HAL open science

Entre oubli et mémoire : le silence de négociation

Pascal Texier

▶ To cite this version:

Pascal Texier. Entre oubli et mémoire : le silence de négociation . 2016. hal-01367621

HAL Id: hal-01367621
https://hal.science/hal-01367621v1

Preprint submitted on 16 Sep 2016

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.

Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Entre oubli et mémoire : le silence de négociation

Pascal Texier
Université de Limoges
OMIJ (IAJ)

Entre oubli et mémoire, principalement référés à la vérité judiciaire, il pourrait y avoir une place intermédiaire, pour quelque chose d'autre : le silence, c'est-à-dire une forme dynamique d'oubli, une phase où le mutisme peut faire espérer la parole. Il en résulte un temps possible pour la négociation, car ici le silence n'est pas abstention. Tout au contraire, il marque, notamment pour la victime, un accroissement de ses capacités d'action (*agency*). Le propos aborde la question avec une approche anthropologique, c'est-à-dire fonctionnelle et non exclusivement centrée sur le débat judiciaire. L'ensemble des mécanismes de traitement de conflit sont interrogés, en incluant tous les processus regroupés sous le terme de justice transitionnelle. Ainsi peuvent être réintroduits dans l'analyse, outre l'état, les individus et la demande sociale, ce qui permet d'inverser, en quelque sorte, la perspective habituelle des juristes focalisée sur le droit. Trois formes de silence sont plus particulièrement mises en lumière : les silences d'obreption, de renonciation et de puissance

Associer oubli et justice peut sembler, de prime abord, quelque peu paradoxal. En effet, les raisons qui poussent à oublier traduisent un mouvement *ex post*, puisque c'est vers un avenir meilleur que l'on veut tendre, en faisant table rase d'un passé traumatisant. Au contraire, c'est sur une démarche *ex ante* que s'appuie l'opération judiciaire, au moins dans les systèmes de *Civil Law*. Quoi qu'il en soit, un tel télescopage temporel peut inciter à une certaine prise de champ, cela d'autant que l'idée même de justice connaît aujourd'hui une extension considérable, ainsi qu'en témoigne la multiplication des formules : infra-judiciaire, extra-judiciaire, justice restauratrice ou justice transitionnelle… Or, tandis que la recherche s'applique à ramener dans le giron de la justice toutes les formes de traitement des

conflits, l'observation montre que le recours aux voies juridiques et judiciaires *stricto sensu*, ne concerne qu'une partie des conflits. Sur ce point les analyses des historiens, des anthropologues ou des juristes comparatistes concordent puisque, curieusement, c'est toujours à peu près le même pourcentage de 30 % qui est mis en avant, lorsqu'ils s'efforcent de quantifier la proportion des conflits traités juridiquement[1]. Force est de constater que tout conflit n'a pas vocation à se transformer en litige. Pour rendre plus complexe encore l'analyse, on observera que se multiplient les processus qui, tout en empruntant des formes institutionnelles, mettent en œuvre des mécanismes relevant des pratiques sociales plus que des procédés juridiques. L'exemple rwandais des juridictions *Gacaca* est à cet égard très significatif. D'autres travaux semblent montrer que c'est par l'oubli d'une sentence judiciaire, pourtant souhaitée, que passe l'apaisement des conflits[2]. Il est vrai qu'ainsi que le remarque Yves Mausen, à propos du Moyen Âge, « le meilleur procès, si procès il doit y avoir, est sans doute celui qui se finit en accord extra judiciaire »[3]. *A fortiori*, cette l'observation doit pouvoir être étendue aux sociétés où l'État et sa justice ne constituent pas le point focal du traitement des conflits.

Or, face à cette réalité complexe, le recours à une approche englobante du judiciaire ne conduit-il pas à regrouper des mécanismes agissant selon des modes opératoires différents et poursuivant des objectifs qui ne le sont pas moins ? Ne conviendrait-il pas, au contraire, d'analyser séparément chacune de ces modalités de

---

[1] Sur ce point nous nous permettons de renvoyer à TEXIER (P.), « Résister à la justice ou résister au *ius ? », Résister à la justice dans l'Europe médiévale et moderne : entre affrontements et négociations*, colloque, Bordeaux, 11-13 décembre 2011 ; en ligne : http://fondation.unilim.fr/chaire-gcac/2014/07/13/pascal-texier-resister-a-la-justice-ou-resister-au-ius-dans-la-france-du-bas-moyen-age/.

[2] ANDRETTA (S.), « Pourquoi aller au tribunal si l'on n'exécute pas la décision du juge ? Conflits d'héritage et usages du droit à Cotonou », *Politique africaine* 2016/1 (n° 141), p. 147-168.

[3] MAUSEN (Y.), « *Pugio malignatis*. Violence du procès et prudence de la procédure », FARONDA (Fr.), BARRALIS (Chr.) et SÈRE (B.) (dir), *Violences souveraines au Moyen Âge. Travaux d'une école historique*, Paris, 2010, p. 9-17, ici p. 10, note 2.

traitement, en leur restituant leur singularité ? C'est ce que propose l'approche fonctionnelle développée par l'anthropologie historique du droit, lorsqu'elle distingue la résolution et la gestion des conflits. Dans le premier cas, il s'agit de mettre fin à une situation en utilisant les voies du droit, c'est-à-dire en recourant à une intervention publique mettant en œuvre une analyse de conformité entre le comportement incriminé et la liste codifiée des attitudes jugées canoniques ou transgressives. À l'inverse, lorsqu'il s'agit de gérer le conflit on ne cherchera pas à le faire disparaître, mais à en diminuer les conséquences létales, afin d'en mieux conserver les capacités structurantes.

Si l'on accepte ce point de vue, l'analyse de l'oubli implique une double extension de perspective. Au regard du temps, tout d'abord, l'observation ne se focalise plus sur le moment de la sentence, pour prendre en compte tout le déroulé du processus gestionnaire. Au regard des acteurs ensuite, en ne se limitant pas à la démarche oublieuse collective portée par la personne publique pour analyser celle des individus, marquée par le désir de rétribution[4] et qui orientent, à des degrés divers, le traitement du conflit. Par cercles concentriques, il faudrait donc, idéalement, interroger les stratégies développées, non seulement par la puissance publique, mais aussi, par la victime, le mis en cause, les témoins, voir par l'opinion publique.

Pour la conduite de l'analyse, on s'appuiera sur un certain nombre de travaux réalisés par l'Institut d'anthropologie juridique de Limoges (IAJ) et l'Institut international de recherche sur la conflictualité (IiRCO) qui développent, tous les deux, des recherches comparatistes, à la fois diachroniques et synchroniques. Les réflexions qui suivent ont été conduites à partir d'un corpus illustratif de situation de gestion de conflits, réalisée dans le cadre de procédures mêlant des aspects

[4] Par désir de rétribution, il faut entendre une demande, individuelle ou collective, visant à imposer à l'auteur d'une offense un degré de souffrance commensurable avec le dommage subi : DAVID (R.) et CHOI (S. Y. P.), *op. cit.* « Even or Getting Equal? Retributive Desires and Transitional Justice », *Political Psychology*, vol. 30-2, 2009, p. 161-192 [en ligne : www.jstor.org/stable/25655385, consulté le 10/03/2016), ici p. 161.

institutionnels et d'autres relevant des pratiques sociales. C'est le cas des lettres de rémission de la période médiévale, mais aussi d'observations de terrain conduites tant au Rwanda qu'au Burundi.

Dans les deux cas, il est possible de mettre en évidence un certain nombre de situations dans lesquelles les parties prenantes, bien que présentes, restent silencieuses. Qu'il s'agisse des responsables des faits ou des victimes, il est clair qu'ils savent et pourtant ils ne disent rien alors même que, dans certains cas, leurs paroles pourraient améliorer leur situation. Ce silence peut revêtir bien des formes, directes ou parfois indirectes comme dans le cas de l'absence ou de l'inaction. De même, il peut être le reflet d'un grand nombre d'émotions : honte, culpabilité, peur, lâcheté, respect…[5] Le droit positif et la doctrine reconnaissent la juridicité de certaines formes de silence[6], mais dans le présent travail on se limitera à celles qui entretiennent des rapports fonctionnels avec l'oubli.

Dès l'abord, dans le cadre d'un processus de traitement des conflits, il convient d'identifier les modes d'action du silence et de l'oubli, qui dans beaucoup de cas fonctionneront en synergie. La principale caractéristique de l'oubli réside dans son caractère définitif. À l'inverse, si le silence se transforme souvent en oubli, il est dans sa nature d'être perçu comme potentiellement temporaire, de telle sorte que l'absence d'expression crée un temps d'incertitude qui peut être rompu par une parole explicite, réalisant la conversion du silence en oubli[7]. C'est sur cette séquence, où le silence peut faire espérer l'oubli

---

[5] ROSOUX (V.), « La gestion du passé au Rwanda : ambivalence et poids du silence », *Genèses* 4/2005 (n° 61), p. 28-46 [en ligne : www.cairn.info/revue-geneses-2005-4-page-28.htm, consulté le 10 mars 2016], ici p. 28.

[6] Sur la juridicité du silence, voir les contributions rassemblées dans GUILLEMARD (S.) et RAINVILLE (P.) (dir.), « Le silence », *Les Cahiers de droit*, vol. 56, 3-4, septembre-décembre 2015.

[7] Pour une vue d'ensemble sur l'histoire du silence, voir CORBIN (A.), *Histoire du silence. De la Renaissance à nos jours*, Paris, 2016, plus particulièrement, « Les tactiques du silence », p. 127-144. Sur la distinction silence/oubli, voir TZITZIS (S.) dir., « Introduction », *La mémoire entre silence et oubli*, Laval, 2006, p. 1 qui présente

et que par commodité nous nommerons « silence de négociation », que nous voudrions insister.

Ainsi qu'en témoignent les observations de terrain et les textes, le silence n'est pas toujours synonyme d'abstention ou de soumission. Il semble même que cette forme de mutisme possède une sorte de performativité en creux, susceptible de déboucher sur une séquence d'*agency*, pour reprendre le concept forgé par Judith Butler[8]. Mais avant d'examiner ce point, il faut analyser pourquoi certains acteurs engagés dans un processus de traitement des conflits font le choix de ne pas dire. Or, cette option peut prendre des formes différentes en fonction de motivations et des objectifs espérés. En pratique cette casuistique peut être ramenée à trois situations particulières : le silence d'obreption (I), le silence de renonciation (II) et le silence de puissance (III).

I. – Le silence d'obreption

« Qui ne dit mot consent », chacun connaît cet adage qui se recommande d'une longue tradition où se mêlent sens commun et droit savant[9]. Si l'ancien droit criminel en fit usage[10], le droit positif,

---

le silence comme une manifestation de la mémoire, et non l'un de ses dysfonctionnements, alors que l'oubli « exile la mémoire » (*ibid.* p. 3).

[8] Concept dégagé dans les années 1990 par Judith Butler qui, par extensions successives, est devenu un véritable paradigme. À partir d'un travail sur les différences sexuelles de genre, Judith Butler définit *l'agency* comme la capacité à agir par-delà les déterminismes qui s'exercent sur le sujet. Pour une vue d'ensemble voir McNay (L.), « Subject, Psyche and Agency The Work of Judith Butler », *Theory, Culture & Society* 16, n° 2 (4 janvier 1999), p. 175-193.

[9] La forme latine — *Qui tacet, consentire videtur* — se retrouve dans, S*ext.* 5, 12, 43 ; elle tranche par son caractère péremptoire sur la formulation plus nuancée donnée par *Dig*. 50, 17, 142 : *Qui tacet, non uitique fatetur : sed tamen verum est, eum non negare.*

[10] L'ancien droit pénal voyait souvent dans le silence de l'accusé soumis aux tourments de la question la preuve de sa « malice » et un outrage à la justice : voir Astaing (A.) et Clément (G.), « Les "muets volontaires" dans la procédure pénale française de l'époque moderne et contemporaine », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2002, vol. 70-3, p. 291 –316, ici p. 295.

fort de ses approches subjectivistes, l'utilise avec circonspection, répugnant à voir la situation d'un sujet de droit modifiée sans son consentement exprès. Bien plus, le développement des garanties offertes par la procédure criminelle et la Convention européenne des Droits de l'Homme ont progressivement construit un droit au silence, reconnu au mis en cause afin « de ne point contribuer à sa propre incrimination »[11]. Mais c'est une autre forme de silence de l'accusé que nous voudrions aborder ici. Une forme spécifique, en ce qu'elle concerne les grâces pénales.

En cette matière, l'ancien droit pénal, s'appuyant sur l'usage des rescrits des chancelleries romaine et pontificale, connaissait le vice d'obreption qui entachait une grâce ou une décision, obtenue en taisant un élément suffisamment important pour entraîner son éventuel refus[12]. Lorsqu'elle était judiciairement constatée, l'obreption entraînait la nullité de l'acte. L'argument est fréquemment invoqué lors des débats portant sur l'entérinement des lettres de rémission, obtenues par des requérants qui avaient tenté de dissimuler certains aspects de leur conduite. En effet, en vertu de leur effet relatif, les grâces pénales ne concernent que les faits et circonstances explicitement déclarés dans la requête, puis repris dans le texte de la grâce. C'est pourquoi, comme pour tout rescrit, la lettre doit être entérinée par le juge royal qui aurait dû juger l'affaire. Au cours de cette procédure, il vérifie la coïncidence entre ce qui est relaté dans la lettre et la réalité des faits, telle qu'elle peut ressortir d'une enquête et d'un débat contradictoire. Bien que peu abordé dans la littérature, ce

---

[11] CEDH, affaire Funke c. France (requ. n° 10588/83), 25/02/1993. Sur la construction historique de ce « doit au silence », voir GIRARD (CH.), *Culpabilité et silence en droit comparé*, Paris, 1997, plus particulièrement p. 23-96. En Common-Law américaine, depuis 1966, ce droit au silence prend la forme des *Miranda rigths*, sans l'énonciation desquels on ne saurait concevoir une série policière américaine, digne de ce nom, voir PRADEL (J.), *droit pénal comparé*, Paris, 19954, p. 442.

[12] La définition de l'obreption a parfois donné lieu à des controverses liées à l'existence de la subreption (obtenir une grâce sur un faux exposé). Certains auteurs, comme Denisart, inversent les définitions : voir GARRAN DE COULON, v^is^ « obreptice, obreption », MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, t. 21, 1827, p. 428-b.

troisième volet du triptyque rémissionnaire est peut-être le plus important, car il conditionne le bénéfice de la grâce[13]. Or dans certains nombres de cas l'épreuve de l'entérinement se révèle négative : pour un cinquième d'entre eux devant le parlement de Paris sous le règne de Philippe VI[14], et même pour la moitié devant celui de Toulouse entre 1444 et 1519[15]. Pour tenter d'anticiper ce danger, certains requérants[16] développent une stratégie pour le moins originale.

C'est le cas, par exemple de Jean *de Cruce* qui sollicite, en 1357, l'entérinement de sa rémission par le Parlement[17]. Les choses tournent mal, car l'enquête montre qu'il a passé sous silence certains détails.

---

[13] TEXIER (P.), « La part de l'ombre de la rémission. Remarques sur les requêtes en rémission et leurs rédacteurs », PÉRICARD (J.) (dir.), *La part de l'ombre. Artisans du pouvoir et arbitres des rapports sociaux (VIIIe-XVe siècles)*, Limoges, 2014, p. 183-206.

[14] TEXIER (P.), *La rémission au XIVe siècle. Genèse et développement*, Thèse pour le Doctorat d'État en Droit, Limoges 1991, multigr. p. 454-455. Il semble que pour des périodes postérieures, le taux de rejet soit plus faible ; voir GAUVARD (CL.), « Les représentations au Moyen Âge : quelques pistes de réflexion. », *Sociétés & Représentations*, 2/2015 (N° 40), p. 277-287, ici p. 283 : « Ces cas constituent, selon les années, entre 4 et 9 % des affaires traitées au Parlement criminel. Ce n'est pas négligeable, mais par rapport au nombre de lettres scellées annuellement par la Chancellerie (environ 200), on peut en déduire que la majorité d'entre elles sont conformes ». Ces différences de chiffres peuvent sembler importantes, mais outre le fait qu'elles ne concernent pas les mêmes périodes, elles s'expliquent sans doute, comme on le verra ci-dessous, par des désistements d'instance consécutifs à des négociations entre les parties.

[15] OTIS-COUR (L.), « Les limites de la grâce et les exigences de la justice : l'entérinement et le refus d'entériner les lettres de rémission royales d'après les arrêts du Parlement de Toulouse à la fin du Moyen Age », *Recueil de mémoires et travaux publiés par la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, fasc. n° XVIII, 1996, « Critère du juste et contrôle des juges », p. 73-89, ici p. 89.

[16] Dans certains cas, c'est un « conseil » qui propose au rémissionnaire de taire certains faits, voir par exemple JJ 219, *fol.* 29 *v* °, n° 49 (1487 [n. st.], 8 avril), rémission pour Jehan de Labit, marchand d'Arlanc :

> « Par faulte de son conseil, inadvertance ou autrement, en impetrant ladite remission, ont esté obmis certains poins ou circonstances du cas dessusdit. »

[17] X^{2A} 6, f° 361-363 (23 juin 1357).

Qu'à cela ne tienne, notre homme présente alors une nouvelle lettre contenant la description du fait absent de la première. Nouvel échec, suivit par la présentation d'une nouvelle lettre : au total, ce ne sont pas moins de quatre rémissions que Jean avait obtenues, qui toutes concernaient la même affaire, mais avec des degrés de précision variables. De la multiplicité des grâces[18], on peut déduire que Jean craignait moins l'éventuel rejet de demande de grâce que le refus de son entérinement. En effet, si le silence d'obreption se manifeste bien dès la délivrance de la grâce, c'est au moment de sa vérification qu'il risque de se révéler néfaste. La stratégie mise en place, fondée sur la multiplicité des requêtes, révèle donc, à la fois la crainte que l'entérinement ne révèle les limites de la grâce, mais aussi le souci d'obtenir une vérification *a minima*, comme si Jean cherchait à taire certains éléments factuels, au risque d'être privé du bénéfice de sa rémission. Que signifie cette crainte qui n'est pas simplement liée à l'entérinement de la lettre ? En l'absence d'informations claires, on peut poser l'hypothèse qu'elle soit fondée sur l'appréhension que les débats et l'enquête, organisés à l'occasion de l'entérinement, puissent révéler des faits inconnus des parties civiles ou du procureur et, par voie de conséquence, déclencher de nouveaux conflits. En effet les déclarations du demandeur en entérinement, faites en cours d'enquête ou de procédure, constituent autant d'aveux. Dans un contexte contentieux, comme c'est le cas lors de l'entérinement, il peut en résulter de lourdes conséquences sur le terrain judiciaire tout d'abord. Mais il faut pour cela que les faits occultés soient de nature à provoquer l'action du procureur. En fait, la menace la plus grave réside sans doute dans les entreprises vindicatoires que serait susceptible de conduire, hors de tout cadre institutionnel, la parentèle de la victime découvrant des faits nouveaux et non purgés par la clémence royale. En effet, les mécanismes vindicatoires enserrent les parties lésées dans un système de devoirs quasi automatiques,

[18] Sur les rémissions itératives, voir BRAUN (P.), « La valeur documentaire des lettres de rémission », *Actes du 107e Congrès national des Sociétés savantes, Section de philologie et histoire jusqu'à 1610*, Paris, 1984, t. 1, p. 207-221, réimpr. dans BRAUN (P.), *Droits en devenir* [*CIAJ*, n° 2, 1998], p. 205-219.

auxquels il est socialement parfois difficile d'échapper[19]. Une possibilité existe cependant qui passe par une sorte de réécriture négociée du passé, indispensable préalable pour que la vie d'échange puisse être à nouveau nouée entre les protagonistes du conflit. Ici, il ne s'agit évidemment pas d'établir ce que l'on pourrait qualifier de vérité historique, mais de construire une mémoire consensuelle[20], dont le degré de « véracité » dépendra, pour partie, de la pugnacité du procureur et de l'activité de la victime ou de ses représentants. Les rémissions itératives illustrent bien cette maïeutique aux forceps, mais il est d'autres cas où les ayants droit de la victime préfèrent éviter l'affrontement direct et optent pour une séquence de négociation débouchant sur la renonciation à leur action.

II. – Le silence de renonciation

Lorsqu'il émane de la victime, le silence semble particulièrement contre-intuitif dans la mesure où il rompt le lien unissant réparation et « mise en récit de l'injustice »[21]. Mais, ici encore, il convient sans

---

[19] Pour une analyse des mécanismes vindicatoires, voir TEXIER (P.), « La victime et sa vengeance. Quelques remarques sur les pratiques vindicatoires médiévales », *CIAJ*, n° 19, 2008, « La victime – I Définition et statut », p. 155-179. La puissance de l'impératif vindicatoire est telle qu'il perdure, parfois, au-delà de l'entérinement. Voir, par exemple X[1A] 14, f° 275 (7 septembre 1359) [en ligne : http://parlementdeparis.hypotheses.org/1222 #_ftnref3, consulté le 10/03/2016] : profitant de la nomination de réformateurs en 1357 et malgré un entérinement obtenu en décembre 1352, le fils de la victime obtient frauduleusement que de nouvelle poursuites soient engagées contre le rémissionnaire. Finalement ce n'est qu'en septembre 1359 que le Parlement reconnaît la validité des lettres et de leur entérinement.

[20] Dans un contexte collectif, ce dispositif peut conduire à la construction d'un roman national allant jusqu'à taire la réalité conflictuelle. Voir, par exemple, le mécanisme mis en place pour mettre fin à la guerre civile du *Sonderbund* qui ensanglanta la Suisse en 1847. Voir HERRMANN (I), « Dire ou ne pas dire ? L'histoire et la gestion des conflits à l'exemple de la guerre civile Suisse de 1847 », *Politique et Sociétés*, vol. 22, n° 2, 2003, p. 53-73

[21] GARAPON (A.), préface à JEANGÈNE VILMER (J.B.), *Réparer l'irréparable, les réparations aux victimes devant la Cour pénale internationale,* Paris, 2009, p. IX.

doute de dépasser les fonctionnalités strictement liées au processus de réparation judiciaire. Ainsi que le remarque Claude Gauvard, la cour de justice est au Moyen-Âge « un lieu où se négocie le droit plus qu'il ne s'y impose »[22] ; par voie de conséquence, la procédure constitue un cadre plus indicatif qu'obligatoire, propre au développement de stratégies d'instrumentalisation ou d'acculturation[23]. À travers son intervention dans l'entérinement rémissionnaire, la partie civile n'use pas seulement des voies d'action que lui accorde la procédure, elle poursuit également les objectifs que lui impose son devoir de vengeance qui, lui-même, découle du statut victimaire[24]. Autrement dit, la victime dispose de deux types d'actions, les unes relevant du droit strict[25] et les autres non. Il convient de bien les individualiser, car elles sont très différentes, tant par leur nature que leur mode d'exercice.

Les premières sont de simples prérogatives, liées au statut juridique et individuel de victime ou d'ayant droit, auquel il est logiquement possible de renoncer, y compris par une simple abstention, puisqu'en principe l'essentiel du processus pénal est assumé par la puissance publique. Toutefois, le caractère accusatoire de la procédure médiévale peut modifier en profondeur l'économie de ce schéma. En effet, en l'absence d'action publique d'office, c'est à la partie lésée qu'il appartient de faire vivre l'instance, par voie d'accusation ou de

---

[22] GAUVARD (CL.), « L'honneur du roi. Peines et rituels judiciaires au Parlement de Paris à la fin du Moyen Âge », *Violence et ordre public au Moyen Age*, *Les rites de la Justice. Gestes et rituels judiciaires au Moyen Âge occidental*, GAUVARD (Cl.) et JACOB (R.) dir., Paris 2000, réimpr. dans GAUVARD (Cl.), *Violence et ordre public au Moyen Age*, Paris, 2005, p. 156-174, ici p. 168.

[23] Voir ROUSSEAUX (X.), « De la négociation au procès pénal : la gestion de la violence dans la société médiévale et moderne (500-1800) », *Droit négocié, droit imposé ?*, GÉRARD (P.), OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), Bruxelles, 1998, p. 273-312.

[24] Sur la notion et les effets du statut victimaire dans les situations vindicatoires, voir TEXIER (P.), « La victime… », *op. cit.*, p. 158-159.

[25] En matière criminelle, il s'agira de l'accusation ou de la dénonciation, et sur le plan civil, de l'action en dédommagement, plus particulièrement à l'œuvre lors de l'entérinement de la grâce.

dénonciation. On comprend que, dans ce cas, le renoncement de la partie privée entraîne souvent le blocage et parfois l'arrêt de la procédure. Si l'on écarte les situations dans lesquelles la partie privée n'est pas en capacité d'agir (méconnaissance des opportunités procédurales, éloignement ou disparition de la victime, absence de ses ayants droit…), pour ne retenir que les seules occurrences d'inactions volontaires, on observe que certaines d'entre elles suggèrent l'existence d'une négociation, conduite la plupart du temps hors cadre institutionnel et par tant difficilement documentée[26]. Par ailleurs, il convient de remarquer que, dans le cadre de la procédure ordinaire[27], ce temps de silence est nécessairement limité par les mécanismes de la prescription d'an et jour, qui scelle la déchéance de l'action. L'inaction ouvre donc une période d'un an, pendant laquelle le silence empêche la résolution du litige. À l'échéance de ce délai, non seulement l'action est prescrite, mais, faute de partie formée, les poursuites sont abandonnées. Par contre, lorsqu'il s'agit de la procédure d'entérinement d'une rémission, la capacité de nuisance de la partie civile peut être bien plus forte. Même en l'absence d'obreption, elle peut bloquer le processus d'entérinement en ne répondant pas favorablement aux offres de dédommagement, qui constituent l'essentiel de la « paix à partie » et l'indispensable préalable à l'enregistrement de la grâce. Dans certains cas il faudra même que roi intervienne pour obliger la partie civile à accepter les

[26] Si les séquences de négociation sont rarement documentées, hormis les accords en parlement, leurs conséquences, en particulier les désistements d'instance, sont très souvent abordées dans les *ordines iudiciarii*. Parmi les exemples médiévaux précoces, citons l'*Assiduis postulationibus*, rédigé à Bologne en 1216, qui impose au demandeur de jurer qu'il poursuivra l'instance jusqu'à la fin du litige. BERGMANN (F. C.) (ed.), *Pillius, Tancredus, Gratia. Libri de iudiciorum ordine*, Göttingen, 1842, repr. Aalen, 1965, p. 87–316, ici p. 174 : *Sed antequam actor libellum suum iudici porrigat, satisdabit cum idoneo fideiusore, quod usque ad finem litis perseverabit in causa…*

[27] Les mécanismes de la procédure ordinaire peuvent être analysés comme réalisant une judiciarisation des processus vindicatoirs. Sur ce point voir BONGERT (Y.), « Solidarité familiale et procédure criminelle au Moyen Age : la procédure ordinaire au XIVe siècle », *Mélanges Jean Dauvillier, Paris*, 1979, p. 99-116.

offres du rémissionnaire, obtenant ainsi la conversion du silence en oubli commandé[28].

Comme on le voit, dans de telles situations, loin de traduire un désintérêt de l'instance, le silence volontaire de la partie privée peut traduire au contraire le désir d'agir, puisqu'il joue des règles de procédure pour tenir en main le destin judiciaire du *reus*. Cette instrumentalisation de la procédure, sur fond de réflexes vindicatoires, réalise une judiciarisation de la vindicte ; mais ce processus ne se limite pas à la simple réception de mécanismes allogènes, puisqu'ils en modifient profondément la nature. La « vengeance-devoir »[29] est ainsi ravalée au rang d'une simple « vengeance-droit » et puisqu'elle ne constitue plus une nécessité, mais une simple opportunité, cette vengeance judiciarisée est susceptible de renoncement[30]. Autrement dit, le silence transitoire peut être transformé en oubli définitif, tout du moins sur le terrain du droit ; car la situation peut se révéler plus complexe sur celui des pratiques sociales, où la vengeance conserve toute sa force contraignante.

Les actions vindicatoires peuvent être analysées comme résultant d'un devoir collectif, liée à l'appartenance au groupe victimaire. La renonciation est donc, ici, doublement limitée. D'une part, du fait de son caractère collectif, elle ne peut pas simplement résulter d'une décision individuelle. D'autre part, la renonciation vindicatoire est susceptible d'entraîner la perte de ce que l'on a coutume de nommer

---

[28] C'est la situation que décrit un texte inséré dans un formulaire de la Chancellerie de France, édité en 1554. Pour faire vérifier sa rémission, les bénéficiaires sont emprisonnés pendant toute la durée de l'instance. Hors, pour leur malheur, les parents de la victime espérant « leur faire finer miserablement leurs jours esdites prisons » refusent les offres de compensation depuis plus de deux ans : *Stile et prothocolle de la Chancellerie de France*, Paris, Charles l'Angelier, 1554, p. 138-139.

[29] Cette « vengeance-devoir » saisie par le droit s'exprime notamment à travers les processus d'accusation ou de dénonciation. Sur la typologie vindicatoire voir TEXIER (P.), « La victime et sa vengeance... », *op. cit.*

[30] C'est le sens technique, et restreint à l'appel, qu'il convient de donner au texte du *Sexte* rapporté ci-dessus note n° 9 : la partie qui ne fait pas usage de son droit d'appel, est sensée y renoncer.

« honneur »[31]. Pour que l'oubli vindicatoire puisse advenir, il est donc nécessaire de contourner cet obstacle : c'est ce que permettent certaines procédures que l'on pourrait qualifier des renonciations honorables[32], qui le plus souvent impliquent l'intervention d'un tiers. Grâce à son statut qui en fait un médiateur socialement ou institutionnellement autorisé, il sera en capacité d'imposer l'oubli. Quant à la victime oublieuse, elle pourra exciper de sa soumission nécessaire pour échapper à l'infamie. C'est ce mécanisme dont témoignent certaines « lettres royaux », déjà mentionnées[33], que l'on retrouve dans les formulaires et protocoles de chancellerie et qui permettent au roi de contraindre « la partie d'un homme qui a obtenu remission a soy contenter d'interest raisonnablement »[34]. On voit par-là que la transformation du silence victimaire en un oubli victimaire implique la participation de tiers reconnus. La justice peut y avoir sa part, mais souvent non en tant qu'institution de résolution du litige, mais comme une sorte de repoussoir utile pour réaliser la gestion du conflit.

---

[31] C'est encore la logique qui prévalait dans l'ancien article 727 du Code civil, qui frappait d'indignité successorale « l'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aurait pas dénoncé à la justice » ; tandis que l'article 728 écartait de cette obligation de dénonciation les parents et alliés. La combinaison de ces deux articles témoigne bien du caractère vindicatoire de la disposition, puisque la famille constitue classiquement un espace de non-vengeance. La référence au défaut de dénonciation des articles 727 et 728 a disparu avec la loi du 3 décembre 2001, rendant désormais possible la vengeance judiciaire intrafamiliale !

[32] Pour s'en tenir au long Moyen-Âge citons parmi les plus précoces de ces « renonciations honorables » la procédure figurant dans des recueils de formules des VIIe-VIIIe siècles, permettant à celui qui a tué en légitime défense d'échapper à la vengeance ou à l'amende. Il doit faire déclarer la victime *forbatutus* : dans les 42 nuits de l'homicide, il doit produire des co-jureurs attestant au tribunal public, en présence du comte et par serment prêté sur l'autel que les coups mortels avaient étés portés contre un agresseur. Voir JACOB (R.), « Bannissement et rites de la langue tirée au Moyen Âge. Du lien des lois et de sa rupture », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 55e année, 2000-5, p. 1039-1079, ici p. 1065.

33 Voir ci-dessus note 28.

[34] *Stile et Prothocolle de la chancellerie de* France…, *op. cit.,* f ° 138 v ° à 139.

Les exemples qui précèdent ont permis de mieux comprendre quelles valeurs il convenait d'attacher au silence observé en cours de procédure. Dans tous les cas, ce silence ne vaut pas abstention ou désintérêt, en particulier lorsqu'il émane de la victime. Dans certaines situations, ce silence s'inscrit même clairement dans une stratégie allant au-delà du temps procédural, pour anticiper sur ce qui pourrait se passer après l'instance.

III. – Silence de puissance

Si la fin du temps procédural marque l'achèvement de la séquence consacrée à résolution du litige, il reste toujours possible de poursuivre la gestion du conflit. Ces considérations peuvent conduire à réexaminer le fameux « silence des collines » rwandaises[35], notamment tel qu'il apparaît dans le cadre des procédures *gacaca*. Plusieurs explications ont été avancées pour expliquer l'attitude de certaines victimes qui, soit refusaient de participer à ces instances, soit restaient muettes. On n'y a vu, non sans raison, la crainte de voir se rouvrir de nouveaux troubles génocidaires ; mais aussi le désintérêt à l'égard d'une procédure qui, certes, employait des formes traditionnelles, mais détournées de leur contexte et de leur finalité[36]. Disons-le clairement, ces raisons sont probablement justifiées dans la grande majorité des cas. Toutefois, on voudrait faire part ici des observations réalisées par l'un des thésards de l'IAJ[37], qui a eu l'opportunité de passer presque cinq ans sur le terrain au Burundi et au Rwanda. Il a notamment participé à la mise en forme des comptes-rendus de procédures *gacaca* ; ce qui lui a permis non seulement

[35] Dès 1996, le photographe Gilles Peress choisit d'intituler son ouvrage sur le drame rwandais *Le silence* : PERESS (G.), *The Silence*, New York (Magnum), 1996.

[36] Dans la tradition rwandaise, la *gacaca* était utilisée pour mettre fin à des conflits intracommunautaires et de faible importance. Les usages contemporains l'appliquent dans des situations de génocide intercommunautaires, remettant en cause la pérennité même de l'État rwandais.

[37] COMLAN (E.), *Contribution à l'étude de la justice transitionnelle. Analyse anthropologique juridique du règlement post-conflit au Rwanda et en Sierra Leone*, thèse Droit, Limoges, en cours.

d'analyser des sources originales, mais aussi d'avoir des informations sur l'évolution des situations individuelles, lorsque les protagonistes reviennent dans leur communauté d'origine. C'est ainsi qu'il a pu observer que dans un certain nombre de cas, tout se passait comme si le mutisme des victimes[38], lors de la procédure, ne traduisait nécessairement pas une défiance à l'égard de l'instance, ni même une impossibilité psychologique d'agir, mais tout au contraire une sorte de stratégie qui peut être énoncée en trois points : « tu vois que je ne dis rien, mais tu sais que je sais, et tu dois savoir que je pourrais dire ». Cette situation, où la victime « monnaye » son silence, doit être clairement différenciée de celles, plus fréquentes, où c'est le bourreau qui achète le silence de la victime[39]. Si toutes les deux semblent traduire un renouveau des relations bourreau/victime, seule la première témoigne d'un certain ascendant de la victime sur son tortionnaire.

Comme on le voit, cette stratégie unie deux séquences chronologiquement différentes : l'une s'inscrivant dans le temps de l'instance procédurale, et l'autre dans celui du retour à la vie sociale. De la sorte, le silence observé lors de l'instance créée, pour l'avenir, un nouvel espace d'action possible, hors de toute sphère institutionnelle, mais susceptible de rendre à la victime une capacité d'agir dont elle avait été amputée. Cette capacité d'agir résulte d'un allongement de la séquence de silence, au-delà du temps réservé à la résolution du litige, et dont les effets sont multiples. Il s'agit, en

---

[38] Le mutisme des témoins répond à d'autres critères et fait parfois l'objet d'institutionnalisation. C'est ainsi qu'on a pu observer le développement d'« associations informelles » cherchant à décourager les témoignages et connues sous le nom de *ceceka*, expression kinyarwandaise signifiant « taisez-vous ». Sur ce point, voir ROSOUX (V.), SHYAKA MUGABE (A.), « Le cas des gacaca au Rwanda. Jusqu'où négocier la réconciliation ? », *Négociations* 1/2008 (n° 9), p. 29-40 [en ligne : www.cairn.info/revue-negociations-2008-1-page-29.htm, consulté le 10 mars 2015], ici p. 37.

[39] On observe, en effet, « des ententes individuelles avec les détenus relâchés qui, dans les faits, ont acheté leur silence » PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Huit ans après... Le point sur le monitoring de la gacaca au Rwanda*, 2010 [en ligne : http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/05/WEB-french-gacaca-rwanda-6-1.pdf, consulté le 10 mars 2016], p. 46 et 54.

premier lieu, de renvoyer à un horizon indéterminé la conversion du silence en oubli. On voit par-là que, si la procédure *gacaca* est bien sensée mettre fin au litige sur le terrain institutionnel, le mutisme de la victime prolonge la phase de gestion conflictuelle, mais cette fois en utilisant les possibilités offertes par les pratiques sociales.

En second lieu, cette stratégie inverse le rapport de domination qu'avait induit la commission du crime, soumettant la victime et son groupe à la puissance destructrice de l'agresseur. Ici c'est bien la partie lésée qui acquiert de l'ascendant sur le *reus* ; mais un ascendant qui n'est pas mis à profit pour conduire une négociation visant à réparer le dommage, sous l'égide de la puissance publique. En effet, cette situation de responsabilité partagée, entre exigence d'ordre public[40] et intérêt privé de la victime, peut générer un dialogisme qui ne trouverait de solutions que dans la recherche d'un plus petit commun dénominateur, s'incarnant principalement dans des mécanismes de réparation. Or dans des situations génocidaires, ne risque-t-on pas de tomber rapidement sur l'aporie de tels mécanismes réparateurs : comment réparer l'irréparable ? Avec le silence de puissance, c'est la victime seule qui décidera de rompre le silence ou de le consolider en oubli. Et cette décision, dont elle est seul juge, reflétera principalement, sinon exclusivement, une logique victimaire qui, par la force des choses, ne peut être satisfaite ici par le principe de commensurabilité réparatrice mis en œuvre par la logique judiciaire. Cette espérance d'oubli crée les conditions d'émergence de nouvelles capacités d'agir susceptibles de rééquilibrer les relations entre les protagonistes. On voit, par-là, que la demande de la victime ne se limite pas une réparation, envisagée avec son seul sens d'équivalence économique.

* *
*

[40] Le cas rwandais est, à cet égard, particulièrement significatif dans la mesure où la mise en place des procédures *gacaca* s'inscrit clairement dans un processus de reconstruction de l'État.

Cette rapide casuistique du silence de négociation nous introduit à la performativité du non-dire. Nous avons vu qu'elle est différente, selon qu'elle s'exerce dans le cadre d'une procédure institutionnalisée ou hors cadre strictement judiciaire ; c'est surtout sur ce dernier point que nous voudrions insister, c'est-à-dire sur l'usage du couple silence/oubli dans un processus de gestion de conflits.

Selon Daniel Lord Smail le but de l'instance judiciaire n'est pas toujours de fournir à la partie triomphatrice un gain juridique ou économique, mais un avantage « émotionnel », par lequel elle inflige une humiliation à la partie perdante[41]. Appliqué aux lettres de rémission, ce schéma permet de comprendre pourquoi les ayants droit de la victime ne cherchent pas toujours à faire annuler la grâce. En effet, si l'annulation de la rémission provoque, le châtiment elle met un terme à la séquence par laquelle la victime peut tenter d'acquérir l'« avantage émotionnel »[42], puisque dans ce cas c'est la sanction pénale qui prévaut. Certes, le refus d'entérinement est en parfaite adéquation avec la stratégie développée par les gens du roi : elle débouche sur le châtiment public du rémissionnaire fraudeur, elle manifeste la force du roi et du droit. Mais tel n'est probablement pas le désir de la partie civile. En faisant espérer l'oubli, elle tient le *reus*, et lorsqu'enfin elle consent à faire la paix, c'est souvent au terme d'une négociation fructueuse associant pouvoir de nuisance et avantages matériels. En outre, la rémission entérinée lui procure l'occasion de renoncer honorablement à une vengeance dont l'aura commence à décroître.

Par ailleurs, le silence de négociations permet de faire monter les enchères ; il a souvent été remarqué que le montant demandé n'a que peu de rapport avec celui du dommage, objectivement estimé. Tout se

---

[41] SMAIL (D. L.), *The Consumption of Justice: Emotions, Publicity, and Legal Culture in Marseille, 1264–1423*, Cornell University Press, 2003, p. 243. Voir également pour l'Angleterre, Paul Hyams, *Rancor and Reconciliationin Medieval England*, Cornel University Press, 2003.

[42] Du moins lorsque l'accord n'a pas encore été réalisé au moment de l'entérinement.

passe comme si la logique victimaire usait d'autres paradigmes, que ceux qui prévalent dans la réparation judiciaire, puisqu'il s'agit d'aller au-delà de la commensurabilité entre dommage et réparation. On remarquera d'ailleurs que lorsque le roi intervient pour mettre fin à une séquence de négociation trop longue, ce n'est pas au nom de la réparation du dommage qu'il le fait, mais en invoquant le bénéfice de compétence, pour limiter le montant du dédommagement aux capacités contributives du rémissionnaire, et en stigmatisant l'usage abusif que la partie civile faite de son droit d'opposition à l'entérinement[43]. Comment rendre compte de cette situation ?

S'agissant des victimes, c'est à la résilience[44] que l'on fait généralement appel. Cette notion, développée par des psychologues américains puis français à partir des années 40, met l'accent sur la reconstruction de la psyché de la victime, perturbée par la survenance de l'événement traumatique. Cette attention portée à la dimension psychologique fonde, à la fois, l'intérêt et la limite du concept : elle recentre l'analyse sur le sujet victime et ses efforts pour redevenir maître de son destin, pour retrouver la capacité d'agir qui était la sienne avant le drame. Dans ce travail de restauration, le droit trouve naturellement sa place, habitué qu'il est à proposer des solutions rétributives. Mais la victime y trouve-t-elle son compte ? Lorsque les atteintes dépassent un certain seuil, comment trouver les sanctions ou les dédommagements répondant aux impératifs de commensurabilité ? Par ailleurs le désir de rétribution matérielle résume-t-il, à lui seul, les souhaits de la victime[45]. Sans doute faudrait-il interroger les

---

[43] *Stile et prothocolle de la Chancellerie de France*, *op. cit.*, f° 138v°-139 :

> « Par ce que lesdicts supplians n'ont peu contenter ne pacifier avecques leurs parties adverses, iaçoit ce qu'ilz leur ayent faict offre plus grant qu'ilz n'ont vaillant dont lesdictes parties adverses ausdictz supplians ont esté et sont refusans affin de leur faire finer miserablement leurs iours esdictes prisons. »

[44] Sur l'historique et les limites de la résilience, voir VERMEIREN (Et.), « Analyse critique du concept de résilience », in COUTANCEAU (R.), SMITH (J.), LEMITRE (S.), *Trauma et résilience : Victimes et auteurs*, Paris, 2012, p. 15.

[45] La justice transitionnelle applique des mécanismes qui ne relèvent pas tous de la logique rétributive et parvient même à diminuer la demande de rétribution exprimée

demandes de dédommagement excessif, car elles ne doivent pas faire illusion. Toutes les parties à l'instance le savent bien, y compris la demanderesse, les sommes attribuées seront bien plus faibles. Mais là n'est sans doute pas l'essentiel : plus que la compensation financière, ce qui pousse la victime à agir est le désir de tenir, voire d'humilier[46], son adversaire. En effet, lorsqu'elles sont mentionnées dans les rémissions, le texte précise généralement que ces actions sont placées sous l'égide de l'honneur. Mais un honneur doit être compris ici, non comme l'estime de soi ou l'image sociale de l'individu, mais comme le désir de répondre à l'humiliation née du crime[47]. Autrement dit, l'honneur joue le rôle d'un moteur qui pousse l'individu à agir non pas seulement pour retrouver une situation équivalente à celle qui prévalait avant le dommage, mais pour dégager un avantage nouveau.

---

par les victimes ; voir les analyses qualitatives et quantitatives proposées par DAVID (R.) et CHOI (S. Y. P.), *op. cit.*

[46] La volonté d'humiliation est particulièrement claire dans les procédures d'entérinement où la partie civile s'oppose à ce que, par l'effet de la grâce, le rémissionnaire échappe au pilori ; voir par exemple JJ 158, n° 293, f ° 158 v ° (1404 nv. st., 28 mars), rémission pour Bertrand Bruneau, *Arch. hist. du Poitou*, t. 26, p. 25-32. Guillereau s'oppose à l'entérinement en affirmant que la disparition du pilori lui porterait préjudice. Singulière réaction donnant à une peine publique l'allure d'une satisfaction privée.

A la séance de pilori, la rémission avait substitué un pèlerinage à Notre-Dame de Boulogne et une aumône. Aux yeux de la partie civile, il s'agissait d'un assouplissement intolérable, car il ne saurait y avoir d'équivalence entre la pieuse obligation, exécutée en des terres lointaines et l'exposition publique, redoutée de tous et réalisée sur les lieux même où vivaient les protagonistes de l'affaire. À l'appui de sa demande, le rémissionnaire affirme qu'il serait « scandalisé et dommaigié en corps et en biens », s'il devait souffrir un tel outrage et que, par surcroît ses parents et ses amis seraient atteints par l'opprobre. *A contrario*, on voit que le pilori apporte à la victime et à son groupe des satisfactions que la simple réparation économique du préjudice ne saurait procurer.

[47] On utilise ici les observations de Murphy sur les dimensions symboliques du crime (MURPHY [J. G.], « Forgiveness and resentment », in MURPHY [J. G.] et HAMPTON [J.], *Forgiveness et Mercy,* New York, 1988, p. 25) et de Lindner sur le traitement des cycles d'humiliation dans les conflits dissymétriques (LINDNER [E. G.], « Healing the cycles of humiliation: How to attend to the emotional aspects of 'unsolvable' conflicts and the use of 'humiliation entrepreneurship' », *Peace & Conflict,* 8-2*,* p. 125–138).

Il semble bien que ce schéma vaille aussi pour le silence de négociation. En lui faisant espérer l'oubli de actes dommageables, la victime acquiert un certain ascendant sur leur auteur ; ascendant que, dans un second temps, la négociation permettra de traduire sur le terrain des relations interpersonnelles. Tout se passe donc ici, comme si la victime usait des opportunités qui lui sont offertes par les procédures judiciaires, mais en élargissant le cercle des possibles hors des règles du droit stricte. Autrement dit, ce sont les contraintes procédurales qui créent l'opportunité d'inversion de la relation auteur du dommage/victime. Cette situation, où la contrainte rend possible l'acquisition de nouvelles capacités d'agir, correspond assez bien à ce que Judith Butler qualifie d'*agency* mais également à la manière dont fonctionne le droit, dans un système qui n'est pas exclusivement légicentré[48].

[48] Voir par exemple, en matière d'interprétation de la loi en *Common Law* canadien, CÔTÉ (P.-A.), « L'interprétation de la loi, une création sujette à des contraintes », *Revue du Bareau Canadien,* 1990, n° 50, p. 329-349.