



Seth Médiateur Tuyisabe, Alessandro Chechi, Marc-André Renold

Mars 2017

Affaire Tête du roi Badu Bonsu II – Ghana et Pays-Bas

Ghana – Ahanta tribe/tribu Ahanta – Netherlands/Pays-Bas – Human remains/restes humains – Colonialism/colonialisme – Diplomatic channel/voie diplomatique – Negotiation/négociation – Settlement agreement/accord transactionnel – Deaccession – Inalienability/inaliénabilité – Ownership/propriété – State responsibility/responsabilité internationale des Etats – Unconditional restitution/restitution sans condition

En 1838, Badu Bonsu II, roi des Ahanta du Ghana, est condamné à mort par les autorités coloniales néerlandaises. Il sera pendu et décapité. Sa tête sera transportée aux Pays-Bas et conservée dans du formol. Celle-ci sera découverte de façon fortuite en 2002 au Centre médical universitaire de Leiden. Par la suite, un accord de restitution de cette tête sera signé à La Haye entre les gouvernements néerlandais et ghanéen ainsi qu'un représentant de la tribu Ahanta.

I. Historique de l'affaire; II. Processus de résolution ; III. Problèmes en droit ; IV. Résolution du litige ; V. Commentaire ; VI. Sources

CENTRE DU DROIT DE L'ART – UNIVERSITÉ DE GENÈVE

PLATEFORME ARTHEMIS

art-adr@unige.ch – <https://unige.ch/art-adr>

Ce matériel est protégé par le droit d'auteur.

I. Historique de l'affaire

Colonialisme

- En **1838**, les têtes de deux émissaires néerlandais du général Jan Vermeer sont retrouvées suspendues au trône du **roi Badu Bonsu II**.¹ En guise de représailles, le roi est condamné à mort. Il est **pendu et décapité**. Sa tête est conservée dans du formol et **transportée aux Pays-Bas** pour y être étudiée. Elle est ensuite oubliée dans les collections du **Centre médical universitaire de Leiden**.²
- En **2002**, dans le cadre de recherches pour un roman historique, **Arthur Japin découvre la tête** dans les collections du Centre médical universitaire de Leiden. Il souhaite voir la tête **restituée au Ghana**. Le Centre s'y oppose.
- En **2008**, le président ghanéen John Kufuor effectue une **visite officielle** aux Pays-Bas. Au cours d'un dîner de circonstance, en présence du président et de la reine Beatrix, **Arthur Japin** leur communique l'affaire de la tête. Dès lors, commence la **négociation** des autorités ghanéennes pour obtenir la **restitution** de la tête.³
- En **juillet 2009**, une cérémonie de conclusion d'un **accord de restitution** est organisée par le gouvernement néerlandais à La Haye en présence du représentant du Ghana aux Pays-Bas et d'une délégation de la tribu Ahanta.⁴

II. Processus de résolution

Voie diplomatique – Négociation – Accord transactionnel

- Le processus de restitution a été initié suite à la visite du président ghanéen John Kufuor aux Pays-Bas. Les négociations entre les gouvernements néerlandais et ghanéen se font par l'intermédiaire du représentant ghanéen aux Pays-Bas, M. Adio Amin.
- Le gouvernement néerlandais a su convaincre le Centre médical universitaire de Leiden de restituer la tête.
- La communauté de la tribu Ahanta, qui a appuyé cette demande de restitution, a été associée au processus. Elle a été représentée par Nana Etsin Kofi II.⁵

III. Problèmes en droit

Deaccession – Inaliénabilité – Propriété – Responsabilité internationale des États

- La tête du roi Badu Bonsu II, conservée dans un bocal de formol, peut être qualifiée de reste humain. En ce sens, l'article 1 de la Convention UNESCO 1970 considère « comme biens culturels les biens qui, à titre religieux ou profane, sont désignés par chaque État comme étant

¹ CESSOU, « Les Pays-Bas rendent la tête d'un roi ghanéen », *in* Libération.

² SCHAFFNER, « Les Pays-Bas rendent au Ghana la tête du roi Badu Bonsu II ».

³ POPHAM, « Bring us the head of King Badu Bonsu, said Ghana – and the Dutch said yes ».

⁴ Ambassade de France à La Haye, Presse néerlandaise du vendredi 24 juillet 2009.

⁵ VERHANGEN, Speech by Verhagen at transfer of the remains of King Badu Bonsu II, 23 juillet 2009.

d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science, et qui appartiennent aux catégories ci-après: (a) collections et spécimens rares [...] d'anatomie; objets présentant un intérêt paléontologique; [...] (c) le produit des fouilles archéologiques (régulières et clandestines) et des découvertes archéologiques; [...] (f) le matériel ethnologique ». De plus, les restes humains sont classés par le Code de déontologie de l'ICOM dans la catégorie de matériel culturel sensible (article 2.5). Le Code prescrit que leur conservation doit se faire dans le respect et en accord avec les intérêts et croyances de la communauté d'origine. Les articles 3.7 et 4.3 abondent dans ce sens. Le Code recommande également que lorsqu'un bien met en jeu les intérêts d'une communauté existante, ses vœux doivent être respectés. Les articles 6.2 et 6.3 sont pertinents en matière de retour et de restitutions. Ils préconisent, d'une part, le dialogue et les démarches en vue du retour et, d'autre part, la restitution lorsque la communauté d'origine le requiert dans le cas où, notamment, un bien a été exporté ou transféré illicitement.

- Deux questions principales se posent dans cette affaire: qualifier juridiquement le contexte prévalant au Ghana en 1838 d'abord et déterminer ensuite la licéité de l'acquisition de la propriété de la tête du roi Badu Bonsu II et de l'exportation de cette tête vers les Pays-Bas.
- Le droit au butin de guerre a longtemps été une pratique internationale reconnue et acceptée dans le contexte des conflits armés et des cas d'occupation.⁶ Le contrôle exercé par les puissances européennes en Afrique prend diverses formes et dénominations: l'occupation effective, le protectorat, le mandat.⁷ Bien que les faits et le contexte historique du cas d'espèce soient peu clairs, la situation coloniale peut être qualifiée de cas d'occupation ou de situation de conflit armé.⁸
- En Europe, la pratique du butin de guerre prend fin dans la pratique au début du 19^e siècle suite à la période des guerres napoléoniennes et au Congrès de Vienne de 1815. Progressivement s'érige en principe de droit coutumier l'interdiction de la confiscation et de la réquisition de la propriété privée par la puissance adverse.⁹ De l'avis général, le droit au butin de guerre est aboli à cette époque et de nombreux traités de paix conclus au début de ce siècle prévoient la restitution de biens culturels saisis.¹⁰ Par ailleurs, la Convention de La Haye de 1899 sur les lois et coutumes de la guerre cristallise des principes similaires issus de la pratique.¹¹ Les articles 42 ss. de la Convention régissent les cas d'occupation et interdisent explicitement le pillage et la confiscation de la propriété privée. Cette Convention stipule que le droit de la famille, des individus et des convictions religieuses doit être respecté. Son article 56 régit les biens culturels et leur confère la protection de bien de propriété privée. Ainsi, les restes humains peuvent être considérés comme relevant de la propriété privée, du patrimoine de la famille ou d'une communauté. Bien que la question de savoir s'il s'agit de biens culturels au sens de la convention reste ouverte, il n'en demeure pas moins que des droits et une protection leur sont conférés.
- Dans cette affaire, il semble que la décapitation du roi Badu Bonsu II relève davantage des représailles suite à l'assassinat des émissaires néerlandais que des conséquences d'une

⁶ RENOLD, « Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse », pp. 201-202 ; et CARDUCCI, « L'obligation de restitution des biens culturels », p. 294 ss.

⁷ DAILLIER, FORTEAU, PELLET, *Droit international public*, p. 590 ss.

⁸ KOLB, *Ius in bello*, pp. 72-78.

⁹ CARDUCCI, « L'obligation de restitution des biens culturels », p. 295.

¹⁰ JAHANNOT-GRADIS, *Le patrimoine culturel matériel et immatériel*, pp. 57-63.

¹¹ Convention de 1899 sur les lois et coutumes de guerre, RS 0.515.111.

sanction résultant d'un procès équitable. Pour autant, la confiscation et l'exportation de la tête restent problématiques. Ainsi, si on admet l'application du droit international aux cas d'occupation coloniale, les obligations et devoirs des acteurs de ce droit s'étendent aussi aux territoires africains, en particulier l'interdiction de la confiscation des biens privés. Toutefois, que la fin de la *ius preadea* soit reconnue et que l'interdiction de la confiscation des biens de l'adversaire forme une coutume internationale ne signifient pas pour autant que la restitution des biens confisqués en découle *de facto*.¹²

- Par ailleurs, la restitution *a posteriori* de la tête peut soulever la question de l'inaliénabilité des collections nationales.¹³ Dans beaucoup de pays, un éventuel retour nécessiterait que le bien culturel faisant l'objet d'une demande de restitution soit déclassé des collections nationales. Dans cette affaire, la question de l'inaliénabilité ne semble pas s'être posée. En effet, on peut supposer que la tête du roi Badu Bonsu II oubliée dans les collections du Centre médical universitaire de Leiden n'ait jamais présenté un intérêt pour l'Etat néerlandais et n'ait ainsi pas été classée comme patrimoine inaliénable.

IV. Résolution du litige

Restitution sans condition

- Un accord de restitution a été signé entre les gouvernements néerlandais et ghanéen, notamment par le ministre des affaires étrangères M. Maxime Verhagen, le chargé d'affaires ghanéen aux Pays-Bas M. Adio Amin, ainsi qu'un représentant de la tribu Ahanta.
- Suite à la conclusion de cet accord, la tête du roi Badu Bonsu II a été restituée à la tribu Ahanta au Ghana. Une cérémonie traditionnelle Ahanta a eu lieu en l'honneur du défunt roi, au ministère des affaires étrangères des Pays-Bas à La Haye.

V. Commentaire

- L'affaire en question est caractéristique de la problématique de la restitution des biens acquis durant la période coloniale.¹⁴ Plusieurs obstacles se profilent d'emblée: la qualification juridique de la situation d'occupation coloniale et la détermination de la base juridique pour assurer la restitution de la tête du roi Badu Bonsu II. Sommes-nous dans un cas d'occupation, de conflit armé, voire même de succession d'un Etat?
- Les principes généraux du droit et la coutume internationale posent quelques principes pertinents. La coutume comme source de droit international repose sur la pratique générale des Etats (*usus*) et l'acceptation de cette pratique comme exprimant une obligation juridique (*opinio juris*).¹⁵
- Il peut sembler paradoxal d'accepter l'existence d'un principe de droit international coutumier réprimant la pratique du butin de guerre au début du 19^e siècle d'une part et parallèlement de

¹² Voir CARDUCCI, « L'obligation de restitution des biens culturels », p. 289 ss ; et CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels*, p. 125 ss.

¹³ RENOLD, « Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse », pp. 195-198.

¹⁴ CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels*, p. 129 ss.

¹⁵ KOLB, *Ius in bello*, pp. 53-56; CARDUCCI, « L'obligation de restitution des biens culturels », p. 296.

justifier une politique de conquête coloniale brutale au mépris de ce même droit d'autre part. Devrait-on en conclure que durant la période coloniale, l'application du droit international était limitée à l'Europe et que les territoires africains étaient des espaces de non-droit ? On en doute. Les traités de partage des territoires conclus entre les puissances et les fondements régissant les rapports de ces mêmes puissances dans les conquêtes du continent ont été organisés et arbitrés à la lumière du droit international coutumier ou conventionnel, que ce soit au travers de traités bilatéraux ou multilatéraux formels ou d'ententes informelles.¹⁶ Les cas de délimitation des frontières coloniales sont un exemple qui plaide en faveur de l'application du droit international sur les territoires africains durant la période coloniale. En effet, l'appréciation d'un tracé frontalier colonial contesté doit se baser sur des titres, des instruments juridiques auxquels le droit international confère une valeur juridique intrinsèque.¹⁷ Ainsi, à la lumière des différentes décisions de la Cour internationale de justice en la matière, on en conclut que le droit international prévalait et régissait les rapports des puissances coloniales sur les territoires occupés.¹⁸ Par conséquent, si le droit s'applique, les effets des droits et obligations qui en découlent opèrent notamment en matière des biens culturels et du patrimoine privé. Le fait que des Etats n'aient pas respecté le droit international existant, notamment le droit coutumier qui interdisait le butin de guerre, ne remet pas en cause l'existence et la pertinence de ce droit.

- Ayant dit ceci, il importe néanmoins de distinguer d'un côté l'existence d'un droit coutumier interdisant le butin de guerre et la confiscation des biens de l'adversaire et d'un autre côté une obligation de restitution qui en découle. Une obligation coutumière de restitution des biens culturels qui serait le résultat d'un comportement répété (*usus*) et d'une conviction (*opinio juris*) ne semble pas avérée.¹⁹ L'on a pu observer une pratique de restitutions conventionnelles dans les traités de paix notamment ainsi qu'une coutume locale prévalant dans certains régions uniquement,²⁰ mais tout ceci n'est pas la preuve d'une uniformité de la pratique, ni de sa généralisation à même de fonder une coutume générale internationale en matière de restitution des biens culturels confisqués ou spoliés. Ainsi, aussi paradoxal que cela puisse paraître, il semble que les Etats, acteurs du droit international prévalant à l'époque du cas étudié, aient reconnu une coutume interdisant la pratique du butin de guerre sans pour autant y adjoindre une obligation de restitution des biens.²¹ Dans le cas d'espèce, il sera possible de constater une violation d'une coutume internationale sans pour autant qu'elle ait pour conséquence une obligation de restitution du bien culturel confisqué.
- Nonobstant les limites du droit, l'histoire a prouvé que la volonté politique peut surmonter la rigidité juridique en apportant des solutions et réparations équitables dans le domaine des biens culturels. Ainsi, on peut citer en guise d'exemple les mesures et principes adoptés et mis en œuvre dans le cadre des spoliations de la Seconde Guerre mondiale.²² Dans ce contexte, des considérations allant au-delà des particularités des droits nationaux ont parfois pris le pas. L'équité et l'éthique peuvent prévaloir afin de réparer les dommages subis. La restitution et

¹⁶ MAIA, KOLB, « Le statut international de la province angolaise du Cabinda », 2015, p. 28 ss.

¹⁷ Voir arrêt de la Cour internationale de justice du 22 décembre 1986, différend frontalier (Burkina /Mali).

¹⁸ DAILLIER, FORTEAU, PELLET, *Droit international public*, p. 519 ss.

¹⁹ CARDUCCI, « L'obligation de restitution des biens culturels », p. 296 ss.

²⁰ Ibid., p. 315.

²¹ Ibid., p. 289 ss.

²² CAMPFENS, *Fair and Just solutions?*, pp. 13-14.

la réparation ont été souvent préférées pour réparer l'injustice.²³ Par conséquent, on peut se demander pourquoi une telle approche n'a pas été adoptée pour les cas de spoliation de la période coloniale.

- Il n'en demeure pas moins qu'à l'heure actuelle, d'autres solutions plus effectives sont envisageables. Les modes alternatifs de résolution des différends en matière de biens culturels prennent ici toute leur importance. Face aux impasses juridiques d'une part et aux finalités davantage pragmatiques de ces méthodes d'autre part, elles permettent d'aboutir à des résultats considérés par les parties comme plus justes et plus équitables. Les négociations portant sur le retour ont certes comme point de départ les souhaits des parties, mais la constellation et les interactions qui les caractérisent sont multiples. Le résultat d'une négociation peut être le fait de plusieurs facteurs comme les démarches des communautés ou des Etats d'origine, la mobilisation de la société civile, les considérations morales et éthiques, les tractations politiques et diplomatiques.
- Néanmoins, l'argumentaire qui structure les négociations n'est pas pour autant dénué de fondement juridique. En effet, celui-ci s'inspire du droit national ou international et surtout de la *soft law*. Dans ce contexte, s'appuyer sur une institution neutre peut s'avérer pertinent. Ceci permettrait d'aboutir à des solutions plus justes et plus équitables et de consolider une pratique en matière de résolution des différends se basant davantage sur les principes d'un régime de droit international public des biens culturels en progressive formation.²⁴

VI. Sources

a. Doctrine

- CAMPFENS Evelien, « Sources of inspiration », *in* *Fair and Just Solutions? Alternative to Litigations in Nazi Looted Art Disputes*, The Hague International, 2015, pp. 13-41.
- CARDUCCI Guido, « L'obligation de restitution des biens culturels et de sujets d'art en cas de conflit armés », *in* *Revue générale de droit international public*, Tome CIV, Editions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 289-392.
- CARDUCCI Guido, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés: Droit commun, Directive CEE, Conventions de l'Unesco et d'Unidroit*, Paris, L.G.D.J., 1997.
- DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, L.G.D.J., 2009.
- JAHANNOT-GRADIS Christiane, *Le patrimoine culturel matériel et immatériel: Quelle protection en cas de conflit armé?*, Genève, Schulthess, 2013.
- KOLB Robert, *Ius in bello: le droit international des conflits*, 2^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2009.
- MAIA Catherine, KOLB Robert, *Le statut international de la province angolaise du Cabinda à la lumière du droit international public*, Paris, Editions A. Pedone, 2015.
- RENOLD Marc-André, « Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse: questions choisies », *in* *Revue de droit suisse*, 129 II (2010/1), pp. 137-220.

²³ SIEHR, « Rechtsfragen zum Handel mit geraubten Kulturgütern in den Jahren 1935-1950 », pp. 327-328.

²⁴ RENOLD, CHECHI, « Just and Fair Solutions: An Analysis of International Practice and Trends », pp. 188-200.

- RENOLD Marc-André, « La Convention de l’Unesco de 1970 et sa mise en application: données de bases », *in* La Convention de l’Unesco de 1970 et sa mise en application, Zurich, Dike, 1997, pp. 117-124.
- RENOLD Marc-André, CHECHI Alessandro, « Just and Fair Solutions: An Analysis of International Practice and Trends », *in* Fair and Just solutions? Alternative on Litigations in Nazi Looted Art Disputes, The Hague International, 2015, pp. 187-201.
- SIEHR Kurt, « Rechtsfragen zum Handel mit geraubten Kulturgütern in den Jahren 1935-1950 », *in* Commission Indépendante d’Experts Suisse – Seconde Guerre mondiale (éd.): la suisse, le national-socialisme et le droit, vol. 2, Zurich, Chronos, 2001, pp. 125-203.
- THÜRER Daniel, HALDEMANN Frank, Commission Indépendante d’Experts Suisse – Seconde Guerre Mondiale: La suisse, le national-socialisme et le droit, vol. 2, Zurich, Chronos, 2001.

b. Décisions judiciaires

- Arrêt de la Cour international de justice du 22 décembre 1986, différend frontalier (Burkina /Mali), C.I.J. Recueil 1986, p. 554, disponible en ligne: <http://www.icj-cij.org/docket/files/69/6447.pdf> (consulté le 2 décembre 2015).

c. Législation

- Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l’importation, l’exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, conclue le 14 novembre 1970, RS 0.444.1 (cité: Convention UNESCO 1970).
- Convention de La Haye sur les lois et coutumes de guerre, conclue le 29 juillet 1899, RS 0.515.111.

d. Documents

- Code de déontologie de l’ICOM, 2013.
- VERHANGEN Maxime, Speech by Verhagen at transfer of the remains of King Badu Bonsu II, 23 juillet 2009, disponible en ligne: <https://www.government.nl/ministries/ministry-of-foreign-affairs/documents/speeches/2009/07/23/speech-by-verhagen-at-transfer-of-the-remains-of-king-badu-bonsu-ii> (consulté le 28 octobre 2015).

e. Médias

- Ambassade de France à La Haye, Presse néerlandaise du vendredi 24 juillet 2009, disponible en ligne: <http://www.ambafrance-nl.org/Presse-neerlandaise-du-vendredi-24,11132> (consulté le 28 octobre 2015).
- CESSOU Sabine, « Les Pays-Bas rendent la tête d’un roi ghanéen », *in* Libération, 9 janvier 2009, disponible en ligne: http://www.liberation.fr/planete/2009/01/09/les-pays-bas-rendent-la-tete-d-un-roi-ghaneen_301289 (consulté le 28 octobre 2015).
- POPHAM Peter, « Bring us the head of King Badu Bonsu, said Ghana – and the Dutch said yes », *in* Independent, 23 octobre 2011, disponible en ligne: <http://www.independent.co.uk/news/world/africa/bring-us-the-head-of-king-badu-bonsu-said-ghana-ndash-and-the-dutch-said-yes-1760710.html> (consulté le 28 octobre 2015).

- SCHAFFENER Claire, « Les Pays-Bas rendent au Ghana la tête du roi Badu Bonsu II », *in* Afrik.com, 24 juillet 2009, disponible en ligne: <http://www.afrik.com/article17227.html> (consulté le 28 octobre 2015).