VPB 62.78

(Office fédéral de la justice, 2 février 1998)

Eigentumsgarantie (Art. 22ter BV). Unidroit-Konvention über gestohlene oder unrechtmässig ausgeführte Kulturgüter (Rom, 24. Juni 1995).

- Mangels Rückwirkung berührt die Konvention keine vermögenswerten Ansprüche von Personen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Konvention für die Schweiz Eigentum oder Besitz an Kulturgütern innehaben.

- Die Rückgabe von gestohlenen Kulturgütern (Kap. II Konv.) verletzt die Institutsgarantie des Eigentums nicht. Auch die Eigentumsgarantie wird nicht beeinträchtigt. Das Rückgabeverfahren umschreibt den Schutz, den der Besitzer geniesst, wenn er das Kulturgut in Besitz nimmt.

- Die Rückführung von unrechtmässig ausgeführten Kulturgütern (Kap. III Konv.) verletzt die Institutsgarantie des Eigentums nicht. Sie stellt grundsätzlich keine neue Beschränkung der durch Art. 22ter BV geschützten vermögenswerten Ansprüche des Kulturgutseigentümers dar und kommt keiner Enteignung gleich. Wer ein unrechtmässig ausgeführtes Kulturgut in die Schweiz einführt oder hier erwirbt, verfügt über Eigentum, das durch das Rückführungsverfahren der Konvention und durch die ausländischen Beschränkungen - auf welche die Konvention verweist - begrenzt wird.

- Wie verhält es sich, wenn das inländische Recht des die Rückführung ersuchenden Staates die Beschlagnahme der unrechtmässig ausgeführten Kulturgüter vorsieht? Eine Anwendung der Konvention im Einklang mit der Eigentumsgarantie ist insofern möglich, als die schweizerischen Behörden den schweizerischen «ordre public» geltend und die Rückführung von der Voraussetzung abhängig machen können, dass die Beschlagnahme ausgeschlossen wird.

Garantie de la propriété (art. 22ter Cst.). Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995).

- Vu l'absence de rétroactivité de la Convention, celle-ci ne touche à aucun droit patrimonial appartenant aux personnes qui, à l'entrée en vigueur de la Convention en Suisse, sont propriétaires ou détentrices de biens culturels.

- La restitution d'objets culturels volés (chap. II Conv.) ne lèse pas l'institution de la propriété. Elle ne porte pas non plus atteinte à la garantie de la propriété. La procédure de restitution définit la protection dont bénéficie le détenteur au moment où il prend possession du bien culturel.

- Le «retour» de biens culturels illicitement exportés (chap. III Conv.) ne lèse pas l'institution de la propriété. Il n'est en principe pas non plus une restriction nouvelle aux prérogatives patrimoniales garanties par l'art. 22ter Cst. et n'équivaut pas à une expropriation. Quiconque importe ou acquiert en Suisse un bien culturel exporté illicitement et sujet au «retour» a d'emblée une propriété limitée par la procédure conventionnelle de «retour» et par les restrictions étrangères auxquelles la Convention renvoie.

- Qu'en est-il lorsque le droit interne de l'Etat qui demande le «retour» prévoit la confiscation des biens culturels exportés illicitement? Une application de la Convention conformément à la garantie de la propriété est possible, dans la mesure où l'autorité suisse peut faire valoir l'ordre public suisse et soumettre le «retour» du bien à des conditions visant à exclure la confiscation.

Garanzia della proprietà (art. 22ter Cost.). Convenzione Unidroit sui beni culturali rubati o illecitamente esportati (Roma, 24 giugno 1995).

- Non essendo retroattiva, la Convenzione non tange diritti patrimoniali di persone che, al momento della sua entrata in vigore in Svizzera, sono proprietarie o detentrici di beni culturali.

- La restituzione di oggetti culturali rubati (cap. II Conv.) non lede l'istituzione della proprietà. Non pregiudica inoltre la garanzia della proprietà. La procedura di restituzione definisce la protezione di cui beneficia il detentore al momento in cui prende possesso del bene culturale.

- Il «ritorno» di beni culturali esportati illecitamente (cap. III Conv.) non lede l'istituzione della proprietà. In linea di principio non rappresenta neppure una nuova restrizione delle prerogative patrimoniali garantite dall'art. 22ter Cost. e non equivale a un'espropriazione. Chiunque importi o acquisisca in Svizzera un bene culturale esportato illecitamente e soggetto al «ritorno» dispone automaticamente di una proprietà limitata dalla procedura convenzionale di «ritorno» e dalle restrizioni straniere cui la Convenzione rinvia.

- Come si procede se il diritto interno dello Stato che richiede il «ritorno» prevede la confisca dei beni culturali esportati illecitamente? Un'applicazione della Convenzione conforme alla garanzia della proprietà è possibile nella misura in cui l'autorità svizzera può far valere l'ordine pubblico svizzero e subordinare il «ritorno» del bene a condizioni volte a escludere la confisca.

La Convention d'Unidroit du 24 juin 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés[1] prévoit le «retour international» des biens culturels volés ou illicitement exportés. Dans le cadre des travaux préparatoires à une éventuelle ratification de cette Convention, il a été demandé à l'Office fédéral de la justice (OFJ) d'examiner si le régime juridique établi par celle-ci pour les biens culturels volés ou illicitement exportés est compatible avec les exigences de la garantie constitutionnelle de la propriété (art. 22ter de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 [Cst.], RS 101). L'OFJ a ainsi approfondi une question déjà abordée par le professeur Jean-François Aubert dans un avis de droit de février 1996 [2]. Le présent avis de droit a pour objet uniquement de contrôler si la garantie constitutionnelle de la propriété empêche le législateur fédéral d'instaurer, en autorisant la ratification de la Convention, un régime juridique particulier pour les biens culturels volés ou illicitement exportés. L'OFJ a vérifié donc si ce nouveau régime juridique porte atteinte à l'institution de la propriété, s'il restreint des droits patrimoniaux garantis par l'art. 22ter Cst. et si la mise en oeuvre des procédures de
«retour international» équivaut à une expropriation qui nécessiterait une pleine indemnité. Il n'appartient en revanche pas à l'OFJ d'évaluer si le nouveau régime juridique introduit par la Convention s'intègre harmonieusement dans l'ordre juridique suisse[3].

I. Aperçu de la réglementation de la Convention d'Unidroit

La Convention d'Unidroit s'applique aux demandes à caractère international visant à la restitution de biens culturels volés ou au retour de biens culturels illicitement exportés (art. 1).

L'art. 2 définit la notion de bien culturel comme des biens importants qui relèvent de l'un des six domaines mentionnés (archéologie, préhistoire, histoire, littérature, art ou science) et qui appartiennent à l'une des catégories énumérées dans une annexe.

S'agissant des biens culturels volés, le chap. II prévoit l'obligation pour le possesseur d'un tel bien de restituer celui-ci à la personne à laquelle il a été volé (art. 3 al. 1). Peu importe à cet égard la bonne ou mauvaise foi du possesseur du bien volé. Les biens culturels issus de fouilles illicites sont considérés comme volés (art. 3 al. 2). L'obligation de restitution est soumise ordinairement à un délai de prescription de 50 ans à partir du vol, mais la Convention prévoit ou permet dans certains cas des délais plus longs (art. 3 al. 3-8). Quel que soit ce délai absolu de prescription, le propriétaire volé est toutefois tenu d'agir dans les 3 ans qui suivent le moment où il a connu l'endroit où se trouvait le bien culturel et l'identité de son possesseur (art. 3 al. 3-4). Le possesseur d'un bien culturel volé, qui doit le restituer, a droit à une indemnité équitable s'il n'avait pas su ni dû savoir que le bien était volé (art. 4 al. 1). Il lui appartient de prouver qu'il a agi avec la diligence requise lors de l'acquisition (art. 4 al. 1). La Convention énonce une série de facteurs à prendre en considération pour déterminer la diligence requise (art. 4 al. 4).

S'agissant des biens culturels illicitement exportés, le chap. III habilite l'Etat dont les règles d'exportation ont été violées à saisir l'autorité compétente de l'Etat où se trouve le bien culturel afin qu'elle ordonne le retour du bien (art. 5 al. 1). L'Etat requérant doit cependant établir que l'exportation illicite porte une atteinte significative à l'un des intérêts énumérés par la Convention (art. 5 al. 3). A noter encore que la procédure de «retour» ne s'applique pas aux biens exportés du vivant de l'artiste ou dans les 50 ans qui suivent le décès de celui-ci (art. 7 al. 1). Le possesseur qui doit retourner un bien culturel illicitement exporté a droit au paiement par l'Etat requérant d'une indemnité équitable s'il n'avait pas su ni dû savoir que le bien avait été illicitement exporté (art. 6 al. 1). La Convention concrétise les facteurs à prendre en considération pour déterminer si le possesseur avait fait preuve de la diligence requise lors de l'acquisition (art. 6 al. 2). Elle prévoit en outre qu'avec l'accord de l'Etat demandeur le possesseur peut renoncer à une indemnité et retourner le bien dans ce pays tout en restant propriétaire de cet objet ou en le vendant à une personne qui y habite (art. 6 al. 3).

Au sein du chap. IV, il est essentiel de relever que l'art. 10 exclut toute rétroactivité de la Convention en précisant que celle-ci vise uniquement les biens culturels volés où exportés après son entrée en vigueur à la fois dans l'Etat où se trouve le bien et dans l'Etat d'où le bien avait été exporté ou volé.

La Convention d'Unidroit est un traité «self-executory». Les règles matérielles qu'elle énonce sont ainsi directement applicables; elles ne requièrent pas une concrétisation par la législation suisse[4].

II. La garantie de la propriété (art. 22ter Cst.) et la propriété mobilière

La garantie de la propriété (art. 22ter Cst.) couvre non seulement la propriété immobilière mais aussi la propriété mobilière et certains droits patrimoniaux tels que la possession[5].

Les conditions d'acquisition ou de perte ainsi que l'étendue de la propriété mobilière ne sont pas définies uniquement ni même principalement par la Constitution. C'est avant tout la législation qui assume cette fonction[6]. Il n'est à cet égard peut-être pas inutile de rappeler une évidence, à savoir que le régime juridique de la propriété mobilière est déjà aujourd'hui réglementé non seulement par le Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210; art. 713 ss), mais aussi par des dispositions de droit public suisse[7], voire par des règles de droit étranger lorsque le droit suisse s'y réfère[8].

La garantie de la propriété comporte à la fois une garantie institutionnelle et un droit individuel. La garantie institutionnelle oblige l'Etat à prévoir la possibilité d'une propriété privée sur les biens mobiliers et immobiliers ou, envisagée dans une perspective s'apparentant à la protection de l'essence du droit fondamental, interdit à l'Etat de supprimer globalement la propriété en général ou de la vider de sa substance[9]. Quant au droit individuel, il protège contre les restrictions de la propriété. D'une part, il exige que toute mesure restrictive repose sur une base légale et sur un intérêt public et qu'elle soit proportionnelle[10]. D'autre part, il impose une «juste» indemnité («eine volle Entschädigung») pour toute expropriation (formelle) et toute restriction équivalant à une expropriation (ce que l'on appelle une expropriation matérielle). Même si le concept de l'expropriation a été développé essentiellement dans des cas d'atteintes à la propriété foncière, la jurisprudence et la doctrine admettent son applicabilité aux restrictions à la propriété mobilière[11].

III. La restitution des biens culturels volés (chap. II Conv.)

A. Applicabilité de la garantie de la propriété

Le droit à la restitution de l'objet volé est de nature civile ou privée, car il appartient au propriétaire ou au possesseur antérieur et est dirigé contre le possesseur actuel[12]. Le chap. II Conv. régit donc des rapports entre particuliers. Cela pose la question de l'applicabilité de la garantie de la propriété dans ce contexte. On admet en général que les droits fondamentaux concernent essentiellement les rapports entre l'Etat et les particuliers. L'applicabilité des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers - ce qu'on appelle l'effet horizontal ou la «Drittwirkung»- fait encore l'objet de discussions, sinon sur le principe de cet effet horizontal[13], du moins quant à ses modalités[14]. Il est cependant clair que le législateur est, à titre d'autorité étatique, tenu lors de l'édiction du droit privé de veiller à la concrétisation et à la mise en oeuvre des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers[15].

S'agissant de la garantie de la propriété, le législateur civil est incontestablement obligé de respecter l'institution de la propriété[16]. Plus délicate est la question de la soumission du législateur civil aux règles régissant la «Bestandesgarantie» (à savoir notamment l'exigence d'un intérêt public et le respect de la proportionnalité pour toute mesure restrictive). L'édiction de règles de droit privé régissant les rapports entre individus n'a pas pour fonction première de restreindre un droit de propriété préexistant; elle sert avant tout à définir le contenu de la propriété, à circonscrire les différents droits protégés et à les coordonner entre eux afin de trouver un équilibre équitable entre les intérêts privés contradictoires[17]. Le concept de restriction à la garantie de la propriété n'a de sens dans ce contexte que dans une optique diachronique et au regard de situations patrimoniales concrètes: il présuppose que le législateur modifie la situation juridique actuelle de propriétaires à leur détriment en les privant dorénavant de prérogatives patrimoniales[18]. Que le législateur procède à cette «dépossession» au travers de la législation civile ou au moyen du droit public, cela ne saurait jouer un rôle

déterminant. Il n'y a en revanche pas restriction mais redéfinition de la propriété constitutionnellement protégée lorsque le législateur édicte de nouvelles règles (de droit privé) qui définissent les conditions auxquelles la propriété mobilière pourra être acquise à l'avenir[19]; peu importe que cette redéfinition se fasse par une révision des règles du code civil ou par la ratification d'une convention internationale.

B. La prolongation des délais de restitution ainsi que d'acquisition de la propriété

Le chap. II Conv. prescrit la restitution des biens culturels volés et prévoit le versement d'une indemnité équitable pour le possesseur si celui-ci avait fait preuve de la diligence requise lors de l'acquisition du bien. A teneur du texte, les art. 3 et 4 Conv. ne se prononcent pas sur le rapport de propriété. Ces dispositions régissent uniquement le transfert de la possession (la «restitution») et le versement d'une indemnité. Elles influent néanmoins sur le rapport de propriété dans la mesure où, selon l'art. 714 al. 2 CC, l'acquéreur de bonne foi d'un bien mobilier n'en devient propriétaire qu'à partir du moment où il est protégé selon les règles de la possession. Actuellement, la protection de la possession de biens mobiliers volés est régie par les art. 934 et 936 CC[20]. La ratification de la Convention aura pour effet d'introduire en droit suisse un régime spécial pour les biens culturels, car les art. 3 et 4 Conv. confèrent au demandeur une action mobilière («Fahrnisklage»)[21] soumise à des conditions spécifiques, distinctes de celles des art. 934 et 936 CC. L'acquéreur de bonne foi de biens culturels volés ne sera plus protégé dans sa possession après 5 ans comme dans le régime ordinaire de l'art. 934 CC, mais
à l'échéance des délais de prescription prévus par la Convention. Le délai absolu standard passe ainsi à 50 ans à partir du moment du vol (art. 3 al. 3 Conv.), voire même à 75 ans ou plus pour certains biens (art. 3 al. 4-8 Conv.). Ce délai absolu est toutefois restreint par un délai relatif de 3 ans à partir du moment où celui qui réclame la restitution du bien volé a connu l'endroit où se trouvait ce bien et l'identité du possesseur (art. 3 al. 3-4 Conv.).

On le voit, même si la Convention ne détermine pas elle-même qui est propriétaire du bien culturel, son application conjointe avec la règle de l'art. 714 al. 2 CC a pour conséquence de reporter considérablement le moment à partir duquel la propriété de biens culturels volés peut être acquise, voire même de rendre presque impossible l'acquisition de la propriété pour les biens culturels dont la Suisse aurait reconnu l'inaliénabilité lors de la ratification (art. 3 al. 4-8 Conv.)[22]. Dans la mesure où la Convention ne s'applique pas aux biens volés avant sa ratification par la Suisse (art. 10), le régime spécial qu'elle établit ne modifie pas le statut juridique des propriétaires actuels de biens culturels volés. Il ne s'agit donc pas d'une restriction à la propriété garantie par l'art. 22ter Cst., mais d'une nouvelle définition des conditions d'acquisition de la propriété pour le cas particulier des biens culturels.

Ce nouveau régime spécial permet de remettre en question pendant fort longtemps la qualité de propriétaire du possesseur de biens culturels. Le risque de devoir un jour restituer un bien acquis de bonne foi (bien qu'il s'avère avoir été volé) demeure longtemps latent. Surtout si le bien culturel est déjà passé dans de nombreuses mains, le possesseur doit le conserver maintes années avant de pouvoir être à peu près sûr d'en être devenu propriétaire. Cela ne constitue toutefois pas une atteinte à l'institution de la propriété telle que l'art. 22ter Cst. la garantit. D'une part, le possesseur demeure présumé propriétaire et peut exercer toutes les prérogatives de ce dernier (art. 930 CC): il peut jouir de son bien culturel ou le revendre et bénéficier ainsi de sa valeur marchande. Tant qu'une action en restitution n'est pas ouverte, le possesseur est dans la même situation juridique que s'il avait acquis la propriété. D'autre part, la possibilité d'acquérir (après cinq ans) la propriété d'un objet volé a certes été prévue par le législateur à l'art. 934 CC, mais elle n'est certainement pas une caractéristique essentielle et intangible du droit de la propriété mobilière. Le législateur fédéral avait d'ailleurs expressément
prévu à l'art. 6 al. 2 CC que les cantons pouvaient restreindre ou supprimer l'aliénabilité de certains biens. Le projet de loi fédérale sur l'archivage prévoit également l'inaliénabilité des objets contenus dans les archives fédérales[23]. Autrement dit, le souci de la sécurité des relations commerciales - qui justifie la solution de l'art. 934 CC[24] - peut céder le pas à d'autres intérêts publics. En l'occurrence, la volonté de «moraliser» le marché international de l'art et de lutter contre le trafic des biens culturels volés est un intérêt public susceptible de légitimer une solution différente de celle prévue par l'art. 934 CC.

Non seulement l'obligation de restituer après maintes années un bien volé ne constitue pas une violation de l'institution de la propriété et ne restreint même pas le droit de propriété puisque le possesseur n'est pas encore devenu propriétaire, mais elle ne porte pas non plus atteinte au droit patrimonial de la possession que protège l'art. 22ter Cst[25]. Quoique l'on puisse penser de la nature juridique de la possession dans la théorie des droits réels[26], le droit patrimonial de la possession que protège la garantie de la propriété n'est pas une puissance de fait illimitée sur un objet. Du point de vue de la constitution, la possession ne confère pas plus de prérogatives que celles que le droit reconnaît au détenteur au moment où celui-ci prend possession du bien. En l'occurrence, la ratification de la Convention introduit de nouvelles règles sur la protection de la possession de biens culturels volés. Autrement dit, la possession de l'acquéreur d'un bien culturel volé après l'entrée en vigueur de la Convention est d'emblée limitée par l'obligation de restitution. A l'égard de la personne à laquelle le bien culturel a été volé (ainsi qu'envers les successeurs juridiques de cette personne), le détenteur du bien n'est
pas protégé dans sa possession tant que courent les délais de prescription prévus par la Convention. Lorsque l'autorité suisse compétente actualise l'obligation conventionnelle de restitution en condamnant le possesseur à rendre le bien culturel, celui-là ne perd ainsi aucune prérogative patrimoniale préexistante qui lui serait garantie par l'art. 22ter Cst.

C. Les exigences relatives à la diligence requise

Lorsque le possesseur réclame une indemnité en contrepartie de la restitution de l'objet volé, l'art. 4 al. 1 Conv. l'oblige à prouver qu'il a agi avec la diligence requise lors de l'acquisition. Cette disposition dénie en effet toute indemnité non seulement à l'acquéreur qui a su, mais aussi à celui qui aurait dû raisonnablement savoir que l'objet était volé.

Frank Vischer considère que cette réglementation inverse le fardeau de la preuve par rapport au droit suisse actuel[27]. En revanche, Bernhard Schnyder[28] montre que la Convention s'apparente sur ce point à la manière dont la jurisprudence récente du Tribunal fédéral analyse les exigences posées par le droit suisse pour être de bonne foi lors de l'acquisition de voitures d'occasion de luxe[29], d'antiquités[30] ou de tableaux d'art[31],[32].

Quoiqu'il en soit, même si l'on estimait que la ratification de la Convention entraîne une augmentation considérable de la diligence requise pour se prévaloir de la bonne foi, voire même inverse le fardeau de la preuve, le législateur fédéral ne violerait pas pour autant l'institution de la propriété. La lecture de l'art. 3 al. 2 CC montre bien que la présomption de la bonne foi de l'acquéreur n'est pas une caractéristique essentielle et intangible du droit suisse de la propriété mobilière. L'art. 4 al. 1 Conv. n'impliquerait pas non plus une restriction au droit de propriété garanti par la constitution, car il ne s'applique pas à des biens acquis avant son entrée en vigueur (art. 10). Autrement dit, la situation juridique des personnes qui, à l'entrée en vigueur de la Convention, possèdent des biens culturels volés ne serait pas touchée. Le régime juridique établi par la Convention n'aurait d'effets que sur l'acquisition ultérieure de biens culturels volés. Or, il ne s'agirait là que d'une redéfinition des prérogatives patrimoniales protégées par l'art.

22ter Cst., pas d'une restriction à la propriété.

D. Le droit à une indemnité équitable

Selon le droit civil suisse actuel, l'obligation de restituer un objet mobilier pendant les 5 ans qui suivent son vol s'accompagne d'un droit au remboursement du prix d'achat lorsque l'objet a été acquis de bonne foi dans une vente aux enchères publiques, sur un marché ou chez un marchand d'objets de même espèce (art. 934 al. 2 CC). De son côté, la Convention accorde au possesseur qui doit restituer un bien culturel volé le droit à une indemnité équitable s'il n'avait pas su ni - en faisant preuve de la diligence requise - dû savoir que le bien était volé (art. 4 al. 1).

Etant donné que l'obligation de restitution ne porte atteinte ni au droit de propriété ni au droit patrimonial que la constitution garantit au possesseur, l'indemnisation du détenteur obligé par la Convention de rendre un bien culturel volé n'est pas régie par l'art. 22ter al. 3 Cst. En l'absence de restriction à un droit patrimonial couvert par la garantie de la propriété, il ne saurait y avoir expropriation formelle ou matérielle[33].

L'indemnisation du détenteur d'un bien culturel volé est dès lors laissée à la libre appréciation du législateur lorsque celui-ci édicte du droit civil interne ou approuve la ratification d'un traité international. Demeurent toutefois réservées les exigences qui découlent de l'art. 4 Cst., notamment l'obligation d'équité que comprend l'interdiction de l'arbitraire.

IV. Le retour des biens culturels exportés illicitement (chap. III Conv.)

A. Applicabilité de la garantie de la propriété

Le chap. III Conv. vise les biens culturels exportés illicitement et habilite l'Etat dont les règles d'exportation ont été violées à saisir l'autorité compétente de l'Etat où se trouve le bien culturel afin qu'elle ordonne le retour du bien (art. 5 al. 1). Face au détenteur du bien culturel, il n'y a en principe pas un particulier comme dans le cadre du chap. II, mais une collectivité publique. On n'est pourtant pas pour autant dans le champ d'application traditionnel des droits fondamentaux, car la collectivité publique qui demande le retour du bien illicitement exporté est un Etat étranger, donc une collectivité qui n'est pas soumise aux droits fondamentaux de l'ordre juridique suisse. Il n'empêche que la garantie de la propriété s'applique d'un double point de vue.

L'art. 22ter Cst. s'impose d'abord au législateur fédéral lorsqu'il approuve la ratification de la Convention, à l'instar de ce qui vaut lors de l'édiction du droit civil ou du droit public. Le législateur est incontestablement tenu de respecter l'institution de la propriété. S'agissant des règles régissant la «Bestandesgarantie» (à savoir notamment l'exigence d'un intérêt public et le respect de la proportionnalité pour toute mesure restrictive), le législateur suisse doit autant les respecter lorsqu'il confère des avantages à des Etats tiers que lorsqu'il légifère en faveur des collectivités publiques internes. On signalera toutefois qu'ici aussi le concept de restriction à la garantie de la propriété ne peut intervenir que dans une optique diachronique et au regard de situations patrimoniales concrètes: il présuppose que le législateur modifie la situation juridique actuelle de propriétaires à leur détriment en les privant dorénavant de prérogatives patrimoniales[34]. Il n'y a en revanche pas de restriction lorsque le législateur limite les prérogatives patrimoniales qui pourront être acquises à l'avenir sur les biens mobiliers; c'est là une simple redéfinition de la propriété mobilière telle que protégée par l'art.
22ter Cst.

L'art. 22ter Cst. s'impose par ailleurs lors de la mise en oeuvre du chap. III Conv. L'Etat tiers ne peut pas faire valoir directement à l'égard du possesseur son droit au «retour» du bien culturel. Il doit s'adresser à l'autorité suisse compétente qui, elle, ordonnera le retour du bien illicitement exporté, le cas échéant au moyen de la contrainte étatique. Ni le statut juridique du demandeur, ni l'origine internationale du droit applicable ne libèrent l'autorité suisse compétente de l'obligation de respecter la garantie constitutionnelle de la propriété. Dans cette perspective, la ratification de la Convention n'est compatible avec l'art. 22ter Cst. que si l'application de cette Convention par l'autorité suisse est possible sans violer la garantie de la propriété.

Une autre question est l'applicabilité territoriale de la garantie de la propriété, plus particulièrement par rapport à des actes d'Etats étrangers sur leur propre territoire. Elle sera traitée plus loin.

B. Le «retour» du bien culturel illicitement exporté

L'absence de rétroactivité de la Convention (art. 10 al. 2) signifie que l'entrée en vigueur de la Convention ne modifie aucunement la situation juridique des personnes qui possèdent en Suisse un bien culturel. Que ce bien ait été illicitement exporté ou non, cela n'a aucune importance. L'acquisition de la propriété sur ce bien demeure régie par le droit ordinaire. La ratification de la Convention ne porte donc aucune atteinte aux droits patrimoniaux des personnes qui détiennent déjà un bien culturel[35] et ne touche, de ce point de vue, pas la garantie de la propriété.

S'agissant des personnes qui acquerront un bien culturel exporté illicitement après l'entrée en vigueur de la Convention, elles peuvent, suivant le cas d'espèce, en être soit propriétaires, soit simplement détentrices.

Il convient d'examiner d'abord le cas des détenteurs qui sont simplement possesseurs, soit parce que l'inaliénabilité de ce bien, prévue par le droit étranger, serait prise en considération en Suisse[36], soit parce que le bien aurait été volé au sens du chap. II Conv.[37]. La possession que ces personnes ont acquise est d'emblée limitée par l'institution de la procédure de «retour» ainsi que par les règles du pays d'origine qui interdisent la possession du bien culturel à l'étranger et donc aussi en Suisse. Du point de vue de la garantie de la propriété, ces personnes ne bénéficient dès lors d'aucun droit patrimonial protégé qu'elles pourraient faire valoir à l'encontre d'une mise en oeuvre de la procédure de «retour». Autrement dit, le «retour» du bien culturel n'entraîne, dans ces cas-là, aucune atteinte à la garantie de la propriété.

La procédure de «retour» peut toutefois également toucher des biens dont le détenteur est devenu ou resté propriétaire. Pour le droit civil suisse, la violation de règles d'exportation n'implique pas per se une inaliénabilité qui empêcherait l'acquisition de la propriété mobilière[38]. La personne qui, en étant propriétaire, amène en Suisse un bien culturel exporté illicitement d'un tel pays en reste propriétaire. Comme l'interdiction d'exportation ne prive pas cette personne de la qualité pour transférer à des tiers la propriété du bien culturel, les acquéreurs ultérieurs deviennent à leur tour propriétaires en vertu de l'art. 714 al. 1 CC au moment de la tradition. La procédure de «retour» constitue-t-elle alors une restriction aux prérogatives patrimoniales de ces propriétaires?

A la lecture de la Convention, on a l'impression que le retour au sens du chap. III Conv. implique en principe pour le possesseur la

perte de la propriété sur le bien culturel. L'hypothèse dans laquelle le possesseur reste propriétaire du bien culturel malgré le «retour» est en effet traitée à l'art. 6 al. 3 Conv. uniquement comme une exception par rapport au cas dans lequel une indemnité doit être versée en vertu de l'art. 6 al. 1 Conv. Une interprétation purement littérale de l'art. 6 Conv. n'est toutefois pas déterminante ici, car elle ne tranche pas la question essentielle qui est de savoir si une perte de la propriété découle directement de la Convention ou du droit interne du pays dans lequel le bien «retourne». Si l'on consulte les travaux préparatoires, l'on voit que le «retour» a été conçu comme un simple «retour physique» du bien culturel sur le territoire de l'Etat demandeur[39]. Les auteurs de la Convention n'ont imparti au «retour» aucun effet privatif ou attributif de propriété indépendamment du droit interne du pays demandeur[40]. Cette interprétation historique correspond au but de la Convention, qui est de protéger le patrimoine culturel des Etats, pas de conférer à ceux-ci la propriété privée sur les
biens culturels. Cette analyse historique est aussi en soi conforme à la fonction d'un traité international, car il serait peu logique qu'un Etat devienne automatiquement propriétaire du bien culturel au moment où il en obtient le «retour» même si son droit interne ne prévoit pas la confiscation d'un tel objet en cas de violation des règles sur l'exportation. Il faut à cet égard relever que, selon une étude publiée en 1989, parmi les 141 systèmes juridiques limitant l'exportation de biens culturels, seuls 66 permettent la confiscation des biens culturels exportés illicitement[41]. De plus, l'art. 6 Conv. ne saurait être compris comme régissant globalement les effets du «retour», car, en ce qui concerne le détenteur qui savait ou aurait dû savoir l'origine illicite du bien culturel, cette disposition a pour seul effet de lui dénier une indemnité; on ne peut en revanche en déduire une réglementation quelconque sur le maintien ou la perte de la propriété[42]. Quant au détenteur réputé de bonne foi qui reçoit une indemnité en vertu de l'art. 6 al. 1 Conv., il a renoncé à la possibilité de rester propriétaire prévue par le 3eal. (ou se l'est vu dénier par l'Etat demandeur). Cela signifie toutefois simplement que la propriété
sur le bien sera attribuée par le droit du pays demandeur à un tiers - une collectivité publique ou un ancien propriétaire dépossédé contre son gré - au moment où l'objet parvient sur le territoire de cet Etat. L'art. 6 al. 1 Conv. part ainsi du principe selon lequel le détenteur perdra la propriété du bien en cas de versement d'une indemnité; il n'y a toutefois pas lieu d'assigner à la Convention elle-même cet effet privatif de propriété, ni d'ailleurs de considérer que ce traité confère d'office à l'Etat demandeur la propriété du bien culturel. C'est pourquoi, malgré la formulation peu heureuse de l'art. 6 Conv., il faut analyser le «retour» dans le sens qui ressort des travaux préparatoires, c'est-à-dire comme un acte d'entraide par lequel l'Etat requis assure le «retour physique» du bien culturel sur le territoire de l'Etat demandeur sans se prononcer sur le rapport de propriété.

Cela étant, lorsque l'autorité suisse ordonne le «retour» sur la base de la Convention, elle ne prive pas de sa propriété la personne qui détenait le bien culturel en Suisse. Le «retour» retire certes au propriétaire une prérogative ordinaire du détenteur de biens mobiliers, à savoir la possibilité de posséder le bien culturel en Suisse. Cet empêchement de posséder le bien culturel en Suisse ne constitue pas pour autant une restriction nouvelle à la garantie de la propriété. Il est en fait la mise en oeuvre d'une limitation préalable de la propriété, car il découle déjà de la Convention et de la mise sous protection du bien culturel dans son pays d'origine. En autorisant la ratification de la Convention, le législateur fédéral signale clairement que la protection du patrimoine culturel national est dorénavant considérée en Suisse comme un intérêt légitime et manifestement prépondérant pour prendre en considération des règles impératives de droit étranger. En vertu de l'art. 5 al. 1 Conv., les règles des pays parties à la Convention qui limitent ou interdisent l'exportation de bien culturels sont reconnues comme valides au regard du droit suisse, à condition bien sûr qu'elles respectent les critères objectifs fixés par
l'art. 5 al. 3 Conv. et interprétés conformément aux buts de la Convention et pour autant que l'exception prévue par l'art. 7 al. 1 Conv. ne s'applique pas. De ces règles étrangères et de la procédure conventionnelle de «retour» découle pour le propriétaire en Suisse l'impossibilité d'opposer à l'Etat d'origine un droit de posséder le bien culturel sur le territoire suisse. Le chap. III Conv. entraîne donc en Suisse une limitation des prérogatives qu'une personne peut acquérir au moment où elle devient propriétaire d'un bien culturel exporté illicitement. Cela vaut non seulement pour l'acquéreur qui connaissait la provenance illicite du bien culturel, mais aussi pour celui qui l'ignorait: dans la mesure où l'art. 5 Conv. prévoit le «retour» indépendamment de la bonne foi de l'acquéreur, nul acquéreur ne saurait bénéficier d'un droit illimité de posséder en Suisse un bien culturel sujet au «retour».

Le «retour» étant le résultat de la violation d'une interdiction d'exportation, il implique nécessairement - quel que soit le régime de propriété dans l'Etat demandeur - que la personne qui détenait le bien culturel en Suisse ne pourra plus le vendre sur le marché suisse ou mondial de l'art. Seule une vente à une personne résidant sur le territoire de l'Etat d'origine demeurera éventuellement possible. Par rapport à la situation avant l'ouverture de la procédure de «retour», le propriétaire du bien culturel voit la valeur marchande de son bien diminuer considérablement. De prime abord, on serait tenté de voir dans l'obligation de «retourner» le bien illicitement exporté une atteinte à la propriété s'apparentant à une expropriation[43]. Une telle optique négligerait néanmoins de distinguer suffisamment entre la procédure de «retour» et l'acte de mise sous protection de biens culturels - qu'il s'agisse de l'inscription dans un inventaire des biens culturels soumis à l'interdiction d'exportation, d'un refus d'autorisation d'exportation ou de l'édiction d'une norme interdisant globalement toute exportation de biens culturels. Si expropriation il y a, celle-ci est constituée par l'acte de mise sous protection du bien culturel
[44]. C'est cet acte qui restreint les prérogatives du propriétaire et diminue la valeur marchande du bien culturel. Dès l'entrée en vigueur de la Convention, l'acte étranger de mise sous protection - dans la mesure où il respecte les conditions de l'art. 5 al. 3 et de l'art. 7 al. 1 Conv. - est opposable non seulement à la personne qui possède le bien culturel au moment où celui-ci est exproprié, mais aussi envers tous les acquéreurs ultérieurs. La mise sous protection modifie ainsi le statut juridique du bien culturel aussi en Suisse, avec pour conséquence que la valeur vénale de ce bien sur le marché suisse doit être considérée comme n'étant plus garantie par la Constitution suisse.

L'analyse de l'ordre de «retour» comme la mise en oeuvre de limitations préalables à la propriété sur les biens culturels doit subir une réserve pour le cas où la mise sous protection dans l'Etat d'origine heurterait l'ordre public suisse, notamment parce qu'elle est discriminatoire[45]. L'OFJ part toutefois de l'idée qu'une telle mise sous protection ne serait plus couverte par l'art. 5 al. 3 Conv. et ne pourrait donc pas donner lieu à un «retour» du bien culturel.

En ratifiant la Convention et donc en limitant à l'avenir la propriété que l'on peut acquérir sur un bien culturel sujet au «retour», la Confédération ne porterait pas atteinte à l'institution même de la propriété, car cette limitation préalable ne s'applique qu'à une partie infime des objets mobiliers. De plus l'institution de la propriété n'est pas en cause si une perte de valeur n'est pas indemnisée parce qu'elle a déjà été expropriée.

Bien que l'ordre de «retour» ne constitue pas, en soi, une restriction nouvelle à la garantie de la propriété, il n'en demeure pas moins que la procédure de «retour» peut poser problème en raison des effets que le droit interne du pays demandeur attribue au «retour». De nombreux Etats prévoient en effet la confiscation des biens culturels exportés illicitement, donc le transfert de la propriété privée à l'Etat sans versement d'une indemnité[46]. En soi, cette confiscation à l'étranger par une autorité étrangère n'est pas soumise à la garantie suisse de la propriété. On pourrait donc arguer que, du moment où l'ordre de «retour» est compatible avec la garantie de la propriété, les effets à l'étranger du «retour» sont sans importance pour la constitution suisse. Il paraît toutefois difficile de faire complètement abstraction de ces effets. A titre de comparaison, il convient de relever qu'à l'art. 2

de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP, RS 351.1), le législateur a déclaré qu'une demande d'entraide est irrecevable s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger ne respecterait pas certaines exigences fondamentales. De même, l'art. 45 de la loi fédérale sur l'asile du
5 octobre 1979 (LAsi, RS 142.31) interdit le refoulement lorsque la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des demandeurs d'asile serait en danger sur le territoire de l'Etat étranger. On remarque que le législateur part de l'idée que les autorités suisses ne sauraient fermer les yeux devant les effets à l'étranger des mesures qu'elles ordonnent. Le juge suisse ne doit pourtant pas vérifier si le droit étranger est conforme au droit suisse; seuls certains principes fondamentaux du droit suisse et international peuvent faire obstacle à une mesure destinée à avoir des effets à l'étranger. En l'espèce, il paraît que la garantie de la propriété a une importance suffisante pour obliger les autorités suisses à veiller au respect des exigences essentielles de l'art. 22ter Cst. lors d'une mesure d'entraide en faveur d'un Etat étranger. S'agissant d'un bien situé en Suisse au moment de la mesure d'entraide, la constitution suisse doit être comprise comme interdisant aux autorités suisses de prêter main-forte à l'adoption à l'étranger d'un acte confiscatoire qui serait inadmissible au regard de l'art. 22ter Cst.

Cela étant, il faut considérer qu'un ordre de «retour» qui conduirait à la confiscation du bien culturel équivaut à une restriction nouvelle à la garantie de la propriété. Cette mesure provoque en effet pour le propriétaire suisse la perte non seulement de la propriété du bien culturel mais aussi de la valeur marchande que celui-ci a dans le pays d'origine. Le droit suisse admet que l'objet d'une infraction puisse être confisqué sans la moindre indemnité; cette règle s'applique non seulement en cas d'infraction pénale[47], mais aussi lors de la violation de dispositions de droit administratif[48]. Or, la possession en Suisse d'un bien culturel exporté illicitement constitue un acte illicite au regard du droit du pays dont les restrictions d'exportation ont été violées. Avec la ratification de la Convention, la Confédération accepte que la violation des règles sur l'exportation de biens culturels soit aussi en Suisse une infraction susceptible d'être sanctionnée par l'obligation de «retourner» ces biens au pays d'origine. Une confiscation au titre de contrainte directe en vue de faire respecter l'interdiction d'exportation n'est donc a priori pas contraire aux exigences du droit constitutionnel suisse[49]. Cela vaut
également à l'égard des personnes qui ignoraient de manière excusable le caractère illicite de l'exportation, car l'existence d'une faute n'est pas une condition nécessaire d'une confiscation: le droit fédéral prévoit de nombreux cas de confiscation même en l'absence de punissabilité[50]. Une confiscation doit toutefois respecter le principe de la proportionnalité et n'être prononcée qu'à défaut de mesures moins incisives permettant d'aboutir au même but[51]. En l'occurrence, il est douteux qu'une confiscation apparaisse comme proportionnelle, car elle n'est pas le seul moyen possible pour respecter le but de la législation et prévenir une nouvelle tentative d'exportation illicite. On peut ainsi songer à d'autres mesures moins restrictives, telles que la location du bien culturel à un musée ou la vente à un particulier digne de confiance[52]. L'OFJ est dès lors d'avis qu'un ordre de «retour» qui conduirait à une confiscation disproportionnée serait contraire aux exigences de l'art. 22ter Cst.

Cela suscite la question de la possibilité d'éviter un tel acte inconstitutionnel lors de l'application de la Convention. Il importe à cet égard de relever qu'en dépit de l'absence d'une disposition expresse, la Convention n'exclut pas qu'un Etat partie invoque l'ordre public pour s'opposer, dans des cas exceptionnels, à la mise en oeuvre de règles conventionnelles[53]. S'agissant de procédures de «retour» susceptibles de conduire à une confiscation disproportionnée, une forme modérée d'utilisation de l'exception d'ordre public serait de fixer dans l'ordre de retour des conditions spécifiques relatives aux modalités du «retour», par exemple en prescrivant que l'Etat demandeur doit permettre au détenteur suisse de rester propriétaire du bien culturel ou doit autoriser la vente de celui-ci à une personne résidant sur son territoire. La Suisse respecterait ainsi la finalité de la Convention tout en évitant une violation de sa propre constitution. Au cas où l'Etat demandeur n'accepterait pas les conditions fixées par l'autorité suisse, l'ordre de «retour» serait caduc.

Il paraît dès lors que la procédure de «retour» prévue par la Convention peut être mise en oeuvre de manière à éviter une violation de l'art. 22ter Cst. Une autre question est de savoir s'il est opportun de ratifier une convention dont la mise en oeuvre pourrait nécessiter, pour respecter la constitution suisse, une invocation peut-être assez fréquente de l'exception d'ordre public. Il n'appartient toutefois pas à l'OFJ de trancher cette question.

C. Le droit à une indemnité?

Vu ce qui précède, la procédure de «retour» prévue par la Convention n'équivaut jamais à une expropriation formelle ou matérielle. Dans aucun cas, une indemnité n'est donc due en vertu de l'art. 22ter al. 3 Cst. L'indemnisation du détenteur d'un bien culturel volé est dès lors laissée à la libre appréciation du législateur, sous réserve des exigences qui découlent de l'art. 4 Cst.

Le fait que la Convention exclut toute indemnisation de l'acquéreur qui connaissait ou qui aurait raisonnablement dû connaître la provenance illicite du bien culturel n'est dès lors pas contraire à la Constitution fédérale. Il en va de même pour la

limitation à une indemnité «équitable», s'agissant d'un acquéreur réputé de bonne foi.

[1] Publiée dans la Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE) 1997, p. 57 ss.
[2] Jean-François Aubert, Avis de droit relatif à la ratification, par la Confédération suisse, de deux conventions internationales concernant le trafic illicite des biens culturels (Convention de l'UNESCO de 1970 et Convention d'Unidroit de 1995), février 1996, in: Transfert international de biens culturels - Documentation, publication de l'Office fédéral de la culture diffusée par l'Office central fédéral des imprimés et du matériel (3000 Berne), p. 7.
[3] Voir à ce sujet, dans la publication de l'Office de la culture (note 2), les avis de droit des professeurs Paul Volken, Das Unidroit-Übereinkommen über die internationale Rückführung gestohlener oder rechtswidrig ausgeführter Kulturgüter (insbesondere IPR und IZPR; avis du 20 février 1997), Bernhard Schnyder, Zür Rückführung gestohlener oder rechtswidrig ausgeführter Kulturgüter gemäss Unidroit-Konvention aus der Sicht des schweizerischen Privatrechts (du 25 mars 1997) et Peter Hänni, Gutachten zur Frage der Auswirkungen auf das kantonale Recht bei der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz auf dem Gebiete des Kulturgüterschutzes (du 21 mai 1997).
[4] Aubert (note 2).
[5] ATF 113 Ia 376 consid. 4b., 105 Ia 46; Arthur Meier-Hayoz in: Berner Kommentar, 5e éd., Berne 1981, Das Sachenrecht - Das Eigentum - Systematischer Teil, n. 441 ss; Georg Müller, in: Commentaire de la constitution fédérale, 1987, art. 4, n. 2; Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Berne 1991, p. 327 (cité ensuite: Grundrechte). Du point de vue de la garantie de la propriété, la possession peut être qualifiée de droit patrimonial puisqu'il en découle certaines prérogatives; peu importe en revanche que la doctrine ne soit pas unanime sur la qualification de la possession du point de vue des droits réels (cf. Paul Henri Steinauer, Les droits réels, vol. I, 1e éd., Berne 1985, n. 166 ss avec d'autres références).
[6] Cf. ATF 99 II 32 relatif à la propriété foncière: «Der Eigentumsinhalt wird nicht nur umschrieben durch Art. 667 ff. ZGB, sondern durch die ganze Rechtsordnung.»
[7] Des dispositions de droit public peuvent exclure l'acquisition de la propriété (p. ex. les dispositions sur l'inaliénabilité des cours

d'eau), déterminer la perte de la propriété (p. ex. les règles sur la confiscation) ou réglementer l'usage de la propriété (p. ex.: la loi fédérale sur la circulation routière, s'agissant de l'utilisation d'un véhicule automobile).
[8] Cf. p. ex. art. 100 ss de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP, RS 291).
[9] André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 675.
[10] G. Müller (note 5), n. 27 ss; J. P. Müller, Grundrechte (note 5), p. 333 ss.
[11] ATF 113 Ia 376, 93 I 711; G. Müller (note 5), n. 45; Meier-Hayoz (note 5), n. 625.
[12] Volken (note 3), p. 15.
[13] Le principe a été admis par le Tribunal fédéral pour d'autres droits fondamentaux: ATF 111 II 243 ss, 118 Ia 56.
[14] Jörg Paul Müller, in: Commentaire de la constitution fédérale, Berne 1987, Introduction aux droits fondamentaux, n. 58 ss; Andreas Auer, Freiheitsrechte im Dreieckverhältnis zwischen Staat, Gesellschaft und Individuum, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1993, p. 10 ss; Urs Bolz, in: Manuel du droit constitutionnel bernois, Berne 1995, art. 27, p. 309 ss. Voir aussi le texte fort mesuré de l'art. 31 du Projet 96 de constitution fédérale, FF 1997 I 193 ss. En ce qui concerne la garantie de la propriété, la doctrine a plutôt tendance à dénier toute «Drittwirkung» (Meier-Hayoz [note 5], n. 462 avec d'autres références).
[15] J.P. Müller, Commentaire (note 14), n. 62; Auer (note 14), p. 11 s.; FF 1997 I 195.
[16] Meier-Hayoz (note 5), n. 419; G. Müller (note 5), n. 12.
[17] G. Müller (note 5), n. 22.
[18] G. Müller, ibidem. Enrico Riva, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Berne 1990, p. 246 ss.
[19] On réservera l'hypothèse où, en définissant les conditions d'acquisition, le législateur civil limiterait les possibilités d'aliénation du propriétaire actuel.
[20] Emil W. Starck, in: Berner Kommentar, das Sachenrecht, 1984, art. 934, n. 30; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Berne 1991, n. 1984; Paul Henri Steinauer, Les droits réels, vol. II, Berne 1990, n. 2067 ss.
[21] Sur cette notion, cf. Steinauer (note 5), n. 456. Cette action est appelée «action en restitution» par la Convention (art. 3 al. 4).
[22] Il s'agit du cas où l'action en restitution n'est soumise à aucune limite absolue de prescription. A noter que subsiste le délai relatif de 3 ans à partir du moment où le demandeur a connu le lieu où se trouvait le bien volé et l'identité de son possesseur (art. 3 al. 4). Ce dernier conserve donc la possibilité d'acquérir la propriété du bien volé si la victime du vol n'ouvre pas à temps une action en restitution, notamment en raison du coût d'une telle procédure et du montant probable de l'indemnité à verser.
[23] FF 1997 II 829, 864, art. 20.
[24] Starck (note 20), n. 31.
[25] Cf. supra les références à la doctrine (note 3).
[26] A ce sujet, cf. Steinauer (note 5), n. 166 ss avec d'autres références.
[27] Cf. NZZ du 10 avril 1996, p. 17. Voir aussi, à propos du projet de Convention dans son état de décembre 1994, Ridha Fraoua, Le retour international des biens culturels, Pratique juridique actuelle (PJA) 1995, p. 321.
[28] Schnyder (note 3).
[29] ATF 113 II 399.
[30] ATF 122 III 4/5.
[31] ATF 123 II 142.
[32] Voir aussi Rey (note 20), n. 1778.
[33] On peut ainsi s'abstenir de trancher la question de principe relative à l'applicabilité, en droit constitutionnel suisse, de la notion d'expropriation aux rapports juridiques entre particuliers. On relèvera toutefois que les organes de la Convention européenne des droits de l'homme ont à quelques reprises considéré que les règles sur l'expropriation contenues dans le protocole additionnel n° 1 (non ratifié par la Suisse) peuvent aussi valoir à l'encontre d'une nouvelle réglementation du droit privé de la propriété: Cour eur. DH, Série A 98, § 38; Commission eur. DH, Série A 98, § 99 ss; DR 60 (1989), p. 66, § 59 ss. A ce sujet Katja Gelinsky, Der Schutz des Eigentums gemäss Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1996, p. 44 ss.
[34] G. Müller (note 5), n. 22; Riva (note 18), p. 246 ss.
[35] C'est là la différence déterminante par rapport à la réglementation tessinoise en cause dans l'arrêt Balli (ATF 113 Ia 368 ss).
[36] Au cas où certains biens culturels seraient qualifiés dans leur pays d'origine comme complètement inaliénables, voire comme inaliénables à l'étranger, on peut arguer qu'avec la ratification de la Convention, cette inaliénabilité devrait être prise en considération aussi en Suisse, au même titre que les cas d'inaliénabilité fondés sur le droit public cantonal en vertu de l'art. 6 al. 2 CC (cf. Schnyder [note 3], p. 25 ss, notamment p. 28: «Die Konvention geht im dritten Kapitel und dort zunächst einmal in Art. 5 Abs. 1 davon aus, dass ein Staat ein Ausfuhrverbot für Kulturgüter erlassen hat. Dadurch sind diese Güter im Sinne des schweizerischen Privatrechts verkehrsunfähige oder beschränkt verkehrsfähige Sachen geworden»). Le fondement de cette prise en considération est toutefois discutable (art. 5 al. 1 Conv.? art. 100 al. 1 et art. 102 al. 1 LDIP? art. 19 LDIP?). Cette question peut rester ouverte, car elle n'est pas déterminante pour la conformité du régime conventionnel à la garantie de la propriété: le possesseur d'un bien réputé inaliénable ne bénéficierait certainement pas d'une protection plus forte de la part de l'art. 22ter Cst. qu'un véritable propriétaire.
[37] Reste un cas particulier: si la procédure de restitution au sens du chap. II Conv. n'est plus ouverte parce que les personnes habilitées à exiger la restitution ne l'ont pas fait bien qu'elles aient su depuis plus de trois ans où se situe le bien et qui détient celui-ci, le possesseur sera protégé dans sa possession par le chap. II Conv. On peut se demander si le possesseur devient alors propriétaire en vertu de l'art. 714 al. 2 CC ou si la procédure de retour du chap. III Conv. ne constitue pas une autre règle protectrice de la possession au sens de cette disposition du code civil et ne fait donc pas également obstacle à l'acquisition de la propriété.
[38] A ce sujet, Schnyder (note 3), p. 28 ss.
[39] Actes de la Conférence diplomatique, p. 232 s. (intervention du représentant du Japon et du président de la commission plénière).
[40] Actes de la Conférence diplomatique, p. 39 n. 110 (Rapport explicatif préparé par le Secrétariat d'Unidroit), p. 205 s. (interventions du représentant du Japon, de la représentante de l'UNESCO et du président de la commission plénière); Georges André Léopold Droz, La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995), Revue critique de droit international privé, 1997, p. 259.
[41] P. O'Keefe et L. V. Prott, Law and the Cultural Heritage, Vol. 3 Movement, London 1989, p. 524 s.
[42] L'art. 6 al. 3 Conv. ne s'applique vraisemblablement pas à ce détenteur, car l'expression «au lieu d'une indemnité» montre que cette disposition vise la personne qui aurait droit à une indemnité en vertu du premier alinéa.
[43] Dans ce sens: Aubert (note 2), p. 26.
[44] Pour la mise sous inventaire liée à une interdiction d'exportation, cf. ATF 113 Ia 380 s. consid. 5.d. Blaise Knapp, La protection des biens culturels, in: Rapports suisses présentés au 13e Congrès international de droit comparé, Zurich 1990, p. 244. Voir aussi en France l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 février 1996 selon lequel le refus d'autoriser l'exportation d'un tableau oblige l'Etat à compenser la diminution de valeur marchande (La semaine juridique, 20 mars 1996).
[45] Sur les limites à la reconnaissance de telles expropriations, cf. ATF 102 Ia 581; Andreas Bucher, Droit international privé

suisse, vol. I/2, Bâle 1995, n. 426; Frank Vischer, Droit international privé, Traité de droit privé suisse, 1974, vol. I/4, p. 165 s.
[46] 66 Etats selon l'étude citée à la note 41.
[47] P. ex.: art. 58 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0); art. 24 de la loi fédérale sur les stupéfiants du 3 octobre 1951 (LStup, RS 812.121); Meier-Hayoz (note 5), n. 617; Grisel (note 9), p. 718.
[48] Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, Berne 1988-1992, p. 76, vol. III, p. 399; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 4e éd., Bâle 1991, n. 1645 et 1743; p. ex.: art. 57 de la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (LPM, RS 232.11); art. 18 de l'ordonnance du 19 août 1981 sur la conservation des espèces (OCE, RS 453); art. 21 de l'ordonnance du 18 octobre 1995 concernant l'assurance de la qualité dans l'économie laitière (Or-AQL, RS 916.351.0); art. 23 de l'ordonnance du 20 avril 1988 concernant l'importation, le transit et l'exportation d'animaux et de produits d'animaux (OITE, RS 916.443.11). Voir aussi l'art. 26 de la loi sur la chasse du 20 juin 1986 (LChP, RS 922.0).
[49] Le droit administratif suisse connaît plusieurs cas de confiscation pour importation illicite: p. ex. art. 18 OCE; art. 26 de l'ordonnance sur les aliments pour animaux du 26 janvier 1994 (RS 916.307); art. 23 OITE.
[50] P. ex. art. 58 CP; art. 68 LPM; art. 50 de la loi fédérale du 20 mars 1975 sur la protection des obtentions végétales (RS 232.16); art. 16 al. 2 de la loi fédérale du 5 juin 1931 pour la protection des armoiries publiques (RS 232.21); art. 11 al. 2 de la loi fédérale du 25 mars 1954 concernant la protection de l'emblème et du nom de la Croix-Rouge (RS 232.22); art. 66 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0); art. 20 de la loi fédérale du 30 juin 1972 sur le matériel de guerre (LFMG, RS 514.51); art. 12 de l'arrêté fédéral du 7 octobre 1994 concernant l'exécution de la Convention sur les armes chimiques (RS 515.08); art. 36a de la loi fédérale du 23 décembre 1959 sur l'énergie atomique du 23 décembre 1959 (LEA, RS 732.0); art. 36 de la loi fédérale du 21 mars 1969 sur le commerce des toxiques (LTox, RS 814.80); art. 10 de la loi fédérale du 5 octobre 1929 sur les maisons de jeu (LMJ, 935.52).
[51] Moor (note 48), vol. II, p. 76 s. avec des références à la jurisprudence.
[52] Cf. art. 6 al. 3 Conv.
[53] Le projet soumis à la Conférence diplomatique contenait un art. 6 qui limitait les cas dans lesquels un Etat pouvait faire valoir l'ordre public. Cette disposition a été pour finir supprimée. Il ne s'agit toutefois pas d'un silence qualifié, car le président de la commission plénière a signalé à maintes reprises que l'absence d'une disposition expresse n'exclurait pas le jeu de l'exception d'ordre public international. Cette opinion n'a pas été contestée par les participants. La radiation d'une disposition expresse semble plutôt avoir répondu au souci de ne pas inciter les juges à utiliser le concept de l'ordre public. Cf. Actes de la Conférence diplomatique, p. 15, 217 ss, 316 s.