



Résumé :

A la fin du XIXe siècle, les républicains français accordent leurs faveurs à une formule juridique réputée constituer une alternative à la colonisation traditionnelle, le protectorat. La Tunisie constitue, de ce point de vue, un terrain d'expérimentation privilégié destiné à servir de modèle. Il s'agit ici de recenser un certain nombre de pistes de réflexion dans la perspective d'une approche comparative sollicitant au premier chef les outils de l'histoire du droit.

Abstract :

At the late nineteenth century, the French republicans give their favors to a legal formula which is supposed to be a real alternative to colonization : the protectorate. From this point of view, Tunisia seems to be an ideal « testing ground » to serve as a model. The aim of this paper is to identify a number of lines of inquiry in the context of a comparative approach using the principal « tools » of legal history.

Protectorat ; Tunisie ; Républicains ; historiographie ; pises de recherches ; modèle ; approche comparative ; pluralisme juridique ; système judiciaire ; colonisation

Le protectorat, alternative à la colonie ou modalité de colonisation ?

Pistes de recherche pour l'histoire du droit

1. A la fin du XIX^{ème} siècle, la singularité juridique des protectorats interroge au point qu'elle fait l'objet de travaux universitaires conséquents. En 1896, l'internationaliste français François Despagnet en fait remonter l'origine à l'époque romaine et en dessine les traits à l'époque contemporaine en ces termes : « Le protectorat tend de plus en plus à devenir un moyen d'extension de l'influence politique et économique pour les Etats colonisateurs sous la forme d'une sauvegarde compliquée de tutelle qu'ils exercent sur des pays moins civilisés : on retire ainsi de ces derniers pays les avantages équivalents à ceux que l'on attend habituellement des colonies, tout en évitant les charges et les responsabilités qu'entraîne l'annexion pure et simple : on poursuit, en même temps, un but bien en harmonie avec la mission qui incombe aux puissances civilisées et fortes, c'est-à-dire l'assimilation des populations barbares, leur initiation au progrès d'ordre moral et matériel, l'amélioration de leur sort à tous les points de vue, sans dépossession de leurs droits, sans violence faite à leurs mœurs respectables. Il se produit entre le protecteur et le protégé un échange d'avantages qui constitue l'objet même du contrat synallagmatique servant de base au protectorat »¹.

2. A la même époque, les juristes conviennent généralement qu'au-delà de la variété des situations concrètes, la colonie implique à la fois, l'annexion d'un territoire sur lequel sont appelés à s'installer des colons originaires de la métropole ou d'une autre partie du monde, et son assimilation à un ensemble national dont elle est appelée à constituer le prolongement territorial. En ce sens, le processus de colonisation appelle la mise en place d'une administration nouvelle, créée *ex-nihilo* ou se substituant à celles déjà existantes, et son financement par la puissance colonisatrice. Ce dernier aspect ne manque pas d'alerter les économistes du XIX^{ème} siècle tels un Jean-Baptiste Say qui, dès 1826, relève le fait dans son *Traité d'économie politique*. Quelques décennies plus tard, Napoléon III observe à son tour que « l'Algérie est un boulet attaché au pied de la France » tandis que son contemporain britannique, Benjamin Disraeli, se plaît à évoquer « les poids morts coloniaux ».

¹ F. Despagnet, *Essai sur les protectorats*. Etude de droit international, Librairie de la société générale du recueil, Paris, Sirey, 1896, p. 137.

3. De la même façon, les réticences des milieux politiques français sont toujours très vives après le congrès de Berlin de 1878 au moment où se joue le partage du monde. La France, qui commence à se relever de la défaite de 1870, est alors tenue de prendre position. La Tunisie constitue, à cet égard, pour la jeune Troisième République, une expérience fondatrice : la France y installe, en 1881 un protectorat². Ses promoteurs, qu'ils soient président du conseil ou ministre résident représentant de la France à Tunis, sont pénétrés de l'idée qu'ils sont les inventeurs d'une formule politique et juridique inédite³. Ainsi, la France maintient-elle dans l'ancienne Régence de Tunis la fiction de la souveraineté beylicale, ce qui dispense son budget de la charge d'importantes infrastructures publiques. Dans le même temps, les autorités françaises se réservent le pouvoir de décision dans des domaines stratégiques : affaires militaires et affaires étrangères, mais également, justice. La Régence de Tunis devient un protectorat français qui apparaît, sur le plan géographique, comme une espèce de prolongement territorial de l'Algérie voisine au statut juridique totalement différent.

4. Dans le dernier quart du XIX^{ème} siècle, cette formule juridique aux contours imprécis emporte les suffrages des gouvernements successifs. Pour les artisans du protectorat tunisien, cette forme de relation entre Etats est la plus conforme à l'idéal républicain qui prétend faire accéder généreusement les populations des pays protégés aux progrès de la civilisation. Le protectorat apparaît, en outre, comme la meilleure garantie de la défense des intérêts économiques français. La Tunisie est ainsi regardée comme un véritable laboratoire auquel est suspendu l'avenir de ce type de domination mis en place avec la plus grande attention. La Régence constitue en effet un terrain d'expérience — confié aux mains d'un ancien préfet du Nord, Paul Cambon — susceptible de constituer un modèle éventuellement transposable à d'autres situations coloniales.

² Traité du Bardo du 12 mai 1881. C'est au Congrès de Berlin de 1878, réuni pour régler la « question d'Orient » posée par le dépeçage de l'Empire ottoman, que la France, qui n'est pas concernée mais qui est conviée, reçoit l'autorisation officielle de s'intéresser à la Tunisie, tandis que l'Angleterre peut officiellement jeter son dévolu sur Chypre et l'Autriche-Hongrie sur la Bosnie-Herzégovine. Quelques années plus tard, une conférence plus importante est à nouveau réunie à Berlin de novembre 1884 à février 1885. La France s'y fait attribuer le protectorat sur Madagascar qu'elle échange contre les droits qu'elle possédait à Zanzibar qui revient à l'Angleterre et l'empereur Guillaume 1^{er} y affirme le protectorat allemand sur tous les territoires conquis par Carl Peters.

³ Dans une correspondance privée, Paul Cambon, premier résident général nommé en Tunisie, confie, à la fin de son mandat : « J'ai vu ce matin Jules Ferry qui m'a fait de grands compliments de mon discours de départ de Tunis. Ces inventeurs du protectorat finissent par y croire depuis que j'ai fait marcher ce système auquel j'ai donné ce nom », Lettre à son épouse, Paris, le 26 novembre 1886 : P. Cambon, *Correspondance*. 1870-1924, t. 1 Paris, Grasset, 1940, p. 289.

5. Effectivement, le legs tunisien sera mis à profit lors de l'établissement du second protectorat français dans le nord de l'Afrique au Maroc en 1912, après avoir connu d'autres développements en Asie du Sud-Est. La Tunisie, partie d'un ensemble colonial français que les historiens du droit, à l'instar de Bernard Durand, ont depuis longtemps entrepris d'interroger par maints de ses aspects⁴, ne saurait laisser indifférente une discipline universitaire dont les outils sont propres à saisir la singularité de la catégorie juridique à laquelle elle est rattachée. Erigé en protectorat, formule dont la paternité est attribuée aux républicains de la Troisième République, ce territoire ouvre un vaste chantier d'investigation autour d'une formule de domination dont les modalités sont variables et, partant, les enjeux politiques sans doute encore insuffisamment explorés.

I. Variété des modalités et complexité des critères

6. Le 24 février 1883, Paul Cambon, ministre résident de Tunisie s'exprime en ces termes dans une correspondance adressée au ministre des Affaires étrangères : « Le goût des militaires pour les situations nettes, et pour les situations logiques est déjà un obstacle à l'établissement du protectorat en Tunisie ; l'action de la magistrature est plus profonde que celle de l'autorité militaire et sans mon influence, l'unification avec l'Algérie ne tarderait pas à se faire. Si le gouvernement ne veut pas être contraint à l'annexion de la Tunisie dans un bref délai, si le département des Affaires étrangères tient à mener à bonne fin l'entreprise dont pour la première fois peut-être dans nos annales il se trouve chargé, il importe d'éviter toute assimilation entre les Tribunaux français de la régence et ceux de l'Algérie »⁵.

7. La tonalité de cette missive donne la mesure de la complexité des processus juridiques mis en place au sein du territoire tunisien quelque deux ans après la signature du traité du Bardo, conclu le 12 mai 1881, alors même que le terme « protectorat » n'apparaît pas dans ce texte imposé à la ratification du bey de Tunis. Le propos du ministre résident illustre également de la difficulté rencontrée par les acteurs chargés de la mise en œuvre d'une formule de domination internationale qui peine à se nommer

⁴ De nombreux travaux ont été conduits par Bernard Durand et Martine Fabre dans le cadre de l'UMR 5815 « Dynamiques du droit » de l'Université de Montpellier I. Pour un aperçu sur la question : S. Morandau-Courderc, « Orientation bibliographique » dans B. Durand, M. Fabre (dir.), *Le juge et l'Outre-mer. Les roches bleues de l'empire colonial*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2004, pp. 465-479. Au rang des espaces d'accueil des travaux portant sur l'histoire du droit colonial, il y a lieu d'évoquer les *Cahiers Aixois d'histoire des droits de l'Outre-Mer français*.

⁵ Paul Cambon, ministre résident de Tunisie, au ministre des Affaires étrangères, le 24 février 1883, Centre des Archives Diplomatiques de Nantes, 1222 A-B.

et, plus encore, à se définir, et dont seuls quelques traits généraux font l'objet d'un consensus doctrinal minimum chez les juristes.

8. En effet, les critères les plus communément cités par une doctrine hésitante — dont l'un des spécialistes de la législation coloniale française, Paul Dislere entreprend, à l'orée du XXe siècle, de faire la synthèse — sont en fait l'abandon de la politique étrangère par l'Etat protégé, le contrôle de son administration intérieure, l'approbation des actes réglementaires les plus importants ainsi que la concession éventuelle d'avantages particuliers aux nationaux des deux pays. Le même auteur, président de section au Conseil d'Etat et ancien directeur des colonies, tempère aussitôt prudemment : « Ce régime est un système complexe qui varie selon les pays et la teneur des conventions diplomatiques, et qu'il est impossible de définir par une formule précise : on ne peut donc poser que quelques règles générales en indiquant les traits caractéristiques »⁶.

9. Les juristes témoins du développement de ce type de régime reconnaissent volontiers la difficulté de « fixer les principes généraux de l'institution », selon les mots de l'internationaliste français Mérignhac, qui concède l'impossibilité d'établir une distinction toujours tranchée entre protectorats et colonies⁷.

10. La question est toujours patente près de quatre décennies après la mise en place du protectorat tunisien. L'un des spécialistes français en matière de la législation coloniale — devenue matière optionnelle d'enseignement dans les programmes des facultés de droit depuis 1889 — l'établit toujours aussi nettement dans une publication spécifiquement consacrée à l'Afrique du Nord : « Le mot de protectorat, expose ainsi Arthur Girault, est une formule très large qui peut recouvrir des réalités très diverses. Il n'existe point de Code international réglant d'une manière uniforme les droits et les devoirs réciproques de l'Etat protecteur et de l'Etat protégé, faisant le départ entre les attributs de la souveraineté que conserve le souverain protégé et ceux dont il fait l'abandon. L'empiètement de l'Etat protecteur sur la souveraineté externe ou interne de l'Etat protégé peut être plus ou moins prononcé... Il n'y a pas deux protectorats absolument identiques »⁸.

11. Si, de fait, un certain nombre de critères assez généraux permettent d'établir la spécificité juridique d'un protectorat leur plasticité est telle,

⁶ P. Dislere, *Traité de législation coloniale*, 3^e ed. 1^{er} partie, Paris, Dupont, 1906, p. 240 et s.

⁷ A. Mérignhac, *Traité de Droit international public*, 2^e partie. Le droit de la paix. Paris, LGDJ, 1907, p. 182.

⁸ A. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale. Troisième partie. L'Afrique du Nord. Algérie, Tunisie, Maroc*, IV, Paris, Sirey 4^e éd. 1921, Sirey, p. 433.

notamment en ce qui concerne le contrôle de l'administration intérieure du pays protégé, qu'elle en rend la pertinence souvent douteuse.

12. Le discours politique est d'ailleurs complètement dépourvu d'ambiguïté sur ce point comme l'atteste la formule sans fard lancée par Gabriel Hanotaux qui, en charge du ministère des Affaires étrangères, ne craint pas d'affirmer nettement à la tribune de la Chambre des députés, le 14 novembre 1894 : « Messieurs, disons franchement les choses : il n'y a véritablement de protectorat que quand le protecteur est en mesure de faire valoir sa volonté, au moins dans le champ où elle se limite naturellement »⁹. Loin d'être contredite, cette assertion, formulée à l'appui d'une demande de crédits destinée à couvrir les frais d'une expédition militaire à Madagascar, est réitérée quelques mois plus tard dans des termes tout aussi dépourvus d'ambiguïté : « N'en déplaise à nos jurisconsultes de cabinet, le protectorat ne se définit pas, parce qu'il n'y a pas de tribunal pour juger les conflits qui pourraient s'élever entre la nation protectrice et la nation protégée sur la portée des termes de l'arrangement ; et que, d'autre part, la force de la puissance protégée étant brisée et anéantie par une occupation permanente et un désarmement complet, tout recours à la guerre, sanction suprême des différends internationaux, est, par la même, rendu impossible »¹⁰.

13. De ce point de vue encore, le protectorat peine à se distinguer de la colonie à laquelle il emprunte un trait essentiel, la négation de la souveraineté de l'Etat protégé, quels que soient les efforts déployés par la puissance protectrice en maintenant la fiction. La Régence de Tunis, traditionnellement regardée comme l'expérience fondatrice française en matière de protectorat¹¹, constitue, à ce titre, un exemple édifiant.

14. En février 1882, à la veille de sa nomination officielle en qualité de ministre résident à Tunis, le représentant le gouvernement français, Paul Cambon expose, dans une correspondance privée, que son plan est de « constituer peu à peu un ministère du bey avec des Français et de gouverner la Tunisie du haut en bas »¹². Le mois suivant, dans un rapport adressé au président du Conseil et ministre des Affaires étrangères Freycinet, le représentant du gouvernement français réitère les mêmes vues

⁹ Cité par : C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Tome VI, 5^e éd., Paris, Guillaumin, 1896, p. 472.

¹⁰ *Idem*, p. 547.

¹¹ J. Meyer, J. Tarrade, A. Rey-Glodzeiguer, J. Thobie, *Histoire de la France coloniale des origines à 1914*, Paris, Colin, 1991, t. 1. Pour la Tunisie, les auteurs remarquent : « La formule du protectorat est sortie du slogan gambettiste : " Ni abandon, ni annexion, et de la pratique du premier résident général, le préfet Paul Cambon ».

¹² P. Cambon, Lettre à son épouse le 21 février, 1882 : *Correspondance...op. cit.*, p. 156.

sur l'administration du pays : « Pas d'annexion. Maintien du gouvernement du Bey sous le couvert et au nom de qui tout se fera »¹³.

15. Le protectorat apparaît, de ce point de vue, comme une modalité de contrôle d'un territoire alternative à la colonisation. Cette formule emporte les faveurs des responsables politiques de la Troisième République que la forme parlementaire du régime rend beaucoup plus sensibles que leurs prédécesseurs au poids de l'opinion publique. L'argument financier, en particulier le moindre coût du protectorat par rapport à la colonie, constitue un autre puissant ressort des choix opérés par les républicains. En revanche, l'argument civilisateur, souvent invoqué à l'appui de certaines entreprises coloniales, y apparaît de façon nettement plus atténuée au profit de l'argument réformateur¹⁴. Le protectorat, expose ainsi Paul Rougier, auteur, en 1895, de l'un des premiers ouvrages à vocation universitaire spécifiquement consacré à l'économie et à la législation coloniale, « a pour base des ménagements envers l'organisation indigène, une sorte de collaboration avec elle, permettant de réaliser des changements graduels et des réformes évitant les froissements. Le protectorat n'est pas une immobilisation, mais un instrument de progrès d'une supériorité incontestable dans les contrées qui ont franchi l'époque de la barbarie et sont dans un état de demi-civilisation. La Tunisie continue donc d'être gouvernée par son Bey qui est Sidi Ali frère du Bey Sadoc auquel il a succédé le 28 octobre 1882 ... En vertu du décret du 23 juin 1885, le résident général, dépositaire de tous les pouvoirs du gouvernement français, a sous ses ordres tous les services administratifs, concernant les Européens et les indigènes, les commandants des troupes de terre et de mer. Le Bey a conservé ses droits souverains de législateur, mais ses lois ne sont exécutoires qu'après avoir reçu le « visa » du résident général. Celui-ci est le ministre des Affaires étrangères du Bey, il a la préséance sur le personnage tunisien qui porte le titre de premier ministre »¹⁵.

16. La même idée sert de conclusion à la première publication française de droit international spécifiquement consacrée à la question des protectorats. Son auteur, Frantz Despagnet, associé à l'Institut de droit international, prophétise ainsi, en 1896, un large succès en faveur de cette formule juridique dont il définit l'objet en ces termes : « L'institution des protectorats est appelée à jouer à grand rôle dans la vie internationale. A la conquête brutale, à la soumission sans ménagement d'un peuple à la

¹³ Idem, Lettre à son épouse, 2 mars 1882, p.162.

¹⁴ F. Lekéal, « Les juristes et la question du protectorat : les fruits de l'expérience tunisienne et marocaine », dans F. Renucci et S. Gérard-Loiseau, *Le discours sur le droit au Maghreb*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire éditeur, coll. « Colibris », à paraître en 2011.

¹⁵ P. Rougier, *Précis de législation et d'économie coloniale*, Paris, Larose, 1895, p. 337.

souveraineté, aux lois, aux mœurs d'un peuple plus puissant, elle substitue la tutelle bienveillante secourant la faiblesse, la direction dans la voie du progrès, la pénétration, sans rudesse d'une civilisation supérieure, la combinaison heureuse des bienfaits obtenus par le pays protégé avec les avantages politiques et économiques acquis en retour par l'Etat protecteur »¹⁶.

17. Négativement, le protectorat se définit ainsi par son refus de toute assimilation de l'Etat protégé et de ses populations par l'Etat protecteur. Positivement, il tend à se caractériser par le maintien d'un dualisme institutionnel dans l'appareil gouvernemental et administratif ainsi que par la reconnaissance d'un pluralisme juridique qui en constitue le prolongement nécessaire. Ces éléments constitutifs des protectorats institués par la Troisième République ne suffisent pas pour autant à les caractériser d'une manière telle que la mise en œuvre des politiques protectorales puisse toujours être nettement dissociée des politiques coloniales. Maurice Bompard, l'un des plus proches collaborateurs du premier résident général de Tunisie, en convient aisément dans la préface qui introduit l'un des premiers recueils de législation tunisienne établi depuis la mise en place du protectorat. Soulignant la difficulté d'un concept « assez élastique pour s'appliquer à des Etats biens dissemblables » et à l'appui d'une comparaison entre les protectorats d'Indo-Chine — Tonkin, Annam, Cambodge — et celui de la Tunisie, ce dernier concède que protectorat et annexion sont simplement des moyens différents d'établir une domination qui peut être « aussi efficace sur un pays protégé que sur un pays annexé »¹⁷.

18. Ce type de discours, tenu par l'un des principaux acteurs du protectorat tunisien, ne suffit pas à caractériser l'institution car, dans ce registre également, les dissonances peuvent s'avérer très profondes. Ainsi, à quelques années d'intervalle, le résident général du Maroc exprime une conception du protectorat qui, au contraire, met en relief une profonde différence de nature avec l'annexion. « La conception du protectorat, expose

¹⁶ F. Despagnet, *Essai sur les protectorats*. op. cit., p. 408, 409.

¹⁷ M. Bompard. Préface de P. Zeys, *Code annoté de la Tunisie : Recueil de tous les documents composant la législation écrite de ce pays au 1er janvier 1901*, t. 1, Nancy, Berger-Levrault, 1901, p. VI et s ; X et s. L'auteur fait de l'autonomie le critère du protectorat et remarque « Tant que l'Indo-Chine figurera au budget français, tant que son propre budget sera discuté, voté et contrôlé d'après les mêmes méthodes et par les mêmes corps que celui de la Métropole, tant que les lois applicables dans nos protectorats d'Extrême-Orient émaneront des mêmes pouvoirs que celles applicables en France, aussi longtemps en un mot qu'il n'existera pas dans l'Indo-Chine un Code de l'Indo-Chine composé, comme le *Code tunisien*, d'un ensemble complet de dispositions législatives et réglementaires élaborées, et rendues exécutoires sur place, réglant toutes les matières coloniales (...) l'autonomie n'existera pas ».

en effet Lyautey en 1920, est celle d'un pays gardant ses institutions, se gouvernant et s'administrant lui-même avec ses organes propres, sous le simple contrôle d'une puissance européenne, laquelle substituée à lui pour la représentation extérieure prend généralement l'administration de son Armée, de ses Finances, le dirige dans son développement économique. Ce qui domine et caractérise cette conception, c'est la formule : Contrôle opposé à la formule : Administration directe. Elle doit avoir comme résultante le minimum de frais généraux »¹⁸.

19. A défaut d'uniformisation des discours et des pratiques, et sans doute précisément pour tenter d'y porter remède, les territoires relevant de ce statut alternatif à la colonie commencent, dans le sillage de l'expérience tunisienne, à voir leur singularité consacrée.

20. Le droit public français, prenant acte de l'affirmation progressive du principe de l'autonomie interne comme élément distinctif entre colonie et protectorat¹⁹ — principe confirmé par la jurisprudence de la cour d'appel d'Alger — ne tarde pas à en tirer les conséquences²⁰. Ainsi, au moment de la mise en place du protectorat tunisien le gouvernement Freycinet décide-t-il de faire dépendre la Régence de Tunis du ministère des Affaires étrangères et crée à cette fin un Bureau des affaires tunisiennes rattaché à la direction politique du Quai d'Orsay. L'expérience est jugée à ce point positive qu'elle entraîne, quelque temps plus tard, la création de deux bureaux spécialement affectés l'un au Tonkin, l'autre à Madagascar, puis la mise en place d'une Sous-direction des protectorats. Dans son témoignage rétrospectif publié en 1891, Paul d'Estournelles de Constant, diplomate et premier secrétaire de Paul Cambon, expose à ce propos que « cette innovation en apparence peu importante eut cependant des conséquences appréciables. Les gouvernements d'Allemagne et d'Italie s'en sont inspirés pour constituer leur nouvelle organisation coloniale »²¹.

¹⁸ L.-H. Lyautey, « Politique du protectorat », 18 novembre 1920 dans *Lyautey l'Africain. Textes et lettres du maréchal Lyautey* présentés par Pierre Lyautey, t. IV, 1919- 1925, Paris, Plon, 1957, p. 28. Sur les différences dans les conceptions du protectorat défendues par les premiers résidents de Tunisie et du Maroc et sur les similitudes dans la mise en œuvre des politiques protectorales : C.-A. Julien, *Le Maroc face aux impérialismes*. Paris, éditions J.A., 1978, p. 107 et s. L'auteur observe que la formule de Lyautey est restée lettre-morte.

¹⁹ En sens, notamment : De Dianous, « Généralités sur le protectorat » dans : Régence de Tunis. Protectorat français. Direction de l'enseignement, *Conférences sur les administrations tunisiennes*, Sousse, imprimerie française, 1899, pp. 11-28.

²⁰ En ce sens Cour d'appel Alger (1^{ère} Ch.), 20 mai 1890. Eliaou Scemama c/. Gouvernement tunisien, *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, 1890, Jurisprudence, p. 325 et s.

²¹ P. d'Estournelles de Constant, *La politique française en Tunisie. Le protectorat et ses origines*, Paris, Plon, 1891, p. 321

21. En raison de son particularisme statutaire, la Tunisie échappe ainsi au rattachement au ministère des Colonies. D'autres initiatives gouvernementales tendent à signifier la spécificité de l'ensemble des territoires placés sous protectorat. Un décret présidentiel du 7 janvier 1886 soustrait l'ensemble protectorats français à la compétence du ministère de la Marine et des colonies pour les rattacher directement au Quai d'Orsay²². La même année est mis en place, au sein du Quai d'Orsay, un Comité consultatif des protectorats qui réunit périodiquement, sous l'autorité du ministre des Affaires étrangères, des représentants de chacun des départements ministériels²³. D'autres mesures, de moindre importance, témoignent de la volonté du gouvernement Freycinet de singulariser, au moins symboliquement, les territoires placés sous protectorat par rapport aux territoires coloniaux. Ainsi, la titulature du représentant de la France dans ces pays est-elle uniformisée : le titre de résident général, jugé « mieux approprié à l'étendue et à l'importance des attributions qui sont dévolues à ce haut fonctionnaire », est préféré à celui de résident²⁴. Dans le même temps, le statut des résidents généraux fait l'objet d'une réglementation visant à fixer à la fois le rang de ces fonctionnaires, l'ordre de préséance auquel ils peuvent prétendre, les honneurs qui leur sont dus ainsi que le détail de leur costume²⁵. Ces mesures, si modestes soient-elles, témoignent des espoirs nourris dans l'extension d'un nouveau mode de contrôle des territoires ultra-marins.

22. Au cours des deux dernières décennies du XIX^e siècle, le protectorat devient effectivement le vecteur privilégié des politiques coloniales. A s'en tenir à la chronologie de la constitution du domaine colonial français, on constate qu'après la Tunisie, la France cesse de coloniser au sens juridique du terme : le pays opte en faveur des protectorats²⁶. Dans la zone africaine, on observe ainsi l'installation de protectorats au Congo en 1882 (deuxième expédition de Pierre Savorgnan de Brazza), à Madagascar (1885), au Niger en 1891, au Dahomey en 1893 et plus tard, en 1912, au Maroc (traité de Fez du 30 mars 1912).

²² P. Zeys, *Code annoté...* op. cit., t. 2, p. 740.

²³ Décret présidentiel du 26 mars 1886 instituant le Comité consultatif des protectorats : Idem, p. 741.

²⁴ Rapport au président de la République du décret du 23 juin 1885 : Idem, pp. 741-742.

²⁵ En ce sens : Décret présidentiel du 24 juin 1886 fixant le rang, la préséance, et les honneurs dus au résident général et aux contrôleurs civils : Idem, p. 742-744. Arrêté du ministre des Affaires étrangères fixant le costume des fonctionnaires des Résidences, 30 juin 1886, p. 744.

²⁶ L'aventure tunisienne commence en 1881. La dernière colonisation au sens strict est celle de l'archipel des îles Touamotou en 1880.

23. Le même phénomène peut être observé en Asie du sud-est. Ainsi, la Cochinchine, détachée du royaume d'Annam et cédée à la France en 1862 par le traité de Hué, est encore érigée en colonie en 1867. Il en va tout autrement au Tonkin quelques années plus tard. Après les interventions militaires françaises de 1873, 1883 et 1884, la France opte pour l'érection du territoire en protectorat. On ne peut attribuer ce choix à des circonstances locales, car Cochinchine et Tonkin faisaient partie d'un même ensemble territorial sur lequel régnait l'empereur du Vietnam, Tu Duc. L'Annam devient protectorat français en 1884, tandis que le Laos passe progressivement sous contrôle français à partir de 1888. L'Union indochinoise (Indochine) est alors créée et regroupe la colonie de la Cochinchine, les protectorats de l'Annam, du Tonkin, du Laos et du Cambodge²⁷.

24. L'évolution vers le protectorat n'est d'ailleurs pas propre à la France car les autres puissances accordent leur faveur à ce mode de domination. Tel est le choix opéré par la Grande-Bretagne pour Zanzibar (1890), pour les territoires situés entre l'Ouganda et l'Océan indien (futur Kenya, en 1901), et pour les deux parties de la Rhodésie du Sud (1911). Les Allemands retiennent la même option en 1884 s'agissant du Togo et du Cameroun (traité germano-douala du 12 juillet 1884), des domaines de Lüderitz et Pomona en Afrique australe et, en 1891, du Sud-ouest africain. L'Italie agit de façon identique en Ethiopie en 1889 et sur la côte somalienne jusqu'en 1905.

25. Cette prédilection en faveur d'un mode de domination qui tend progressivement à supplanter la colonisation traditionnelle ne saurait laisser indifférent les juristes. A ce titre, l'histoire du droit, discipline familière de ce type de questionnement, peut s'avérer d'un grand secours pour apprécier la grande variété des situations concrètes propres aux protectorats. « Il y a, note ainsi en 1921 Arthur Girault, l'auteur des *Principes de colonisation et de législation coloniale*, un protectorat très lâche dont le protégé se moque dans la réalité et qui ne laisse pas de créer une situation quelque peu ridicule à l'Etat qui prétend jouer le rôle de protecteur. Il y a un protectorat très étroit qui déguise à peine l'administration directe laquelle s'exerce en réalité. Entre ces deux situations extrêmes, existe une série de nuances infinies... Pour apprécier chaque protectorat, il faut consulter non seulement le texte du traité, mais encore la nature des rapports qui s'établissent à la suite de ce traité entre le protecteur et le protégé. Deux traités dont les

²⁷ Sur la singularité de la Cochinchine, colonie que le décret du 18 octobre 1887, à l'origine de l'Union indochinoise, réunit administrativement aux pays du protectorat du Cambodge, de l'Annam et du Tonkin : J. Le Bourdais Des Touches, *Le régime financier des colonies françaises, non compris les pays de protectorat*. Paris, Rousseau, 1898, p. 87.

termes sont absolument identiques peuvent être les points de départ de situations tout à fait différentes. Bien plus, il faut tenir compte du caractère et du tempérament des hommes que le protectorat met en présence et qui sont plus ou moins autoritaires, plus ou moins obstinés, plus ou moins passionnés, plus ou moins faibles. Le grand mérite de cette formule : le protectorat, c'est précisément sa souplesse qui lui permet de s'adapter à la diversité infinie des situations et des caractères »²⁸.

II. L'apport de l'histoire du droit à l'étude des protectorats

26. Le dualisme institutionnel et le pluralisme juridique mis en œuvre au sein des protectorats français ouvrent des perspectives de recherche dans un certain nombre de registres spécifiques que l'histoire du droit peut assurément contribuer à éclaircir.

A - Apport au concept juridique de protectorat

27. Le terme générique de protectorat tend à englober toutes les formes de domination qui ne sont pas répertoriées comme des colonies. D'emblée, le protectorat semble se définir en négatif de la colonie. Tandis que les colonies sont regardées comme de simples prolongements territoriaux de leur métropole, les protectorats sont censés entretenir avec cette dernière une relation contractuelle d'association. Ainsi, au Maroc, Lyautey, en sa qualité de résident général, s'oppose fermement à toute idée d'assimilation et prend parti en faveur d'un dédoublement fonctionnel des territoires avec une administration française superposée à l'administration chérifienne traditionnelle héritée de la monarchie alaouite. « A nul pays, expose-t-il, ne convenait mieux le régime du protectorat, régime non pas transitoire mais définitif, qui a comme caractéristique essentielle l'association et la coopération étroite de la race autochtone et de la race protectrice dans le respect naturel, dans la sauvegarde scrupuleuse des institutions traditionnelles. Nul régime ne permet davantage d'utiliser à notre profit les organismes locaux et d'en développer les ressources. Décréter l'annexion, instituer un pays en « colonie » entraîne immédiatement et automatiquement l'application de toutes les lois françaises. De ce jour, l'Administration française avec son gabarit immuable, sa puissance d'entraves, sa lourdeur, s'abat de tout son poids sur le malheureux pays. Ce sont toutes les lois françaises, si inconciliables qu'elles soient avec des mœurs, des habitudes, des institutions si différentes des nôtres, qui entrent en application. Le protectorat au contraire nous apporte tous les bénéfices du régime le plus

²⁸ A. Girault, op. cit., p. 433.

souple. Nos lois ne s'y introduisent qu'à mesure des besoins en se modalisant à l'infini ou en s'appropriant (sic) aux nécessités locales »²⁹.

28. Le protectorat diffère donc de la colonisation en ce que les institutions existantes, y compris la nationalité, sont maintenues au plan formel, la puissance protectrice assumant la gestion de la diplomatie, du commerce extérieur et, éventuellement, de l'armée et de la justice. Pourtant, un certain nombre de questions restent en suspens d'autant que le protectorat a parfois été présenté comme une institution inspirée du pragmatisme britannique incompatible avec l'esprit français³⁰. La question posée est ainsi de savoir si le terme de protectorat peut être réellement apposé à toutes les situations.

29. Le *Schutzgebiet* allemand, le quasi-protectorat italien, le système de l'*indirect rule* britannique ou néerlandais — dans lequel les institutions existantes sont laissées en place sous le contrôle de fonctionnaires métropolitains — et le protectorat français sont-ils vraiment semblables ? Les « protectorats » d'un même Etat, en l'occurrence la France, sont-ils bâtis sur un modèle unique ou dépendent-ils des éléments d'un contexte qu'il reste à déterminer ? En d'autres termes, est-ce la nationalité du colonisateur qui détermine la structure juridique du protectorat ou est-ce la nature du contexte ?

30. Les sources archivistiques relatives à l'expérience française en Tunisie invitent à privilégier l'hypothèse selon laquelle le protectorat se caractérise avant tout par un état d'esprit : le pragmatisme y imprègne toutes les structures institutionnelles, en particulier, la justice. A s'en tenir à ce seul exemple, le protectorat se caractérise par une manière particulière d'administrer ou par un mode de fonctionnement plutôt que par une institution *sui generis*. Cette hypothèse, conduisant à proposer une définition plus volontiers dynamique que statique du protectorat, mérite d'être vérifiée pour d'autres territoires.

31. Enfin, le terme même de protectorat, tout comme l'étude des conditions de sa mise en place, pose la question de l'introduction, en droit international, de concepts juridiques empruntés au droit civil. L'idée de protection a partie liée avec les notions de tutelle et d'incapacité de la même

²⁹ L.-H. Lyautey, « Discours de réception à la Chambre de commerce de Lyon », 29 février 1916 dans *Paroles d'action Madagascar – Sud-Oranais – Oran – Maroc (1900-1926)*, Préface de Louis Barthou, 4^e ed., Paris, Colin, p. 173 et s.

³⁰ Les premiers protectorats seraient anglais et à la commission de la SDN de la conférence de la paix, la proposition de la mise sous mandat des colonies confisquées à l'Allemagne émanent d'un anglo-saxon, le général sud-africain Smuts.

façon que le mandat renvoie à toutes les problématiques de la représentation : mandant, mandataire, mission et contrôle de la mission.

32. Quelle est la fonction de ces concepts transposés ? Que recouvrent-ils ? Quelle forme de tutelle et pour quel type d'incapacité ? Incapacité à honorer des dettes ? En effet, la stratégie de la puissance protectrice consistant généralement à provoquer l'endettement des pouvoirs locaux et à le porter à un niveau tel qu'il nécessite la réunion d'une commission internationale regroupant les principales puissances créancières, constitue la première étape de l'ingérence étrangère et institue en fait une sorte de pré-protectorat international. Incapacité d'assurer l'ordre public, en particulier, la sécurité des étrangers occidentaux dans leurs biens et leurs personnes ? Incapacité de se défendre contre des agressions extérieures ? Qui s'agit-il de protéger ? Dans quel but ?

33. Au regard de ces interrogations, il n'est pas établi que ces protectorats, que l'on pourrait qualifier de la première génération, puissent être distingués par leur but de ceux de la seconde c'est-à-dire de ceux qui dérivent des mandats confiés par la Sociétés des Nations à l'issue de la Première Guerre mondiale : assurer la colonisation pour les premiers, émanciper pour les seconds. A moins que le protectorat ne puisse être regardé, en raison même de sa plasticité, comme l'instrument d'une chose et de son contraire ? C'est ce que pourrait suggérer, en première impression, le fait que le régime IIIème Reich ait opté pour le protectorat en vue d'installer sa domination sur la Bohême-Moravie au nom de la protection des intérêts allemands.

B - Apport à une approche renouvelée du pluralisme juridique

34. Dans les protectorats le juge, sans doute plus que partout ailleurs, se trouve directement confronté au pluralisme des normes juridiques : celles de la nation qu'il est chargé de représenter, celles des différentes communautés indigènes peuplant l'Etat protégé, celles des communautés étrangères résidant sur son sol. Comment en tenir compte dans la production du droit et l'organisation de la justice qui y est installée ? Le protectorat, sur le plan juridictionnel, peut être analysé comme une renonciation au système français. Il va de pair avec l'abandon de l'esprit l'uniformisation et de système propre au schéma de l'annexion.

35. Le pluralisme juridique, qui en est la conséquence, a suscité l'intérêt des anthropologues du droit. Cette discipline s'est précisément construite à partir de la réflexion sur les expériences coloniales qui leur ont fourni un

terrain d'expérimentation et ont motivé leurs recherches³¹. L'anthropologie du droit a ainsi pu mettre en évidence une opposition entre le pluralisme juridique des sociétés colonisées et le positivisme des colonisateurs. Elle a en outre dégagé les éléments permettant de définir l'approche positiviste du droit en ces termes : un droit unique applicable sur un territoire étatique donné, formé de règles abstraites et hiérarchisées assorties de mécanismes de contrôle. Un droit reposant, en outre, sur des procédés déductifs, caractérisé par un esprit de système et qui tend à la recherche d'une solution unique aux problèmes : juridiction unique, loi unique pour tous.

36. Cette perspective anthropologique donne la mesure de l'ampleur de la tâche confiée aux fonctionnaires coloniaux français, magistrats et administrateurs notamment, formés à l'école du positivisme et chargés de procéder à l'uniformisation du droit et de la justice. En revanche, dans les pays anglo-saxons où le système de référence commune à la *Common Law* met l'accent sur la pratique judiciaire dans la détermination du droit, l'adaptation aux sociétés coloniales multiethniques paraît, de ce point de vue, plus aisée.

37. Au regard de ces deux perspectives — annexion coloniale française ou *Common Law* britannique — la situation des pays de protectorat apparaît singulière. En affirmant le principe du maintien de la souveraineté locale du pays protégé et en répudiant officiellement toute perspective d'acculturation, le protectorat impose une mise en œuvre particulière du pluralisme juridique né de la cohabitation de populations de nationalité et/ou de religion différente. La mise en œuvre de ce type particulier de relation entre Etats va imposer aux juristes français, et plus particulièrement aux magistrats, une rupture totale avec les schémas traditionnels de leur culture juridique. Dans la pratique quotidienne, une telle opération s'avère souvent douloureuse parce que cette expérience inédite bouleverse les certitudes.

38. Si l'on se réfère à l'exemple tunisien, l'opposition farouche entre le résident général Paul Cambon, convaincu de la souplesse normative exigée par le protectorat, et Honoré Pontois, le président du premier tribunal français, qui y voit une hérésie juridique, illustre parfaitement la difficulté pour les magistrats de rompre avec les habitudes mentales professionnelles positivistes de la métropole³².

³¹ On peut citer notamment Norbert Rouland, et Jacques Vanderlinden, : « Les droits africains entre positivisme et pluralisme », *Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre mer*, n°26, 2000, p. 279-292.

³² A. Deperchin, « Les conditions d'installation de la justice française en Tunisie », dans *Justice, Etat et Société dans l'espace méditerranéen à travers les âges*. Textes réunis par

39. De la même façon au Maroc, les autorités françaises se montrent soucieuses d'éviter les errements des premières années de fonctionnement de la justice française en Tunisie. Le résident général Lyautey fait preuve de la plus grande prudence en la matière en s'entourant à la fois de juristes spécialistes des questions de droit international — lesquels ne tardent pas à diriger des travaux universitaires sur le protectorat — et de magistrats disposant d'une solide expérience tunisienne, tel Stéphane Berge, ancien président du tribunal français de Tunis et président de la première cour d'appel instituée à Rabat, ou encore Jules Herbaux, ancien procureur de la République au sein de la même juridiction. Tous deux, forts de leur expérience tunisienne, siègent en 1912 au sein de la commission de juristes chargée de conseiller le gouvernement français dans le domaine juridique et judiciaire³³.

C - Apport à l'histoire générale de la justice

40. « Qui détient le droit de justice détient le pouvoir »³⁴. Chez les promoteurs même du protectorat, tel un Jules Ferry qui s'exprime en ces termes à la Chambre, la question de la justice au sein du protectorat tunisien s'impose comme une priorité absolue. Il s'agit de substituer aux différentes justices consulaires une justice française appelée à cohabiter avec les juridictions indigènes.

41. Incontestablement, la connaissance des conditions d'installation de la justice dans les protectorats est de nature à enrichir les matériaux d'une histoire élargie de la justice décloisonnée géographiquement. Les problèmes auxquels la justice française se trouve confrontée dans les pays nouvellement érigés en protectorat, sont de nature différente de ceux qui se posent en métropole mais semblent, par bien des aspects, comparables. Les solutions imaginées pour les résoudre hors des contraintes métropolitaines permettent d'analyser le champ des possibilités offertes sur le plan juridique et judiciaire en métropole. De nombreuses questions techniques se posent dans le protectorat, notamment celles de la proximité de la justice, du juge

Adnen Mansar. Éditions de la Faculté des Lettres et Sciences humaines de Sousse, 2007, pp. 5-13.

³³ Cette commission compte parmi ses membres Grunbaum-Ballin, président du Conseil de préfecture de la Seine, Romieu, conseiller d'Etat, Jean Labbé, avocat, Teissier professeur à l'École des Sciences Politiques, de Lapradelle, professeur de droit, Herbeaux, conseiller à la Cour de cassation, Louis Renault, professeur de droit et président de la commission.

³⁴ Journal Officiel. Débats parlementaires. Chambre des députés. Séance du 3 avril 1884, p. 1017.

unique, de la spécialisation des juridictions, de l'introduction de juges non professionnels, des voies de recours, des règles de procédure³⁵.

42. Des problèmes plus spécifiquement politiques s'imposent également tels que celui de la séparation des pouvoirs posé à travers le statut des magistrats ou encore celui de la compétence judiciaire confiée à des administrateurs ou à des militaires. Les solutions proposées dans les protectorats diffèrent de celles que les gouvernements successifs tentent vainement d'imposer sur le territoire métropolitain sans jamais y parvenir du fait des nombreuses résistances. Il en est ainsi, notamment, de la grande question du juge de paix, juge unique, à compétence matérielle et géographique étendue. De ce point de vue, les protectorats, comme les colonies constituent, un terrain d'expérience privilégié libéré des contraintes pesant sur la justice métropolitaine.

Conclusion

43. La question du statut des pays placés sous protectorat français apparaît encore, après la vague des thèses de droit qui lui ont été consacrées au fur et à mesure de l'extension de cette formule, comme un vaste chantier dont l'histoire coloniale, régulièrement interrogée, peut sans nul doute tirer profit³⁶.

44. Au-delà de l'exemple des pays du Maghreb³⁷ unis par une large communauté de culture³⁸, d'autres aires géographiques méritent d'être prises en considération avant même d'envisager l'idée d'une éventuelle singularité française. Cette dernière hypothèse ne pourrait être pleinement validée qu'au prix d'une comparaison élargie aux expériences de même nature conduites par les puissances concurrentes de la France dont on peut penser qu'elles ont pu, alternativement ou simultanément, soit inspirer, soit faire concurrence aux ambitions françaises.

³⁵ En ce sens notamment, B. Durand, « La procédure civile aux colonies. Entre procédure pour Administrateurs et procédure pour Magistrats », dans B. Durand, M. Fabre, (dir.,) *Le juge et l'Outre-Mer. Les roches bleues de l'Empire colonial*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2004, pp. 163-220.

³⁶ En ce sens, par exemple : J.-F. Bayart, R. Bertrand, « De quel « legs colonial » parle-t-on ? », *Esprit*. Décembre 2006 : Pour comprendre la pensée post-coloniale, pp.134-160.

³⁷ Les ouvrages de législation coloniale distinguent généralement entre Algérie, colonies, et pays de protectorat. Sur la question de la singularité algérienne, également : D. Rivet, « Algérie française et Maroc sous protectorat : bref essai d'histoire comparée », ENS LSH - *Colloque Pour une histoire critique et citoyenne, le cas de l'histoire franco-algérienne*, http://ens-web3.ens-lsh.fr/colloques/france-algerie /communication.php3?id_article=273.

³⁸ D. Rivet, *Le Maghreb à l'épreuve de la colonisation*, Paris, Hachette, 2002.

45. Une histoire comparative des normes juridiques appliquées ou simplement édictées dans les pays relevant de ce statut particulier permettrait d'en mieux cerner la portée politique à défaut d'en mettre en évidence la pertinence juridique. Alternative à la colonisation ou simple modalité technique d'un processus de nature identique ? Si l'on admet que la question vaut d'être posée, les outils proposés par l'histoire du droit, en raison notamment de la profusion des sources en la matière, méritent d'être sollicités au premier chef.

46. En effet, indépendamment d'une histoire comparative des différentes expériences européennes - chantier qui est encore loin d'être investi -, on peut rêver à une véritable histoire critique du droit et de la justice dans les protectorats élaborée conjointement par un réseau d'historiens appartenant aux anciens pays protégés et aux ex-puissances colonisatrices. Seule une telle entreprise permettrait en effet d'échapper aux représentations forcément nationales auxquelles - l'histoire culturelle nous l'a enseigné -, le chercheur n'a pas toujours conscience d'être soumis. De ce point de vue, les protectorats du Maghreb constituent un terrain d'expérimentation privilégié, du fait notamment du caractère fondateur du protectorat tunisien et de la similitude des termes des traités définissant les droits de la puissance protectrice.

Farid Lekéal
Université Lille 2-Centre d'Histoire Judiciaire
farid.lekeal@univ-lille2.fr

Annie Deperchin
Université Lille 2-Centre d'Histoire Judiciaire
annie.deperchin@univ-lille2.fr