvegarde et de conservation ; ou ménage-t-elle des espaces pour d'autres acteurs ?

4. Les équivoques de la responsabilité de l'État dans l'exercice de ses missions : l'absence d'obligations sanctionnées

Définissant le terme « responsabilité » dans le *Dictionnaire de la culture juridique*²⁵⁵, Pierre-Marie Dupuy relève qu'« il n'y a pas de système juridique organisé, marqué par son unicité et sa complexité, sans qu'il y ait également, en son épice, un système de responsabilité, lui-même plus ou moins articulé »²⁵⁶. Dans le droit du patrimoine culturel, *unicité et complexité* renvoient aux finalités de ce système juridique concentrées sur la conservation de biens matériels et immatériels ; finalités univoques, où se jouent la reconnaissance patrimoniale de biens culturels et l'exercice par l'État du pouvoir de protéger, d'où découle une autorité quasi exclusive pour normer et contrôler les usages et la disponibilité du patrimoine protégé²⁵⁷.

²⁵¹ Résolution (76) 28 sur l'adaptation des systèmes législatif et réglementaires aux exigences de la conservation intégrée du patrimoine architectural, adoptée par le Comité européen des Ministres, le 14 avril 1976 : V. *supra*.

²⁵² Nathan Schlanger, « Archéologie et société » in Jean-Paul Demoule, Dominique Garcia, Alain Schnapp (dir.), *Une histoire des civilisations*, Paris, La découverte/INRAP, 2018, p. 587.

²⁵³ CE, 30 avril 2003, *Union nationale des industries de carrières et des matériaux de construction (UNICEM)*, AJDA 2003 p. 1508.

²⁵⁴ CE, 25 juillet 2008, ministère de la Culture c/ société Elite invest, req. n° 314707.

²⁵⁵ Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003.

²⁵⁶ Pierre-Marie Dupuy, « Responsabilité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *op. cit.*, p. 1341.

²⁵⁷ Sur cette question : Vincent Négri, « La responsabilité, épice du droit du patrimoine culturel », *Droit public*

L'univocité des finalités du droit du patrimoine culturel se révèle dans l'absence d'obligations assorties de sanctions concernant le refus de protéger et de conserver, ou le défaut d'exercice des prérogatives dont l'État est le titulaire exclusif. En d'autres termes, l'articulation, entre les pouvoirs de l'État et le contrôle social de ces pouvoirs, réserve un espace limité à ce contrôle. Le rôle de l'État s'affirme par sa puissance de décision – l'expression *droit régalien*, mobilisée pour qualifier les prérogatives dont jouit l'État en matière de réglementation de l'archéologie, exprime cette souveraineté de l'État sur le patrimoine archéologique – sans que l'exercice (ou le non-exercice) de ce pouvoir de décision soit conçu en termes d'obligations assorties de voies de recours prédéterminées, instituant un contrôle social sur les fonctions de détection, de sauvegarde par l'étude et de conservation. Le même constat prévaut dans les autres compartiments du droit du patrimoine culturel, qu'il s'agisse de la conservation des monuments historiques, de la désignation des sites patrimoniaux remarquables, du statut des archives et des collections labellisées 'Musées de France' ou de la reconnaissance de la qualité de trésor national.

Pour autant, cette intensité faible du contrôle social – expression du principe de participation – dans les politiques de protection du patrimoine culturel n'évacue pas toute forme de recours contre les décisions (ou les non-décisions) de protection. C'est sur le terrain de l'atteinte au droit de propriété, et des droits qui lui sont associés, que se concentre le contentieux lié à l'exercice des prérogatives de puissance publique dans le champ de l'archéologie ; la responsabilité sans faute de l'État est alors engagée, devant le juge administratif, et fondée sur une rupture d'égalité devant les charges publiques. Lorsque les droits de propriété ne sont pas affectés, les recours dirigés contre le défaut d'intervention de l'État, ou son abstention, à raison des pouvoirs exclusifs qu'il détient pour encadrer la recherche archéologique ou prescrire des fouilles, demeurent épars.

a) Une responsabilité sans faute de l'État liée à l'exercice de prérogatives de puissance publique

Lors de découvertes fortuites de vestiges archéologiques, le dernier alinéa de l'article L. 531-14 du Code du patrimoine – codifiant l'article 14 de la loi du 27 septembre 1941 – confère à l'État un droit de visite des lieux où les vestiges ont été découverts (ou sont déposés), assorti d'un pouvoir de prescrire toutes mesures utiles à la conservation de ces vestiges. La prescription édictée peut notamment consister en une interruption du chantier sur lequel les découvertes ont été réalisées. Le libellé de l'article L. 531-14 ne prévoit aucune indemnisation spécifique lorsque l'État prescrit une telle mesure conservatoire, mais le Conseil d'État a jugé qu'« il ne résulte pas des termes de l'article 14 que le législateur ait entendu exclure toute indemnité dans le cas où l'exercice du droit de visite entraînerait un préjudice anormal pour le propriétaire »²⁵⁸, suivant en cela son commissaire du gouvernement Bernard Stirn qui concluait que

« le silence du législateur ne révèle nullement l'intention d'exclure toute indemnisation. [...] L'absence, dans la loi, de règles particulières conduit seulement à faire application du régime général de responsabilité de la puissance publique, c'est-à-dire à reconnaître un droit à indemnité

et patrimoine. Le rôle du Conseil d'État, Comité d'histoire du ministère de la culture, Travaux et documents n° 40, Paris, La documentation française, 2019, pp. 127-140.

²⁵⁸ CE, 18 décembre 1981, *Ministre de la culture et de la communication c/ Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière*, AJDA, 1982, pp. 261-263.

au propriétaire qui subirait, du fait de l'application de la loi, un préjudice anormal et spécial »²⁵⁹.

Dans ces circonstances, si l'État décide en outre de procéder à des fouilles, comme l'y autorise l'article L. 531-15 du Code du patrimoine, c'est un principe de « réparation intégrale du préjudice causé par l'exécution ultérieure de fouille »²⁶⁰ qui doit prévaloir : « l'occupation temporaire du terrain ouvre droit à indemnité pour le préjudice résultant de la privation momentanée de jouissance du terrain »²⁶¹. La solution posée par cet arrêt de principe a diffusé dans d'autres cas d'espèces : prescription, au titre des mesures conservatoires, de l'interruption du chantier en cours et de la modification du projet de construction initial²⁶² ; retard dans le démarrage de travaux différé de plus de 7 mois imputable aux exigences, formulées par l'État, de modification du permis de construire pour permettre la sauvegarde des vestiges archéologiques²⁶³ ; interdiction de construction sur un terrain prescrite par l'État à la suite de la découverte fortuite de vestiges archéologiques²⁶⁴.

Cette jurisprudence intervient en miroir d'une doctrine qui émerge à l'orée du XX^e siècle plaidant pour que la responsabilité de la puissance publique soit engagée lorsqu'il y a dommage spécial et qu'il résulte des circonstances que « la victime supporte, du fait de l'administration, un préjudice que les autres individus ne sont pas appelés à supporter, en sorte que la règle de l'égalité des individus devant les charges publiques est violée au détriment de la victime »²⁶⁵. En 1923, dans ses conclusions sous l'arrêt *Couitéas*, le commissaire du gouvernement René Rivet observait que « la justification par un individu d'un sacrifice exceptionnel, rompant nettement à son préjudice l'équilibre des charges et des profits de la vie commune, doit créer pour lui un droit à dédommagement imputable aux frais généraux de la société »²⁶⁶.

Ce régime désormais classique de responsabilité sans faute de la puissance publique, et son développement vers une responsabilité sans faute de l'État du fait des lois – dans le sillage de la jurisprudence *La Fleurette* en 1938²⁶⁷ – n'intervient que dans un périmètre restreint du droit de l'archéologie ; il est circonscrit à la seule hypothèse des découvertes fortuites – législation sur les découvertes fortuites dont les antécédents étaient présents dans la loi du 30 mars 1887 sur les monuments historiques²⁶⁸ – et aux prérogatives que l'État détient alors pour imposer la sauvegarde de ces vestiges dont la mise au jour, imprévisible, est gouvernée par l'aléa. C'est

²⁵⁹ Bernard Stirn, « Conclusions sous CE, 18 décembre 1981, *Ministre de la culture et de la communication c/ Compagnie d'aménagement et de promotion immobilière* », *AJDA*, 1982, p. 262.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 263.

²⁶¹ CE, 18 décembre 1981, *préc.*

²⁶² CE, 25 mars 1991, *Ministre de la Culture c/ SCI La Cardinale, concl. Ronny Abraham*, LPA, 17 janvier 1992, p. 12.

²⁶³ CE, 20 janvier 1989, *Ministre de la Culture c/ SCI Villa Jacob, RFDA*, 1989, p. 385

²⁶⁴ CAA, Lyon, 1^{er} mars 1995, *Ministre de la Culture c/ société SOGEC*, req. n° 93LY00068 ; CE, 9 avril 1999, *Société SOGEC*, req. n° 169053.

²⁶⁵ Gaston Jèze, « Responsabilité de l'État à raison du fonctionnement des services publics, en dehors de toute faute, note sur CE 28 mars 1919, *Regnault-Desrozières* », *Revue du droit public*, 1919, p. 341. V. du même auteur quelques années plus tôt : *Éléments de droit public et administratif*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1910, p. 99.

²⁶⁶ Conclusions René Rivet sur CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, D.1923.III.59.

²⁶⁷ CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers 'La Fleurette'*, *Rec.* 25 ; D.1938.III.41 ; S.1938.III.25 ; *Revue du droit public*, 1938, p. 87.

²⁶⁸ V. *supra*.

cette part d'aléa et les conséquences contentieuses qui en sont issues, notamment sur le terrain indemnitaire, qu'efface la législation sur l'archéologie préventive adoptée en 2001, en reportant sur l'ensemble des aménageurs, définis comme « les personnes qui projettent d'exécuter les travaux »²⁶⁹, la prise en charge du risque archéologique, en tout point du territoire national. Suivant ce principe, la mise en œuvre du droit de l'archéologie préventive – laquelle « relève de missions de service public »²⁷⁰ – échappe à ce régime de responsabilité sans faute de l'État, dont Maurice Hauriou, dans ses observations sur l'arrêt *Couitéas*, redoutait, qu'il s'agisse d'« un principe général d'indemnisation pour tous les préjudices causés sans faute par l'administration, sous la seule condition que le préjudice soit anormal par rapport à l'équilibre général des charges publiques, en tant qu'elles pèsent également sur les administrés, ce qui équivaut à la consécration de la théorie du risque social »²⁷¹.

b) La faible intensité de la responsabilité de l'État dans le défaut d'exercice de ses missions

L'hypothèse est marginale dans le droit de l'archéologie, comme dans les autres compartiments du Code du patrimoine, qu'il s'agisse, par exemple, de la conservation des monuments historiques, de la désignation des sites patrimoniaux remarquables, de la reconnaissance de collections comme musées de France, du statut des archives, de la qualification de trésor national. Rares sont les cas où l'autorité publique investie du pouvoir de sauvegarder ou de protéger est sanctionnée à raison d'une défaillance dans l'exercice de ce pouvoir.

La notion de collaborateur occasionnel du service public a été mobilisée pour l'imputation de la responsabilité de dommages provoqués par l'exécution de fouille et la réparation du préjudice subi par des tiers, dans une espèce antérieure à la loi du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive. Il en ressort qu'une fouille, décidée par l'État, sous le régime de l'article 9 de la loi du 27 septembre 1941 – devenu article L. 531-9 du Code du patrimoine – relève de mission de service public. Dès lors, seule une faute personnelle, détachable de cette mission de service public, est susceptible d'engager la responsabilité civile de l'archéologue à raison des dommages provoqués par le mode opératoire de l'excavation. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait relevé l'« incroyable imprudence » de l'archéologue et conclut à une faute personnelle détachable de la mission de service public, car présentant une gravité certaine²⁷². L'État fut alors appelé en garantie par l'archéologue : le juge administratif, après avoir relevé que les fouilles s'exécutent conformément aux prescriptions imposées par la décision ministérielle et sous la surveillance d'un représentant accrédité de l'administration, en a déduit que les conditions de réalisation des fouilles de sauvetage archéologique doivent être précisées dans la décision ministérielle, faute de quoi il ne peut être reproché à l'archéologue d'avoir eu une conduite à l'origine du préjudice. En l'absence de telles précisions fixées par l'État sur les conditions de réalisation de la fouille, l'imprudence commise par l'archéologue non-professionnel, collaborateur occasionnel du service public, dans le cadre de la fonction qui lui est confiée, nonobstant sa gravité, n'est pas détachable de la mission de service public à laquelle

²⁶⁹ C. patr., art. R. 523-3.

²⁷⁰ C. patr., art. L. 521-1.

²⁷¹ Maurice Hauriou, note sur CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, S.1923.III.57.

²⁷² Cass., civ. 1^{ère}, 21 octobre 1997, n° X95-21 583, *Corrocher, Dr. adm.*, 1998, n° 31.

l'archéologue apporte son concours bénévole et doit être regardée comme constitutive d'une faute de service commise par le collaborateur bénévole²⁷³.

La forte professionnalisation de l'archéologie depuis les années 2000 et l'institutionnalisation d'un droit d'archéologie préventive à partir de 2001 relèguent au loin cette hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État sur le fondement de la notion de collaborateur occasionnel du service public. Les fouilles de sauvetage sont devenues des opérations d'archéologie préventive dont la mise en œuvre est confiée soit à l'Institut national de recherche archéologique préventive, soit à des opérateurs spécialement agréés ou habilités, dont les compétences scientifiques et techniques sont la condition de l'agrément ou de l'habilitation.

C'est dans ce cadre que doivent également être réévaluées les modalités d'engagement de la responsabilité pour dommage de travaux publics lors de l'exécution de fouille. Appelé à statuer sur la responsabilité de tels dommages, survenus antérieurement à la loi de 2001 sur l'archéologie préventive, le Conseil d'État avait retenu la qualification de travaux publics pour des fouilles décidées par l'État et fixé la responsabilité de ce dernier pour des dommages causés aux tiers par l'exécution de ces fouilles²⁷⁴. Comme précédemment, le droit d'archéologie préventive à partir de 2001, a rebattu les cartes et, sur la question de la responsabilité des dommages, de nouvelles titularités sont apparues. Cette redistribution des responsabilités est cartographiée dans le libellé des deux premières phrases de l'article L. 523-8 du Code du patrimoine :

Art. L. 523-8, al. 1^{er} du Code du patrimoine

L'État assure la maîtrise scientifique des opérations de fouilles d'archéologie préventive mentionnées à l'article L. 522-1. Leur réalisation incombe à la personne projetant d'exécuter les travaux ayant donné lieu à la prescription. Celle-ci fait appel, pour la mise en œuvre des opérations de fouilles terrestres et subaquatiques, soit à l'établissement public mentionné à l'article L. 523-1, soit à un service archéologique territorial, soit, dès lors que sa compétence scientifique est garantie par un agrément délivré par l'État, à toute autre personne de droit public ou privé.

Dès lors, le coût des travaux complémentaires induit par la mise en œuvre de l'opération archéologique doit être supporté par l'aménageur. Ainsi, dans une espèce où l'aménageur recherchait la responsabilité de l'État et l'indemnisation par celui-ci du préjudice correspondant au coût des travaux nécessaires à la remise dans son état initial du terrain, le juge a considéré qu'

« il ne résulte [...] pas des dispositions précitées du Code du patrimoine que le choix des modalités de remise en état des terrains sur lesquels a été réalisée une opération d'archéologie préventive, lesquelles modalités sont sans rapport avec les volets scientifique et archéologique de cette opération, incombe à l'État »²⁷⁵.

²⁷³ TA, Clermont-Ferrand, 7 juillet 2000, *MAIF et M. Jacques Corrocher c/ ministre de la culture et de la communication*, req. n° 9801094.

²⁷⁴ CE, 8 janvier 1959, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Sieur Spinelli, Rec.*, p. 21. V. également TA, Orléans, 11 octobre 2001, *SCI du Parc de Chasles*, req. n° 98-2422 : l'effondrement d'un mur mitoyen dû à un défaut de précaution lors de l'exécution des travaux de fouille engage la responsabilité de l'État sans qu'un protocole d'accord prévoyant que le propriétaire du terrain prendrait des « mesures conservatoires » soit de nature à exonérer l'État de son obligation de réparation des dommages qui se rattachent à l'exécution de travaux publics.

²⁷⁵ CAA, Nantes, 7 décembre 2018, *Communauté de communes du pays de Château-Gontier*, req. n° 17NT00196.

Dans le même sens :

« l'option d'une fouille intégrale des niveaux archéologiques sur toute leur épaisseur a[yant] dû être retenue en l'absence de demande d'autorisation d'utilisation ou d'occupation du sol permettant de connaître le niveau de décaissement [...], la requérante n'est pas fondée à soutenir que l'augmentation du coût des travaux de fouilles du fait d'un décapage intégral serait imputable à l'État »²⁷⁶.

La maîtrise scientifique de l'archéologie par l'État est donc exclusive de tout engagement de responsabilité concernant les conséquences, sur le terrain, de la mise en œuvre des prescriptions d'archéologie préventive.

c) L'évasion d'une responsabilité préventive

Le service public de l'archéologie préventive, articulé sur une relation scénarisée entre l'État-prescripteur et l'aménageur-assujetti, élude le contrôle social sur la décision ou sur l'abstention de prescrire une mesure d'archéologie préventive. La question d'une participation ou d'une association du public, quelle qu'en puisse être la forme, n'intervient pas dans la mise en œuvre du droit de l'archéologie :

« [...] en vertu des dispositions des articles L. 521-1 et suivants et R. 523-1 à R. 523-59 du Code du patrimoine, les procédures menées au titre de l'archéologie préventive s'inscrivent dans une mission globale de l'État à fin de conservation ou de simple sauvegarde par l'étude scientifique des éléments du patrimoine archéologique qui en font l'objet et sont mises en œuvre dans le respect d'une conciliation raisonnable des exigences respectives de la recherche scientifique, de la conservation du patrimoine et du développement économique et social dont procède, notamment, l'exercice, par un propriétaire ou un aménageur, du droit de construire attaché au terrain à raison duquel il le détient ; [...] **ces procédures n'ont pas, pour l'autorité administrative, d'effet contraignant à l'égard des tiers, s'agissant particulièrement de la motivation des décisions prises en vue de leur mise en œuvre, et ne sont [...] soumises à aucune procédure d'enquête publique, de débat ou de consultation du public** ; [...] enfin, elles n'ont par elles-mêmes et en tant que telles, aucune incidence de droit directe sur l'autorisation de construire, elle-même délivrée sur le fondement d'une législation distincte »²⁷⁷.

La trajectoire normative est claire : le principe de participation qui, depuis la ratification en 2002 de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement²⁷⁸, adoptée le 25 juin 1998, diffuse dans les processus décisionnels intéressant les politiques environnementales et, partant, patrimoniales, est exclu du champ des procédures qui gouvernent l'archéologie préventive. Nul enquête publique, débat ou consultation du public dans la construction de la décision de prescrire (ou de s'abstenir de prescrire) une opération d'archéologie préventive. L'expertise archéologique ressort du domaine exclusif de l'État. Dans cet angle mort du principe de participation sourde une question sur le contrôle social des politiques publiques déployées dans le champ de l'archéologie. Plus particulièrement, en matière d'archéologie

²⁷⁶ CAA, Lyon, 15 novembre 2018, *Communauté de communes du Pays du Cheylard*, req. n° 16LY02868.

²⁷⁷ TA, Marseille, ord. 1^{er} décembre 2017, *Association Ciq Saint Victor Corderie Tellene*, req. n° 1708802.

²⁷⁸ Décret n° 2002-1187 du 12 septembre 2002 portant publication de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (ensemble deux annexes), faite à Aarhus le 25 juin 1998, *JO* 21 septembre 2002, p. 15563.

préventive, il apparait nettement que l'évaluation de l'intérêt archéologique par l'État n'admet aucune concurrence. Dans l'exercice de cette responsabilité préventive de l'État, d'où découlent des obligations de protéger le patrimoine archéologique, le droit de l'archéologie ne tire les conséquences ni d'une situation où l'État n'endosserait pas cette responsabilité préventive, ni d'un intérêt archéologique mal évalué.

En Italie, le rôle de l'État est établi par l'article 9 de la Constitution italienne, qui lui impose une obligation générale de protection concernant le paysage et le patrimoine historique et artistique de la nation²⁷⁹. En ce qui concerne plus particulièrement le patrimoine archéologique, le Code des biens culturels et du paysage (CBCP)²⁸⁰ réserve à la compétence de l'État (Ministère des biens culturels, MIBACT) les recherches archéologiques et les découvertes archéologiques (art. 88 CBCP) et prévoit que le MIBACT peut accorder une concession administrative à des personnes morales publiques ou privées, ou à des particuliers, aux fins de recherche archéologique (art. 89 CBCP)²⁸¹.

La surveillance sur le territoire afin d'assurer la protection du patrimoine est assurée par les Surintendances (notamment par les Surintendances pour les biens archéologiques), détachements périphériques du MIBACT qui doivent obligatoirement donner leur avis lors de l'élaboration des plans structurels

Compte tenu de leurs compétences en matière de gestion du territoire afin de délivrer les autorisations et licences résidentielles ainsi que des permis de construire, les collectivités locales – notamment les communes – doivent être tenues au courant de la présence de témoignages du passé et, particulièrement, de l'existence de sites et de biens d'intérêt archéologique par les surintendances compétentes.

[Manlio Frigo]

²⁷⁹ D'après l'article 9 de la Constitution italienne : « *La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione* ».

²⁸⁰ Décret législatif n° 42 du 22 janvier 2004 portant Code des biens culturels et du paysage (CBCP).

²⁸¹ Art. 88 du CBCP : « *(Attività di ricerca) 1. Le ricerche archeologiche e, in genere, le opere per il ritrovamento delle cose indicate all'articolo 10 in qualunque parte del territorio nazionale sono riservate al Ministero. 2. Il Ministero può ordinare l'occupazione temporanea degli immobili ove devono eseguirsi le ricerche o le opere di cui al comma 1. 3. Il proprietario dell'immobile ha diritto ad un'indennità per l'occupazione, determinata secondo le modalità stabilite dalle disposizioni generali in materia di espropriazione per pubblica utilità. L'indennità può essere corrisposta in denaro o, a richiesta del proprietario, mediante rilascio delle cose ritrovate o di parte di esse, quando non interessino le raccolte dello Stato* » / Art. 89 CPCP: « *(Concessione di ricerca) 1. Il Ministero può dare in concessione a soggetti pubblici o privati l'esecuzione delle ricerche e delle opere indicate nell'articolo 88 ed emettere a favore del concessionario il decreto di occupazione degli immobili ove devono eseguirsi i lavori. 2. Il concessionario deve osservare, oltre alle prescrizioni imposte nell'atto di concessione, tutte le altre che il Ministero ritenga di impartire. In caso di inosservanza la concessione è revocata. 3. La concessione può essere revocata anche quando il Ministero intenda sostituirsi nell'esecuzione o prosecuzione delle opere. In tal caso sono rimborsate al concessionario le spese occorse per le opere già eseguite ed il relativo importo è fissato dal Ministero. 4. Ove il concessionario non ritenga di accettare la determinazione ministeriale, l'importo è stabilito da un perito tecnico nominato dal presidente del tribunale. Le relative spese sono anticipate dal concessionario. 5. La concessione prevista al comma 1 può essere rilasciata anche al proprietario degli immobili ove devono eseguirsi i lavori. 6. Il Ministero può consentire, a richiesta, che le cose rinvenute rimangano, in tutto o in parte, presso la Regione od altro ente pubblico territoriale per fini espositivi, sempre che l'ente disponga di una sede idonea e possa garantire la conservazione e la custodia delle cose medesime* ».

C. Les responsabilités subsidiaires des collectivités territoriales

Le Code du patrimoine, notamment son Livre 5 intitulée *Archéologie*, n'est pas le lieu de la décentralisation des politiques du patrimoine. Lors de la codification du droit du patrimoine en 2004²⁸², le Code du patrimoine ne collectait que les législations concentrant les responsabilités de l'État en matière de protection et de conservation du patrimoine culturel. Pour autant, le Code du patrimoine ne résume pas le droit du patrimoine, dont le périmètre excède les limites du Code du patrimoine. Dans ces débords, le Code de l'urbanisme attribue aux collectivités territoriales des responsabilités de protection du patrimoine culturel situé sur leur territoire.

1. Des responsabilités décentralisées en matière de protection urbanistique

La première inscription de l'archéologie dans le Code de l'urbanisme a été opérée lors de la réécriture en 1977 du règlement national d'urbanisme (RNU)²⁸³ ; un article R. 111-3-2 a été inséré parmi les dispositions d'ordre public du RNU :

Le permis de construire peut être refusé ou n'être accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les constructions sont de nature, par leur localisation, à compromettre la conservation ou la mise en valeur d'un site ou de vestiges archéologiques.

Depuis, cette disposition a été renumérotée pour figurer à l'article R. 111-4 du Code de l'urbanisme ; son champ d'application a été étendu par la substitution du terme *projet* à *permis de construire* – la dénomination *projet* comprend toute opération d'urbanisme soumis à déclaration préalable, permis de construire ou permis d'aménager – et la condition liée à la localisation a été assortie de restrictions sur les caractéristiques du projet²⁸⁴.

Dans le champ des autorisations d'urbanisme, une semblable disposition concerne le permis de démolir :

Art. L. 421-6, al. 2 du Code de l'urbanisme

Le permis de démolir peut être refusé ou n'être accordé que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si les travaux envisagés sont de nature à compromettre la protection ou la mise en valeur du patrimoine bâti ou non bâti, du patrimoine archéologique, des quartiers, des monuments et des sites.

La mention relative au patrimoine archéologique est un des apports de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

En matière de planification, le principal ressort d'une prévention des atteintes au patrimoine archéologique par des projets d'urbanisme résulte de l'article L. 151-19, qui reprend l'économie du dispositif posé auparavant par l'article L. 123-1, 7° du Code de l'urbanisme. L'archéologie est alors comprise parmi les motifs d'ordre historique qui fondent la protection que peut initier

²⁸² Ordonnance n° 2004-178 du 20 février 2004 relative à la partie législative du Code du patrimoine, *JO* 24 février 2004, p. 3707. V. : Marie Cornu, « A propos de l'adoption du Code du patrimoine, quelques réflexions sur les notions partagées », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1452.

²⁸³ Décret n° 77-755 du 7 juillet 1977 modifiant le Code de l'urbanisme et relatif aux règles nationales d'urbanisme, *JO* 10 juillet 1977, p. 3650.

²⁸⁴ C. urb., art. R. 111-4 : « Le projet peut être refusé ou n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales s'il est de nature, par sa localisation et ses caractéristiques, à compromettre la conservation ou la mise en valeur d'un site ou de vestiges archéologiques ».

un plan local d'urbanisme :

Art. L. 151-19 du Code de l'urbanisme

Le règlement peut identifier et localiser les éléments de paysage et identifier, localiser et délimiter les quartiers, îlots, immeubles bâtis ou non bâtis, espaces publics, monuments, sites et secteurs à protéger, à conserver, à mettre en valeur ou à requalifier pour des motifs d'ordre culturel, historique ou architectural et définir, le cas échéant, les prescriptions de nature à assurer leur préservation leur conservation ou leur restauration. [...].

Sur le double volet de la planification urbanistique de leur territoire et de la gestion des autorisations d'urbanisme, les communes ou groupements de communes peuvent déployer, de manière autonome, une politique de protection du patrimoine archéologique et de prévention des atteintes irréversibles que des projets d'aménagement seraient susceptibles de produire sur ce patrimoine enfoui²⁸⁵. C'est alors l'intérêt local qui fonde cette responsabilité que ces collectivités territoriales sont libres d'exercer sur le patrimoine situé dans leur ressort territorial ; la notion de *patrimoine d'intérêt local* a été reconnue par le Conseil d'État²⁸⁶.

Dans l'exercice de leurs compétences en matière d'urbanisme, les communes et leurs groupements peuvent ainsi assurer, en propre, une responsabilité sur la conservation et la mise en valeur du patrimoine archéologique. A ce titre, elles peuvent assurer une protection particulière des sites et gisements archéologiques en classant les terrains concernés en 'zone N' – secteurs à protéger en raison, notamment, de leur intérêt esthétique, historique ou écologique (article R. 151-24 du Code de l'urbanisme). Cette démarche a été validée par le juge administratif²⁸⁷, qui a par ailleurs reconnu que l'ouverture à l'urbanisation de terrains renfermant dans leur sous-sol des vestiges archéologiques constitue une erreur manifeste d'appréciation²⁸⁸.

2. Des responsabilités auxiliaires en périphérie des prérogatives de l'État

Le droit de l'archéologie préventive associe les collectivités territoriales dans le double registre de la prévention et de la mise en œuvre des opérations de diagnostic et de fouilles archéologiques.

Sur le terrain de la prévention, les collectivités territoriales peuvent apporter leur concours à l'établissement de la carte archéologique nationale dont la primo-responsabilité relève de l'État ; l'article L. 522-5 du Code du patrimoine circonscrit les collectivités territoriales au rôle d'auxiliaire dans l'exercice de cette responsabilité :

Art. L. 522-5, al. 1^{er} du Code du patrimoine

Avec le concours des établissements publics ayant des activités de recherche archéologique et des collectivités territoriales, l'État dresse et met à jour la carte archéologique nationale. Cette carte

²⁸⁵ Sur l'application par des communes de l'article R. 111-3-2 (devenu R. 111-4) du Code de l'urbanisme : CE, 16 janvier 1985, *M. Baron*, req. n° 47949 ; CE, 25 juillet 1985, *Commune de Maisons-Laffitte*, req. n° 58368, 64969 ; CE, 7 novembre 1990, *Fédération française de golf*, req. n° 112219, 112646, *Rec.*, p. 312.

²⁸⁶ CE, 27 août 2001, *Ville de Rennes*, req. n° 236374.

²⁸⁷ CAA, Lyon, 10 déc. 1993, *M. L'Hôtler et autres*, req. n° 93LY00241, *Études foncières 1994*, n° 63, p. 41.

²⁸⁸ TA, Poitiers, 4 juillet 1990, *Préfet de la région Poitou-Charente c/ Commune de Civeaux*, req. n° 88922 ; CE, 13 mars 1998, *Société GSM Auvergne - Val-de-Saône*, req. n° 148953 ; CE, 10 juin 1992, *Société pour l'étude et la protection de la nature en Bretagne*, req. n° 112389.

rassemble et ordonne pour l'ensemble du territoire national les données archéologiques disponibles.

Cette fonction auxiliaire attribuée aux collectivités territoriales, en matière d'inventaire du patrimoine archéologique présent sur leur territoire, peut intervenir au soutien d'une politique locale de prévention des atteintes au patrimoine archéologique dans le cadre de l'élaboration et de la mise en œuvre des documents et autorisations d'urbanisme par les communes et leurs groupements. La carte archéologique peut alors nourrir la notion territorialisée de *patrimoine d'intérêt local*.

Dans la mise en œuvre des opérations d'archéologie préventive, les collectivités territoriales peuvent se doter de services archéologiques qui, sous réserve d'habilitation délivrée au vu de leurs capacités scientifique et technique (art. L. 522-8 du Code du patrimoine), peuvent se voir confier des opérations de diagnostic ou de fouille archéologique préventive. Dans leur fonction d'opérateur d'archéologie préventive, les collectivités territoriales peuvent ainsi décider d'une politique d'études du patrimoine archéologique, au service de la connaissance de l'histoire de leur territoire et d'actions de médiation, ainsi que d'exploitation scientifique et de mise en valeur des résultats de la recherche, par la voie de publications, d'expositions ou de valorisation muséale. Cette voie que peuvent emprunter les collectivités territoriales pour décider d'une telle politique archéologique locale repose sur la clause générale de compétence dont bénéficient les collectivités territoriales suivant les termes de l'article L. 1111-2 du Code général des collectivités territoriales.

Si le droit de l'archéologie préventive et, auparavant depuis 1977, l'inscription dans le droit de l'urbanisme de dispositions orientées sur une protection locale du patrimoine archéologique, rééquilibrent la distribution des responsabilités entre l'État et les collectivités territoriales, cet équilibre est marqué par l'articulation entre l'intérêt public national de protection du patrimoine archéologique, qui sous-tend l'action de l'État, et l'intérêt public local qui ressort de la clause générale de compétence des collectivités territoriales. Dans cette répartition des responsabilités, entre le local et le national, c'est un double registre, fondé sur la complémentarité des compétences dans le champ de l'archéologie, qui s'institue. L'article L. 1111-2 du Code général des collectivités territoriales dispose qu'elles « règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence » et qu'elles « concourent avec l'État à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique [...] ». A ce titre, entrent dans le champ de compétence des collectivités territoriales les préoccupations qui répondent à un intérêt public local dont le commissaire du gouvernement Corneille rappelait en 1921 qu'il intéresse « la collectivité des intérêts particuliers des habitants de la circonscription »²⁸⁹. L'action publique locale doit ainsi « serv[ir] des intérêts collectifs qui, en l'état des conceptions politico-juridiques du moment, sont regardés comme légitimant l'engagement de la collectivité publique »²⁹⁰.

²⁸⁹ CE, 21 janvier 1921, *Syndicat des agents généraux des compagnies d'assurances du territoire de Belfort*, req. n° 54413, *Rec.* 1921, p. 82 ; S.1921.III.33.

²⁹⁰ Emmanuel Glaser et François Séners, « Le Conseil d'État précise la notion d' 'intérêt public local' », *JCP A*, n° 32, 2 août 2004, p. 1531.

Au Royaume-Uni, le patrimoine archéologique est divisé en deux catégories : le patrimoine protégé ou désigné ; le patrimoine non protégé, sans désignation.

Les sites désignés (monuments classés, bâtiments classés, sites d'épaves protégés, champs de bataille classés, parcs et jardins classés et sites du patrimoine mondial) sont sous la responsabilité du propriétaire qui doit les entretenir et les conserver au nom de l'État. L'État en assure le suivi et a le pouvoir d'agir lorsque l'entretien est insuffisant ou que des dommages surviennent, bien qu'il n'y ait pas de dialogue régulier avec les propriétaires et que l'État s'appuie sur les rapports de tiers pour l'évaluation. Il existe des enveloppes financières (limitées) pour faciliter l'entretien si nécessaire, et il existe diverses initiatives à l'échelle de l'État pour la recherche, l'évaluation et la gestion de ces sites, à la fois sur une base individuelle et dans un sens plus holistique par le biais d'évaluations du paysage et du zonage. Le propriétaire d'un site désigné peut être l'État lui-même, une organisation caritative – National Trust – ou un propriétaire foncier privé ou une entreprise. La désignation d'un site comme site d'intérêt national n'a aucune incidence sur son statut de propriété.

Les sites non désignés doivent être entretenus par le propriétaire foncier, mais il n'y a aucune obligation légale de le faire et l'État n'a pas le pouvoir d'intervenir si un dommage est constaté. Certains sites peuvent être gérés par la mise en œuvre d'accords volontaires, ce qui est souvent le cas dans l'agriculture pour les sites ruraux, ou lorsque des travaux d'infrastructure affecteront l'archéologie.

Les fouilles relatives aux travaux liés à l'aménagement du territoire sont définies et réglementées par les autorités locales, conformément à la politique nationale d'aménagement du territoire, qui repose elle-même sur les principes énoncés dans la convention (révisée) de 1992 du Conseil de l'Europe pour la protection du patrimoine archéologique. Les fouilles archéologiques non liées à la planification ne sont pas réglementées. De nombreux sites archéologiques sont évalués et surveillés par des membres de la communauté locale et des associations de bénévoles qui signalent les problèmes, mais le pouvoir d'agir officiellement sur ces questions est limité par des règles de propriété foncière qui l'emportent sur l'importance archéologique.

La protection des sites archéologiques se fait essentiellement par le biais du droit de l'urbanisme lors de l'octroi ou le refus de permis de construire. L'autorité qui délivre les permis de construire est la collectivité locale. Mais l'équilibre entre le développement économique ou social et la protection du patrimoine archéologique s'établit le plus souvent au détriment de l'archéologie.

Quant aux fouilles qui ne sont pas liées à un permis de construire ou un aménagement, elles ne sont pas réglementées ; elles peuvent être entreprises librement.

[Sophie Vigneron]

D. Une jurisprudence faible de la CEDH : une responsabilité de l'État dépourvue d'obligations

Au niveau international se joue une autre partition sur la distribution des responsabilités et, partant, des titularités sur la protection, la conservation et l'accès au patrimoine archéologique.

L'équilibre fonctionnel de la communauté internationale où « chaque État consent à respecter les limites que la souveraineté des autres trace à la sienne »²⁹¹ s'épuise aujourd'hui sur les revendications de groupes sociaux et de communautés, autrement nommés société civile²⁹²,

²⁹¹ Alain Papaux et Eric Wyler, *L'éthique du droit international*, Paris, PUF, 1997, p. 42.

²⁹² Sunil Khilnani, « La 'société civile', une résurgence », *Critique internationale*, n° 10, janvier 2001, pp. 38-50 ;

symptômes d'un déplacement du centre de gravité du droit international²⁹³. Adossé à ce contexte, le droit international du patrimoine culturel a opéré une mue à partir de 2005, jusqu'à redistribuer ou attribuer la titularité d'un droit au patrimoine – projection de droits culturels – à des groupes sociaux ou des communautés humaines infra-étatiques ou trans-étatiques. C'est dans cette transition que s'inscrit une part des dispositions de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée le 13 septembre 2007²⁹⁴. Par la voie de son rapporteur spécial, la Commission des droits de l'homme a ainsi considéré que les peuples autochtones « devraient être reconnus comme les principaux gardiens et interprètes de leurs cultures, de leurs arts et de leurs sciences, créés dans le passé ou développés à l'avenir »²⁹⁵.

Dans le champ du droit de l'archéologie et des communautés autochtones, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a rendu en 2019 une décision inédite. En l'espèce, à l'origine de cette décision Zeynep AHUNBAY et autres contre la Turquie, le projet d'Ilisu en 1954 de création d'un barrage et d'une centrale hydroélectrique sur le fleuve Tigre qui représentait une menace pour Hasankeyf, berceau d'un héritage archéologique et culturel de plus de 12 000 ans.

Or, en 1978, plusieurs centaines de vestiges et monuments d'Hasankeyf ont été classés « site archéologique de premier degré ». Puis, en 1998, des fouilles archéologiques ont débuté. Les découvertes effectuées sur près de trois cent sites couvraient les périodes allant de l'âge paléolithique jusqu'au Moyen-Âge et selon les estimations, 80 % d'Hasankeyf devait rester à l'abri de l'inondation. Il était alors prévu que les monuments qui seraient recouverts par les eaux du barrage soient démontés puis déménagés afin d'être remontés à l'image de leur état et position d'origine dans un parc culturel national. En 2005, après avoir identifié des parcelles à exproprier sur Hasankeyf, une déclaration d'utilité publique a été publiée par le ministère de l'Énergie et des Ressources Naturelles. Et en 2006 a été décrétée l'expropriation d'urgence qui sera mise en exécution de sorte que le chantier puisse commencer. En 2019, plus de 90% des travaux de construction du barrage avaient été effectués et les déplacements de biens archéologiques se poursuivaient. Une action administrative en annulation du projet a été initiée dès 1999.

Devant la CEDH les requérants estimaient que « la destruction d'un patrimoine archéologique de plusieurs milliers d'années, lequel devrait durablement faire l'objet de divers types d'études, violerait non seulement le droit à l'instruction de l'humanité d'aujourd'hui mais aussi celui des générations à venir. Les requérants considèrent que chaque individu a le droit de connaître le patrimoine culturel ainsi que de partager librement le savoir culturel, sans quoi le droit à l'information serait entravé et le transfert des valeurs entre les civilisations interrompu »²⁹⁶.

Les requérants appuyaient également leur demande en se référant à la Convention européenne

Béatrice Pouligny, « Acteurs et enjeux d'un processus équivoque. La naissance d'une 'internationale civile' », *Critique internationale*, n° 13, octobre 2001, pp. 163-176.

²⁹³ Vincent Négri, « L'éthique du droit international dans la restitution des restes humains » in Géraldine Goffaux-Callebaut, *Ethique et patrimoine culturel*, Paris, L'Harmattan, pp. 301-312.

²⁹⁴ A/RES/61/295. Sur la question des peuples autochtones et des enjeux de l'autochtonie, voir l'ouvrage pionnier d'Isabelle Schulte-Tenckhoff, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1997.

²⁹⁵ Erica-Irene Daes, *Protection du patrimoine des populations autochtones*, Rapport final, 21 juin 1995, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, doc. E/CN.4/Sub.2/1995/26, p. 9.

²⁹⁶ §16 de l'arrêt.

de sauvegarde du patrimoine archéologique de 1992 et en rappelant que « ce texte érige un principe universel pour la sauvegarde et la mise en valeur du patrimoine représentatif de toutes les formes d'expression culturelle ayant vu le jour tout au long de l'histoire d'un territoire donné, indépendamment du contexte politique qui règne dans ce territoire à tel ou tel moment »²⁹⁷.

La Cour dans sa décision observe la prise de conscience progressive des valeurs liées à la conservation de l'héritage culturel ainsi qu'à l'accès à celui-ci²⁹⁸. Puis la Cour se dit prête à considérer qu'une communauté de vue existe à l'échelle européenne et internationale qui s'accorde sur la nécessité de protéger le droit d'accès à l'héritage culturel. Toutefois, elle constate dans le même temps que la protection vise aussi des situations et des réglementations qui portent d'une part sur le droit des minorités de jouir librement de leur propre culture. Et d'autre part elles portent sur le droit des peuples autochtones de conserver, contrôler et protéger leur héritage culturel²⁹⁹.

Ainsi, la Cour énonce que

« les droits liés à l'héritage culturel paraissent intrinsèques aux statuts spécifiques des individus qui bénéficient, en d'autres termes, à l'exercice des droits des minorités et des autochtones »³⁰⁰.

La Cour rappelle à cette occasion qu'elle a déjà pu accorder un poids à l'identité ethnique³⁰¹.

En revanche, la Cour n'observe

« aucun 'consensus européen' ni même une tendance parmi les États membres du Conseil de l'Europe qui aurait pu nécessiter une remise en cause de l'étendue des droits en question ou qui aurait autorisé que l'on inférât des dispositions de la Convention un droit individuel universel à la protection de tel ou de tel héritage culturel [...] »³⁰².

In fine, la Cour déclare la requête incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. Cependant, la CEDH donne ici à voir que les peuples autochtones et minorités culturelles sont susceptibles de bénéficier de droits à l'égard de leur héritage qui appelleraient à la mise en œuvre d'une responsabilité aménagée à leur égard. Cette hypothèse, si elle se confirmait pourrait alors être une application par la CEDH des principes posés aux articles 25 et 35 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007³⁰³. En effet, à l'article 25 se retrouve le droit pour les peuples autochtones « de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures ». Et à l'article 35 il est affirmé que « les peuples autochtones ont le droit de déterminer les responsabilités des

²⁹⁷ §17 de l'arrêt.

²⁹⁸ §22 de l'arrêt.

²⁹⁹ §23 de l'arrêt.

³⁰⁰ §24 de l'arrêt.

³⁰¹ V., par exemple, CEDH, 2001, *Chapman c/ Royaume-Unis*, req. n° 27238/95, §§ 76 et 93 à 96.

³⁰² §25 de l'arrêt.

³⁰³ *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, adoptée le 13 septembre 2007 par l'Assemblée générale des Nations unies, A/RES/61/295.

individus envers leur communauté ».

En contrepoint la Cour européenne entérine un principe général de responsabilité de l'État sur le patrimoine archéologique, tout en exonérant l'État d'obligations vis-à-vis des usagers et de la société civile.

E. Refonder la responsabilité de l'État ?

Le surplomb de l'État sur le paysage juridique et institutionnel de l'archéologie, de même que sa position éminente dans les politiques publiques qui en découlent, s'inscrit dans une longue tradition de recours à l'autorité publique pour réguler la recherche archéologique, pour assurer si ce n'est la conservation des vestiges tout au moins l'étude et la restitution des résultats de la recherche, et pour garantir un accès de tous à la connaissance archéologique. Ce modèle de responsabilité projette la position éminente et la puissance de l'État dans la gouvernance de l'archéologie ; modèle que les dernières évolutions législatives, notamment par la loi du 7 juillet 2016, ont largement conforté. On peut également analyser la force réaffirmée de ce modèle comme une réaction traumatique aux volontés de libéralisation et de privatisation de l'archéologie qui se sont fait jour dans les années 2000 et qu'ont partiellement traduites une loi du 1^{er} août 2003³⁰⁴. De ce point de vue, il peut être décelé dans cette centralité renouvelée de la puissance publique un motif légitime de court-circuiter des idéologies politiques qui envisagent l'archéologie plus comme un obstacle au développement que comme un atout ou une valeur ajoutée à la société.

Pour autant, cette responsabilité cardinale et quasi exclusive de l'État envers le patrimoine archéologique élude d'autres formes de responsabilité publique et obère des modes d'implication de la société sur les questions, tant de conservation et de sauvegarde du patrimoine archéologique et de diffusion que de diffusion de la connaissance archéologique. Cette observation est renforcée par une responsabilité limitée de l'État dans l'exercice des droits régaliens qu'il détient en la matière et par une faible articulation entre ces prérogatives de puissance publique et les compétences juridiques octroyées à d'autres acteurs publics dans le champ de l'archéologie, au premier rang desquels figurent les collectivités territoriales, cantonnées pour l'essentiel au rôle d'opérateur pour l'archéologie préventive. On est loin de l'*utilité communale* de l'archéologie à laquelle il était fait référence en 1846³⁰⁵.

Sur un autre versant, la fonction et, partant, la responsabilité de la société envers l'archéologie demeure dans une indétermination, alors que s'instille dans les politiques publiques le droit de participer à la vie culturelle ; principe qui se diffuse dans le sillage de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, adoptée en 1948. Comme le souligne Céline Romainville :

« Quant aux objectifs de démocratisation de la culture, de démocratie culturelle et de diversité culturelle, leur mise en œuvre appelle aujourd'hui une ouverture des politiques culturelles vers de nouveaux horizons et une redéfinition des rapports

³⁰⁴ *Préc.*

³⁰⁵ *V. supra.*

entre l'échelon national, local et supranational »³⁰⁶.

Dès lors que l'archéologie relève d'un intérêt commun, la mise en forme de cet intérêt et la distribution des titularités pour en partager la responsabilité peuvent-elles être assurées en marge de cette dynamique culturelle contemporaine ? Cette question est sans doute d'autant plus prégnante que la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, adoptée à Faro le 27 octobre 2005 inverse les processus traditionnels de protection en attribuant aux populations un pouvoir de qualification et de reconnaissance du patrimoine culturel, opérant par là-même une métamorphose de la notion de patrimoine national – notion désormais polymorphe sur laquelle se joue la constitution de patrimoines supra ou infra-étatiques, sources d'identités territoriales – et ouvrant la voie à une recomposition du concept de patrimoine³⁰⁷. Ce n'est alors plus tant un public destinataire et bénéficiaire des politiques publiques patrimoniales, que des usagers qui en sont désormais les acteurs. Le droit de l'archéologie, en ce qu'il installe un intérêt commun sur le patrimoine archéologique, peut-il – doit-il – demeurer en marge de ces évolutions normatives et de ces dynamiques sociales, et selon quelle légitimité ?

Refonder la responsabilité de l'État pour installer une figure de patrimoine commun archéologique peut dès lors emprunter trois voies :

- **(re)définir les modalités d'un contrôle social des politiques et des décisions publiques** en matière de protection et de sauvegarde du patrimoine archéologique et d'accès à la connaissance archéologique. Sur le terrain des mesures de sauvegarde du patrimoine archéologique, le principe de conciliation, point d'articulation du droit de l'archéologie préventive, peut être le ressort d'un tel contrôle social.

- **redistribuer les responsabilités vis-à-vis du patrimoine archéologique** entre les différentes collectivités publiques gestionnaire du territoire, en insérant un item dans l'article L. 101-2 du Code de l'urbanisme ; l'objectif est de renforcer l'intégration du patrimoine archéologique, suivant le principe de conciliation posé par l'article L. 522-1 du Code du patrimoine, dans les politiques d'urbanisme.

Le 1° de cet article pourrait être rédigé ainsi :

Art. L. 101-2 du Code de l'urbanisme [*proposition de complément*]

Dans le respect des objectifs du développement durable, l'action des collectivités publiques en matière d'urbanisme vise à atteindre les objectifs suivants :

1° L'équilibre entre :

- a) Les populations résidant dans les zones urbaines et rurales ;
- b) Le renouvellement urbain, le développement urbain maîtrisé, la restructuration des espaces urbanisés, la revitalisation des centres urbains et ruraux, la lutte contre l'étalement urbain ;
- c) Une utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités

³⁰⁶ Céline Romainville, « Le droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel comparé », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 29, 2013, p. 567.

³⁰⁷ Sur cette question : Vincent Négri, « Dynamiques de la diversité dans la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société », in Vincent Négri (dir.), *La diversité dans la gouvernance internationale. Perspectives culturelles, écologiques et juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 55-71.

agricoles et forestières et la protection des sites, des milieux et paysages naturels ;

d) La sauvegarde des ensembles urbains et la protection, la conservation et la restauration du patrimoine culturel, **la conservation et la sauvegarde par l'étude des gisements et des sites archéologiques** ;

e) Les besoins en matière de mobilité ;

[...]

- **(ré)articuler les compétences de l'État et des collectivités territoriales** sur la question de la conservation du patrimoine archéologique – en affichant une distinction claire avec la sauvegarde par l'étude – notamment dans le cadre de l'archéologie préventive. Aujourd'hui, le principe de conservation est fixé par l'article L. 522-3 du Code du patrimoine qui dispose, dans son deuxième alinéa que « lorsque l'intérêt des vestiges impose leur conservation, l'autorité administrative notifie au propriétaire une instance de classement de tout ou partie du terrain dans les conditions prévues par les dispositions relatives aux monuments historiques ». Le principe de conservation est réduit à la seule voie d'une protection au titre des monuments historiques, selon les dispositions du Livre 6 du Code du patrimoine. C'est une approche tronquée du principe de conservation qui ignore les attributions des collectivités territoriales dans l'exercice de leurs compétences en matière d'instruction et de délivrance des autorisations d'urbanisme. Or l'article R. 111-4 du Code de l'urbanisme – disposition d'ordre public du règlement national d'urbanisme – prévoit qu'un permis de construire, un permis d'aménager ou une déclaration préalable puisse « être refusé ou n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales s'il est de nature, à compromettre la conservation ou la mise en valeur d'un site ou de vestiges archéologiques³⁰⁸ ». Quant au permis de démolir, un tel dispositif est énoncé à l'article L. 421-6, al. 2, de ce même code.

Il devrait donc être envisagé une double voie pour édicter une mesure de conservation du patrimoine archéologique, par une réécriture de l'article L. 522-3 du Code du patrimoine, qui ne conserverait que son premier alinéa – lequel traite une autre question, à savoir la relation entre les prescriptions d'archéologie préventive et la redevance – et l'introduction d'un nouvel article L. 522-3-1 dédié à la mise en forme juridique du principe de conservation.

Art. L. 522-3-1 du Code du patrimoine *[nouvel article]*

Lorsque l'intérêt des vestiges impose leur conservation, l'autorité administrative notifie au propriétaire une instance de classement de tout ou partie du terrain dans les conditions prévues par les dispositions relatives aux monuments historiques.

Lorsque l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation d'urbanisme reçoit une prescription d'archéologie préventive soulignant l'intérêt des vestiges, elle peut fonder un refus du projet ou l'assortir de prescriptions spéciales, motivé par la conservation du site ou des vestiges archéologiques, suivant les dispositions, selon les cas, des articles Art. L. 421-6 et R. 111-4 du Code de l'urbanisme.

Un tel dispositif renforcerait la portée du principe de conservation qui figure parmi les mesures que l'État peut prendre au titre de l'archéologie préventive, suivant l'objectif de conciliation prévue par l'article L. 521-1 ; l'objectif de conservation du patrimoine archéologique serait ainsi rehaussé et participerait des politiques publiques archéologiques, au même titre que la

³⁰⁸ V. *supra*

détection et la sauvegarde par l'étude. Sous cet objectif de conservation peut ainsi s'installer une prise en charge d'un intérêt commun archéologique par les différentes collectivités publiques exerçant des compétences en matière de gestion du territoire.

II. La responsabilité en cas d'atteinte au patrimoine archéologique

L'engagement des responsabilités à la suite d'une atteinte au patrimoine archéologique suppose que les conditions classiques de la responsabilité soient établies, à savoir la faute, le dommage et le lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage. La particularité du contentieux archéologique est qu'il se noue quasi exclusivement devant le juge pénal, ce qui suppose préalablement à toute action qu'une infraction protégeant le patrimoine archéologique ait été commise (A). Sur le plan procédural, cette infraction considérée comme le fait générateur du dommage, entraîne l'exercice de l'action publique et éventuellement d'une ou plusieurs actions civiles. Ce n'est qu'une fois que le prévenu aura été reconnu pénalement responsable et les actions civiles déclarées recevables que la question de la réparation des préjudices causés par l'infraction se posera (B).

A. La commission d'une infraction protégeant le patrimoine archéologique comme fait générateur

Dès lors que le contentieux se noue devant le juge pénal, l'existence d'une infraction est la condition préalable absolument nécessaire à l'étude de la responsabilité des auteurs d'atteintes au patrimoine archéologique, et *a fortiori* de la question de la réparation des préjudices nés de cette atteinte. La construction du droit pénal de l'archéologie a été progressive et a consisté en la stigmatisation des comportements ne répondant pas aux exigences d'une pratique scientifique de l'archéologie (1). Aujourd'hui, si peu de comportements dommageables échappent à une incrimination (2), les sanctions assorties apparaissent encore trop peu dissuasives (3).

1. L'incrimination des comportements privant l'objet de son contexte

Le renversement de paradigme qu'a connu l'archéologie dans la seconde moitié du XIX^e siècle a totalement bouleversé la discipline et sa pratique. L'essentiel de la connaissance est désormais produit lors de la fouille, par l'analyse de la localisation de l'objet dans l'espace géographique ainsi que de son positionnement dans les couches stratigraphiques. Aussi la seule collecte de l'objet par la fouille, bien qu'à l'origine de la discipline³⁰⁹, en brisant le lien qui unit l'objet au passé³¹⁰ ne répond plus à une démarche scientifique. Ce processus historique de plusieurs dizaines d'années a abouti à la séparation entre les archéologues scientifiques et les collectionneurs amateurs d'art dont les pratiques ont progressivement glissé vers l'illégalité³¹¹ à mesure que la fragilité du patrimoine archéologique s'est révélée et que le droit s'est construit. Car si une fouille répondant à une démarche scientifique a le pouvoir de révéler au bénéfice de

³⁰⁹ Claudie Voisenat, « L'expérience archéologique, une introduction » in Claudie Voisenat (dir.), *Imaginaires archéologiques*, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2008, pp. 5-33.

³¹⁰ Vincent Carpentier, « Halte au pillage ! », *Rev. Archéologique Ouest*, 2011, p. 290.

³¹¹ *Ibid.*

l'intérêt commun la somme de connaissances dont est porteur l'objet archéologique, les fouilles sauvages, au contraire, détruisent irrémédiablement ce patrimoine et les informations scientifiques et historiques qu'il contient. Nombreux sont donc les dangers qui guettent ce patrimoine fragile.

Fouilles incontrôlées et clandestines à l'aide de détecteurs de métaux, pillages et destructions intentionnelles de sites archéologiques terrestres ou maritimes, vol et recel ou encore participation à un trafic illicite d'objets archéologiques, sont autant de comportements qu'il est possible de regrouper sous le vocable d'« atteintes au patrimoine archéologique ». Souvent les maillons d'une même chaîne, ils s'entretiennent et s'alimentent. Ils sont donc dans la grande majorité des cas attachés directement ou indirectement à une destruction du contexte stratigraphique, et, partant, participent à la perte des connaissances historiques et scientifiques qui fondent la mémoire collective d'une communauté, d'un peuple ou d'une nation.

Si le patrimoine archéologique situé dans les pays en guerre et en proie au chaos est particulièrement exposé à ces destructions et ces pillages motivés par des raisons politiques, religieuses, militaires ou financières, ces comportements n'épargnent pas non plus celui des pays en paix, même s'ils sont motivés par d'autres logiques³¹². Le principal fléau est peut-être la pratique de plus en plus populaire de l'archéologie de loisir, à laquelle s'adonnent des détectoristes occasionnels ou réguliers à la recherche de trésors et bien souvent ignorants des enjeux scientifiques dont est porteuse l'archéologie, lorsqu'ils ne sont pas convaincus à tort de participer à la connaissance du passé³¹³. L'archéologie est en effet un domaine où les pratiques amateurs demeurent vivaces, probablement en raison de la fascination qu'exerce sur nos consciences cette discipline douée d'une puissance évocatrice sans commune mesure, où le passé surgit de manière tangible dans notre présent³¹⁴.

Les auteurs de ces atteintes ont deux motivations principales. Certains, animés par l'émotion d'être au contact de ces objets du passé, cherchent à les posséder. Ce sont les collectionneurs qui veulent se constituer une collection personnelle. D'autres alimentent le marché des antiquités afin de s'enrichir et sont alors motivés par la recherche du profit³¹⁵. Mais quel que soit leur projet, les auteurs de ces atteintes ont en commun de « ne porter d'intérêt qu'à l'objet issu du passé, quoi qu'il puisse révéler de la civilisation qui l'a produit »³¹⁶. En privant ainsi l'objet de son contexte, ils le réduisent à ses valeurs vénale et esthétique qui ne satisfont que leur intérêt personnel au détriment de l'intérêt commun auquel obéit finalement la démarche de l'archéologue, lequel construit l'héritage de notre humanité³¹⁷ et donne à ces découvertes une valeur patrimoniale et documentaire. Ils épuisent en outre, toujours pour leurs intérêts

³¹² Guillaume Rovet, Grégory Compagnon, Nicolas Minvielle-Larousse *et al.*, « Chasse au trésor et pillage du patrimoine archéologique : un enjeu de médiation » in Fabrice Denise, Daniel Jacobi (dir.), *Les médiations de l'archéologie*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon/OCIM, 2017.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ Claudie Voisenat, « L'expérience archéologique, une introduction », *op. cit.*

³¹⁵ Xavier Delestre, « Le détectorisme en France », *Can. J. Bioeth. Rev. Can. Bioéthique*, 2, Programmes de bioéthique, École de santé publique de l'Université de Montréal, 2019. p. 158

³¹⁶ Claudie Voisenat, *op. cit.*

³¹⁷ Gérard Aubin, « Le patrimoine archéologique : une source documentaire à gérer » in Vincent Négri (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 28.

personnels, une ressource publique non renouvelable³¹⁸.

Prenant conscience de la fragilité du patrimoine archéologique et de la gravité de ces comportements, le législateur est venu, par la loi du 27 septembre 1941³¹⁹, réserver la pratique de la discipline à des individus présentant des garanties scientifiques suffisantes et nécessaires à la transmission des connaissances contenues dans le gisement, tout en assortissant de sanctions pénales les fouilles incontrôlées et le défaut de déclaration des découvertes d'objets archéologiques³²⁰. Par cette loi, le législateur démontrait que la valeur principale du patrimoine archéologique résidait dans les connaissances dont il était porteur, et révélait par la même occasion l'intérêt de la collectivité tout entière à l'étude raisonnée de ce patrimoine ainsi que l'utilité publique de sa conservation.

C'est d'ailleurs l'un des rôles fondamentaux du droit pénal que de montrer le degré d'importance accordée par le législateur à une valeur sociale³²¹, toute incrimination visant justement à protéger une valeur jugée essentielle pour la société. Plus il y a d'infractions protégeant une même valeur sociale et plus les sanctions assorties sont lourdes, plus l'intérêt à la préservation de son intégrité se révèle. S'agissant du patrimoine archéologique, si la construction du système pénal a mis du temps et connu quelques errements³²², il semble aujourd'hui globalement satisfaisant et ne manque pas de révéler les différents intérêts qui sous-tendent la préservation du patrimoine archéologique. Cependant la faiblesse de certaines sanctions laisse planer un doute sur l'efficacité de la protection mise en place.

2. Un système pénal complet

D'un point de vue strictement quantitatif, il faut noter que peu voire aucun des comportements susceptibles de porter atteinte au patrimoine archéologique n'échappe à une incrimination. Trois séries d'infractions peuvent être recensées³²³ : des infractions préventives visant à empêcher la clandestinité des fouilles et la méconnaissance des objets qui en sont issus, des infractions de destruction, de dégradation et de détérioration et, enfin, des infractions sanctionnant la circulation illicite des biens archéologiques.

a) Les infractions préventives et les fouilles illicites

Le législateur a entendu réserver la pratique de l'archéologie à des professionnels qualifiés en

³¹⁸ Conseil national de la recherche archéologique, *Détecteurs de métaux et pillage : le patrimoine archéologique national en danger*, Rapport 2011, p. 4.

³¹⁹ Loi n° 41-4011 du 27 septembre 1941 relative à la réglementation des fouilles archéologiques.

³²⁰ L'article 19 de la loi du 27 septembre 1941 disposait que « Quiconque aura sciemment enfreint les prescriptions de l'article 1^{er} (...), de l'article 14, sera puni d'une amende de 1.000 à 20.000 francs, sans préjudice de l'action en dommages-intérêts qui pourra être exercée contre ceux qui auront contrevenu auxdits articles ».

³²¹ Philippe Conte, *Droit pénal spécial*, Paris, Lexis Nexis, 2016, 5^e éd., p. 2 : « Le Code pénal est le fidèle reflet des valeurs d'une époque, valeurs idéales mais aussi, en raison de la force contraignante particulière du droit pénal, valeurs réalisées.. » ; Véronique Jaworski, « Les représentations multiples de l'environnement devant le juge pénal », *Vertigo* [en ligne], 2015, p. 4 [consulté le 22 avril 2020].

³²² La loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 relative à la protection des collections publiques contre les actes de malveillance prévoyait par exemple une peine moins sévère en cas d'atteinte à un bien archéologique qu'en cas de dommage causé à d'autres biens dénués d'intérêt, si ce n'est celui de leur propriétaire.

³²³ Élisabeth Fortis, « La protection pénale du patrimoine archéologique » in Vincent Négri (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit, préc.*, p. 179.

soumettant, dans le domaine de l'archéologie terrestre, l'utilisation des détecteurs de métaux ainsi que la pratique des fouilles à une autorisation administrative préalable délivrée ponctuellement en considération, notamment, du projet et de la qualification du demandeur. La violation de ces dispositions étant susceptible de causer la perte irrémédiable de connaissances, le législateur en a organisé la répression³²⁴. L'utilisation d'un détecteur de métaux sans autorisation ainsi que les fouilles menées sans autorisation, malgré le retrait de l'autorisation ou en violation de ses prescriptions sont des infractions obstacles, c'est-à-dire qu'elles n'ont pas besoin de causer une atteinte effective au patrimoine archéologique pour être caractérisées. Seul l'objectif de la recherche doit être établi, à savoir la recherche d'objets ou de monuments intéressant la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie. Ainsi, une recherche même infructueuse ou aboutissant à des découvertes sans intérêt peut par exemple caractériser le délit de fouille sans autorisation, le législateur n'ayant finalement considéré que la finalité de la recherche³²⁵.

S'agissant de ce dernier délit dès lors, est une fouille tout creusement du sol, qu'elle qu'en soit la profondeur³²⁶, menée volontairement dans le but de découvrir des monuments ou des objets pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie³²⁷. Une multitude de comportements est donc susceptible de caractériser une fouille³²⁸. Sur le point de l'élément moral de l'infraction, le juge doit établir que le prévenu menait volontairement une fouille dans le but de trouver des objets archéologiques. Cette démonstration de l'élément moral résultera le plus souvent d'un faisceau d'indices comme la possession de nombreux exemplaires de revues dédiées à l'archéologie et d'objets découverts, ainsi que la détention d'un matériel performant³²⁹.

Peut aussi être classée dans cette première série d'infractions le défaut de déclaration de découvertes archéologiques réalisées lors d'une fouille autorisée ou fortuitement³³⁰, qui permet de prévenir toute tentative de soustraire à la connaissance de l'administration des découvertes

³²⁴ C. patr., art. R. 544-3 et L. 544-1 ; V. Gérard Launoy, « Le droit pénal et le droit civil au secours de l'archéologie contre les prospecteurs clandestins », *Dr. pén.* 2002, chron. n° 20.

³²⁵ CA, Rouen, ch. corr., 16 mars 1981.

³²⁶ CA, Rouen, ch. corr., 16 mars 1981.

³²⁷ Trib. corr., Saumur, 14 novembre 1980.

³²⁸ Ainsi en est-il du fait de se munir d'un outillage spécial pour gratter la terre (Trib. corr., Saumur, 14 novembre 1980 in Vincent Négri (dir.), *Protection pénale du patrimoine archéologique*, Lyon, éd. L'Hermès, 1992, p. 162) comme une pelle (CA, Nancy, 4^e ch. corr., 19 octobre 2000, *Dr. pén.* 2002, chron. 20, obs. Launoy *préc.*), ou encore de creuser la terre et des tranchées à l'aide d'engins mécaniques sur une durée de deux mois et demi (CA, Aix-en-Provence, 4 février 1993) ou des trous très profonds conduisant à la découverte d'un souterrain (CA, Riom, 11 juin 2015, n° 14/00294).

³²⁹ Le juge appréciera l'élément moral au regard notamment de la réputation d'un site archéologique de renommée internationale (Trib. corr., Chalon-sur-Saône, 27 avril 1984 in Vincent Négri (dir.), *Protection pénale du patrimoine archéologique, préc.*, p. 170) ou de la signalisation claire indiquant un site archéologique (Trib. corr., Lure, 22 mai 1985 in Vincent Négri (dir.), *Protection pénale du patrimoine archéologique, préc.* p. 81), des moyens utilisés, notamment un détecteur de métaux utilisé sur un site repéré comme un lieu riche en découvertes archéologiques et des documents invitant à une chasse au trésor pour découvrir des objets anciens (Trib. corr., Arras, 18 juin 1996), des objets retrouvés chez le prévenu attestant de son intérêt pour les biens archéologiques (CA, Paris, 15 juin 2016, n° 14/07014), ou encore de la qualification et des connaissances des prévenus (CA, Riom, ch. corr., 11 juin 2015, n° 14/00294).

³³⁰ C. patr., art. L. 544-2 et L. 544-5.

et de permettre à cette dernière de contrôler leur circulation.

Le régime de l'archéologie subaquatique et sous-marine est proche de celui de l'archéologie terrestre. Le patrimoine subaquatique et les biens culturels maritimes sont en effet exposés aux mêmes risques de pillage et de destruction du contexte, donc de perte de connaissances scientifiques, que ceux relatifs au patrimoine archéologique terrestre. Le Code du patrimoine précise d'ailleurs que « toute personne qui découvre un bien culturel maritime est tenue de le laisser en place et de ne pas y porter atteinte »³³¹.

Le code prévoit ainsi des obligations de déclaration de découvertes, de dépôt des biens découverts, d'autorisation administrative pour les fouilles, sondages et déplacements très proches de celles prévues en matière d'archéologie terrestre³³² et également sanctionnées pénalement³³³. Ces obligations sont apparues d'autant plus prégnantes que le législateur a prévu depuis longtemps que l'État devient propriétaire des biens culturels découverts dans le domaine public maritime dont le propriétaire ne peut être retrouvé.

b) Les infractions de destruction, de dégradation et de détérioration

La deuxième série d'infractions protégeant le patrimoine archéologique se compose des faits de destruction, de dégradation et de détérioration du patrimoine archéologique et de sa documentation.

En droit commun, ces faits sont aujourd'hui incriminés à l'article 322-3-1 du Code pénal –

Ils ne constituent pas une infraction spéciale, mais une circonstance aggravante de l'infraction de droit commun de destruction du bien d'autrui définie à l'article 322-1 du même code, élevant la peine maximale encourue à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende, cette dernière peine pouvant aller jusqu'à la moitié de la valeur du bien détruit. La nature même du patrimoine archéologique qui est définitivement constitué et dont « toute destruction est une donnée à jamais disparue »³³⁴ confère à cette infraction une place centrale dans la protection du patrimoine archéologique.

L'élément matériel de l'infraction y est entendu très largement. Les trois actes décrits permettent en effet de sanctionner toute atteinte au patrimoine archéologique sans égard à sa gravité, ce qui a permis à la jurisprudence d'affirmer que « l'infraction est établie (...) dès lors qu'une atteinte quelconque a été portée au terrain, une fouille même peu profonde pouvant irrémédiablement détruire un site »³³⁵. Les actes susceptibles de constituer une destruction, une dégradation ou une détérioration sont donc extrêmement variés³³⁶.

³³¹ C. patr., art. L. 532-3 al. 1^{er}.

³³² C. patr., art. L. 532-4 s.

³³³ C. patr., art. L. 544-5 s. - Pour une application : Cass., crim., 3 mars 2015, n° 14-80202 : prospection et prélèvement d'amphores sur une épave sans autorisation.

³³⁴ Colette Saujot-Besnier « Chronique juridique : la protection pénale des vestiges archéologiques terrestres », *Rev. Archéologique Ouest*, t. 16, 1999, p. 228.

³³⁵ CA, Dijon, ch. corr., 6 décembre 1984 (appel Trib. corr. Châlons-sur-Saône 27 avril 1984, *préc.*), in Vincent Négri (dir.), *Protection pénale du patrimoine archéologique*, *préc.*, p. 172.

³³⁶ Ainsi, les labourages d'un terrain à la profondeur où se trouvent des vestiges archéologiques (TGI, Le Mans, 3^e ch. corr., 17 avril 1981 in *Protection pénale du patrimoine archéologique*, *préc.*, p. 166), le grattage d'un site avec les pieds ou les mains (CA, Dijon, ch. corr., 6 décembre 1984), les prélèvements sans précaution et selon une méthode de creusement vertical (Trib. corr., Lure, 22 mai 1985) ou encore les travaux d'excavation et de

S'agissant du champ de l'infraction, l'article 322-3-1 renvoie à la définition du patrimoine archéologique de l'article L. 510-1 du Code du patrimoine, ce qui permet de protéger l'ensemble des découvertes archéologiques, mais aussi et surtout le contexte, le gisement, autrement dit la substance archéologique même contenant l'information. Ce renvoi à la définition de l'article L. 510-1 est une nouveauté bienvenue de la loi du 7 juillet 2016³³⁷ qui vient stabiliser le champ d'une infraction objet de nombreux errements législatifs. La loi du 15 juillet 1980³³⁸, qui avait intégré l'infraction dans le Code pénal à l'article 257-1, en avait par la même occasion étendu le champ en substituant à l'expression de « terrain de fouilles » de l'article 21 de la loi de 1941 celle de « terrain contenant des vestiges archéologiques ». Tous les sites archéologiques³³⁹ étaient désormais inclus dans l'infraction, qu'ils soient en cours de fouilles ou déjà fouillés, non encore exploités ou même dont la richesse était ignorée³⁴⁰. Le gisement, le réceptacle de l'information archéologique et scientifique, se trouvait dès lors protégé et le législateur mettait ainsi le droit en cohérence avec la pratique de l'archéologie. Cette formule a d'abord été maintenue dans le nouveau Code pénal de 1992, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994³⁴¹, avant d'être remplacée par celle de « terrain sur lequel se déroulent des fouilles archéologiques » dans l'article 322-3-1, 2^o du Code pénal, instauré par la loi Archives du 15 juillet 2008. Ce retour à une formule proche de celle de la loi de 1941, dont l'une des explications pourrait être l'imprécision de l'expression précédente qui risquait de heurter le principe de légalité des délits, venait considérablement réduire le champ de l'infraction au détriment de la protection effective du patrimoine archéologique. La modification de l'article par la loi de 2016 qui renvoie à la définition du patrimoine archéologique de l'article L. 510-1 du Code du patrimoine faisant expressément référence au contexte, est donc la bienvenue.

A l'argument du risque d'excès dans les poursuites engagées envers les personnes non averties, soulignons la nécessité pour le juge de caractériser l'élément moral³⁴², à savoir la conscience qu'avait l'individu de détruire le patrimoine archéologique, de conduire ces actes sur un site archéologique. Que le prévenu soit récipiendaire de prescriptions relatives à la conservation du site établies par la sous-préfecture³⁴³ ou par le ministère de la Culture³⁴⁴, ou encore qu'une

nivellement avec apport de remblais sur des sites de fouilles non encore exploités (Cass., crim., 13 avril 1994, n° 93-83759) caractérisent l'élément matériel de l'infraction.

³³⁷ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, *JO* 8 juillet 2016.

³³⁸ Sur l'apport de la loi du 15 juillet 1980 : Annie Mannheim-Ayache, « La protection pénale du patrimoine archéologique immobilier » et Vincent Négri, « La protection pénale du patrimoine archéologique mobilier » in Vincent Négri (dir.), *La protection pénale du patrimoine archéologique, préc.*, p. 13 s. et p. 33 s.

³³⁹ Et non les monuments naturels et les sites de caractère artistique, scientifique, historique, légendaire ou pittoresque dont la protection était assurée par la loi du 2 mai 1930. Pour une application de cette loi pour des extractions de fossiles d'un terrain classé « réserve naturelle », Trib. corr., Digne, 19 novembre 1987.

³⁴⁰ Colette Saujot-Besnier, « Chronique juridique : la protection pénale des vestiges archéologiques terrestres », *Rev. Archéologique Ouest*, t. 16, 1999, p. 228.

³⁴¹ En réalité, au 1^{er} mars 1994, l'article 322-2, 3^o du Code pénal ne protégeait que « les découvertes archéologiques », le législateur ayant omis toute référence au terrain. Cet oubli a été réparé par la loi du 4 août 1995 qui a expressément ajouté « un terrain contenant des vestiges archéologiques ».

³⁴² Vincent Négri, « La répression des atteintes aux biens archéologiques mobiliers » in Vincent Négri (dir.), *Protection pénale du patrimoine archéologique*, L'Hermès, 1992, p. 33 s.

³⁴³ Trib. corr., Le Mans, 3^e ch., 17 avril 1981.

³⁴⁴ Cass., crim., 13 avril 1994, n° 93-83759.

pancarte à l'entrée du site interdit explicitement d'effectuer des fouilles³⁴⁵ sont autant d'éléments qui permettent d'apprécier l'intentionnalité et d'exclure l'argument fondé sur l'erreur sur le droit ou l'ignorance de la réglementation³⁴⁶.

Des sanctions spécifiques visent la destruction d'archives publiques – L'article L. 214-3, alinéa 1^{er} du Code du patrimoine dispose en effet que « le fait, pour une personne détentrice d'archives publiques en raison de ses fonctions, de détourner ou soustraire tout ou partie de ces archives ou de les détruire sans accord préalable de l'administration des archives est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ». Les sanctions sont identiques lorsqu'une telle personne a laissé détruire ou soustraire tout ou partie de ces archives sans l'accord de l'administration des archives. On soulignera enfin que cette infraction est possible lorsqu'elle a été commise par négligence et pas seulement intentionnellement : dans ce cas, la peine est réduite³⁴⁷.

Cette infraction est donc susceptible de s'appliquer à la destruction ou à la soustraction de la documentation archéologique en tant qu'archives publiques³⁴⁸ et à toute personne dont les fonctions conduisent à détenir de telles archives, comme les archéologues.

c) Les infractions relatives à la circulation des biens culturels

Enfin, une troisième série d'infractions vise à prévenir et sanctionner la circulation illicite d'objets archéologiques. Si, là encore, le but est la protection de l'intégrité du patrimoine archéologique afin d'éviter que ne soit portée atteinte à l'intérêt scientifique d'un objet par son déplacement loin de son contexte d'origine, ces infractions visent aussi à éviter l'enrichissement des pilleurs, des trafiquants et des organisations criminelles qui peuvent en être à l'origine, et finalement à empêcher que les fouilles incontrôlées, le pillage et les destructions ne soient encouragés par des considérations mercantiles. C'est ainsi que le vol de biens archéologiques³⁴⁹, ainsi que l'achat ou l'aliénation de biens découverts lors de fouilles non autorisées ou dissimulés par une absence de déclaration de découverte sont sévèrement sanctionnés³⁵⁰. La loi du 7 juillet 2016 a d'ailleurs étendu le contrôle sur certains biens archéologiques pour préserver les ensembles de biens reconnus comme cohérents sur le plan scientifique et en surveiller la circulation³⁵¹.

L'importance des biens culturels et archéologiques pour l'identité d'États ou de populations, et surtout « l'association aujourd'hui de la lutte contre ce trafic illicite et de la lutte contre le

³⁴⁵ Trib. corr., Lure, 22 mai 1985.

³⁴⁶ Trib. corr., Nancy, 5 mai 1999 ; Trib. corr., Châlons-sur-Saône, 27 avril 1984.

³⁴⁷ C. patr., art. L. 214-3, 3^e al. : « Lorsque les faits (...) sont commis par négligence dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3 du Code pénal, les peines sont d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ».

³⁴⁸ Sur la qualification d'archives publiques de la documentation archéologique, v. *supra*.

³⁴⁹ C. pén., art. L. 311-4-2, 2^o. Si le bien appartient à une collectivité publique ou à l'État, il faut souligner que le vol aggravé pourra aussi être retenu lorsque le bien appartient au domaine public mobilier selon les termes de l'article 311-4-2, 3^o du Code pénal ; v. pour un vol d'amphores dans le domaine public maritime : Cass., crim., 3 mars 2015, n^o 14-80202.

³⁵⁰ C. patr., art. L. 544-4 pour l'archéologie terrestre et art. L. 544-7 pour l'archéologie subaquatique.

³⁵¹ C. patr., art. L. 544-4-1.

financement du terrorisme »³⁵², poussent également la France et l'Union européenne à encadrer toujours plus les règles de circulation.

Le nouvel article 322-3-2 du Code pénal sanctionne ainsi d'une peine de 7 ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende la participation à la circulation d'un bien culturel provenant d'un territoire qui constituait, au moment de la soustraction, un théâtre d'opération terroriste, tandis que l'article L. 111-9 du Code du patrimoine prohibe quant à lui toute participation à la circulation d'un bien culturel ayant quitté illicitement le territoire d'un État dans les conditions fixées par une résolution de l'ONU. Ces règles ont été adoptées pour protéger le patrimoine, essentiellement archéologique, des États en crise comme l'Irak et la Syrie mais ont évidemment vocation à s'appliquer aux futures situations de crise qui répondront aux éléments constitutifs des infractions.

En outre, la France interdit l'exportation des trésors nationaux définis par l'article L. 111-1 du Code du patrimoine, et soumet celle des autres biens culturels présentant un intérêt historique, artistique ou archéologique à l'obtention d'un certificat d'exportation attestant que le bien n'a pas le caractère de trésor national³⁵³, afin de s'assurer la licéité de l'origine et de la circulation du bien³⁵⁴. Introduit par la loi LCAP de 2016, l'article L. 111-8 du Code du patrimoine soumet également l'importation des biens culturels, appartenant à l'une des catégories prévues à l'article 1^{er} de la Convention de 1970³⁵⁵ et en provenance directe d'un État partie à celle-ci et non membre de l'Union européenne, à la production d'un document attestant que l'exportation a respecté la législation de l'État d'exportation. La violation ou la tentative de violation des règles précitées est sanctionnée d'une peine de 2 ans d'emprisonnement et de 450.000 euros d'amende³⁵⁶.

Des règles douanières viennent ainsi au renfort du contrôle de la circulation des biens culturels. Le droit douanier permet de convoquer des règles procédurales particulières³⁵⁷, et surtout de renforcer les sanctions prévues par le droit pénal. Le non-respect des règles relatives à l'importation et l'exportation des trésors nationaux et des biens culturels de l'article L. 111-2 expose en effet leur propriétaire aux infractions douanières d'importation et d'exportation en contrebande de marchandises prohibées³⁵⁸. Le possesseur encourt alors 3 ans d'emprisonnement, la confiscation de la chose, des moyens de transport, des objets ayant permis de masquer la fraude, et des biens et avoirs qui sont le produit direct ou indirect de l'infraction,

³⁵² Sabrina Urbinati, « L'Union européenne et la lutte contre le trafic illicite de biens culturels », *Ethnologies*, 2017, t. 39, p. 247.

³⁵³ C. patr., art. L. 111-2. Le règlement européen n° 116/2009 du 18 décembre 2008 concernant l'exportation de biens culturels prévoit dans son annexe (A.1) le régime de circulation des biens archéologiques : Objets archéologiques ayant plus de cent ans d'âge et provenant : -de fouilles ou de découvertes terrestres ou sous-marines -de sites archéologiques-de collections archéologiques.

³⁵⁴ L'article L. 111-3-1 du Code du patrimoine dispose en effet que « l'instruction de la demande de certificat peut être suspendue s'il existe des présomptions graves et concordantes que le bien appartient au domaine public, a été illicitement importé, constitue une contrefaçon ou provient d'un autre crime ou délit ».

³⁵⁵ Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, Unesco, 14 novembre 1970

³⁵⁶ C. patr., art. L. 111-4.

³⁵⁷ V. *infra*.

³⁵⁸ C. patr., art. L. 111-2 ; C. douanes, art. 215 *ter* et 38.

ainsi qu'une peine d'amende comprise entre une à deux fois la valeur de la chose³⁵⁹, ce qui rend l'utilisation des infractions douanières particulièrement intéressantes lorsque l'objet a une valeur financière élevée. L'article 419 du Code des douanes assimilant d'ailleurs la détention sans justificatif régulier d'un trésor national ou d'un bien culturel de l'article L. 111-2 du Code du patrimoine à l'infraction d'importation en contrebande de marchandise prohibée, le ministère public se voit offrir un chef d'accusation utile et complémentaire dans la poursuite des faits portant atteinte au patrimoine culturel. Le juge pénal utilise notamment cette infraction dans des cas de détention d'objets ou d'éléments issus de fouilles sans autorisation³⁶⁰.

Une affaire emblématique illustre parfaitement l'intérêt des infractions douanières. Une personne fouillait sans autorisation et depuis de nombreuses années des sites archéologiques repérés grâce à l'étude de cartes IGN et des prises de photographies aériennes en Champagne Ardennes. Lors d'un contrôle douanier sur une route proche de son domicile, les agents des douanes constatent que la personne transporte des monnaies anciennes immédiatement soumises à expertise. L'expertise identifie des pièces gallo-romaines, entre 500 avant et 500 après JC. Une perquisition a lieu au domicile du contrevenant où sont saisies des fibules, pièces de monnaie, ou encore des poteries, et découverts 2 détecteurs de métaux. 2321 objets sont qualifiés de biens culturels et évalués 197 235 euros par l'expert. Mais certaines pièces ont une valeur inestimable. Certaines monnaies étaient écoulées sur le marché grâce à une société de numismatique.

Poursuivi pour exécution de fouilles non autorisées, vente de découvertes archéologiques faite lors de fouilles non autorisées et l'infraction douanière de détention de biens archéologiques sans justificatif régulier (fait réputé importation en contrebande), le prévenu est condamné à une peine d'emprisonnement de six mois avec sursis, à la publication du jugement et au paiement d'une amende douanière correspondant à une fois la valeur des biens culturels soit 197 235 euros³⁶¹ et à la confiscation des biens saisis. Les intérêts des infractions douanières apparaissent alors nombreux : application des infractions en tous points du territoire douanier, expertise rapide, amende proportionnée à la valeur des biens, indifférence à la date où les fouilles ont été commises, confiscation des biens³⁶².

Enfin, séduite par l'idée portée, entre autres, par la loi LCAP selon laquelle tout bien culturel illicitement exporté doit être nécessairement considéré comme illicitement importé, mais consciente aussi que les réglementations nationales des importations ont un effet limité au sein du marché unique européen dès lors que leur manque d'harmonisation offre des brèches aux trafiquants cherchant à bénéficier de la libre circulation des biens, l'Union européenne a promulgué un nouveau règlement³⁶³ pour contrôler les importations de biens culturels provenant d'États non membres. Celui-ci interdit toute importation d'un bien culturel sorti

³⁵⁹ C. douanes, art. 414.

³⁶⁰ V. par exemple Trib. corr., Carpentras, 23 janvier 2020, n° 17093000029 ; CA, Montpellier, 1^{er} décembre 2016, n° 16/1744.

³⁶¹ Trib. corr., Meaux, 8 août 2014, n° MX13267000024 ; CA, Paris, 15 juin 2016 confirmatif, n° 14/07014 ; Cass., crim., 22 novembre 2017, n° 16-84582.

³⁶² Éric Belfayol, *Le contentieux pénal douanier*, Paris, Economica, coll. « Pratique du droit », 2016.

³⁶³ Règlement (UE) 2019/880 du 17 avril 2019 du Parlement européen et du Conseil, concernant l'introduction et l'importation de biens culturels.

illégalement du territoire de l'État où il a été créé ou découvert³⁶⁴. Il soumet l'importation des biens les plus précieux et les plus exposés au pillage³⁶⁵ à la présentation d'une licence d'importation³⁶⁶ délivrée par l'État membre par lequel le bien entre pour la première fois sur le territoire européen. L'autorité compétente de l'État délivre cette licence au regard d'un certain nombre de documents attestant que le bien a été légalement exporté depuis l'État où le bien a été créé ou découvert, ou, si celui-ci ne peut être déterminé avec certitude ou si le bien a été sorti de cet État avant le 24 avril 1972, depuis le dernier État où le bien a été situé pendant plus de 5 ans.

L'importation des autres biens culturels d'importance³⁶⁷ ne nécessite pas de licence, mais une simple déclaration de l'importateur certifiant qu'ils ont été exportés licitement, et à laquelle est jointe une description précise du bien³⁶⁸.

Les professionnels européens du marché de l'art et même certaines administrations n'ont pas manqué de critiquer ce règlement, arguant de la lourdeur de ces nouvelles charges administratives et de la difficulté parfois à fournir la preuve d'une exportation légale réalisée plusieurs années auparavant. L'efficacité de ce règlement dont la mise en pratique est suspendue à la création du système électronique centralisé³⁶⁹, suppose aussi pour l'autorité compétente des moyens financiers et humains très importants dont tous les États membres ne disposent pas, ce qui est susceptible de créer des brèches, les États les plus démunis risquant de servir de porte d'entrée aux trafiquants sur le marché unique. Les années à venir montreront également si l'exception de « dernier pays dans lequel le bien a été situé pendant plus de 5 ans » en cas d'impossibilité de déterminer de manière fiable le pays d'origine, va créer une lacune dans l'effectivité du Règlement, lorsque l'on sait que les biens volés et pillés sont souvent stockés pendant des années avant de réapparaître sur le marché de l'art légal³⁷⁰.

Dans un premier temps donc, le Code pénal, le Code du patrimoine et le Code des douanes semblent offrir une complémentarité bienvenue permettant d'organiser une répression exhaustive des comportements susceptibles de porter atteinte au patrimoine archéologique, et dès lors ouvrent largement la porte à une réparation des préjudices nés de cette atteinte. Ils ne manquent pas de révéler la valeur essentielle de ce patrimoine ainsi que les intérêts général, individuel et collectif qui sous-tendent à sa préservation. Mais, dans un second temps, l'observation des peines encourues, hors sanctions douanières et dans le Code du patrimoine en particulier, montre que le niveau de la répression théorique n'apparaît pas en adéquation avec la valeur protégée.

³⁶⁴ Art. 3(1).

³⁶⁵ Biens figurant à l'annexe B.

³⁶⁶ Art. 4 du Règlement.

³⁶⁷ Biens figurant à l'annexe C.

³⁶⁸ Art. 5 du Règlement.

³⁶⁹ Art. 8 du Règlement.

³⁷⁰ Robert Peters, « Preventing trafficking in cultural property: import and export provisions as two sides of the same coin », *Santander Art Cult. Law Rev.*, 2019, pp. 103-105.

3. Un système pénal peu dissuasif

Les sanctions pénales relatives à la protection du patrimoine archéologique apparaissent en effet globalement faibles tant sur le plan légal que jurisprudentiel.

Ainsi les sanctions pécuniaires prévues par le Code du patrimoine aux articles L. 544-1 et suivants, bien que délictuelles, oscillent entre 3750 et 7500 euros alors qu'elles sont les seules prévues. Ces infractions obstacles ne sont élevées qu'au rang de simples délits mineurs, voire même de contravention de 5^e classe s'agissant de l'utilisation d'un détecteur de métaux. Seule l'infraction d'achat et d'aliénation d'un bien découvert en violation des dispositions légales entraîne une peine privative de liberté de deux ans. Or l'acte d'achat peut aussi être qualifié de recel lorsque l'acheteur connaît la provenance illicite de l'objet, ce qui est souvent le cas. Il est alors difficilement justifiable que le recel de droit commun fasse encourir une peine de 5 ans d'emprisonnement et un « recel » de biens archéologiques, une peine de deux ans. Les mêmes remarques peuvent être faites en ce qui concerne les peines d'amende (4500 euros dans le Code du patrimoine et 375 000 euros dans le Code pénal). Cette coexistence des infractions de droit commun et de droit pénal spécial montre ici l'utilité des infractions de droit commun en matière archéologique, plus « performantes » : ainsi en est-il du recours à l'infraction de vol³⁷¹ lorsque des objets sont détournés lors de fouilles illicites exécutées sur le terrain d'autrui³⁷².

Il ne serait pas inutile de prévoir dans le Code du patrimoine soit des peines d'amendes délictuelles plus élevées, soit une peine d'amende proportionnée à la valeur des objets issus des fouilles clandestines et/ou de l'utilisation d'un détecteur de métaux sur le modèle des infractions douanières. Les peines d'amende actuelles apparaissent en effet en inadéquation avec l'objet protégé – le patrimoine commun – par les textes infractionnels. L'affaire jugée par le tribunal correctionnel et la cour d'appel de Nancy³⁷³ illustrent parfaitement cette situation : les prévenus étaient poursuivis sur le fondement des infractions d'utilisation non autorisée d'un détecteur de métaux, de fouilles sans autorisation et dégradation d'un terrain à la suite desquelles ils avaient obtenu un ensemble monétaire de pièces d'or espagnoles du XVII^e siècle d'une valeur de 600 000 francs. Ils furent condamnés à deux peines d'amende : l'une de 10 000 francs dont 9000 francs avec sursis pour les délits et à l'amende contraventionnelle de 3000 francs. Même si, sur le plan civil, les objets sont normalement confisqués, cette solution pénale aurait l'avantage de provoquer une prise de conscience des contrevenants quant à la gravité de leurs actes et d'introduire une meilleure proportionnalité entre ces actes et la sanction pénale.

On ne peut alors que constater que l'examen du traitement judiciaire pénal des atteintes au patrimoine archéologique est malheureusement également décevant. Les sanctions pécuniaires prononcées atteignent très rarement le maximum légal encouru, déjà peu dissuasif et peuvent aussi ne pas être prononcées quand le juge utilise la dispense de peine³⁷⁴. Le prononcé d'une peine d'emprisonnement est rare, car considéré comme peu adapté au type de délinquance

³⁷¹ Cette infraction devrait être plus fréquemment utilisée en raison de la loi LCAP qui prévoit que l'État soit reconnu propriétaire des vestiges archéologiques dans les conditions prévues par la loi.

³⁷² V. en particulier l'affaire du trésor de Laignes : Trib. corr., Dijon, 27 septembre 2016 et CA, Dijon, 16 novembre 2016 : peines d'amende de 15000 euros possibles grâce à l'infraction de vol.

³⁷³ Trib. corr., Nancy, 5 mai 1999 et CA, Nancy, 19 octobre 2000, *préc.*

³⁷⁴ CA, Rouen, 16 mars 1981 *préc.*

concerné³⁷⁵ et à des prévenus souvent sans casier judiciaire³⁷⁶. Aussi, quand cette peine est prononcée, elle est généralement assortie du sursis³⁷⁷. Le juge a donc tendance à faire preuve de clémence dans les sanctions qu'il prononce³⁷⁸ même si, paradoxalement, il montre parfois une réelle conscience des ravages causés par les fouilles sauvages. Ainsi, le tribunal correctionnel de Meaux³⁷⁹ stigmatise-t-il clairement le prévenu qui doit supporter des sanctions pénale et douanière « à la mesure du préjudice subi par la communauté scientifique et, partant par la Nation tout entière. »

Or la vocation du droit pénal n'est pas uniquement de réprimer le trouble social, mais c'est aussi de dissuader et de prévenir les comportements susceptibles de porter atteinte aux valeurs protégées. Au regard de la faiblesse des sanctions et du nombre toujours plus important de détectoristes amateurs, le droit pénal « classique » semble échouer sur ce point.

Ce constat est d'autant plus étonnant que toute atteinte est dans la grande majorité des cas le fruit d'un concours réel d'infractions³⁸⁰, c'est-à-dire de cumuler plusieurs qualifications pénales sur des mêmes faits. Cette considération permet au ministère public d'exercer une poursuite comportant plusieurs chefs d'accusation et réduisant d'autant la possibilité de voir le délinquant échapper à une condamnation. Le concours réel d'infractions offre en outre au juge la possibilité de prononcer des peines de natures différentes et dans chaque catégorie de peines, de prononcer une sanction à hauteur du maximum légal le plus élevé³⁸¹. Ainsi le tribunal correctionnel de Draguignan relève-t-il que « compte tenu du caractère fort lucratif des opérations pour X..., une peine d'amende conséquente sera également prononcée, outre la confiscation de l'ensemble des scellés ainsi que l'interdiction d'une activité professionnelle avec l'infraction... »³⁸².

Cet outil est donc particulièrement intéressant, notamment depuis l'entrée en vigueur de la loi LCAP qui a intégré le contexte dans la définition du patrimoine archéologique et a organisé le renvoi à cette définition pour caractériser l'infraction de dégradation du patrimoine archéologique, laquelle est depuis 2008 punie de 7 ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende³⁸³. Or le délinquant qui utilise un détecteur de métaux et mène une fouille archéologique sans avoir obtenu d'autorisation administrative préalable va quasi systématiquement causer aussi une dégradation du terrain. Il peut donc être poursuivi et reconnu coupable de ces trois faits³⁸⁴ (utilisation non autorisée d'un détecteur, fouille illicite et dégradation) et encourt alors les lourdes peines prévues à l'article 322-3-1, 2° du Code pénal.

³⁷⁵ Annie Mannheim-Ayache, *op. cit.*, p. 28.

³⁷⁶ Trib. corr., Draguignan, 22 juin 2017.

³⁷⁷ V. Trib. corr., Nantes, 14 septembre 2017 : toutes les peines d'emprisonnement prononcées contre différentes personnes sont assorties du sursis simple et les peines d'amende oscillent entre 300 et 800 euros.

³⁷⁸ V. pour la période 1967-1991, le tableau synoptique des décisions répressives établi par Vincent Négri *in La protection pénale du patrimoine archéologique*, *op. cit.*, p. 71 et suiv.

³⁷⁹ Jugement précité du 8 août 2014.

³⁸⁰ Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019, 26^{ème} éd., n° 771 et suiv.

³⁸¹ C. pén., art. 132-3.

³⁸² Trib. corr., Draguignan, 22 juin 2017, *préc.*, pour un prévenu poursuivi sur une dizaine de chefs d'infractions.

³⁸³ C. pén., art. 322-3-1 2° ; v. *supra*.

³⁸⁴ L'utilisation d'un détecteur de métaux peut même permettre de caractériser l'élément moral de l'infraction de fouilles sans autorisation (V. Cass., crim., 26 juin 2001, n° 00-87054).

Les mois à venir nous diront si le juge compte utiliser cet outil à sa disposition pour prononcer des sanctions plus dissuasives.

En outre, une fois les biens déterrés, il y a fort à parier que l'individu ne déclare pas sa découverte. Il conserve alors son bien en infraction avec le droit douanier puisqu'il ne dispose pas de documents normalement fournis par l'administration permettant de justifier de l'origine du bien, et toute vente postérieure sera tout aussi illégale³⁸⁵. Ces concours réels d'infraction ont donc également l'avantage de permettre au juge de mobiliser les peines douanières qui permettent d'alourdir des sanctions pénales souvent trop légères. Malheureusement le droit pénal douanier apparaît encore largement sous-exploité par les autorités judiciaires, même si l'on constate une évolution positive sur ce plan ces dernières années.

Il faut en outre souligner que la circulation illicite des biens culturels, particulièrement néfaste au patrimoine archéologique, doit être plus sévèrement sanctionnée par les infractions de vente de découvertes archéologiques issues de fouilles illicites et de recel. On remarque effectivement, dans certaines décisions récentes, une sévérité plus grande à l'égard des commerçants qui écoulent la marchandise illicite et une reconnaissance de la valeur particulière attribuée au patrimoine archéologique :

« Le Code du patrimoine n'a pas expressément mis à la charge des numismates une obligation de vérification de l'origine des biens acquis.

Toutefois ses dispositions visent à éviter toute fouille et commerce illégal puisque son objet est **la préservation du Patrimoine** et en tant que professionnel X... se devait de veiller à ne pas participer à ce commerce illicite **en prenant des précautions allant au-delà de la seule tenue du livre de police, du relevé de l'identité des vendeurs et du paiement par chèque, obligations visant à prévenir le recel et communes à toute vente d'objet mobilier.**

En l'espèce en effectuant en quelques semaines six transactions avec différents membres d'une même famille et un proche, portant sur des pièces d'une certaine rareté et pour lesquelles il a déboursé près de 8000 euros, sur une seule déclaration verbale et sans effectuer la moindre recherche ou consultation, X... a pris délibérément le risque de participer à l'écoulement du produit de fouilles illégales et a commis les infractions qui lui sont reprochées »³⁸⁶.

Enfin, la circulation illicite des biens culturels dérive aujourd'hui vers une criminalité de plus en plus organisée et internationale. La dernière opération mise en œuvre par Interpol, Europol et l'Organisation mondiale des douanes a permis de retrouver 19 000 objets archéologiques et autres objets d'art dans 103 États³⁸⁷. Ce changement de degré, voire de paradigme dans la criminalité touchant le patrimoine archéologique, devrait permettre de mettre en œuvre une

³⁸⁵ Trib. corr., Meaux, 8 août 2014, *préc.*

³⁸⁶ Trib. corr., Nantes, 15 mars 2018, *préc.*, prononçant une peine de 4000 euros d'amende contre le numismate. A rapprocher Trib. corr., Chalon-sur-Saône, 27 avril 1984 : une peine d'amende de 20 000 francs prononcée contre un antiquaire ; CA, Bastia, 15 novembre 2015, affaire du trésor de Lava, condamnation respectivement à 9 mois et 14 mois d'emprisonnement avec sursis et 200 000 francs d'amende du numismate et de l'expert en numismatique, recéleurs.

³⁸⁷ Opérations *Athena II* et *Pandora IV* à l'automne 2019 : 101 suspects ont été arrêtés et 300 enquêtes sont en cours dans le cadre de cette action coordonnée. Les réseaux criminels impliqués trafiquaient des pièces archéologiques et des objets d'art issus de pillages dans des pays frappés par la guerre ou encore volés dans des musées et sites archéologiques. V. <https://www.interpol.int/fr/Actualites-et-evenements/Actualites/2020/> consulté le 10 mai 2020.

véritable politique pénale en la matière.

Reste que ces errements et ces incohérences législatives, entre exhaustivité de la répression et faiblesse des sanctions assorties à certaines infractions, ne sont pas sans conséquence. C'est au ministère public qu'il revient d'assurer la représentation du patrimoine archéologique dans le prétoire en exerçant l'action publique. Or les parquetiers sont profanes en matière d'archéologie, et si la loi n'envoie pas un message clair sur l'importance de protéger ce patrimoine ils risquent de ne pas être enclins à agir lorsqu'ils ont vent de tels comportements. Le juge est également très attentif au contexte législatif lorsqu'il se prononce sur l'action civile et les préjudices réparables. Il importe donc de vérifier quelles sont les modalités de réparation du ou des préjudices archéologiques.

En Italie, lors de destructions de sites archéologiques et de fouilles illicites, l'intérêt protégé est un intérêt public. Les sanctions prévues sont principalement de caractère pénal. Il s'agit notamment de l'art. 175 du Code des biens culturels et du paysage (CBCP) concernant les violations en matière de recherche archéologique, pour fouille sans autorisation ou omission de déclaration de découverte)³⁸⁸, de l'art. 176 CBCP sanctionnant la possession illicite de biens de l'État)³⁸⁹, de l'art. 733 du Code pénal italien (dommages au patrimoine archéologique, artistique, historique)³⁹⁰.

D'après le droit pénal et la procédure pénale italiens, l'exercice de l'action en justice lors d'une constatation ou une dénonciation d'infraction appartient exclusivement au parquet du tribunal et elle revêt un caractère obligatoire. Par conséquent, les collectivités locales ou les associations publiques ou privées ayant des obligations statutaires concernant la protection du patrimoine culturel (telles que *Italia Nostra*, *FAI - Fondo italiano per l'ambiente*, *Legambiente*) ne peuvent qu'intervenir dans le procès pénal en qualité de partie civile (art. 93 Code de procédure pénale italien).

[Manlio Frigo]

B. Les actions en réparation des atteintes

Si les conditions de fond des responsabilités civile, pénale et administrative qui sont un fait générateur, un dommage et un lien de causalité entre le fait et le dommage, leur sont communes, l'exercice des actions destinées à réparer les atteintes portées au patrimoine archéologique est

³⁸⁸ Art. 175 CBCP : « (Violazioni in materia di ricerche archeologiche) 1. E' punito con l'arresto fino ad un anno e l'ammenda da euro 310 a euro 3.099: (a) chiunque esegue ricerche archeologiche o, in genere, opere per il ritrovamento di cose indicate all'Articolo 10 senza concessione, ovvero non osserva le prescrizioni date dall'amministrazione; (b) chiunque, essendovi tenuto, non denuncia nel termine prescritto dall'Articolo 90, comma 1, le cose indicate nell'Articolo 10 rinvenute fortuitamente o non provvede alla loro conservazione temporanea ».

³⁸⁹ D'après l'art. 176 CBCP : « (Impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato) 1. Chiunque si impossessa di beni culturali indicati nell'Articolo 10 appartenenti allo Stato ai sensi dell'Articolo 91 è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 31 a euro 516, 50. 2. La pena è della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 103 a euro 1.033 se il fatto è commesso da chi abbia ottenuto la concessione di ricerca prevista dall'Articolo 89 ».

³⁹⁰ D'après l'art. 733 du Code pénal : « (Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale) Chiunque distrugge, deteriora o comunque danneggia un monumento o un'altra cosa propria di cui gli sia noto il rilevante pregio, è punito, se dal fatto deriva un nocumento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale, con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda non inferiore a lire quattro milioni ».

déterminé par des règles propres à chaque ordre de responsabilité.

En procédure civile, c'est ainsi l'article 31 du Code de procédure civile qui ouvre l'action « à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ». Dans notre domaine, il s'agira donc d'une action en réparation du préjudice archéologique exercée par ceux qui se prévalent d'un intérêt légitime et de la qualité de victime d'un tel préjudice.

En procédure pénale, c'est l'article 2 du Code de procédure pénale qui attribue l'action civile « à ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». La recevabilité de l'action civile dépendra alors étroitement de la nature de l'infraction à la source du dommage.

Enfin, en procédure administrative, on retrouve l'exigence essentielle d'un préjudice certain constitué par l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé imputable à l'administration. Les actions exercées selon la procédure administrative seront peu nombreuses dans la mesure où la source du dommage sera ici rarement imputable à l'administration.

Il faut aussi rappeler la trilogie des intérêts susceptibles de fonder une action en justice et classiquement invoquée en procédure. L'intérêt individuel d'une personne physique ou morale, l'intérêt collectif défendu par un organisme tel qu'une association ou un syndicat et l'intérêt général défendu par le parquet.

Cette organisation procédurale est fondamentale et largement explicitée par la jurisprudence. En déterminant, sur la base légale des modalités d'action plus ou moins strictes, les personnes recevables et les préjudices réparables, la jurisprudence délivre un message sur la valeur culturelle, matérielle et sociale accordée au patrimoine archéologique. Mais le juge est profane en matière archéologique, et sa décision dépend donc pour une large part de l'état du droit, qui, d'une certaine manière, matérialise la perception que le législateur a lui-même du patrimoine archéologique et de l'implication des personnes physiques et morales propriétaires ainsi que des administrations en charge du patrimoine archéologique dans les demandes d'indemnisation.

En lien avec les atteintes au patrimoine archéologique précédemment évoquées, c'est essentiellement l'action civile exercée devant la juridiction pénale qui sera ici analysée.

1. La réparation des préjudices matériels individuels

L'article 2 du Code de procédure pénale dispose que l'action civile appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction et l'article 3 énonce que l'action sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux. Il n'y a donc pas, *a priori*, de dommages exclus de la réparation à partir du moment où ils ont été directement causés par l'infraction.

Ce préjudice sera d'abord issu de l'atteinte au droit de propriété du bien archéologique, par la commission d'un vol, d'une fouille illicite ou d'une dégradation. Ainsi, avant que la loi du 27 septembre 1941 ne vienne mettre en lumière la valeur de ce patrimoine et l'intérêt public à sa préservation, le bien archéologique est appréhendé par le juge comme un bien sans réelle particularité et dont l'atteinte ne lèse finalement que son propriétaire.

a) L'action du propriétaire du bien archéologique

En premier lieu, c'est donc le contentieux relatif à l'atteinte au droit de propriété d'une personne physique par la commission de l'infraction de vol qui s'est développé à partir du XIX^e siècle³⁹¹ et c'est bien l'action civile exercée devant la juridiction pénale que l'on retrouve le plus fréquemment. L'action se résout généralement sur le plan civil par le recours à l'article 716 du Code civil³⁹² qui règle le partage du trésor entre le propriétaire du fonds sur lequel ont été découverts fortuitement les biens et l'inventeur du trésor. Ainsi, si l'inventeur s'approprie la totalité du bien, le vol est consommé sur la moitié du bien qui ne lui appartient pas³⁹³ ou, plus rarement, l'abus de confiance pour avoir détourné un bien lors de l'exécution d'un contrat de démolition³⁹⁴. Le préjudice peut dès lors être subi par le propriétaire de parcelles sur lesquelles des fouilles illicites ont été menées et que la loi désignait à ce moment comme propriétaire des fossiles découverts par application de l'article 552 du Code civil³⁹⁵ mais également par des propriétaires publics, au premier rang desquels l'État³⁹⁶. Tel est le cas lorsque des individus remontent des amphores d'une épave maritime sur laquelle l'État a déjà exercé son droit de propriété³⁹⁷, ou encore lorsque des individus s'emparent illicitement des monnaies anciennes découvertes à la suite de fouilles illicites au détriment du Directeur des antiquités historiques de Midi-Pyrénées, représentant de la direction des antiquités historiques de Midi-Pyrénées, alors service déconcentré du ministère de la Culture³⁹⁸.

Sur le plan civil, que l'action soit exercée devant la juridiction civile ou la juridiction pénale³⁹⁹, la solution est la même puisque cette dernière applique les règles du droit civil pour mettre en œuvre le droit à réparation : si cela est possible il y aura restitution du bien volé ou de la part de ce bien au légitime propriétaire ; si le bien a été vendu, ce sont les règles de l'article 2276 (nouv.) du Code civil qui s'appliqueront⁴⁰⁰.

Dans les cas où l'État est considéré comme propriétaire *ab initio*, les autres personnes telles que

³⁹¹ C. pén. (anc.), art. 379 devenu l'article 311-1 du nouveau Code pénal.

³⁹² C. civ., art. 716 : « La propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds ; si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds.

Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard. »

³⁹³ Il s'agit, dans ces cas, de vol de monnaies anciennes : CA, Rouen, ch. corr., 12 févr. 1825, DP.1827.II.56 ; Cass., crim., 18 mai 1827, DP. 1827.I.224 ; Cass., crim., 29 mai 1828, Bull. crim., 1829, p. 587 ; Trib. corr., Angers, 28 janvier 1851 et CA, Angers, 15 juillet 1851, DP.1852.II.36 ; Cass., crim., 3 mars 1894, S-V.1895.I.157 ; CA, Limoges, ch. corr., 14 mai 1803, DP.1903.II.21, S.1904.II.196 ; même solution en Italie : C. ass., Vicence, 13 novembre 1886 et CA, Florence, 22 janvier 1887, La Legge, 1887.I. 393.

³⁹⁴ Cass., crim., 17 janvier 1968, Bull. crim., p. 25, Gaz. Pal., 1968.I.106.

³⁹⁵ Trib. corr., Digne, 19 novembre 1987.

³⁹⁶ Trib. corr., Bergerac, 17 janvier 1964 [Arch. nat. 19970547/14 : fouilles dans le gisement préhistorique des Eyzies de Tayac].

³⁹⁷ CA, Aix-en-Provence, 5^e ch. corr., 28 octobre 1958.

³⁹⁸ CA, Toulouse, 5 mars 1987 et v. *infra*.

³⁹⁹ La juridiction pénale applique les règles civiles pour les conséquences civiles de l'infraction.

⁴⁰⁰ TGI, Marseille et CA, Aix-en-Provence, 17 mai 1859 (même affaire), DP.1859.II.114 : exercice par le propriétaire de l'action en répétition du prix reçu par l'acheteur de pièces d'or volées qu'il a lui-même vendues sur le fondement des articles 2279 et 2280 (anc.) du Code civil.

l'inventeur ou le concessionnaire n'ont aucun droit direct sur les objets mais seulement vocation à indemnité ou à rémunération⁴⁰¹.

Avec l'entrée en vigueur de la loi de 1941, le juge commence à indemniser un préjudice matériel qui est le plus souvent la conséquence d'actes de destruction, de dégradation ou de détérioration commis à l'encontre d'un monument ou d'un terrain archéologique. Ce préjudice est reconnu mais évalué sans que l'on sache exactement les critères retenus pour son évaluation⁴⁰². Il serait donc nécessaire de poser des éléments d'évaluation intégrant la valeur spécifique du terrain archéologique qui n'est pas un terrain comme les autres.

Un autre préjudice mieux évaluable financièrement peut résulter de la vente d'objets archéologiques par l'auteur des fouilles illicites, au juste prix ou à un prix très inférieur à leur valeur marchande⁴⁰³. Même si dans ce cas le propriétaire, l'État en l'occurrence, n'avait probablement pas l'intention de vendre lesdits objets, il n'en a pas moins subi un préjudice matériel réparé selon la valeur marchande des biens.

Enfin, on peut poser la question des pertes économiques induites par des fouilles et dégradations illicites lorsqu'il pouvait être envisagé d'exploiter économiquement le site. Il s'agit ici d'un préjudice de perte de chance d'exploitation. Sachant que le préjudice de perte de chance est la perte de la probabilité d'un événement favorable⁴⁰⁴, on pourrait invoquer un tel préjudice lorsqu'est démontré le fait que des sites de même nature font l'objet d'une exploitation économique⁴⁰⁵.

b) L'action de tiers

Ainsi, la victime peut obtenir réparation de ce préjudice matériel, soit à raison de sa qualité de propriétaire du bien, soit à raison de son rôle dans la conservation du bien détruit. En effet, si l'hypothèse du vol est relativement simple, celle de la destruction se révèle plus complexe puisque dans ce dernier cas et contrairement au vol, l'intégrité du bien n'est pas conservée.

L'étude du traitement judiciaire des destructions montre alors un cumul d'actions recevables car ces infractions peuvent aussi imposer à la personne responsable de la conservation la nécessité de procéder de manière urgente à des travaux de réparation, de protection ou de sauvetage du patrimoine. Les coûts avancés constituent un préjudice économique réparable.

⁴⁰¹ Pour des amphores provenant d'une épave maritime (loi 24 novembre 1961), CA, Bastia, 23 janvier 1968, *D.*1968.I.370 ; pour une épave fluviale, CA, Rouen, 5 mars 1974, *Gaz. Pal.*, 1974.II.728 et *JCP.*1974.II.17739 et *Cass.*, civ. 1^{ère}, 17 février 1976 (même affaire), *Bull. civ.* I. n° 69, p. 55 ; *D.*1976.I.698.

⁴⁰² V. Trib. corr., Vannes, 29 juillet 1987 in Vincent Négri (dir.), *Protection pénale du patrimoine archéologique, préc.*, p. 189 ; Trib. corr., Dijon, 27 septembre 2016 et CA, Dijon, 16 novembre 2016 : affaire du trésor de Laignes : les propriétaires du terrain ont obtenu 14 287 euros pour leur préjudice matériel.

⁴⁰³ CA, Montpellier, 1^{er} décembre 2016.

⁴⁰⁴ Trib. corr., Dijon, 13 novembre 2015, affaire du trésor de Laignes : la DRAC réclamait la somme globale de 5.154,14 euros, représentant les heures de travail des agents de la DRAC intervenus au soutien des enquêteurs. L'indemnisation de ce préjudice matériel est refusée aux motifs que les agents de la DRAC ont été requis par l'autorité judiciaire, et que leur intervention n'a donné lieu, à la procédure, à aucune production écrite, ni même aucune audition.

⁴⁰⁵ A rapprocher : les décisions relatives à la grotte Chauvet qui reconnaissent un préjudice de perte d'exploitation des images de la grotte, notamment CA, Toulouse, 26 mars 2001, *Consorts Peschier, Helly et Ollier* : le préjudice des propriétaires expropriés est ici futur et certain puisque l'État a pris des clichés, fait un film et commercialisera ces images.

Ainsi, outre le propriétaire, c'est l'autorité en charge de l'archéologie, ministère de l'Éducation nationale⁴⁰⁶ puis ministère de la Culture, qui peut être concernée, en particulier lorsque le bien détruit présente un important intérêt archéologique. Ce fut le cas pour la destruction partielle du cairn de Barnenez qui fit l'objet de poursuites pénales au cours desquelles le ministère de l'Éducation nationale intervint d'office pour réclamer des dommages-intérêts pour la remise en état du site⁴⁰⁷. La cour d'appel souligne que le pouvoir d'intervention d'office de l'État pour la conservation des monuments classés ou en instance de classement a pour corollaire celui de réclamer à l'auteur des déprédations des dommages-intérêts égaux au montant des travaux nécessaires à la remise en état des monuments mutilés⁴⁰⁸. Il restera à déterminer précisément qui peut agir au nom de cette autorité, en principe l'agent judiciaire de l'État⁴⁰⁹.

Ces deux préjudices matériels reconnus par le juge sont des préjudices éminemment personnels. Il pourrait être tentant de considérer que la réparation de ces préjudices, notamment lorsqu'ils sont subis par l'État figure cardinale de la matière et garant de ce bien collectif, vise en réalité à réparer des atteintes aux intérêts collectifs dont le patrimoine archéologique est porteur. Pourtant cette analyse risquerait de travestir les décisions du juge et de leur conférer une dimension qu'il n'a, semble-t-il, pas souhaité leur donner. Ne serait-ce que parce que l'épicentre de l'intérêt commun porté par le patrimoine archéologique réside dans les connaissances dont il est le dépositaire. Or cette dimension scientifique n'apparaît pas dans les décisions du juge réparant les préjudices matériels mais pourrait être intégrée dans leur évaluation.

Cette tentation est pourtant d'autant plus grande que les règles d'attribution de la propriété archéologique ont été considérablement modifiées en faveur de l'État et que son droit de propriété a été renforcé par la loi du 7 juillet 2016. On sait en effet que les règles d'attribution de la propriété applicables en matière d'archéologie terrestre ont été rapprochées de celles établies pour l'archéologie sous-marine. Cependant, dans certaines hypothèses, la propriété de l'État sur de tels biens n'est pas la seule établie. On sait en effet qu'en matière de biens archéologiques immobiliers, le droit de propriété initial sur ces biens est maintenu lorsque le terrain sur lequel ont été mis au jour ces biens a été acquis avant la loi du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive. D'autre part, les biens archéologiques mobiliers mis au jour à la suite d'opérations de fouilles archéologiques ou de découvertes fortuites réalisées sur des terrains dont la propriété a été acquise avant la date d'entrée en vigueur de la loi du 7 juillet 2016 appartiennent au propriétaire du fonds et éventuellement à l'inventeur. Mais dans les deux cas, le droit de propriété du propriétaire d'origine sera limité voire transféré à l'État⁴¹⁰.

Il importe donc de bien dissocier l'action du propriétaire, État, personne physique ou personne morale, de celle de l'institution en charge de la réglementation de l'archéologie puisque les préjudices invoqués ont des fondements différents.

Ceci est patent pour la réparation des préjudices moraux.

⁴⁰⁶ Jusqu'aux décrets des 22 janvier et 24 juillet 1959.

⁴⁰⁷ Trib. corr., Morlaix, 16 décembre 1955, *Bull. soc. Arch. Fr.*, 1956, n° 53, p. 18 et CA, Rennes, 26 mars 1956, inédit.

⁴⁰⁸ CA, Rennes, 26 mars 1956, *préc.*

⁴⁰⁹ V. *infra*.

⁴¹⁰ V. C. patr., art. L. 541-5 pour les biens archéologiques mobiliers.

2. La réparation des préjudices moraux individuels

Cette réparation des préjudices moraux est l'illustration d'une évolution de l'étendue de la réparation en matière de préjudice archéologique, tant sur le plan des fondements de la réparation que sur celui des personnes recevables à agir.

a) La violation des obligations réglementaires

L'action du ministère en charge de l'archéologie peut être fondée sur la violation d'obligations réglementaires : autorisation de fouilles manquante, défaut de déclaration de découvertes, utilisation non autorisée d'un détecteur de métaux, certaines de ces violations pouvant par ailleurs entraîner une destruction du site et des vestiges. Il y aura dans ce cas un cumul réel d'infractions qui fondera l'action civile de l'autorité compétente⁴¹¹. On sait en effet que bien que ces infractions soient des infractions formelles⁴¹², cette qualification n'empêche pas que leur commission cause un préjudice⁴¹³.

Ce raisonnement s'applique pour les directions régionales des affaires culturelles (DRAC) qui sont, depuis la loi du 6 février 1992, des services déconcentrés du ministère de la Culture⁴¹⁴. Les DRAC étant chargées de la mise en œuvre de la réglementation en matière archéologique, les omissions d'autorisation et de déclaration contournent leurs compétences et leur cause un préjudice. Le tribunal correctionnel de Digne affirme que la DRAC a vu son autorité contournée, « ce qui constitue en soi un préjudice indemnisable »⁴¹⁵. De même, la cour d'appel de Riom, le 11 juin 2015⁴¹⁶ énonce-t-elle clairement que c'est à la fois le défaut d'autorisation de fouille dont les prévenus ont été déclarés coupables, qui au demeurant se suffirait à lui-même puisque ne permettant pas à la DRAC d'avoir un droit de regard sur les opérations postérieures, et l'imprudence et la négligence de ces derniers dans le fait de ne pas avoir entrepris à temps des démarches pour s'assurer de la régularité de leur action et de son absence de nocivité, qui ont entraîné un préjudice moral à la DRAC, soit à l'État.

Le préjudice subi par la DRAC est également admis sur le fondement d'achat, vente et recel de biens archéologiques provenant de fouilles non autorisées⁴¹⁷. Les infractions, fondements de la prévention, sont les infractions de droit commun comme le vol et le recel ainsi que les infractions du Code du patrimoine, en particulier l'article L. 544-4 qui sanctionne la circulation illicite de biens issus de fouilles illégales et dispose : « Le fait, pour toute personne, d'aliéner ou d'acquérir tout objet découvert en violation des articles L. 531-1, L. 531-6 et L. 531-15 ou

⁴¹¹ Trib. corr., Nevers, 14 mars 1995, inédit ; Trib. corr., Tarascon, 26 mars 1999, inédit.

⁴¹² C'est-à-dire l'infraction qui existe sans qu'un résultat matériel soit un élément constitutif de l'infraction : Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2019, 26^e éd. n° 247.

⁴¹³ Élisabeth Cartier, *La notion de dommage personnel réparable par les juridictions répressives*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1968, p. 40 s.

⁴¹⁴ Décret n° 2010-633 du 8 juin 2010, *JO* 10 juin 2010, sur l'organisation et les missions des DRAC. L'article 3, 7° du décret précise que la DRAC met en œuvre la réglementation relative au patrimoine monumental, à l'archéologie, aux musées et à l'architecture et contribuer, en collaboration avec les autres services déconcentrés de l'État, à l'application des réglementations concernant l'environnement, l'urbanisme et le renouvellement urbain dans un objectif de qualité durable des espaces naturels et urbains.

⁴¹⁵ Trib. corr., Digne-les-Bains, 28 juin 2016.

⁴¹⁶ Inédit.

⁴¹⁷ Trib. corr., Narbonne, 8 décembre 2016.

dissimulé en violation des articles L. 531-3 et L. 531-14 est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 4 500 euros. Le montant de l'amende peut être porté au double du prix de la vente du bien ».

Là encore, c'est l'absence d'autorisation de fouilles, infraction d'origine suivie de vente et recel qui conduit à admettre le préjudice de la DRAC.

Ces solutions sont évidemment valables pour le département des recherches archéologiques subaquatiques et sous-marines (DRASSM), service à compétence nationale établi à Marseille et équivalent fonctionnel des DRAC. Ce département délivre les autorisations de prospection et de sondage, instruit les demandes des fouilles programmées et contrôle les fouilles archéologiques dans le domaine public maritime. Il est donc susceptible de subir un préjudice de même nature que celui subi par les DRAC.

Mais ce préjudice moral était souvent faiblement réparé, en raison parfois d'une demande du franc symbolique (euro symbolique aujourd'hui) exprimée par l'État lui-même⁴¹⁸ ou le responsable du chantier de fouilles⁴¹⁹. Mais la situation évolue et on constate depuis quelques années une augmentation des dommages-intérêts octroyés⁴²⁰.

Mais ce préjudice moral n'est pas le seul à avoir été admis. Longtemps, le juge statuant sur l'action civile n'a pas su réparer le dommage de perte de connaissance scientifique qu'une atteinte au patrimoine archéologique était susceptible de causer. La raison en est probablement que ce dommage est objectif et collectif ; il lèse l'ensemble de la collectivité, indépendamment de toute victime individualisée et identifiable. Or la recevabilité de l'action civile en réparation des dommages causés par l'infraction dépend de leur caractère strictement personnel. Dès lors, ce préjudice ne pouvait être réparé et n'était finalement considéré par le juge qu'afin de justifier, sur le versant de l'action publique, de l'application stricte des dispositions pénales⁴²¹.

Cependant, à la faveur des évolutions des dispositions législatives qui ont conféré à l'État un rôle de garant de la qualité de la recherche archéologique et de sa diffusion, le juge a progressivement établi un lien entre les missions de protection, de gestion et d'exploitation scientifique du patrimoine archéologique dévolues à l'État, et l'intérêt commun qui réside notamment dans les connaissances dont ce patrimoine est porteur⁴²². Le juge peut ainsi relever que le régime d'autorisation prévu par la réglementation fait de ces autorisations un moyen non seulement de contrôle mais aussi de gestion du patrimoine dans le but de l'accroissement des connaissances du nombre et du contenu des sites nouveaux. Cet intérêt scientifique, même s'il n'est pas un intérêt particulier au sens de l'intérêt d'une personne physique ou morale de droit privé, est tout-à-fait spécifique : si les archéologues sont concernés au premier chef⁴²³, il

⁴¹⁸ Trib. corr., Nevers, 14 mars 1995.

⁴¹⁹ Trib. corr., Lure, 22 mai 1985.

⁴²⁰ Trib. corr., Digne-les-Bains, 28 juin 2016 : 61500 euros demandés et 3000 euros octroyés ; CA, Dijon, 16 novembre 2016 : 5000 euros accordés.

⁴²¹ V. par exemple : CA, Rennes, 26 mars 1956 ; Trib. corr., Digne, 19 novembre 1987.

⁴²² Trib. corr., Rouen, 16 octobre 1989.

⁴²³ CA, Toulouse, 5 mars 1987 : les prévenus ont saisi des monnaies anciennes dans l'intention de les conserver et ont jeté ce qui ne leur paraissait pas de grande qualité, privant ainsi les véritables archéologues de renseignements scientifiques.

dépasse largement cette communauté professionnelle pour bénéficier *in fine* à l'ensemble de la collectivité⁴²⁴.

Or le juge reconnaît à l'État un préjudice moral en cas de fouille sans autorisation. Il estime que cette infraction nuit aux missions qui lui sont conférées et à la gestion du patrimoine dont il a la charge⁴²⁵. Au vu du lien précédemment établi entre les missions de l'État et l'intérêt collectif à l'accroissement des connaissances, il semble en réalité utiliser le préjudice moral de l'État, préjudice individuel et subjectif, pour réparer le préjudice de perte de connaissances scientifiques, préjudice collectif et objectif.

Cette construction juridique se matérialise clairement dans l'arrêt de la cour d'appel de Riom, où le juge évalue le préjudice moral de l'État au regard des pertes scientifiques, prenant bien soin de distinguer entre le préjudice issu du contournement des règles, préjudice lié au contrôle éludé, et celui issu des dégâts irrémédiables causés, préjudice de perte de connaissance scientifique⁴²⁶. Mais c'est véritablement dans l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier⁴²⁷ que l'intérêt collectif porté par l'État a été explicitement reconnu et réparé sur le terrain du préjudice moral par une somme de 20 000 euros, en caractérisant ce dernier par « l'importance de la perte patrimoniale et scientifique pour la collectivité qu'il représente, à savoir la disparition des informations contextuelles sur la localisation des objets et dégradations irréversibles advenues ». C'est bien un préjudice moral particulier, distinct de la conception classique, et utilisé par le juge pour réparer un préjudice collectif et objectif. Ce caractère d'irréversibilité du préjudice est en outre plusieurs fois souligné par les juges.

Ce glissement du préjudice individuel vers un préjudice collectif s'observe aussi quand on examine la qualité des personnes morales recevables.

b) La recevabilité élargie des associations.

En procédure pénale, le binôme des intérêts, intérêt général/intérêt individuel, est dépassé à plusieurs titres. Il est en effet reconnu depuis longtemps que des groupements tels que les associations⁴²⁸ peuvent exercer l'action civile lorsqu'elles démontrent un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre. La loi fondatrice du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association prévoit que « Toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice »⁴²⁹, son périmètre d'action étant déterminé par l'objet statutaire de l'association. En procédure pénale, la situation des associations est différente car les actions sont strictement encadrées. Il n'existe pas d'action associative générale comme il en existe pour les syndicats professionnels⁴³⁰. Seules certaines

⁴²⁴ CA, Pau, 25 mars 2004 énonçant que les fouilles et prélèvements illicites portent atteinte à des éléments du patrimoine archéologique commun, appartenant à la nation sinon à l'humanité.

⁴²⁵ Trib. corr., Rouen, 16 octobre 1989.

⁴²⁶ CA, Riom, 11 juin 2015, n° 14/00294.

⁴²⁷ CA, Montpellier, 1^{er} décembre 2016, *Épave de la Jeanne Élisabeth*, n° 16/1744.

⁴²⁸ V. pour un exemple de recevabilité devant la juridiction pénale d'un comité départemental de la recherche archéologique : Cass., crim., 19 avril 1989, n° 88-85405, *Bull. crim.*, n° 162.

⁴²⁹ Art. 6.

⁴³⁰ C. trav., art. L. 2132-3 : Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

associations sont habilitées par le législateur à exercer l'action civile devant la juridiction pénale en fonction de leur nature⁴³¹, de leur durée d'existence, de leur finalité et des infractions mentionnées par le texte d'habilitation. Leur présence est utile dans la mesure où elle constitue un palliatif à l'inertie du Parquet ou de la victime.

Dans le domaine archéologique, l'article 2-21 du Code de procédure pénale entre dans ce cadre. Après avoir été réservée aux associations agréées ayant pour but l'étude et la protection du patrimoine archéologique agissant sur le fondement de l'infraction de destruction et dégradation de certains biens culturels⁴³², l'action civile a été étendue en 2016⁴³³ aux fondations reconnues d'utilité publique. Surtout le texte actuel vise dorénavant plusieurs infractions : le vol aggravé et la destruction aggravée de certains biens culturels, l'exportation et l'importation illicites de biens culturels.

L'alinéa premier du texte dispose donc aujourd'hui :

Art. 2-21, al. 1^{er} du Code de procédure pénale

Toute association agréée déclarée depuis au moins trois ans, ayant pour but l'étude et la protection du patrimoine défini à l'article L.1 du Code du patrimoine, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits réprimés aux articles 311-4-2 et 322-3-1 du Code pénal ainsi qu'à l'article L. 114-1 du Code du patrimoine et portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elle a pour objet de défendre.

Le régime de cette action civile associative est classique en procédure pénale puisque l'action est réservée aux associations agréées déclarées depuis au moins trois ans pour éviter les constitutions d'associations pour les besoins ponctuels d'un procès. Le point essentiel est que cette action est une action civile pleine et entière dans la mesure où elle n'est subordonnée ni à l'exercice préalable de l'action publique ni à celui de l'action civile de la victime initiale, ce qui aurait pour effet de ne permettre l'action que par voie d'intervention à la procédure. Enfin, l'admission d'un préjudice indirect est dérogatoire au droit commun procédural qui exige un préjudice directement issu de l'infraction.

Malgré le régime procédural favorable accordé à cette action associative, on ne peut que constater la quasi-absence d'actions civiles exercées sur le fondement de l'article 2-21 précité. Deux raisons semblent expliquer cette désaffection.

En premier lieu, on constate l'absence d'associations agréées⁴³⁴. Il est difficile de connaître les raisons de cette situation : s'agit-il d'une désaffection des associations pour la demande d'agrément ou d'un manque d'encouragement des pouvoirs publics ?

En second lieu, les associations exercent l'action civile sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale en vertu du préjudice direct et personnel qui leur est causé par l'infraction. Le plus souvent, il s'agit d'associations locales directement impliquées dans la sauvegarde et

⁴³¹ Déclarée, agréée, ou déclarée d'utilité publique.

⁴³² C. pén., art. 322-3-1.

⁴³³ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JO 19 novembre 2016.

⁴³⁴ Décret n° 2011-574 du 24 mai 2011 : la procédure d'agrément est prévue par l'article R. 1^{er}-2 du Code de procédure pénal qui renvoie aux dispositions fixées par les articles R. 114-6 à R. 114-17 du Code du patrimoine. La décision d'agrément est prise par arrêté conjoint du ministre chargé de la culture et du garde des sceaux, ministre de la justice

la protection du patrimoine local. Il en est ainsi par exemple de la Société des Sciences naturelles de la Haute-Marne dont l'action fondée sur la destruction d'une nécropole à tumulus et d'un dolmen a été déclarée recevable⁴³⁵ ou encore de la Société archéologique du Rougier des Avant-causses pour une détérioration de découvertes archéologiques⁴³⁶. Il peut s'agir aussi d'associations nationales telles que Happah (Halte au pillage)⁴³⁷. Les exemples de recevabilité sont légion sur le fondement de l'article 2⁴³⁸. Cette recevabilité est l'expression d'une politique criminelle plus libérale qu'auparavant de la part des juridictions pénales en général et de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en particulier concernant l'action civile des associations dans de nombreux domaines. On a en effet pu observer, notamment en matière environnementale, la recevabilité de l'action exercée par des associations de protection de l'environnement en l'absence d'habilitation spéciale, donc sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale.

On peut alors s'interroger sur la légitimité de faire coexister deux actions civiles associatives en réparation de préjudices difficiles à différencier. Il y a en effet un certain artifice à qualifier de personnel et direct un préjudice issu d'une atteinte à des biens archéologiques possédés ou exploités par d'autres personnes physiques ou morales que les associations demanderesse. Si l'on accepte le préjudice personnel, il semble plutôt indirect et conduire à l'irrecevabilité car ne répondant pas aux exigences de l'article 2. Cette bienveillance à l'égard de l'action associative permet aux associations d'agir sur des infractions non visées par l'article 2-21 et sans avoir besoin d'être agréées. Ainsi, des associations sont-elles recevables à agir sur le fondement de l'infraction de fouilles sans autorisation avec un détecteur de métaux ou sans détecteur de métaux⁴³⁹.

Reste à déterminer le préjudice réparable. Il s'agira généralement d'un préjudice moral, l'association ayant été lésée dans ses objectifs de préservation d'un patrimoine collectif. Mais la faiblesse de la réparation, limitée parfois au franc symbolique⁴⁴⁰, pose question d'autant plus qu'elle n'est pas explicitée. On constate cependant l'indemnisation du préjudice économique lorsque l'association assume une mission particulière de gestion ou de protection du site. C'est le cas de l'association pour la création et l'exploitation de la réserve géologique des Alpes de Haute Provence qui s'était vue confier la gestion de la réserve⁴⁴¹ ou encore de la Société des sciences naturelles et d'archéologie de la Haute-Marne chargée du sauvetage des objets mis au jour par la destruction de neuf tumulus et de la protection des autres éléments de la nécropole

⁴³⁵ Trib. corr., Chaumont, 19 février 1985.

⁴³⁶ Trib. corr., Rodez, 14 juin 2016.

⁴³⁷ Trib. corr., Dijon, 27 septembre 2016 et CA, Dijon, 16 novembre 2016 : affaire du trésor de Laignes dans laquelle l'association a obtenu 2500 euros de dommages-intérêts pour son préjudice moral.

⁴³⁸ CA, Paris, 16 mars 1988 et Cass., crim., 19 avril 1989, *Bull. crim.*, n° 162 (même affaire) : Comité départemental de la recherche archéologique ; Trib. corr., Colmar, 28 mars 1996.

⁴³⁹ Trib. corr., Sens, 24 juin 1988, inédit ; Trib. corr., Angoulême, 23 janvier 1996, inédit ; CA, Bordeaux, 18 juin 1996, inédit pour la recevabilité de la société archéologique et historique de la Charente.

⁴⁴⁰ Trib. corr., Sens, 24 juin 1988, *Association de la commission départementale de la recherche archéologique* ; Trib. corr., Colmar, 28 mars 1996, inédit.

⁴⁴¹ Trib. corr., Digne, 19 novembre 1987, repr. in Vincent Négri (dir.), *Protection pénale du patrimoine archéologique, préc.*, p. 197.

protohistorique de la forêt de Marsois⁴⁴².

Cette action associative est donc assez bien reçue par les juridictions, même si le ministère public a pu considérer parfois qu'elle parasitait son action publique.

On peut aujourd'hui se poser la question de l'élargissement de l'action associative dans sa prise en charge d'un intérêt commun et non plus seulement collectif. On pourrait s'inspirer ici des actions existant en droit de la consommation, l'action en représentation conjointe⁴⁴³ ou l'action de groupe⁴⁴⁴ étendue d'ailleurs en 2016 à d'autres secteurs⁴⁴⁵ : l'association agréée mandatée pourrait demander réparation des préjudices individuels subis par des personnes placées dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune une violation des règles protectrices du patrimoine archéologique.

Enfin, cette multiplication des actions pose la question de l'aménagement de la coexistence de celles-ci et de l'identification des préjudices.

En Italie, le juge pénal admet la partie civile dans le procès pénal, mais lorsque la responsabilité pénale du défendeur est déterminée, le jugement se borne normalement à vérifier l'existence des dommages et à prévoir une condamnation générique ou un paiement à titre de provision, n'arrivant pas à quantifier les dommages en faveur des parties civiles. La détermination du montant des dommages est, dans la plupart des cas, confiée au juge civil. D'après une jurisprudence bien établie, les associations ayant parmi leurs finalités statutaires la protection de l'environnement ou du patrimoine culturel sont admises à participer à un jugement pénal *iure proprio* lorsqu'il s'agit de poursuivre des conduites visant à enfreindre des lois inspirées aux mêmes principes et finalités⁴⁴⁶.

En ce qui concerne plus particulièrement la détermination du montant des dommages que le juge civil devrait reconnaître à une association vouée par son statut à la sauvegarde du patrimoine culturel, à l'issue du procès pénal, il s'agit de dommages non patrimoniaux. D'après la jurisprudence, ladite qualification implique que la liquidation soit fixée en équité (art. 1226 Code civil italien), compte tenu de la difficulté objective de déterminer le montant du dommage non patrimonial⁴⁴⁷. [Manlio Frigo]

⁴⁴² Trib. corr., Chaumont, 19 février 1985, repr. in Vincent Négri (dir.), *Protection pénale du patrimoine archéologique, préc.*, p. 174.

⁴⁴³ C. cons., art. L. 622-1 : « Lorsque plusieurs consommateurs identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application de l'article L. 811-1 peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs ».

⁴⁴⁴ C. cons., art. L. 623-1 : « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 811-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales, relevant ou non du présent code, ou contractuelles (...) ».

⁴⁴⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle crée l'action de groupe environnementale, en matière de discriminations, de santé et de protection des données à caractère personnel.

⁴⁴⁶ Cour de Cassation pénale, 23 février 2011 n° 7015, qui reconnaît l'intérêt direct de *Italia Nostra* et de *Legambiente* à la sauvegarde du parc archéologique de la Vallée de temples (Sicile), menacé par des conduites criminelles (abus de pouvoir, escroquerie, etc.).

⁴⁴⁷ À titre d'exemple, voir une décision célèbre du Tribunal de Taranto, qui, à propos des responsabilités découlant de la gestion de l'usine Illva, face à des dommages matériels considérables en termes de pollution massive et de pertes de vies humaines, a fixé le dommage non matériel en faveur de l'association *Legambiente* à € 30.000,00 €.

3. La coexistence délicate des différentes actions

Admettre une pluralité d'actions en justice devant la juridiction pénale pose immédiatement la question de la coexistence de ces actions avec l'action publique du parquet. Cette question est d'autant plus importante que la jurisprudence évolue sur la question des réparations des atteintes au patrimoine archéologique considéré comme patrimoine collectif et des personnes recevables à agir.

a) L'action publique et les actions des administrations

i) Action publique et action de l'État

Le ministère public pourra évidemment exercer l'action publique pour n'importe quelle infraction et seule cette action sera parfois exercée comme c'était fréquemment le cas dans les années 1960⁴⁴⁸. Cependant, on constate chez certains juges une difficulté à dissocier l'intérêt général défendu par le Parquet de l'intérêt public ou commun pris en charge par des institutions comme le ministère de la Culture alors que ces deux actions peuvent coexister.

Cette difficulté est d'abord due à une confusion qui peut être faite sur la notion d'intérêt général en raison du statut du Parquet. En effet, en raison du principe de hiérarchie qui soumet le Parquet à la Chancellerie⁴⁴⁹, certains seraient tentés de voir dans le Parquet un représentant de l'État et dans l'intérêt général, l'intérêt de l'État. Il y aurait donc le même intérêt étatique défendu, d'un côté par le Parquet, de l'autre par une institution publique. Ainsi peut-on lire : « En considération de la mauvaise foi et de l'esprit mercantile qui l'a poussé à commettre cette infraction, *sans souci de l'intérêt général qui se confond en l'espèce avec l'intérêt scientifique... les peines de...* »⁴⁵⁰.

Cette confusion est cependant rare puisqu'il est relevé que l'intérêt défendu par le ministre en charge de la gestion du patrimoine archéologique est un intérêt spécifique qui n'est pas un intérêt particulier au sens de l'intérêt d'une personne physique ou morale de droit privé et n'est pas non plus l'intérêt général du domaine exclusif du ministère public⁴⁵¹. C'est bien dire que l'intérêt général n'est pas l'intérêt de l'État mais bien celui de la société⁴⁵² qui recouvre un intérêt plus large, d'ordre public, qui déborde l'intérêt scientifique des institutions dédiées à l'archéologie.

Une autre source de confusion est issue de la présence à l'instance de l'agent judiciaire de l'État (AJE) comme partie civile. Sa présence n'est cependant pas systématique⁴⁵³ et est fondée sur une demande de dommages-intérêts émanant du ministère de la Culture ou des DRAC, qu'ils

⁴⁴⁸ Trib. corr., Gap, 7 octobre 1959 ; Trib. corr., Saintes, 1^{er} juillet 1964 ; CA Rouen, 27 juin 1967, *D.* 1968.II. Som. 39, *Gaz. Pal.*, 1967.II. 302.

⁴⁴⁹ C. proc. pén., art. 30, même si ce principe s'est beaucoup atténué avec la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 qui a supprimé les instructions du garde des sceaux dans les affaires individuelles.

⁴⁵⁰ CA, Bordeaux, 18 juin 1996, inédit.

⁴⁵¹ Trib. corr., Rouen, 16 octobre 1989, inédit.

⁴⁵² Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 27^e éd. 2020, n° 177.

⁴⁵³ Trib. corr., Amiens, 21 septembre 2006 ; Trib. corr., Nice, 17 janvier 2008 ; CA, Riom, 11 juin 2015 ; Trib. corr., Dijon, 13 novembre 2015 ; Trib. corr., Digne-les-Bains, 28 juin 2016 ; CA, Dijon, 16 novembre 2016 ; Trib. corr., Clermont-Ferrand, 14 mars 2017.

soient ou non présents également à la procédure⁴⁵⁴. Il existe encore quelques flottements quant à l'action civile dans ce domaine. Certaines juridictions déclarent irrecevables les DRAC faute de personnalité juridique⁴⁵⁵ alors que d'autres les déclarent recevables quand aucune réparation n'est demandée⁴⁵⁶.

En effet, l'AJE est investi d'une qualité particulière : « Toute action portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et tendant à faire déclarer l'État créancier ou débiteur pour des causes étrangères à l'impôt et au domaine doit, sauf exception prévue par la loi, être intentée à peine de nullité par ou contre l'agent judiciaire de l'État »⁴⁵⁷. Mais là encore, aucune confusion n'est possible car la présence de l'AJE n'est justifiée que par la prise en charge procédurale d'intérêts civils particuliers qui ne sont aucunement pris en charge par le Parquet.

Enfin, l'action civile du ministère de la Culture et des DRAC, même si elle a à la fois une finalité vindicative et une finalité indemnitaire comme toute action civile exercée devant la juridiction pénale⁴⁵⁸, n'a pas pour objet direct l'application d'une peine ou d'une mesure de sûreté qui relève du seul apanage du Parquet.

ii) Action publique et action de l'administration des douanes

Cette action sera le plus souvent exercée sur le fondement de l'infraction de détention de biens culturels sans document justificatif régulier⁴⁵⁹ : la personne qui a effectué des fouilles sauvages sans autorisation ou qui a découvert fortuitement des biens culturels et n'a pas déclaré sa découverte, ne dispose d'aucun justificatif émanant de l'administration et légitimant la détention des biens découverts⁴⁶⁰. Il s'agit d'une infraction douanière prévue par l'article 419 du Code des douanes et qui peut être poursuivie soit selon la procédure douanière soit dans le cadre d'une procédure pénale.

Compte tenu des infractions pénales précitées susceptibles d'être poursuivies, certains prévenus ont contesté les poursuites sur le fondement de l'infraction douanière, arguant que le concours réel d'infractions pénales et douanières était illégal, compte tenu de la similitude de leurs éléments constitutifs et de l'action publique du Parquet défendant déjà les intérêts publics. Outre le fait que les éléments constitutifs des infractions ne se recoupent pas, l'infraction douanière sanctionnant l'absence de documents légitimant la détention de biens culturels et non l'absence d'autorisation de fouilles, cet argument n'est pas recevable en raison du caractère particulier de

⁴⁵⁴ La DRAC peut évidemment être présente à la procédure sans exercer l'action civile : Trib. corr., Clermont-Ferrand, 17 décembre 2013 et 14 mars 2017. Elle est même qualifiée de « victime » : Trib. corr., Draguignan, 22 juin 2017.

⁴⁵⁵ Trib. corr., Rodez, 14 juin 2016 ; Trib. corr., Nantes, 15 mars 2018.

⁴⁵⁶ Trib. corr., Marseille, 14 décembre 2016 ; à rapprocher les décisions déclarant recevable le ministère de la Culture Trib. corr., Bordeaux, 10 octobre 2012 (pas de demande de réparation) et Trib. corr., Digne, 3 mars 1994 et Tarascon, 26 mars 1999 (1 franc de dommages-intérêts).

⁴⁵⁷ Art. 38 de la loi n° 55-366 du 3 avril 1955 et v. *infra*.

⁴⁵⁸ Fernand Boulan, « Le double visage de l'action civile exercée devant les juridictions répressives », JCP.1973.I.2563.

⁴⁵⁹ Si les biens sont importés illégalement d'un territoire étranger, l'infraction d'importation non déclarée de marchandises prohibées pourra être retenue (C. douanes, art. 414).

⁴⁶⁰ Trib. corr., Meaux, 3^e ch., 8 août 2014 ; Trib. corr., Marseille, 6^e ch., 14 décembre 2016 ; Trib. corr., Draguignan, 22 juin 2017.

l'action douanière, des finalités qu'elle poursuit et de la réglementation précise qui régit le rôle respectif du Parquet et de l'administration des douanes.

Il faut en effet distinguer :

- L'action pour l'application des peines, qui relève de la compétence exclusive du Parquet et qui a pour finalité le prononcé des peines d'emprisonnement pour les délits douaniers, et les peines privatives et restrictives de droits ;
- L'action pour l'application des sanctions fiscales qui peut être exercée par l'administration des douanes et le Parquet, accessoirement à son action publique⁴⁶¹ et qui a pour finalité le prononcé de la peine d'amende ou de confiscation. C'est cette action qui est particulière car la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme qu'elle a le caractère d'une action publique⁴⁶².

Cette affirmation est néanmoins conforme aux dispositions de l'article 1^{er} du Code de procédure pénale suivant lesquelles l'action publique est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, en l'occurrence par l'administration des douanes.

Enfin, il faut préciser que dans les procédures dont les agents des douanes ont été saisis en application des I et II de l'article 28-1 du Code de procédure pénale⁴⁶³, le ministère public exerce l'action pour l'application des sanctions fiscales.

Par conséquent, l'action pour l'application des sanctions fiscales ne peut être assimilée à l'action civile instituée par l'article 2 du Code de procédure pénale ni confondue avec elle⁴⁶⁴.

Enfin, cette action ne saurait non plus être confondue avec l'action de l'administration des douanes exercée sur le fondement de l'article 377 bis du Code des douanes et qui tend, devant le juge pénal, à obtenir le paiement des sommes fraudées ou indûment obtenues à raison d'une infraction douanière. Cette dernière action a seule le caractère d'une action civile⁴⁶⁵.

b) L'action publique et l'action associative

Il a longtemps été soutenu que l'action civile exercée devant la juridiction pénale ne pouvait être octroyée aux associations qu'avec parcimonie. En effet, la défense d'un intérêt collectif peut paraître englobée dans celle de l'intérêt général de la société puisqu'elle ne concerne *a priori* qu'un ensemble déterminé de personnes. Or il est apparu au législateur que la défense d'intérêts spécifiques par une association apparaissait comme le complément, voire la contrepartie d'actions plus larges menées par celle-ci : bonne connaissance du terrain et proximité avec les administrés, valorisation du patrimoine, assistance et conseil aux habitants et aux autorités, activités de recherche, etc. L'action en justice apparaît donc comme le prolongement logique et la mise en œuvre juridique des missions de l'association et comme toute action civile, offre la possibilité de saisir la juridiction pénale là où le ministère public

⁴⁶¹ C. douanes, art. 343 §1 et §2.

⁴⁶² Cass., crim., 8 janvier 1998, n° 97-84996, *Bull. crim.*, n° 9.

⁴⁶³ C'est-à-dire confiées au SNDJ (Service national de la douane judiciaire).

⁴⁶⁴ Cass., crim., 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-81267 ; Cass., crim., 11 mai 1995, pourvoi n° 94-84639, *Bull. crim.* n° 173.

⁴⁶⁵ Cass., crim., 6 février 1997, pourvoi n° 95-83452, *Bull. crim.* n° 52

n'aurait pas poursuivi⁴⁶⁶.

L'élément essentiel qui fonde l'action en justice d'une association est donc le lien entre l'objet de l'association défini par les statuts et l'infraction commise. En outre, en matière archéologique, l'association sera le plus souvent locale, communale, départementale⁴⁶⁷ ou régionale⁴⁶⁸ et sera recevable à agir sur le fondement de n'importe quelle infraction en rapport avec ses missions et son objet.

La coexistence de l'action publique et de l'action associative est aujourd'hui bien ancrée en procédure pénale mais ne doit pas éluder la question de personnes qui, comme dans une association, ont des intérêts convergents, notamment en poursuivant des objectifs communs de préservation du patrimoine archéologique.

c) L'action publique et l'action des communautés

La reconnaissance d'actions attribuées à des communautés est une évolution récente qui accompagne le développement d'un droit d'accès à la culture. Ce droit est inscrit dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dont l'article 27 dispose : « Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent »⁴⁶⁹.

L'intérêt à l'égard du patrimoine culturel s'inscrit donc dans la droite ligne de cette évolution. Or « le caractère de bien communautaire est un des éléments propres du patrimoine. Pour cette collectivité, le patrimoine représente une plus-value culturelle, car il renvoie aux racines communes, exprime l'accord de groupes sur un bien, conserve des pratiques et matériaux qui risquent de disparaître et dont il faut assurer la transmission. Expriment le lien intergénérationnel, le patrimoine traduit la mémoire collective d'une collectivité et devient ainsi un élément important de cohésion sociale, de communauté et d'expression d'identités »⁴⁷⁰.

Il faut alors se poser la question du rôle que peut jouer une communauté dans la protection de son propre patrimoine, quitte à identifier plusieurs préjudices différents selon la communauté concernée et à admettre la possibilité d'agir en justice.

Un tel cas de pluralité de préjudices trouve son illustration dans l'affaire Al Mahdi qui a donné lieu à trois décisions relatives à la destruction de 10 mausolées et mosquées à Tombouctou en juillet 2012 : un arrêt rendu par la Cour pénale internationale (CPI) le 27 septembre 2016 suivi de l'ordonnance de réparation du 17 août 2017 et de l'appel de cette ordonnance du 8 mars 2018. Même si les biens culturels concernés étaient exceptionnels car ils appartenaient au patrimoine mondial international en raison de leur inscription sur la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO, la définition du patrimoine culturel adoptée par la CPI permet, à ce stade de l'exposé, de souligner la valeur commune du patrimoine culturel : « Le patrimoine culturel doit être appréhendé comme l'ensemble des ressources qui rendent possibles les processus

⁴⁶⁶ Philippe Bonfils, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, n° 79 s.

⁴⁶⁷ Comité départemental de la recherche archéologique *in* CA, Paris 16 mars 1988.

⁴⁶⁸ Association groupe archéologique du Val de Seine *in* Trib. corr., Rouen, 16 octobre 1989.

⁴⁶⁹ <http://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>

⁴⁷⁰ Robert Philippart, « Enjeux de la sensibilisation au patrimoine culturel », *Nos cahiers*, 2019/1.

d'identification et de développement culturels des personnes et des groupes et que ceux-ci, de façon implicite ou explicite, veulent transmettre aux générations suivantes »⁴⁷¹.

La CPI en déduit alors une pluralité de préjudices conformément aux Statuts qui la régissent : des préjudices individuels personnels subis par des personnes physiques victimes directes et indirectes et des personnes morales victimes directes d'une part, ainsi que des préjudices collectifs subis par la population de Tombouctou, celle du Mali et de la communauté internationale⁴⁷² d'autre part.

Mais sur le plan procédural, il est difficile de généraliser la solution prise par la CPI dans la mesure où seuls les titulaires de la personnalité juridique peuvent normalement agir en justice. L'action des communautés est donc problématique dans la mesure où l'octroi de cette personnalité juridique obéit à des conditions précises. Néanmoins, la cour d'appel de Nouméa a pu reconnaître la personnalité juridique au clan kanak pour qu'il défende ses droits fonciers : « Attendu que le clan détenteur des 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 par la loi ; qu'il est doté d'organes exécutifs, désignés par les divers membres du clan ce dont attestent les actes coutumiers (les procès-verbaux de palabre) ; qu'il remplit donc bien les critères requis, au regard de la théorie dite de la réalité technique de la personnalité morale, pour se voir reconnaître la personnalité juridique, même en l'absence de texte, au sens de la jurisprudence de la Cour de Cassation : 'la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; (...) elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »⁴⁷³.

On peut donc en conclure qu'une communauté particulièrement concernée par une découverte archéologique ne pourrait agir qu'une fois dotée de la personnalité juridique⁴⁷⁴.

Cette exigence souffre aujourd'hui de critiques.

Sur un versant, le droit français a déjà reconnu des communautés dotées de droits spécifiques ; dans le contexte du parc national de Guyane créé en 2007 ont été instituées des *communautés d'habitants*⁴⁷⁵. Ces communautés, identifiées par la charte du parc après avis des autorités coutumières, jouissent de droits collectifs qui leur sont expressément reconnus et la réglementation du cœur du parc national prend en compte leurs modes de vie traditionnels, notamment leurs pratiques culturelles⁴⁷⁶.

Par ailleurs, à l'échelle internationale, la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société, adoptée à Faro le 27 octobre 2005, installe la notion de

⁴⁷¹ Ordonnance de réparation, 17 août 2017, §15.

⁴⁷² Ces trois catégories de préjudice ne seront pas tous réparés car ni l'État malien, ni l'UNESCO n'ont formulé de demandes de réparation.

⁴⁷³ CA, Nouméa, 22 août 2011 (2 arrêts) : « refuser au clan la personnalité juridique serait une forme de déni complet de la société autochtone, en déniait à cette structure, seule investie de devoirs et donc de prérogatives, le droit d'agir pour leur défense ».

⁴⁷⁴ On notera que le Parc de Guyane a institué des communautés d'habitants

⁴⁷⁵ Décret n° 2007-266 du 27 février 2007 créant le parc national dénommé 'Parc amazonien de Guyane', JO 28 février 2007, p. 3757.

⁴⁷⁶ Art. 19 à 22 du décret n° 2007-266 du 27 février 2007 créant le parc national dénommé 'Parc amazonien de Guyane, *préc.*

communauté patrimoniale :

Art. 2 – Définitions

[...]

b) une communauté patrimoniale se compose de personnes qui attachent de la valeur à des aspects spécifiques du patrimoine culturel qu'elles souhaitent, dans le cadre de l'action publique, maintenir et transmettre aux générations futures.

Sur un autre versant, la doctrine juridique a développé l'idée de « centres d'intérêts » qui apparaissent comme des succédanés de la personnalité morale. Ces centres d'intérêts permettraient une protection renforcée des intérêts spécifiques en cause lorsque suffisamment de temps et de solidarité entre les personnes concernées pourrait être constaté pour caractériser les intérêts communs⁴⁷⁷. Cette notion semble cependant difficile à mettre en œuvre. Il serait peut-être utile de s'inspirer des actions admises en droit de la consommation : l'action en représentation conjointe et l'action de groupe. Mais dans les deux cas, c'est une association qui est mandatée par les victimes pour agir⁴⁷⁸.

C. Les difficultés de mise en œuvre des actions

Les difficultés pour mettre en œuvre les actions destinées à sanctionner et à réparer les atteintes portées au patrimoine archéologique sont nombreuses et parfois insurmontables.

1. Les difficultés relatives à la connaissance et à l'intérêt du droit de l'archéologie.

Le droit de l'archéologie est un droit peu connu des praticiens du droit et de l'institution judiciaire en particulier. C'est d'abord un droit dont les dispositions sont éclatées entre plusieurs codes : Code du patrimoine, Code de l'urbanisme, Code de l'environnement, Code pénal, Code civil, Code des douanes, Code général de la propriété des personnes publiques. Ses règles sont ensuite largement réglementaires et administratives. Il est donc difficile de d'appréhender ce droit dans sa globalité. Il en ressort un caractère foisonnant, source de complexité, que l'on ne retrouve pas pour d'autres catégories de biens culturels.

En outre, non seulement les contours de l'intérêt public, doublement intérêt scientifique et intérêt patrimonial, mais aussi le processus même de patrimonialisation qui par anticipation protège des ressources susceptibles d'éclairer l'histoire de l'humanité, en font un objet à part dans le champ des autres biens culturels.

Ces difficultés alliées à la méconnaissance de ce droit se retrouvent dans la mise en œuvre des poursuites pénales. Les parquets sont peu enclins à poursuivre sur le fondement des infractions proprement archéologiques, préférant souvent utiliser les infractions de droit commun de vol, de recel et de dégradation si les faits le permettent. D'autre part, la situation actuelle de l'institution judiciaire, largement sous-équipée en moyens humains et matériels, ne crée pas un contexte favorable aux actions. En effet, les enquêtes en matière de biens culturels sont souvent longues et donc coûteuses pour des résultats aléatoires. Ensuite, l'idée que les découvreurs/pilleurs de sites archéologiques sont des délinquants et doivent être considérés

⁴⁷⁷ Gérard Farjat, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.*, 2002, p. 221 et suiv.

⁴⁷⁸ V. *supra*

comme tels est assez rarement soutenue, sauf par les DRAC et le ministère de la Culture. Enfin, la difficulté d'appréhender et d'évaluer le préjudice causé freine l'action publique.

Le contexte juridique et institutionnel actuel est donc assez peu favorable aux actions en matière archéologique. Sans doute faudrait-il renforcer les liens entre les DRAC et les tribunaux locaux pour sensibiliser les magistrats aux questions archéologiques.

2. Les difficultés tenant à la mise en œuvre du droit de l'archéologie

a) Constater l'infraction

Les poursuites des infractions en matière archéologique sont confrontées à une première difficulté qui est celle de la connaissance de l'infraction, et, en conséquence, de la constatation de celle-ci. En ce qui concerne la connaissance de l'infraction, celle-ci s'opère le plus souvent par des signalements qui sont le fait des services de l'archéologie et de membres d'associations de protection du patrimoine archéologique. Elle peut aussi être issue de l'observation du marché, sur internet ou en dur, de foires et salons où sont présentés des objets de provenance inconnue. Mais cette connaissance de faits répréhensibles laisse entière la question de la constatation précise de l'infraction. Outre les constatations opérées par les officiers de police judiciaire et les agents des douanes, le droit de l'archéologie prévoit alors l'habilitation de certains agents assermentés pour opérer les constats : c'est le commissionnement. Cependant, cette habilitation ne vaut que pour les infractions relatives à la réglementation des détecteurs de métaux⁴⁷⁹ et pour l'infraction de destruction et de dégradation prévue à l'article 322-3-1 du Code pénal et non pour l'infraction de fouilles illicites⁴⁸⁰. Il serait sans doute utile d'élargir explicitement le périmètre d'intervention des agents à cette infraction en relation étroite avec leurs fonctions, quand bien même la référence au contexte introduite dans la définition du patrimoine archéologique par la loi LCAP de 2016 permet d'affirmer que toute fouille illicite cause quasi systématiquement une dégradation du patrimoine archéologique et que certaines décisions jurisprudentielles sont en ce sens⁴⁸¹.

Si une fouille illégale est établie, il est difficile voire impossible de savoir s'il y a eu des prélèvements d'objets et la nature de ceux-ci. Les infractions applicables seront donc celles de dégradation et de fouilles sans autorisation, l'infraction de vol ayant été pendant longtemps difficile à retenir. En effet, lorsque des biens archéologiques étaient proposés à la vente, la détermination du propriétaire légitime était délicate et la qualification de vol facilement contestable⁴⁸². Les nouvelles règles d'attribution de la propriété à l'État des objets mobiliers

⁴⁷⁹ C. patr., art. L. 544-12.

⁴⁸⁰ C. patr., art. L. 114-4 : « Sans préjudice de l'application des articles 16, 20 et 21 du Code de procédure pénale, peuvent être habilités à procéder à toutes constatations pour l'application de l'article 322-3-1 du Code pénal et des textes ayant pour objet la protection des collections publiques :

a) Les fonctionnaires et agents chargés de la conservation ou de la surveillance des objets ou documents mentionnés à l'article 322-3-1 du Code pénal ;

b) Les gardiens d'immeubles ou d'objets mobiliers classés ou inscrits quel qu'en soit le propriétaire ».

⁴⁸¹ Décisions selon lesquelles une fouille est en elle-même une dégradation.

⁴⁸² On voit apparaître cette question « en creux » lorsque le tribunal ordonne la restitution totale ou partielle des scellés au contrevenant faute d'avoir la preuve certaine de l'origine des objets saisis : Trib. corr., Saumur, 14 novembre 1980 ; Trib. corr., Dijon, 27 septembre 2016.

découverts doivent donc rendre plus systématique l'application de la qualification de vol.

b) Dater la commission de l'infraction

Mais outre la difficulté de rattacher un objet à sa source, il est nécessaire ensuite de dater la commission de l'infraction afin de déterminer le point de départ du délai de prescription qui est de un an en matière contraventionnelle et de six ans en matière délictuelle⁴⁸³ et qui commence à courir le jour où l'infraction a été commise. Là encore la difficulté est importante mais sera plus aisément surmontée si on constate des actes invasifs sur un chantier de fouilles en cours. Ainsi, si le chantier a été fermé le week-end, la découverte de dégradations et de prélèvements illicites lors de la reprise du chantier permettra de dater l'infraction. On remarque aussi que les enquêtes s'appuient également sur l'analyse des fichiers informatiques des détectoristes « systématiques » qui répertorient soigneusement leurs découvertes (date, lieux de fouilles, objets trouvés...) ⁴⁸⁴. Enfin, des témoignages relatifs à la commission des faits peuvent utilement contribuer à la manifestation de la vérité⁴⁸⁵.

Ces difficultés peuvent être surmontées de plusieurs façons. En premier lieu, il n'est pas exigé de dater avec précision la commission de l'infraction. Il suffit de pouvoir situer la commission des faits dans la fourchette du délai de prescription, c'est-à-dire entre le moment de la découverte des faits et le délai de six ans de prescription en matière correctionnelle⁴⁸⁶. L'allongement de ce délai, qui est passé de trois à six ans en matière correctionnelle en 2017⁴⁸⁷ est évidemment favorable à une répression puisque, *a priori*, un plus grand nombre de faits peuvent se situer dans la période de la prévention, c'est-à-dire la période pendant laquelle se situent les faits poursuivis. D'autre part, la loi de 2017 a entériné une jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation reconnaissant le report du point de départ du délai de prescription au jour de la découverte de l'infraction occulte ou dissimulée. Est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire⁴⁸⁸. Est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte⁴⁸⁹. En matière archéologique, l'infraction de fouilles est une infraction clandestine qui pourrait être qualifiée d'infraction occulte au sens de la loi : la victime est inconnue et l'autorité judiciaire ne dispose a priori d'aucun moyen pour connaître les faits. Cette solution permettrait donc de reporter le point de départ du délai de prescription au jour de la découverte des fouilles illicites.

Enfin, si des objets issus de fouilles sont retrouvés ou apparaissent sur le marché, le dernier moyen utilisable pour faciliter les poursuites est de retenir les infractions constituées par la détention illicite des biens culturels, en particulier le recel et les infractions douanières. On sait

⁴⁸³ C. proc. pén., art. 8 et 9.

⁴⁸⁴ V. Trib. corr., Meaux, 8 août 2014 : les douaniers avaient retrouvé un agenda de l'an 2000 sur lequel étaient notées jour après jour les recherches et découvertes dans plusieurs communes et dans l'ordinateur des fichiers faisant état de quinze années de prospection.

⁴⁸⁵ CA, Bastia, 15 novembre 1995 : affaire du trésor de Lava

⁴⁸⁶ V. Trib. corr., Meaux, 8 août 2014 : contrôle le 5 février 2012, poursuites sur des faits commis entre cette date et le 5 février 2009 : à l'époque des faits la durée du délai de prescription était de trois ans.

⁴⁸⁷ Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

⁴⁸⁸ C. proc. pén., art. 9-1, al. 3.

⁴⁸⁹ C. proc. pén., art. 9-1, al. 4.

que le recel est un délit continu qui commence à se prescrire le jour où le bien n'est plus entre les mains du recéleur : une détention longue facilite donc les poursuites puisque la date de réception initiale du bien est indifférente. Le recel, infraction intentionnelle, exige cependant la connaissance de l'origine frauduleuse du bien. En matière archéologique, cette connaissance pourra être induite de la nature du bien, de son état, de l'absence de justificatif de provenance : par exemple, le tribunal judiciaire de Carpentras a pu retenir que des monnaies concernées présentaient toutes les caractéristiques des monnaies de fouilles (forte corrosion, usure importante, reste de sédiments collés, patine caractéristique d'objets exhumés) pour en déduire que le numismate, professionnel du marché des monnaies anciennes, avait conscience que les monnaies provenaient de fouilles illicites⁴⁹⁰. L'absence de justificatif de provenance permet au surplus de retenir l'infraction douanière de détention de biens culturels sans justificatif régulier. La constatation de la détention et de l'absence corrélative des documents réglementaires ne nécessite pas la connaissance de la date de l'infraction à l'origine de cette détention.

Enfin, ces deux infractions présentent l'intérêt de permettre le prononcé d'une peine d'amende en rapport avec la valeur des biens : moitié de la valeur des biens recelés pour le recel et jusqu'au double de la valeur des biens pour l'infraction douanière⁴⁹¹.

c) Les blocages institutionnels

L'action civile du ministère de la Culture et des DRAC conduit à préciser le rôle de l'agent judiciaire de l'État dans la procédure. On sait que sa présence n'est cependant pas systématique et est fondée sur une demande de dommages-intérêts émanant du ministère de la Culture, que ce dernier soit ou non présent également à la procédure⁴⁹².

Cette règle fondamentale présente cependant des inconvénients. Elle peut freiner l'exercice des actions si le ratio coût/avantage semble défavorable à l'agent judiciaire de l'État qui a ses propres seuils et ses propres critères d'intervention.

Il est donc très important que l'évaluation du préjudice donc de la créance de l'État soit faite le plus finement possible pour intéresser l'agent en charge de la demande. L'étude et l'évaluation du préjudice se font généralement en région par la DRAC qui monte un dossier d'évaluation. Ce dossier est transmis au service métier – sous-direction de l'archéologie – puis au service juridique du ministère de la Culture qui est en lien avec l'agent judiciaire de l'État. L'évolution récente du droit relative à la « nationalisation du sous-sol » et la facilitation des actions en revendication devraient conduire à l'augmentation des actions en justice.

En ce qui concerne la procédure, l'avocat de l'agent judiciaire de l'État, rémunéré par Bercy, n'est pas forcément spécialisé dans le domaine du patrimoine culturel.

Un autre blocage institutionnel peut tenir à l'absence de représentants de la DRAC à l'audience du tribunal. Cette absence, certes ponctuelle, peut être ressentie comme un désintérêt des autorités en charge de la protection de l'archéologie. De plus, l'audience est privée d'un professionnel qui pourrait être sollicité avec profit pour fournir des informations dont le juge

⁴⁹⁰ Monnaies par ailleurs non répertoriées dans son livre de police : Trib. jud., ch. corr., Carpentras, 23 janvier 2020, inédit.

⁴⁹¹ C. pén., art. 321-3 et C. douanes, art. 419 et 215 *ter*.

⁴⁹² Art. 38 de la loi n° 55-366 du 3 avril 1955 et *supra*.

ne dispose pas.

Il serait donc bon que s'instaure du côté de l'administration une politique de présence systématique aux audiences.

3. Les difficultés tenant à la qualification et à l'évaluation du préjudice

Les difficultés principales de mise en œuvre des actions tiennent à la délicate appréhension du préjudice en matière archéologique. Il faut reconnaître qu'un certain nombre d'éléments à prendre en compte sont atypiques pour une demande d'indemnisation. Mais cette atypicité ne doit nullement empêcher de qualifier les préjudices et de les évaluer.

Le premier élément est le caractère dit « irréparable » des dommages en cas de fouilles illicites et de destruction, caractère parfois mentionné par la jurisprudence⁴⁹³. Or, s'il est évident qu'une perte archéologique est définitive, ceci ne signifie pas pour autant qu'elle soit irréparable. Il y a donc une confusion qui est souvent faite entre le caractère prétendument irréparable du dommage et son caractère irréversible. Un dommage définitif peut être réparé⁴⁹⁴. Ce qui est plus problématique ici, c'est la détermination de l'évaluation du préjudice et non le principe de son existence.

Le second élément est relatif à la difficulté de reconnaître et d'évaluer les préjudices moraux, tels que sont qualifiés le préjudice de perte des connaissances et le préjudice de contournement des règles administratives (absence d'autorisation de fouilles par exemple). Ce sont des préjudices immatériels dont l'évaluation est nécessairement plus floue. Ainsi dans l'affaire bien connue du pillage de la Jeanne Elisabeth, l'experte souligne que « l'estimation de la valeur vénale des biens saisis ne doit pas masquer l'importance du préjudice scientifique et historique, à savoir la disparition des informations contextuelles sur la localisation des objets et les dégradations irréversibles advenues »⁴⁹⁵. Le juge fait droit à la demande de réparation en octroyant la somme de 20 000 euros à l'État en réparation de ce préjudice, sans toutefois détailler la méthode de calcul lui permettant d'arriver à ce chiffre. La difficulté d'évaluer le préjudice apparaît également concrètement dans l'arrêt rendu par la cour d'appel de Riom le 11 juin 2015. L'agent judiciaire de l'État avait réclamé 78 000 euros en première instance au titre du préjudice moral de l'État causé par « les pertes scientifiques en lien direct avec la réalisation des fouilles sans autorisation », avant de revoir le montant à 5 000 euros en appel, écart conséquent peu expliqué que les prévenus n'avaient pas hésité à relever. Le juge a finalement évalué le préjudice moral de l'État pour contournement de l'autorité de la DRAC et dégradations irréversibles à 2 500 euros. Le juge semble à ce point connaître des difficultés pour évaluer ce type de préjudice qu'il se contente bien souvent de n'octroyer qu'un euro

⁴⁹³ V. par exemple : Trib. corr., Saint-Gaudens, 31 mai 1990.

⁴⁹⁴ C'est le cas par exemple des maladies professionnelles, des incapacités permanentes, etc.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

symbolique⁴⁹⁶ quand ce n'est pas la partie civile elle-même qui formule une telle demande⁴⁹⁷.

Il n'est cependant pas certain que la qualification de préjudice moral soit adéquate au domaine archéologique car généralement liée à une souffrance physique et à ses conséquences.

Ensuite, on retrouve dans certaines décisions l'idée que le préjudice matériel constitué par les coûts de restauration d'un bien dont l'État est propriétaire ne peut être indemnisé dans la mesure où la préservation des biens relève de ses missions. Or cette solution aboutit à masquer la qualité de victime de l'État pour faire prévaloir celle de gardien du patrimoine archéologique. De ce point de vue, il n'est pas facilement justifiable de faire supporter au contribuable les réparations issues d'une infraction pénale commise par une personne identifiée qui doit être obligée de réparer le dommage qu'elle a causé.

III. Inventer un préjudice archéologique

Les pistes à explorer pour la reconnaissance du préjudice archéologique articulent ce préjudice et l'action ou les actions pour en demander la réparation :

- Il importe donc dans un premier temps de légitimer une action citoyenne ou/et une action associative en défense de l'intérêt commun.
- Il faut ensuite définir le ou les préjudices archéologiques.
- Pour obtenir réparation, il est nécessaire de déterminer des critères d'évaluation de ces préjudices.
- Enfin, il faut réfléchir aux différentes modalités de cette réparation.

A. Fondement des actions

1. Les valeurs assignées ou reconnues au patrimoine archéologique

Il ressort clairement des développements qui précèdent, ainsi que des définitions formulées par le Code du patrimoine ou la Convention de Malte que le patrimoine archéologique est avant tout un objet de science, dont l'étude des éléments qui le composent permet de mettre au jour des informations sur les origines et le développement des sociétés, et d'inscrire l'humanité dans une continuité historique. C'est ainsi que la plupart des systèmes législatifs européens ne définissent pas l'objet archéologique au regard d'un critère d'ancienneté ou d'une quelconque référence chronologique. Le patrimoine archéologique est appréhendé par référence à l'histoire de l'humanité⁴⁹⁸, à la somme des connaissances que les éléments qui le composent sont susceptibles d'apporter sur le passé et les civilisations d'autrefois.

⁴⁹⁶ CA, Toulouse, 5 mars 1987 : le juge a octroyé 1 franc de dommages et intérêts au directeur des antiquités historiques de Midi-Pyrénées après avoir relevé que la destruction intentionnelle avait privé les archéologues de renseignements scientifiques très importants ; TGI, Rouen, 16 octobre 1989 : le juge a octroyé 1 franc de dommages et intérêts au ministère de la Culture en réparation de l'atteinte aux missions de protection du patrimoine.

⁴⁹⁷ V. *supra* et les décisions citées. V. aussi CA, Nancy, 19 octobre 2000 : la commune de Bourcq demanda 1 franc au titre du préjudice moral.

⁴⁹⁸ Marie Cornu, Jérôme Fromageau et Catherine Wallaert (dir.), *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, Paris, CNRS, 2012, p. 711.

Mais l'information archéologique se dérobe à nos yeux et à notre connaissance immédiate⁴⁹⁹. La révéler suppose de mettre en place un processus scientifique, au demeurant pleinement saisi par la définition du patrimoine archéologique qui donne une place centrale à la sauvegarde et à l'étude du gisement. En étudiant par la fouille l'objet dans son contexte, c'est-à-dire à la fois sa localisation géographique et sa place dans l'épaisseur du gisement, l'archéologue va progressivement « construire l'héritage »⁵⁰⁰, révéler les informations historiques, patrimoniales ou culturelles dont l'objet est le support tangible. Artefact, objet fabriqué de la main de l'homme, et écofact, objet lié à l'étude de l'environnement ancien et de l'écosystème⁵⁰¹, se complètent et sont l'un et l'autre tout aussi essentiel à la démarche de l'archéologue. Les éléments matériels qui composent le patrimoine archéologique sont donc des objets de science avant d'être des objets patrimoniaux. Et c'est d'ailleurs cette interaction entre le tangible et l'intangible qui caractérise au mieux le patrimoine archéologique.

Celui-ci permettant de retracer le développement de l'histoire de l'humanité et de sa relation avec l'environnement naturel, chaque être humain est *a priori* intéressé au sort de ce patrimoine et à sa protection. Cette dimension est d'ailleurs affirmée par certaines décisions jurisprudentielles qui relèvent « l'intérêt scientifique [primordial] pour la connaissance de l'histoire de l'humanité » dont un site protégé est le porteur⁵⁰², ou l'atteinte « à des éléments du patrimoine archéologique commun, appartenant à la nation sinon à l'humanité »⁵⁰³. Des arrêts plus récents encore établissent le préjudice scientifique résultant d'une dégradation ou d'une destruction du contexte.

Par ces évolutions scientifiques et juridiques récentes qui tendent à reconnaître l'importance du contexte et par conséquent, des éléments intangibles du patrimoine archéologique, la nature commune de celui-ci se fortifie puisque les connaissances scientifiques bénéficient à la communauté et l'enrichissent⁵⁰⁴. Cette destination collective de l'information scientifique est à ce point essentiel qu'il apparaît légitime d'instaurer des charges sur la propriété privée portant sur un objet archéologique pour le préserver et l'étudier scientifiquement.

Corrélativement, les comportements répondant à des intérêts individuels et centrés autour des valeurs esthétiques et matérielles du patrimoine archéologique – qui sont bien réelles si l'on se penche sur le dynamisme du marché des antiquités, sont stigmatisés. Ce sont les fouilles sauvages, le détectorisme et le trafic illicites, tous ces comportements qui brisent le lien de l'objet avec son passé et conduisent à la disparition irrémédiable d'informations essentielles au mépris de l'intérêt commun⁵⁰⁵. Cette négation des valeurs scientifiques et collectives justifie

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ Gérard Aubin, « Le patrimoine archéologique : une source documentaire à gérer » in Vincent Négri (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 28.

⁵⁰¹ Jean-Pierre Giraud, « L'invention de l'objet archéologique » in Vincent Négri (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit, op. cit.*, p. 7.

⁵⁰² TGI, Digne, 19 novembre 1987.

⁵⁰³ CA, Pau, 25 mars 2004.

⁵⁰⁴ Vincent Merkenbreack, « L'archéologie à la rencontre des publics, Transmission et médiation des résultats de la recherche », *Rencontres européennes du patrimoine*, Institut national du patrimoine, 26 et 27 novembre 2014.

⁵⁰⁵ Xavier Delestre (dir.), *Pillages archéologiques et trafics de biens culturels en région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, DRAC Provence-Alpes-Côte d'Azur, p. 57 et 58 : « l'on distingue cinq valeurs de l'objet archéologique :

d'ailleurs que les peines sanctionnant les infractions de vol ou de destruction soient alourdies lorsqu'elles portent sur un objet archéologique⁵⁰⁶ puisque les actes infractionnels « effacent notre mémoire »⁵⁰⁷.

La nature commune et la destination résolument collective du patrimoine archéologique n'ont également cessé de s'affirmer au gré des projets locaux ou nationaux qui font émerger un véritable attachement des communautés ou des citoyens au patrimoine archéologique.

Sur un plan local, les sites archéologiques participent au développement territorial par le biais du tourisme, si bien que certains n'hésitent plus à parler « d'archéotourisme ». Il est ainsi admis que « la relation archéologie et public est caractérisée par une grande diversité de contenus, d'actions, de formes, de supports, de savoir-faire et de publics variés ayant des attentes spécifiques. Ces pratiques qualifiées de médiation tendent à s'institutionnaliser et à se professionnaliser. Une série d'acteurs occupe désormais une niche non négligeable d'emplois et de revenus dans le domaine socio-économique du tourisme culturel »⁵⁰⁸.

La valorisation poursuit également des objectifs pédagogiques en sensibilisant les populations à la protection du patrimoine. Cette valorisation est d'autant plus importante que la reconnaissance d'un patrimoine par la population locale est essentielle à sa préservation. Le patrimoine en général et le patrimoine archéologique en particulier sont donc des éléments nécessaires au développement de la population, facteurs d'enrichissement économiques certes, mais aussi éducatif et social⁵⁰⁹. Le patrimoine archéologique a ainsi une utilité publique réelle pour le bien-être de la population⁵¹⁰.

Sur un plan plus large, des sites emblématiques comme celui de la grotte Chauvet⁵¹¹ ou de la grotte de Lascaux ont une dimension qui dépasse largement les frontières ainsi que le reconnaît le ministère de la Culture : « La découverte de Lascaux en 1940 a bouleversé la connaissance de l'art préhistorique et de nos origines. Œuvre monumentale, la grotte continue de nourrir l'imaginaire collectif et d'émouvoir les nouvelles générations du monde entier »⁵¹². Cet élément transgénérationnel participe donc également au développement du caractère commun du patrimoine archéologique car il doit être préservé pour les générations futures, non plus seulement à travers l'espace (le monde entier), mais aussi à travers le temps.

Enfin, le caractère non renouvelable des « ressources » archéologiques commande d'être

scientifique et documentaire, esthétique, marchande et légale ».

⁵⁰⁶ C. pén., art. 311-4-2 et 322-3-1.

⁵⁰⁷ *Pillages archéologiques et trafics de biens culturels en région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, préc. p. 23.

⁵⁰⁸ Patrick Porte et Bernadette Prevost, « La valorisation des recherches archéologiques : de la médiation au développement territorial », *Archéologie et publics*, Actes du colloque, Bulletin des chercheurs de Wallonie, XLIV, 2005, p. 199 et suiv.

⁵⁰⁹ Michel Vernières, « Le patrimoine : une ressource pour le développement », *Tech. Financ. Dév.*, 2015, n° 118, Épargne sans frontière, pp. 7-20.

⁵¹⁰ Neil Brodie, « Archaeological Looting and Economic Justice », *Cult. Herit. Manag. Glob. Perspect.*, 2010, pp. 261-277.

⁵¹¹ Il faut donc faire connaître tout en préservant : V. Richard Buffat, « Rendre à la lumière les premières images de l'humanité : le fac-similé de la grotte Chauvet Pont d'Arc », *L'archéologie à la rencontre des publics*, Colloque de l'institut national du patrimoine (Paris), 26 et 27 novembre 2014.

⁵¹² <https://archeologie.culture.fr/lascaux/fr/visiter-grotte-lascaux>, consulté le 9 juin 2020.

particulièrement vigilant et attentif au niveau de protection de celles-ci. Or l'étendue de la protection dépend à la fois des règles de fond et de mise en œuvre de ces dernières.

2. *L'intérêt archéologique*

On peut donc s'interroger sur le régime actuel des actions en réparation et sur la trilogie des intérêts au soutien de ces actions. Une nouvelle approche peut être proposée qui intègre un nouvel *intérêt commun* pour fonder les actions. Cette idée n'est pas sans rappeler les possibilités envisagées pour protéger et défendre l'environnement mais elle s'en démarque dans la mesure où l'environnement (les espèces végétales et animales, la diversité biologique etc...) n'est pas sujet de droit et doit être représenté spécifiquement devant un juge alors que le patrimoine archéologique peut être représenté par son propriétaire. De plus, la Charte de l'environnement proclame dans son article 1^{er} un droit fondamental de chacun à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. On en déduit que « toute personne devrait alors pouvoir saisir un tribunal en cas de manquement aux dispositions du droit interne de l'environnement »⁵¹³.

Selon l'article L. 110-1, I) du Code de l'environnement, « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du *patrimoine commun de la nation*. »

La dimension commune du patrimoine archéologique passe d'abord par la reconnaissance de l'importance du patrimoine culturel. Ainsi, l'article 410-1 du Code pénal dispose que « *les intérêts fondamentaux de la nation* s'entendent [...] de son indépendance, de l'intégrité de son territoire [...], de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et *des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel* ».

Ensuite, même si le Préambule de la Constitution de 1946 prévoit que la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture, ce droit est peu formalisé.

Quant au patrimoine archéologique, sa nature commune transparaît aussi tant dans les décisions judiciaires nationales et internationales⁵¹⁴, que dans les interventions de professionnels⁵¹⁵. On peut en effet souligner que la jurisprudence qualifie de patrimoine national (au sens de commun)⁵¹⁶ ou de Patrimoine (avec P majuscule)⁵¹⁷ le patrimoine archéologique attaqué.

Or, pour la défense de l'environnement, il a été proposé de créer une action citoyenne défendant un « intérêt général universel » et attribuée à tout citoyen⁵¹⁸. De la même façon, la nature

⁵¹³ Véronique Jaworski, « Les représentations multiples de l'environnement devant le juge pénal : entre intérêts général, individuel et collectif », *VertigO*, Hors-série, 22 septembre 2015, n° 7.

⁵¹⁴ V. *supra*

⁵¹⁵ Dominique Garcia, Président de l'INRAP, à propos de la loi du 7 juillet 2016 et des vestiges archéologiques : « Une partie de notre patrimoine, *un bien commun*, pouvait donc disparaître, être vendu... » in Sciences et avenir, 29 juillet 2016.

⁵¹⁶ CA, Rouen, 16 mars 1981 ; CA, Riom, 11 juin 2015.

⁵¹⁷ Trib. corr., Nantes, 15 mars 2018.

⁵¹⁸ Véronique Jaworski, *préc.* n° 42 : « n'y aurait-il pas la possibilité de reconnaître dans l'environnement, 'patrimoine commun des êtres humains', un 'intérêt général universel' dont chaque citoyen serait le porte-parole devant le juge ? ».

particulière du patrimoine archéologique justifie une protection accrue qui peut passer par le renforcement des actions en réparation ou/et la création d'une nouvelle action pour les dommages qui lui sont causés.

On sait en effet que l'action civile est partagée entre plusieurs titulaires, qu'elle soit exercée devant les juridictions pénales, civiles ou administratives. Exercée par une personne physique ou morale, elle exige un préjudice direct ou indirect selon les cas, subi personnellement par telle personne ou une catégorie de personnes représentées par un groupement. Or les conditions actuelles d'exercice des actions ne reflètent pas la défense de l'intérêt commun.

L'intérêt individuel est d'abord l'opposé de l'intérêt commun puisqu'il ne concerne qu'une seule personne défendant son propre intérêt. Cependant, si l'action est exercée individuellement, il est possible de distinguer entre l'exercice d'une action en réparation d'un préjudice individuel (ex : dégradation d'une propriété) et celle en réparation d'un préjudice « commun » (perte de connaissances scientifiques). Cette distinction peut être mise en œuvre par l'établissement de modalités d'action différentes selon la finalité de l'action exercée individuellement.

En second lieu, l'intérêt collectif défendu par certains groupements tels que les fondations et les associations n'est pas l'intérêt commun. Il s'agit d'un intérêt catégoriel, c'est-à-dire un intérêt limité à une catégorie de personnes telles que les consommateurs ou les membres d'une profession représentés par le groupement ou, dans le cas de l'archéologie, aux associations de défense du patrimoine archéologique qui ont pour but l'étude et la protection du patrimoine archéologique. Cet intérêt collectif est donc distinct de l'intérêt commun défendu par tout citoyen, indépendamment de son appartenance à une structure particulière.

Enfin, l'intérêt commun n'est pas l'intérêt général bien qu'il en soit proche. Comme on l'a dit, l'intérêt général est l'intérêt de la société. Outre le fait que sa défense est l'apanage du Parquet et liée à la commission d'infractions pénales, il ne prend pas en charge cet intérêt transversal qui anime les citoyens. De plus, la finalité de l'action du Parquet est l'application d'une peine et non directement la réparation d'un préjudice⁵¹⁹.

Il y a donc une place pour la reconnaissance d'un intérêt commun qui justifierait l'exercice d'une action en réparation spécifique. Celle-ci serait soumise à des conditions particulières afin de maintenir un équilibre procédural entre toutes les actions. L'idée générale serait que cette action ne pourrait s'exercer :

- qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire quand une des autres actions précitées n'a pas été exercée.
- ou qu'à titre complémentaire, par voie d'intervention à la procédure, quand une des autres actions a été exercée.

Il existe déjà dans le droit français une action subsidiaire qui peut être exercée par un contribuable aux lieu et place d'une commune inactive⁵²⁰ et qui est prévue par l'article L. 2132-

⁵¹⁹ Il faut cependant nuancer ce propos car des mesures alternatives aux poursuites et certaines poursuites pénales simplifiées poursuivent la réparation du préjudice mais il s'agit d'un préjudice subi par une victime particulière : articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale.

⁵²⁰ Cette possibilité est offerte également par l'article L. 4143-1 CGCT à un contribuable agissant aux lieux et place de la Région et par l'article L. 5211-58 CGCT aux lieux et place des établissements publics de coopération

5 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) : « Tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risques, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit appartenir à la commune, et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer. » Cette action a pour but de pallier l'inertie d'une commune qui n'exercerait pas une action, par exemple pour des raisons de conflits d'intérêts⁵²¹. On voit ici que cette action est soumise à des conditions strictes, notamment l'obtention de l'autorisation du tribunal administratif. De plus, la jurisprudence exige que cette action présente un intérêt suffisant pour la collectivité lésée et qu'elle ait une chance de succès⁵²². Mais surtout cette action n'est pas propre au contribuable mais à la commune, même si l'intérêt commun ne lui est pas étranger.

Aussi peut-on se poser la question de la création d'une action dite citoyenne susceptible d'être exercée par toute personne se prévalant d'un intérêt commun. L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale présenté en mars 2010 prévoyait la reconnaissance d'une partie citoyenne dont l'action était soumise à certaines conditions. L'article 122-47 de l'avant-projet disposait en effet que « la qualité de partie citoyenne peut être attribuée à toute personne physique ou morale qui a dénoncé au procureur de la République, par lettre recommandée avec accusé de réception, un crime ou un délit lorsque sont réunies les conditions suivantes : 1° La personne, bien que n'ayant pas directement subi un préjudice personnel lui permettant de se constituer partie civile, **présente un intérêt légitime à agir** ; 2° **L'infraction dénoncée a causé un préjudice à la collectivité publique** ; 3° La dénonciation a été suivie d'une décision de classement judiciaire ou n'a pas donné lieu à d'acte d'enquête pendant un délai de six mois ».

L'intérêt à agir serait vérifié par la juridiction, comme c'est la règle, et il pourrait découler de l'action exercée par une personne particulièrement impliquée dans la protection du patrimoine archéologique. La jurisprudence belge à propos de la protection du site de Waterloo illustre l'hypothèse d'un intérêt à agir fondé sur l'implication d'une personne⁵²³ :

« à partir du moment où un bien est reconnu comme faisant partie du patrimoine culturel, il ne peut plus, par définition, être considéré comme étant la 'chose exclusive' d'une personne morale de droit public quelconque, même propriétaire des lieux, d'une collectivité déterminée ni même de la génération présente, à plus forte raison des voisins ou des habitants du quartier ; que c'est plus l'intérêt de ceux qui se dévouent à sa conservation qu'une proximité géographique aléatoire qui peut justifier l'action tendant à assurer la préservation du bien culturel »⁵²⁴.

intercommunale auxquels a adhéré la commune.

⁵²¹ V. par exemple sur l'interprétation du texte, CE, 1^{ère} sect. 13 octobre 2003, *Dr. pén.*, 2004, n° 12, obs. Maron ; Cass., crim., 27 mai 2015, n° 14-83061, *Bull. crim.*, n° 128.

⁵²² CE, 23 mai 2001, *D.2001.J.2708*, note Eoche-Duval.

⁵²³ V. *supra* Partie 1. Questionner la propriété archéologique. V. notamment les développements sur le patrimoine commun de la nation comme catégorie juridique.

⁵²⁴ CE, sec. adm., 15 décembre 2006, *Brassine-Vandergeeten*, n° 165.965. Dans le même sens, à propos d'un édifice inscrit dans un périmètre d'intérêt paysager, le Conseil d'Etat belge considère que cette « protection est l'indice certain que le lieu présente un intérêt qui dépasse la "chose exclusive" des propriétaires des lieux, d'une collectivité déterminée ou même de la génération présente ; [...] en d'autres termes, il s'agit d'un cas où l'intérêt avéré d'une personne, physique ou morale, de droit privé qui se dévoue à la conservation d'un élément naturel ou patrimonial [...] permet de justifier qu'elle exerce l'action en justice tendant à assurer la préservation de celui-ci [...] » (CE, 25 novembre 2001, *Van Basten et consorts*, n° 216.504).

Cette action est donc soumise à des conditions particulières et apparaît comme une action destinée à pallier l'inertie des premiers acteurs de la procédure. Le préjudice causé à la collectivité publique pourrait alors être reconnu en cas d'atteintes aux biens archéologiques et illustrerait l'intérêt commun défendu par l'action. La question de savoir si cette action pourrait être exercée devant toutes les juridictions devrait être débattue étant entendu que devant les juridictions pénales elle pourrait être fondée sur certaines infractions seulement telles que celles de fouilles illicites, dégradation, vols de biens archéologiques.

Enfin, on peut envisager que plusieurs personnes animées d'un même intérêt exercent une action de groupe en mandatant une association sur le modèle soit de l'action en représentation conjointe soit sur celui de l'action de groupe précédemment évoqués⁵²⁵.

Au Royaume-Uni, le patrimoine archéologique est reconnu au niveau national comme une ressource éducative et, plus globalement, en raison de l'intérêt qu'il présente pour la société. Les dommages sont généralement évalués en termes purement matériels – un délit contre la propriété – bien que dans certaines affaires, la perte d'informations et la dévalorisation consécutive de la signification patrimoniale d'un site aient également été citées et reconnues. La notion de 'crime contre le patrimoine' intervient pour évaluer la gravité d'une infraction qui entraîne la dévaluation d'un bien patrimonial consécutive à des dommages matériels ou un vol.

Le crime contre le patrimoine est défini comme toute infraction qui porte atteinte à la valeur des biens patrimoniaux et à leur environnement.

Les fouilles illicites sur des sites désignés peuvent être sanctionnées ; elles sont passibles de poursuites en vertu de la loi de 1979 sur les monuments anciens et les zones archéologiques. Les poursuites sont engagées par l'État lui-même, par l'intermédiaire de son propre organisme consultatif sur le patrimoine - *Historic England* – pour défendre le patrimoine d'importance nationale et le bien public. Une autorité locale n'a pas pour rôle d'engager des poursuites en vertu de la loi de 1979, à moins qu'elle n'ait un rôle spécifique à jouer dans le site en question (par exemple en tant que propriétaire ou exploitant du site). Toute enquête ou action entreprise en vertu de la loi est donc menée par *Historic England*.

Les sites non désignés ne sont pas protégés contre les fouilles illicites, si ce n'est par les principes et la législation en matière de propriété foncière (par exemple, en ce qui concerne des questions telles que l'intrusion, le vol ou les dommages matériels). Un propriétaire peut creuser un site sur son propre terrain sans l'aide ou les conseils d'un expert et sans qu'un personnel qualifié n'entreprenne les travaux. Beaucoup pourraient considérer cela comme illicite, mais en Angleterre, cette pratique est légale.

La loi de 1979 sur les monuments anciens et les zones archéologiques a également créé une série d'infractions pénales pour protéger les monuments contre des dommages ou leur destruction. Les poursuites sont alors engagées par le *Crown Prosecution Service*, le *Secretary of State* ou, pour certaines infractions, par *Historic England* en coordination avec le *Crown Prosecution Service*.

L'article 2 de la loi de 1979 interdit les travaux sur un monument classé sans l'accord du *Secretary of State* pour la culture, les médias et le sport (démolition, destruction, enlèvement ou réparation du bâtiment ou d'une partie du bâtiment) ou les travaux effectués en violation d'une condition de l'accord donné. Par exemple, une condition pourrait être que des recherches archéologiques soient effectuées avant que les travaux n'aient lieu.

⁵²⁵ V. *supra*.

L'article 28 interdit la destruction ou les dommages à un monument protégé, appartenant ou placé sous tutelle du *Secretary of State*, d'*English Heritage* ou d'une autorité locale. Une personne est coupable d'une infraction si elle savait que le monument était protégé et qu'elle avait l'intention de le détruire ou de l'endommager ou si sa négligence a provoqué la destruction ou l'endommagement du monument. Peu importe que la personne ait agi avec ou sans le consentement du propriétaire (un constructeur qui détruit une partie d'un monument sur ordre de son propriétaire n'est pas exonéré de sa responsabilité).

[Sophie Vigneron]

B. Vers la reconnaissance d'un préjudice archéologique

La reconnaissance d'un préjudice archéologique au sens large passe tant par l'affinement des préjudices déjà reconnus (a) que par l'admission d'un préjudice archéologique (b).

1. Les chefs de préjudice actuellement reconnus ou débattus

a) Les préjudices moraux et matériels

On distingue traditionnellement les préjudices moraux et matériels en matière de réparation des dommages. Appliquée au domaine archéologique, cette distinction permet d'indemniser les préjudices suivants :

- Préjudice matériel issu de l'utilisation d'un détecteur de métaux, de l'exécution de fouilles illicites entraînant une dégradation voire une destruction du site. Ce préjudice n'est que très peu, voire pas, indemnisé, s'inscrivant plutôt dans le préjudice moral de perte de connaissances scientifiques alors que si un dommage physique est démontré, il s'agit d'un préjudice matériel.
- Préjudice économique issu de la restauration du site. Ce préjudice est discuté dans la mesure où une restauration peut avoir peu de sens en matière archéologique puisque la perte est irréversible. De plus, le plus souvent, ce seront les institutions publiques, dont la mission est la conservation de ce patrimoine, qui seront en charge de la restauration. Certains juges soutiennent alors qu'il n'y a aucun préjudice réparable.

En l'absence de restauration, il faut réfléchir à des modalités de réparation par équivalent : le financement de mesures de sauvegarde d'autres sites, de fouilles, de valorisation du patrimoine archéologique etc...

Sans parler de restauration, il est parfois nécessaire de sauvegarder le site. Lors d'une procédure devant le tribunal correctionnel de Nantes⁵²⁶, la DRAC avait demandé 11000 euros correspondant aux frais de fouilles engagés pour éviter la destruction du site. La déclaration de son irrecevabilité, sans doute pour absence de personnalité juridique, n'a pas permis de savoir si un tel préjudice peut être reconnu.

⁵²⁶ Jugement du 15 mars 2018.

➤ Préjudice économique issu de la perte et/ou du vol des objets. L'indemnisation du préjudice est fonction de la valeur des objets estimée au prix du marché.

L'affaire dite de la Jeanne-Elisabeth fournit un excellent exemple de ce préjudice⁵²⁷.

La détermination de la valeur archéologique de réels espagnols trouvés dans l'épave par les pilliers s'est fondée sur l'intérêt historique et culturel du navire et de son contenu : navire battant pavillon neutre dans le conflit entre la France et l'Angleterre pour éviter les corsaires anglais basés à Minorque. Ce navire avait chargé à Cadix de 657 Kg d'argent pour revendre les piastres à Lyon où le taux de change était plus favorable.

L'expertise demandée oscille entre 60 euros et plus de 150 euros pièce. Le tribunal fixera la valeur à 60 euros pièce X 18000 pièces = 1080000 euros.

➤ Préjudice économique issu de la perte d'exploitation et d'impossibilité de valorisation du site. Ce préjudice peut apparaître hypothétique si aucune démarche de valorisation n'était prévue avant l'atteinte.

➤ Préjudice moral issu du contournement des règles d'autorisation et de déclaration.

➤ Préjudice moral de perte de connaissances scientifiques.

L'évaluation, sauf objets pouvant être évalués au prix du marché, est arbitraire.

b) Les critères d'évaluation de la réparation

Quant aux critères d'évaluation de la réparation, ils sont pour l'instant peu développés, l'octroi d'un euro symbolique pour certains préjudices moraux et même matériels étant peu compréhensible.

En effet, la valeur particulière du patrimoine archéologique devrait irriguer tout le droit à réparation des dommages causés à ce patrimoine et la faiblesse des réparations est de ce point de vue contreproductive. C'est pourquoi une grille d'indemnisation (sous forme de lignes directrices) pourrait être proposée fondée sur une liste de critères et une fourchette financière :

- l'intérêt historique du site ou de l'objet,

- l'intérêt scientifique local, régional, national et universel : la « géolocalisation » des intérêts n'est pas nouvelle. Ainsi, des arrêtés ont utilisé ces critères pour évaluer la récompense due à l'inventeur d'une découverte d'un bien culturel maritime⁵²⁸, d'un vestige archéologique immobilier⁵²⁹ ou pour déterminer l'importance archéologique d'une découverte fortuite immobilière qui donne lieu à une exploitation⁵³⁰.

Une liste des sites d'intérêt national a même été un temps établie en fonction des recherches en

⁵²⁷ CA, Montpellier, 1^{er} décembre 2016 : peine d'emprisonnement avec sursis avec obligation de réparer le dommage.

⁵²⁸ Arrêté du 8 février 1996 relatif aux biens culturels maritimes, *JO* 20 février 1996, p. 2740 ; modifié par arrêté du 12 août 2009, *JO* 26 août 2009, p. 13965.

⁵²⁹ Arrêté du 28 juillet 2008 portant définition des modalités d'attribution des récompenses pour découverte fortuite de vestiges archéologiques immobiliers, *JO* 6 août 2008, p. 12581.

⁵³⁰ Arrêté du 8 avril 2008 portant définition de l'échelle d'évaluation de l'importance d'une découverte fortuite de vestiges archéologiques immobiliers, *JO* 4 juin 2008, p. 9194.

cours et des possibilités d'accès du public⁵³¹.

Il serait donc possible de réactiver un tel étalonnage des intérêts :

- la rareté du site, son caractère unique, atypique,
- la richesse patrimoniale du site,
- la plus ou moins grande importance des dommages (destruction/dégradation totale ou partielle).

Ces critères pourraient être appliqués éventuellement au préjudice archéologique tel que défini ci-après. Enfin, il serait possible d'y adjoindre le coût de la fouille qui aurait permis d'obtenir les informations scientifiques détruites irréversiblement et d'affecter cette somme au financement d'une fouille sur un terrain de même potentiel.

2. Tentative de définition d'un préjudice archéologique

a) Définition proposée à intégrer dans le Code civil

Proposition d'article :

« Constitue un préjudice archéologique toute atteinte non autorisée par la loi ou le règlement, portée au patrimoine archéologique tel que défini à l'article L. 510-1 du Code du patrimoine, et entraînant la perte irréversible de connaissances scientifiques et historiques dont il était le support ».

Le préjudice archéologique se veut objectif, sans victime particulière identifiée ni identifiable. Il réside dans l'atteinte à un intérêt supérieur et fondamental, l'intérêt archéologique. Il est donc légitime de le prendre en compte pour lui-même et non seulement à travers les préjudices ressentis par les individus. C'est ainsi que l'action en réparation s'accommoderait de titulaires plus diffus, ce qui n'empêche pas d'établir éventuellement la liste (limitative ou indicative) des personnes susceptibles d'agir en responsabilité, et celles susceptibles d'agir prioritairement et subsidiairement⁵³².

L'expression « toute atteinte » supposerait que la responsabilité soit également objective, c'est-à-dire qu'elle ne réclame pas de faute de la part de l'auteur de l'atteinte pour être engagée, quand bien même dans les faits le contentieux archéologique se noue essentiellement devant le juge pénal et suppose donc une infraction préalable. C'est un principe évidemment motivé par la destination collective du patrimoine archéologique et sa valeur inestimable, dont la protection efficace suppose qu'il n'y ait pas à rapporter une faute pour agir en responsabilité. Mais il est nécessaire d'apporter une limitation à ce principe : le cas où la fouille est autorisée car menée dans une démarche scientifique. Toute fouille, même scientifique et menée par des professionnels, suppose techniquement une destruction du contexte, mais dans ce cas l'information n'est pas perdue donc il n'y a pas de préjudice.

Le préjudice archéologique est centré sur la perte de connaissances scientifiques et historiques et n'entend donc pas englober tous les préjudices résultant d'une atteinte au patrimoine

⁵³¹ Arrêté du 21 mars 1995 établissant la liste des sites archéologiques d'intérêt national, *JO* 7 avril 1995, p. 5552.

⁵³² V. *supra*.

archéologique. Les préjudices matériels et économiques subis par le propriétaire, l'État ou l'exploitant par exemple, conservent leur existence propre.

b) Mesures de réparation

Le préjudice étant objectif, il n'est en théorie pas subi par un sujet de droit en particulier, mais une multitude de personnes sont susceptibles d'agir en réparation d'un préjudice lésant les intérêts de la collectivité. Aussi au stade de la réparation, des difficultés peuvent apparaître. Les personnes ayant agi ne devraient pas pouvoir obtenir personnellement réparation du préjudice : d'abord parce que la dimension collective et objective du préjudice serait niée ; ensuite parce que le risque est grand que les sommes allouées soient utilisées à d'autres fins que la réparation du préjudice.

Dès lors, deux solutions. Soit privilégier une réparation en nature, ce qui apparaît difficilement concevable pour une perte immatérielle irréversible. Soit ordonner une indemnisation/compensation par l'octroi de dommages et intérêts, assorti d'une affectation obligatoire par exemple au bénéfice de la recherche archéologique, de l'INRAP, ou encore de la reconstitution virtuelle du site, etc. La réparation profite alors à l'intérêt commun et non à la personne qui a agi en justice.

c) Évaluations

Dans ce dernier cas, il faut alors évaluer le préjudice, ce qui est un problème majeur. Il est difficile d'apprécier objectivement la valeur de l'information portée par le patrimoine archéologique, dans laquelle réside un intérêt commun et transgénérationnel.

Peut-être faut-il exclure une évaluation proportionnelle aux coûts engagés afin de sauver, réparer ou restaurer dans l'urgence ce qui peut encore l'être ; c'est un mode de réparation qui semble plutôt adapté au préjudice économique, d'autant que le préjudice archéologique est irréversible et que la remise en état du site semble bien utopique.

De même en est-il de l'évaluation proportionnelle à la valeur commerciale de l'objet qui a pu être pillé ou illicitement déterré ; c'est un mode de réparation plutôt adapté au préjudice matériel.

L'idée est d'essayer de donner une valeur à l'information archéologique perdue, la « valeur archéologique ». C'est un préjudice qu'il faut évaluer objectivement par définition, et non au regard d'une lésion ressentie.

Une grille d'évaluation possible serait d'évaluer la perte au regard des coûts de la recherche qui aurait permis de révéler l'information contenue dans le gisement si l'atteinte ne s'était pas produite. Ainsi le préjudice archéologique serait évalué proportionnellement par exemple aux coûts engagés pour préparer la recherche, mener la recherche et les fouilles sur le terrain, et les études et analyses en laboratoire par la suite, la rédaction des rapports, etc.

Une autre solution, beaucoup plus sujette à débat cette fois, serait d'évaluer le préjudice au regard des avantages tirés par l'auteur de l'atteinte, ce qui s'apparenterait à des dommages et intérêts punitifs. Le préjudice archéologique serait alors évalué proportionnellement au montant que l'atteinte a permis de faire économiser à l'auteur, par exemple dans le cadre de l'archéologie préventive, ou au montant que la revente du bien archéologique pillé lui aurait procuré. Le bilan du calcul coût/avantage que l'auteur de l'atteinte a probablement fait avant de la commettre serait alors systématiquement négatif, et le patrimoine d'autant mieux protégé.

ANNEXE :

Tableau des principales infractions en matière archéologique

Infractions relatives aux fouilles et découvertes archéologiques terrestres et subaquatiques		
<i>Infraction</i>	<i>définie par</i>	<i>et réprimée par</i>
<p>Utilisation sans autorisation de détecteur d'un détecteur de métaux aux fins de recherche archéologique ou historique</p>	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article L. 542-1 Nul ne peut utiliser du matériel permettant la détection d'objets métalliques, à l'effet de recherches de monuments et d'objets pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie, sans avoir, au préalable, obtenu une autorisation administrative délivrée en fonction de la qualification du demandeur ainsi que de la nature et des modalités de la recherche.</p> <p>Article R. 542-1 L'autorisation d'utiliser du matériel permettant la détection d'objets métalliques, prévue à l'article L. 542-1, est accordée, sur demande de l'intéressé, par arrêté du préfet de la région dans laquelle est situé le terrain à prospector.</p> <p>La demande d'autorisation précise l'identité, les compétences et l'expérience de son auteur ainsi que la localisation, l'objectif scientifique et la durée des prospections à entreprendre.</p> <p>Lorsque les prospections doivent être effectuées sur un terrain n'appartenant pas à l'auteur de la demande, ce dernier doit joindre à son dossier le consentement écrit du propriétaire du terrain et, s'il y a lieu, celui de tout autre ayant droit.</p>	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article L. 542-1 Nul ne peut utiliser du matériel permettant la détection d'objets métalliques, à l'effet de recherches de monuments et d'objets pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie, sans avoir, au préalable, obtenu une autorisation administrative délivrée en fonction de la qualification du demandeur ainsi que de la nature et des modalités de la recherche.</p> <p>Article R. 542-1 L'autorisation d'utiliser du matériel permettant la détection d'objets métalliques, prévue à l'article L. 542-1, est accordée, sur demande de l'intéressé, par arrêté du préfet de la région dans laquelle est situé le terrain à prospector.</p> <p>La demande d'autorisation précise l'identité, les compétences et l'expérience de son auteur ainsi que la localisation, l'objectif scientifique et la durée des prospections à entreprendre.</p> <p>Lorsque les prospections doivent être effectuées sur un terrain n'appartenant pas à l'auteur de la demande, ce dernier doit joindre à son dossier le consentement écrit du propriétaire du terrain et, s'il y a lieu, celui de tout autre ayant droit.</p>

<p>Exécution de fouilles archéologiques sans autorisation</p> <p>Exécution de fouilles archéologiques non conformes aux prescriptions de l'autorisation de fouille</p> <p>Poursuite d'une fouille archéologique après une découverte fortuite</p>	<p>Article L. 531-1</p> <p>Nul ne peut effectuer sur un terrain lui appartenant ou appartenant à autrui des fouilles ou des sondages à l'effet de recherches de monuments ou d'objets pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie, sans en avoir au préalable obtenu l'autorisation.</p> <p>La demande d'autorisation doit être adressée à l'autorité administrative ; elle indique l'endroit exact, la portée générale et la durée approximative des travaux à entreprendre.</p> <p>Dans le délai, fixé par voie réglementaire, qui suit cette demande et après avis de l'organisme scientifique consultatif compétent, l'autorité administrative accorde, s'il y a lieu, l'autorisation de fouiller. Elle fixe en même temps les prescriptions suivant lesquelles les recherches devront être réalisées.</p>	<p>Article R. 542-2</p> <p>L'arrêté accordant l'autorisation fixe les conditions selon lesquelles les prospections devront être conduites.</p> <p>Lorsque le titulaire d'une autorisation n'en respecte pas les prescriptions, le préfet de région prononce le retrait de l'autorisation.</p> <p>Article R. 544-3</p> <p>Quiconque utilise, à l'effet de recherches mentionnées à l'article L. 542-1, du matériel permettant la détection d'objets métalliques sans avoir obtenu l'autorisation prévue à l'article R. 542-1 ou sans avoir respecté les prescriptions de cette autorisation est puni de la peine d'amende applicable aux contraventions de la 5e classe.</p> <p>Article L. 544-1</p> <p>Est puni d'une amende de 7 500 euros le fait, pour toute personne, de réaliser, sur un terrain lui appartenant ou appartenant à autrui, des fouilles ou des sondages à l'effet de recherches de monument ou d'objet pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie :</p> <p>a) Sans avoir obtenu l'autorisation prévue aux articles L. 531-1 ou L. 531-15 ;</p> <p>b) Sans se conformer aux prescriptions de cette autorisation ;</p> <p>[...]</p>
--	---	---

<p>Poursuite d'une fouille archéologique malgré le retrait de l'autorisation</p>	<p>Article L. 531-15</p> <p>Si la continuation des recherches présente au point de vue de la préhistoire, de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie un intérêt public, les fouilles ne peuvent être poursuivies que par l'État ou après autorisation de l'État, dans les conditions prévues au présent chapitre.</p> <p>A titre provisoire, l'autorité administrative peut ordonner la suspension des recherches pour une durée de six mois à compter du jour de la notification.</p> <p>Pendant ce temps, les terrains où les découvertes ont été faites sont considérés comme classés et tous les effets du classement leur sont applicables.</p> <p>Article L. 531-6</p> <p>L'autorité administrative compétente pour la délivrance de l'autorisation peut prononcer, par arrêté pris sur avis conforme de l'organisme scientifique consultatif compétent, le retrait de l'autorisation de fouilles précédemment accordée :</p> <p>a) Si les prescriptions imposées pour l'exécution des recherches ou pour la conservation des découvertes faites ne sont pas observées ;</p> <p>b) Si, en raison de l'importance de ces découvertes, l'autorité administrative estime devoir poursuivre elle-même l'exécution des fouilles ou procéder à l'acquisition des terrains.</p> <p>A compter du jour où l'administration notifie son intention de provoquer le retrait de l'autorisation, les fouilles doivent être suspendues. Elles peuvent être reprises dans les conditions fixées par l'arrêté d'autorisation si l'autorité administrative compétente pour délivrer l'autorisation n'a pas prononcé le retrait de celle-ci dans un délai de six mois à compter de la notification.</p> <p>Pendant ce laps de temps, les terrains où étaient réalisées les fouilles sont considérés comme classés parmi les monuments historiques et tous les effets du classement leur sont applicables.</p>	<p>Article L544-1</p> <p>Est puni d'une amende de 7 500 euros le fait, pour toute personne, de réaliser, sur un terrain lui appartenant ou appartenant à autrui, des fouilles ou des sondages à l'effet de recherches de monument ou d'objet pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art ou l'archéologie :</p> <p>[...]</p> <p>c) Malgré le retrait de l'autorisation de fouille en application des dispositions de l'article L. 531-6.</p>
---	---	--

Non-déclaration ou fausse déclaration de découverte archéologique terrestre ou subaquatique		
<i>Infraction</i>	<i>définie par</i>	<i>et réprimée par</i>
<p>Non ou fausse déclaration de découverte archéologique fortuite</p>	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article L. 531-14</p> <p>Lorsque, par suite de travaux ou d'un fait quelconque, des monuments, des ruines, substructions, mosaïques, éléments de canalisation antique, vestiges d'habitation ou de sépulture anciennes, des inscriptions ou généralement des objets pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art, l'archéologie ou la numismatique sont mis au jour, l'inventeur de ces vestiges ou objets et le propriétaire de l'immeuble où ils ont été découverts sont tenus d'en faire la déclaration immédiate au maire de la commune, qui doit la transmettre sans délai au préfet. Celui-ci avise l'autorité administrative compétente en matière d'archéologie.</p> <p>Si des objets trouvés ont été mis en garde chez un tiers, celui-ci doit faire la même déclaration.</p> <p>Le propriétaire de l'immeuble est responsable de la conservation provisoire des monuments, substructions ou vestiges de caractère immobilier découverts sur ses terrains. Le dépositaire des objets assume à leur égard la même responsabilité.</p> <p>L'autorité administrative peut faire visiter les lieux où les découvertes ont été faites ainsi que les locaux où les objets ont été déposés et prescrire toutes les mesures utiles pour leur conservation.</p>	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article L. 544-3</p> <p>Le fait, pour toute personne, d'enfreindre l'obligation de déclaration prévue à l'article L. 531-14 ou de faire une fausse déclaration est puni d'une amende de 3 750 euros.</p>

Vente ou achat illicite de découverte archéologique		
<i>Infraction</i>	<i>définie par</i>	<i>et réprimée par</i>
Vente ou achat illicite de découverte archéologique	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Articles L. 531-1, L. 531-3, L. 531-6, L. 531-14 et L. 531-15 (déjà cités)</p>	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article L544-4</p> <p>Le fait, pour toute personne, d'aliéner ou d'acquérir tout objet découvert en violation des articles L. 531-1, L. 531-6 et L. 531-15 ou dissimulé en violation des articles L. 531-3 et L. 531-14 est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 4 500 euros. Le montant de l'amende peut être porté au double du prix de la vente du bien.</p> <p>La juridiction peut, en outre, ordonner la diffusion de sa décision dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal.</p>

Infractions relatives aux biens culturels maritimes		
<i>Infraction</i>	<i>définie par</i>	<i>et réprimée par</i>
<p>Prospection, sondage ou fouille sans autorisation sur un bien culturel maritime</p> <p>Déplacement, prélèvement sans autorisation d'un bien culturel maritime découvert</p>	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article L. 532-7 Nul ne peut procéder à des prospections à l'aide de matériels spécialisés permettant d'établir la localisation d'un bien culturel maritime, à des fouilles ou à des sondages sans en avoir, au préalable, obtenu l'autorisation administrative délivrée en fonction de la qualification du demandeur ainsi que de la nature et des modalités de la recherche.</p> <p>Tout déplacement d'un bien ou tout prélèvement sur celui-ci est soumis, dans les mêmes conditions, à l'obtention préalable d'une autorisation administrative.</p> <p>Article L. 532-8 Les fouilles, sondages, prospections, déplacements et prélèvements doivent être exécutés sous la direction effective de celui qui a demandé et obtenu l'autorisation mentionnée à l'article L. 532-7.</p> <p>Article L. 532-9 Lorsque le propriétaire d'un bien culturel maritime est connu, son accord écrit doit être obtenu avant toute intervention sur ce bien.</p>	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article L. 544-6 Le fait, pour toute personne, d'avoir fait des prospections, des sondages, des prélèvements ou des fouilles sur des biens culturels maritimes ou d'avoir procédé à un déplacement de ces biens ou à un prélèvement sur ceux-ci en infraction aux dispositions du premier alinéa de l'article L. 532-3 ou des articles L. 532-7 et L. 532-8 est puni d'une amende de 7 500 euros.</p>

<p>Non ou fausse déclaration de découverte de bien culturel maritime</p>	<p>Article L. 532-2 Les biens culturels maritimes situés dans le domaine public maritime dont le propriétaire n'est pas susceptible d'être retrouvé appartiennent à l'État. Ceux dont le propriétaire n'a pu être retrouvé, à l'expiration d'un délai de trois ans suivant la date à laquelle leur découverte a été rendue publique, appartiennent à l'État. Les conditions de cette publicité sont fixées par décret en Conseil d'État.</p> <p>Article L. 532-3 Toute personne qui découvre un bien culturel maritime est tenue de le laisser en place et de ne pas y porter atteinte. Elle doit, dans les quarante-huit heures de la découverte ou de l'arrivée au premier port, en faire la déclaration à l'autorité administrative.</p> <p>Article L. 532-4 Quiconque a enlevé fortuitement un bien culturel maritime du domaine public maritime par suite de travaux ou de toute autre activité publique ou privée ne doit pas s'en départir. Ce bien doit être déclaré à l'autorité administrative dans le délai fixé par l'article L. 532-3. Il doit être déposé auprès de celle-ci dans le même délai ou tenu à sa disposition.</p> <p>Article L. 532-5 En cas de déclarants successifs, le bénéfice de la découverte est reconnu au premier d'entre eux.</p>	<p>Article L. 544-5 Le fait, pour toute personne, d'enfreindre les obligations de déclaration prévues au deuxième alinéa de l'article L. 532-3 ou à l'article L. 532-4 est puni d'une amende de 3 750 euros. Est puni de la même peine le fait, pour toute personne, d'avoir fait auprès de l'autorité publique une fausse déclaration quant au lieu et à la composition du gisement sur lequel l'objet déclaré a été découvert.</p> <p>Article L. 532-12 Les articles L. 532-3 à L. 532-5 et L. 532-7 à L. 532-9 sont applicables aux biens culturels maritimes situés dans une zone contiguë comprise entre douze et vingt-quatre milles marins mesurés à partir des lignes de base de la mer territoriale, sous réserve d'accords de délimitation avec les États voisins.</p>
---	---	---

<p>Vente, achat illicite de biens culturels maritimes</p>	<p>Article L. 544-7 du Code du patrimoine</p> <p>Le fait, pour toute personne, d'aliéner ou d'acquérir un bien culturel maritime enlevé du domaine public maritime ou du fond de la mer dans la zone contiguë en infraction aux dispositions des articles L. 532-3, L. 532-4, L. 532-7 et L. 532-8 est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 4 500 euros. Le montant de l'amende peut être porté au double du prix de la vente du bien.</p> <p>La juridiction peut, en outre, ordonner la diffusion de sa décision dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal.</p>	
<p>Détourner, tenter de détourner ou receler une épave maritime</p>	<p><u>Code des transports</u></p> <p>Article L. 5142-8</p> <p>Est puni des peines de l'abus de confiance ou du recel prévues par les articles 314-1, 314-10, 321-1 et 321-9 du Code pénal le fait de détourner, tenter de détourner ou receler une épave maritime.</p>	<p><u>Code pénal</u></p> <p>Article 314-1</p> <p>L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.</p> <p>L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende</p> <p>Article 321-1</p> <p>(...) Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.</p>
<p>Infractions relatives aux destructions et dégradations de patrimoine archéologique et de biens culturels</p>		

<i>Infraction</i>	<i>définie et réprimée par</i>
<p>Destruction, dégradation et détérioration de patrimoine archéologique</p>	<p><u>Code pénal</u></p> <p>Article 322-3-1</p> <p>La destruction, la dégradation ou la détérioration est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende lorsqu'elle porte sur :</p> <p>1° Un immeuble ou objet mobilier classé ou inscrit en application des dispositions du Code du patrimoine ou un document d'archives privées classé en application des dispositions du même code ;</p> <p>2° Le patrimoine archéologique, au sens de l'article L. 510-1 du Code du patrimoine ;</p> <p>3° Un bien culturel qui relève du domaine public mobilier ou qui est exposé, conservé ou déposé, même de façon temporaire, soit dans un musée de France, une bibliothèque, une médiathèque ou un service d'archives, soit dans un lieu dépendant d'une personne publique ou d'une personne privée assurant une mission d'intérêt général, soit dans un édifice affecté au culte ;</p> <p>4° Un édifice affecté au culte.</p> <p>Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende lorsque l'infraction prévue au présent article est commise avec la circonstance prévue au 1° de l'article 322-3.</p> <p>Les peines d'amende mentionnées au présent article peuvent être élevées jusqu'à la moitié de la valeur du bien détruit, dégradé ou détérioré.</p>

Infractions relatives à la circulation et à la détention de biens culturels sans document justificatif régulier		
<i>Infraction</i>	<i>définie par</i>	<i>et réprimée par</i>
<p>Contrebande de marchandise non prohibée</p> <p>Importation ou exportation sans déclaration de marchandise non prohibée</p>	<p><u>Code des douanes</u></p> <p>Article 417</p> <p>1. La contrebande s'entend des importations ou exportations en dehors des bureaux ainsi que de toute violation des dispositions légales ou réglementaires relatives à la détention et au transport des marchandises à l'intérieur du territoire douanier.</p> <p>2. Constituent, en particulier, des faits de contrebande :</p> <p>a) La violation des articles 75,76-2,78-1,81-1 et 83 ;</p> <p>b) les versements frauduleux ou embarquements frauduleux effectués soit dans l'enceinte des ports, soit sur les côtes, à l'exception des débarquements frauduleux visés à l'article 427,1° ci-après ;</p> <p>c) les soustractions ou substitutions en cours de transport de marchandises expédiées sous un régime suspensif, l'inobservation sans motif légitime des itinéraires et horaires fixés, les manœuvres ayant pour but ou pour résultat d'altérer ou de rendre inefficaces les moyens de scellement, de sûreté ou d'identification et, d'une manière générale, toute fraude douanière relative au transport de marchandises expédiées sous régime suspensif ;</p> <p>d) la violation des dispositions, soit législatives, soit réglementaires, portant prohibition d'exportation ou de réexportation ou bien subordonnant l'exportation ou la réexportation au paiement des droits ou taxes ou à l'accomplissement de formalités particulières lorsque la fraude a été faite ou tentée en dehors des bureaux et qu'elle n'est pas spécialement réprimée par une autre disposition du présent code.</p> <p>3. Sont assimilées à des actes de contrebande les importations ou exportations</p>	<p><u>Code des douanes</u></p> <p>Article 412</p> <p>Sont passibles de la confiscation des marchandises litigieuses et d'une amende de 150 euros à 1 500 euros :</p> <p>1° tout fait de contrebande ainsi que tout fait d'importation ou d'exportation sans déclaration lorsque l'infraction ne porte ni sur des produits du tabac manufacturé, ni sur des marchandises prohibées à l'entrée, ni sur des marchandises soumises à des taxes de consommation intérieure, ni prohibées ou taxés à la sortie ;</p> <p>2° toute fausse déclaration dans l'espèce, la valeur ou l'origine des marchandises importées, exportées ou placées sous un régime suspensif lorsqu'un droit de douane ou une taxe quelconque se trouve éludé ou compromis par cette fausse déclaration ;</p> <p>3° toute fausse déclaration dans la désignation du destinataire réel ou de l'expéditeur réel ;</p> <p>4° toute fausse déclaration tendant à obtenir indûment le bénéfice des dispositions prévues par la réglementation communautaire en matière de franchises ;</p> <p>5° tout détournement de marchandises non</p>

	<p>sans déclaration lorsque les marchandises passant par un bureau de douane sont soustraites à la visite du service des douanes par dissimulation dans des cachettes spécialement aménagées ou dans des cavités ou espaces vides qui ne sont pas normalement destinés au logement des marchandises.</p> <p>Article 435</p> <p>Lorsque les objets susceptibles de confiscation n'ont pu être saisis ou lorsque, ayant été saisis, la douane en fait la demande, le tribunal prononce, pour tenir lieu de la confiscation, la condamnation au paiement d'une somme égale à la valeur représentée par lesdits objets et calculée d'après le cours du marché intérieur à l'époque où la fraude a été commise.</p> <p>Article 436</p> <p>Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer le montant des droits et taxes réellement exigibles ou la valeur réelle des marchandises litigieuses, en particulier dans les cas d'infraction prévus par les articles 411-2 a, 417-2 c, 421-3°, 423-2° et 426-1°, les pénalités sont liquidées sur la base du tarif le plus élevé applicable à la catégorie la plus fortement taxée des marchandises de même nature et d'après la valeur moyenne indiquée par la dernière statistique douanière mensuelle.</p>	<p>prohibées de leur destination privilégiée ; (...)</p> <p>Article 414-2</p> <p>Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende comprise entre une et deux fois la valeur de l'objet de fraude, lorsqu'il est commis intentionnellement et qu'il se rapporte à des marchandises qui ne sont pas mentionnées à l'article 414, tout fait de contrebande ainsi que tout fait d'importation ou d'exportation sans déclaration.</p> <p>Est puni des peines prévues au premier alinéa du présent article tout fait intentionnel de fausse déclaration, d'utilisation d'un document faux, inexact ou incomplet ou de non-communication d'un document, ayant pour but ou pour résultat, en tout ou partie, d'obtenir un remboursement, une exonération, un droit réduit ou un avantage financier attachés à l'importation ou à l'exportation.</p> <p>Les délits réprimés au présent article sont punis de dix ans d'emprisonnement et d'une amende pouvant aller jusqu'à dix fois la valeur de l'objet de la fraude lorsqu'ils sont commis en bande organisée.</p> <p>Les délits réprimés au présent article sont également passibles de la confiscation de l'objet de fraude, de la confiscation des moyens de transport, de la confiscation des objets servant à masquer la fraude, de la confiscation des biens ayants servi à commettre l'infraction ou qui</p>
--	---	---

		étaient destinés à la commettre et dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, de la confiscation des biens et avoirs qui sont le produit direct ou indirect de l'infraction.
Circulation illicite de marchandise prohibées, de trésor national ou de bien culturel		
<i>Infraction</i>	<i>définie par</i>	<i>et réprimée par</i>
Importation ou exportation en contrebande de marchandise prohibée	<p><u>Code des douanes</u></p> <p>Article 38</p> <p>1. Pour l'application du présent code, sont considérées comme prohibées toutes marchandises dont l'importation ou l'exportation est interdite à quelque titre que ce soit, ou soumise à des restrictions, à des règles de qualité ou de conditionnement ou à des formalités particulières.</p> <p>2. Lorsque l'importation ou l'exportation n'est permise que sur présentation d'une autorisation, licence, certificat, etc., la marchandise est prohibée si elle n'est pas accompagnée d'un titre régulier ou si elle est présentée sous le couvert d'un titre non applicable (...)</p> <p>4. Au titre des dispositions dérogatoires prévues à l'article 2 bis, le présent article est applicable : (...)</p> <p>3° Aux biens culturels et trésors nationaux relevant des articles L. 111-1 et L. 111-2 du Code du patrimoine ;</p>	<p><u>Code des douanes</u></p> <p>Article 215 ter</p> <p>Par dérogation à l'article 215 bis, ceux qui détiennent ou transportent les biens culturels ou les trésors nationaux visés au 4 de l'article 38 doivent, à première réquisition des agents des douanes, produire soit des documents attestant que ces marchandises peuvent quitter le territoire douanier en conformité avec les dispositions portant prohibition d'exportation soit tout document prouvant que ces biens ont été importés temporairement d'un autre État membre de la Communauté européenne, soit toute justification d'origine émanant de personnes ou de sociétés régulièrement établies à l'intérieur du territoire douanier communautaire.</p>

	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article R. 111-1</p> <p>Les biens culturels dont l'exportation est subordonnée à la délivrance du certificat mentionné à l'article L. 111-2 sont ceux qui entrent, à la date de la demande de certificat, dans l'une des catégories qui figurent à l'annexe 1 du présent code. Pour la délivrance du certificat, cette annexe prévoit, pour certaines catégories, des seuils de valeur différents selon qu'il s'agit d'une exportation à destination d'un autre État membre de l'Union européenne ou d'une exportation à destination d'un État tiers.</p>	<p><u>Code des douanes</u></p> <p>Article 414</p> <p>Sont passibles d'un emprisonnement de trois ans, de la confiscation de l'objet de fraude, de la confiscation des moyens de transport, de la confiscation des objets servant à masquer la fraude, de la confiscation des biens et avoirs qui sont le produit direct ou indirect de l'infraction et d'une amende comprise entre une et deux fois la valeur de l'objet de fraude, tout fait de contrebande ainsi que tout fait d'importation ou d'exportation sans déclaration lorsque ces infractions se rapportent à des marchandises de la catégorie de celles qui sont prohibées au sens du présent code ou aux produits du tabac manufacturé.</p> <p>La peine d'emprisonnement est portée à une durée maximale de cinq ans et l'amende peut aller jusqu'à trois fois la valeur de l'objet de fraude lorsque les faits de contrebande, d'importation ou d'exportation portent sur des biens à double usage, civil et militaire, dont la circulation est soumise à restriction par la réglementation européenne.</p> <p>La peine d'emprisonnement est portée à une durée de dix ans et l'amende peut aller jusqu'à dix fois la valeur de l'objet de la fraude soit lorsque les faits de contrebande, d'importation ou d'exportation portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la moralité ou la sécurité publiques, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé des douanes, soit</p>
--	---	--

		lorsqu'ils sont commis en bande organisée.
<p>Détention de trésor national ou de bien culturel sans document justificatif régulier</p>	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article L. 111-1</p> <p>Les biens appartenant aux collections publiques et aux collections des musées de France, les biens classés en application des dispositions relatives aux monuments historiques et aux archives, ainsi que les autres biens qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie sont considérés comme trésors nationaux.</p>	<p><u>Code des douanes</u></p> <p>Article 419</p> <p>1. Les marchandises visées aux articles 215, 215 bis et 215 ter sont réputées avoir été importées en contrebande à défaut soit de justification d'origine, soit de présentation de l'un des documents prévus par ces mêmes articles ou si les documents présentés sont faux, inexacts, incomplets ou non applicables.</p> <p>2. Elles sont saisies en quelque lieu qu'elles se trouvent et les personnes visées aux 1 et 2 de l'article 215, à l'article 215 bis et à l'article 215 ter sont poursuivies et punies conformément aux dispositions de l'article 414 ci-dessus.</p> <p>3. Lorsqu'ils auront eu connaissance que celui qui leur a délivré les justifications d'origine ne pouvait le faire valablement ou que celui qui leur a vendu, cédé, échangé ou confié les marchandises n'était pas en mesure de justifier de leur détention régulière, les détenteurs et transporteurs seront condamnés aux mêmes peines et les marchandises seront saisies et confisquées dans les mêmes conditions que ci-dessus, quelles que soient les justifications qui auront pu être produites.</p>

<p>Exportation illégale de trésor national ou de bien culturel</p>	<p><u>Code du patrimoine – Livre Ier – Titre Ier – Chapitre 1^{er}</u></p> <p>Article L. 111-2 L'exportation temporaire ou définitive hors du territoire douanier des biens culturels, autres que les trésors nationaux, qui présentent un intérêt historique, artistique ou archéologique et entrent dans l'une des catégories définies par décret en Conseil d'État est subordonnée à l'obtention d'un certificat délivré par l'autorité administrative.</p> <p>Ce certificat atteste à titre permanent que le bien n'a pas le caractère de trésor national. Toutefois, pour les biens dont l'ancienneté n'excède pas cent ans, le certificat est délivré pour une durée de vingt ans renouvelable.</p> <p>L'exportation des biens culturels qui ont été importés à titre temporaire dans le territoire douanier n'est pas subordonnée à l'obtention du certificat prévu au premier alinéa.</p> <p>A titre dérogatoire et sous condition de retour obligatoire des biens culturels sur le territoire douanier, le certificat peut ne pas être demandé lorsque l'exportation temporaire des biens culturels a pour objet une restauration, une expertise ou la participation à une exposition.</p> <p>Dans ce cas, l'exportation temporaire est subordonnée à la délivrance par l'autorité administrative d'une autorisation de sortie temporaire délivrée dans les conditions prévues à l'article L. 111-7.</p> <p>Article L. 111-3 A l'occasion de la sortie du territoire douanier d'un bien culturel mentionné à l'article L. 111-2, le certificat ou l'autorisation de sortie temporaire doit être présenté à toute réquisition des agents des douanes.</p>	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article L. 114-1 I. – Est puni de deux années d'emprisonnement et d'une amende de 450 000 euros le fait, pour toute personne, d'exporter ou de tenter d'exporter :</p> <p>a) Définitivement, un bien culturel mentionné à l'article L. 111-1 ;</p> <p>b) Temporairement, un bien culturel mentionné à l'article L. 111-1 sans avoir obtenu l'autorisation prévue à l'article L. 111-7 ou sans respecter les conditions fixées par celle-ci ;</p> <p>c) Définitivement, un bien culturel mentionné à l'article L. 111-2 sans avoir obtenu le certificat prévu au même article ;</p> <p>d) Temporairement, un bien culturel mentionné à l'article L. 111-2 sans avoir obtenu soit le certificat, soit l'autorisation de sortie temporaire prévus au même article.</p>
---	--	--

<p>Importation de bien culturel relevant de la convention de Paris du 14 novembre 1970 sans certificat ou document autorisant son exportation</p> <p>Importation, exportation, vente, acquisition, transit, échange de bien culturel présentant un intérêt archéologique, artistique, historique ou scientifique ayant quitté illicitement le territoire d'un État désigné par une résolution de l'ONU</p>	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article L. 111-8 L'importation de biens culturels appartenant à l'une des catégories prévues à l'article 1^{er} de la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, faite à Paris le 17 novembre 1970, en provenance directe d'un État non membre de l'Union européenne et partie à cette convention est subordonnée à la production d'un certificat ou de tout autre document équivalent autorisant l'exportation du bien établi par l'État d'exportation lorsque la législation de cet État le prévoit. A défaut de présentation dudit document, l'importation est interdite.</p> <p>Article L. 111-9 Sous réserve de l'article L. 111-11, il est interdit d'importer, d'exporter, de faire transiter, de transporter, de détenir, de vendre, d'acquérir et d'échanger des biens culturels présentant un intérêt archéologique, artistique, historique ou scientifique lorsqu'ils ont quitté illicitement le territoire d'un État dans les conditions fixées par une résolution du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies adoptée en ce sens.</p>	<p><u>Code du patrimoine</u></p> <p>Article L. 114-1 [...] II. – Est puni des mêmes peines le fait, pour toute personne, d'importer un bien culturel en infraction à l'article L. 111-8. III. – Est puni des mêmes peines le fait, pour toute personne, d'importer, d'exporter, de faire transiter, de vendre, d'acquérir ou d'échanger un bien culturel en infraction à l'article L. 111-9. Les auteurs des infractions aux interdictions définies au même article L. 111-9 encourent, en outre, la confiscation des biens en cause.</p>
---	---	---

Trafic de biens culturels issus d'un théâtre d'opérations de groupements terroristes	
<i>Infraction</i>	<i>définie et réprimée par</i>
Importation, exportation, transit, transport, détention, vente, acquisition ou échange illégal d'un bien culturel soustrait d'un territoire constituant un théâtre d'opérations d'un groupement terroriste	<p><u>Code pénal</u></p> <p>Article 322-3-2</p> <p>Est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende le fait d'importer, d'exporter, de faire transiter, de transporter, de détenir, de vendre, d'acquérir ou d'échanger un bien culturel présentant un intérêt archéologique, artistique, historique ou scientifique en sachant que ce bien a été soustrait d'un territoire qui constituait, au moment de la soustraction, un théâtre d'opérations de groupements terroristes et sans pouvoir justifier la licéité de l'origine de ce bien.</p> <p>Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 € d'amende lorsque l'infraction prévue au présent article est commise avec la circonstance mentionnée au 1° de l'article 322-3.</p>

Infractions relatives au vol et recel de découverte archéologique et de biens culturels	
<i>Infraction</i>	<i>définie et réprimée par</i>
Vol de biens archéologiques	<p><u>Code pénal</u></p> <p>Article 311-1 Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.</p> <p>Article 311-4-2 Le vol est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende lorsqu'il porte sur :</p> <p>1° Un objet mobilier classé ou inscrit en application des dispositions du Code du patrimoine ou un document d'archives privées classé en application des dispositions du même code ;</p> <p>2° Une découverte archéologique faite au cours de fouilles ou fortuitement ;</p> <p>3° Un bien culturel qui relève du domaine public mobilier ou qui est exposé, conservé ou déposé, même de façon temporaire, soit dans un musée de France, une bibliothèque, une médiathèque ou un service d'archives, soit dans un lieu dépendant d'une personne publique ou d'une personne privée assurant une mission d'intérêt général, soit dans un édifice affecté au culte.</p> <p>Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende lorsque l'infraction prévue au présent article est commise avec l'une des circonstances prévues à <u>l'article 311-4</u>.</p> <p>Les peines d'amende mentionnées au présent article peuvent être élevées jusqu'à la moitié de la valeur du bien volé.</p>

Recel de bien provenant de crime ou de délit	
<i>Infraction</i>	<i>définie et réprimée par</i>
Recel de bien provenant de crime ou de délit	<p><u>Code pénal</u></p> <p>Article 321-1 Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.</p> <p>Article 321-2 Le recel est puni de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende : 1° Lorsqu'il est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle ; 2° Lorsqu'il est commis en bande organisée.</p>

Association de malfaiteurs	
<i>Infraction</i>	<i>définie et réprimée par</i>
Association de malfaiteurs	<p><u>Code pénal</u></p> <p>Article 450-1</p> <p>Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement.</p> <p>Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.</p> <p>Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.</p>
Infractions relatives au livre de police	
<i>Infraction</i>	<i>définie et réprimée par</i>
Non-tenue du livre de police	<p><u>Code pénal</u></p> <p>Article 321-7</p> <p>Est puni de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait, par une personne dont l'activité professionnelle comporte la vente d'objets mobiliers usagés ou acquis à des personnes autres que celles qui les fabriquent ou en font le commerce, d'omettre, y compris par négligence, de tenir jour par jour, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État, un registre indiquant la nature, les caractéristiques, la provenance, le mode de règlement de l'objet et contenant une description des objets acquis ou détenus en vue de la vente ou de l'échange et permettant l'identification de ces objets ainsi que celle des personnes qui les ont vendus ou apportés à l'échange.</p>

<p>Mentions inexactes dans le livre de police</p>	<p>Est puni des mêmes peines le fait, par une personne, à l'exception des officiers publics ou ministériels, qui organise, dans un lieu public ou ouvert au public, une manifestation en vue de la vente ou de l'échange d'objets visés à l'alinéa précédent, d'omettre, y compris par négligence, de tenir jour par jour, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État, un registre permettant l'identification des vendeurs.</p> <p>Lorsque l'activité professionnelle définie au premier alinéa est exercée par une personne morale, ou que l'organisateur de la manifestation prévue au deuxième alinéa est une personne morale, l'obligation de tenir le registre incombe aux dirigeants de cette personne morale.</p> <p>Article 321-8</p> <p>Est puni de six mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait, par une personne visée à l'article précédent, d'apposer sur le registre prévu par cet article des mentions inexactes.</p> <p>Est puni des mêmes peines le fait, par cette personne, de refuser de présenter ce registre à l'autorité compétente.</p>
--	--

Les propositions d'évolution législative, visant à inscrire le patrimoine archéologique dans une trajectoire normative de bien commun, sont articulées en trois branches.

Sur un premier versant, les propositions visent à réévaluer et repenser le statut du patrimoine archéologique, notamment en rehaussant celui de la documentation archéologique qui devrait faire l'objet de dispositions particulières, en étant positionnée à l'intersection des prérogatives de conservation et des mesures de sauvegarde du patrimoine archéologique. En ce sens la documentation archéologique participe directement de la définition du patrimoine archéologique, entendu comme un patrimoine commun archéologique.

Sur un autre versant, il s'agit de refonder la responsabilité de l'État. Même si son intensité a varié, elle s'inscrit dans une longue tradition de plus de deux siècles. Aujourd'hui l'État n'est plus le seul acteur des politiques publiques culturelles ou patrimoniales. Refonder les responsabilités en matière d'étude, de conservation et de sauvegarde du patrimoine archéologique induit de redistribuer des titularités et des obligations entre les différentes collectivités publiques – dont les collectivités territoriales – et de penser, en droit, le contrôle social de l'archéologie, en écho au principe de participation qui, depuis deux décennies, irrigue les politiques publiques et les normes qui les mettent en œuvre.

Enfin, inscrire le préjudice archéologique dans le droit positif requiert de nouvelles approches, s'agissant notamment d'intégrer un nouvel *intérêt commun* pour fonder les actions en réparation ; lesquelles ne pourraient s'exercer qu'à titre subsidiaire ou à titre complémentaire. Se pose alors la question de la création d'une action dite citoyenne susceptible d'être exercée par toute personne se prévalant d'un intérêt commun. La mise en œuvre d'un tel dispositif repose notamment sur la définition d'une échelle d'évaluation du préjudice archéologique ; ce préjudice serait centré sur la perte de connaissances scientifiques et historiques et n'engloberait pas tous les préjudices résultant d'une atteinte au patrimoine archéologique. En ce sens, les préjudices matériel et économique subis par le propriétaire, l'État ou l'exploitant, par exemple, conserveraient leur existence propre.

1. Penser le patrimoine archéologique dans toute sa complexité

▪ *Repenser le statut de la documentation scientifique*

La documentation scientifique consigne des informations recueillies à partir d'un terrain détruit au fur et à mesure de la fouille, qui par conséquent ne peut être étudié par d'autres, d'où l'importance non seulement d'en conserver la trace mais aussi de la rendre accessible, sans compter qu'elle est nécessaire à la preuve et à la certification de la production scientifique qui résulte de l'étude du terrain. La détermination du statut de la documentation scientifique doit, sous ce triple rapport de la conservation, de l'accès et de l'exploitation, être considérée de plusieurs points de vue, dans la mesure où il relève à la fois des règles d'accès aux archives publiques et aux documents administratifs et le cas échéant des règles de la propriété intellectuelle. Dans ces deux ressorts, des verrous pourraient être levés en considération du caractère spécifique de l'ensemble des données issues de la fouille, en généralisant à l'ensemble des données scientifiques le principe de libre communication et en

libérant l'exploitation scientifique des données de l'archéologie par la reconnaissance d'un domaine commun archéologique.

On pourrait ainsi concevoir que la documentation archéologique réunie et produite dans le cadre d'opérations de fouilles, quelle qu'en soit la modalité, relève du domaine public.

Un chapitre spécial sur la documentation scientifique pourrait être inséré dans le Code du patrimoine, afin de rendre plus visible le statut des données de la recherche et de la documentation archéologique.

- ***Investir plus sérieusement la figure du patrimoine commun archéologique***

Il s'agirait non pas seulement de signifier que le patrimoine archéologique est un patrimoine commun. L'idée serait d'armer plus sérieusement comme notion juridique le patrimoine commun archéologique, de l'ériger en véritable catégorie, à laquelle seraient attachées un certain nombre de conséquences et de le définir dans toute sa complexité. Il pourrait être intéressant de retravailler en ce sens l'article L. 510-1 du Code du patrimoine.

Dans le droit actuel l'article L. 510-1 du Code du patrimoine dispose :

Constituent des éléments du patrimoine archéologique tous les vestiges, biens et autres traces de l'existence de l'humanité, y compris le contexte dans lequel ils s'inscrivent, dont la sauvegarde et l'étude, notamment par des fouilles ou des découvertes, permettent de retracer le développement de l'histoire de l'humanité et de sa relation avec l'environnement naturel.

Proposition d'une nouvelle formulation :

Article L. 510-1 du Code du patrimoine

Le patrimoine archéologique est un patrimoine commun, insusceptible d'appropriation privative.

Constituent les éléments du patrimoine commun archéologique :

1. Les fonds et terrains archéologiques contenant tous les gisements, vestiges, biens et autres traces de l'existence de l'humanité, y compris le contexte dans lequel ils s'inscrivent, dont la sauvegarde et l'étude, notamment par des fouilles ou des découvertes, permettent de retracer le développement de l'histoire de l'humanité et de sa relation avec l'environnement naturel.
2. Les documents et données scientifiques issues de fouilles ou découvertes.

L'État a la garde du patrimoine commun archéologique. Les activités d'études et de fouilles archéologiques exercées sous le contrôle scientifique et technique de l'État, quelles qu'en soient les modalités, relèvent du service public.

2. Refonder la responsabilité de l'État

- ***(Re)définir les modalités d'un contrôle social*** des politiques et des décisions publiques en matière de protection et de sauvegarde du patrimoine archéologique et d'accès à la connaissance archéologique.

Sur le terrain des mesures de sauvegarde du patrimoine archéologique, le principe de conciliation, point d'articulation du droit de l'archéologie préventive, peut être le ressort d'un tel contrôle social.

- **Redistribuer les responsabilités vis-à-vis du patrimoine archéologique entre les différentes collectivités publiques gestionnaire du territoire**, en insérant un item dans l'article L. 101-2 du Code de l'urbanisme ; l'objectif est de renforcer l'intégration du patrimoine archéologique, suivant le principe de conciliation posé par l'article L. 522-1 du Code du patrimoine, dans les politiques d'urbanisme.

Le 1° de cet article pourrait être rédigé ainsi :

Article L. 101-2 du Code de l'urbanisme

Dans le respect des objectifs du développement durable, l'action des collectivités publiques en matière d'urbanisme vise à atteindre les objectifs suivants :

1° L'équilibre entre :

- a) Les populations résidant dans les zones urbaines et rurales ;
- b) Le renouvellement urbain, le développement urbain maîtrisé, la restructuration des espaces urbanisés, la revitalisation des centres urbains et ruraux, la lutte contre l'étalement urbain ;
- c) Une utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières et la protection des sites, des milieux et paysages naturels ;
- d) La sauvegarde des ensembles urbains et la protection, la conservation et la restauration du patrimoine culturel, **la conservation et la sauvegarde par l'étude des gisements et des sites archéologiques** ;
- e) Les besoins en matière de mobilité ;

[...]

- **(Ré)articuler les compétences de l'État et des collectivités territoriales** sur la question de la conservation du patrimoine archéologique – en affichant une distinction claire avec la sauvegarde par l'étude – notamment dans le cadre de l'archéologie préventive. Aujourd'hui, le principe de conservation est fixé par l'article L. 522-3 du Code du patrimoine qui dispose, dans son deuxième alinéa que « lorsque l'intérêt des vestiges impose leur conservation, l'autorité administrative notifie au propriétaire une instance de classement de tout ou partie du terrain dans les conditions prévues par les dispositions relatives aux monuments historiques ». Le principe de conservation est réduit à la seule voie d'une protection au titre des monuments historiques, selon les dispositions du Livre 6 du Code du patrimoine. C'est une approche tronquée du principe de conservation qui ignore les attributions des collectivités territoriales dans l'exercice de leurs compétences en matière d'instruction et de délivrance des autorisations d'urbanisme. Or l'article R. 111-4 du Code de l'urbanisme – disposition d'ordre public du règlement national d'urbanisme – prévoit qu'un permis de construire, un permis d'aménager ou une déclaration préalable puisse être refusé ou n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales s'il est de nature, à compromettre la conservation ou la mise en valeur d'un site ou de vestiges archéologiques. Quant au permis de démolir, un semblable dispositif est énoncé à l'article L. 421-6, al. 2, de ce même code.

Il devrait donc être envisagé une double voie pour édicter une mesure de conservation du patrimoine archéologique, par une réécriture de l'article L. 522-3 du Code du patrimoine,

qui ne conserverait que son premier alinéa – lequel traite une autre question, à savoir la relation entre les prescriptions d'archéologie préventive et la redevance – et l'introduction d'un nouvel article L. 522-3-1 dédié à la mise en forme juridique du principe de conservation.

Article L. 522-3-1 du Code du patrimoine

Lorsque l'intérêt des vestiges impose leur conservation, l'autorité administrative notifie au propriétaire une instance de classement de tout ou partie du terrain dans les conditions prévues par les dispositions relatives aux monuments historiques.

Lorsque l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation d'urbanisme reçoit une prescription d'archéologie préventive soulignant l'intérêt des vestiges, elle peut fonder un refus du projet ou l'assortir de prescriptions spéciales, motivé par la conservation du site ou des vestiges archéologiques, suivant les dispositions de l'article R. 111-4 du Code de l'urbanisme.

Un tel dispositif renforcerait la portée du principe de conservation qui figure parmi les mesures que l'État peut prendre au titre de l'archéologie préventive, suivant l'objectif de conciliation prévue par l'article L. 521-1 ; l'objectif de conservation du patrimoine archéologique serait ainsi rehaussé et participerait des politiques publiques archéologiques, au même titre que la détection et la sauvegarde par l'étude. Sous cet objectif de conservation peut ainsi s'installer une prise en charge d'un intérêt commun archéologique par les différentes collectivités publiques exerçant des compétences en matière de gestion du territoire.

3. Inventer un préjudice archéologique

▪ *Spécifier un intérêt archéologique commun*

Au regard des difficultés que présente le régime actuel des actions en réparation et de la trilogie des intérêts au soutien de ces actions, une nouvelle approche peut être proposée qui intègre un nouvel *intérêt commun* pour fonder les actions. Cette idée n'est pas sans rappeler les possibilités envisagées pour protéger et défendre l'environnement mais elle s'en démarque dans la mesure où l'environnement (les espèces végétales et animales, la diversité biologique etc...) n'est pas sujet de droit et doit être représenté spécifiquement devant un juge alors que le patrimoine archéologique peut être représenté par son propriétaire.

La dimension commune du patrimoine archéologique passe d'abord par la reconnaissance de l'importance du patrimoine culturel. Ainsi, l'article 410-1 du Code pénal dispose que « *les intérêts fondamentaux de la nation* s'entendent [...] de son indépendance, de l'intégrité de son territoire [...], de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et *des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel* ». Ensuite, même si le Préambule de la Constitution de 1946 prévoit que la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture, ce droit est peu formalisé.

Quant au patrimoine archéologique, sa nature commune transparaît notamment dans le libelle des décisions judiciaires nationales et internationales.

Pour la défense de l'environnement, il a été proposé de créer une action citoyenne défendant

un « intérêt général universel » et attribuée à tout citoyen. De la même façon, la nature particulière du patrimoine archéologique justifie une protection accrue qui peut passer par le renforcement des actions en réparation ou/et la création d'une nouvelle action pour les dommages qui lui sont causés.

On sait en effet que l'action civile est partagée entre plusieurs titulaires, qu'elle soit exercée devant les juridictions pénales, civiles ou administratives. Exercée par une personne physique ou morale, elle exige un préjudice direct ou indirect selon les cas, subi personnellement par telle personne ou une catégorie de personnes représentées par un groupement. Or les conditions actuelles d'exercice des actions ne reflètent pas la défense de l'intérêt commun.

Il y a donc une place pour la reconnaissance d'un intérêt commun qui justifierait l'exercice d'une action en réparation spécifique. Celle-ci serait soumise à des conditions particulières afin de maintenir un équilibre procédural entre toutes les actions. L'idée générale serait que cette action ne pourrait être exercée qu'à titre subsidiaire ou qu'à titre complémentaire.

Dans ce cadre peut-être posée la question de la création d'une action dite citoyenne susceptible d'être exercée par toute personne se prévalant d'un intérêt commun. Cette action serait soumise à des conditions particulières et destinée à pallier l'inertie des premiers acteurs de la procédure.

Enfin, on peut envisager que plusieurs personnes animées d'un même intérêt exercent une action de groupe en mandatant une association sur le modèle soit de l'action en représentation conjointe soit sur celui de l'action de groupe.

▪ ***Définir une échelle d'évaluation du préjudice archéologique***

La valeur particulière du patrimoine archéologique devrait irriguer tout le droit à réparation des dommages causés à ce patrimoine et la faiblesse actuelle des réparations est de ce point de vue contreproductive. C'est pourquoi une grille d'indemnisation (sous forme de lignes directrices) pourrait être proposée fondée sur une liste de critères et une fourchette financière :

- l'intérêt historique du site ou de l'objet,
- l'intérêt scientifique local, régional, national et universel : la « géolocalisation » des intérêts n'est pas nouvelle. Ainsi, des arrêtés ont utilisé ces critères pour évaluer la récompense due à l'inventeur d'une découverte d'un bien culturel maritime, d'un vestige archéologique immobilier ou pour déterminer l'importance archéologique d'une découverte fortuite immobilière qui donne lieu à une exploitation.

Il serait donc possible de réactiver un tel étalonnage des intérêts :

- la rareté du site, son caractère unique, atypique,
- la richesse patrimoniale du site,
- la plus ou moins grande importance des dommages (destruction/dégradation totale ou partielle).

Ces critères pourraient être appliqués éventuellement au préjudice archéologique. Il serait possible d'y adjoindre le coût de la fouille qui aurait permis d'obtenir les informations scientifiques détruites irréversiblement et d'affecter cette somme au financement d'une

fouille sur un terrain de même potentiel.

▪ ***Intégrer le préjudice archéologique dans le Code civil***

Le préjudice archéologique se veut objectif, sans victime particulière identifiée ni identifiable. Il réside dans l'atteinte à un intérêt supérieur et fondamental, l'intérêt archéologique. Il est donc légitime de le prendre en compte pour lui-même et non seulement à travers les préjudices ressentis par les individus. C'est ainsi que l'action en réparation s'accommoderait de titulaires plus diffus, ce qui n'empêche pas d'établir éventuellement la liste (limitative ou indicative) des personnes susceptibles d'agir en responsabilité, et celles susceptibles d'agir prioritairement et subsidiairement.

Proposition d'article à intégrer dans le Code civil :

Constitue un préjudice archéologique toute atteinte non autorisée par la loi ou le règlement, portée au patrimoine archéologique tel que défini à l'article L. 510-1 du Code du patrimoine, et entraînant la perte irréversible de connaissances scientifiques et historiques dont il était le support.

L'expression « toute atteinte » supposerait que la responsabilité soit également objective, c'est-à-dire qu'elle ne réclame pas de faute de la part de l'auteur de l'atteinte pour être engagée, quand bien même dans les faits le contentieux archéologique se noue essentiellement devant le juge pénal et suppose donc une infraction préalable. C'est un principe évidemment motivé par la destination collective du patrimoine archéologique et sa valeur inestimable, dont la protection efficace suppose qu'il n'y ait pas à rapporter une faute pour agir en responsabilité. Mais il est nécessaire d'apporter une limitation à ce principe : le cas où la fouille est autorisée car menée dans une démarche scientifique. Toute fouille, même scientifique et menée par des professionnels, suppose techniquement une destruction du contexte, mais dans ce cas l'information n'est pas perdue donc il n'y a pas de préjudice.

Le préjudice archéologique serait centré sur la perte de connaissances scientifiques et historiques et n'engloberait donc pas tous les préjudices résultant d'une atteinte au patrimoine archéologique. Les préjudices matériel et économique subis par le propriétaire, l'État ou l'exploitant par exemple, conservent leur existence propre.

Le préjudice archéologique étant objectif, il n'est en théorie pas subi par un sujet de droit en particulier, mais une multitude de personnes sont susceptibles d'agir en réparation d'un préjudice lésant les intérêts de la collectivité. La réparation peut prendre alors deux formes : une réparation en nature – ce qui apparaît toutefois difficilement concevable pour une perte immatérielle irréversible ; une indemnisation/compensation par l'octroi de dommages et intérêts, assorti d'une affectation obligatoire par exemple au bénéfice de la recherche archéologique, de l'INRAP, ou encore de la reconstitution virtuelle du site, etc. La réparation profite alors à l'intérêt commun et non à la personne qui a agi en justice.

Dans ce dernier cas, il faut apprécier objectivement la valeur de l'information portée par le patrimoine archéologique, dans laquelle réside un intérêt commun et transgénérationnel. L'idée est d'essayer de donner une valeur à l'information archéologique perdue, la « valeur archéologique ». C'est un préjudice qu'il faut évaluer objectivement par définition, et non au regard d'une lésion ressentie.

Une grille d'évaluation possible serait d'évaluer la perte au regard des coûts de la recherche qui aurait permis de révéler l'information contenue dans le gisement si l'atteinte ne s'était pas produite. Ainsi le préjudice archéologique serait évalué proportionnellement par exemple aux coûts engagés pour préparer la recherche, mener la recherche et les fouilles sur le terrain, et les études et analyses en laboratoire par la suite, la rédaction des rapports, etc.



BIBLIOGRAPHIE

▪ *Ouvrages généraux et spécialisés*

BACQUET, Jehan, *Des biens qui n'appartiennent à personne (res nullius) et des biens dont l'usage est commun à tous les hommes (res communes)*, Thèse de doctorat de l'Université de Paris, 1921.

BILLET, Philippe, *La protection juridique du sous-sol en droit français*, Thèse de doctorat de l'Université Lyon III, 1994

BLAKE, Janet, *International cultural heritage law*, Oxford : Oxford University Press, 2015.

BORIES, Clémentine, *Le patrimoine culturel en droit international. Les compétences des États à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, Paris : Pedone, Publication de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme, n° 17, 2011.

BROUILLAUD, Pierre, *Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur*, Thèse de doctorat de l'Université de Bordeaux, Bordeaux : A. Destout et Cie, 1926.

BROCARD, Jean, *L'épave de navire et son renflouement*, Thèse de doctorat de l'Université de Paris, 1950.

CAMARA, Abdoulaye et NÉGRI, Vincent (dir.), *La protection du patrimoine archéologique. Fondements sociaux et enjeux juridiques*, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, Paris : L'Harmattan, 2016.

CHALLAMEL, Jules, *Loi du 30 mars 1887 sur la conservation des monuments historiques et des objets d'art : étude de législation comparée*, Paris : F. Pichon, Challamel et C^{ie}, 1888.

CHARDEAUX, Marie-Alice, *Les choses communes*, Paris : L.G.D.J, 2006.

Collectif, *Les modèles propriétaires au XXI^e siècle*, Actes du colloque international organisé par le CECOJI, Poitiers, 10 & 11 décembre 2009, Paris : LGDJ, 2012.

CORD, Gustave, *De la propriété spéléologique*, Thèse de doctorat de l'Université de Paris, Paris : Arthur Rousseau, 1899.

CORIAT, Benjamin (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris : Les liens qui libèrent, 2015.

CORNU, Marie, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles : Bruylant, 1996.

CORNU, Marie, ORSI, Fabienne et ROCHFELD, Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris : PUF, 2017.

DARDOT, Pierre et LAVAL, Christian, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris : La découverte, 2014.

DE CLIPPELE, Marie-Sophie, *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2020.

DELESTRE, Xavier, *Trafics, vols, fouilles clandestines... un patrimoine archéologique en perdition*, Aix-en-Provence : DRAC, 2018.

DUPORT, Auguste, *Des épaves maritimes*, Thèse de doctorat de l'Université de Paris, 1897.

- DUVAL, Alain, *Étude de la situation et du statut des collections archéologiques appartenant à l'État*, Paris : La Documentation française, 2004.
- FRIGO, Manlio, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2015.
- JACQUEY, Paul, *De l'invention des trésors*, Thèse de doctorat de l'Université de Lille, 1912.
- JEGOUZO, Yves et FRIER, Pierre-Laurent, *Archéologie et droit de l'urbanisme en Europe*, Paris : Sirey, 1995.
- JEGOUZO, Yves, *Pour la réparation du préjudice écologique*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, 2013.
- LATOURNERIE, Marie-Aimée, *Point de vue sur le domaine public*, Paris : Montchrestien, 2004.
- MALABARD, Jean, *La notion d'épave*, Thèse de doctorat de l'Université de Paris, Paris : Maurice Lavigne, 1939.
- NÉGRI, Vincent (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Paris/Bruxelles : Bruylant, 2015.
- NÉGRI, Vincent (dir.), *Protection pénale du patrimoine archéologique*, Paris : L'Hermès, 1992.
- PARANCE, Béatrice et DE SAINT VICTOR, Jacques (dir.) *Repenser les biens communs*, Paris : CNRS éditions, 2014.
- PARISSET, Ernest, *Les monuments historiques*, Thèse de doctorat de l'Université de Lyon, 1891.
- PASQUIOU, Yves, *Du droit d'épave. Bris et naufrage*, Thèse de doctorat de l'Université de Paris, 1896.
- POLI, Jean-François, *La protection des biens culturels meubles*, Thèse de doctorat de l'Université d'Aix-Marseille, 1992.
- PONTAVICE, Emmanuel (du), *Les épaves maritime, aérienne et spatiales en droit français*, Thèse de doctorat de l'Université de Paris, 1961.
- POULANGEON, Paul, *Le délit de dégradation de monuments (article 257 du Code pénal) d'après la jurisprudence*, Thèse de doctorat de l'Université de Lyon, Lyon : Bosc Frères M. & L. Riou, 1936.
- RIGAMBERT, Catherine, *Le Droit de l'Archéologie française*, Paris : Picard, 1996.
- ROCHFELD, Judith, CORNU, Marie et MARTIN, Gilles J. (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réformes pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche n° 17-34, Paris : Mission de recherche Droit et Justice, avril 2021.
- SAUJOT, Colette, *Le droit français de l'archéologie*, Paris : Éd. Cujas, 2^e éd. 2007.
- TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANCAISE, *La protection des biens culturels (Journées polonaises)*, Paris, Economica, 1989.

TROUPEL, François, *La Propriété du Sous-Sol. Les Eaux souterraines et les Grottes*, Thèse de doctorat de l'Université de Montpellier, 1933.

VOISENAT, Claudie (dir.), *Imaginaires archéologiques*, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2008.

▪ *Articles dans des revues et chapitres d'ouvrages collectifs*

ANONYME, « Statutory Restrictions on the Collection of Fossils » in *Columbia Law Review*, Vol. XLV, n° 4, 1945, pp. 634-643.

BEAUCOURT, Claude, « Le 'secret de l'épave' ou l'étrange évolution du régime de sa propriété » in *Le Droit maritime français*, 1986, pp. 451-463.

BEGUIN, Antoine, « La qualification de trésor appliquée à une découverte archéologique (à propos de l'affaire dite du 'trésor du Mans') » in *Les Petites Affiches*, n° 154, 3 août 2000, p. 26.

BERCHON, Pierre, *Répertoire de droit civil*, v° Trésor, Dalloz, 2009 [2018].

BEURIER, Jean-Pierre, « Pour un droit international de l'archéologie sous-marine » in *Revue Générale de Droit International Public*, t. XCIII, 1989, pp. 45-68.

BILLET, Philippe, « L'État, représentant naturel de l'intérêt environnemental ? » in *Vertigo, la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22, septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 01 octobre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16244>

BIOY, Xavier, « Le statut des restes humains archéologiques » in *Revue de droit public*, n° 1, 2011, p. 89.

BLAKE, Janet, « L'intérêt commun de l'humanité à la protection du patrimoine subaquatique » in NÉGRI, Vincent (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Paris/Bruxelles : Bruylant, 2015, pp. 115-131.

BONASSIES, Pierre, *Répertoire de droit international*, v° Epave maritime, Dalloz, 2003 [2016].

BONIS, Evelyne et OLLARD, Romain, *JurisClasseur : Code pénal*, v° Art. 322-1 à 322-4-1 : Destructions, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes, Fasc. 20, 2017 [2018].

BOULAN, Fernand, « Protection des sites classés et détecteur de métaux » in *RSC*, n° 1, 1990, p. 104.

BOULOC, Bernard, « Réglementation des fouilles archéologiques » in *RSC*, n° 2, 1990, p. 374.

BOULOC, Bernard, « Utilisation de détecteurs de métaux » in *RSC*, n° 2, 1990, p. 375.

BOUTONNET, Mathilde et NEYRET, Laurent, « Préjudice moral et atteintes à l'environnement » in *Recueil Dalloz*, n° 15, 2010, pp. 912-920.

BOUZON-ROULLE, Agnès, *JurisClasseur : Code civil*, v° Art. 717, Modes d'acquisition de la propriété : Épaves, 2018.

BRESSON, Violaine, CASADEBAIG, Sophie et LACROIX, Marie-Christine, « Les collections archéologiques de Mâlain-Mediolanum (Côte-d'Or) » in *Musées et collections publiques de France*, 2018, n° 278, pp. 27-30.

BRUSCHI, Marc, « La revendication par l'État de la propriété d'objets provenant de fouilles illégales est soumise aux conditions fixées par l'article 16 de loi du 27 septembre 1941 », comm. sous Cass., crim., 23 nov. 1999, in *JCP G*, n° 35, 2000.II.10369.

BUSSON, Benoist, « L'action en réparation du préjudice moral subi par les associations de protection de l'environnement » in *AJDA*, n° 31, 2015, pp. 1754-1756.

CAMPROUX DUFFRENE, Marie-Pierre, « La représentation de l'environnement devant le juge : approches comparative et prospective » in *VertigO, la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22, septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 01 octobre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16167>

CAMPROUX DUFFRENE, Marie-Pierre, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement » in *VertigO, la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22, septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 01 octobre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16320>

CAR, Jean-Christophe, « Qui est propriétaire des vestiges archéologiques immobiliers ? », comm. sous CE, 24 avril 2012, *Ministère de la Culture c/ Mathé-Dumaine*, in *L'essentiel. Droit de l'immobilier et urbanisme*, n° 6, 2012, p. 6.

CARIUS, Manuel, « Les découvertes faites par les agents publics. L'affaire de la Grotte Chauvet » in *Droit administratif*, n° 1, 2000, chron. n° 2, pp. 6-8.

CARON, Christophe, « Une divulgation préhistorique », sous Cass., civ. 1^{ère}, 30 novembre 2016, *Chauvet et autres*, in *Communication, Commerce, Electronique*, n° 2, 2017, comm. 11.

CARON, « Découvrir n'est pas créer ! », comm. sous CA Nîmes, 30 octobre 2001, *SARL Ardèche Images production c. Brunel, Chauvet et Hillaire*, in *Communication, Commerce, Electronique*, 2002, comm. 138.

CASSAN, Hervé, « Le patrimoine culturel subaquatique ou la dialectique de l'objet et du lieu » in *La Mer et son droit, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris : Pedone, 2003, pp. 127-147.

CHEW, Alexa Z., « Nothing besides remains : preserving the scientific and cultural value of paleontological resources in the united states » in *Duke Law Journal*, Vol. LIV, n° 4, 2005, pp. 1031-1060.

COHET, Frédérique, *Répertoire de droit civil*, v° Accession, Dalloz, 2016 [2018].

COOPER, Robert L., « Preserving Native American Cultural and Archeological Artifacts » in *American Indian Law Review*, Vol. IV, n° 1, 1976, pp. 99-103.

CORNU, Marie, « Droit de l'archéologie/droit civil : quels ordres de relations ? quelles influences ? » in CAMARA, Abdoulaye et NÉGRI, Vincent (dir.), *La protection du patrimoine archéologique. Fondements sociaux et enjeux juridiques*, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, Paris : L'Harmattan, 2016, pp. 69-91.

CORNU, Marie, « La propriété et la dimension collective du patrimoine archéologique » in NÉGRI, Vincent (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Paris/Bruxelles : Bruylant, 2015, pp. 157-175.

CORNU, Marie, « Le législateur culturel et les chantiers de la création, de l'architecture et du patrimoine » in *Communication-Commerce électronique*, n° 3, 2017, étude 5, pp. 9-16.

CORNU, Marie, « Propriété et patrimoine, entre le commun et le propre » in *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Paris : Frison-Roche, 2013, pp. 145-161.

CORTEMBERT, Sandrine, « La grotte Chauvet (ou la protection des intérêts financiers de l'État sous le couvert de celle d'un site paléontologique) » in *Petites Affiches*, n° 42, 1997, p. 11.

DALEAU, Jeanne, « Quand l'œuvre pariétale s'invite sur le terrain du droit d'auteur », obs. sous Cass., civ. 1^{ère}, 30 novembre 2016, *Chauvet et autres*, in *Dalloz IP/IT*, n° 2, 2017, p. 112.

DANION, Bertille et RODRIGUEZ, Patrice, « Situation et statut des collections archéologiques de l'État » in *Les Nouvelles de l'archéologies*, 2006, n° 103, pp. 40-42.

DE CORBIERE, Charles, « L'affaire 'Odyssey' ou le relèvement des épaves situées dans les eaux internationales devant les tribunaux américains » in *Le Droit Maritime Français*, n° 740, 2012.

DEMOLON, Pierre, « Droits de propriété et dépôts de fouilles » in *Le dépôt archéologique. Conservation et gestion pour un projet scientifique et culturel*. Assises nationales de la conservation archéologique, Bourges les 26, 27 et 28 novembre 1998, Bourges : ville de Bourges, pp. 117-119.

DENOLLE, Alice, « Immobilier : concilier intérêt public et droit de propriété » in *JurisArt Dalloz*, n° 37, 2016, pp. 25-28.

DIEU, Frédéric, « La loi du 17 janvier 2001 et le droit à indemnisation de l'inventeur » in *AJDA*, n° 20, 2009, p. 1114.

DJOUADI, Jamel, *Répertoire de droit immobilier*, v° Occupation, Dalloz, 2018.

DONDERO, Bruno, « La reconnaissance du préjudice moral des personnes morales » in *Recueil Dalloz*, 2012, pp. 2285-2284.

DRAPIER, Sandrine, « Les trésors cachés de l'article 716 du Code civil (pour l'exhumation des droits de l'inventeur) » in *RRJ*, n° 97, 2003, pp. 209-240.

DREVEAU, Camille, « Réflexion sur le préjudice collectif » in *RTD civ.*, n° 2, 2011, pp. 249-272.

- EDITIONS LEGISLATIVES, *Dictionnaires permanents : Construction et urbanisme*, v° Chantiers du BTP, Editions Législatives, s.d., n° 331 et s.
- EDITIONS LEGISLATIVES, *Dictionnaires permanents : Construction et urbanisme*, v° Archéologie, Editions Législatives, s.d., n° 93 et s.
- EDITIONS LEGISLATIVES, *Dictionnaires permanents : Environnement et nuisances*, v° Pollutions océaniques, Editions Législatives, s.d., n° 267 et s.
- EDITIONS LEGISLATIVES, *Dictionnaires permanents : Environnement et nuisances*, v° Fouilles archéologiques, Editions Législatives, s.d., n° 79 et s.
- EPSTEIN, Aude-Solveig, « La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile » in *Recueil Dalloz*, n° 21, 2016, pp. 1236-1239.
- ETRILLAD, Claire, « Du bien public aux biens d'utilité collective. Quelle qualification pour les biens environnementaux ? » in *Petites Affiches*, n° 216, 2016, p. 7.
- FORTIS, Elisabeth, « La protection pénale du patrimoine archéologique » in NÉGRI, Vincent (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Paris/Bruxelles : Bruylant, 2015, pp. 177-197.
- FOUBERT, Anne, « La propriété des vestiges archéologiques immobiliers » in *RFDA*, n° 5, 2012, p. 893.
- FOULQUIER, Norbert, « La quasi-expropriation des vestiges archéologiques immobiliers » in *RDI*, n° 9, 2012, p. 451.
- FOULQUIER, Norbert, « Les mines des domaines archéologiques » in *AJDA*, n° 31, 2012, p. 1705.
- FOURNIER, Georges, « Du rêve à la fable ou l'affaire du 'trésor' volé » in *Revue judiciaire de l'Ouest*, 1987, pp. 369-395.
- FRANCIONI, Francesco et LENZERINI, Federico, « The destruction of Buddhas of Bamyán and international law » in *European Journal of International Law*, n° 4, 2003, pp. 619-651.
- FRANCIONI, Francesco, « Beyond State sovereignty: the protection of cultural heritage as a shared interest of humanity » in *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2003-2004, pp. 1209-1228.
- FRELON, Elise, « L'ancien droit du trésor aux temps modernes. Théorie et pratique privatistes (XVI^e-XVIII^e siècles) » in *Revue historique de droit français et étranger*, Vol. XCI, n° 4, 2013, pp. 689-706.
- FRIGO, Manlio, « Trafic illicite et restitution des objets archéologique : aspects de droit international public » in CAMARA, Abdoulaye et NÉGRI, Vincent (dir.), *La protection du patrimoine archéologique. Fondements sociaux et enjeux juridiques*, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, Paris : L'Harmattan, 2016, pp. 109-125.
- GALLOUX, « Du droit de l'inventeur sur ses découvertes : à la recherche d'un droit fabuleux » in *RRJ*, n° 1, 1991, pp. 387-418.
- GARCIN, Claude, « La protection du patrimoine culturel sous-marin depuis la loi n° 89-874 du 1^{er} décembre 1989 » in *Recueil Dalloz*, n° 15, 1990, p. 135.

GARNIER, François Xavier Paul, *Traité des eaux de la mer, des fleuves, rivières navigables et flottables et autres eaux de toute espèce*, Paris : s.n., 1839, t. I, pp. 402-427.

GATÉ, Juliette, « Le statut des ruines de guerre sur le domaine privé » in *Tourisme et Droit*, n° 114, 2009, p. 19.

GRENIER, Albert, « La loi sur les fouilles et la réglementation du service archéologique en France » in *Revue des Études Anciennes*, n° 1-2, t. XLIV, 1942, pp. 100-108.

GUYOMAR, Mattias, « Le régime juridique issu de la loi du 17 janvier 2001 s'applique-t-il aux découvertes archéologiques effectuées antérieurement à son entrée en vigueur ? » in *BJCL*, n° 3, 2012, pp. 187-190.

HA NGOC, Julie, *JurisClasseur : Transport*, v° Épaves maritimes, Fasc. 1140, 2012 [2017].

HECKENBENNER, Dominique, « Heurs et malheurs du mobilier archéologique. Dépôts de fouilles et musées » in *Musées et collections publiques de France*, 2000, n° 227, pp. 57-64.

HICKS, Robert D., « Time Crime: Protecting the Past for Future Generations » in *FBI Law Enforcement Bulletin*, July 1997, pp. 1-7.

HOGEDÉZ, Isabelle, « Découverte non fortuite d'un bien culturel maritime » in *AJDA*, n° 27, 2014, p. 1550.

HOSTIOU, René, « À propos de l'expropriation de la grotte Chauvet : l'indemnisation du préjudice constitutif à la perte du droit à l'exploitation économique de l'image d'un site paléolithique » in *Droit & ville*, n° 56, 2004, pp. 7-20.

HOSTIOU, René, « La grotte Chauvet retour à la case départ ? » in *Études foncières*, n° 120, 2006, p. 5.

HOSTIOU, René, « La valeur de la grotte Chauvet multipliée par 3000 » in *Études foncières*, n° 90, 2001, pp. 6-9.

HOSTIOU, René, « Vestiges archéologiques, propriété du tréfonds et droit au respect des biens » in *AJDA*, n° 24, 2012, p. 1345.

HUREL, Arnaud, « Préhistoire, préhistoriens et pouvoirs publics en France : la tardive émergence d'une conscience patrimoniale spécifique » in *Histoire, économie & société*, n° 2, 2010, pp. 65-79.

JAWORSKI, Véronique, « Les représentations multiples de l'environnement devant le juge pénal : entre intérêts général, individuel et collectif » in *VertigO, la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22, septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 02 octobre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16272>

JEGOUZO, YVES, « La protection du patrimoine culturel à travers les procédures de gestion des sols, de l'urbanisme et de l'architecture » in *Revue administrative*, 1985, n° 227, p. 453-461.

JOURDAIN, Patrice, « Réparation du préjudice moral d'un établissement public » in *RTD civ.*, n° 1, 2014, pp. 122-124.

JUGLARD, Michel (de) et PONTAVICE, Emmanuel (du), « Le régime des épaves maritimes (Commentaire de la loi n° 61-1262 du 24 novembre 1961, relative à la police des épaves maritimes, du décret du 26 décembre 1961 et de l'arrêté du 4 février 1965) » in *JCP G*, 1965, I, doct. 1942.

KAIGL, Philippe, *JurisClasseur : Code civil*, v° Art. 714, Modes d'acquisition de la propriété : Choses communes, 2017.

KAZEK, Kévin Alexandre, « Le statut des collections au musée de la Cour d'Or – Metz Métropole : l'exemple du mobilier ancien de la nécropole gallo-romaine de Morsbach (Moselle) » in *Musées et collections publiques de France*, 2018, n° 278, pp. 31-34.

KLINE, Thomas R., « Confronting Complexity in the Preservation of Cultural Property : Monuments, Art, Antiquities, Archives, and History – What Can Cyprus Teach Us ? » in *American Society of International Law*, Vol. CVI, 2012, pp. 462-46.

LAMBERTERIE, Isabelle (de), « Quelques questions juridiques induites par les expériences de numérisation dans le secteur de l'archéologie » in *Communication-Commerce électronique*, n° 9, Septembre 2003, chron. 22, pp. 18-21.

LARQUIER (de), Nicolas, « L'État propriétaire. La maîtrise des passifs administratifs sur les biens archéologiques mobiliers déposés dans les musées » in *Musées et collections publiques de France*, 2018, n° 278, pp. 16-18.

LAUNOY, Gérard, « Le droit pénal et le droit civil au secours de l'archéologie contre les prospecteur clandestins » in *Droit pénal*, n° 6, 2002, chron. 20.

LAVIALLE, Christian, « La loi du 1^{er} décembre 1989 relative aux biens culturels maritimes » in *JCP G*, n° 8, 1991, doct. 3489.

LE GURUN, Gwenaëlle, « L'épave, bien culturel maritime : une notion à découvrir » in *Annuaire de Droit maritime et océanique*, 1995, t. XIII, pp. 269-278.

LE ROUX, Mylène, « Protection du patrimoine culturel : la propriété publique mobilisée » in *AJDA*, n° 6, 2018, p. 313.

LECLERC-BARON, « Les épaves maritimes et leur régime juridique » in *La vie judiciaire*, n° 1628, 20-26 juin 1977, pp. 9-10.

LEVY, Alain, « Expropriation. Vestiges archéologiques. Découverte de la 'grotte Chauvet'. Existence de cette grotte connue à la date de l'ordonnance d'expropriation donnant une plus-value aux terrains de surface (art. L. 13-13 du Code de l'expropriation) » in *AJDI*, n° 12, 1999, p. 1148.

LOURDAUX-JURIETTI, Sylvie, « Les collections d'Archéologie au musée de Lons-le-Saunier. Centre de Conservation et d'Étude René Rémond » in *Musées et collections publiques de France*, 2018, n° 278, pp. 23-26.

LUCAS, Marthe, « La représentation de la nature par les collectivités territoriales devant le juge judiciaire à la lumière de l'article L.142-4 du Code de l'environnement » in *Vertigo, la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22, septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 03 octobre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16248>

- MAINETTI, Vittorio, « La protection du patrimoine culturel subaquatique » in CAMARA, Abdoulaye et NÉGRI, Vincent (dir.), *La protection du patrimoine archéologique. Fondements sociaux et enjeux juridiques*, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, Paris : L'Harmattan, 2016, pp. 139-206.
- MANIATIS, Antoine, « Le droit au patrimoine archéologique et paléontologique (Actualité du droit hellénique) » in *RSC*, n° 1, 2018, pp. 287-291.
- MANNHEIM-AYACHE, Annie, « La protection pénale du patrimoine archéologique immobilier » in NÉGRI, Vincent (dir.), *Protection pénale du patrimoine archéologique*, Paris : L'Hermès, 1992, pp. 123-31.
- MANNHEIM-AYACHE, Annie, « La protection pénale du patrimoine archéologique immobilier terrestre » in *Revue Juridique de l'Environnement*, n° 3, 1990, pp. 351-366.
- MANNHEIM-AYACHE, Annie, « La protection pénale du patrimoine archéologique sous-marin » in *Revue Juridique de l'Environnement*, n° 2, 1991 pp. 141-151.
- MANSON, Stéphane, « L'appropriation publique des vestiges archéologiques immobiliers : tel est pris qui croyait prendre » in *AJDA*, n° 24, 2011, pp. 1381-1386.
- MARCHADIER, Fabien, « L'appropriation publique des vestiges archéologiques et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme » in NÉGRI, Vincent (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Paris/Bruxelles : Bruylant, 2015, pp. 93-113.
- MARCHAND, Louis, « Les collections archéologiques sont-elles en danger ? Le problème de leur propriété » in *Les Nouvelles de l'archéologie*, 1998, n° 73, p. 35-61.
- MATHIEU, Agnès, « Mobilier : régime de propriété en mutation » in *JurisArt Dalloz*, n° 37, 2016, pp. 21-24.
- MOURON, Philippe, « Du droit d'exploitation des œuvres préhistoriques. La grotte Chauvet, entre le droit de l'inventeur et le droit de publication posthume » in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 117, 2015.
- NÉGRI, Vincent, « Crimes Against Cultural Heritage of Humanity. Issues of international law » in ALMQVIST, Kurt et BELFRAGE, Louise (dir.), *Cultural Heritage at Risk*, Stockholm: Axel and Margaret Ax:son Johnson Foundation, 2016, pp. 107-122.
- NÉGRI, Vincent, « De l'obligation d'enregistrer la déclaration de découverte d'un bien culturel maritime », obs. sous CE, 30 mars 2016, *Gouarin c. Ministère de la Culture et DRASSM* in *Le Droit Maritime Français*, 2017, n° 794, pp. 698-704.
- NÉGRI, Vincent, « Destruction intentionnelle du patrimoine culturel et responsabilité collective en droit international » in CASADO, Arnaud et SAFI, Farah, *Daech et le droit*, Paris : Université Panthéon-Assas, 2016, pp. 145-156.
- NÉGRI, Vincent, « Fouilles archéologiques : quelles obligations pour les collectivités ? » in *Cahiers juridiques des collectivités territoriales*, n° 22, 1997, pp. 19-24.
- NÉGRI, Vincent, « Fouilles archéologiques et questions de religion » in BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte, CORNU, Marie et FROMAGEAU, Jérôme, *Le patrimoine culturel religieux. Enjeux juridiques et pratiques culturelles*, Paris : L'Harmattan, 2006, pp. 325-335.

- NÉGRI, Vincent, « La construction d'un droit de l'archéologie » in *JurisArt Dalloz*, n° 37, 2016, pp. 18-20.
- NÉGRI, Vincent, « La dimension juridiques du mobilier archéologique » in *Pérennité des collections publiques*, Lyon : Fage, 2007, pp. 12-18.
- NÉGRI, Vincent, « La protection pénale des biens archéologiques » in NÉGRI, Vincent (dir.), *Protection pénale du patrimoine archéologique*, Paris : L'Hermès, 1992, pp. 33-46.
- NÉGRI, Vincent, « Les aléas juridiques des dépôts de fouilles » in *Musées et collections publiques de France*, n° 195, pp. 7-8.
- NÉGRI, Vincent, « Les attributions des collectivités territoriales sur les opérations d'archéologie préventive » in *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, n° 6/2005, pp. 354-258.
- NÉGRI, Vincent, « Les figures du droit international de l'archéologie » in NÉGRI, Vincent (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Paris/Bruxelles : Bruylant, 2015, pp. 59-92.
- NÉGRI, Vincent, « Les fouilles archéologiques : chronique d'une législation » in *Actualité Législative Dalloz*, n° 1, 1991, pp. 115-122.
- NÉGRI, Vincent, « Normativité du droit de l'archéologie : sur la notion de risque » in CAMARA, Abdoulaye et NÉGRI, Vincent (dir.), *La protection du patrimoine archéologique. Fondements sociaux et enjeux juridiques*, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, Paris : L'Harmattan, 2016, pp. 11-22.
- NÉGRI, Vincent, « Objet archéologique, objet de droit » in *Revue des Musées et Collections publiques de France*, n° 186-189, 1990, pp. 7-24.
- NÉGRI, Vincent, « Sur l'inaliénabilité du patrimoine archéologique » in CORNU, Marie, FROMAGEAU, Jérôme et POLI, Jean-François, *L'inaliénabilité des collections, performances et limites*, Paris : 2012, L'Harmattan, pp. 267-279.
- NÉGRI, Vincent, *JurisClasseur : Environnement et développement durable*, v° Recherche archéologique : cadre général, Fasc. 3600, 2003 [2006].
- NÉGRI, Vincent, *JurisClasseur : Environnement et développement durable*, v° Archéologie préventive, Fasc. 3610, 2005 [2011].
- NÉGRI, Vincent, *JurisClasseur : Environnement et développement durable*, v° Recherche archéologique, Fasc. 466, 2003 [2006].
- NOEL, Christopher A., « Salvage at Your Own Peril : A Common Law Approach to Maritime Treasure Recovery » in *The University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. XLVI, n° 1, 2014, pp. 89-116.
- NOGUELLOU, Rozen, « Avis sur le projet de loi relatif à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine » in *Droit administratif*, n° 8-9, Août 2015, veille 84, pp. 5-7.
- ORLANDINI, Jean-Philippe, « La réforme du régime juridique des biens meubles archéologiques » in *AJDA*, n° 36, 2016, pp. 2042-2047.

- PAÏN, Silvia et ROCHE, Audrey, « L'archéologie territoriales face aux nouvelles dispositions législatives en matière de biens archéologiques mobiliers » in *Musées et collections publiques de France*, 2018, n° 278, pp. 7-15.
- PAPINOT, Jean-Claude, « Le mobilier archéologique » in *Meubles et immeubles*, Actes des Colloques de la Direction du Patrimoine, Paris : Direction des Patrimoines, 1993, pp. 203-209.
- PARANCE, Béatrice, « Action en justice des associations de protection de l'environnement, infraction environnementale et préjudice moral » in *Recueil Dalloz*, n° 38, 2011, pp. 2635-2640.
- PASTOR, Jean-Marc, « Bien culturel maritime. Inventeur. Toute découverte, même issue de prospections illégales, doit être enregistrée » in *Juris art*, n° 35, 2016, p. 6.
- PAULIAT, Hélène, « Présomption de propriété du sous-sol versus appartenance publique des vestiges archéologique », note sous CE, 24 avril 2012, *Ministère de la Culture c. Mathé-Dumaine* in JCP A, n° 49, 2012, comm. 2391.
- PERROUD, Thomas, « Propriété publique des vestiges archéologiques et CEDH », comm. sous CE, 24 avril 2012, *Ministère de la Culture c. Mathé-Dumaine* in *Droit Administratif*, n° 8-9, Août 2012, comm. 73, pp. 32-35.
- PETIT, Henri, « Archéologie et droit pénal » in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, t. X, 1955, pp. 667-672.
- PETIT, Serge, « Grotte Chauvet et représentation de l'État en justice » in *AJDA*, n° 1, 2015, p. 59.
- POLI, Jean-François, « Commentaire de la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée), Malte, 16 janvier 1992 » in *Recueil Dalloz*, n° 17, 1994, p. 173.
- POLI, Jean-François, « L'objet archéologique dans le droit des biens culturels » in NÉGRI, Vincent (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Paris/Bruxelles : Bruylant, 2015, pp. 42-56.
- PONTIER, Jean-Marie, « Liberté de création, architecture et patrimoine » in *AJDA*, n° 36, p. 2027.
- RÉMOND-GOUILLOUD, Martine, « Ressources naturelles et choses sans maître » in *Recueil Dalloz*, 1985, I, chron. 6, pp. 27-34.
- RENOLD, Marc-André, « La protection internationale du patrimoine archéologique : questions de droit international privé » in CAMARA, Abdoulaye et NÉGRI, Vincent (dir.), *La protection du patrimoine archéologique. Fondements sociaux et enjeux juridiques*, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, Paris : L'Harmattan, 2016, pp. 127-138.
- REPORT, Paul, « En zone économique exclusive, toute chasse aux trésors n'est pas forcément ouverte » in *AJDA*, n° 7, 2015, pp. 399-405.
- REVEL, Thierry, « Chronique propriété et droits réels » in *RTD civ.*, 2002, pp. 539-541.
- REVEL, Thierry, « Propriété du dessous » in *RTD civ.*, n° 3, 2002, p. 539.
- REZENTHEL, Robert, « Le régime des épaves maritimes » in *Le Droit Maritime Français*, n° 679, 2007.

RIOU, Alain, « La gourmante de Saint-Exupéry : un bien culturel maritime » in *Petites Affiches*, n° 136, 1998, p. 16.

ROBERT, André, « La notion de trésor ne s'applique pas à des fossiles découverts sur un site fossilifère appartenant à une commune. Des fossiles d'ossements sont des 'res nullius' et appartiennent à celui qui les a découverts » in *Recueil Dalloz*, n° 11, 1990, p. 87.

ROBERT, Jacques-Henri, « Astérix dévalisé », note sous Cass., crim., 23 novembre 1999, *Ministère de la Culture c. Cousin et Cougnard* in *Droit pénal*, n° 4, avril 2000, comm. 45.

ROCHFELD, Judith, « L'appropriable, l'inaliénable et le droit » in NÉGRI, Vincent (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Paris/Bruxelles : Bruylant, 2015, pp. 133-155.

ROUZIC, Zacharie (Le), « Les Monuments mégalithiques du Morbihan : causes de leur ruine et origine de leur restauration » in *Bulletin de la Société préhistorique de France*, t. XXXVI, n° 5, 1939, pp. 234-251.

ROY, Jean-Bernard, « L'improbable parcours des matériaux archéologiques. De la fouilles au musée – ou au dépôt de fouille » in *Les Nouvelles de l'archéologies*, 2006, n° 103, pp. 43-47.

SAUJOT, Colette, « Archéologie et répression » in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, 2004, pp. 323-336.

SAUJOT, Colette, « Biens culturels et droit civil. Problèmes de qualifications » in *Clés pour le siècle. Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Paris : Dalloz, 2000, pp. 79-107.

SAUJOT, Colette, « Chronique juridique. Le statut des vestiges archéologiques d'après la loi du 17 janvier 2001 et son décret d'application du 16 janvier 2002 » in *Revue archéologique de l'Ouest*, t. XIX, 2002, pp. 231-235.

SAUJOT, Colette, « L'article 322-2 du Code pénal une protection renforcée du patrimoine culturel ? » in *Droit pénal*, n° 4, 1996, chron. 15.

SAUJOT, Colette, « La domanialité publique des vestiges archéologiques mobiliers » in *AJDA*, n° 9, 2008, p. 446.

SAUJOT, Colette, « La loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive » in *JCP G*, n° 40, Octobre 2001, doct. 351, pp. 1819-1824.

SAUJOT, Colette, « La nouvelle réforme de l'archéologie préventive. Loi n° 2003-707 du 1^{er} août 2003 » in *JCP G*, n° 51, Décembre 2003, doct. 185, pp. 2229-2234.

SAUJOT, Colette, « La propriété des vestiges archéologiques » in *Musées et collections publiques de France*, 2000, n° 227, pp. 25-38.

SAUJOT, Colette, « Le risque archéologique » in *JCP N*, n° 2, Janvier 2002, comm. 1022, pp. 48-51.

SAUJOT, Colette, « Les vestiges terrestres immobiliers et mobiliers : qualification et propriété » in *Revue archéologique de l'Ouest*, 1998, t. XV, pp. 209-219.

SAUJOT, « Un trésor monétaire est-il une universalité ? », note sous TGI, Mans, 7 septembre 1999, *Manceau et Marçais c. SA Société d'équipement du Mans (SEM)* in JCP.2000.II.10258.

- SAUJOT, Colette, *JurisClasseur : Code civil*, v° Art. 716, Modes d'acquisition de la propriété : Trésor, 2017 [2018].
- SAUJOT, Colette, *JurisClasseur : Lois pénales spéciales*, v° Fouilles archéologiques, Fasc. 20, 2016.
- SAVAY-GUERRAZ, Hugues, « Le musée gallo-romain de Lyon et la gestion des biens archéologiques » in *Musées et collections publiques de France*, 2018, n° 278, pp. 19-22.
- SERIAUX, Alain, *Répertoire de droit de l'immobilier*, v° Propriété, Dalloz, 2016 [2018].
- SHELBOURN, Carolyn, « 'Time crime', lootin of archological resources and the criminal law un England and the United States » in *Criminal Law Review*, n° 3, 2008, pp. 204-213.
- SOCIÉTÉ PRÉHISTORIQUE DE FRANCE, « Projet de Loi sur les Fouilles Archéologiques » in *Bulletin de la Société préhistorique de France*, n° 7, t. XII, 1910, pp. 612-635.
- SOLER-COUTEAUX, Pierre, « L'indemnisation du risque archéologique. Un silence prudent de la loi sur ce point... » in *Construction-Urbanisme*, n° 7-8, Juillet 2003, chron. 7, pp. 6-10.
- THOMAS-LATOUR, Amédée, « De l'invention des trésors cachés et du droit aux trésors trouvés (I) » in *Rev. législ. et jur.*, 1852, t. II, pp. 40-60.
- THOMAS-LATOUR, Amédée, « De l'invention des trésors cachés et du droit aux trésors trouvés (II) » in *Rev. législ. et jur.*, 1853, t. I, pp. 277-304.
- TOMASIN, Aline, « Protection des grottes ornées et droit de propriété » in *Droit & ville*, n° 56, 2004, pp. 21-37.
- TOUZEIL-DIVINA, Mathieu, « Droit au respect des biens : incompatibilité des normes française face au 1^{er} protocole à la CESDHLF », comm. sous CE, 24 avril 2012, in *JCP A*, n° 18, 2012, act. 295
- TOUZEIL-DIVINA, Mathieu, « Sanction de la dépossession d'un tréfonds », comm. sous CE, 24 avril 2012, in *JCP N*, n° 18-19, 2012, act. 497
- VANDAMME, J., « Contribution à l'étude de la revendication des épaves terrestres » in *RTD civ.*, 1943, pp. 157-171.
- VERNET, Marcel, « Le projet de loi relatif aux fouilles intéressant l'archéologie et la paléontologie » in *Revue des Études Anciennes*, n° 2, t. XIII, 1911, pp. 193-195.
- VIAL-PEDROLETTI, Béatrice, *JurisClasseur : Code civil*, v° Acquisition de la propriété : généralités, Synth. 290, 2018
- VIERUCCI, Luisia, « Le statut juridique des navires de guerre ayant coulé dans les eaux étrangères : le cas des frégates espagnoles 'Juno' et 'La Galga' retrouvées au large des côtes des États-Unis » in *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, t. XV, n° 3, pp. 705-725.
- VIRIOT-BARRIAL, Dominique, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, v° Destructions. Dégradations. Détérioration, Dalloz, 2010 [2017].
- WAGENER, Noé, « La réforme du droit de l'archéologie » in *RDI*, n° 2, 2017, p. 68.
- WAGENER, Noé, « Nous pratiquons un droit d'antiquaire » in *Les Nouvelles de l'archéologie*, n° 130, 2012, pp. 6-12.

WAGENER, Noé, « Qualifier juridiquement le patrimoine archéologique » in NÉGRI, Vincent (dir.), *Le patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Paris/Bruxelles : Bruylant, 2015, pp. 133-155.

WEBER, Jean-François, « La découverte de la ‘Grotte Chauvet’ a conféré une plus-value aux terrains de surface », comm. sous Cass., civ. 3^{ème}, 14 avr. 1999, in *JCP G*, n° 21, 1999, II, 10091.

WEILLER, Simone, « A propos de l’application de l’article 257 du Code pénal » in *Etudes criminologiques*, n° 6, 1927, pp. 110-112.

ZEMRAK, Yannick, « Épave maritime ou bien culturel » in *JCP G*, n° 10, Mars 2017, 254, p. 435.

INTRODUCTION	7
I. LE PIVOT DE LA RECHERCHE SUR ARCHEOLOGIE ET BIEN COMMUN :	
LA NOTION DE PATRIMOINE ARCHEOLOGIQUE	7
<i>par Kévin Daligault, Maylis Desrousseaux et Vincent Négri</i>	
A. Les déterminations d'un intérêt archéologique.....	8
B. Les lieux archéologiques du commun	11
1. La notion de gisement et les parentèles entre les ressources du sol et du sous-sol	11
2. La substance du sol.....	16
C. La production de la connaissance : la documentation archéologique et les données scientifiques	20
II. LES OBJECTIFS DE LA RECHERCHE : UN DEBORDEMENT DES CATEGORIES CLASSIQUES DU DROIT DE L'ARCHEOLOGIE	26
<i>par Vincent Négri</i>	
Première partie – QUESTIONNER LA PROPRIETE ARCHEOLOGIQUE	29
I. LE PATRIMOINE ARCHEOLOGIQUE AU PRISME DE LA PROPRIETE	29
<i>par Marie Cornu, Kévin Daligault, Vincent Négri et Anthony Saillard</i>	
A. Les décalages entre besoins de protection et modes de qualification en matière archéologique	29
1. La spécificité de la définition du patrimoine archéologique.....	29
2. L'appréhension du patrimoine archéologique dans ses éléments constitutifs.....	32
3. La logique attributive dans le domaine de l'archéologie	33
B. La prise en compte de l'intérêt commun dans un contexte de pluralité de propriétaires des corpus archéologiques	35
1. Les figures propriétaires classiques du droit de l'archéologie	35
a) Persistance de l'approche privatiste de la propriété archéologique	35
i) Les hypothèses de travail.....	35
La propriété entre les mains d'un propriétaire unique.....	36
Les hypothèses de partage de propriété en matière mobilière	37
b) L'institution d'une propriété archéologique à charge.....	38
i) Servitudes d'usage du terrain archéologique	39
ii) Les servitudes de conservation des gisements et vestiges	40

2. <i>L'institution d'une supra propriété archéologique publique</i>	41
a) Les prémisses : propriété archéologique et théories de la domanialité au XIX ^e siècle.....	41
b) Les transitions vers l'appropriation publique des biens archéologiques.....	47
C. Autres figures dans le droit positif	51
1. <i>Les figures de l'inappropriable : l'hypothèse d'un droit de garde</i>	51
a) Le cas des restes humains	51
b) La catégorie des choses communes	54
2. <i>Les figures de la propriété collective</i>	54
a) Propriété collective et droit des peuples autochtones	55
i) <i>La reconnaissance de droits collectifs dans les textes internationaux</i>	55
ii) <i>Propriété collective et patrimoine archéologique dans la jurisprudence</i>	56
b) La reconnaissance de droits collectifs sur les terres en Nouvelle Calédonie.....	58
c) Le patrimoine commun de la nation comme catégorie juridique	59
D. Le régime de la documentation archéologique	61
1. <i>L'accès du public à la documentation archéologique</i>	63
2. <i>Droit d'auteur et accès aux données</i>	65
<i>Encadré : la constitution de collections numériques</i>	68

II. LA PROPRIÉTÉ ARCHEOLOGIQUE AU PRISME DES COMMUNS

par Marie Cornu et Anthony Saillard

A. Les communs comme ressource heuristique pour penser l'archéologie	71
1. <i>La figure économique du bien public ou du bien collectif</i>	71
2. <i>Des communs aux biens communs, les différentes écoles de pensée</i>	75
3. <i>Question de méthode : utiliser les cadres de pensées des communs</i>	76
B. Chantiers de réflexion.....	78
1. <i>Bilan critique</i>	78
a) Un cadre juridiquement contraint par les schémas civilistes.....	78
b) Ce que nous enseignent les communs.....	79
2. <i>Quelles pistes explorer ? : penser le patrimoine archéologique dans toute sa complexité</i> ...	81
a) Repenser le statut de la documentation scientifique	81
i) <i>Généraliser à l'ensemble des données scientifiques</i> <i>le principe de libre communication</i>	82
ii) <i>Libérer l'exploitation scientifique des données de l'archéologie,</i> <i>la reconnaissance d'un domaine commun archéologique</i>	83
b) Repenser les mises en forme de l'intérêt commun.....	87
c) Repenser le patrimoine archéologique dans sa dimension collective : investir plus sérieusement la figure du patrimoine commun archéologique	87

I. LA DISTRIBUTION DES RESPONSABILITES DE SAUVEGARDE, D’ETUDES ET D’ACCES AU PATRIMOINE ARCHEOLOGIQUE92

par Vincent Négri

A. Les prémisses.....	92
B. Le recours à l’autorité publique garante d’un intérêt collectif	99
1. <i>Le projet de loi en 1910 : une surveillance de l’État fondée sur l’intérêt scientifique</i>	100
2. <i>L’expression internationale de responsabilités professionnelles</i>	101
3. <i>La loi de 1941 : la fonction pivot de l’État</i>	102
4. <i>Les équivoques de la responsabilité de l’État dans l’exercice de ses missions : l’absence d’obligations sanctionnées</i>	104
a) Une responsabilité sans faute de l’État liée à l’exercice de prérogatives de puissance publique	105
b) La faible intensité de la responsabilité de l’État dans le défaut d’exercice de ses missions	107
c) L’élision d’une responsabilité préventive	109
C. Les responsabilités subsidiaires des collectivités territoriales.....	111
1. <i>Des responsabilités décentralisées en matière de protection urbanistique</i>	111
2. <i>Des responsabilités auxiliaires en périphérie des prérogatives de l’État</i>	112
D. Une jurisprudence faible de la CEDH : une responsabilité de l’État dépourvue d’obligations [avec Anthony Saillard]	114
E. Refonder la responsabilité de l’État ?	117

II. LA RESPONSABILITE EN CAS D’ATTEINTE AU PATRIMOINE ARCHEOLOGIQUE120

par Élisabeth Fortis et Guillaume Lambert

A. La commission d’une infraction protégeant le patrimoine archéologique comme fait générateur.....	120
1. <i>L’incrimination des comportements privant l’objet de son contexte</i>	120
2. <i>Un système pénal complet</i>	122
a) Les infractions préventives et les fouilles illicites	122
b) Les infractions de destruction, de dégradation et de détérioration	124
c) Les infractions relatives à la circulation des biens culturels	126
3. <i>Un système pénal peu dissuasif</i>	130
B. Les actions en réparation des atteintes	133
1. <i>La réparation des préjudices matériels individuels</i>	134
a) L’action du propriétaire du bien archéologique	135
b) L’action de tiers	136

2. <i>La réparation des préjudices moraux individuels</i>	138
a) La violation des obligations réglementaires	138
b) La recevabilité élargie des associations.....	140
3. <i>La coexistence délicate des différentes actions</i>	144
a) L'action publique et les actions des administrations.....	144
i) <i>Action publique et action de l'État</i>	144
ii) <i>Action publique et action de l'Administration des douanes</i>	145
b) L'action publique et l'action associative.....	146
c) L'action publique et l'action des communautés.....	147
C. Les difficultés de mise en œuvre des actions.....	149
1. <i>Les difficultés relatives à la connaissance et à l'intérêt du droit de l'archéologie</i>	149
2. <i>Les difficultés tenant à la mise en œuvre du droit de l'archéologie</i>	150
a) Constater l'infraction.....	150
b) Dater la commission de l'infraction	151
c) Les blocages institutionnels.....	152
3. <i>Les difficultés tenant à la qualification et à l'évaluation du préjudice</i>	153
III. INVENTER UN PREJUDICE ARCHEOLOGIQUE	154
<i>par Marie Cornu, Élisabeth Fortis, Guillaume Lambert et Vincent Négri</i>	
A. Fondement des actions.....	154
1. <i>Les valeurs assignées ou reconnues au patrimoine archéologique</i>	154
2. <i>L'intérêt archéologique</i>	157
B. Vers la reconnaissance d'un préjudice archéologique.....	161
1. <i>Les chefs de préjudice actuellement reconnus ou débattus</i>	161
a) Les préjudices moraux et matériels.....	161
b) Les critères d'évaluation de la réparation	162
2. <i>Tentative de définition d'un préjudice archéologique</i>	163
a) Définition proposée à intégrer dans le Code civil.....	163
b) Mesures de réparation.....	164
c) Évaluations.....	164
TABLEAU DES PRINCIPALES INFRACTIONS EN MATIERE ARCHEOLOGIQUE	165
SYNTHESE DES PROPOSITIONS	187
1. Penser le patrimoine archéologique dans toute sa complexité	187
2. Refonder la responsabilité de l'État	188
3. Inventer un préjudice archéologique.....	190

BIBLIOGRAPHIE	195
Ouvrages généraux et spécialisés	195
Articles dans des revues et chapitres d'ouvrages collectifs	197
TABLE DES MATIERES	209

Résumé

Au sein du droit du patrimoine culturel, le droit de l'archéologie est articulé de manière particulière sur un principe matriciel de contrôle de la recherche scientifique et sur le concept de *sauvegarde par l'étude scientifique* qui surplombe la réalisation des opérations d'aménagement et d'urbanisme. L'exercice des prérogatives correspondantes et la capacité de les imposer sont confiés à l'État.

L'accès à la connaissance archéologique – objectif qui légitime le droit de l'archéologie – est pareillement placé sous le regard de l'État. L'acte de fouille, sous-jacent à la *sauvegarde par l'étude scientifique*, provoque la transition de la matérialité du gisement archéologique vers un domaine immatériel. Il scelle une obligation de documenter la recherche, car c'est par l'analyse et l'interprétation qu'est restituée la connaissance archéologique, processus dont l'État est également le garant.

Dans des affaires pénales de fouilles illicites ou de destruction du patrimoine archéologique se joue la perte irréversible de connaissances archéologiques. Dès lors, l'État agit dans ces instances pénales aux fins de reconnaissance d'un préjudice moral, concentré sur la perte scientifique et historique, du fait de la disparition des informations archéologiques contextuelles et de la dégradation irréversible du gisement archéologique. Se pose alors la question du fondement de l'action civile et des modalités de réparation de ce qui été détruit ou de compensation de la perte de patrimoine.

Ces surplombs de l'État ont longtemps écrasé toute réflexion sur d'autres modèles juridiques et sur une autre répartition des responsabilités sur ce patrimoine commun. Cette centralité de l'État est rehaussée depuis 2016 par l'institution progressive d'un régime de propriété publique des vestiges archéologiques.

Pour autant, cette position cardinale de l'État ne résume ni la répartition des responsabilités et la distribution des titularités sur le patrimoine archéologique, ni les fonctions sociales du patrimoine archéologique. Engageant la réflexion sur une (re)distribution de titularités des droits d'accès à la connaissance archéologique et sur l'invocation d'un préjudice archéologique par des tiers, la recherche sur *archéologie & bien commun* articule trois axes :

- 1) **Questionner la propriété archéologique**, dans une perspective de bien commun, pour repenser le statut du patrimoine archéologique, en redéfinir le périmètre et rehausser l'impératif documentaire dans le droit de l'archéologie, redistribuer les droits d'usage, d'accès et d'exploitation ;
- 2) **Refonder les responsabilités** sur le patrimoine archéologique, en posant des principes à partir duquel pourrait être repensée la responsabilité de l'État – refondation à partir d'une redistribution des titularités et des obligations entre les différentes collectivités publiques – et explorer les voies du droit qui pourraient être empruntées pour mettre en jeu un modèle de contrôle social de l'archéologie.
- 3) **Inventer un préjudice archéologique** – centré sur la perte de connaissances scientifiques et historiques – à partir des déterminations d'un nouvel *intérêt commun* susceptible de fonder tant les actions en réparation que l'exercice de ces actions par des groupes ou des personnes se prévalant d'un tel intérêt commun.