



HAL
open science

Nous pratiquons un droit d'antiquaire

Noé Wagener

► **To cite this version:**

Noé Wagener. Nous pratiquons un droit d'antiquaire: Relire les notions juridiques de " mobilier archéologique " et de " documentation scientifique ", à partir de l'exemple des " matériaux naturels et de nature biologique ". Les Nouvelles de l'archéologie, 2012, 130, pp.6. halshs-00781315

HAL Id: halshs-00781315

<https://shs.hal.science/halshs-00781315>

Submitted on 25 Jan 2013

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.

NOUS PRATIQUONS UN DROIT D'ANTIQUAIRE

Relire les notions juridiques de « mobilier archéologique » et de « documentation scientifique », à partir de l'exemple des « matériaux naturels et de nature biologique »

Noé WAGENER
attaché temporaire d'enseignement et de recherche
à l'Université Paris-Sud (Institut d'études de droit public)

1.- Ce n'est qu'au détour des dispositions relatives à l'archéologie préventive, presque du bout des lèvres, que la loi évoque la « documentation scientifique »*. La formule choisie, reléguée au dernier alinéa d'un article consacré au rapport d'opération, frappe par son laconisme (article L. 523-11 alinéa 3 du code du patrimoine : « la documentation afférente à l'opération [d'archéologie préventive] est remise à l'État ») – et le décret d'application ne se montre pas plus disert (articles R. 523-62 et R. 523-65 du même code). C'est donc à un simple arrêté du ministre de la culture qu'il est revenu de définir sinon ce qu'est la « documentation scientifique constituée au cours d'une opération d'archéologie préventive », en tout cas ce qui en relève. Aussi, optant pour une méthode énumérative, l'article 1er de l'arrêté du 16 septembre 2004 (*J.O.*, 28 sept. 2004, p. 16681) distingue six « catégories » de documentation scientifique : les « documents graphiques (plans, relevés, minutes, dessins) », les « documents photographiques et audiovisuels », les « documents numériques », les « documents écrits (carnets et fiches d'enregistrement de terrain, correspondance, rapports d'étude) », les « moulages et empreintes » et, enfin, les « matériaux naturels et de nature biologique recueillis lors de l'opération ».

2.- Une certaine hétérogénéité transpire de cette énumération. Alors que les cinq premières catégories rassemblent des choses qui sont « constituées », au sens propre, par l'archéologue, la sixième catégorie se compose, elle, d'éléments « recueillis » lors de

* Je remercie Anne Chaillou, Marie Cornu, Bruno Desachy et Paulina Navarro d'avoir accepté de relire et critiquer cet article (ainsi qu'Agnès Mathieu et Vincent Négri d'avoir bien voulu, de manière plus générale, me guider dans les méandres du droit de l'archéologie).

l'opération (que, spontanément, le néophyte aurait plutôt associés au mobilier archéologique, lui aussi « recueilli »). Mais l'article 2 de l'arrêté du 16 septembre 2004 ôte tout doute : en réduisant le mobilier archéologique aux seuls « objets transformés par l'activité humaine recueillis lors de l'opération [d'archéologie préventive] », il en exclut forcément les matériaux naturels et de nature biologique.

Bref, l'univers des choses « recueillies » par l'archéologue se trouve radicalement découpé.

3.- Cette segmentation transforme en profondeur les règles applicables aux archéosciences de la terre (sédimentologie, pédologie, micromorphologie) et de la vie (archéobotanique, archéozoologie). On ne s'explique donc pas le silence qui l'entoure ; à notre connaissance, rien n'a été écrit sur le sujet. Autant le régime juridique des archives de fouilles (au sens strict) – qui s'articule autour de la triple qualification d'archives publiques, de document administratif et de création littéraire et artistique – apparaît aujourd'hui maîtrisé, autant celui des matériaux naturels et de nature biologique reste encore à explorer.

I.- IDENTITÉ

4.- L'expression « matériaux naturels et de nature biologique » ne semble pas, à premier abord, soulever de difficulté tant les termes paraissent avoir été sélectionnés avec soin. Parler de « matériau », d'abord, dénote le souci de se distinguer de l'« objet » (le matériau, ce serait, en quelque sorte, la matière sans l'objet). Évoquer le « naturel », ensuite, renvoie, à l'opposé du mobilier archéologique, à tout ce qui n'a pas été transformé par l'activité humaine. Exiger une « nature biologique », en outre, autorise à exclure tout ce qui est minéralogique (à l'exception, probablement, des fossiles animaux et végétaux qui sont biologiques – certes pas de nature, mais d'origine). Joindre la conjonction de coordination « et », enfin, atteste de la volonté d'exiger cumulativement les caractères naturels et biologiques (autrement, soutenir que ces deux caractères ne sont pas cumulativement exigés suppose de savoir démontrer l'indémontrable : l'existence de matériaux biologiques qui ne sont ni « naturels », ni « transformés par l'activité humaine ») : un matériau « naturel » mais non « biologique » (un galet non travaillé, par exemple) ne relève pas de la documentation scientifique, pas davantage qu'un matériau « biologique » mais non « naturel » (un pieu de bois, par exemple).

La classification en mobilier archéologique et matériaux naturels et de nature biologique se calquerait, en définitive, sur la distinction anglo-saxonne des artefacts et des écofacts. Ce n'est peut être pas tout à fait exact (l'écofact se réduit-il aux seules choses biologiques et l'artéfact s'étend-il à tous les objets « transformés » par l'activité humaine ?), mais c'est en tout cas en ce sens qu'elle a été interprétée les quelques rares fois où elle l'a été (v. Burnouf et al. 2009 : 37 ; v. également, en ligne, le « complément au cahier des charges scientifiques » élaboré par le service régional de l'archéologie de Lorraine). Autrement dit, la séparation des matériaux naturels et de nature biologique du mobilier archéologique ne devrait pas surprendre : l'arrêté du 16 septembre 2004 formaliserait juridiquement une frontière résultant de la nature des choses.

5.- Mais l'exercice d'identification des matériaux naturels et de nature biologique se révèle difficile d'application (parfois), aberrant de conséquence (toujours), et anachronique

d'esprit (fondamentalement). Difficile d'application, d'abord, car les traces d'une transformation par l'activité humaine peuvent rester ténues – il en est ainsi, parmi mille exemples, de « certaines pierres non façonnées mais qui ont été utilisées pendant un laps de temps très court et dont les traces d'usage sont par conséquent peu nettes » (exemple tiré de Miskovsky 2002 : 989) ou encore de poils animaux susceptibles de provenir aussi bien de résidus de pelages que de vêtements (exemple tiré de Horard-Herbin et Vigne 2005 : 12). Aberrant de conséquence, ensuite, car c'est imposer une nouvelle fragmentation juridique d'ensembles scientifiquement cohérents – il faudrait ainsi, entre autres exemples, intégrer les oursins fossiles non perforés, utilisés dans certaines sépultures, dans un ensemble juridiquement distinct des autres objets funéraires traditionnels (haches polies, poteries, *etc.*) en association desquels ces oursins se trouvent (exemple tiré de Demnard et Neraudeau 2001 : 694). Anachronique d'esprit, enfin, car c'est obliger à répondre à une question comme : « un grain de blé décortiqué, issu de cinq millénaires de domestication des céréales, est-il plus "naturel" qu'un éclat de silex gisant sur le sol ? » (Thiébaud 2010 : 10) – bref, c'est ignorer la remise en cause de la césure entre nature et culture (v. not. Descola 2005 et 2011) et la réflexion sur les hybrides (Chouquer 2001 et 2003).

Force est, en plus, de constater que la segmentation de l'univers des choses recueillies par l'archéologue génère de l'exclusion : certes, un matériau naturel et de nature biologique intègre la documentation scientifique et un matériau de nature biologique qui n'est pas naturel relève du mobilier archéologique ; mais que faire du matériau naturel qui n'est pas de nature biologique ? Autrement dit : où classer les galets non façonnés de la grotte de la Baume Bonne dont l'accumulation semble pourtant attester d'une structuration de l'espace par l'homme du paléolithique (exemple tiré de Gagnepain et Gaillard 2005), si l'archéologue, prudent, se décide à les prélever ?

II.- UTILITÉ

6.- Mais les difficultés à identifier la catégorie des matériaux naturels et de nature biologique ne doivent pas occulter les raisons même de son existence. Qu'importe ces difficultés, finalement, si les avantages que cette catégorie produit surpassent ses inconvénients. La fin justifie les moyens, et nul ne contestera sérieusement que si la catégorie des matériaux naturels et de nature biologique a été créée, c'est précisément pour la soustraire au régime du mobilier archéologique et pour la soumettre, corrélativement, à celui de la documentation scientifique.

Ainsi, parce qu'ils ne sont pas mobilier archéologique, ces matériaux n'ont pas à être partagés entre l'État et le propriétaire du terrain (conformément à l'article L. 523-14 du code du patrimoine) et parce qu'ils sont documentation scientifique, ils doivent être remis à l'État (conformément à l'article L. 523-11 du même code). En somme, voici habilement écarté le partage – cette aberration scientifique unanimement dénoncée – et voilà astucieusement établie une affectation forcée de biens à l'utilité publique sans appropriation préalable par l'État – ce fantasme d'un siècle et demi de droit du patrimoine culturel, ce Graal que seul le droit des archives avait su jusqu'ici approcher. Il faut même reconnaître que cette inclusion des matériaux naturels et de nature biologique dans la documentation scientifique porte un vrai discours sur l'archéologie, celui d'une discipline enfin dégagée du paradigme du chercheur d'antiquités : c'est, en effet, au sens propre que

les matériaux naturels et de nature biologique sont de la « documentation » car s'ils sont prélevés, ce n'est pas pour eux-mêmes mais pour « l'information archéologique » (Burnouf et al. 2009 : 53) qu'ils véhiculent. Finalement, intégrer les matériaux naturels et de nature biologique dans la documentation scientifique, c'est rejeter ostensiblement la figure surannée de l'objet archéologique qui prévalait lors de l'élaboration de la loi du 27 septembre 1941 (dont la rédaction finale est, faut-il le rappeler, presque intégralement le fait d'un inspecteur général des monuments historiques) et que les lois des 17 janvier 2001 et 1er août 2003 relatives à l'archéologie préventive n'ont pas su dépasser.

7.- Il s'en faut peu, par conséquent, pour que l'on voie dans le statut des matériaux naturels et de nature biologique l'avenir de celui du mobilier archéologique. Ils sont juridiquement ce que le mobilier archéologique devrait être : appréhendés au travers de l'information qu'ils portent (ils sont de la « documentation »), débarrassés du partage et mis à la disposition de l'État.

8.- L'exclusion des matériaux naturels et de nature biologique du mobilier archéologique constitue, en définitive, une nouvelle preuve du pragmatisme de l'administration : recourant à une interprétation constructive des termes de la loi, le ministre de la culture s'est attaché, dans l'arrêté du 16 septembre 2004, à réduire autant que faire se peut l'écart entre les énoncés juridiques et les aspirations de la pratique. Quitte pour cela, d'ailleurs, à oublier que l'expression « mobilier archéologique » avait précisément été introduite pour accueillir, sous une appellation commune, artefacts et écofacts : est-il vraiment si loin le temps où Jean-Claude Papinot se réjouissait de constater que « cette appellation a progressivement supplanté celle "d'objets archéologiques", qui ne reste plus usitée que dans les domaines juridique et muséographique » et affirmait que ce changement sémantique, « tout en faisant référence à la mobilité de ce type de vestiges, [...] tente surtout d'intégrer l'ensemble des éléments prélevables sur un chantier ou un gisement » et « correspond bien à l'évolution de l'archéologie, à sa conception et donc à sa finalité telles qu'elles sont définies dans la convention de Malte » (Papinot 1998, 2 : 33-34) ?

9.- Résumons : 1° la catégorie des matériaux naturels et de nature biologique a) se révèle difficile d'identification et b) oblige à fragmenter l'univers des choses recueillies par l'archéologue ; mais 2° son régime juridique ne manque pas d'attrait (comparé aux règles auxquelles le mobilier archéologique se trouve soumis). Avantages et inconvénients s'équilibrent donc plus ou moins.

10.- Mais l'analyse reste à affiner. La nature exacte et la portée précise de la remise à l'État des matériaux naturels et de nature biologique méritent, en effet, d'être discutées.

Force est, d'abord, d'admettre que l'État ne dispose d'aucun droit de propriété sur les matériaux naturels et de nature biologique qui lui sont remis : d'une part, parce que cette remise ne vaut pas transfert de propriété à l'État ; d'autre part, parce qu'en excluant du mobilier archéologique ces matériaux, le ministre de la culture a, par là-même, renoncé au partage de propriété tiré de l'article L. 523-14 du code du patrimoine. Les matériaux naturels et de nature biologique demeurent, en conséquence, la propriété du propriétaire du terrain dans lequel ils ont été recueillis, par application des articles 551 (« tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire [...] ») et 552 (« la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. [...] ») du code civil. Par suite, ni l'opérateur

d'archéologie préventive, ni l'État ne sont habilités à les détruire – sauf, bien sûr, à obtenir préalablement l'autorisation du propriétaire du terrain. Rigide, la catégorie des matériaux naturels et de nature biologique s'accommode donc mal du tri-sélection.

Mais c'est, plus encore, la portée restreinte de l'obligation de remise qui doit être gardée à l'esprit. En effet, il n'existe pas, hors de l'archéologie préventive, de remise obligatoire à l'État de la documentation scientifique en tant que telle : les règles encadrant les fouilles archéologiques programmées ignorent cette obligation, pour la simple raison qu'elles ignorent l'existence même de la documentation scientifique. Or, l'effet de ce silence se révèle particulièrement retors pour les matériaux naturels et de nature biologique recueillis lors des fouilles programmées : puisque, d'une part, aucune disposition juridique n'impose leur remise à l'État et puisque, d'autre part, la qualification de mobilier archéologique leur est définitivement fermée (à moins de croire qu'il puisse y avoir deux définitions du mobilier archéologique, l'une qui se limiterait aux seuls objets transformés par l'activité humaine recueillis lors d'une opération archéologique préventive, l'autre qui s'étendrait à toutes les choses recueillies lors d'une fouille archéologique programmée), ceux-ci disparaissent purement et simplement du champ du droit de l'archéologie. Dès lors, le statut de ces matériaux ne diffère plus en rien de celui de l'arbre planté sur le terrain fouillé ou de la roche que ce terrain contient : l'archéologue n'a pas le droit d'emporter par-devers lui les matériaux naturels et de nature biologique qu'il recueille lors des fouilles programmées, pas plus qu'il ne peut se saisir de l'arbre qu'il arrache ou de la roche qu'il découvre – sauf, une nouvelle fois, à obtenir l'autorisation du propriétaire du terrain.

11.- En somme, il y a là comme un piège qui, impitoyablement, s'est refermé sur la catégorie des matériaux naturels et de nature biologique : un stratagème qui a pu paraître attirant pour l'archéologie préventive se révèle désastreux pour l'archéologie programmée. C'est donc sans remord que l'illégalité de cette catégorie peut désormais être envisagée.

III.- LÉGALITÉ

12.- La nature même de l'arrêté du 16 septembre 2004 interdit de lui accorder une confiance aveugle. Un arrêté ne constitue jamais qu'un acte administratif de faible niveau, placé dans une situation de dépendance par rapport aux normes qui lui sont hiérarchiquement supérieures. La question de la validité de l'exclusion des matériaux naturels et de nature biologique du mobilier archéologique et de l'intégration corrélative de ceux-ci à la documentation scientifique mérite donc d'être soulevée : le ministre de la culture était-il libre d'entendre aussi strictement la notion de mobilier archéologique utilisée à l'article L. 523-14 du code du patrimoine et d'interpréter aussi largement celle de documentation scientifique employée à l'article L. 523-13 ?

13.- Il serait bien sûr tentant de rechercher la « volonté réelle » du législateur : ainsi, lorsque les parlementaires décidèrent, lors de la préparation de la loi du 1er août 2003, que « la documentation afférente à l'opération [d'archéologie préventive serait] remise à l'État », n'entendaient-ils pas restreindre cette « documentation » aux seules archives de fouilles – loin, bien loin de l'idée d'y intégrer les matériaux naturels et de nature biologique ? Mais force est de constater que les travaux parlementaires renseignent peu. Certes, il y a

bien, ici et là, quelques indices, mais si ténus qu'il vaut mieux ne pas s'engager dans cette voie : l'expérience prouve que, menée dans de telles conditions, la recherche d'un prétendu « esprit de la loi » tendrait à l'imposition pure et simple de nos préférences personnelles.

14.- Un fait demeure en revanche incontestable : une définition générale du « patrimoine archéologique » introduit le livre V du code du patrimoine, consacré à l'archéologie, et dispose que « constituent des éléments du patrimoine archéologique tous les vestiges et autres traces de l'existence de l'humanité, dont la sauvegarde et l'étude, notamment par des fouilles ou des découvertes, permettent de retracer le développement de l'histoire de l'humanité et de sa relation avec l'environnement naturel » (article L. 510-1). De par sa place dans le code, cette définition « chapeaute » l'ensemble des articles relatifs à l'archéologie, de sorte qu'il paraît difficile de la réduire au rang de simple précaution littéraire : elle constitue, à l'évidence, un cadre conceptuel chargé d'imprégner toutes les acceptions du patrimoine archéologique que le code contient. Autrement dit, la notion de « mobilier archéologique » doit être lue à la lumière de la notion, plus générale, de « patrimoine archéologique ».

Aussi, il n'est pas sans logique de considérer que le mobilier archéologique se constitue des « éléments du patrimoine archéologique » (au sens de l'article L. 510-1 du code du patrimoine) qui présentent un caractère meuble (au sens de l'article 528 du code civil). Assurer au contraire que le législateur a conçu le mobilier archéologique comme distinct des éléments meubles du patrimoine archéologique revient à prétendre qu'il a délibérément constitué la notion de mobilier archéologique comme catégorie juridique pleinement autonome. Or, justement, c'est peu probable : le fait que l'article L. 523-14 du code du patrimoine emploie indifféremment les termes « mobilier archéologique » et « vestiges » révèle le souci non de créer une catégorie juridique autonome (qui, autrement, présenterait cette étrange particularité d'être qualifiée de deux façons), mais de décrire ce qui est perçu – à tort ou à raison – comme une réalité observable. Bref, nous pensons que le mobilier archéologique se constitue des éléments meubles du patrimoine archéologique.

15.- Mais admettre cette équivalence d'appellation ne revient pas, pour autant, à intégrer les matériaux naturels et de nature biologique au mobilier archéologique : encore faut-il, en effet, que ces matériaux puissent être qualifiés d'éléments du patrimoine archéologique. Ça ne fait guère de doute car l'article L. 510-1 intègre expressément, parmi les éléments du patrimoine archéologique, non seulement les « vestiges » mais aussi les « autres traces de l'existence de l'humanité », et précise que « la sauvegarde et l'étude » de ceux-ci visent à retracer, outre « le développement de l'histoire de l'humanité », la « relation » de cette dernière « avec l'environnement naturel » : autant de formules accueillantes, dans lesquelles les matériaux naturels et de nature biologique se coulent sans peine. Le fait qu'en plus, ces formules sont, dans un souci d'harmonisation des textes (v. not. Négri 2007), directement tirées de l'article 1er de la convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (« convention de Malte ») du 16 janvier 1992 (*J.O.*, 23 sept. 1995, p. 13947) achève de convaincre : le rapport explicatif de cette convention prend, en effet, soin de préciser que « les mots "éléments du patrimoine archéologique" soulignent que ce ne sont pas seulement les objets qui ont de l'importance », mais que « tout témoignage, de quelque nature qu'il soit, capable d'éclairer le passé de l'humanité est important ».

16.- Ainsi, le syllogisme peut se déployer : le mobilier archéologique se constitue des éléments meubles du patrimoine archéologique ; or, les matériaux naturels et de nature biologique sont des éléments meubles du patrimoine archéologique ; donc les matériaux naturels et de nature biologique relèvent du mobilier archéologique. Dès lors, l'arrêté du 16 septembre 2004 ne pouvait pas exclure les matériaux naturels et de nature biologique du mobilier archéologique, sauf à violer l'article L. 523-14 du code du patrimoine tel qu'éclairé par l'article L. 510-1.

17.- L'erreur serait de croire que ce vice d'illégalité restera sans conséquence. D'abord, parce qu'un recours contentieux demeure techniquement possible. Ensuite, parce qu'un tel recours apparaît matériellement inéluctable. En effet, croire qu'aucun contentieux ne naîtra, c'est oublier qu'une catégorie juridique forme système, et que comme telle, elle doit être valable intégralement : certes, il est peu probable qu'un propriétaire aille jusqu'à contester la remise à l'État de prélèvements sédimentaires en arguant de l'illégalité de leur incorporation à la documentation scientifique ; mais quelle sera sa position le jour où un matériau naturel et de nature biologique apparaîtra financièrement très attractif (exemple saugrenu : un crâne d'ours qui, mieux que celui de la grotte Chauvet, apporterait la preuve d'un culte de l'ours au paléolithique) ? En pareil cas, le scénario se devine d'avance : le propriétaire du terrain en demandera le partage, qui lui sera refusé puisqu'il s'agit d'un matériau naturel et de nature biologique ; il attaquera la décision de refus, en soulevant, par exception, l'illégalité de l'arrêté du 16 septembre 2004 sur le fondement duquel cette décision a été prise ; l'illégalité de l'arrêté sera reconnue, de sorte que l'administration sera tenue de l'abroger d'office (conformément à l'article 16-1 de la loi du 12 avril 2000 telle que modifiée par la loi du 20 décembre 2007).

IV.- RELECTURE

18.- Au terme de ces développements, on est tenté de croire que la question de la validité de l'incorporation des matériaux naturels et de nature biologique au mobilier archéologique s'arrête à une simple divergence d'interprétation des textes. L'enjeu du débat se réduirait en définitive à déterminer quels sont, parmi les meubles que l'archéologue met au jour, ceux qui relèvent du mobilier archéologique : faut-il y inclure tous les meubles recueillis par l'archéologue ou seulement les objets transformés par l'activité humaine ?

19.- Mais l'alternative proposée demeure étriquée. Elle repose fondamentalement sur l'idée, largement répandue auprès des commentateurs du droit de l'archéologie, que le mobilier archéologique précède l'archéologie. En effet, affirmer que le mobilier archéologique se trouve « recueilli », « mis au jour » ou « découvert » (conformément aux vocables unanimement employés), c'est nécessairement postuler qu'avant même l'intervention de l'archéologue, il existait. Les meubles recueillis par l'archéologue en général, et les objets transformés par l'activité humaine en particulier, n'auraient finalement jamais cessé d'être : déjà meubles dans le passé, ils auraient, en dépit de leur enfouissement, conservé leur nature mobilière, en ce sens qu'ils seraient restés organiquement autonomes à l'égard du terrain. L'arrêté du 16 septembre 2004, comme l'ensemble du droit de l'archéologie, perpétue en définitive l'idée très « pompéienne » (pour reprendre l'adjectif employé par Bruno Desachy dans sa thèse : Desachy 2008, 1 : 13) que ce qui apparaît à l'archéologue, ce n'est rien moins que le passé. L'archéologue endosse, par suite, le costume du justicier,

puisqu'en rendant aux meubles qu'il dégage leur mobilité « naturelle », il ne fait que rétablir la vérité des choses (pour des réflexions sur la « vérité archéologique », v. Besson, Chaoui-Derieux et Desachy 2011).

On comprend, dans ces conditions, combien le ministre de la culture a pu hésiter à qualifier un prélèvement sédimentaire de mobilier archéologique : à l'extrême opposé de l'« objet », l'échantillon de terrain extrait par carottage ne constitue jamais qu'une portion du terrain mobilisée par l'archéologue, tant et si bien qu'on pourrait dire que s'il est meuble, ce n'est pas « par nature » (l'archéologue ne le découvre pas meuble) mais « par création » (l'archéologue le fait meuble).

20.- Nous pensons, pour notre part, que l'idée même que le mobilier archéologique puisse être distinct du terrain dans lequel il se trouve traduit une représentation anachronique de l'archéologie qui prend racine dans la tradition des antiquaires (v., bien sûr, Schnapp 1993). Il nous semble infiniment plus réaliste de considérer que le mobilier archéologique ne l'est pas par sa nature même, mais du fait d'une qualification en ce sens attribuée – par l'archéologue et, en dernier ressort, par le juge – à une portion mobilisée du terrain.

Pour le démontrer, nous proposons de prendre le parti méthodologique de supposer que le mobilier archéologique n'existe pas en droit. La difficulté pourra ainsi être appréhendée sous un angle différent : partons du détail des pratiques et faisons l'effort de traduire le plus correctement possible la réalité en termes juridiques.

21.- Nous prenons pour point de départ le double constat suivant, que les archéologues ne renieront pas (cf. Burnouf et al. 2009 ; Carver 2009 ; Demoule et al. 2009 ; Renfrew et Bahn 2008 ; *etc.*) :

1. Les traces matérielles de sociétés humaines s'expriment sous la forme de structures, d'artéfacts et d'écofacts. Ainsi, sont porteurs d'informations archéologiques : les fragments de poterie, les pans de mur ou les bifaces, bien sûr ; mais aussi les sédiments (« jusqu'à récemment, les sédiments étaient qualifiés de "remblais" car on ne savait pas les comprendre. [...] Or l'étude de ces couches renseigne souvent plus sur les pratiques sociales que les structures et les artefacts mis au jour », Burnouf et al. 2009 : 65). Bref, tout, dans une stratification anthropique, est archéologiquement signifiant ; partant, tout est susceptible d'être prélevé par l'archéologue.
2. Mais plus encore que chaque trace matérielle, c'est le système que ces traces forment qui est archéologiquement signifiant : l'information archéologique se trouve non seulement dans les traces prises indépendamment les unes des autres, mais aussi dans l'unité que ces traces, comprises en relation les unes par rapport aux autres, constituent.

Force est alors de reconnaître que la distinction – qui traverse le droit de l'archéologie – entre les éléments du patrimoine archéologique, d'un côté, et le terrain, de l'autre, ne convainc plus : les éléments du patrimoine archéologique ne se trouvent pas, à proprement parler, dans le terrain ; ils sont le terrain. Nous voulons dire par là que ce n'est rien d'autre que le terrain lui-même, pris dans son « épaisseur » anthropique, qui est archéologiquement signifiant. Cet « espace matériel dans lequel des traces observables de

sociétés humaines se sont conservées » pourrait être nommé « terrain archéologique » (Burnouf et al. 2009 : 38).

22.- Il est, par conséquent, évident que les juristes – au sens large, c'est-à-dire ceux qui font le droit (le législateur, l'administration, le juge) et ceux qui le commentent (la doctrine) – ne pourront pas, longtemps encore, persister à ignorer ce qui est devenu le véritable objet d'étude des archéologues : il leur revient désormais de parvenir à penser en termes juridiques le terrain archéologique lui-même, au-delà des seuls vestiges. Autrement dit, il leur faut « voir » l'unité complexe de ce qu'ils ont, jusqu'à présent, fragmenté.

Bien sûr, il n'est jamais aisé de changer son regard sur les choses. Rien n'en atteste mieux que les vicissitudes de l'infraction de destruction, dégradation ou détérioration d'un « terrain contenant des vestiges archéologiques ». En effet, en introduisant cette infraction dans notre droit, la loi du 15 juillet 1980 s'essaya à transcender les vestiges ; mais cette tentative pionnière échoua : l'infraction fut supprimée par la loi du 22 juillet 1992, réintroduite par celle du 3 août 1995, puis de nouveau écartée par celle du 15 juillet 2008. Il faut se garder d'interpréter cette vie mouvementée comme le signe d'une opposition tenace ; elle est seulement la marque d'une profonde incompréhension : le terrain archéologique reste invisible à ceux, nombreux, que la figure du vestige aveugle.

23.- Qu'on ne s'y trompe pas : la difficulté réside dans l'œil des juristes, plus que dans le droit lui-même. Force est en effet d'admettre que le terrain archéologique se qualifie aisément sur le plan juridique. « Que les terrains soient des immeubles par nature, c'est une évidence que rappelle l'article 518 [du code civil] » (Libchaber 2009 : 29) : l'origine, géologique ou archéologique, de la substance qu'ils contiennent importe peu. On est tenté d'ajouter que cette qualification s'impose même : appréhender le terrain archéologique comme immeuble, plutôt que chaque vestige du terrain comme meuble, n'est-ce pas simplement reconnaître que l'homme est un agent créateur de la substance du terrain au même titre que les autres éléments de la biosphère ?

Mais il ne suffit pas de savoir qualifier le terrain archéologique ; il convient aussi d'en assumer toutes les conséquences sur le plan juridique. En effet, admettre le terrain archéologique implique nécessairement d'accepter, dans le même mouvement, l'anéantissement juridique des choses qui s'y trouvent incorporées. Pointes de flèches, poils animaux, fragments de poterie ou terre culturelle : tous participent de la substance du terrain, en ce sens qu'ils ont perdu leur individualité d'origine pour devenir des portions de l'immeuble. Évidemment, ils n'ont pas disparu matériellement ; mais absorbés par le terrain, ils ont péri juridiquement : le droit ne voit plus que l'immeuble, de sorte que le mobilier archéologique n'a pas d'existence juridique tant qu'il participe du terrain. En cela, le droit transcrit mieux la réalité : tout comme il ne traduirait que partiellement la réalité du mur s'il ne saisissait qu'une à une les pierres qui le constitue, il ne traduira qu'imparfaitement la réalité du terrain archéologique tant qu'il s'évertuera à ne saisir qu'un à un les vestiges qui y participent.

L'effort de « voir » le terrain archéologique ne devrait du reste pas surprendre : d'ores et déjà, les juristes ne s'interrogent pas sur le fait de savoir si chaque pollen ou chaque grain de sédiment incorporé au terrain est meuble ou immeuble ; ils conçoivent sans peine que ces choses, parce qu'elles participent du terrain, représentent une portion de l'immeuble.

Pourquoi alors ne pas prolonger cet exercice d'« immobilisation » pour tous les éléments du patrimoine archéologique que le terrain conserve ? Ce serait prendre acte de ce qu'« il n'y a d'immeuble que l'idée qu'on en a » (Barbiéri 2006 : 115). En effet, aux antipodes de l'idée, « trop grossière pour être opératoire » (Libchaber 2009 : 22), d'un immeuble qui s'identifierait à sa seule fixité ou à son impossible déplacement, « le progrès des connaissances humaines, dans les domaines de l'infiniment petit comme de l'infiniment grand, a mis l'homme face à une vérité : l'immobilité n'est qu'une illusion, une vue de l'esprit humain qui a besoin de stabilité » (Barbiéri 2006 : 113), en ce sens que l'immeuble résulte moins de la « nature des choses » – puisque « l'authentique "nature des choses" est [...] la mobilité » (*ibid.*) – que du sujet observateur.

24.- Le fait que le droit de l'archéologie gagne beaucoup à être relu au prisme du terrain archéologique devrait achever de convaincre :

1. Premièrement, la notion de terrain archéologique démontre crûment les insuffisances de notre protection pénale. En effet, chacun conviendra que la dégradation d'une portion de l'immeuble porte atteinte à l'immeuble dans son ensemble : de la même façon que celui qui trace un graffiti sur un mur ne détériore pas tant les quelques briques recouvertes de peinture que le mur en entier, celui qui arrache au terrain des vestiges n'abîme pas tant ces vestiges (au contraire, le piller prend souvent soin de les garder intacts) que le terrain dans sa totalité. Bref, le droit pénal, obnubilé par le vestige, oublie la stratification et, de ce fait, faillit en partie à sa mission.
2. Deuxièmement, la notion de terrain archéologique rend caduque toute différenciation des vestiges archéologiques mobiliers et des vestiges archéologiques immobiliers qui se fonderait sur leur nature intrinsèque (en sens contraire, v. not. : Rigambert 1996 : 145 et s. ; Saujot 2007 : 171 et s.). L'exercice subtil de distinction entre les vestiges (qui produisait des débats saugrenus entre juristes du type : à partir de quel degré de dissociation du mortier une tesselle, découverte lors d'une fouille, doit-elle être considérée non plus comme une portion de l'immeuble que constitue la mosaïque, mais comme un meuble à part entière ?) n'a plus lieu d'être. On devrait désormais considérer qu'un élément du patrimoine archéologique reste immeuble tant qu'il est incorporé au terrain et devient meuble dès lors qu'il s'en trouve séparé, de la même manière que « le minerai n'a nature de meuble que par le fait de l'extraction et conserve la nature d'immeuble tant qu'il est adhérent au sol » (Cass., req., 15 déc. 1857, *Dalloz Pér.*, 1859, I, 366).
3. Troisièmement, la notion de terrain archéologique éclaire sous un angle nouveau le phénomène d'appropriation. Alors que l'on affirme généralement que le propriétaire du terrain devient propriétaire des choses qui s'y trouvent incorporées (dès lors qu'aucune disposition législative spéciale n'en dispose autrement), il faudrait désormais considérer que ce sont les choses incorporées qui, du fait de cette incorporation, deviennent le terrain, donc la propriété de celui auquel ce terrain appartient. Nous sommes bien sûr conscient que cela revient à prendre parti dans le débat sur la nature du droit d'accession engagé il y a deux siècles : ce droit, grâce auquel « tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose » appartient au propriétaire, constitue-t-il un attribut de la propriété (ce qui implique de défendre l'idée qu'il n'y

aurait pas deux droits de propriété sur deux choses réunies l'une à l'autre, mais simplement extension de l'objet même du droit de propriété, du fait que l'une des choses, en étant absorbée par l'autre, a disparu) ? Ou bien constitue-t-il un mode d'acquisition de la propriété (ce qui revient à soutenir que le propriétaire de la chose incorporante acquiert un droit de propriété sur la chose incorporée, qui conserve toutefois son individualité) ? Nous rappellerons simplement que cette question, d'une rare complexité, n'a pas véritablement été tranchée à ce jour (« le mystère de l'accession reste entier », Dross 2000 : 212) et que si les commentateurs du droit de l'archéologie l'ont largement dédaignée, c'est simplement parce que, perpétuant une vision « pompéienne » du vestige, il leur était inimaginable que celui-ci s'anéantisse dans le terrain jusqu'à en devenir une simple composante.

En réalité, nous croyons que les juristes peinent à penser le terrain archéologique parce qu'ils persistent à raisonner selon les canons du trésor de l'article 716 du code civil. En effet, la caractéristique même du trésor est qu'il demeure une entité distincte du terrain dans lequel il se trouve (l'action de cacher ou enfouir – qui était originellement un des critères de la définition du trésor – implique le souci de préserver l'autonomie de la chose cachée ou enfouie), ce qui, par suite, explique pourquoi il constitue une véritable exception au droit d'accession (le fait que l'action en revendication demeure ouverte au propriétaire du trésor le prouve : en ce sens, v. Zenati-Castaing et Revet 2008 : 59). Le régime du trésor répond donc à une logique très particulière d'individualisation de la chose par rapport au terrain, qui n'a absolument pas vocation à être étendue à l'ensemble du mobilier archéologique.

4. Quatrièmement, la notion de terrain archéologique permet d'appréhender de manière réaliste le travail de l'archéologue. Celui-ci ne « découvre » pas le mobilier archéologique, pour la simple raison que le mobilier archéologique n'existe pas *a priori* : il mobilise des portions du terrain archéologique qui, du fait de cette mobilisation, deviennent ce que le droit appelle du mobilier archéologique. Le mobilier archéologique constitue, par conséquent, un bien juridiquement nouveau issu de la fragmentation d'un bien préexistant.

Cet acte de mobilisation n'est jamais que le fruit d'une interprétation : c'est par un acte de volonté que l'archéologue attribue une signification à une portion du terrain et décide, conséquemment, de la mobiliser. En cela, « [...] chaque fouille est [...] une proposition forcément fautive, car tout acte de dégagement est une amputation, une élimination simplificatrice » (Olivier 2008 : 266). Alors qu'« [...] à l'intérieur de la terre, tout flotte dans l'indécision, dans le peut être » (*ibid.*), le mobilier archéologique constitue d'abord et avant tout le produit de la volonté de l'archéologue. Mais il n'est pas, pour autant, librement créé : le pouvoir créateur de l'archéologue est conditionné, d'une part, par la réalité de ce qui se trouve mobilisé et, d'autre part, par l'obligation de justifier, selon un discours scientifique, les interprétations retenues. En définitive, tout laisse à penser que le droit devrait confirmer combien l'archéologue « est l'indispensable médiateur qui, dans le patient travail de déconstruction et reconstruction de l'archéologie, transforme l'acte de détruire pour savoir en acte de reconstruire pour dire (logos) l'histoire de la nature » (Burnouf 2003 : 220).

25.- Le fort « pouvoir explicatif réel » – pour reprendre l'expression de W.V.O. Quine (Quine 1964 : 10, cité par Tusseau 2009 : 641) – de la notion de terrain archéologique devrait donc mener à sa reconnaissance.

Son utilisation au quotidien ouvrirait, du reste, des perspectives insoupçonnées. Ainsi, par exemple, la notion de terrain archéologique éclaire différemment la question de l'appropriation publique des éléments du patrimoine archéologique (qui est, comme chacun sait, une revendication récurrente des archéologues : v. encore récemment Guilaine 2011 : 193). Finalement, l'enjeu n'est pas tant de savoir si l'État peut s'approprier sans indemnité des éléments du patrimoine archéologique – ce principe est admis depuis 1941 (v. l'article 11 de la loi du 27 septembre 1941, devenu l'article L. 531-11 du code du patrimoine) – que de déterminer s'il peut s'approprier ce patrimoine sans le mobiliser. A cet égard, l'important arrêt rendu par le Conseil d'État le 24 avril 2012 (req. n° 346952, à paraître au *Recueil Lebon* : affaire de la grotte de Vilhonneur) – qui affirme que, sous réserve de certaines situations « transitoires » bien compréhensibles, la décision de rompre le lien entre la propriété de la surface et la propriété du patrimoine archéologique maintenu *in situ* ne représente pas une privation de propriété au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – apporte une précision très attendue. Autant dire qu'au moment même où l'UNESCO et UNIDROIT proposent des « dispositions modèles définissant la propriété de l'État sur les biens culturels non découverts » (aux termes desquelles, entre autres, « les biens culturels non découverts sont la propriété de l'État, sous réserve qu'il n'existe aucun droit de propriété antérieur »), la conclusion s'impose : toutes les conditions sont désormais réunies pour lancer une grande réforme de la propriété archéologique.

RÉFÉRENCES

Barbiéri, J.-F. 2006. « De l'incorporation à l'attache à perpétuelle demeure et inversement : réflexions sur la distinction meuble – immeuble et sur les mécanismes d'affectation », in : *Mélanges à la mémoire du professeur Roger Saint-Alary*, Toulouse, Éditions Législatives et Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse : 111-131.

Besson, C., Chaoui-Derieux, D. et Desachy, B. 2011. « Bonne fouille ne saurait mentir ? », *Terrain*, 57 : 48-65.

Burnouf, J. 2003. « La nature des médiévistes », *Études rurales*, 167-168 : 215-226.

Burnouf, J., Arribet-Deroin, D., Desachy, B., Journot, F. et Nissen-Jaubert, A. 2009, *Manuel d'archéologie médiévale et moderne*, Paris, Armand-Colin, 352 p.

Carver, M. 2009. *Archaeological Investigation*, Londres-New York, Routledge, 2009, 480 p.

Chouquer, G. 2002. « L'écoumène contre les bombes à fragmentation scientifique », *Cosmopolitiques*, 1 : 37-48.

- Chouquer, G. 2003. « Crise et recomposition des objets : les enjeux de l'archéogéographie – Introduction », *Études rurales*, 167-168 : 13-31.
- Demnard, F. et Neraudeau, D. 2001. « L'utilisation des oursins fossiles de la Préhistoire à l'époque gallo-romaine », *Bulletin de la Société préhistorique française*, 98, 4 : 693-715.
- Demoule, J.-P., Giligny, F., Lehöerff, A. et Schnapp, A., 2009. *Guide des méthodes de l'archéologie*, Paris, La Découverte, 3^{ème} éd., 330 p.
- Desachy, B. 2008. *De la formalisation du traitement des données stratigraphiques en archéologie de terrain*, thèse d'archéologie (dir. : J. Burnouf), Université Paris 1, 2 vol., 338 p.
- Descola, P. 2005. *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 623 p.
- Descola, P. 2011. *L'écologie des autres – L'anthropologie et la question de la nature*, Versailles, Éditions Quae, 110 p.
- Dross, W. 2000. *Le mécanisme de l'accession – Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse de droit privé (dir. : G. Goubeaux), Université Nancy 2, 572 p.
- Gagnepain, J. et Gaillard, C. 2005. « La grotte de la Baume Bonne (Quinson, Alpes de Haute-Provence) : synthèse chronostratigraphique et séquence culturelle d'après les fouilles récentes (1988-1997) », in : N. Molines, M.-H. Moncel, J.-L. Monnier, *Les premiers peuplements en Europe (colloque international, 22-25 septembre 2003)*, John and Erica Hedges Ltd : 73-85 [article disponible sur : <http://halshs.archives-ouvertes.fr>].
- Guilaine, J. 2011. *Archéologie, science humaine. Entretiens avec Anne Lehöerff*, Arles-Paris, Actes Sud / Errance, 237 p.
- Horard-Herbin, M.-P. et Vigne, J.-D. (dir.) 2005. *Animaux, environnements et sociétés*, Paris, Errance, 191 p.
- Libchaber, R. 2009. « Biens », in : *Répertoire civil*, Paris, Dalloz, 46 p.
- Miskovsky, J.-C. (dir.) 2002. *Géologie de la préhistoire : méthodes, techniques, applications*, Paris, GéoPré et Presses universitaires de Perpignan, 1519 p.
- Négri, V. 2007. « Dimensions juridiques du mobilier archéologique », in : AGCCPF-PACA, *Pérennité des collections publiques*, Aix-en-Provence, Fage : 12-18.
- Olivier, L. 2008. *Le sombre abîme du temps. Mémoire et archéologie*, Paris, Le Seuil, 301 p.
- Papinot, J.-C. 1998. *La conservation du mobilier archéologique – Rapport au directeur de l'architecture et du patrimoine*, Paris, Ministère de la culture et de la communication, 2 vol., 222 p.

- Quine, W.V.O. 1964. *From a Logical Point of View. 9 Logico-Philosophical Essays*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2^{ème} ed. revised, 184 p.
- Renfrew, C. et Bahn P. 2008 : *Archaeology – Theories, Methods and Practice*, Londres, Thames and Hudson, 5^{ème} éd., 656 p.
- Rigambert, C. 1996. *Le droit de l'archéologie française*, Paris, Picard, 255 p.
- Saujot, C. 2007. *Le droit français de l'archéologie*, Paris, Cujas, 2^{ème} éd., 352 p.
- Schnapp, A. 1993. *La conquête du passé. Aux origines de l'archéologie*, Paris, Éditions Carré, 384 p.
- Thiébaud, S. 2010. *Archéologie environnementale de la France*, Paris, La Découverte, 177 p.
- Tusseau, G. 2009. « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *Revue française de droit administratif* : 641-652.
- Zenati-Castaing, F. et Revet, T. 2008. *Les biens*, Paris, P.U.F., 3^{ème} éd., 759 p.