



HAL
open science

Une lecture du droit appliqué aux collections ostéo-archéologiques et aux restes humains patrimoniaux

Vincent Negri

► To cite this version:

Vincent Negri. Une lecture du droit appliqué aux collections ostéo-archéologiques et aux restes humains patrimoniaux. Les restes humains. Législation, intérêt scientifique et enjeu éthique des ensembles anthropobiologiques, Presses universitaires de Provence, pp.117-128, 2022, 9791032003961. hal-04451688

HAL Id: hal-04451688

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-04451688>

Submitted on 13 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.



Une lecture du droit appliqué aux collections ostéo-archéologiques et aux restes humains patrimoniaux

Vincent Négri

CNRS, ENS Paris-Saclay, Université Paris Ouest Nanterre

« Les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien » (Planiol 1901 : 158). L'irruption de l'assertion de Marcel Planiol, écrite en 1899, dans nos débats contemporains sur les restes humains patrimoniaux secrète, au-delà de sa violence¹, une résonance particulière. Ces débats révélés en 2002 lors de la restitution à l'Afrique du Sud de la dépouille de Saartje Baartman², dont l'humanité avait été mise à distance sous le crytonyme de Vénus Hottentote, et cristallisés entre 2007 et 2010 lors du rapatriement des têtes maories à la Nouvelle-Zélande³, démontrent que la personne, de son vivant, sujet de droit, bascule après son décès dans un autre registre juridique ; sa personnalité juridique s'estompe sans pour autant que la dépouille mortelle ne soit plus qu'une chose. Les qualifications juridiques usuelles – de la personne⁴ à la chose⁵ – s'épuisent à saisir le corps mort. Les morts ne sont plus rien dans l'ordre

- 1 Lors de la réédition par Georges Ripert du *Traité élémentaire de droit civil* de Marcel Planiol (Planiol 1946), « la phrase parut à Ripert si atroce qu'il la supprima » (Carbonnier 1989 : 202).
- 2 Loi n° 2002-323 du 6 mars 2002 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de S. Baartman à l'Afrique du Sud, *JO* 7 mars 2002, p. 4265.
- 3 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.
- 4 La personne est définie comme l'être qui jouit de la personnalité juridique, sujet de droit, titulaire d'un droit subjectif (Cornu 2011, p. 752 et 989).
- 5 La chose est un objet matériel considéré sous le rapport du droit ou comme objet de droit (Cornu 2011, p. 171).





des personnes, toutefois ils ne se fondent pas dans l'ordinaire des choses. C'est ce hiatus, produit d'une indétermination sur les qualifications juridiques, entre « biens », « choses », « personnes », qu'illustre, dans un télescopage syntaxique, le cartel présentant, au Musée de Bolzano dans le Tyrol italien, la dépouille de « Ötzi, l'homme des glaces » – homme du néolithique conservé dans un glacier pendant 5300 ans et découvert en 1991 : « *Legally, Ötzi is an object and not a person with his own right. He is an archaeological object in the inventory of the province of South Tyrol* ».

Un autre territoire du droit se dévoile où les restes humains, dans une diagonale entre personnes et choses, ne relèvent plus des premières et ne s'agrègent qu'incomplètement aux secondes. Sur cet espace normatif se joue à la fois l'attachement par le souvenir et l'affection que nous portons au défunt, et le respect dû au mort qu'insuffle le principe de dignité.

Les prémisses normatives du respect dû au mort

Cette figure normative singulière, qui mêle le souvenir des vivants proches du défunt à celui plus diffus de la société ou d'une communauté, est présente dans la doctrine juridique bien avant que les questions de restitution (Marin 2006 : 337-349) et de droit à la dignité saturent la formulation d'un droit articulé sur les restes humains patrimoniaux⁶. En 1672, Samuel Pufendorf écrivait dans son traité sur *Le droit de la nature et des gens* (Pufendorf 1732 : 5. [Extrait du Chap. 1^{er}, Du prix des choses, § 5]), que « les lois romaines, en ne permettant pas de faire entrer dans le commerce les choses sacrées et les sépulcres ... les rendaient par-là incapables de recevoir aucun prix ». Ce postulat prospéra et inspira au début du 19^{ème} siècle la première décision rendue par une juridiction civile, après l'adoption du Code civil en 1804. Appelée à statuer sur la qualité juridique des restes humains et leur qualification éventuelle comme trésor, en regard de l'énoncé de l'article 716 du Code civil, la Cour d'appel de Bordeaux en 1806 énonça qu'« il résulterait du système contraire qu'on pourrait ravir aux morts leur dernière enveloppe, et [en faire] l'objet d'une spéculation commerciale, ce qui ne répugne pas moins à la raison qu'à la morale de tous les peuples » (*CA Bordeaux, 6 août 1806, Blancherot c/ Couilby*). Ce principe de décence ainsi formulé tranchait avec l'expression clinique des articles du Code civil, dont le statut juridique des choses et des biens ne réservait aucune disposition particulière aux restes humains, ni aux éléments que renferment les sépultures.

En 1899, cette même Cour d'appel de Bordeaux, saisie d'un litige sur la propriété et sur la disponibilité – état juridique de commercialité – de vestiges

⁶ Pour une approche raisonnée de la notion de restes humains patrimoniaux (Duday 2001, p. 205-209). Au surplus, pourrait être questionnée la notion même de « restes » pour désigner des parties du corps mort.



funéraires, fixait les bornes et le périmètre du principe de décence dont elle avait déduit en 1806 qu'il provoquait l'indisponibilité de tels vestiges, ceux-ci ne pouvant faire « l'objet d'une spéculation commerciale ». La juridiction bordelaise décidait alors que « si l'on a pu décider qu'un tombeau très ancien, découvert dans un lieu public consacré aux sépultures ou dans une propriété privée ayant la même destination particulière pour une famille, [...], ne peut être placé parmi les choses susceptibles d'une appropriation, les tombeaux constituant des fondations pieuses qui échappent à l'empire des règles ordinaires du droit de propriété et pour lesquelles les législateurs de tous temps ont édicté un droit exceptionnel, il n'en est plus de même quand cette découverte a eu lieu dans un endroit qui n'est pas consacré à cette destination spéciale » (*CA Bordeaux, 21 mars 1899, Guédon c/ Tachet*). Elle confirmait ainsi le caractère *extra commercium* des vestiges funéraires, dès lors que ces derniers étaient spécialement dédiés à la pratique collective ou familiale – toujours active ou tout au moins reconnue – d'un culte des morts. *A contrario*, l'effacement du souvenir et la dissolution du culte des morts privent ces vestiges de cette protection ; ils redeviennent des choses susceptibles d'intégrer la catégorie des biens sous le jeu de l'appropriation, notamment par la mise en mouvement de l'article 716 du Code civil, dont le premier alinéa règle la dévolution des trésors⁷, voire par l'application de l'article 552 de ce même Code, au profit du propriétaire du terrain où a lieu la découverte.

Cette construction jurisprudentielle qui, en miroir, formalisait un principe de dispersion des collections ostéologiques et des restes humains les plus anciens, était un déni d'une éthique de la constitution et de la conservation du patrimoine archéologique national. Aucune évolution de la législation sur le statut juridique, et par là-même de la propriété, des vestiges archéologiques n'a pour autant fourni de réponse ; les lois sur la bioéthique adoptées à la charnière des xx^e et xxi^e siècles formalisèrent un ensemble de règles sur la disposition du corps humain, qui par incidence ou en creux dessina les contours d'un statut pour les restes humains patrimoniaux. De ce point de vue le législateur anglais fut plus audacieux en insérant dans le *Human Tissue Act 2004*, adopté le 15 novembre 2004 – loi relevant de la bioéthique – des dispositions sur la disponibilité des restes humains patrimoniaux⁸.

La législation française, consacrant un ordre bioéthique, a placé le corps humain et ses éléments parmi les choses hors commerce, en édictant par les articles 16-1 et 16-1-1 du Code civil un statut particulier protecteur du corps

7 Art. 716 du code civil, al. 1^{er} : « 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. »

8 Voir *infra*. Dans ce mouvement de reconnaissance d'une juridicité particulière des restes humains, on relèvera la publication en 2005, conjointement par *English Heritage* et l'Église anglicane, d'un guide pour le traitement des restes humains mis au jour lors de fouilles archéologiques sur des sites chrétiens (Mays 2005).



humain et des dépouilles et en nouant à cet effet une obligation à la charge des vivants ; la figure juridique du respect dû aux morts y est mobilisée et son contenu densifié.

En 2008, le Code civil fut enrichi d'un article 16-1-1 dont le premier alinéa énonce que « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort ». Cette disposition élargissait le principe posé par la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, dite loi bioéthique, *qui avait inséré dans le Code civil un article 16-1* : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »⁹.

Les prémisses de ce corpus étaient contenus dans la décision du Conseil d'État du 2 juillet 1993 : « les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci » (*CE Ass., 2 juillet 1993, Milhaud*).

L'arrimage d'un droit des restes humains patrimoniaux au droit à la dignité

De la formulation d'un principe de décence en 1806 à l'expression d'un principe de respect à partir de 1994, ce sont les linéaments d'une même figure normative d'un droit à la dignité ; ce droit n'est pas concentré sur le seul respect de la personne humaine et de la dépouille mortelle. Sa prosodie déborde les restes humains. Consacré en 1994 comme un principe fondamental – « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle » (*Conseil Constitutionnel, décision n° 94-343/344 du 27 juillet 1994*) – et reconnu, un an plus tard, comme composante de l'ordre public général (*CE ass, 27 oct. 1995, Commune de Morsang-sur-Orge*), le droit à la dignité est une créance, dont la substance normative persiste après le décès.

Le droit à la dignité, matrice du respect dû aux morts, s'est ainsi progressivement imposé en précepte commun, jusqu'à devenir un principe fondamental reconnu par le Conseil constitutionnel et propulsé par les lois bioéthique comme souche mère d'une forme d'intangibilité du corps et de ses représentations post-mortem, pourvoyant incidemment les restes humains patrimoniaux d'un droit finalisé. Seules les reliques des saints déroulaient une

9 La notion de « droit patrimonial », portée par le Code civil, n'entretient aucune relation avec le droit du patrimoine culturel ou la notion de patrimoine culturel telle qu'elle se diffuse, notamment, à travers le Code du patrimoine. « La notion de droit patrimonial constitue une catégorie essentielle du droit civil qui renvoie, par opposition aux droits moraux ou extrapatrimoniaux, aux prérogatives économiques dont jouissent les personnes » : Marie Cornu et Vincent Négri, *Code du patrimoine commenté 2012*, Commentaire sous l'article L.1., éd. LexisNexis, 2012.



trajectoire normative comparable assurant leur disponibilité pour le culte ou leur vénération.

La dignité de la personne humaine projette ainsi une relation juridique du sujet au-delà du décès. La personnalité du mort ne s'éteint pas avec le décès ; elle induit une protection pénale et civile, octroyant au défunt des attributs d'une personnification post-mortem. Le droit à la dignité restitue le corps à l'homme – corps jusqu'alors repoussé sur les marges de la scène juridique – en amenuisant l'écart entre la personne juridique et la personne humaine. L'irruption de la dignité humaine bouleverse le droit subjectif.

Le sujet de droit disparu, des attributs juridiques subsistent, au profit de la famille (« la dépouille mortelle fait l'objet d'un droit de propriété familiale et demeure un objet de respect dont le caractère sacré est rappelé par l'article 16-1 du Code civil » ; *TGILille 10 nov. 2004*), ou de la collectivité, la dignité humaine postulant le lien social. Le droit à la dignité transcende ainsi l'individu pour innover une conscience collective ; il nourrit une représentation commune de l'humanité, que le droit international va teinter d'intentions égalitaires et de solidarités culturelles.

Dans ce sillage, la Déclaration des Nations-Unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée le 13 décembre 2007, proclamera en son article 12 que les peuples autochtones ont « le droit au rapatriement de leurs restes humains » et que « les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés ».

L'adoption de cette Déclaration est l'apogée d'un processus de reconnaissance de droits spécifiques à certaines communautés infra-étatiques et/ou transnationales. Ce mouvement s'est aussi diffusé dans les pratiques des professionnels du patrimoine. En 1989, le Congrès archéologique mondial adopte l'Accord Vermillon sur les restes humains, dont les principes 4 et 5 posent les termes d'une relation équilibrée entre la recherche scientifique et la sauvegarde des intérêts des communautés :

- 4. *Respect for the scientific research value of skeletal, mummified and other human remains (including fossil hominids) shall be accorded when such value is demonstrated to exist;*
- 5. *Agreement on the disposition of fossil, skeletal, mummified and other remains shall be reached by negotiation on the basis of mutual respect for the legitimate concerns of communities for the proper disposition of their ancestors, as well as the legitimate concerns of science and education.*

De tels principes ont été, plus récemment, réitérés et renforcés par le *Tamaki Makau-rau Accord on the Display of Human Remains and Sacred Objects*, adopté en janvier 2006, à Osaka, par le Congrès archéologique mondial.

Poursuivant une semblable trajectoire, le code de déontologie du Conseil international des musées (ICOM) (Code 1986) va intégrer, en 2004, la triple

question de l'acquisition, de la recherche et de l'exposition des restes humains (article 2.5, 3.7 et 4.3 du code de déontologie). L'article 4.3, consacré à l'exposition des objets « sensibles », collecte le principe de respect de la dignité humaine pour affermir le droit à exposer les restes humains :

- Art. 4.3 – Exposition des objets « sensibles » – Les restes humains et les objets sacrés seront présentés conformément aux normes professionnelles et tiennent compte, lorsqu'ils sont connus, des intérêts et croyances de la communauté, du groupe ethnique ou religieux d'origine, avec le plus grand tact et dans le respect de la dignité humaine de tous les peuples.

Plus récemment, le code de déontologie pour les musées d'histoire naturelle, adopté en 2013, ouvre sur une section consacrée aux restes humains. Le principe de dignité est pareillement sollicité : *Section 1 - C. – Human remains should be stored and displayed with dignity...*

Des codes nationaux de déontologie professionnelle ou des principes d'éthique professionnelle ont été également articulés sur cette question, à l'instar de l'*University of California Policy and Procedures on Curation and Repatriation of Human Remains and Cultural Items*, adoptée le 1er mai 2001, de *Policy of Human Remains held by the University of Oxford's Museums*, publié en novembre 2006, ou du *BABAO 10 Code of Ethics for archaeological human remains*, constitué en janvier 2008.

Le *BABAO Code of Ethics for archaeological human remains 11* est adossé aux préceptes internationaux innervés par le principe de dignité et prolonge les normes internationales dédiées à la protection du patrimoine archéologique en insérant (et en généralisant) le traitement des restes humains dans la pratique de l'archéologie, notamment en matière d'étude, de conservation et de responsabilité envers le public. L'ensemble des standards et des recommandations développés par le *BABAO Code of Ethics* est ainsi ancré sur un tryptique :

- *Human remains should always be treated with dignity, sensitivity and respect regardless of age or provenance;*
- *Given the importance of human remains as a source of information about our past, osteoarchaeologists should work toward the long-term conservation of the osteoarchaeological record;*
- *Osteoarchaeologists should be committed to public education and promote the value of the scientific study of archaeological human remains.*

La déontologie, dans son expression nationale ou internationale, supplée des lacunes du droit international classique relatif au patrimoine archéologique¹².

10 BABAO : British Association for Biological Anthropology and Osteoarchaeology.

11 Le *BABAO Code of Ethics for archaeological human remains*, constitué en 2008, a été précédé en 2004 d'une publication sur l'inventaire et l'enregistrement des restes humains (Brickley, McKinley 2004).

12 Pour l'essentiel : Recommandation UNESCO de 1956 définissant les principes internationaux à appliquer en matière de fouilles archéologiques ; Recommandation

Le principe de dignité, auxquels se réfèrent les normes déontologiques, est absent du droit international de l'archéologie ; il ne gouverne en droit international conventionnel¹³ que la disponibilité des restes humains qui seraient mis au jour lors de fouilles archéologiques subaquatiques ou lors d'exploitation scientifique d'épaves de navires.

La Convention UNESCO de 2001 sur la protection du patrimoine culturel subaquatique¹⁴ vise expressément les restes humains, entre autres catégories de biens culturels, dans son champ d'application. Outre cette inclusion des restes humains dans la définition du patrimoine culturel subaquatique¹⁵, marquant directement leur patrimonialisation, la Convention noue à l'égard des États une obligation de respect des restes humains qui seraient immergés dans leurs eaux maritimes (art. 2.9 : Les États parties veillent à ce que tous les restes humains immergés dans les eaux maritimes soient dûment respectés.)¹⁶. On regrettera

UNESCO de 1968 concernant la préservation des biens culturels mis en péril par les travaux publics ou privés ; Convention européenne de 1969 pour la protection du patrimoine archéologique ; Convention européenne, révisée en 1992, pour la protection du patrimoine archéologique. Aucun de ces textes n'énonce de dispositions spécifiques, ni n'englobe explicitement les restes humains et les collections ostéologiques parmi les biens archéologiques, en portant ne serait-ce qu'une référence au principe de dignité pour les restes humains.

- 13 Ne sera pas abordée ici la question du traitement des restes humains lors de conflits armés, par référence aux Protocoles additionnels I et II du 8 juin 1977, aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatifs à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et non internationaux (Protocole II). Cette question fait l'objet de dispositions spécifiques collectées notamment dans le guide « Meilleures pratiques opérationnelles concernant la prise en charge des restes humains et des informations sur les morts pour des non-spécialistes. Pour toutes les forces armées. Pour toutes les organisations humanitaires », publié par le Comité international de la Croix-Rouge en novembre 2004. De même, ne seront pas évoquées les normes que l'Organisation mondiale de la Santé publient en matière sanitaire et les prescriptions qui en découlent sur le traitement des restes humains du point de vue des infections et des contaminations ; sur cette question, voir le Règlement sanitaire international (2005) adopté par la cinquante-huitième Assemblée mondiale de la santé le 23 mai 2005, entré en vigueur en France en juillet 2007.
- 14 Convention entrée en vigueur à l'égard de la France le 7 mai 2013.
- 15 Art. 1 : « 1. (a) On entend par «patrimoine culturel subaquatique» toutes les traces d'existence humaine présentant un caractère culturel, historique ou archéologique qui sont immergées, partiellement ou totalement, périodiquement ou en permanence, depuis 100 ans au moins, et notamment : (i) les sites, structures, bâtiments, objets et restes humains, ainsi que leur contexte archéologique et naturel ; [...] ».
- 16 Dans ce sillage, les Règles relatives aux interventions sur le patrimoine culturel subaquatique, annexées à la Convention UNESCO de 2001, précise au titre de la Règle 5 : « Les interventions sur le patrimoine culturel subaquatique ne perturbent pas inutilement les restes humains ni les lieux sacrés ». Ces Règles sont issues de la Charte internationale sur la protection et la gestion du patrimoine culturel subaquatique, adoptée par l'ICOMOS en juillet 1996 ; en regard de la Règle 5, l'alinéa 5 de l'article 1^{er} de la Charte ICOMOS dispose que « Les interventions archéologiques ne doivent pas inutilement déplacer les restes humains ou perturber les lieux sacrés ».



la formulation souple de cette obligation – « Les États parties veillent... » –, en dissonance avec le principe de respect qu'elle entend établir, d'autant que cette disposition ne vise pas exclusivement les restes humains patrimoniaux ; elle englobe tous les restes humains dont les navires naufragés constituent les sépultures. C'est ce même principe, accordant une forme d'immunité aux restes humains insufflée par l'obligation de respect, qu'énonce la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, adoptée le 22 septembre 1992, ou dans une autre voie l'Accord entre la France et les États-Unis d'Amérique concernant l'épave de La Belle, signé à Washington le 31 mars 2003 (« Art. 3.3. - L'ambassadeur de France aux États-Unis ou son représentant et la Commission se mettront d'accord sur le traitement et l'inhumation des restes humains [...] »).

Le droit au respect de la dignité, composante d'un ordre public de l'étude archéologique et de la conservation des restes humains et des collections ostéologiques

Adossé au principe de respect de la dignité, la question des restes humains a investi le musée¹⁷. Mais, de ces restes humains ce n'est plus la famille qui en est le propriétaire. L'épaisseur du temps entre le décès et l'entrée des restes humains au musée a érodé, si ce n'est supprimé, l'histoire personnelle du mort dans la mémoire des vivants ; cet écart temporel influe aussi sur l'histoire des communautés. C'est une autre partition qui se joue, où l'écoulement du temps provoque une désaffectation familiale. Le caractère sacré de la copropriété familiale sur la dépouille s'efface. Il n'est plus temps alors de considérer que « les restes humains, quel que soit leur état, font l'objet d'un droit de copropriété familiale, inviolable et sacré... » (*TGI Lille, 23 sept. 1997*). Le principe de respect de la dignité, revêtu des attributs collectifs, prend le relais de la sacralité. Les restes humains patrimoniaux suivent ce cheminement ; leur indisponibilité n'est plus la conséquence de la sacralité – notion qui relaie celle de *res religiosae* du droit romain – elle résultera de leur affectation au service de la société dans le cadre de l'institution muséale, dans le respect du principe de dignité que rappellent les codes de déontologie de l'ICOM ou les préceptes éthiques de l'Accord Vermillon, éventuellement confortée par le régime de la domanialité publique.

En matière de fouille archéologique, c'est ce même principe de dignité, relayant et transcrivant un lien de sacralité effacé par le temps, qui sera activé. Une fois dépourvus de la parure du sacré, les restes humains peuvent ne plus revêtir qu'un simple intérêt documentaire, comme archives du sol ou matériaux d'étude pour l'histoire de l'humanité (Négri 2006 : 330), ils n'en demeurent pas moins protégés par le principe de dignité ; la pratique de l'archéologue demeure alors assujettie par un devoir de respect. Dans une affaire où était en jeu un aménagement dans

17 Sur l'ensemble de ces questions, voir pour les ressorts juridiques (Cornu 2009) ; sur les aspects de conservation (Cadot 2007).



un site, théâtre de nombreux combats au cours de la première guerre mondiale et où reposaient trois cents dépouilles de soldats, dont une quarantaine dans le secteur concerné par le projet, le Conseil d'État a mobilisé le principe du respect de la dignité humaine pour concilier la valorisation économique d'un territoire et le respect dû aux dépouilles de soldats, dès lors qu'un protocole d'accord adossé à une intervention archéologique réglait leur enlèvement et leur inhumation : « ... dans l'hypothèse où des restes humains seraient exhumés au cours du chantier, une procédure, faisant l'objet d'un protocole d'accord, a été mise en place, en liaison avec la gendarmerie, la direction départementale des anciens combattants et des associations patriotiques, en vue de leur relèvement et de leur inhumation ; [...] par un arrêté du 28 février 2007, le préfet de la Somme a fixé des prescriptions complémentaires qui tirent toutes les conséquences de ce protocole selon la procédure qui avait été notifiée le 11 janvier 2005 par la direction interdépartementale des anciens combattants de Lille ; [...] dès lors, l'arrêté litigieux, dans sa rédaction issue de l'arrêté du 28 février 2007, n'a méconnu ni le principe du respect de la dignité humaine, ni les règles relatives à la conservation des sites, des monuments et des éléments du patrimoine archéologique... » (*CE 26 nov. 2008, Syndicat mixte de la vallée de l'Oise*)¹⁸.

Les contours d'un droit appliqué aux restes humains patrimoniaux demeurent articulés sur le principe de respect de la dignité. C'est cette voie qui se dessine dans l'angle mort de la décision de la Cour d'appel de Paris statuant sur l'interdiction de l'exposition « Our Body ». La fonction patrimoniale (dans l'acception culturelle du qualificatif) du corps au musée peut s'inscrire dans le libellé de l'attendu de la Cour d'appel de Paris formulant les conditions propres à justifier d'une légalité de l'exposition des restes humains : le respect dû aux dépouilles mortelles « n'interdit pas le regard de la société sur la mort, et sur les rites religieux ou non qui l'entourent dans les différentes cultures, ce qui permet de donner à voir aux visiteurs d'un musée des momies extraites de leur sépulture, voire d'exposer des reliques, sans entraîner d'indignation ni de trouble à l'ordre public » (*CA Paris 30 avr. 2009 ; C. cass. 16 sept. 2010*)¹⁹.

18 Auparavant la Cour administrative d'appel de Douai, dans un arrêt sur lequel statue le Conseil d'État dans sa décision du 26 novembre 2008, avait considéré que le site n'ayant fait l'objet d'aucun classement au titre de son passé historique ou de son patrimoine archéologique, il ne pouvait être argué d'une exigence morale tiré du « devoir de mémoire » pour contester la réalisation du projet sur le site (*CAA Douai, 30 nov. 2006, Société Valnor et autres*).

19 Le 23 novembre 2007, le Comité consultatif national d'éthique a émis un avis dont il ressort notamment : « Il nous semblerait important de rappeler que chacun de ces corps a été une vie singulière, qu'il faudrait pouvoir sinon raconter du moins nommer. [...] Si l'exposition met en scène cette histoire de la représentation des corps, il ne suffit pas de la situer naïvement dans une progression technique, il faut la problématique dans l'histoire des idées ». Voir aussi l'avis n° 111 – avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale – rendu le 7 janvier 2010 par le Comité consultatif national d'éthique.



C'est cette même absence de trouble à l'ordre public qui exonère l'archéologue d'une responsabilité pénale, par la voie juridique du fait justificatif, lors de l'exhumation de sépultures anciennes au cours d'une fouille archéologique. L'ouverture de sépultures anciennes, à des fins de recherches et d'études historiques ou archéologiques, n'est pas punissable dès lors qu'elle n'implique aucun outrage ou irrévérence envers la personne inhumée dont le souvenir est perdu²⁰. Au surplus, on pourra relever que « ... les délits de violation de sépulture et d'atteinte à l'intégrité des cadavres supposent une intention de porter atteinte au respect dû aux morts » (*Cass. crim., 25 octobre 2000*) et qu'un tel délit, s'il était constitué, n'est pas minoré ou ne s'éteint pas à raison de l'ancienneté des sépultures²¹.

D'autres États ont assorti ce principe de dignité d'une régulation du transfert et de la restitution²² des restes humains par les musées. Le *Human Tissue Act 2004*, adoptée par le Royaume-Uni le 15 novembre 2004, pose un principe d'écart temporel de moins de mille ans pour que puisse être instruite une revendication de restes humains²³ :

- 47 - *Power to de-accession human remains* -

[...]

(2). *Any body to which this section applies may transfer from their collection any human remains which they reasonably believe to be remains of a person who died less than one thousand years before the day on which this section comes into force if it appears to them to be appropriate to do so for any reason, whether or not relating to their other functions).*

(3). *If, in relation to any human remains in their collection, it appears to a body to which this section applies -*

(a) *that the human remains are mixed or bound up with something other than human remains, and*

20 E. Garçon, Code pénal annoté, 1956.

21 « Le fait [...] que ces ossements sont issus de sépultures très anciennes ne fait pas disparaître le caractère fautif des agissements de la commune qui ont pour conséquence la présence sur un terrain privé d'ossements humains, lesquels ne peuvent recevoir le sort d'un quelconque objet mobilier et ce, alors que la commune, en charge des cimetières doit veiller au respect dû aux morts et aux sépultures » (*CA Caen, 6 mai 2008*).

22 Le transfert est la mesure juridique. La restitution est une des finalités du transfert. Le transfert ne postule pas la restitution.

23 Le seuil de 1000 ans a une forte coloration symbolique. En matière de patrimoine culturel, de nombreux États nouent les processus de protection juridique sur des échelles de temps. Ce seuil de 1000 ans est favorable aux revendications des populations autochtones tout en limitant la formulation de ces revendications à des restes humains dont il peut être prouvé que leur antériorité est inférieure à 1000 ans.



(b) *that it is undesirable, or impracticable, to separate them, the power conferred by subsection (2) includes power to transfer the thing with which the human remains are mixed or bound up*²⁴.

Sur cette question, la pusillanimité des institutions françaises a été relevée par le Comité consultatif national d'éthique dans son avis n° 111 du 7 janvier 2010 – avis sur les problèmes éthiques posés par l'utilisation des cadavres à des fins de conservation ou d'exposition muséale. Dans cet avis, le Comité national d'éthique souligne notamment que « la France devrait aborder la question des restitutions de certains vestiges humains lorsqu'ils sont réclamés par les peuples d'origine dans le respect de la Déclaration des Nations Unies que notre pays a ratifiée en 2007. Plutôt que de les éluder, il est préférable de se confronter loyalement à ces questions dont la portée n'est pas seulement diplomatique mais revêt également un caractère éthique. Chaque peuple doit pouvoir exprimer son devoir envers ses morts » (cf. *infra* II chap. 5).

Ce Comité relève par ailleurs que « sans être dépourvu de légitimité, l'argument historique – la nécessité de préserver des traces et des vestiges d'un passé révol – vaut d'être mis en balance avec d'autres valeurs telles que le respect de chaque civilisation et l'amitié entre les peuples. Rejeter une pratique ne doit pas nécessairement conduire à détruire les témoignages passés de son existence. Il est au contraire essentiel de se souvenir de ce qui a eu lieu dans les siècles antérieurs. Pour autant, la conservation de vestiges humains ne saurait constituer un but en soi, a fortiori lorsqu'elle blesse l'identité des peuples dont ils sont issus. C'est donc aussi dans l'horizon d'un travail de mémoire entre tous les peuples qu'elle doit être envisagée ». Le principe de dignité surplombe l'avis émis le 7 janvier 2010 par le Comité consultatif national d'éthique.

Conclusion

La dimension axiologique du principe de respect de la dignité de la personne humaine, en droit interne comme en droit international – principe dont les contours restent à délimiter et à éprouver tant dans le contexte de la fouille archéologique que dans le contexte muséal – peut sans doute forger un corpus de règles sur la recherche, la conservation, la restitution et l'exposition des restes humains et des collections ostéologiques. Leur statut juridique actuel est

²⁴ Pour accompagner la mise en œuvre de l'article 47 du *Human Tissue Act*, le ministère britannique chargé de la Culture a publié en 2005 le *Guidance for the Care of Human Remains in Museums* (Great Britain 2005). De son côté, le British Museum a adopté le 6 octobre 2006 le *British Museum Policies on Human Remains* pour fixer les principes selon lesquels peuvent être conservés, soustraits des collections, restaurés et étudiés les restes humains, ainsi que les principes que les *trustees*, administrateurs et garants du trust, du British Museum doivent respecter pour procéder au transfert de restes humains en application de l'article 47 du *Human Tissue Act 2004*, et les procédures pour la prise en considération et l'instruction des demandes de transfert de restes humains.

aujourd'hui constitué par un agrégat composite de normes, élaboré au fil des situations ou des litiges que le législateur ou le juge ont dû résoudre.

En écho au principe de respect de la dignité, le respect dû aux morts borne les interventions sur les restes humains, dans une résonance lointaine aux règles qui ont formé le droit des reliques. La conservation et l'étude des collections ostéologiques et, plus largement, des restes humains patrimoniaux, y compris l'exposition de dépouilles, demeurent assujetties à un ensemble de règles de droit, dont ni la formulation, ni les fondements ne visent expressément les usages patrimoniaux, au sens culturel du qualificatif. L'étude anthropologique ou archéologique des restes humains intervient ainsi dans une conjugaison juridique du droit commun et des règles spécifiques dédiées au respect dû au corps et aux dépouilles. Sans doute reste-t-il à collecter – codifier – ce corpus afin d'ordonner un statut de bien commun pour les restes humains patrimoniaux.

Tableau I. Synthèse des caractères typologiques
(Données des auteurs)

Les temps du droit	Les positions du droit	
La mémoire du mort	Une « copropriété familiale », supportée par un droit extrapatrimonial. Principe d'indisponibilité & Extracommercialité des restes humains.	<i>Principe fondamental sur le respect de la dignité de la personne humaine (CC, 27 juillet 1994 ; CE 26 nov. 2008).</i> Persistance de l'obligation de respect du corps humain après la mort (art. 16-1-1 du Code civil).
La rupture du lien familial	Naissance d'un droit patrimonial Amorce d'un état de commercialité (CA Bordeaux 21 mars 1899).	<i>Conditions sur l'exposition des restes humains (CA Paris 30 avr. 2009 ; C. cass. 16 sept. 2010).</i>
La revendication extra-familiale	Normes déontologiques et droit international	