



HAL
open science

Le droit, la mémoire, l'histoire

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Le droit, la mémoire, l'histoire. La Revue des droits de l'Homme, 2012, 2, 10.4000/revdh.251 . hal-01647383

HAL Id: hal-01647383

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647383v1>

Submitted on 2 Jan 2018

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.

Danièle Lochak. – Intervention au Colloque sur « *Conflits, mémoire et droit (Regards croisés entre la France et l'Amérique latine)* » organisé par le Credof le 5 juin 2012.

Paru dans le numéro 2, décembre 2012, de la *Revue des Droits de l'Homme* en ligne : <http://revdh.org/2-les-numeros-de-la-revue-des-droits-de-lhomme-2/numero-2-decembre-2012/>

Le droit, la mémoire, l'histoire

La réparation différée des crimes antisémites de Vichy devant le juge administratif

Dans les procès de la Libération, la politique antijuive de Vichy n'a guère été prise en compte : les condamnations ont visé la trahison et la collaboration, seules incriminations prévues par les textes qui servaient de fondement aux poursuites. Ce silence des textes traduisait un état d'esprit général marqué par l'absence de revendication spécifique tendant à ce que soient reconnus et sanctionnés comme tels les crimes et persécutions antisémites.

Cette revendication va surgir plus tard, avec la conjonction du « syndrome de Vichy », décrit par Henry Rousso, caractérisé par l'obsession des années noires, et le réveil d'une identité et d'une mémoire juives focalisées sur le souvenir du génocide.

Viendra alors le temps des premières inculpations d'anciens hauts fonctionnaires de Vichy pour crime contre l'humanité – notion qui met en avant la dimension antisémite de la politique de Vichy, jusque là oubliée ou occultée – puis, après de longues batailles procédurales, le temps des procès : celui de Klaus Barbie en 1987, de Paul Touvier en 1994, de Maurice Papon, enfin, condamné en 1998 par la cour d'assises de Bordeaux à dix ans de réclusion criminelle pour complicité de crimes contre l'humanité.

Si ce dernier a pu finalement être inculpé et jugé, malgré tous les obstacles dressés par le monde politique et le monde judiciaire, c'est parce que dans l'intervalle s'étaient effondrés deux dogmes : celui qui exemptait Vichy de toute complicité dans les crimes contre l'humanité commis par l'occupant nazi ; celui qui récusait toute continuité entre le régime de Vichy et l'État républicain.

On peut repérer assez aisément le moment où le basculement s'est opéré. En 1992, encore, lors du cinquantième anniversaire des premières déportations, François Mitterrand refuse d'accéder à la demande qui lui est adressée de reconnaître la responsabilité de la France dans le génocide au motif qu'il est impensable de « demander des comptes » à la République. Toutefois, pour tenter d'apaiser l'émotion suscitée par ce refus catégorique, le gouvernement, par un décret du 3 février 1993, décide d'instaurer une journée nationale de commémoration des « persécutions racistes et antisémites commises sous l'autorité de fait dite "gouvernement de l'État français (1940-1944)" ». Le véritable tournant, on le sait, a lieu le 16 juillet 1995, à l'occasion de la commémoration de la rafle du Vel d'Hiv : Jacques Chirac, qui vient d'être élu président de la République, prononce la fameuse allocution dans laquelle il évoque « ces heures noires [qui] souillent à jamais notre histoire » et rappelle que « la folie criminelle de l'occupant a été secondée par des Français, par l'État français [...], 450 policiers et gendarmes français, sous l'autorité de leurs chefs, [ayant répondu] aux exigences des nazis ». « *La France* [souligné par nous], ce jour-là, accomplissait l'irréparable », ajoute-t-il. D'où la nécessité de « reconnaître les fautes du passé, et les fautes commises par l'État » pour lutter « contre les forces obscures, sans cesse à l'œuvre ».

Si l'on rappelle ici ces événements désormais bien connus, c'est parce que la reconnaissance de la responsabilité de l'État français dans les déportations, qui est au départ une reconnaissance morale, va avoir des retombées juridiques : réglementaires d'abord, jurisprudentielles ensuite.

Car, à partir de 2000, le juge administratif a été appelé à plusieurs reprises à statuer sur la réparation des crimes antisémites commis pendant l'Occupation, ce qui l'a conduit à appréhender l'action des autorités de Vichy « au travers du prisme de la responsabilité administrative »¹. Ce sont ces aspects jurisprudentiels que l'on se propose d'étudier ici : si le corpus est quantitativement limité, on verra qu'il ouvre la voie à un ensemble de réflexions sur les torsions qu'inflige au droit l'aspiration à voir indemnisés les « préjudices de l'histoire »² et inversement sur le carcan dans lequel le droit enserme les actions intentées en ce sens.

Le corpus sur lequel porte notre analyse est le suivant :

a) Pour se conformer à l'une des recommandations de la mission d'étude sur la spoliation durant l'Occupation des biens appartenant aux Juifs résidant en France, dite « Mission Mattéoli »³, un décret du 13 juillet 2000 a prévu une mesure de réparation spécifique en faveur des orphelins de déportés juifs qui, parce que eux-mêmes ou leurs parents n'étaient pas français, n'avaient pas obtenu les indemnités prévues par la législation. Cette mesure, dont plusieurs milliers de personnes vont bénéficier, a été contestée en ce qu'elle faisait un sort particulier aux victimes juives du nazisme. Saisi d'un recours contre le décret, le Conseil d'État a jugé, dans un *arrêt Pelletier du 6 avril 2001*⁴, d'une part que la mesure entraînait bien dans les compétences de l'exécutif, d'autre part qu'il ne violait pas le principe d'égalité dès lors qu'il existait une différence de situation entre les mineurs dont les parents avaient été déportés dans le cadre des persécutions antisémites et ceux dont les parents avaient été déportés à un autre titre.

b) L'*arrêt Papon du 12 avril 2002*⁵ a été rendu à la requête de Maurice Papon qui contestait le refus de l'État de prendre en charge les sommes dues aux parties civiles à la suite de sa condamnation pour complicité de crime contre l'humanité par la cour d'assises de Bordeaux. Le Conseil d'État a reconnu que les actes et agissements de l'administration française qui ont permis l'organisation des convois de déportés ne résultaient pas directement d'une contrainte de l'occupant et que ces actes et agissements étaient constitutifs d'une faute de service mettant en jeu la responsabilité de l'État, à côté de la responsabilité personnelle de Maurice Papon.

c) L'*affaire Lipietz* a donné lieu à plusieurs décisions de justice. Était recherchée ici la responsabilité de l'État et de la SNCF en raison des fautes commises par les services préfectoraux et de police de la Haute-Garonne et par l'entreprise ferroviaire, fautes qui consistaient dans l'arrestation, au mois de mai 1944, de trois membres de la famille considérés comme Juifs, leur transfert dans des conditions inhumaines⁶ jusqu'à Drancy, puis leur internement dans ce camp jusqu'à leur libération, le 17 août 1944. Le tribunal administratif de Toulouse, prolongeant et confirmant sur ce point l'arrêt Papon, a reconnu dans un jugement du 6 juin 2006⁷ la responsabilité de l'État pour les agissements imputables aux autorités préfectorales.

¹ Julien Martin, « Les limites de la responsabilité administrative face aux déportations pendant la Seconde Guerre mondiale », *RDP* 2010, p. 667.

² Antoine Garapon, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, 2008.

³ Sur les travaux de la mission Mattéoli, mise en place par un arrêté du 25 mars 1997, voir la contribution d'Annette Wiewiorka dans ce même numéro de la *Revue*.

⁴ CE, Ass., 6 avril 2001, *Pelletier et autres*, n° 224945, *RFDA* 2001, p. 712, concl. Stéphane Austry, ; *AJDA* 2001, p. 444, chr. M. Guyomar et P. Collin.

⁵ CE, Ass., 12 avril 2002, *M. Papon*, n° 238689, *RFDA* 2002, p. 582, concl. Sophie Boissard.

⁶ Le voyage avait duré trente heures pendant lesquelles les prisonniers étaient restés enfermés dans un fourgon à bestiaux munis de fenêtres minuscules et garnies de barbelé, dans une atmosphère étouffante et n'ayant reçu à boire, par l'intermédiaire de la Croix Rouge, qu'une seule fois.

⁷ TA Toulouse, 6 juin 2006, *M. Guidéon S. et consorts Lipietz*, n° 0104248, *AJDA* 2006, p. 2292, note P. Chrestia ; *RDP* 2006, p. 1715, note Jobart ; concl. Jean-Christophe Truilhé, consultables sur http://helene.lipietz.net/article.php3?id_article=44.

La reconnaissance par ce même jugement de la responsabilité de la SNCF pour les mêmes faits s'est en revanche heurtée en appel puis en cassation à la déclaration d'incompétence de la juridiction administrative : la cour administrative d'appel dans un arrêt du 27 mars 2007⁸ puis le Conseil d'État dans une décision du 21 décembre 2007⁹ ont estimé que seuls les tribunaux judiciaires étaient compétents pour connaître de la responsabilité d'une personne privée gestionnaire d'un service public industriel et commercial ayant agi sans prérogatives de puissance publique¹⁰.

d) Enfin, par un *avis contentieux du 16 février 2009, Mme Hoffman Glemane*¹¹, le Conseil d'État a reconnu la responsabilité pleine et entière de l'État pour l'ensemble des actes et agissements antisémites de Vichy – mais en déclarant simultanément que tous les préjudices avaient désormais été indemnisés « autant qu'ils pouvaient l'être », bloquant ainsi toute action indemnitaire pendante ou future devant les juridictions administratives.

L'analyse de ce corpus jurisprudentiel¹² montre en premier lieu que le contentieux subit de plein fouet et retranscrit fidèlement les retournements interprétatifs de l'histoire (I). Elle met aussi en lumière l'articulation dialectique complexe de l'exception et du droit commun : le droit s'adapte-t-il ou résiste-t-il au caractère exceptionnel des situations qu'il a à traiter, jusqu'à quel point peut-on juger les situations exceptionnelles à l'aune des concepts classiques de la responsabilité publique ? (II) Force est en tout cas de constater l'inventivité dont fait preuve le juge pour résoudre les questions inédites que posent ces litiges singuliers (III) mais aussi sa propension à emprunter une démarche téléologique lorsque le raisonnement déductif fondé sur les principes du droit commun débouche sur des solutions qui paraissent – moralement ou politiquement – inacceptables ou inadéquates (IV). Surgit finalement une interrogation : est-il réaliste de prétendre réparer les « préjudices de l'histoire » par les voies juridictionnelles classiques ?

I. L'emprise des retournements interprétatifs de l'histoire : un contentieux sous influence

L'évolution de la position du juge administratif concernant la mise en jeu de la responsabilité publique pour les actes commis par Vichy retranscrit fidèlement l'évolution des dogmes relatifs à cette période de l'histoire de France. La jurisprudence fixée à la Libération était en phase avec la « mythologie gaullienne ». Le revirement opéré dans les années 2000 a été permis et même suscité par la remise en cause du présupposé selon lequel Vichy n'était pas la France : implicitement consacré par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine qui proclamait que « la République n'a pas cessé

⁸ CAA Bordeaux, 27 mars 2007, *SNCF c/ Consorts Lipietz*, n° 06BX01570, *AJDA* 2007, p. 1309, note J.-C. Jobart.

⁹ CE, 21 décembre 2007, *Mme Colette Lipietz et autres*, n° 305966, *RFDA* 2008, p. 80, concl. Emmanuelle Prada-Bordenave.

¹⁰ Sur l'ensemble de l'affaire on peut se rapporter à Alain Lipietz, *La SNCF et la Shoah. Le procès G. Lipietz c/ État et SNCF*, Ed. Les Petits Matins, 2011.

¹¹ CE, Ass., avis, 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, n° 315499, *RFDA* 2009, p. 316, concl. Frédéric Lenica ; *RFDA* 2009 p. 525, note B. Delaunay et p. 536, note P. Roche ; *AJDA* 2009, p. 59, chr. S.-J. Lieber et D. Bottegghi ; *Les Petites Affiches*, 17 mars 2009, p. 5, note F. Chaltiel.

¹² On pourra se reporter aussi, sur cette question, à la contribution de Delphine Costa au colloque de l'Association Française pour la recherche en Droit Administratif (Toulouse, juin 2012), intitulée « Responsabilité administrative et Vichy », à paraître aux éditions LexisNexis dans la collection « Colloques et débats - travaux de l'AFDA ». On y trouvera notamment, outre des commentaires qui rejoignent en partie les nôtres, une analyse rétrospective plus complète des différents dispositifs qui ont permis d'indemniser les victimes de Vichy depuis la Libération.

d'exister », il empêchait que celle-ci soit tenue pour responsable des méfaits commis par le régime du maréchal Pétain.

Et le déni de la responsabilité politique a rejailli sur la responsabilité juridique. « Tirant les conséquences de cette lecture que l'on pourrait qualifier de "gaullienne" des événements »¹³, le Conseil d'État a systématiquement rejeté les demandes de réparation de préjudices résultant de faits commis pendant la période de Vichy dès lors qu'elles ne pouvaient se fonder sur une législation spéciale.

La ligne jurisprudentielle a été fixée – et verrouillée – par un arrêt d'assemblée Ganascia du 14 juin 1946, rendu sous la présidence de René Cassin et aux conclusions de Raymond Odent. Dans cette espèce le requérant, magistrat affecté en Algérie, demandait réparation des divers préjudices découlant de sa révocation sur le fondement du statut des Juifs. Le Conseil d'État a estimé que les personnes auxquelles la législation d'exception, rétroactivement annulée, avait été appliquée n'avaient droit à aucune réparation pécuniaire au-delà de la restitution du traitement qu'elles auraient dû percevoir, sauf si une loi spéciale en disposait autrement. En somme, comme le relevait avec justesse le commissaire du gouvernement Truilhé dans ses conclusions sur l'affaire Lipietz, on a déduit de l'annulation rétroactive de la législation d'exception que les effets de cette législation émanant d'une « autorité de fait » ne pouvaient être imputés à l'État. Vichy – « nul et non avenue » selon la formule gaullienne – est une parenthèse qui brise la continuité de l'État non seulement sur le plan politique mais aussi sur le plan juridique. Et cette « fiction juridique », reconnue comme telle par Raymond Odent dans son *Cours de contentieux administratif*, « a constitué l'état du droit positif pendant plus d'un demi-siècle »¹⁴.

Car les fictions ont la vie dure : le 14 juillet 1992 encore, François Mitterrand proclamait que la République n'était pas responsable des crimes commis sous Vichy. Le 12 septembre 1994, dans une intervention télévisée, il réitérait : « Je ne ferai pas d'excuses au nom de la France [...], la République n'a rien à voir avec ça. J'estime que la France n'est pas responsable »¹⁵.

Mais lorsque les dogmes finissent par s'écrouler, ils entraînent la jurisprudence dans leur sillage. L'impact du discours de Jacques Chirac a été à cet égard déterminant, comme le reconnaissent tous les observateurs. En admettant que « la France », et non plus seulement « l'autorité de fait se disant gouvernement de l'État français » avait été impliquée dans des actes comme la rafle du Vel d'Hiv, « il ouvrait nécessairement la porte à la reconnaissance d'une responsabilité politique mais aussi juridique »¹⁶. La « dette imprescriptible » à l'égard des déportés juifs était bien entendu aux yeux du président de la République une dette morale. L'invitation à « reconnaître [...] les fautes commises par l'État » a néanmoins contribué à faire évoluer le droit positif : l'hypothèse est confirmée par les références parfois implicites mais souvent explicites à ce discours dans la bouche ou sous la plume des commissaires du gouvernement lorsqu'ils concluent sur des demandes de réparation.

Ainsi, dans l'affaire Pelletier, Stéphane Austry va inviter à abandonner le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique, solution qui s'expliquait, dit-il, « davantage par le contexte de l'époque que par la solidité du raisonnement juridique ». « Les mentalités, poursuit-il, ont évolué. [...] Nous pensons qu'il est aujourd'hui généralement admis que la France a une dette envers les victimes de Vichy ». Et, passant de la dette morale à la créance indemnitaire, il ajoute : « Pourquoi, d'ailleurs, alors que l'Allemagne démocratique est regardée

¹³ Michel Verpeaux, « L'affaire Papon, la République et l'État », *RFDC* 2003/3, n° 55, p. 513.

¹⁴ http://helene.lipietz.net/article.php3?id_article=44

¹⁵ Extraits cités par Michel Verpeaux, *op. cit.*, note 16.

¹⁶ *ibid.*, p. 520

comme juridiquement responsable des crimes du III^e Reich, la France redevenue démocratique ne le serait-elle pas de la complicité de Vichy dans ces mêmes crimes ? Nous ne voyons pas de réponse convaincante à apporter aujourd'hui aux victimes de ces crimes ou à leurs descendants ». De là découle sa proposition de revenir sur la jurisprudence de l'immédiat après-guerre – proposition dont on trouve l'écho dans l'arrêt lui-même lorsque le Conseil d'État, au détour d'une phrase, déclare que le décret attaqué « ne modifie pas les conditions dans lesquelles les personnes qui s'y croient fondées [*les victimes des crimes de Vichy*] peuvent engager des actions en responsabilité contre l'État ».

La question est abordée de façon plus frontale dans l'affaire Papon puisque la solution dépendait directement de la réponse qu'on lui apportait. Le raisonnement proposé par Sophie Boissard pour aboutir à la reconnaissance de la responsabilité de l'État pour faute de service comporte deux volets : elle pose successivement le problème des rôles respectifs de Vichy et de l'occupant allemand puis celui de la continuité juridique entre Vichy et la République. Les deux phases du raisonnement illustrent bien l'impact des retournements interprétatifs de l'histoire sur l'attitude du juge et les revirements jurisprudentiels.

Dans un premier temps, la commissaire du gouvernement s'attache à démontrer – ou plutôt à rappeler, puisque la démonstration en a été faite depuis longtemps par les historiens, dans la foulée des travaux pionniers de Robert Paxton – la responsabilité propre de Vichy dans les déportations. Ces travaux, dit-elle, ont permis d'établir que le gouvernement de Vichy s'était très tôt lancé, de son propre chef, dans une politique d'exclusion et de stigmatisation des Juifs français et étrangers. De même, s'agissant des rafles et déportations massives qui ont eu lieu à partir de l'été 1942, « il est maintenant clairement établi que les responsables politiques français [...] ont accepté en toute connaissance de cause que les services de police et de gendarmerie français y apportent leur concours ». Et, croit-elle utile d'ajouter, « dans un discours prononcé le 16 juillet 1995 à l'occasion de la commémoration des grandes rafles des 16 et 17 juillet 1942, le Président de la République a d'ailleurs solennellement reconnu que « la folie criminelle de l'occupant [avait] été secondée par les Français, par l'État français » et qu'une « faute collective » avait ainsi été commise. La référence au discours de Jacques Chirac témoigne de l'effet « libérateur » qu'il a produit sur le juge en l'aidant à se dégager des dogmes, car cette référence n'était évidemment pas nécessaire pour aboutir à la conclusion qu'il est « conforme à la vérité historique » de reconnaître que les fautes qui ont concouru à l'arrestation et à la déportation des Juifs à partir de Bordeaux entre l'été 1942 et janvier 1944 « engagent la responsabilité propre de l'administration française et ne peuvent être mises uniquement au compte de l'occupant allemand ».

Mais s'il est acquis que l'administration de Vichy a sa part de responsabilité, cette responsabilité peut-elle être imputée à l'État républicain ? Là encore, dans ce second temps du raisonnement, Sophie Boissard va s'appliquer à démontrer que l'hypothèse qui fondait l'irresponsabilité de l'État – l'idée que la République n'ayant en droit jamais cessé d'exister, l'État républicain ne pouvait être tenu pour responsable des agissements du régime illégitime de Vichy – n'est plus tenable aujourd'hui : en dépit de « l'altérité radicale entre l'État républicain et la parenthèse autoritaire qu'a représentée le régime de Vichy », il n'en existe pas moins, en droit et en fait « une continuité entre ces différentes périodes de l'histoire de notre pays » : continuité des agents, puisque la République a conservé à son service les agents qui avaient servi sous Vichy, sous réserve des mesures d'épuration ; continuité des structures administratives ; et même continuité normative puisqu'une large part des textes de Vichy est restée en vigueur après la Libération, élaguée des actes incompatibles avec les principes républicains. « Au nom même de cette continuité, conclut-elle, nous pensons que l'État républicain ne peut échapper à l'héritage de Vichy. Il est tenu d'assumer toutes les conséquences de l'action présente et passée de ses services, même lorsque ces services, agissant sous la tutelle d'autorités illégitimes, ont commis de graves illégalités ».

Le réalisme l'emporte donc désormais sur la reconstruction mythique de l'histoire de France. En admettant la responsabilité de l'État pour faute de service, le Conseil d'État a implicitement mais nécessairement fait sien ce revirement. Le jugement rendu deux mois plus tard par le tribunal administratif de Paris à la requête de la Fédération nationale des déportés et internés, résistants et patriotes est, lui, très explicite. La FNDIRP mettait en cause la responsabilité de l'État et demandait un franc symbolique de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'arrestation de soixante-douze Juifs à Bordeaux pour laquelle Maurice Papon avait été condamné. Le ministre avait rejeté cette demande en faisant notamment valoir que « l'État républicain ne saurait être confondu avec l'État français de Vichy qui en fut la négation ». À quoi le tribunal administratif répond « qu'en raison du principe de la continuité de l'État, la nature de son régime institutionnel et de ses fluctuations au cours de l'histoire ne saurait interrompre sa permanence ou sa pérennité » et que l'État républicain doit par conséquent « assumer la totalité de l'héritage de ses prédécesseurs »¹⁷.

Le juge n'échappe pas à la lecture dominante de l'histoire et il n'est pas étonnant que ses mutations se traduisent par des revirements de jurisprudence. Certains ont vu dans ces revirements une expression de la « repentance » du Conseil d'État concernant sa propre attitude sous l'Occupation¹⁸. Quels que soient les mobiles qui ont pu l'animer, le fait est que le Conseil d'État a fait évoluer sa position en fonction des retournements interprétatifs de l'histoire : « refusant d'admettre la responsabilité de l'État dans les années 1950, lorsqu'il n'était pas possible de reconnaître que la France avait trahi et pouvait être coupable [puis] admettant cinquante ans après que la France est responsable, malgré tout, des actes commis par des autorités « françaises »¹⁹.

II. La dialectique de l'exception et du droit commun

Faut-il – et jusqu'à quel point peut-on – appliquer le droit commun de la responsabilité publique à des situations aussi peu communes que le sort infligé aux Juifs pendant l'Occupation ?

Ces questions qui ne se posaient pas aussi longtemps que l'irresponsabilité de l'État est restée le principe ont inévitablement surgi lorsque le juge a été confronté au « contentieux de l'holocauste ». Les solutions jurisprudentielles témoignent de l'écartèlement entre des tendances ou tentations contradictoires. L'affaire Papon, en 2002, est tranchée à la lumière des concepts les plus classiques de la responsabilité pour faute. Cinq ans plus tard, dans l'affaire Lipietz, c'est encore aux règles de compétence de droit commun que disent se référer la cour administrative d'appel et le Conseil d'État, mais cette fois pour écarter la mise en cause de la SNCF devant les juridictions administratives. En 2009, dans ses conclusions sur l'affaire Hoffman Glemane, Frédéric Lenica suggère en revanche, tout en récusant l'idée de créer de toutes pièces un régime d'exception, qu'il revient au juge de « concevoir un droit de la responsabilité de l'État qui rende compte de l'horreur ». Mais ce droit va cesser de produire effet au moment même où on prétend en dessiner les contours puisque l'évasion hors des chemins du droit commun auquel « le contentieux de l'holocauste est [...] irréductible » s'accompagne d'une déclaration d'irrecevabilité pour l'avenir des actions en responsabilité.

¹⁷ TA Paris, 27 juin 2002, *FNDIRP*, n° 0002976/5

¹⁸ Fabrice Melleray, « Après les arrêts *Pelletier* et *Papon* : brèves réflexions sur une repentance », *AJDA* 2002, p. 837.

¹⁹ Michel Verpeaux, *op. cit.*, p. 523.

1. Appliquer ou adapter le droit de la responsabilité publique ?

a) L'assimilation de la déportation à de banals dommages de guerre

Les décisions rendues au sortir de la guerre, en limitant l'indemnisation aux hypothèses où un texte exprès le permettait, revenaient à assimiler les conséquences de la déportation à des dommages de guerre : on en gommait ainsi l'exceptionnalité et on la faisait rentrer dans le droit commun – à ceci près que le « droit commun » était ici un droit... d'exception puisque fondé sur l'irresponsabilité de l'État.

Le principe, en effet, c'est que les faits de guerre ne peuvent engager la responsabilité de l'État que sur le fondement d'une loi spéciale. La loi du 20 mai 1946 va donc déterminer et limiter strictement le droit à réparation ouvert aux victimes de la déportation et à leurs ayants cause : elle prévoit l'indemnisation des personnes de nationalité française qui, par suite d'un fait de guerre, ont reçu une blessure ou subi un accident ou contracté une maladie ayant entraîné une infirmité, ainsi que les ayants cause des personnes décédées des suites d'un fait de guerre. Sont assimilées à des faits de guerre « toute mesure administrative ou judiciaire, privative ou restrictive de liberté, prise ou maintenue sur ordre de l'ennemi ou de l'autorité de fait se disant gouvernement de l'État français [...] ainsi que toute déportation hors du territoire national pour des motifs politiques ou raciaux ». Les Juifs français revenus de déportation ou leurs ayants cause ont donc pu obtenir des indemnités, sous la forme d'un droit à pension, en qualité de « victimes civiles de la guerre ».

Mais le juge administratif a estimé que l'existence de ce régime législatif spécial de réparation excluait toute autre indemnité complémentaire sur le fondement du droit commun de la responsabilité. Le principe qui veut que le législateur, en organisant des régimes spéciaux de réparation au profit de certaines des victimes de Vichy et de l'Occupation, a entendu exclure toute autre forme d'indemnisation s'est donc conjugué avec l'idée selon laquelle l'État républicain ne pouvait être tenu pour responsable des agissements de Vichy pour exclure quasiment toute réparation des conséquences de la politique antisémite de Vichy.

b) Le retour aux mécanismes classiques de la responsabilité pour faute

Une fois le principe inverse acquis, c'est le droit commun de la responsabilité publique qui va s'appliquer. Mais la relecture des crimes exceptionnels à la lumière des concepts classiques de la responsabilité pour faute ne va pas malgré tout sans interrogations : en quoi consiste précisément la faute ? comment s'articulent la faute de service et la faute personnelle ? s'il y a cumul de fautes, comment répartir la charge indemnitaire ? quels sont les préjudices à indemniser et comment les évaluer ?

Est-ce qu'il y a faute ?

La réponse n'était pas évidente. On pouvait en effet faire valoir que les agissements reprochés étaient légaux à l'époque où ils ont été commis ou à tout le moins que ces actes (qu'il s'agisse de la mise en place d'un service des questions juives, du recensement, de la création de camps d'internement...) présentaient « l'apparence formelle de la plus parfaite légalité ». Et c'est là qu'apparaît en pleine lumière l'impact du revirement opéré à partir des années 2000. Ce que propose Sophie Boissard, en effet, dans ses conclusions sur l'affaire Papon, c'est de fonder le caractère fautif des actes antisémites de Vichy précisément sur l'ordonnance du 9 août 1944 : en les déclarant nuls, elle aurait reconnu leur caractère nécessairement illégal, donc fautif, puisque toute illégalité est constitutive d'une faute ; et en raison de son effet rétroactif, elle les aurait rétroactivement privés de base légale.

Le Conseil d'État va suivre sur ce point sa commissaire du gouvernement.

“Considérant que si l’article 3 de l’ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental constate expressément la nullité de tous les actes de l’autorité de fait se disant « gouvernement de l’État français » qui « établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif », ces dispositions ne sauraient avoir pour effet de créer un régime d’irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par l’administration française dans l’application de ces actes, entre le 16 juin 1940 et le rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental ; que, tout au contraire, les dispositions précitées de l’ordonnance ont, en sanctionnant par la nullité l’illégalité manifeste des actes établissant ou appliquant cette discrimination, nécessairement admis que les agissements auxquels ces actes ont donné lieu pouvaient revêtir un caractère fautif ;”

Le même considérant est repris à l’identique par le tribunal administratif de Paris dans son jugement du 27 juin 2002, FNDIRP. On le retrouve à nouveau, développé et complété par les passages indiqués en italiques, dans l’avis Hoffman-Glemane :

“[...] en sanctionnant l’illégalité manifeste de ces actes qui, en méconnaissance des droits fondamentaux de la personne humaine tels qu’ils sont consacrés par le droit public français, ont établi ou appliqué une telle discrimination, les dispositions de l’ordonnance du 9 août 1944 ont nécessairement admis que les agissements d’une exceptionnelle gravité auxquels ces actes ont donné lieu avaient le caractère d’une faute de nature à engager la responsabilité de l’État.

Il en résulte que cette responsabilité est engagée en raison des dommages causés par les agissements qui, ne résultant pas d’une contrainte directe de l’occupant, ont permis ou facilité la déportation à partir de la France de personnes victimes de persécutions antisémites. Il en va notamment ainsi des arrestations, internements et convoiements à destination des camps de transit, qui ont été, durant la seconde guerre mondiale, la première étape de la déportation de ces personnes vers des camps dans lesquels la plupart d’entre elles ont été exterminées.”

Ainsi, ce qui était vérité juridictionnelle en 1952 ne l’est plus en 2002²⁰ : la réinterprétation de l’ordonnance du 9 août 1944 dans un sens diamétralement opposé à la lecture originelle aboutit à en inverser non seulement la signification mais aussi les effets juridiques.

Comment articuler la faute personnelle et la faute de service ?

Ayant accepté de réintégrer les agissements de Vichy dans le droit commun de la responsabilité, le Conseil d’État va se trouver confronté, dans l’affaire Papon, à la question de leur qualification : ces fautes « d’une exceptionnelle gravité » qui avaient valu à Maurice Papon une condamnation pour complicité de « crimes contre l’humanité » pouvaient-elles être considérées comme des fautes de service engageant la responsabilité de l’État ?

– L’existence d’une *faute personnelle* va être examinée au regard des critères classiques dégagés par la jurisprudence : la faute commise dans le service est une faute personnelle si elle est détachable du service, notamment en raison de son degré anormal de gravité et de son caractère inexcusable. La faute imputée à Maurice Papon répondait incontestablement à ces critères, comme le relève Sophie Boissard dans ses conclusions. Elle était « par ses conséquences mêmes, d’une exceptionnelle gravité », comme l’attestait sa qualification pénale ; elle avait concouru à l’arrestation et à l’internement de plusieurs dizaines de personnes, choisies à raison de leur religion ou de leur « race », et rendu possible leur déportation à Auschwitz. Quant au caractère inexcusable du comportement adopté, il résultait de ce que le requérant avait « joué personnellement un rôle déterminant dans l’organisation des quatre convois [...] partis de Bordeaux » en employant « toute sa compétence et son efficacité à faciliter le déroulement des opérations d’arrestation et de déportation ordonnées par les nazis », en informant « scrupuleusement » les autorités allemandes lors de chaque évacuation de façon à « faciliter l’arrestation des fugitifs ». Et finalement, « en se comportant en pur technicien, il a apporté

²⁰ Fabrice Melleray, *op. cit.*

sans états d'âme son concours actif et efficace à une entreprise criminelle, en refusant de s'interroger sur les conséquences de ses actes ». Papon ou la banalité du mal...

L'arrêt entérine l'existence d'une faute personnelle :

« un tel comportement, qui ne peut s'expliquer par la seule pression exercée sur l'intéressé par l'occupant allemand, revêt, eu égard à la gravité exceptionnelle des faits et de leurs conséquences, un caractère inexcusable et constitue par là-même une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions ».

– Mais la question cruciale posée par l'affaire était de savoir si, à côté de la faute personnelle imputable à Maurice Papon, on pouvait imputer à l'État une *faute de service*. C'est la réponse à cette question qui était le plus attendue et c'est la réponse positive que lui a apportée le juge qui a conféré à l'arrêt sa portée symbolique, même si elle a eu pour conséquence paradoxale d'alléger la charge financière pesant sur Maurice Papon au titre des condamnations civiles prononcées contre lui.

On ne pouvait pas, selon la commissaire du gouvernement, considérer ce qui s'est passé pendant la guerre et l'Occupation comme « une collection de fautes personnelles imputables à des personnes précisément identifiées ». Au-delà de ces fautes personnelles, il y avait également « une faute collective des différents services administratifs qui ont participé à cette politique [...] qui a rendu possibles les agissements pour lesquels M. Papon a été condamné, c'est-à-dire l'arrestation puis la déportation de personnes choisies à raison de leur seule appartenance réelle ou supposée à une minorité religieuse ».

Le Conseil d'État va faire sienne cette analyse²¹ :

“Considérant que si la déportation entre 1942 et 1944 des personnes d'origine juive arrêtées puis internées en Gironde dans les conditions rappelées ci-dessus a été organisée à la demande et sous l'autorité des forces d'occupation allemandes, la mise en place du camp d'internement de Mérignac et le pouvoir donné au préfet, dès octobre 1940, d'y interner les ressortissants étrangers « de race juive », l'existence même d'un service des questions juives au sein de la préfecture, chargé notamment d'établir et de tenir à jour un fichier recensant les personnes « de race juive » ou de confession israélite, l'ordre donné aux forces de police de prêter leur concours aux opérations d'arrestation et d'internement des personnes figurant dans ce fichier et aux responsables administratifs d'apporter leur assistance à l'organisation des convois vers Drancy - tous actes ou agissements de l'administration française qui ne résultaient pas directement d'une contrainte de l'occupant - ont permis et facilité, indépendamment de l'action de M. Papon, les opérations qui ont été le prélude à la déportation”.

– L'étape suivante va donc consister à faire application des principes classiques du cumul de fautes entraînant cumul de responsabilités : s'il y a exclusivement faute de service l'État doit couvrir le fonctionnaire des condamnations civiles prononcées contre lui ; s'il y a exclusivement faute personnelle détachable du service l'agent ne peut obtenir la garantie de l'administration ; enfin, si une faute personnelle a conjugué ses effets avec ceux d'une faute de service distincte, l'administration n'est tenue de couvrir l'agent que pour la part imputable à cette faute de service.

Dans cette dernière hypothèse c'est au juge qu'il appartient de régler la contribution finale de l'agent et de l'administration à la charge des réparations compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives. Ce que va faire ici le Conseil d'État.

²¹ Le tribunal administratif de Toulouse, dans son jugement du 6 février 2006 sur l'affaire Lipietz, reconnaît lui aussi l'existence d'une faute de service engageant la responsabilité de l'État et résultant de ce que “l'administration française, qui ne pouvait manifestement ignorer que leur transfert était organisé à destination de Drancy, a permis et facilité une opération qui devait normalement être le prélude à la déportation des personnes concernées”.

Comment répartir la charge indemnitaire ?

Comme il est évidemment impossible de déterminer à l'aide de critères objectifs et quantifiables dans quelle mesure la faute personnelle et la faute de service ont concouru chacune à la réalisation du dommage, on ne peut s'étonner de l'existence d'une divergence d'appréciation entre la commissaire du gouvernement et la juridiction de jugement. En l'espèce, la divergence est suffisamment importante pour laisser malgré tout songeur. La première proposait de mettre à la charge de l'État un peu plus du quart de la somme globale : 200.000 € sur un total de 720.000 €, Maurice Papon devant s'acquitter de la différence, soit 520 000 €. Le Conseil d'État opte finalement pour un partage égalitaire de la charge indemnitaire entre l'ancien fonctionnaire et l'État. On ne sait pas quelles considérations l'ont conduit à trancher en ce sens, puisque l'arrêt se borne, comme souvent, à affirmer « qu'il sera fait une juste appréciation, dans les circonstances de l'espèce, des parts respectives qui peuvent être attribuées aux fautes analysées ci-dessus en condamnant l'État à prendre à sa charge la moitié du montant total des condamnations civiles prononcées à l'encontre du requérant ».

Sophie Boissard, à la suite d'une analyse fine des circonstances, avait au contraire estimé que les deux fautes ne pouvaient pas être mises sur le même plan. « Si l'on prend en compte l'ensemble des opérations d'arrestations et de déportations menées à partir de la région bordelaise entre les mois de juillet 1942 et d'août 1944, disait-elle, la part prise par les services administratifs dans leur ensemble – service préfectoraux, services de police, responsables du camp de Mérignac – est sans doute beaucoup plus lourde que celle prise par M. Papon à titre individuel ». Mais la perspective s'inversait, faisait-elle valoir, si l'on s'en tenait aux seuls faits pour lesquels Maurice Papon avait été condamné et sur la base desquels avait été calculé le montant de l'indemnité due aux parties civiles, « c'est-à-dire l'organisation des quatre convois qui ont quitté Bordeaux durant l'été 1942, en novembre 1942 et en janvier 1944, et plus précisément, l'arrestation et la séquestration de certaines des victimes de ces convois, notamment des enfants » : il lui semblait que, pour ces faits-là, la responsabilité de Maurice Papon avait été prépondérante.

La solution sur laquelle débouchait cette analyse casuistique n'était ni plus ni moins convaincante que la solution pour laquelle a finalement opté le Conseil d'État et qui avait pour elle le mérite de la simplicité. Il est vrai qu'elle était aussi beaucoup plus favorable au requérant – mais sans doute également aux victimes compte tenu de la solvabilité aléatoire de Maurice Papon.

Comment caractériser et évaluer les préjudices à indemniser ?

L'appréciation est encore plus délicate lorsqu'il faut caractériser et évaluer les préjudices subis. Dans l'affaire Papon, le juge administratif n'avait pas eu à se livrer lui-même à cet exercice, la question ayant déjà été tranchée par la cour d'assises. Mais elle s'est posée dans les affaires Lipietz et Hoffman Glemane et elle aurait continué à se poser pour toutes les requêtes de même nature si le Conseil d'État ne les avait déclarées désormais irrecevables.

Devant le tribunal administratif de Toulouse, les requérants demandaient au juge de condamner solidairement l'État et la SNCF à leur verser 100 000 € par personne pour leur propre préjudice et 100 000 € par personne pour le préjudice subi par leurs parents, soit au total respectivement 250 000 € et 150 000 €. Le préjudice était constitué selon eux par la privation de liberté, les conditions effroyables de transport et de détention, la crainte permanente de la déportation pendant les trois mois de leur internement à Drancy, ainsi que les troubles psychologiques.

Le tribunal a considéré que le dommage subi par les victimes résultait :

« tant de leur internement dans des locaux pénitentiaires à Toulouse pendant un jour et deux nuits, des conditions incompatibles avec la dignité de la personne humaine de leur transport en train de Toulouse à Austerlitz, d'une durée de trente heures environ, et de leur internement au camp de Drancy durant trois mois environ que de la crainte permanente de leur déportation, puis du traumatisme définitif lié au souvenir des événements dont elles ont été victimes ».

Sur cette base il a évalué le montant de la réparation à allouer pour le préjudice moral et les troubles dans les conditions d'existence à 15 000 € par victime et a donc accordé respectivement 37 500 € et 22 500 € aux deux familles requérantes : soit six fois moins que ce qui était demandé.

Devant le tribunal administratif de Paris, Mme Hoffman Glemane réclamait de son côté la somme de 200 000 € en réparation du préjudice subi par son père du fait de son arrestation, de son internement et de sa déportation et la somme de 80 000 € au titre du préjudice subi par elle. Le Conseil d'État, pour les raisons rappelées plus loin, ne s'est pas prononcé sur le montant à lui allouer. Le rapporteur public, dans ses conclusions, s'était néanmoins efforcé de caractériser le préjudice individuel : il consistait d'une part dans le préjudice matériel et moral directement subi par les personnes victimes de crimes contre l'humanité et transmissibles à leurs ayants cause, d'autre part dans le préjudice matériel et moral directement subi par les conjoints survivants et les enfants des victimes, notamment « les troubles exceptionnels dans les conditions d'existence pendant la guerre et après, lorsque l'attente finit par faire place à la perte de tout espoir de retour » et « la douleur morale d'avoir perdu un parent dans des circonstances indicibles ».

Si ces préjudices étaient assurément réparables en argent, leur évaluation n'était pas aisée, et le rapporteur public reconnaissait la légitimité et même le caractère inévitable d'une évaluation forfaitaire, nécessairement approximative. Ajoutant que « la réparation intégrale d'un tel préjudice n'est que pure chimère » il allait jusqu'à juger – d'une façon qui peut, pour le coup, paraître excessivement péremptoire – « qu'un régime de réparation intégrale ne ferait qu'attiser les douleurs en obligeant à la démonstration, pièces et preuves à l'appui, d'un préjudice individualisé pour chaque victime ».

À côté du préjudice individuel, il fallait aussi, disait le rapporteur public, prendre en compte la « dimension collective, générale, universelle » du préjudice subi par les victimes de la politique antisémite de Vichy, et ce préjudice-là, selon lui, n'était tout simplement pas évaluable ni réparable en argent. D'où sa proposition, sur laquelle on reviendra plus loin²², de sortir des voies du droit commun pour imaginer des modes de réparation adaptés à la « dimension incommensurable » du préjudice.

Il n'est jamais facile d'évaluer un préjudice moral et il est illusoire de penser qu'on peut donner son « vrai » prix à la souffrance. La difficulté est plus grande encore lorsque les souffrances endurées et les fautes commises sont hors norme, inouïes. Ces considérations, avec d'autres, ont certainement pesé sur l'avis rendu par le Conseil d'État et sur son choix de faire définitivement échapper le contentieux de l'holocauste à un droit commun décidément difficile à manier.

c) La sortie du “contentieux de l'holocauste” du droit commun en 2009

Sept ans après l'arrêt Papon, le Conseil d'État décide que le temps est (déjà) venu de mettre un terme aux actions contentieuses visant à réparer les conséquences de la politique antisémite de Vichy.

Il reconnaît certes solennellement la réalité des fautes commises, le caractère exceptionnel et d'une gravité extrême des dommages provoqués par les persécutions antisémites et finale-

²² V. *infra*, III.2

ment la responsabilité de l'État pour les conséquences dommageables de ces actes manifestement illégaux « intervenus en méconnaissance des droits fondamentaux de la personne humaine », comme on l'a relevé plus haut. Mais l'inventaire des dispositifs d'indemnisation mis en place au cours du temps pour compenser les préjudices matériels et moraux subis par les victimes débouche sur la conclusion que ces mesures « doivent être regardées comme ayant permis, autant qu'il a été possible, l'indemnisation [...] des préjudices de toute nature causés par les actions de l'État qui ont concouru à la déportation ». Ce qui équivaut à décider de façon prétorienne que les demandes d'indemnisation devront désormais être rejetées. Cette irrecevabilité de principe ressemble fort, non pas certes dans sa justification, mais par ses conséquences pratiques, à un régime d'irresponsabilité.

De fait, tous les tribunaux administratifs saisis d'affaires similaires ont confirmé, suite à la position du Conseil d'État, que l'ensemble des mesures prises par l'État avait eu pour effet de répondre à chacun des préjudices invoqués par les requérants, quelle qu'en soit la nature, et ont donc rejeté les demandes d'indemnisation formées devant eux.

2. L'application déconcertante des règles de compétence au cas de la SNCF

Dans l'affaire Lipietz, les requérants demandaient réparation du préjudice subi par leurs parents conjointement à l'État et à la SNCF, laquelle était considérée comme responsable des conditions inhumaines dans lesquelles ils avaient été transférés de Toulouse à Paris. Se posait donc la question de savoir quelle était la juridiction compétente pour connaître de l'action engagée contre l'entreprise, personne privée gestionnaire d'un service public considéré *a priori* comme de nature industrielle et commerciale.

Le tribunal administratif de Toulouse s'est estimé compétent pour condamner la SNCF, mais la cour administrative d'appel puis le Conseil d'État ont statué en sens inverse. Le point de départ du raisonnement était pourtant le même devant les trois juridictions qui se sont référées aux critères jurisprudentiels classiques : lorsqu'est mise en cause la responsabilité d'un organisme privé, il faut, pour que le juge administratif soit compétent, la réunion de trois conditions, dégagées par l'arrêt *SA Bureau Veritas* de 1983 : 1. l'organisme privé doit participer à l'exécution du service public ; 2. il doit être investi à cette fin de prérogatives de puissance publique ; 3. le dommage doit avoir été causé « dans l'exercice des prérogatives de puissance publique qui lui ont été conférées pour l'exécution de la mission de service public dont il est investi.

Aux yeux du commissaire du gouvernement Truilhé, si la SNCF conservait à l'époque des faits une activité principale de concessionnaire du service public industriel et commercial de transport des voyageurs par chemin de fer, il ne faisait guère de doute « que les personnes internées pour des motifs raciaux, qui étaient transportées par l'entreprise ferroviaire des locaux d'internement de la zone dite libre vers le camp de Drancy, ne voyageaient pas en qualité d'usagers de ce service public industriel et commercial, dès lors que leur transport s'effectuait contre leur gré ». Ces transports faisaient l'objet d'une comptabilité spécifique, sous la qualification de « transports du ministère de l'intérieur » ou de « transports d'israélites » et étaient facturés comme tels au ministère de l'intérieur. Dans ces conditions, concluait-il, « la SNCF nous paraît devoir être regardée comme ayant exécuté non pas une prestation industrielle et commerciale de transport de voyageurs, mais une mission de service public administratif, au sens où le gouvernement dit de l'État français entendait la notion de service public, à savoir le transport des personnes internées pour motifs raciaux en vue de leur déportation ». Et il ne faisait guère de doute non plus à ses yeux que la SNCF exerçait des prérogatives de puissance publique dans l'exécution de ces prestations, compte tenu « de la contrainte régissant de manière omniprésente ces transports, dès lors que non seulement les intéressés étaient transportés contre leur gré, mais qu'ils ne souhaitaient pas davantage être transportés dans les conditions contraires à la dignité humaine sus évoquées ».

Le tribunal administratif a suivi son commissaire du gouvernement et s'est déclaré compétent en estimant que la mission de transporter des Juifs vers différents camps, effectuée pour le compte de l'État français, d'une part se détachait de l'exploitation du service public industriel et commercial et d'autre part s'accompagnait de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

“Considérant [...] que l'entreprise ferroviaire, dans le conseil d'administration de laquelle l'État, qui détenait une part majoritaire de son capital, était largement représenté, agissait pour le compte de l'État français lorsqu'elle assurait le transport de juifs à destination de camps situés sur le territoire national, tel que celui de Drancy, préalablement à leur déportation ; [...] que les transports dont il s'agit, impliquant la contrainte des personnes transportées, qui n'avaient dès lors manifestement pas la qualité d'usagers, ne sauraient être regardés comme ayant été assurés dans le cadre de l'exploitation du service public ferroviaire industriel et commercial constituant l'objet de la SNCF [...] ; que ces prestations, pour la réalisation desquelles ont été mises en œuvre des prérogatives de puissance publique, ont au contraire été effectuées en vue de l'exécution de mesures administratives prises par les autorités nationales.”

La cour administrative d'appel de Bordeaux puis le Conseil d'État ont eux aussi prétendu appliquer les règles de compétence de droit commun. Mais là où le tribunal administratif prenait en compte dans son raisonnement le caractère pour le moins insolite de la mission assumée par la SNCF et le contexte pour le moins spécial dans lequel elle s'inscrivait pour en déduire qu'on ne pouvait pas faire « comme si » on recherchait simplement la responsabilité d'une entreprise privée gérant un service public de transports, les juridictions d'appel et de cassation vont emprunter le chemin inverse : elles décident de faire abstraction de ce que les circonstances de l'affaire ont de particulier pour faire entrer de force les faits hors norme qui sont l'origine du litige à l'intérieur d'une conceptualisation qui a été pensée pour régir des situations « normales ».

Dans son arrêt du 27 mars 2007, la cour commence par décrire en ces termes la mission de la SNCF :

“Considérant qu'il est constant que la SNCF [...] était à la disposition des autorités d'occupation allemandes entre 1940 et 1944 et qu'elle était chargée par les autorités de l'État, qui ont organisé à la demande et sous l'autorité des forces d'occupation la déportation des personnes d'origine juive, d'assurer le transport de ces personnes depuis les gares proches des centres de détention administrative jusqu'aux gares desservant les camps de transit à partir desquels elles devaient être transférées dans les camps de concentration ;”

La spécificité du contexte n'est donc pas escamotée : il y est bien question du rôle de l'État, de l'ingérence des autorités d'occupation, de l'inscription des transports incriminés dans la déportation. La cour reconnaît même que « des agents de la SNCF ont participé à des réunions techniques destinées à coordonner l'exécution de ces transports ». Mais, mettant en avant le fait que ce n'était pas la SNCF qui fixait les conditions dans lesquelles ces transports devaient être réalisés, elle récuse l'idée qu'on pourrait apercevoir ici autre chose que la gestion d'un service public industriel et commercial sans utilisation de prérogatives de puissance publique :

« Considérant [...] que les conditions dans lesquelles ceux-ci devaient être réalisés, soit notamment la détermination de la composition des trains, du type des wagons utilisés, de leur aménagement intérieur et de leur dispositif de fermeture, de même que le nombre des personnes transportées et les modalités de leur traitement, étaient fixées par l'occupant et mises en œuvre par les autorités de l'État ; qu'enfin, les représentants allemands exerçaient le commandement et la surveillance armée des convois avec, parfois, le concours des forces de sécurité publique [...]

“qu'ainsi [...] la SNCF ne peut être regardée comme ayant, par les prestations requises, assuré l'exécution d'un service public administratif, ni davantage comme ayant exercé des prérogatives de puissance publique qui seraient à l'origine des dommages allégués ; que, dès lors, le présent litige, qui met en cause la responsabilité d'une personne morale de droit privé, relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire”.

Dans leur pourvoi en cassation²³, les requérants faisaient valoir, de façon convaincante, que la circonstance que la mission principale confiée à la SNCF, personne privée à l'époque, revête un caractère industriel et commercial n'empêchait pas qu'une mission accessoire relevant du service public administratif lui ait également été confiée s'agissant du transport des personnes d'origine juive sur le territoire français préalablement à leur déportation en Allemagne. Or cette mission, considérée comme d'intérêt général selon la conception qui prévalait alors, ne pouvait pas revêtir un caractère industriel et commercial puisqu'elle ne donnait pas lieu à la conclusion de contrats entre la SNCF et les personnes transportées de force. Il ne faisait donc aucun doute que la SNCF exécutait ici une mission de service public administratif. Le pourvoi entendait démontrer également qu'il y avait bien eu utilisation de prérogatives de puissance publique dès lors que la SNCF participait à la contrainte exercée sur les personnes transportées, notamment parce que c'est elle qui fermait et plombait les wagons pour empêcher toute évasion et parce qu'elle avait fait usage de son pouvoir de contrainte pour limiter au maximum les haltes humanitaires.

La commissaire du gouvernement, Emmanuelle Prada-Bordenave, après avoir rappelé que, selon les critères jurisprudentiels, la nature de la mission confiée à la SNCF, personne morale de droit privé, était sans incidence sur la détermination du juge compétent et que seule comptait la détention ou non de prérogatives de puissance publique, va s'attacher à démontrer l'absence de telles prérogatives. Elle relève à cet égard : – que la SNCF n'avait pas l'initiative de la déportation des personnes ; – que, s'agissant de l'organisation matérielle des convois, elle n'avait pas le choix des wagons (il s'agissait en l'occurrence, on le sait, de wagons de marchandise) ou de leur aménagement intérieur ; – que la surveillance du convoi et des passagers était assurée par la police française. Elle reconnaît néanmoins que la SNCF, après avoir constitué les trains, fermait les portes et plombait les wagons, puis conduisait le train selon un itinéraire et un horaire déterminés par elle, « compte tenu du trafic ordinaire, pour éviter les collisions, les trains de déportés étant des trains spéciaux ».

Mais cela ne l'empêche pas de conclure que « les tâches qui incombaient à la SNCF sont celles qui incombent normalement à une entreprise de transport, y compris le fait de plomber un wagon ou un camion » (!) et qu'il n'est donc pas possible de voir dans leur accomplissement l'exécution d'une prérogative de puissance publique. Le Conseil d'État va la suivre et confirmer de façon laconique la décision de la cour administrative d'appel qui n'a, dit-il, commis ni erreur de droit ni erreur de qualification juridique des faits en estimant que la SNCF, personne privée chargée d'un service public industriel et commercial, ne pouvait être regardée comme ayant agi dans l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Comme le relevait ironiquement mais non sans raison Rémi Rouquette, avocat des consorts Lipietz²⁴ : « Les Hurons pourront s'étonner que la délivrance de certificat de navigabilité par une société privée relève du juge administratif car existe la fameuse prérogative de puissance publique (CE, 23 mars 1983, SA Bureau Veritas) tandis que le transport d'êtres humains dans des wagons à bestiaux plombés ne manifeste pas une telle prérogative : il est bien connu que tous les jours toutes les compagnies de train du monde plombent leurs trains de voyageurs, assoiffent leurs usagers et les privent d'hygiène ». Il ajoutait : « On a du mal à comprendre que les litiges sportifs relèvent du juge administratif et pas ceux du transport contraint. Mais il

²³ Le texte du pourvoi est téléchargeable à l'adresse suivante : <http://helene.lipietz.net/spip.php?article139>

²⁴ <http://www.acaccia.fr/epilogue.html>. L'auteur fait ici allusion à la chronique fameuse de Jean Rivero intitulée « Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir » (D., 1962, chron., p. 37) : l'auteur, à la façon du Persan de Montesquieu, exprimait la réaction stupéfaite d'un Huron qui, venu rendre hommage au Conseil d'Etat, constatait les lacunes du contentieux administratif en matière de protection des justiciables.

ne faut pas chercher une compréhension juridique à une solution qui n'est au fond qu'une décision d'(in)opportunité ».

De fait, les affirmations qui fondent cette solution vont tellement à l'encontre du sens commun qu'on a du mal à imaginer que le juge administratif ne poursuivait pas ici un objectif précis : celui de se défausser sur la juridiction judiciaire d'un contentieux embarrassant et encombrant²⁵. Le soupçon d'une démarche téléologique plane incontestablement sur cette décision comme sur quelques autres²⁶.

III. Une inventivité juridique stimulée par la singularité des litiges

Confronté à des situations exceptionnelles et à des questions inédites, le juge n'hésite pas à proposer des constructions juridiques subtiles et imaginatives et à manier les fictions. Ainsi, la jurisprudence a pendant longtemps entériné la fiction déduite de l'ordonnance du 9 août 1944 : celle-ci ayant constaté la nullité « de tous les actes qui établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif », ces actes ont été réputés n'avoir jamais existé et leurs effets ne s'être jamais produits.

Il s'agissait bien là d'une « fiction juridique », comme l'avait reconnu Raymond Odent à l'époque ; mais cette fiction n'était pas l'œuvre du juge lui-même. Dans les affaires que nous examinons ici, en revanche, on voit le juge faire preuve d'une ingéniosité à la mesure du caractère exceptionnel du contentieux qui lui est soumis, après avoir constaté l'inadaptation des concepts classiques et des règles normalement applicables.

Des trésors d'inventivité ont ainsi été déployés pour faire échapper à la prescription les demandes de réparation formées plus de soixante ans après les faits ou pour appréhender des préjudices d'une ampleur et d'une nature hors du commun.

1. Comment soustraire à la prescription des faits vieux de soixante ans.

Les demandes de réparation formées aussi tardivement devaient se heurter logiquement à la prescription : c'est ce qui s'est produit devant les juridictions judiciaires lorsqu'elles ont été saisies d'actions en responsabilité contre la SNCF²⁷. Devant les juridictions administratives, en revanche, deux constructions juridiques ont été proposées pour les faire échapper à l'irrecevabilité : la thèse de l'imprescriptibilité et le recul du point de départ de la prescription.

a) La thèse fragile de l'imprescriptibilité

La thèse de l'imprescriptibilité a été soutenue par le commissaire du gouvernement Austray dans ses conclusions sur l'affaire Pelletier. Il la fondait sur la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : celle-ci avait affirmé, dans l'affaire Barbie, que « le principe d'imprescriptibilité régit en tous leurs aspects la poursuite et la répression des crimes contre l'humanité »²⁸ et, dans l'arrêt Touvier, que l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité s'appliquait tant à l'action publique qu'à l'action civile pouvant résulter de tels

²⁵ Selon l'avocat de la SNCF, celle-ci avait été saisie de 1800 demandes similaires à celles des consorts Lipietz.

²⁶ V. *infra*, IV.

²⁷ Le TGI de Paris a rejeté en mai 2004 la demande formée par le fils de personnes déportées au motif que le point de départ de la prescription qui est de trente ans en matière civile trouvait son origine dans la seule manifestation du dommage, lequel remontait à soixante ans. Le jugement a été confirmé par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 8 juin 2004.

²⁸ Cass. crim., 3 juin 1988.

crimes²⁹. Selon Stéphane Austry, l'imprescriptibilité de l'action civile à raison de dommages résultant de crimes contre l'humanité devait nécessairement s'étendre aux actions visant à engager la responsabilité de l'État dans de tels dommages, y compris lorsqu'elle était recherchée devant la juridiction administrative.

Mais, aux yeux de la Cour de cassation, l'imprescriptibilité ne s'étendait à l'action civile que lorsqu'elle était jointe à l'action pénale. Or, dans les contentieux soumis au juge administratif seule était mise en cause la responsabilité de personnes morales, indépendamment de poursuites pour crime contre l'humanité qui ne peuvent viser que des personnes physiques.

La thèse était donc fragile. Elle n'a pas été reprise par le Conseil d'État qui s'est placé sur un autre terrain que celui proposé par son commissaire du gouvernement pour trancher le litige, lequel ne supposait pas au demeurant de prendre parti sur la question de la prescription³⁰. Sophie Boissard, dans ses conclusions sur l'affaire Papon, avait émis des réserves à l'égard de cette thèse, bien que la question de l'imprescriptibilité ne fût pas non plus l'enjeu du procès. Elle doutait que l'imprescriptibilité puisse être étendue « aux actions tendant à mettre en cause, devant la juridiction administrative, la responsabilité de l'État à raison de faits ayant concouru à la commission de tels crimes ».

La thèse développée par Stéphane Austry a été en revanche reprise à leur compte par les consorts Lipietz devant le tribunal administratif de Toulouse : ils soutenaient que leur action en responsabilité était imprescriptible puisque les dommages imputés aux services préfectoraux de la Haute-Garonne et à la SNCF devaient être qualifiés de crimes contre l'humanité ou de complicité de crimes contre l'humanité et que la loi de 1964 avait constaté l'imprescriptibilité de ces crimes.

Mais le commissaire du gouvernement l'a écartée, estimant qu'il résultait clairement des termes de l'arrêt de la Chambre criminelle du 1^{er} juin 1995 que c'est seulement dans hypothèse où l'action civile est exercée devant le juge répressif, par voie de constitution de partie civile, que celle-ci est imprescriptible.

Dans l'avis Hoffman Glemane, le Conseil d'État aurait dû trancher la question, qui lui avait été explicitement posée par le tribunal administratif de Paris : « Le caractère imprescriptible des crimes contre l'humanité peut-il être étendu aux actions visant à engager la responsabilité de l'État à raison de faits ayant concouru à la commission de tels crimes ? ». Il a estimé que le constat selon lequel il n'y avait plus de place pour des demandes d'indemnisation le dispensait d'y répondre. Le rapporteur public avait en revanche examiné la question et proposé d'y répondre négativement pour les mêmes raisons que son collègue du tribunal administratif de Toulouse : la règle d'imprescriptibilité ne valait qu'en matière pénale et elle était limitée aux actions civiles accessoires ; l'État ne pouvant être attiré devant le juge pénal, l'action en responsabilité dirigée contre lui ne pouvait donc revêtir de caractère imprescriptible.

b) Le recul du point de départ de la prescription

Suivant son commissaire du gouvernement, le tribunal administratif de Toulouse a admis en revanche qu'il convenait de repousser le point de départ de la prescription tant pour les actions intentées contre l'État que contre la SNCF.

Pour écarter la déchéance quadriennale, le commissaire du gouvernement rappelait qu'il est de jurisprudence constante que le délai ne commence pas à courir lorsque le créancier de la collectivité publique est laissé par l'administration dans l'ignorance légitime de sa créance.

²⁹ Cass. crim., 1er juin 1995.

³⁰ V. *infra*, IV.1.

Ce principe a été confirmé par la loi du 31 décembre 1968 qui dispose que « la prescription [quadriennale] ne court ni contre le créancier qui ne peut agir... pour une cause de force majeure, ni contre celui qui peut être légitimement regardé comme ignorant l'existence de sa créance... ».

Or, poursuivait-il, la fiction juridique sur laquelle reposait la jurisprudence Ganascia qui a posé le principe de l'irresponsabilité de l'État pour les actes de Vichy a constitué l'état du droit positif pendant plus d'un demi-siècle : les requérants étaient donc dans l'ignorance légitime de leur créance à l'égard de l'État. C'est seulement par l'arrêt Pelletier de façon implicite puis par l'arrêt Papon de façon explicite que le Conseil d'État a renversé le postulat jurisprudentiel qui faisait obstacle toute action en responsabilité. Le commissaire du gouvernement proposait donc de faire partir le point de départ du délai de prescription quadriennale à la date de la publication du premier de ces arrêts.

Le tribunal administratif a fait intégralement sienne cette construction et a donc considéré que les demandes de réparation visant l'État n'étaient pas prescrites, les requérants ayant pu croire jusqu'à la publication de l'arrêt Pelletier qu'ils ne détenaient, en droit, aucune créance sur l'État.

La solution proposée par le commissaire du gouvernement et retenue là encore par le tribunal en ce qui concerne la prescription décennale opposée par la SNCF était plus audacieuse encore. Elle consistait à faire partir le délai de prescription de la date de la publication, en 1996, du rapport Bachelier qui avait fait la lumière sur le rôle de la SNCF dans la mise en œuvre des convois destinés à transporter les Juifs à destination de Drancy ou d'autres camps à partir desquels ils avaient été ensuite déportés³¹.

“Considérant [...] que le délai de cette prescription n'a pu toutefois commencer à courir que du jour où MM. Guidéon S. et Georges Lipietz ont pu agir valablement, c'est-à-dire ont disposé d'informations suffisantes sur l'existence de leur créance, ce qui supposait en l'espèce une connaissance suffisamment précise du rôle joué par la SNCF dans le transport de Juifs à destination de camps tels que celui de Drancy en vue de leur déportation et des modalités de l'organisation de tels transports ;

Considérant que de tels éléments d'information n'ont été effectivement disponibles qu'à partir du milieu des années 1990, plus précisément lorsqu'a été rendu accessible au public le rapport documentaire déjà cité, produit par les requérants, établi en 1996 par M. Bachelier, chercheur au CNRS, à la demande de la SNCF, lequel a fourni pour la première fois des données historiques précises et incontestables ;”

Le Conseil d'État n'a pas eu à se prononcer sur la question de la prescription décennale puisqu'il s'est déclaré incompétent pour connaître des actions intentées contre la SNCF. Il aurait été en revanche inévitablement amené à se prononcer sur la déchéance quadriennale pour répondre à la question posée par le tribunal administratif de Paris dans l'affaire Hoffman Glemane s'il n'avait déclaré qu'il n'y avait pas lieu de le faire pour les raisons déjà rappelées. Dans les termes où elle était posée, la question revenait en substance à demander au Conseil d'État de confirmer ou d'infirmer la construction imaginée par le tribunal administratif de Toulouse :

³¹ À l'occasion de la commémoration de la rafle du Vel d'Hiv en juillet 1992 avait éclaté une polémique sur le rôle de la SNCF dans la déportation. C'est à la suite de cette polémique que la SNCF a décidé de passer une convention avec l'Institut d'histoire du temps présent (IHTP-CNRS) et de financer une recherche visant à élucider les différents aspects de l'histoire de la SNCF pendant l'Occupation et notamment son rôle dans le processus de la déportation. Cette recherche, menée par Christian Bachelier, a débouché sur un rapport, remis à la SNCF en septembre 1996 et intitulé *La SNCF sous l'Occupation allemande, 1940-1944*. De ce rapport il ressortait notamment que, au même titre que la police, la gendarmerie ou les préfets, des responsables de la SNCF avaient été associés à l'élaboration des modalités pratiques de la déportation. Le rapport Bachelier est consultable sur le site de l'Association pour l'histoire des chemins de fer : <http://www.ahicf.com/ww2/rapport/av-propos.htm>

“Convient-il de juger que, eu égard à la jurisprudence qui a prévalu jusqu’à son abandon par l’arrêt du Conseil d’État du 12 avril 2002, Papon, la prescription quadriennale ne pouvait commencer à courir tant que la requérante pouvait être regardée comme ayant légitimement ignoré l’existence de la créance qu’elle pouvait avoir sur l’État. Faut-il considérer qu’il a été mis fin à cet état d’ignorance par la publication du décret n° 2000-657 du 13 juillet 2000 ou bien, par la lecture ou la publication de l’arrêt Papon ?”

Frédéric Lenica, dans ses conclusions, a longuement analysé les modalités possibles d’un aménagement du « rapport à l’écoulement du temps » dans la constitution des créances des victimes des persécutions antisémites, sachant qu’elles seraient atteintes par la prescription si l’on appliquait le droit commun. Appliquer ici « l’orthodoxie du droit commun » reviendrait, disait-il, à « contredire l’équité et méconnaître la progressive émergence de la vérité historique ». Il proposait par conséquent que l’année de rattachement pour l’application du régime de prescription soit non pas l’année du fait générateur, mais « l’année au cours de laquelle l’identité du débiteur [s’est trouvée] révélée » et même, plus précisément, le moment de la « proclamation publique de son identité, seule à même de l’incorporer à la fois dans la conscience collective et le passif de l’État ».

Cherchant alors à déterminer quel avait pu être le moment de cette révélation publique, il excluait qu’elle ait pu résulter du discours du Président de la République du 16 juillet 1995 – qui n’avait pas à lui seul affirmé la responsabilité juridique de l’État – ni de l’arrêt Papon qui, malgré sa portée symbolique, n’était relatif qu’à l’action récursoire engagée contre l’État et n’avait donc connu qu’une publicité limitée. Il proposait de prendre pour point de départ de la prescription l’avis que le Conseil d’État allait rendre dans l’affaire sur laquelle il concluait.

Le paradoxe, on l’a compris, c’est qu’en même temps que le rapporteur public proposait cette construction habile permettant de faire échapper à la prescription les actions en responsabilité, il suggérait au Conseil d’État de dire que ces actions n’avaient plus lieu d’être, faute de préjudices encore indemnisables. Toute cette construction était donc vouée à rester purement doctrinale, sans conséquences pratiques pour les victimes et leurs ayants droit. Mais sans doute envisageait-il cette subtile construction théorique comme une contribution à la réparation symbolique des crimes de Vichy, la mieux adaptée à la « dimension incommensurable » du préjudice subi.

2. Comment réparer des préjudices “incommensurables”

La sortie du droit commun était nécessaire, aux yeux du rapporteur public, non seulement pour adapter les règles de la prescription, mais aussi pour imaginer des modalités de réparation adaptées à l’ampleur et la nature singulières des préjudices à indemniser.

Le dommage, disait-il, « ne saurait se réduire à [ses] seules dimensions individuelles » qui expriment insuffisamment « la teneur de la souffrance vécue par les victimes et leurs ayants cause ». Le préjudice revêt également « une dimension collective, générale, universelle, qui procède directement de la nature si singulière de l’illégalité contre l’humanité commise par l’État pendant la seconde guerre mondiale ». Et si, comme tout préjudice, celui-ci doit pouvoir trouver une juste réparation, « son irréductible singularité rend illusoire son évaluation en argent ». « Un tel préjudice ne s’indemnise pas. Il doit se réparer selon nous par acte, geste ou parole symbolique des autorités de l’État ».

Cette vision « inédite » de la responsabilité conduisait donc à s’écarter de la règle traditionnelle selon laquelle la réparation d’un préjudice ne peut se traduire que par le versement d’une somme d’argent : le préjudice des victimes de l’holocauste appelait « une réparation solennelle et symbolique du préjudice moral collectivement subi ».

Là encore on ne peut manquer de relever le caractère paradoxal – certains diront trompeur – de la position défendue puisque le rapporteur public, après avoir demandé à ses collègues de dire « que le préjudice des victimes de l’holocauste appelait une réparation financière des pré-

judices matériels et moraux individuellement subis pendant la guerre [et] qu'il appelait aussi une réparation solennelle et symbolique du préjudice moral collectivement subi », prive aussitôt d'effet utile cette construction qu'il veut audacieuse en ajoutant : « Mais si vous nous suivez jusqu'au bout, vous jugerez aussi que les actions judiciaires menées par les familles ne peuvent plus connaître le succès ».

Le raisonnement est repris par le Conseil d'État dans ses deux aspects. Il commence par déclarer que :

“La réparation des souffrances exceptionnelles endurées par les personnes victimes des persécutions antisémites ne pouvait [...] se borner à des mesures d'ordre financier. Elle appelait la reconnaissance solennelle du préjudice collectivement subi par ces personnes, du rôle joué par l'État dans leur déportation ainsi que du souvenir que doivent à jamais laisser, dans la mémoire de la nation, leurs souffrances et celles de leurs familles”.

Mais il ajoute immédiatement que cette reconnaissance a été accomplie – sous entendu de façon suffisante – par différents actes et initiatives des autorités publiques : la loi sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, la reconnaissance solennelle par le Président de la République, le 16 juillet 1995, de la responsabilité de l'État dans la déportation des personnes considérées comme juives, la reconnaissance d'utilité publique, enfin, de la Fondation pour la mémoire de la Shoah.

Un autre paradoxe de la construction proposée est relevé par Benoît Delaunay³² : « en quelque sorte, remarque-t-il, le préjudice collectif subi du fait des persécutions antisémites s'est trouvé réparé par des dispositifs successifs alors même qu'on n'avait pas eu connaissance de l'existence de ce préjudice. Le préjudice [...] se dévoile en même temps qu'on affirme qu'il est déjà réparé ». Ce qui est une autre façon de pointer le caractère bien peu satisfaisant pour les victimes de ce qui n'apparaît finalement que comme une affirmation de principe dépourvue de tout effet utile : oui l'État est responsable, non il n'y a pas prescription ; mais sans en avoir forcément eu conscience vous avez en fait déjà obtenu la réparation de votre préjudice. Originalité supplémentaire : c'est la reconnaissance de faute et de la responsabilité de l'État, autrement dit la « censure doctrinale de l'attitude administrative »³³, qui fait office à la fois de condamnation pour l'administration et de réparation pour la victime.

Cette inventivité juridique qui conduit à emprunter des chemins de traverse non orthodoxes est aussi une façon d'échapper aux rigueurs du raisonnement déductif pour faire prévaloir une démarche téléologique.

IV. Le soupçon de raisonnement téléologique

La démarche téléologique n'est certes spécifique ni au contentieux de Vichy, ni au juge administratif. Mais on est frappé de voir avec quelle fréquence, dans ces contentieux sensibles entre tous, le juge construit son raisonnement en fonction de la solution qui lui semble moralement ou politiquement « incontournable ». Le raisonnement téléologique prend le pas sur le raisonnement déductif lorsque l'application des principes antérieurement dégagés par la jurisprudence déboucherait sur un résultat qui, pense-t-il, pourrait paraître choquant ou embarrassant. Le juge pénal, déjà, n'avait pas hésité à (ré)interpréter la notion de crime contre l'humanité pour permettre aux procédures entamées contre Barbie, Touvier ou Papon d'aboutir. De la même façon, il est apparu symboliquement difficile au juge administratif de censurer les mesures prises en faveur des orphelins juifs même si leur légalité n'était pas in-

³² Benoît Delaunay, “La responsabilité de l'État du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites”, *RFDA* 2009, p. 525

³³ *ibid.*

discutable. Inversement, après avoir solennellement reconnu la responsabilité de l'État pour les fautes de Vichy, le juge a estimé qu'il ne serait pas opportun que cette responsabilité puisse être indéfiniment recherchée³⁴.

1. Ne pas laisser impunis les auteurs de crimes contre l'humanité

À l'occasion des procès Barbie et Touvier, le juge pénal n'a pas hésité à manipuler quelque peu la vérité historique, d'un côté, à reconfigurer la notion de crime contre l'humanité, de l'autre, pour pouvoir poursuivre les accusés et aboutir à leur condamnation : il était impensable, en effet, une fois la procédure engagée, qu'elle se conclue par un non lieu ou un acquittement qui aurait pu laisser penser qu'ils étaient innocents des faits dont on les accusait.

Klaus Barbie était l'ancien chef de la section des affaires juives et de la lutte contre la résistance de la Gestapo à Lyon. Les charges retenues contre lui ne pouvant porter sur les faits de tortures, exécutions, déportations, pillages pour lesquels il avait été deux fois jugé et condamné à mort par contumace en 1952 et 1954, il était poursuivi pour la rafle et la déportation des quarante-cinq enfants de la Maison d'Izieu le 6 avril 1944, pour l'enlèvement de soixante-dix membres de l'Union générale des Israélites de France le 9 février 1943 et, enfin, pour la déportation de trois cents Juifs et de trois cents résistants le 11 août 1944.

La chambre d'accusation de Lyon avait distingué juridiquement les deux convois d'août 1944, considérant que, contrairement au convoi des Juifs qui constituait un crime contre l'humanité, donc imprescriptible, le convoi des résistants était un crime de guerre désormais prescrit. La Cour de cassation, dans son arrêt du 20 décembre 1985, a pris le parti inverse et, sur la base de sa propre interprétation de l'accord de Londres, estimé que tombaient sous la qualification de crimes contre l'humanité « les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition ». Cette définition extensive, qui englobait donc non seulement les atrocités commises contre les Juifs et les Tsiganes mais également celles dont avaient été victimes les résistants, a fait l'objet de critiques : parce qu'elle assimilait le sort des résistants, déportés pour avoir combattu l'ennemi dans des camps de concentration, à celui des Juifs, déportés pour le seul « crime » d'être juifs dans des camps d'extermination, on lui a reproché de relativiser le crime contre l'humanité et de gommer la spécificité du génocide. Mais outre qu'elle donnait satisfaction aux associations de résistants, elle avait l'avantage de ne pas restreindre encore plus qu'elles ne l'étaient déjà, au regard de l'ampleur des crimes commis, les charges retenues contre Barbie.

Cependant, en même temps qu'elle étendait l'incrimination d'un côté, la chambre criminelle la restreignait de l'autre : car il n'y a crime contre l'humanité, selon sa définition, que si les actes ont été accomplis au nom d'un État « pratiquant une politique d'hégémonie idéologique ». Cette restriction visait sans doute à se prémunir contre la tentation de qualifier de crimes contre l'humanité les exactions commises pendant la guerre d'Algérie qui seraient ainsi devenues imprescriptibles. Comme le rappelle Jean-Paul Jean, « les politiques, tout comme la Cour de cassation, ont toujours voulu éviter une interprétation qui aurait pu se re-

³⁴ Sachant que, de leur côté, les actions intentées contre la SNCF devant la juridiction judiciaire sur qui le Conseil d'État s'est définitivement défaussé, ne peuvent plus prospérer : le tribunal de grande instance puis la cour d'appel de Paris, appliquant très classiquement, contrairement au tribunal administratif de Toulouse, les règles sur la prescription, les ont en effet déclarées irrecevables.

tourner contre des responsables français pour des crimes commis pendant la période de colonisation et la décolonisation »³⁵.

Mais cette interprétation restrictive va revenir en boomerang dans l'affaire Touvier. Paul Touvier était poursuivi pour une série d'actes commis alors qu'il était responsable de la milice à Lyon. Plusieurs des charges ne seront finalement pas retenues, soit pour insuffisance de preuves, soit parce que, ne tombant pas sous l'incrimination de crimes contre l'humanité, les faits étaient prescrits. Parmi les charges restantes figurait l'exécution de sept otages juifs, fusillés à Rilleux-la-Pape, le 29 juin 1944, en représailles de la mort de Philippe Henriot, secrétaire d'État à l'information et à la propagande du régime de Vichy, abattu par la Résistance.

Or la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris, se fondant sur l'arrêt de la chambre criminelle de 1985, va rendre le 13 avril 1992 un arrêt de non lieu au profit de Paul Touvier, au motif que le régime de Vichy n'aurait pas, contrairement au Reich hitlérien, pratiqué une « politique d'hégémonie idéologique » : dès lors, même si Touvier était coupable de la tuerie de Rilleux-la-Pape il ne s'agissait pas d'un crime contre l'humanité et les faits étaient prescrits. La chambre criminelle de la Cour de cassation cassera l'arrêt sur ce point, le 27 novembre 1992. Tout en réitérant qu'il n'y a crime contre l'humanité que si ses auteurs ou complices « ont agi pour le compte d'un pays européen de l'Axe », elle estime qu'en l'espèce la décision de la chambre d'accusation est entachée d'une contradiction :

“une chambre d'accusation ne peut, sans se contredire, déclarer que les assassinats poursuivis ne constituaient pas des crimes contre l'humanité tout en relevant qu'ils avaient été perpétrés à l'instigation d'un responsable de la Gestapo, organisation déclarée criminelle comme appartenant à une pays ayant pratiqué une politique d'hégémonie idéologique”.

Paradoxalement, Touvier n'est donc coupable de crimes contre l'humanité que si – et en l'espèce parce que –, ayant cédé à des pressions allemandes, il est réputé avoir agi pour le compte de l'Allemagne nazie, donc d'une puissance de l'Axe, mais non s'il a agi de sa propre initiative ou sur ordre de la Milice ou du gouvernement de Vichy³⁶. Or si Touvier disait avoir agi sur la pression de la Gestapo, la vérité historique est que l'assassinat des sept otages de Rillieux était directement et exclusivement imputable à la Milice qui voulait venger Henriot, comme l'avait démontré l'instruction, sans aucune intervention de l'occupant. Mais puisque la chambre d'accusation avait déclaré que Vichy ne menait pas une politique d'hégémonie idéologique – affirmation non contestée par la Cour de cassation –, il fallait bien prendre des libertés avec l'histoire et donner force de vérité judiciaire à la thèse de l'ingérence allemande. Dans un arrêt ultérieur du 21 octobre 1993 rejetant le pourvoi contre l'arrêt de renvoi, la Cour de cassation fera encore valoir – au prix d'une torsion supplémentaire de la réalité historique³⁷ – que cette exécution s'intégrait dans le plan concerté d'extermination et de persécution des Juifs mis en œuvre par les nazis :

“Il n'importe que les faits poursuivis aient pu être commis à l'occasion de l'assassinat d'un membre du gouvernement de Vichy appartenant à la Milice, dès lors qu'exécutés à l'instigation d'un responsable d'une organisation criminelle nazie et concernant des victimes exclusivement choisies en raison de leur appartenance à la communauté juive, ils s'intégraient au plan concerté d'extermination et de persécution systématiques de cette communauté, mis en oeuvre par le gouvernement national-socialiste allemand.”

³⁵ Jean-Paul Jean, « Crimes contre l'humanité : les décisions des juridictions françaises », in Pierre Truche (dir.), *Juger les crimes contre l'humanité : 20 ans après le procès Barbie*, ENS éditions, 2009, p. 77.

³⁶ Eric Conan et Henry Rousso, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Fayard, 1994, p. 133. Nos développements empruntent largement à leur démonstration éclairante (notamment pp. 126 à 158).

³⁷ Comme le relèvent Eric Conan et Henry Rousso, s'il est clair que les victimes ont été tuées parce qu'elles étaient juives, il est en revanche contestable de laisser penser que ce crime “français, inscrit dans le contexte de la guerre franco-française” s'inscrivait dans le cadre de la “Solution finale” (*ibid.*, p.154).

Cette jurisprudence « contingente » et évolutive de la Cour de cassation, qui « a eu pour finalité de répondre ponctuellement à une volonté de punir, très longtemps après qu'ils eurent été commis, les crimes commis en France par les nazis et leur complices », « aboutit parfois à une vision historique discutable »³⁸ : pour ne pas laisser impunis les auteurs de crimes qui « révoltent la conscience humaine », les magistrats n'ont pas hésité parfois à adapter le droit à la réalité ou à l'inverse à adapter l'histoire au droit³⁹.

2. Faire échapper à la censure les mesures en faveur des orphelins juifs

Le soupçon de démarche téléologique pour échapper à un dilemme embarrassant est également perceptible dans certaines des affaires jugées par le Conseil d'État. L'arrêt Pelletier dans lequel il est amené à valider le décret du 13 juillet 2000 « instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites » en offre un bon exemple. Cette mesure faisait suite à une recommandation de la mission Mattéoli qui avait attiré l'attention du gouvernement sur le sort de certains orphelins n'ayant bénéficié d'aucune indemnisation significative⁴⁰. L'article 1^{er} du décret prévoyait que :

« Toute personne dont la mère ou le père a été déporté à partir de la France dans le cadre des persécutions antisémites durant l'Occupation et a trouvé la mort en déportation a droit à une mesure de réparation, conformément aux dispositions du présent décret, si elle était mineure de vingt et un ans au moment où la déportation est intervenue ».

Le décret était contesté par des requérants dont les parents avaient été déportés en tant qu'otages, résistants ou communistes et étaient également morts en déportation : à leurs yeux, le sort plus favorable fait aux enfants de déportés juifs introduisait une discrimination injustifiée et ils demandaient l'annulation du texte pour violation du principe d'égalité.

Compte tenu de l'objet et de la charge symbolique du texte attaqué, on conçoit l'embarras du Conseil d'État à la perspective d'avoir à le censurer, tant une annulation paraissait politiquement délicate à assumer. Significative à cet égard est l'attitude des organisations représentatives des déportés et internés de la Résistance qui n'avaient pas souhaité engager de contentieux ni intervenir à l'appui des requêtes individuelles, tout en ayant fait connaître publiquement leur souhait de voir le dispositif étendu aux autres catégories de déportés⁴¹.

Pour sauver le décret de l'annulation, le Conseil d'État devait toutefois surmonter deux obstacles, correspondant aux deux moyens sérieux invoqués par les requérants : la violation du principe d'égalité, mais aussi l'incompétence du pouvoir réglementaire pour instaurer une

³⁸ Jean-Paul Jean, « Crimes contre l'humanité : les décisions des juridictions françaises », *op.cit.*, p. 77.

³⁹ *ibid.*, p. 79-80.

⁴⁰ Une proposition de loi avait déjà été déposée en février 1996 sur le bureau de l'Assemblée nationale, visant à indemniser « tout enfant ayant vécu en France dans la période du 17 octobre 1940 à la libération du territoire et ayant perdu sa mère et/ou son père déportés juifs de France ». Il s'agissait à l'époque de surmonter le refus du juge d'indemniser les victimes de la politique antisémite de Vichy autrement qu'en tant que victimes civiles de la guerre (Doc. AN n° 2524, 7 février 1996).

⁴¹ Ce souhait sera entendu : le décret du 27 juin 2004 institue une « aide financière » « en reconnaissance des souffrances endurées par les orphelins dont les parents ont été victimes d'actes de barbarie durant la Deuxième Guerre mondiale ». Le dispositif est calqué sur le précédent et le montant de l'indemnité en capital ou de la rente viagère mensuelle est le même dans les deux cas. Ce décret a été du reste lui aussi attaqué au motif qu'il excluait de son champ d'application les orphelins des personnes tuées au combat, des prisonniers de guerre morts en détention, des victimes de l'état de belligérance. L'affaire était assurément moins sensible que la précédente et le Conseil d'État n'a pas eu beaucoup de difficulté à répondre que « compte tenu de la nature des crimes commis à l'égard de ces victimes », le décret n'était pas entaché d'une discrimination illégale (CE, 26 novembre 2007, n° 272704, *M. A. et ANPOGD*, mentionné aux Tables).

telle mesure, puisqu'il est de jurisprudence constante que seul le législateur peut modifier les règles relatives à la responsabilité de la puissance publique.

Or, aux yeux du commissaire du gouvernement, Stéphane Austry, l'objet du décret était bien de créer un dispositif d'indemnisation du préjudice subi par les orphelins de déportés juifs, et il fondait son appréciation sur trois éléments : – le texte lui-même qualifiait la prestation de « réparation », qui est celui utilisé par l'article 1382 ; – pour annoncer la création de cette prestation le Premier ministre avait indiqué qu'il lui paraissait « juste que la France assume ses responsabilités vis-à-vis de ceux qu'elle a mal traités et de ceux qui ont été spoliés » ; – elle avait un caractère subsidiaire puisqu'elle n'était pas versée à ceux qui touchaient une indemnité viagère de la RFA. Par conséquent, selon lui, « les auteurs du décret avaient bien entendu poser le principe de l'indemnisation par l'État du préjudice causé aux orphelins de déportés en raison de la politique menée en France lors de l'Occupation ». Et s'il en était ainsi, la mesure prise par le gouvernement était entachée d'incompétence – à moins de trouver « dans un texte ou un principe préexistant de niveau législatif ou supra-législatif un fondement à ce texte réglementaire ». Ce principe pouvait selon lui résider dans l'accord de Londres : s'agissant ici de réparer les préjudices résultant de crimes contre l'humanité, on pouvait faire valoir que le gouvernement s'était borné à mettre en œuvre le principe général de responsabilité de l'État du fait de ces crimes visés par le statut du Tribunal de Nuremberg, restant ainsi dans le cadre de sa compétence. Cette construction subtile était assurément « fort ingénieuse », comme la qualifiaient ses deux collègues dans leur commentaire à l'*Actualité juridique*⁴², mais sa complexité même traduit bien l'énergie déployée par son auteur pour trouver à tout prix une solution permettant de faire échapper le décret à l'annulation pour incompétence.

On ne trouve pas dans la décision l'écho des doutes exprimés par le commissaire du gouvernement. La motivation du Conseil d'État est sommaire ; il se borne à affirmer que cette « mesure de réparation » qui vise à « reconnaître les souffrances endurées par les orphelins de certaines victimes de la déportation » et « ne modifie pas les conditions dans lesquelles les personnes qui s'y croient fondées peuvent engager des actions en responsabilité contre l'État » s'analyse en une simple « prestation financière ». Dès lors elle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 34 de la constitution qui réserve au législateur « le soin de déterminer les principes fondamentaux [...] des obligations civiles ». Il est admis en effet que la création d'une prestation financière qui n'institue pas ou ne modifie pas un régime de responsabilité de la puissance publique peut intervenir par voie réglementaire.

Cette partie de la décision qui portait sur un point très technique n'a pas suscité beaucoup de commentaires. Il était au demeurant moins évident que ne l'avancait le commissaire du gouvernement sur la base du faisceau d'indices énumérés par lui que la mesure devait s'analyser comme l'une des composantes d'un (nouveau) régime de responsabilité de la puissance publique visant à réparer le préjudice subi par les enfants du fait de la déportation et de la mort de leurs parents.

Le second moyen, tiré de ce que le traitement favorable réservé aux orphelins de personnes déportées dans le cadre des persécutions antisémites constituait une violation du principe d'égalité, était beaucoup plus délicat à traiter. Retranscrite dans les termes de la jurisprudence classique, la question était de savoir s'il existait entre la catégorie de personnes visées par le décret et les orphelins de personnes déportées pour un autre motif une « différence de situation en rapport avec l'objet poursuivi par la réglementation en cause ». Mais ici l'enjeu n'était pas strictement juridique et on voit bien qu'en répondant à cette question on s'avancait sur le terrain miné de la concurrence des victimes.

⁴² Chr. M. Guyomar et P. Collin, *AJDA* 2001, p. 444.

Le commissaire du gouvernement n'avait pas caché sa perplexité. Il reconnaissait en premier lieu l'impossibilité « d'établir une hiérarchie dans la douleur que ressentent des enfants lorsque leur père ou leur mère, parfois l'un et l'autre, leur est enlevé » mais pour ajouter aussitôt qu'il restait malgré tout une différence entre les enfants de déportés juifs et les autres, liée au caractère systématique de la persécution dont les enfants juifs avaient fait l'objet en France pendant l'Occupation : ils n'étaient pas seulement pourchassés en tant qu'enfants de personnes poursuivies et parfois déportées, ils l'étaient en tant qu'enfants parce que juifs. Cette différence, indéniable, n'était malgré tout pas suffisante à ses yeux pour justifier des modalités de réparation du préjudice moral différentes de celles des autres orphelins de déportés, *a fortiori* si l'on considérait que cette aide aux orphelins de déportés juifs trouvait sa justification dans leur situation physique et matérielle d'aujourd'hui.

Pour faire échapper le décret à la censure, il proposait donc de se placer sur un autre terrain et de considérer cette mesure comme inaugurant la mise en œuvre progressive du principe de la responsabilité de l'État du fait des crimes contre l'humanité, conformément à la construction élaborée dans le premier temps de son argumentation pour justifier la compétence de l'exécutif. Si l'on reconnaissait en effet que le gouvernement n'avait fait que mettre en œuvre le principe général de responsabilité de l'État, alors on pouvait admettre qu'il procède par étapes et règle en priorité les conditions de réparation du préjudice subi par les orphelins de déportés juifs.

Ceraionnement n'a pas été repris par le Conseil d'État qui a écarté le moyen par l'argument classique tiré de l'existence d'une différence de situation :

« Considérant [...] que les personnes tombant sous le coup des mesures antisémites ont fait l'objet, pendant l'occupation de la France, d'une politique d'extermination systématique qui s'étendait même aux enfants ; qu'ainsi, eu égard à l'objet de la mesure qu'il avait décidée, le gouvernement a pu, sans méconnaître ni le principe constitutionnel d'égalité, ni la prohibition des discriminations fondées sur la race, regarder les mineurs dont le père ou la mère a été déporté dans le cadre des persécutions antisémites pendant l'occupation comme placés dans une situation différente de celle des orphelins des victimes des autres déportations criminelles pratiquées pendant la même période ».

À leur tour, les commentateurs de l'arrêt n'ont pas caché leurs doutes quant à l'absence de violation du principe d'égalité. Pour Matthias Guyomar et Pierre Collin, s'agissant de réparer la souffrance endurée par les enfants du fait de la déportation et de la mort de leurs parents pendant la guerre, il semblait difficile d'admettre une différence de traitement entre orphelins fondée sur la cause de la déportation de leurs parents, faute de pouvoir « soupeser le poids respectif des larmes des uns et des autres »⁴³. Après avoir constaté, de façon réaliste, que « l'adoption d'un tel point de vue eût été fatale au décret du 13 juillet 2000 », reconnaissant ainsi implicitement que l'objectif était bien de le sauver de l'annulation, ils prenaient acte, sobrement, de ce que le Conseil d'État s'était « refusé à exercer un contrôle très strict des options du gouvernement au regard du principe d'égalité ».

Fabrice Melleray va plus loin : à ses yeux, dire que les orphelins bénéficiant de ce nouveau dispositif sont dans une situation différente de celle des orphelins des victimes des autres déportations « est une pure et simple pétition de principe », car si on voit bien la différence de situation entre les différents déportés, on n'en discerne pas selon lui entre leurs orphelins. Il voit donc dans l'arrêt une illustration supplémentaire de la « repentance » du Conseil d'État qui l'aurait conduit à se livrer à de « discutables contorsions »⁴⁴.

⁴³ *ibid.*

⁴⁴ *op. cit.*, *AJDA* 2002, p. 837.

Cette interprétation nous paraît toutefois excessive⁴⁵. Certes on peut trouver la motivation de la décision peu convaincante. À cet égard, les chroniqueurs de l'*Actualité juridique* n'ont pas tort de relever que la rédaction de l'arrêt confère au décret attaqué un objet plus large que celui qui résulte de sa lettre puisque, pour justifier la différence de traitement entre les deux catégories d'orphelins, le Conseil d'État prend en compte le fait que les souffrances des orphelins juifs ne résultaient pas seulement de la perte de leurs parents mais également des conditions de vie qui leur étaient imposées par la législation antisémite de Vichy⁴⁶. Mais cette réalité est difficilement niable : les enfants de résistants n'étaient pas contraints de se cacher et ils ont de surcroît rarement perdu leurs deux parents simultanément. Et si la mesure de réparation vise à indemniser les souffrances subies, il n'est pas aberrant d'admettre que les souffrances subies par les uns et par les autres étaient de nature et même d'intensité différentes. Les orphelins juifs ont été de surcroît plus nombreux à être exclus de toute indemnisation : au départ, en effet, l'ouverture des droits dont bénéficiaient les déportés et internés dits « politiques » a été subordonnée, contrairement au cas des déportés et internés résistants, à une condition de nationalité française qui n'a été assouplie que très progressivement. Or, selon les chiffres rappelés par le commissaire du gouvernement, sur 76 000 déportés juifs on estime à environ 25 000 seulement ceux qui étaient de nationalité française.

Reste que le caractère abrupt du raisonnement du Conseil d'État sur les deux points litigieux que soulevait la requête peut être interprété comme le reflet de son embarras – un embarras qui pointe de façon plus évidente encore dans les conclusions du commissaire du gouvernement et dans le commentaire de ses collègues à l'*Actualité juridique*.

3. Mettre un terme au contentieux de l'indemnisation des mesures antisémites

Après la victoire remportée en 2006 devant le tribunal administratif de Toulouse par les consorts Lipietz – l'État n'ayant pas fait appel de la décision de condamnation –, de très nombreuses familles de déportés ont intenté des actions contre l'État et contre la SNCF. En 2009, plus de quatre cents dossiers étaient en instance devant vingt tribunaux administratifs.

Si les actions intentées contre la SNCF étaient vouées à se heurter à la prescription opposée les tribunaux judiciaires⁴⁷, celles engagées contre l'État auraient pu prospérer si le Conseil d'État, dans son avis du 16 février 2009, n'avait décrété que tous les préjudices ayant été réparés « autant qu'ils pouvaient l'être », il n'y avait plus place pour des actions en justice.

Cet avis a été rendu à la demande du tribunal administratif de Paris qui, saisi par Mme Hoffman Glemane d'une demande d'indemnisation pour le préjudice subi par son père du fait de son arrestation, de son internement et de sa déportation, posait au Conseil d'État la question suivante⁴⁸ :

“ Dans l'hypothèse où la responsabilité de l'État serait susceptible d'être engagée pour faute, de quels chefs de préjudice la requérante pourrait-elle obtenir réparation, que ce soit en son nom propre ou au nom de la victime dont elle est l'ayant droit ? Compte tenu du caractère en tout point exceptionnel des dommages invoqués, le principe d'une réparation symbolique peut-il être retenu ? En cas de réponse négative à cette

⁴⁵ *A fortiori* ne suivons-nous pas l'auteur lorsqu'il ajoute qu'entériner cette distinction reviendrait à entrer dans la logique antisémite des mesures vichystes. Si des personnes ont été persécutées parce qu'elles étaient juives, comment refuser de prendre en compte cette dimension dans les procédures de réparation, sauf à occulter, comme on l'a fait à la Libération et pendant plus de quarante ans, la spécificité des persécutions antisémites ?

⁴⁶ Chr. M. Guyomar et P. Collin, précitée.

⁴⁷ Sur les actions dirigées contre la SNCF, v. *supra*, notes 25 et 27.

⁴⁸ Cette question était précédée de deux autres, portant sur la prescription : elles ont été longuement examinées par le rapporteur public (v. *supra*, III-1), mais compte tenu de la réponse apportée à la troisième question, le Conseil d'État s'est dispensé de répondre aux deux premières.

dernière question, y-a-t-il lieu de déduire de l'indemnisation qui pourrait être accordée, les sommes antérieurement versées à différents titres par la France ou la RFA ?”

Dans sa réponse, le Conseil d'État, après avoir réaffirmé la responsabilité de l'État pour les préjudices causés par la politique antisémite de Vichy⁴⁹, reprend sous une forme synthétique l'inventaire – dressé de façon exhaustive par le rapporteur public – des mesures adoptées depuis la Libération pour « compenser » ces préjudices :

“Pour compenser les préjudices matériels et moraux subis par les victimes de la déportation et par leurs ayants droit, l'État a pris une série de mesures, telles que des pensions, des indemnités, des aides ou des mesures de réparation [suit l'énumération de tous les textes adoptés depuis la Libération pour réparer les dommages de guerre et dont le champ d'application a été étendu progressivement à des catégories nouvelles de bénéficiaires jusqu'au décret de 2000 en passant par l'accord avec la RFA].

Ce dispositif a par ailleurs été complété par des mesures destinées à indemniser les préjudices professionnels des personnes déportées et, en ce qui concerne leurs biens, à les restituer ou à indemniser leur spoliation [sont mentionnées ici les indemnités versées sur proposition de la Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations, la CIVS]”.

Conformément aux conclusions du rapporteur public qui estimait que l'indemnisation avait été « aussi complète que possible », il arrive à la conclusion que :

“Prises dans leur ensemble et bien qu'elles aient procédé d'une démarche très graduelle et reposé sur des bases largement forfaitaires, ces mesures, comparables, tant par leur nature que dans leur montant, à celles adoptées par les autres États européens dont les autorités ont commis de semblables agissements, doivent être regardées comme ayant permis, autant qu'il a été possible, l'indemnisation [...] des préjudices de toute nature causés par les actions de l'État qui ont concouru à la déportation”.

Au-delà de ces mesures d'ordre financier destinées à réparer les préjudices individuels le Conseil d'État relève, en suivant là encore son rapporteur public, des mesures qui ont permis une réparation symbolique du préjudice collectivement subi :

“La réparation des souffrances exceptionnelles endurées par les personnes victimes des persécutions antisémites [...] appelait la reconnaissance solennelle du préjudice collectivement subi par ces personnes, du rôle joué par l'État dans leur déportation ainsi que du souvenir que doivent à jamais laisser, dans la mémoire de la nation, leurs souffrances et celles de leurs familles. Cette reconnaissance a été accomplie par un ensemble d'actes et d'initiatives des autorités publiques françaises [le Conseil d'État cite ici la loi de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, le discours prononcé par le président de la République le 16 juillet 1995, le décret reconnaissant d'utilité publique la Fondation pour la mémoire de la Shoah]”.

Sans que cela soit explicitement dit dans l'avis, il en résulte que les actions en justice devant les tribunaux administratifs devront, sur la base de cet avis, être déclarées irrecevables, faute de préjudice demeurant encore à indemniser. Comme l'énonçait de façon plus directe le rapporteur public : « si vous nous suivez jusqu'au bout vous jugerez aussi que les actions judiciaires menées par les familles ne peuvent plus connaître le succès : le préjudice nous paraît en effet aujourd'hui avoir été réparé autant qu'il pouvait l'être ».

On a pu s'étonner de ce retournement brutal et inattendu que ne laissaient nullement présager les affaires précédemment jugées par le Conseil d'État, sans même parler du jugement du tribunal administratif de Toulouse qui avait donné entièrement satisfaction aux requérants. Au contraire, comme le relève Rémy Rouquette⁵⁰, la formulation de l'arrêt Pelletier déclarant que le décret attaqué « ne [modifiait] pas les conditions dans lesquelles les personnes qui s'y croient fondées peuvent engager des actions en responsabilité contre l'État » pouvait être interprétée comme un encouragement à saisir la juridiction administrative pour obtenir réparation des préjudices considérés jusqu'alors comme non indemnissables. La reconnaissance par

⁴⁹ Sur ce point v. *supra*, II-1.

⁵⁰ <http://www.acaccia.fr/Le-Conseil-d-Etat-et-Vichy.html>

l'arrêt *Papon*, un an plus tard, de ce que les faits imputables à l'administration française constituaient une faute de service de nature à engager la responsabilité de l'État plaidait dans le même sens. Comment faire entendre aux victimes « que la réparation des préjudices, implicitement admise dans l'arrêt *Papon*, se trouve écartée dans l'avis *Hoffman Glemane* au motif que les mesures graduelles et forfaitaires ont atteint tant sur le plan quantitatif que qualitatif un niveau acceptable d'indemnisation »⁵¹ ?

Le rapporteur public lui-même reconnaissait ce qu'une telle solution pouvait avoir d'insatisfaisant en raison des « aménagements » qu'elle supposait aux règles traditionnelles de réparation des préjudices causés par l'État. Il n'excluait pas non plus qu'il puisse paraître « insupportable que, même en pure théorie, une victime découvrant aujourd'hui ses droits et non couverte par l'un des aspects du régime ne puisse recevoir directe indemnisation pour le préjudice subi par elle ou ses parents ». Mais ces objections ne l'ont pas arrêté, pas plus qu'elles n'ont arrêté le Conseil d'État.

La construction par laquelle le Conseil d'État parvient à sa conclusion comporte par ailleurs une large part de fiction puisqu'il « fait masse » de mesures extrêmement hétérogènes dont l'addition a quelque chose d'artificiel⁵² : c'est ainsi que le Conseil d'État met bout à bout l'ordonnance du 20 avril 1945 organisant la tutelle des enfants de déportés, les aides apportées par une ordonnance du 11 mai 1945 aux déportés politiques rapatriés, les réparations accordées aux victimes civiles françaises de la guerre par la loi du 20 mai 1946 et étendues par la suite aux personnes de nationalité étrangère, le versement d'un pécule aux personnes internées ou déportées prévu par une loi du 9 septembre 1948, l'accord passé en 1960 entre la France et la République fédérale d'Allemagne, et finalement le fameux décret de 2000 ainsi que la dotation versée à la Fondation pour la mémoire de la Shoah. Citer ici le décret du 13 juillet 2000 est d'autant plus paradoxal, pour ne pas dire incohérent, que le Conseil d'État avait justement précisé, dans l'arrêt *Pelletier*, que ce texte « ne [modifiait] pas les conditions dans lesquelles les personnes qui s'y croient fondées [pouvaient] engager des actions en responsabilité contre l'État ».

On peut enfin contester l'affirmation selon laquelle tous les préjudices auraient été réparés, même en tenant compte de la nuance qu'ont pris soin d'apporter tant le rapporteur public que le Conseil d'État, conscients de la fragilité de leur affirmation, en précisant : « autant qu'ils pouvaient l'être » ou « autant qu'il a été possible ». Il est évident que tous les cas de figure ne sont pas couverts par les quarante-deux mesures législatives et réglementaires répertoriées par le rapporteur public : quid du préjudice économique résultant de l'interruption de l'activité professionnelle, du préjudice subi pour la perte d'un frère, d'une sœur, de grands-parents, du préjudice subi par les personnes dont les parents sont revenus des camps mais dans un état psychique déplorable, etc. ?

Au-delà des contradictions que l'on a mises en lumière dans la position du Conseil d'État et du caractère peu convaincant de certaines de ses affirmations, on peut finalement s'interroger sur sa légitimité à imposer, de façon toute prétorienne, l'arrêt forcé des actions contentieuses.

L'idée, soixante ans après les événements, de ne pas laisser se prolonger indéfiniment ces contentieux, de cesser d'avoir recours à la justice pour réparer les préjudices liés à l'Occupation et au régime de Vichy, n'était pas irrecevable. Elle était sans doute audible par les intéressés eux-mêmes puisqu'une partie importante de ce qu'il est convenu d'appeler la « communauté juive » ainsi que beaucoup d'historiens spécialistes de la période avaient émis

⁵¹ Benoît Delaunay, « La responsabilité de l'État du fait de la déportation des personnes victimes de persécutions antisémites », *RFDA* 2009 p. 525.

⁵² En ce sens, Benoît Delaunay, *ibid.*

des avis critiques, pour des raisons diverses, à l'égard de ce qui leur apparaissait comme un acharnement contentieux inopportun⁵³. Le peu de protestations soulevées par l'avis du Conseil d'État, pourtant fortement médiatisé, semble le confirmer, les seules critiques virulentes étant venues du milieu des juristes : commentateurs ou avocats des victimes⁵⁴. Mais n'était-ce pas plutôt aux représentants de la nation de le décider ? À moins que le Conseil d'État n'ait tiré les marrons du feu pour ces derniers en évitant d'ouvrir un débat public sur une question sensible entre toutes. On peut au demeurant se demander si l'objectif prioritairement poursuivi était de contribuer à sortir du « syndrome de Vichy », à tirer un trait sur ce passé qui ne veut pas passer, ou plus prosaïquement de protéger les deniers publics⁵⁵.

Toujours est-il que l'affaire semble désormais définitivement close (si l'on met de côté les pressions commerciales exercées sur la SNCF, menacée de boycott aux États-Unis) : les requérants, qui avaient saisi la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole 1, en faisant valoir que l'indemnisation qui leur avait été versée ne réparait pas suffisamment le grave préjudice moral résultant de la mort de leurs proches, se sont vu opposer l'irrecevabilité de leur requête par un arrêt dans lequel la Cour se borne à reprendre à son compte l'argumentation des juridictions internes⁵⁶.

“La Cour observe, à l'instar des juridictions administratives, que les mesures mises en œuvre par l'État pour réparer les préjudices subis ne se limitent pas à une seule indemnisation financière, mais que l'État français a pris d'autres mesures solennelles, tant normatives que politiques, visant à reconnaître son rôle dans la déportation et les préjudices subis par les requérants.

La Cour est consciente de l'immensité du préjudice subi par les requérants du fait de la déportation et des atrocités commises à l'encontre de leurs parents. Toutefois, elle constate, à l'instar des juridictions internes, que l'ensemble des mesures mises en place par la France inclut le préjudice moral qu'ils ont subi.”

Conclusion. Peut-on réparer “les préjudices de l'histoire” ? Les apories du “contentieux de l'holocauste”

Les développements qui précèdent confirment le dilemme dans lequel on risque de s'enfermer en confiant au juge la réparation des « préjudices de l'histoire » et qu'Antoine Garapon résume en ces termes : « l'administration de la justice qui doit appliquer le droit se voit confier une mission qui excède les capacités du droit, au risque de rendre les fictions juridiques encore plus artificielles [...]. Il n'est pas possible de s'en rapporter à une stricte application du droit qui aboutirait à un résultat scandaleux. Mais s'émanciper du droit positif est une démarche périlleuse »⁵⁷.

Sans aller, comme le fait l'auteur, jusqu'à qualifier d'extrêmement fragiles les fondements juridiques du contentieux de l'Holocauste, force est d'admettre qu'il pose au juge des questions difficilement solubles : qu'il s'agisse de trancher la question de la prescription, d'évaluer le préjudice, de décider des modalités de la réparation – sachant que toute indemnisation paraîtra toujours dérisoire et inadaptée au regard de la faute commise et des souffrances endurées –, l'expérience montre qu'il est à la fois inévitable... et périlleux de sortir des voies du droit commun.

⁵³ Voir sur ce point Alain Lipietz, *La SNCF et la Shoah*, *op. cit.*

⁵⁴ Aux commentaires déjà cités on peut ajouter ceux de Félix Rome, « Déportation des Juifs, l'État français responsable mais plus débiteur », *Dalloz* 2009, p. 481 et de Pauline Roche, “La responsabilité de l'État du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites”, *RFDA* 2009, p. 536.

⁵⁵ Cette hypothèse, pas entièrement imaginaire, est suggérée par Benoît Delaunay : v. *RFDA* 2009, p. 525.

⁵⁶ CEDH, 24 novembre 2009, J. H. et 23 autres c/ France.

⁵⁷ Antoine Garapon, *Peut-on réparer l'histoire ?*, *op. cit.*, p. 50-51.

En voulant faire entrer une réalité hors normes dans le carcan du droit positif et l'analyser à la lumière des concepts juridiques classiques, en rabattant l'indicible et l'inouï sur la froide technicité du droit, on court aussi le risque d'occulter la monstruosité des faits et d'euphémiser les souffrances. Comment, par exemple, ne pas être troublé par le caractère scabreux d'un formalisme juridique poussé à son comble lorsqu'il s'agit de décider si oui ou non la SNCF peut être jugée par les tribunaux administratifs ?

Ce risque n'a pas échappé aux commissaires du gouvernement et aux rapporteurs publics dont les précautions oratoires laissent pointer le malaise. Stéphane Austry, concluant sur l'affaire Pelletier, prend soin d'avertir : « Le raisonnement juridique que nous allons conduire maintenant va sans doute parfois sembler, pour les victimes de ces événements dramatiques, bien abstrait au regard de la vivacité de leur souffrance. [...] Vous ne pouvez bien sûr faire prévaloir l'émotion que suscite le rappel de ces heures douloureuses de notre histoire sur l'avis que vous devrez vous forger, en droit, sur la légalité du texte dont vous êtes saisis. Mais que les victimes soient bien convaincues que nous garderons, vous garderez, à l'esprit, à chaque temps de la réflexion, l'immensité du crime et de leurs souffrances ».

On peut citer, dans le même sens, la remarque de Sophie Boissard déclarant, à l'intention des représentants des victimes de Maurice Papon : « Nous sommes consciente que l'analyse à laquelle nous allons nous livrer paraîtra nécessairement froide et aride face à l'immensité des souffrances de celles et de ceux qui ont été jetés dans ces convois et précipités vers la mort. Les références jurisprudentielles auxquelles nous serons contrainte avoir recours, forgées à partir des péripéties de la vie ordinaire, qui sont le pain quotidien du juge, paraîtront bien dérisoires au regard de l'ampleur et de la singularité des crimes qui ont été commis. Que les victimes et leur famille soient assurées que, par delà la parole impersonnelle qu'il nous incombe de porter aujourd'hui, nous comprenons et nous respectons leur douleur ».

Jean-Christophe Truilhé encore, devant le tribunal administratif de Toulouse, prend soin d'avertir : « Les conclusions que nous allons développer seront fondées sur des références jurisprudentielles qui pourront paraître abstraites aux victimes des événements dont il s'agit et aux membres de leur famille qui ne sont pas publicistes, au regard de l'extrême gravité de ceux-ci ; nous prions à l'avance les intéressés de nous en excuser ».

Les contraintes dans lesquelles est enserré l'acte de juger explique l'insatisfaction – parfois le goût amer – que laissent les procédures juridictionnelles lorsque le juge est sollicité de se prononcer sur des faits et des situations hors du commun dont la dimension criminelle est indissociable de la dimension politique. Mais l'alternative qui consisterait à renoncer à juger est plus inacceptable encore. Pour échapper à ce dilemme le juge, on l'a vu, peut être tenté de s'évader du droit pour « dire l'histoire » ou imaginer des solutions dont l'orthodoxie juridique compte moins que l'opportunité politique. En refermant brutalement la porte qu'il semblait avoir grand ouverte sept ans auparavant le juge a opté pour une solution plus radicale encore : en mettant un terme au « contentieux de l'Holocauste » il a mis fin par là même à ses apories.