

**La question de la licéité des politiques coloniales
au regard du principe du droit intertemporel en droit international public**

**Texte annoté d'une intervention prononcée le 4 juillet 2022
lors d'une audition devant la Commission spéciale « Passé colonial »
de la Chambre des Représentants de Belgique¹**

Michel ERPELDING
Docteur en droit public (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
Chercheur à l'Université du Luxembourg
(michel.erpelding@uni.lu)

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les Député.e.s,

Je vous remercie de m'avoir donné la possibilité de m'exprimer devant vous aujourd'hui. Avant d'aborder le corps de mon exposé, permettez-moi de formuler le vœu que le travail important réalisé par votre commission, ainsi que les échanges que vous avez su susciter avec la société civile, puissent servir d'inspiration à d'autres pays – qu'il s'agisse d'anciennes grandes puissances, ou d'États au passé colonial plus modeste, comme le Luxembourg, dont je suis originaire et dont les ressortissants étaient largement assimilés aux Belges dans le contexte congolais entre 1922 et 1960, y compris pour ce qui était de l'accès à la fonction publique coloniale².

Au regard du rapport des experts chargés d'accompagner vos travaux³ et des échanges que vous avez pu avoir lors de votre séance du 27 juin, notamment avec les Professeurs William Schabas et Pierre d'Argent⁴, et au regard de mon propre champ d'expertise en tant qu'historien du droit international et chercheur à l'Université du Luxembourg, je

¹ L'enregistrement de cette audition (avec interprétation en langues néerlandaise et anglaise) et disponible à l'adresse suivante : <https://www.lachambre.be/media/index.html?language=fr&sid=55U3071>. À noter que la version prononcée de l'intervention contient un certain nombre d'explications supplémentaires qui n'ont pas été reprises ici.

² Voir, à ce sujet : Régis MOES, *Cette colonie qui nous appartient un peu : La communauté luxembourgeoise au Congo belge 1883-1960*, Luxembourg : d'Lëtzebuerger Land/Fondation Robert Krieps, 2012, 438 p.

³ Belgique, Chambre des Représentants, Commission spéciale chargée d'examiner l'État indépendant du Congo et le passé colonial de la Belgique au Congo, au Rwanda et au Burundi, ses conséquences et les suites qu'il convient d'y réserver, « Rapport des experts », 26 octobre 2021, DOC 55 1462/002. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/1462/55K1462002.pdf>.

⁴ Pour l'enregistrement de cette audition, voir : <https://www.lachambre.be/media/index.html?language=fr&sid=55U3036>.

propose de cantonner mon intervention à la question de la licéité des pratiques coloniales historiques au regard du droit international.

Il s'agit en l'occurrence d'une question centrale, dans la mesure où seule l'existence d'actes internationalement illicites pourrait entraîner une *obligation* de réparer de la part des anciennes puissances coloniales. Bien évidemment, la réponse qu'on donne à cette question n'empêche aucunement de procéder à des réparations *ex gratia* – c'est-à-dire des réparations librement consenties, p. ex. sur la base de considérations d'ordre moral et politique. Or, tant d'un point de vue juridique que symbolique, la portée respective de ces deux types de réparations n'est évidemment pas la même.

La position classique des anciennes puissances coloniales, telle qu'affirmée notamment lors de la Conférence de Durban en 2001, peut être résumée comme suit : certes, le colonialisme a conduit à un certain nombre d'actes qui aujourd'hui seraient sans doute considérés comme des violations graves du droit international, et que, par conséquent, il faut déplorer ; toutefois, au regard du droit international de l'époque, vers lequel il faut se tourner en vertu du principe universellement reconnu du droit intertemporel, ces actes, tout comme le colonialisme lui-même, n'étaient généralement pas illicites et il n'y a donc pas d'obligation de les réparer. Cette position, qui est reprise dans le rapport des experts (avec un certain nombre de nuances il est vrai) et continue à être défendue par une partie de la doctrine, est aujourd'hui de plus en plus difficile à soutenir d'un point de vue juridique.

Deux constats me permettent de le soutenir devant vous aujourd'hui. Tous deux concernent la mise en œuvre pratique du principe du droit intertemporel. Selon ce dernier, « tout fait, tout acte et toute situation doivent être appréciés à la lumière des règles de droit qui en sont contemporaines ». Or, l'application du droit intertemporel subit aujourd'hui une double inflexion. D'une part, et ce sera là mon premier constat, le développement de l'histoire du droit international a fait considérablement évoluer notre vision du droit international applicable à l'époque coloniale. D'autre part, et ce sera là mon second constat, la simple application mécanique du droit intertemporel,

défini pour la première fois dans le cadre d'un différend territorial entre empires coloniaux, semble de plus en plus difficilement compatible avec le caractère universel de la communauté internationale actuelle.

Pour commencer par des observations historiographiques, il faut noter l'essor considérable qu'a connu l'histoire du droit international depuis le début des années 2000, donc aussi depuis la Conférence de Durban. Cantonnée jusque-là dans une position quasi-anecdotique, elle s'est progressivement affirmée comme une discipline à part entière, qui intéresse aussi bien les spécialistes du droit international, les historiens du droit, et les historiens des relations internationales. Elle suscite aujourd'hui un nombre croissant de publications, dont une partie substantielle intéresse la période coloniale, considérée comme décisive pour l'émergence du droit international tel que nous le connaissons aujourd'hui. L'affirmation de l'histoire du droit international comme discipline fut accompagnée d'une évolution profonde en termes de méthodologie. Il y a vingt ans encore, la plupart des historiens du droit international s'appuyaient essentiellement sur les écrits doctrinaux, essentiellement théoriques. Aujourd'hui par contre, l'accent est de plus en plus mis sur la pratique des États, c'est-à-dire sur les normes juridiques effectivement produites et mises en œuvre, telles qu'on les trouve dans des recueils publiés, voire des documents d'archives.

Cette évolution nous permet aujourd'hui d'avoir une version nettement plus précise du cadre normatif en vigueur au cours de la période coloniale, et de réévaluer la légalité des actes commis par les colonisateurs au regard des obligations juridiques auxquelles ils avaient effectivement souscrit.

Cette observation vaut, tout d'abord, pour les règles applicables entre États occidentaux. Certes, il est juste d'observer qu'il n'y avait pas, jusqu'au milieu du XX^e siècle, de droit international des droits de l'homme, ni de Convention sur le génocide, ni de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Mais peut-on p. ex. en déduire, comme le firent des auteurs allemands au début des années 2000, que le génocide des Héréros et Namas était tout à fait licite au regard du droit international de l'époque ? Assurément non. Les

puissances coloniales n'étaient pas entièrement libres de faire comme bon leur semblait avec les populations soumises à leur domination. Elles avaient pris des engagements solennels et juridiquement contraignants à cet effet, notamment à travers l'Acte général de la Conférence de Berlin de 1885. Signé par l'ensemble des puissances coloniales de l'époque, l'Acte de Berlin était d'ailleurs présenté par les autorités de l'État indépendant du Congo comme la « loi fondamentale » de ce dernier⁵. À cet égard, un certain nombre de chapitres du rapport des experts soulignent les « contradictions », voire le « paradoxe » entre l'humanitarisme affiché de l'État indépendant du Congo et la réalité sur le terrain, marquée par la recherche du profit à tout prix et la carte blanche laissée aux auteurs d'atrocités. En termes juridiques, ces « contradictions », dont le « Roi-Souverain » Léopold II lui-même était conscient, constituaient en réalité autant de violations d'obligations internationales préexistantes. Or, au moins deux types de pratiques doivent être considérées comme ayant été illicites au regard de l'Acte de Berlin.

La première de ces pratiques fut le meurtre de masse des populations locales. En effet, comme l'a déjà signalé Pierre d'Argent lors de l'audition du 27 juin, l'article 6 de l'Acte de Berlin obligeait ses signataires à « veiller à la *conservation* des populations indigènes ». Cette disposition résultait en partie de la volonté des puissances coloniales de se démarquer, en tant que « nations civilisées », des acteurs politiques africains, présentés comme « barbares » car accusés de se livrer à des « guerres d'extermination » et autres pratiques dépeuplant l'Afrique, notamment la traite des esclaves. Dans le même esprit, l'Institut de droit international vota en 1888 une résolution interdisant « toute guerre d'extermination des tribus indigènes, toutes rigueurs inutiles, toutes tortures, même à titre de représailles »⁶. Il ne s'agissait pas là d'une simple vue doctrinale. Certes, la règle fut allègrement violée par toutes les puissances coloniales. Il ne reste pas moins qu'elle fut occasionnellement invoquée, entraînant des conséquences

⁵ « Rapport au Roi-Souverain sur la législation de l'État indépendant du Congo au point de vue de la suppression de l'esclavage et de la protection des noirs », 24 octobre 1889, *Bulletin officiel de l'État indépendant du Congo*, vol. 5 (1889), pp. 198-200.

⁶ « Projet de déclaration internationale relative aux occupations de territoires », résolution adoptée par l'Institut de droit international à Lausanne le 7 septembre 1888, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 10 (1888-1889), pp. 201- 204

majeures : en 1903, l'Empire britannique l'opposa à l'État indépendant du Congo⁷, conduisant *in fine* à la reprise de ce dernier par la Belgique ; en 1919 à Versailles, les Alliés la brandirent face à Allemagne pour priver celle-ci de l'ensemble de son empire colonial⁸.

Une deuxième pratique illicite au regard du droit international applicable entre puissances coloniales fut le travail forcé, du moins dans certaines de ses manifestations. L'article 6 de l'Acte de Berlin obligeait en effet non seulement ses signataires à « veiller à la conservation » des populations colonisées, mais aussi « à concourir à la suppression de l'esclavage et surtout de la traite des noirs ». La nécessité de mettre fin à ces pratiques « barbares » avait été un argument central pour justifier l'expansionnisme colonial en Afrique auprès de l'opinion publique européenne, tout comme le fait de pratiquer l'esclavage était qualifié comme nettement incompatible avec la qualité de « nation civilisée » revendiquée par les puissances coloniales. Or, les puissances coloniales furent bientôt confrontées à la question de savoir si le travail forcé pratiqué d'une manière ou d'une autre par l'ensemble d'entre elles pouvait vraiment être distingué de l'esclavage. Comme j'ai eu l'occasion de l'examiner dans un ouvrage publié en 2017⁹, les juristes de l'époque tentèrent tant bien que mal d'échafauder différents critères de distinction entre ces deux pratiques. Certains eurent recours à un critère de proportionnalité. La commission d'enquête dépêchée dans l'État indépendant du Congo en 1905 nota ainsi que : « l'impôt en travail, comme tout impôt, ne doit absorber qu'une faible partie de l'activité individuelle ; [...] il doit [...] pouvoir se concilier, autant que

⁷ Grande-Bretagne, « Despatch to certain of His Majesty's Representatives abroad in regard to alleged cases of ill-treatment of natives and to the existence of trade monopolies in the Independent State of the Congo », 8 août 1903, *British and Foreign State Papers*, vol. 96 (1902-1903), pp. 536-537.

⁸ « En demandant à l'Allemagne de renoncer à tous droits et titres sur ses possessions d'outre-mer, les puissances alliées et associées ont pris en première considération l'intérêt des populations indigènes [...]. Il suffit de se reporter aux témoignages d'allemands d'avant-guerre, tant officiels que privés, aux accusations formulées devant le Reichstag [...], pour être édifié sur les méthodes de l'administration coloniale allemande, sur les répressions cruelles, les réquisitions arbitraires et toutes les formes de travail forcé qui ont dépeuplé de vastes étendues de territoire dans l'Est-Africain et le Cameroun, sans parler du sort tragique, bien connu, des Herreros [sic] du Sud-Ouest Africain ». « Réponse des Puissances alliées et associées aux remarques de la Délégation allemande sur les Conditions de Paix », 16 juin 1919, in *La Paix de Versailles – Notes échangées entre la Conférence de la Paix et la Délégation allemande*, Paris : Éditions Internationales, 1930, pp. 266-267.

⁹ Michel ERPELDING, *Le droit international antiesclavagiste des « nations civilisées » (1815-1945)*, Bayonne : Institut Universitaire Varenne, 2017, XIII-927 p.

possible, [...] avec la liberté individuelle »¹⁰. Mais quid si ces critères étaient violés ? Un État « civilisé » pouvait-il alors être accusé de pratiquer l'esclavage et, partant, de violer le droit international ? Ici également, il y eut des précédents importants apportant une réponse affirmative à cette question. En 1904, l'Empire britannique accusa ainsi formellement l'État indépendant du Congo d'esclavagisme¹¹. En 1916, les Alliés qualifièrent la déportation de 150 000 ouvriers belges et français par l'occupant allemand comme contraire aux règles antiesclavagistes que celle-ci avait accepté d'appliquer en Afrique¹² ; en 1919, à Versailles, ils invoquèrent également le travail forcé colonial « arbitraire » pratiqué par l'Allemagne pour priver celle-ci de son empire ultramarin¹³. En dépit de l'importance du phénomène, certaines formes de travail forcé, notamment celles dont la mise en œuvre n'était pas conforme à la réglementation en vigueur, pouvaient donc être considérées comme également illicites au regard du droit international de l'époque.

L'Acte de Berlin et les autres accords entre puissances coloniales ne doivent cependant pas constituer notre seul horizon dans l'application de la règle du droit intertemporel. En effet, des études réalisées ces dernières années par des historiens du droit international nous permettent également de décentrer notre regard de la seule perspective des puissances coloniales, aboutissant à une image plus complète de l'état du droit international en vigueur au moment de la colonisation. En effet, contrairement à une affirmation courante, les États – et encore moins les États occidentaux – n'étaient pas les seuls sujets du droit international au moment de la « ruée sur l'Afrique ». Fondée sur des considérations émises par des théoriciens du droit international seulement à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, cette affirmation n'a en réalité aucune base dans la pratique des États telle qu'elle résulte notamment de l'activité des diplomates et

¹⁰ « Rapport de la commission d'enquête », 30 octobre 1905, *Bulletin officiel de l'État indépendant du Congo*, vol. 21 (1905), pp. 160-161.

¹¹ Grande-Bretagne, discours du Ministre des Affaires étrangères Edward Grey devant la Chambre des Communes, 26 février 1908, *Parliamentary Debates*, vol. 184, p. 1878.

¹² « Les Allemands, après avoir promis de respecter la liberté de travail, ont, prétextant le chômage qu'ils avaient eux-mêmes provoqué, organisé et établi l'esclavage qu'ils s'étaient engagés solennellement par la convention de Bruxelles de 1890 à abolir en Afrique ». « Protestation des États alliés contre la déportation en masse des civils belges en Allemagne », 6 décembre 1916, *Revue générale de droit international public*, vol. 24 (1917), documents, pp. 52-53.

¹³ « Réponse des Puissances alliées et associées... », *op. cit.* (note 8).

des agents sur le terrain. À vrai dire, deux études récentes, l'une publiée par Mamadou Hébié en 2015¹⁴, l'autre par Mieke van der Linden en 2016¹⁵, soulignent que les puissances coloniales reconnaissaient tout à fait aux entités politiques extra-européennes la qualité de sujets du droit international, y compris sous l'empire de l'Acte de Berlin, et se considéraient comme internationalement liées par les accords conclus avec elles. Comme le démontre en particulier Mieke van der Linden, dans la plupart des cas, la mainmise des puissances européennes sur l'intérieur du continent africain ne put en réalité se faire qu'au prix d'une violation de ces accords conclus avec les gouvernants légitimes et souverains des territoires concernés. Un coup d'œil sur quelques-uns des près de 400 traités conclus par Stanley et ses collaborateurs¹⁶ laisse penser que tel fut également le cas pour l'État indépendant du Congo. Contraire au principe *pacta sunt servanda*, qui depuis des siècles avait servi de règle coutumière entre Européens et non-Européens, la soumission de l'Afrique à la domination coloniale européenne se fit donc en réalité dans des conditions qui jettent un doute sérieux sur sa licéité au regard du droit international applicable à l'époque.

Des pans entiers des politiques coloniales européennes, à savoir le massacre de populations locales, le travail forcé esclavagiste, voire l'imposition unilatérale de la domination européenne et l'effacement des entités politiques locales, peuvent donc être considérées comme illicites en application du principe du droit intertemporel. Mais qu'en est-il de pratiques dont l'illicéité au regard du droit international de l'époque semble moins établie, comme p. ex. la ségrégation raciale, ou le pillage des œuvres d'art locales ? Ici, comme le reconnaît d'ailleurs le rapport des experts et comme l'a affirmé avec force William Schabas lors de l'audition du 27 juin, de plus en plus de voix plaident pour une évolution du droit international dans le sens d'un dépassement, ou du moins d'un aménagement, de la règle du droit intertemporel héritée de l'époque

¹⁴ Mamadou HÉBIÉ, *Souveraineté territoriale par traité : Une étude des accords entre puissances coloniales et entités politiques locales*, Paris : PUF, 2015, XXI-710 p.

¹⁵ Mieke VAN DER LINDEN, *The Acquisition of Africa (1870-1914): The Nature of International Law*, Leiden : Brill, 2016, XII-352 p.

¹⁶ Voir, à ce sujet : Christine DENUIT-SOMERHAUSEN, « Les traités de Stanley et de ses collaborateurs avec les chefs africains, 1880-1885 », in *Le centenaire de l'État indépendant du Congo : Recueil d'études*, Bruxelles : Académie royale des Sciences d'Outre-Mer, 1988, pp. 77-146.

coloniale. Cette demande d'une « décolonisation » du droit international, donc d'une mise à l'écart de règles historiques créées par des Européens au seul profit d'Européens et au détriment du reste du monde, n'est aucunement récente. Déjà en 1975, dans l'affaire du *Sahara occidental*, le conseil de l'Algérie devant la Cour internationale de justice, Mohammed Bedjaoui, suggérait de rendre inopposable toute norme historique contraire à une règle impérative du droit international contemporain¹⁷, comme p. ex. le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou l'interdiction de la ségrégation raciale. Des aménagements plus limités de la règle du droit intertemporel semblent également envisageables. J'ai ainsi pu suggérer, dans un article mis à votre disposition, de considérer que les règles de droit international présentées à l'époque comme réservées aux peuples « civilisés », comme p. ex. l'interdiction des pillages d'œuvres d'art, auraient également dû s'appliquer aux peuples colonisés¹⁸. Dans un esprit similaire, le professeur Andreas von Arnould a proposé de considérer comme applicables au passé des principes consacrés par le droit international contemporain lorsque ces principes étaient déjà avancés par une partie de la doctrine, voire une partie de l'opinion publique de l'époque¹⁹. Personnellement, je pense qu'une telle évolution vers un droit international décolonisé serait hautement souhaitable dans le contexte mondialisé d'aujourd'hui. Bien évidemment, il va de soi que la décision de s'engager ou non sur cette voie relève des États, idéalement par la voie de leurs représentants démocratiquement élus.

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les Député.e.s,

Je vous remercie.

¹⁷ CIJ, *Sahara occidental*, Exposé oral de M. Bedjaoui, représentant du Gouvernement algérien, CIJ Mémoires, *Sahara occidental*, vol. 4, pp. 490-494.

¹⁸ Michel ERPELDING, « Vers des réparations au titre du colonialisme ? », *Annuaire français de droit international*, vol. 65 (2021), à paraître fin 2022.

¹⁹ Andreas VON ARNAULD, « How to Illegalize Past Injustice : Reinterpreting the Rules of Intertemporality », *European Journal of International Law*, vol. 32 (2021), pp. 408-417.