



HAL
open science

La responsabilité de la puissance publique face à l'histoire

Clément Benelbaz

► **To cite this version:**

Clément Benelbaz. La responsabilité de la puissance publique face à l'histoire. Sens et non-sens de la responsabilité civile, 2018, 9782919732883. <hal-01631136>

HAL Id: hal-01631136

<https://hal.science/hal-01631136v1>

Submitted on 14 Nov 2017

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.



HAL Authorization

Sens et non-sens de la responsabilité :
La responsabilité de la puissance publique face à l'Histoire

La question de la responsabilité de la puissance publique face à l'Histoire est assurément sensible, et à la confluence de plusieurs disciplines : le droit, l'histoire, mais aussi la philosophie. Elle fait appel à des mécanismes variés, que le juriste ne maîtrise pas nécessairement ni entièrement, et qu'il ne peut d'ailleurs maîtriser. Néanmoins, si les rapports entre l'Histoire et la Justice ont été abondamment étudiés, surtout par les historiens¹, il est envisageable que les juristes, ou en tout cas les juges, viennent « *au secours de l'historien* »² bien que, comme le souligne B. Edelman, il ne leur revient pas de se prononcer *sur* l'histoire, puisque le risque serait alors de cautionner une « *histoire officielle* », ou d'établir une vérité historique³. Cependant, il est possible de s'interroger sur les conséquences dommageables que certains faits devenus historiques ont pu causer, et de savoir comment les victimes peuvent, ou non, en obtenir réparation. La difficulté est alors que réparer l'histoire implique nécessairement d'en déterminer une, selon laquelle la personne publique est responsable de certains actes. Tout mécanisme de réparation implique *a priori* un fait générateur, un préjudice subi par une victime, et un lien de causalité. Mais si les préjudices liés à l'histoire et les victimes sont souvent facilement identifiables, il n'en est pas toujours de même pour la personne responsable.

Aussi, s'il est délicat de « *juger l'histoire* »⁴, il peut sembler difficile d'indemniser en raison de l'histoire. En effet, cette question se trouve dans les tréfonds de la responsabilité, puisque longtemps a prévalu un principe d'irresponsabilité de la puissance publique, hors disposition expresse (contractuelle ou législative, comme la loi du 28 pluviôse an VIII). Le juge avait ainsi estimé que « *l'Etat ne saurait être responsable des conséquences des lois* »⁵. E. Laferrière justifiait cela en précisant que la loi est « *un acte de souveraineté, et le propre de la*

¹ Voir par exemple J.-P. Le Crom et J.-C. Martin, « Présentation », *Droit et société*, Dossier « Vérité historique, vérité judiciaire », n°38, 1998, pp. 9-11, et l'intégralité du dossier.

² J.-C. Martin, « La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens », même revue, pp. 13-20.

³ B. Edelman, « « L'office du juge et l'histoire », même revue, pp. 47-58.

⁴ J.-P. Le Crom, « Juger l'histoire », *Droit et société*, n°38, 1998, pp. 33-46.

⁵ Voir par exemple C.E., 28 mai 1838, *Joseph Mathon c./ le ministre des finances* (1^{ère} espèce, *Rec.*, p. 284), au sujet d'une saisie de tabac factice, pour laquelle le requérant avait demandé au ministre indemnisation en raison du préjudice résultant de la dépossession. Le juge relève que la loi prohibait, dans l'intérêt général, l'exercice spécial d'une industrie. Voir aussi C.E., 13 janvier 1865, *Payerne, S.*, 1865, 2, p. 20 : aucune loi n'astreint l'Etat à indemniser les notaires du préjudice résultant des modifications apportées par les autorités compétentes à l'étendue de leur ressort.

souveraineté est de s'imposer à tous, sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation »⁶. Aussi, pour l'auteur, la souveraineté était bien une limite à la compétence du juge administratif. Il précisait plus loin qu'il existait une grande variété de régimes de responsabilité reconnus (faute de l'agent, faute de l'Etat « *considéré comme responsable du fait de cet agent* » etc.), mais que cette diversité s'échelonnait « *depuis une souveraineté presque absolue jusqu'à de simples actes de gestion* »⁷.

Il existe en effet traditionnellement plusieurs hypothèses d'irresponsabilité de la puissance publique, qui se justifient d'ailleurs plus ou moins⁸, et qu'il est difficile de recenser en intégralité. Elles peuvent être totales, ou partielles, auquel cas il ne s'agira que d'atténuations de responsabilité. D'autres sont conventionnelles, jurisprudentielles, ou encore d'ordre procédural. En réalité, une des difficultés tenant à l'irresponsabilité est qu'on aboutit immédiatement à des catégories extrêmement diverses, ayant peu de liens les unes avec les autres, et qui ne correspondent pas nécessairement à une idée d'irresponsabilité qui consisterait en une immunité de la puissance publique.

Ainsi, le législateur a pu réduire le droit à indemnité, dans l'hypothèse de la demande en réparation du préjudice lié à la naissance d'un enfant handicapé après erreur de diagnostic prénatal. Mais la loi subordonne la réparation des autres préjudices subis par les parents à une faute caractérisée, et a mis en place une forme d'irresponsabilité : l'indemnisation se limite désormais au seul préjudice moral constitué par la perte de choix pour les parents suite à la faute de diagnostic, ce qui a privé les parents de la possibilité d'interrompre la grossesse. Le préjudice indemnisé est donc désormais coupé du handicap et de la naissance⁹.

Le juge également peut interpréter strictement les conditions du droit à réparation. La responsabilité existe, mais elle sera écartée, en fonction des domaines concernés. C'est

⁶ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 2, 2^{ème} édition, 1896, Berger-Levrault, p. 13.

⁷ *Ibid.*, p. 183.

⁸ Voir M. Rougevin-Baville, *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, « Irresponsabilité de la puissance publique », 1992 ; ainsi que les fascicules de D. de Béchillon et B. Ricou, et de C. Guettier.

⁹ La Cour de cassation avait considéré dans le célèbre arrêt *Perruche* du 17 novembre 2000, que l'enfant lui-même pouvait obtenir une indemnisation. La loi du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* est revenue sur cette solution, reprenant la jurisprudence du Conseil d'Etat *Quarez* du 14 février 1997, sur la même question. Son article 1-I, désormais codifié à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles (souvent appelé amendement « anti-Perruche ») dispose : « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son handicap lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer* ».

notamment le cas d'un acte issu de l'activité normative de l'Union européenne¹⁰ : le dommage trouve son origine en amont, au niveau de la règle européenne, pas dans le texte français, qui se contente d'en rappeler le contenu.

L'irresponsabilité peut ensuite résulter d'un défaut de compétence : en raison de la nature de l'acte générateur du dommage, du domaine en cause, l'acte étant immunisé juridictionnellement, aucun juge n'est susceptible d'accorder une indemnisation. C'est l'hypothèse des actes de gouvernement, insusceptibles de recours, soit en annulation, soit en responsabilité. Le juge estime qu'il y a bien défaut d'intérêt à agir et que l'Administration n'a pas à répondre de ses actes. Elle peut agir en toute impunité, tant au regard du principe de légalité, qu'à celui de responsabilité. Ici, la conciliation entre défense des intérêts particuliers lésés et l'intérêt général se fait au détriment des droits des administrés¹¹.

Comme le souligne cependant C.-E. Sénac, « *dans la littérature classique et contemporaine, l'irresponsabilité de la puissance publique n'est pas toujours distinguée de certains empêchements à la mise en cause de la responsabilité* » ; l'irresponsabilité ne doit donc pas être confondue avec la déclaration d'incompétence du juge, ni avec d'autres obstacles à l'engagement de la responsabilité¹². Aussi, pour l'auteur, le concept d'irresponsabilité a deux attributs : « *Son objet, d'abord, qui consiste dans la négation catégorique du droit d'une personne d'obtenir réparation du préjudice causé par la puissance publique. Sa cause, ensuite, qui réside dans la nature propre de l'activité* ».

Aussi, apparaissent très vite un certain nombre de critiques à l'égard du principe d'irresponsabilité. L'incompétence est en effet souvent invoquée comme un de ses fondements, mais lier cette dernière à l'irresponsabilité est sans doute une confusion, car

¹⁰ C.E., 12 mai 2004, *S.A. Gillot*, *A.J.D.A.*, 2004, p. 1487, note M. Deguerge. La solution est identique au sujet du refus d'édicter un décret d'application d'une loi, alors que la Commission européenne avait estimé, par avis, que la compatibilité de cette loi avec le droit de l'Union n'était pas assurée : C.E., 22 octobre 2014, *Sté Métropole Télévision*, *A.J.D.A.*, 2014, p. 2093

¹¹ On retrouve notamment l'acte du gouvernement en matière de relations internationales, et pour lesquelles le juge administratif estime être incompétent, car il ne peut juger l'exercice de la fonction diplomatique : C.E., Ass., 29 septembre 1995, *Association Greenpeace France*, *A.J.D.A.*, 1995, p. 749, au sujet de la décision du Président de reprendre les essais nucléaires. Néanmoins des limites existent, notamment par le biais de l'acte détachable : C.E., 27 juin 1924, *Goldschmidt et Strauss*, *Rec.*, p. 607 ; C.E., 5 février 1926, *Dame Caraco*, *D.P.*, 1927, 3. 1, note Devaux.

¹² C.-E. Sénac, « Le concept d'irresponsabilité de la puissance publique », *R.F.D.A.*, 2011, p. 1198.

l'incompétence conduit uniquement à un rejet du bien-fondé de la demande¹³ ; l'obligation existe tout de même, bien que non sanctionnée juridiquement¹⁴. Ce qui compte en réalité pour déterminer l'irresponsabilité c'est la nature de l'activité en cause. La qualité de la victime n'importe pas (selon qu'elle est par exemple dans une situation irrégulière¹⁵), de même s'il n'y pas de lien de causalité (exemple des mesures prises par l'Union européenne). L'irresponsabilité ne peut donc être envisagée que pour des activités où le législateur ou le juge estimeront qu'elles sont insusceptibles d'engager la responsabilité de la puissance publique : celle-ci sera immunisée.

De plus, historiquement, on est passé progressivement d'un principe d'irresponsabilité à celui de responsabilité de la puissance publique : tel est un des apports de l'arrêt Blanco¹⁶. Aussi, en dehors finalement de rares cas, il n'est pas possible de parler véritablement d'irresponsabilité. Assurément, les conditions de recevabilité d'un recours indemnitaire limitent les hypothèses de voir des dommages réparés, cependant, il ne s'agit aucunement d'irresponsabilité, tout comme le fait de ne pouvoir demander l'annulation d'un acte administratif pour irrecevabilité n'implique pas que l'acte est immunisé juridictionnellement. Mais par ailleurs, il n'existe pas non plus de droit systématique à réparation.

De même, irresponsabilité de la personne publique ne veut pas nécessairement dire que personne n'est responsable : elle peut être une personne privée, même en charge d'une mission de service public par exemple, ou tout simplement une autre personne publique, un autre Etat... Cela signifie littéralement que la charge ne reposera pas sur la personne publique. Ainsi, les formules employées sont souvent subtiles, et plutôt que de parler d'irresponsabilité, le juge peut trouver des tournures signifiant peu ou prou la même chose, ou en tout cas ayant le même résultat. Tel est notamment le cas du principe selon lequel une personne publique ne peut pas être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas¹⁷.

En tout état de cause, si l'irresponsabilité demeure, elle ne peut être que résiduelle, quand bien même son idée puisse paraître inacceptable. Un certain nombre de garanties semblent d'ailleurs *a priori* s'opposer à une telle irresponsabilité. Certes, le principe de responsabilité

¹³ Voir J. Morand, « La responsabilité de l'Etat français pour les dommages subis par ses ressortissants à l'étranger », *A.J.D.A.*, 1970, pp. 588-602.

¹⁴ Voir P. Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2^{ème} édition, 1938, p. 220.

¹⁵ C.E., Sect., 11 avril 1975, *Département de la Haute Savoie, Rec.*, p. 230.

¹⁶ T.C., 8 février 1873, *Blanco, G.A.J.A.*, 19^{ème} éd. 2013, n°1.

¹⁷ C.E., Sect., 19 mars 1971, *Mergui, Rec.*, p. 235.

pour faute énoncé par l'article 1382 du Code civil n'a pas été constitutionnalisé¹⁸. En revanche, le principe de réparation des dommages résultant d'une faute a quant à lui valeur constitutionnelle. En effet, le Conseil constitutionnel a dégagé le principe selon lequel nul ne peut, « *par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé* »¹⁹ ; par conséquent la responsabilité de l'auteur d'un fait fautif ne peut être écarté, peu importe sa gravité.

Cependant, en 1999 dans sa décision sur le PACS, le Conseil constitutionnel a réduit la marge de manœuvre du législateur, en estimant que « *la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* », dont il résulte alors que « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »²⁰. Des précisions ont ensuite été apportées lors d'une QPC²¹ : « *La faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle* ». Mais, ajoute-t-il, le législateur peut tout de même aménager, dans un but d'intérêt général, les modalités de la réparation, et éventuellement prévoir des exclusions ou limitations. Des régimes spéciaux sont donc tout à fait envisageables.

Quelles sont alors les incidences de ces solutions sur la responsabilité de la puissance publique : l'irresponsabilité traditionnelle serait-elle condamnée ?

Assurément, le principe de réparation intégrale n'a pas valeur constitutionnelle²². De plus, certains préjudices ne sont tout simplement pas ou plus réparables : tel est le cas des modifications apportées à la circulation générale, résultant par exemple de changements dans l'assiette ou la direction des voies publiques, ou de la création de voies nouvelles²³. De même, la naissance d'un enfant en bonne santé suite à l'échec d'un avortement souhaité par la mère²⁴. Mais pour le dire abruptement, tel doit-il également être le cas des préjudices liés à l'Histoire ?

¹⁸ C.C., 22 octobre 1982, n°82-144 D.C., *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*.

¹⁹ C.C., 17 janvier 1989, n°88-248 D.C., *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*.

²⁰ C.C., 9 novembre 1999, n°99-419 D.C., *Loi relative au pacte civil de solidarité*.

²¹ C.C., 11 juin 2010, n°2010-2 Q.P.C., *Mme Viviane L., Loi dite « anti-Perruche »*.

²² C.C., 18 juin 2010, n°2010-8 Q.P.C., *Epoux L.*

²³ C.E., 26 mai 1965, *Ministre des Travaux publics, des transports et du tourisme c./ Epouc Tebaldini, Rec.*, p. 305, concl. G. Braibant.

²⁴ C.E., Ass., 2 juillet 1982, *Mlle R., Rec.*, p. 266.

Du point de vue du Conseil de l'Europe, les Etats ont en principe l'obligation de réparer les conséquences dommageables de la violation des droits reconnus dans la CEDH. C'est ce que la Cour avait reconnu dans l'arrêt *Valsamis contre Grèce* de 1996 : « *L'article 13 garantit à quiconque se prétend, pour des motifs défendables, victime d'une violation des droits et libertés protégés par la Convention, un recours effectif devant une instance nationale afin de voir statuer sur ses griefs et, s'il y a lieu, d'obtenir réparation* ».

Dès lors, le droit de la CEDH semble conduire à une réduction de l'irresponsabilité, puisqu'il apparaît que cette dernière constitue une atteinte au droit au recours effectif (article 13), mais aussi au procès équitable (article 6§1). Aussi, la CEDH aborde cette question de l'irresponsabilité principalement sous l'angle des droits procéduraux. Cependant, ces droits ne sont pas absolus, des tempéraments peuvent y être apportés, tant que cela ne conduit pas à des régimes d'irresponsabilité trop importants ou généralisés²⁵.

Par conséquent, et même s'ils s'amenuisent, des bastions ou îlots d'irresponsabilité sont envisageables, et surtout demeurent. Comme il sera vu, les dommages causés par les faits de guerre constituent de ce point de vue une pierre d'achoppement.

Car la question se pose de savoir si tous les dommages issus de la guerre, ou d'évènements historiques, doivent être soumis à un régime d'irresponsabilité.

Concrètement, il s'agit de déterminer si la puissance publique, l'Etat en somme, doit être ou non tenue pour responsable des actes commis en France par le gouvernement de Vichy, et si oui, selon quelles modalités. En effet, ledit gouvernement est, au moment de la guerre, factuellement mais aussi juridiquement celui de la France : il est accepté *volens nolens* par la population, reconnu sur le plan international, il exerce la souveraineté et sa législation a d'ailleurs laissé bon nombre de traces dans notre droit actuel²⁶. La difficulté sur le plan juridique a résulté de l'adoption par le Gouvernement provisoire de la République française (GPRF) de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine²⁷, par laquelle le gouvernement de Vichy disparaissait, en fait et en droit, et était qualifié, de façon rétroactive, d'« *autorité de fait dit gouvernement de l'Etat français* ». La République, donc la France, était à Londres, c'est là qu'était assurée la continuité du droit, et

²⁵ Voir Cour E.D.H., 21 septembre 1994, *Fayed c./ Royaume-Uni*, n°17101/90.

²⁶ Voir C. Benelbaz, B. Berthier, C. Froger, S. Platon (dir.), *L'œuvre législative de Vichy, d'hier à aujourd'hui : rupture(s) et continuité(s)*, Dalloz, 2017, 289 p. ; B. Durand, J.-P. Le Crom et A. Somma (dir.), *Le droit sous Vichy*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006, 489 p. ; J.-P. Le Crom, « Droit de Vichy ou Droit sous Vichy ? », *Histoire@politique*, n°9, 2009.

²⁷ Ordonnance du 9 août 1944, *relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire occidental*, *J.O.*, 10 août 1944, p. 688, rectificatif p. 830.

c'est pour cela que les actes de Vichy furent considérés comme « *nuls et de nul effet* ». Cette nullité devait alors être effectuée par ordonnances. Or, ici, on est bien en présence d'une fiction juridique, c'est-à-dire de « *la différence entre le donné réel du passé et le construit – ou « reconstruit » - juridique* », qui a bien été mis en exergue par les historiens²⁸.

Mais cette fiction a nécessairement des répercussions importantes en droit public²⁹ : est-ce à dire que l'ensemble des agissements commis sous Vichy n'a pas existé, ou que leurs conséquences n'existent plus ? Dès lors, les dommages causés ne sont-ils pas, ou plus, susceptibles d'être indemnisés, quand bien même leurs effets se firent ressentir après la Libération ? En somme, l'Ordonnance a-t-elle eu pour conséquence d'établir une irresponsabilité de l'Etat face à l'Histoire, même à son histoire ?

De façon plus large surtout, il conviendra ici de se pencher sur la question de savoir s'il est possible d'engager la responsabilité de la puissance publique en raison de l'Histoire³⁰. Au-delà du problème des préjudices de l'histoire, il faut également se demander s'il est possible de les réparer, et si oui comment³¹.

Il ne s'agira pas ici de se pencher sur les aspects civils ou pénaux que peuvent impliquer, par exemple, des cas de révisionnisme ou de négationnisme³². Il ne s'agira pas non plus de se pencher sur l'encadrement juridique du devoir de mémoire, et notamment sur les diverses lois mémorielles³³, mais plutôt de s'interroger sur les fondements et les modalités de la responsabilité de l'administration face à l'histoire : en définitive, les mécanismes classiques du droit de la responsabilité publique peuvent-ils s'appliquer ? Plus précisément, et comme s'interrogeait D. Lochak, « *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* »³⁴. En clair, la spécificité des crimes commis et des préjudices subis permet-elle une application des règles de droit commun en matière de responsabilité, ou

²⁸ H. Rouso, *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, Editions du Seuil, coll. « Points Histoire », 1987, p. 66 et suivants ; voir également R. O. Paxton, *La France de Vichy. 1940-1944*, Seuil, coll. Points Histoire, 1973, mise à jour 1997, 459 p. ; R.-O. Paxton et R. Marrus, *Vichy et les Juifs*, Calman-Lévy, 1981, 431 p.

²⁹ Voir notamment E. Cartier, « De l'anéantissement au retour du *de cuius* ou l'insoutenable ambivalence de l'ordonnance du 9 août 1944 », in C. Benelbaz, B. Berthier, C. Froger, S. Platon (dir.), *L'œuvre législative de Vichy, d'hier à aujourd'hui : rupture(s) et continuité(s)*, précité.

³⁰ Voir A. Garapon, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, 2008.

³¹ Voir X. Philippe, « Qu'est-ce que la justice face aux « réparations » des préjudices de l'histoire ? Propos introductifs », in X. Philippe (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Institut universitaire Varenne, coll. Transition et justice, 2013, pp. 11-19.

³² Voir J.-P. Le Crom, « Juger l'histoire », *Droit et société*, n°38, 1998, *Vérité historique, vérité judiciaire*, pp. 33-46, et E. Cartier, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité », *R.F.D.C.*, 2006/3 ; pp. 509-534.

³³ Voir notamment P. Fraisseix, « Le droit mémoriel », *R.F.D.C.*, 2006/3, pp. 483-508. Pour une vision critique de ces lois : M. Rebérioux, « Le génocide, le juge et l'historien », *L'Histoire*, n°138, novembre 1990, pp. 92-94.

³⁴ D. Lochak, « Le droit, la mémoire, l'histoire », *La revue des droits de l'homme*, 2-2012, mis en ligne le 11 décembre 2013.

convient-il plutôt d'appliquer un ou des régimes spécifiques ? Ces questions ne se posaient en effet pas, tant qu'un régime d'irresponsabilité était de mise.

Mais surtout, les mécanismes classiques permettent-ils de réparer de tels préjudices de façon intégrale et, si l'on ose dire, satisfaisante ? La difficulté du sujet est de manœuvrer entre plusieurs fictions juridiques, alors que les préjudices et leurs conséquences, eux, sont bien réels.

Dès lors, s'il existe un certain flottement quant à l'application de règles classiques en matière de responsabilité de la puissance publique face à l'Histoire (A), il apparaît que la mise en œuvre de régimes spécifiques présente tout autant de difficultés (B).

I. Les flottements liés à l'application de règles classiques.

Face aux dommages causés par des événements historiques, ou par des faits commis en temps de guerre, un régime d'irresponsabilité semble s'appliquer (A). Si cette position a pu être transposée aux actes et exactions commis sous le régime de Vichy, les juges ont progressivement opté pour une responsabilité pour faute, en recourant à des jurisprudences traditionnelles, mais pas nécessairement entièrement adaptées (B).

A. Une irresponsabilité traditionnelle liée aux faits de guerre.

De façon classique et ancienne, une des hypothèses d'irresponsabilité totale de la puissance publique concerne les dommages issus de conduites de la guerre ou d'opérations de guerre. Ici c'est au niveau du fait générateur qu'il convient de se situer afin d'arriver à cette solution : il ne s'agit pas d'une question d'incompétence du juge administratif, mais d'une question de fond. Le juge estime en effet qu'« *en l'absence d'une disposition législative ouvrant droit à indemnité (...) la responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée de ce fait* »³⁵.

L'irresponsabilité est alors globale, et concerne des faits extrêmement variés. Elle peut donc s'appliquer pour des frappes françaises, alliées, de l'ennemi, de la foule, ou même inconnues. Par opérations de guerre, on peut également entendre des faits de résistance³⁶, mais aussi de

³⁵ C.E., 31 mai 1961, *Compagnie française des cuirs*, *Rec.*, p. 358 ; C.E., 23 juillet 2010, *Sté Touax et St Touax Rom*, *A.J.D.A.*, 2010, p. 2269, note H. Belrhali-Bernard.

³⁶ Comme des sabotages : C.E., 6 février 1946, *Merle*, *Rec.*, p. 43.

fausse résistance³⁷, ou encore des actes commis par des militaires appartenant aux Forces françaises de l'Intérieur³⁸.

Cependant, les opérations de guerre qui se déroulent à l'étranger n'exonèrent pas l'Etat français de sa responsabilité en raison de ses liens particuliers avec la victime : ainsi les risques exceptionnels pesant sur l'individu, dans l'intérêt général, ouvrent droit à réparation pour rupture d'égalité devant les charges publiques, donc sur un fondement de responsabilité sans faute³⁹ ; sinon, un texte est nécessaire pour indemniser⁴⁰.

S'agissant de la guerre d'Algérie, les actes dommageables ont pu d'abord être considérés comme relevant de la police, donc nécessitant une faute lourde afin d'engager la responsabilité⁴¹, mais le juge finit par opter pour un régime d'irresponsabilité⁴².

Cette jurisprudence est toujours valable, et l'irresponsabilité pour dommages causés par des opérations de guerre demeure, ainsi que le Conseil d'Etat put en juger au sujet d'actions ayant eu lieu au Kosovo⁴³. Plus précisément, il était ici question du blocage de la navigation sur la Danube suite à des opérations de bombardements, menées en ex-Yougoslavie en 1999. D'importants dommages avaient alors été causés, notamment par les frappes aériennes auxquelles avait participé la France, ce qui avait empêché la navigation pendant plusieurs années. Le Conseil d'Etat estima que sauf disposition législative expresse, « *les opérations*

³⁷ C.E., 27 décembre 1948, *Dame veuve Aribat, Rec.*, p. 500 : meurtres commis par des personnes prétendant indûment appartenir aux Forces françaises de l'Intérieur.

³⁸ C.E., 25 janvier 1952, *Cts Pernin, Rec.*, p. 59 : en l'occurrence, la détention dont firent l'objet les époux était justifiée par des accusations graves à leur encontre, ayant conduit à leur défèrement devant les juridictions répressives. Dès lors, sa prolongation n'était pas constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

³⁹ C.E., Sect., 19 octobre 1962, *Perruche, Rec.*, p. 555 au sujet du consul de France à Séoul, dont les biens furent pillés pendant l'occupation de la capitale par la Corée du Nord. Ici, le dommage résultait de l'ordre qui lui avait été donné de rester à son poste.

Voir aussi C.E., Ass., 16 octobre 1970, *Epx Martin, Rec.*, p. 593 : perte de biens suite à des bombardements d'un couple, l'un étant vétérinaire inspecteur principal de l'élevage, l'autre professeur de lycée au titre de la coopération technique internationale entre la France et le Laos. En raison des liens existants entre l'Etat et eux, ils avaient été dans l'obligation de rester à leur poste.

⁴⁰ C.E., 25 juillet 1951, *Nguyen Xuan Tao*, p. 434, au sujet de la destruction d'immeubles par des militaires français, laquelle avait le caractère d'événement de guerre. Ici, le recours est rejeté au fond, ce qui signifie qu'il n'est plus en soi irrecevable. Voir aussi C.E., 16 décembre 1953, *Dame veuve Nguyen Ba Chinch, Rec.*, p. 553 ; C.E., Ass., 30 mars 1966, *Guyot, A.J.D.A.*, 1966, p. 349, chron. Puissechet et Lecat, à propos de dommages subis du fait des opérations de Suez, consistant en la mise sous séquestre de biens.

⁴¹ C.E., 20 janvier 1961, *Ministre des armées c./ Adjabi*, p. 1172, à propos d'un accident d'automobile cause par une patrouille militaire.

⁴² C.E., 30 mars 1966 *Sté Ignazio Messina, R.D.P.*, 1966, p. 789, concl. N. Questiaux ; *R.D.P.*, 1967, p. 143, note M. Waline. A noter que l'arrêt ne parle pas de faits de guerre, mais « *d'opérations militaires* ». Pour M. Waline, cela démontrait la volonté, notamment du gouvernement, de ne pas parler de guerre en Algérie, mais seulement d'opérations de maintien de l'ordre.

Voir également C.E., 31 janvier 1969, *Debauchez, Rec.*, p. 66, et du même jour *Reynaud, Rec. Tab.*, p. 946.

⁴³ C.E., 23 juillet 2010, *Sté Touax et St Touax Rom, A.J.D.A.*, 2010, p. 2269, note H. Belrhali-Bernard ; *D.A.*, 2010, n° 10, comm. 136, note H. Flavien.

militaires ne sont, par nature, pas susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat, y compris sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques ».

R. Odent avançait alors que la cause étrangère de ces faits de guerre permet de les considérer comme se situant « hors du droit »⁴⁴, ou en tout cas, comme le signale H. Flavier, « hors du droit administratif ». Dès lors, seul un régime législatif mettant en jeu la solidarité nationale pourrait finalement permettre une indemnisation.

En réalité, il serait envisageable de prévoir une responsabilité sur le fondement de la rupture d'égalité ainsi que le défendait H. Flavier, sans d'ailleurs pour autant que cela aboutisse à une condamnation de l'Etat, ou un régime légal. Mais dans cette hypothèse, seul un préjudice anormal et spécial peut être réparé. Cela impliquerait alors que la mort serait une charge anormale ? Tel est sans doute logiquement le cas lorsqu'on l'inflige, de même que des tortures...

En tout état de cause, en matière de guerre, un certain nombre de lois spécifiques ont été adoptées afin de mettre en place des réparations. Ainsi, la loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages causés par les faits de guerre⁴⁵, proclama l'égalité et la solidarité de tous devant les charges de guerre, et prévoit la réparation intégrale des dommages certains, matériels et directs causés en France et en Algérie aux biens, mobiliers ou immobiliers. Etaient alors prévus comme tels les réquisitions ou détériorations de toute nature, et afin de procéder aux évaluations, des commissions cantonales étaient mises en place.

De même, la loi du 24 juin 1919 sur la réparation à accorder aux victimes civiles de la guerre⁴⁶, prévoyait que les victimes de fait de guerre survenu entre le 2 août 1914 et l'expiration d'un délai d'un an à dater du décret fixant la cessation des hostilités, ayant reçu une blessure ou contracté une maladie ayant entraîné une infirmité, auraient droit à une pension définitive ou temporaire.

Par la suite, la loi du 20 mai 1946 modifia et étendit ce dernier texte de 1919⁴⁷, et la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre⁴⁸ énonçait en son article 1^{er} que « *la République*

⁴⁴ R. Odent, *Contentieux administratif*, Tome 1, Dalloz, p. 312.

⁴⁵ Loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages causés par les faits de guerre, *J.O.*, 18 avril 1919, p. 4050.

⁴⁶ Loi du 24 juin 1919 sur les réparations à accorder aux victimes civiles de la guerre, *J.O.*, 26 juin 1919, p. 6562.

⁴⁷ Loi n°46-1117 du 20 mai 1946 portant remise en vigueur, modification et extension de la loi du 24 juin 1919 sur les réparations à accorder aux victimes civiles de la guerre, *J.O.*, 21 mai 1946, p. 4378.

⁴⁸ Loi n°46-2369 du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre, *J.O.*, 29 octobre 1946, p. 9191. Voir H. Mayras, « La réparation des dommages corporels et matériels causés par la guerre », *E.D.C.E.*, 1948, pp. 54-66.

proclame l'égalité de tous les français devant les charges publiques », et prévoyait par conséquent que les dommages certains, matériels et directs causés aux biens immobiliers ou mobiliers par les faits de guerre en France et dans les départements d'outre-mer ouvraient droit à réparation intégrale. Le texte permettait d'ailleurs que soient couverts les dommages résultant de l'occupation, des destructions, détériorations, dépossessions, prises de guerre, réquisitions etc.

Par conséquent, on constate que les faits de guerre, en lien en règle générale avec des faits historiques, excluent par principe la responsabilité de la puissance publique, mais peuvent permettre la mise en place de régimes spécifiques de réparation. Les solutions sont anciennes, et ont pu être transposées aux actes commis sous Vichy.

En effet, ces derniers, bien que ne concernant pas la conduite d'opérations de guerre, ont été déclarés nuls par l'ordonnance du 9 août 1944. Aussi, le défaut de base légale permit au juge d'écarter toute responsabilité de l'Etat, ainsi qu'il en ressort du célèbre arrêt *Giraud*⁴⁹. Concrètement, les actes pris sous Vichy étant rétroactivement considérés comme illégaux, ils ne pouvaient engager la responsabilité de la puissance publique.

La même position fut adoptée au sujet d'actes de milices constituées en application de textes de Vichy⁵⁰, ou encore pour ceux commis par l'occupant : des fautes commises par un agent⁵¹ ou un collaborateur occasionnel du service public⁵² ne furent pas considérées comme étant de nature à engager la responsabilité de l'Etat français.

De plus, le juge refusa longtemps d'imputer les conséquences préjudiciables de certains actes de Vichy à l'Etat, en se fondant indirectement sur une continuité en droit de la République qui était incarnée par de Gaulle⁵³. Aussi, les victimes de rafles ne pouvaient demander réparation à l'Etat, puisqu'il était à Londres : il y avait donc défaut d'imputabilité.

⁴⁹ C.E., Sect., 4 janvier 1952, *Epoux Giraud*, p. 14 ; *R.D.P.*, 1952, p. 187, note M. Waline, au sujet d'assignations à résidence. L'auteur était d'ailleurs très critique à l'égard de la solution, qui sera pourtant reprise par la suite : C.E., 11 février 1959, *Vincent*, p. 1095.

⁵⁰ C.E., Sect., 25 juillet 1952, *Delle Remise*, p. 401. A noter qu'un arrêt du 1^{er} février 1954, *Dame Vado*, (*Rec. Tab.* p. 889), au sujet de la même milice, se place quant à lui sur le terrain des opérations de guerre.

⁵¹ C.E., 13 juillet 1951, *Epoux de Persan*, *Rec. Tab.*, p. 822, au sujet d'actes accomplis par un maire pour l'exécution de mesures ordonnées par les Allemands. Voir aussi C.E., 12 mai 1954, *Turin de Montmel*, *Rec. Tab.*, p. 888.

⁵² C.E., 12 novembre 1948, *Quin*, *Rec.*, p. 427 : camion et son chauffeur réquisitionnés par l'Occupant ;

⁵³ C.E., 14 juin 1946, *Ganascia*, *Rec.*, p. 166 : au sujet d'une éviction d'un poste d'officier ministériel, en application des statuts des juifs ; C.E., Sect., 4 janvier 1952, *Epoux Giraud*, *Rec.*, p. 14 ; *R.D.P.*, 1952, p. 187, note M. Waline. Voir J. Martin, « Les limites de la responsabilité administrative face aux déportations pendant la Seconde guerre mondiale », *R.D.P.*, 2010, pp. 667- 686.

Pourtant, dans un premier temps, le juge avait admis de tels recours, notamment à propos des persécutions politiques et des internements administratifs sous Vichy, en considérant que les préjudices en résultant (épuisement intense, infirmité) étaient dus aux conditions de vie et aux traitements infligés par le personnel du centre. Dès lors, il s'agissait de fautes du service public détachables de l'exécution de l'arrêté d'internement du requérant, et qu'il convenait de réparer en raison de leur particulière gravité ⁵⁴.

De même fut admise l'indemnisation suite aux fautes commises par les milices. En effet, dans l'arrêt *Dame Duez*, au sujet d'un accident causé par un véhicule conduit par un membre de la milice, le Conseil d'Etat considérait que quel que fût l'objet de ce groupement, il s'agissait d'un « *service supplétif de police* », dont les fautes étaient de nature à engager la responsabilité de l'Etat ⁵⁵.

Dès lors, on le voit, un halo d'incertitudes plane au sujet de l'irresponsabilité qui est encore de mise pour certains actes, et cela démontre un flottement dans la jurisprudence.

Cependant, l'irresponsabilité comporte un certain nombre de restrictions, et l'Etat fut progressivement reconnu responsable des actes et agissements du régime de Vichy, commis dans l'accomplissement des mesures antisémites, cela par le biais de règles classiques en matière de responsabilité de la puissance publique. Mais cela ne se fit pas sans heurts.

B. Le lent basculement vers une responsabilité pour faute.

On l'a vu, la position traditionnelle a longtemps été d'entendre dans un sens très large la notion de dommages de guerre : ceux causés pendant l'Occupation et les déportations étaient donc assimilés comme tels. Aussi, la règle classique était appliquée, c'est-à-dire l'irresponsabilité, et seul un texte pouvait admettre une indemnisation. Cette situation, considérée comme inéquitable et intenable, finit par céder, non sans difficultés.

En effet, il fallut d'abord mettre un terme à plusieurs fictions et mythes, juridiques et historiques, comme celle consistant à ne voir la continuité de l'Etat (de la République précisément) qu'à Londres, ou encore celle résultant de la théorie dite du « bouclier » selon laquelle le régime de Vichy avait finalement essayé de sauver un maximum de juifs, en tout

⁵⁴ C.E., Ass., 30 janvier 1948, *Toprower, Rec.*, p. 48.

⁵⁵ C.E., 22 février 1950, *Dame Duez, Rec.*, p. 118.

cas les juifs français. Les travaux des historiens dans les années 1970 ont peu à peu permis de déconstruire ces mythes⁵⁶.

Mais d'un point de vue juridique, ces derniers survivaient, notamment à travers la « doctrine Bouffandeau », qui fut président de la section du contentieux du Conseil d'Etat de 1952 à 1961, qui expliquait en 1947 : « *Le Conseil d'Etat pouvait ou considérer les lois de Vichy comme instituant un régime nouveau de notre droit public et leur donner une large extension, ou les regarder au contraire, comme des mesures apportant des dérogations aux principes demeurés en vigueur et, dans ce cas, annuler les décisions prises en méconnaissance de ces principes, qui n'étaient pas fondées sur une disposition législative expresse et interpréter restrictivement les lois édictées depuis juillet 1940, à raison de leur caractère de mesures d'exception. C'est cette solution qu'il a choisie, comme il devait le faire* »⁵⁷. Autrement dit, la position longuement défendue fut que le Conseil d'Etat avait protégé les libertés par sa jurisprudence libérale, et ainsi neutralisé une partie des lois de Vichy.

Dès lors, du point de vue du droit, et notamment du droit public, la question de la responsabilité de la puissance publique ne se posait pas.

Elle ressurgira le 16 juillet 1995, avec le discours prononcé par le Président Chirac, à l'occasion de la cérémonie commémorant la rafle du « Vel' d'Hiv' », dans lequel il admettait que « *la folie criminelle de l'occupant a été secondée par des Français, par l'État français* », que « *policiers et gendarmes français, sous l'autorité de leurs chefs, répondaient aux exigences des nazis* », et surtout que « *la France, patrie des Lumières et des Droits de l'Homme, terre d'accueil et d'asile, la France, ce jour-là, accomplissait l'irréparable. Manquant à sa parole, elle livrait ses protégés à leurs bourreaux* ». A l'égard des victimes disait-il, la France conservait alors une « *dette imprescriptible* », et il reconnaissait « *les fautes du passé, et les fautes commises par l'Etat* », et notamment une « *faute collective* ». Dès lors, bien que politique et éminemment symbolique, cette reconnaissance d'une responsabilité de la France en raison de fautes commises pendant l'Occupation enclenchera une reconnaissance juridique.

⁵⁶ Voir les ouvrages précités de R.-O Paxton, de H. Rousso, et la contribution de E. Cartier.

⁵⁷ T. Bouffandeau, « Le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la libération du territoire métropolitain », *E.D.C.E.*, 1947, pp. 23-27. De façon plus générale, et remettant en cause cette position, voir J. Massot, « Le Conseil d'Etat et le régime de Vichy », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n°58, avril-juin 1998, pp. 83-99, O. Dupeyroux, « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *R.D.P.*, 1983, pp. 565-629 ; ou encore P. Fabre, *Le Conseil d'Etat et Vichy : le contentieux de l'antisémitisme*, Publications de la Sorbonne, coll. De Republica, 2001, 401 p.

Tel sera particulièrement l'apport de l'arrêt *Papon* rendu par le Conseil d'Etat en 2002⁵⁸. Maurice Papon fut condamné par la Cour d'assises de Gironde le 2 avril 1998 pour complicité de crime contre l'humanité, en raison de faits commis alors qu'il était secrétaire général de la préfecture de la Gironde de juin 1942 à août 1944. Fut en effet prouvé son concours actif dans l'arrestation et l'internement de juifs à Mérignac, avant que ceux-ci soient emmenés à Drancy, puis à Auschwitz. Il fut condamné à une peine de prison pour complicité de crimes contre l'humanité, ainsi qu'à payer des dommages et intérêts aux parties civiles ; il demanda alors au ministre de l'Intérieur que soit mis à charge de l'Etat les condamnations au titre des dommages et intérêt, ce qui lui fut refusé. Le Conseil d'Etat était donc saisi de la question de savoir si l'Etat peut être reconnu responsable en raison des exactions commises envers les victimes de la Shoah, y compris de l'action d'un de ses agents.

Si l'arrêt Papon mentionne le principe d'irresponsabilité de la puissance publique, il estime pour la première fois que les actes et agissements du régime de Vichy dans l'accomplissement de sa politique de persécutions antisémites étaient constitutifs de fautes de service de nature à engager la responsabilité de l'Etat. En effet, pour le juge, l'ordonnance du 9 août 1944 n'a pas eu pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par la France dans l'application de ces actes.

La première difficulté dans cette affaire consistait à déterminer si la faute pour laquelle M. Papon avait été condamné était ou non une faute de service : en clair, se confondait-elle avec le service, ou est-ce qu'à l'inverse, bien qu'accomplie pendant le service et avec ses moyens, elle s'en détachait, en raison de son intention et de sa gravité ? Dans la première hypothèse, si la faute était commise par l'agent dans l'accomplissement même de ses fonctions, alors elle était de service, et l'Administration la prenait à sa charge. Au contraire, si elle était commise en dehors et n'avait qu'un lien indirect avec le service, alors le juge judiciaire était compétent, et seul l'agent supportait le poids de la responsabilité.

Cette distinction entre faute de l'agent et faute de service est certes classique⁵⁹, mais ses conséquences sont importantes, puisqu'elle détermine le régime applicable et le juge compétent.

Cependant, la jurisprudence a également considéré, et de longue date, que la responsabilité de l'agent n'exclut pas nécessairement celle de l'administration, et inversement : ce sont les

⁵⁸ C.E., Ass., 12 avril 2002, *M. Papon*, *R.F.D.A.*, 2002, p. 582, concl. S. Boissard ; *A.J.D.A.*, 2002, p. 423, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *A.J.D.A.*, 2002, p. 837, étude F. Melleray ; *D.*, 2003, p. 647, note J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; *G.A.J.A.*, 19^{ème} éd. 2013, n° 107.

⁵⁹ T.C., 30 juillet 1873, *Pelletier*, *G.A.J.A.*, 19^{ème} éd. 2013, n°2.

hypothèses de concours de responsabilité⁶⁰. Dès lors, il est possible de qualifier de faute personnelle celle commise par un agent en service dans trois cas : si l'acte fautif est d'ordre privé (enrichissement, animosité) ; s'il relève d'une inconduite, d'un excès de comportement, de violences particulières ; ou si la faute est d'une particulière gravité.

Un large éventail s'offrait donc au Conseil d'Etat, et les enjeux étaient à plus forte raison de taille dans l'arrêt Papon : soit le juge estimait que seul l'agent était responsable des actes de déportation et devait en supporter les conséquences, soit il considérait que le service (l'Etat) était également responsable, auquel cas devait s'opérer un cumul de responsabilités, et donc une juste répartition des charges.

Le Conseil d'Etat devait par conséquent d'abord déterminer si la faute reprochée était ou non constitutive d'une faute personnelle. Pour ce faire, il l'examina à la lumière de la jurisprudence classique en la matière : Maurice Papon n'avait pas fait preuve d'animosité particulière, ni d'excès de comportement ; dès lors les deux premiers cas de faute personnelle n'étaient pas constitués. En revanche, les fautes furent considérées ici comme d'une exceptionnelle gravité. Dans cette hypothèse, même commises pendant le service, ces fautes pouvaient s'en détacher, et constituer une faute personnelle « pure », eu égard à l'intention de son auteur, et à son degré de gravité, à son caractère inexcusable.

Ici, il apparaissait que M. Papon n'avait pas pris lui-même les initiatives des opérations d'arrestation et de déportation pour lesquelles il avait été condamné. Mais il fut considéré comme ayant joué un rôle personnel et déterminant dans l'organisation de plusieurs convois qui étaient partis de Bordeaux ; aussi avait-il de son plein gré accepté de prendre la tutelle des questions juives, ce qui démontrait un certain zèle. Dès lors, la faute personnelle était caractérisée.

Néanmoins, le Conseil d'Etat reconnaît également une faute de service. Les arrestations et déportations furent commises par le service des questions juives : les institutions, comme la police française, avaient permis les crimes. Dans ses conclusions, S. Boissard précisait que les recensements de juifs, les créations de camps, présentaient lors de leur édicition « *l'apparence formelle de la plus grande légalité* ». La faute résidait donc dans l'illégalité des actes

⁶⁰ C.E., 3 février 1911, *Anguet, G.A.J.A.*, 19^{ème} éd. 2013, n°22. Dans cette affaire, le préjudice résultait de la succession d'une faute de service (un bureau de poste ayant fermé ses portes avant l'heure réglementaire) et d'une faute personnelle (un agent blessant un usager en le poussant dehors sans ménagement).

Le but est d'ouvrir largement la possibilité pour la victime de poursuivre *pour le tout* soit l'administration, soit l'agent auteur d'une faute personnelle, voire les deux en même temps. Il est donc préférable pour la victime de démontrer qu'il existe un lien entre la faute personnelle et le service, afin de l'y rattacher.

antisémites commis sous Vichy : comme l'ordonnance de 1944 les déclara nuls, ils furent considérés comme illégaux, or toute illégalité est fautive⁶¹.

Aussi, dans l'arrêt Papon, le juge admet un cumul de fautes, qui conduit à un cumul de responsabilité. Il y a bien eu multiplicité de fautes personnelles, avec un agent clairement identifiable. Mais il y a aussi eu faute collective des services, qui ont permis, facilité, voire encouragé la politique de déportations mise en place. La faute collective a permis la faute personnelle. En clair, derrière l'homme, il y a l'institution, et avec l'institution il y a l'homme.

L'arrêt Papon constitue assurément un tournant majeur, puisqu'il reconnaît pour la première fois la responsabilité de l'Etat dans les déportations. Il s'agit bien d'une rupture avec les mythes classiques, comme celui tenant à l'irresponsabilité de l'Etat, ou encore, comme le relevait M. Verpeaux, avec la « *mythologie gaullienne* »⁶². Pour ce faire, le juge recourut à des mécanismes classiques. Mais après cet arrêt, d'autres décisions usèrent également de tels mécanismes, soit pour admettre la responsabilité, soit au contraire pour l'écarter.

Ainsi, le principe de continuité de l'Etat a pu être utilisé par les juges afin de dégager l'obligation selon laquelle l'Etat républicain institué en 1958 devait assumer pleinement l'héritage de ses prédécesseurs⁶³. En effet, l'ordonnance de 1944, en sanctionnant les actes adoptés sous Vichy, pour illégalité, a nécessairement admis que les conséquences de ces actes pouvaient être fautifs.

Cependant, après l'arrêt *Papon*, il fut difficile de mettre en œuvre à nouveau la responsabilité de l'Etat, ou de la SNCF notamment, dans la déportation. Tel fut par exemple le cas dans l'affaire *Lipietz*⁶⁴, dans laquelle ce furent des questions - classiques – de compétence des juges, qui soulevaient les difficultés. En effet, un des enjeux consistait à déterminer quel juge était compétent pour trancher le litige lié à la responsabilité de la SNCF dans la déportation. Or la réponse dépendait de la nature des activités de la SNCF à ce moment.

⁶¹ C.E., Sect., 26 janvier 1973, *Ville de Paris c./ Driancourt*, *Rec.*, p. 78.

⁶² M. Verpeaux, « L'affaire Papon, la République et l'Etat », *R.F.D.C.*, 2003/3, pp. 515-526.

⁶³ T.A., Paris, 27 juin 2002, *Fédération nationale des déportés et internés*, *L.P.A.*, 29 octobre 2002, n°216, p. 15, note E. Aubin. Dans ce jugement, le tribunal accorde un euro symbolique à une association de déportés, et reconnaît ainsi leur préjudice moral.

⁶⁴ T.A., Toulouse, 6 juin 2006, *Consorts Lipietz*, *R.D.P.*, 2006, p. 1715, note J.-C. Jobart. Et jugeant en sens contraire : C.A.A., Bordeaux, 27 mars 2007, *SNCF*, *A.J.D.A.*, 2007, p. 1309, note J.-C. Jobart ; *J.C.P.A.*, 2007, n°24, p. 18, note A. Rouyère, puis C.E., 21 décembre 2007, *Lipietz*, *D.A.*, n°3, 2008, p. 32, note F. Melleray ; *R.F.D.A.*, 2008, p. 80, concl. E. Prada-Bordenave.

Pour que le juge administratif soit compétent en cas de mise en cause de la responsabilité d'une personne privée gérant un service il faut, classiquement⁶⁵, une participation à l'exécution du service, disposer de prérogatives de puissance publique, et enfin que le dommage soit causé dans l'exercice de ces prérogatives. Pour le rapporteur public Truilhé, les personnes qui étaient transportées par la SNCF n'étaient alors pas des usagers d'un service public industriel commercial : le transport se faisait contre leur gré, et assurément elles ne bénéficiaient pas d'une prestation de service public. Aussi, selon lui, la SNCF exécutait une mission de service public administratif : le transport de personnes internées pour motifs raciaux en vue de leur déportation. En somme, il s'agissait d'une mission de police. Par conséquent, le juge administratif était bien compétent pour statuer, et c'est d'ailleurs dans ce sens que le tribunal administratif statua.

Cependant, la cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat furent de l'avis opposé, faisant fi d'un quelconque particularisme des missions et des activités en cause. Pour la cour, ce n'était pas la SCNF qui déterminait les conditions de transport mais l'occupant. De plus, l'activité caractérisait un service public industriel et commercial (le transport de personnes), sans recours à de quelconques prérogatives.

Devant le Conseil d'Etat, le problème porta essentiellement sur la question des prérogatives : pour le rapporteur public Prada-Bordenave, la SNCF n'avait pas l'initiative de la déportation, elle n'avait pas le choix des wagons (de marchandise), de leur aménagement intérieur (ou de leur absence en l'occurrence), et la surveillance des convois était assurée par la police française. Certes, la SNCF fermait les portes, plombait les wagons, et déterminait les horaires et itinéraires. Mais les tâches étaient celles « *qui incombaient normalement à une entreprise de transport* ». Dès lors, il n'y avait pas de prérogatives particulières⁶⁶.

Le Conseil d'Etat a finalement estimé ici que la SNCF ne pouvait être considérée comme ayant exercé une mission de service public administratif, ni comme ayant disposé de prérogatives de puissance publique ; dès lors, le juge administratif ne pouvait se déclarer compétent.

On le voit, le recours à des principes de la responsabilité de la puissance publique a permis un certain glissement : difficilement mais progressivement fut reconnue la responsabilité de

⁶⁵ C.E., 23 mars 1983, *S.A. Bureau Veritas, Rec.*, p. 133.

⁶⁶ On sait pourtant depuis l'arrêt *A.P.R.E.I.* du 22 février 2007 que l'exigence de prérogatives de puissance publique n'est plus nécessaire pour estimer qu'une personne participe à l'exécution d'un service public. Mais ici cela n'enlevait rien à la compétence du juge judiciaire, conformément à l'arrêt *S.A. Bureau Veritas*.

l'Etat dans les déportations, en plus de celle des agents, notamment ceux qui avaient fait preuve de zèle. Néanmoins, la voie de cette reconnaissance fut rapidement fermée, soit par l'application d'autres règles classiques, soit par la mise en œuvre de régimes spécifiques.

II. Les difficultés liées à la mise en place de règles spécifiques.

Après l'arrêt *Papon*, le Conseil d'Etat a été conduit à se prononcer à nouveau sur la responsabilité de la France, d'autant que les pouvoirs publics ont mis en place des régimes d'indemnisation, parfois complexes, afin de réparer les préjudices liés à des faits historiques (A). Cependant, ces mesures de réparation peuvent être considérées comme insuffisantes, ou inadaptées, face à l'ampleur et au caractère exceptionnel des préjudices subis (B).

A. La complexité des régimes d'exception.

L'application du droit commun, ou des règles classiques en matière de responsabilité de la puissance publique, a pu parfois conduire à une irresponsabilité, mais aussi à provoquer des brèches, permettant la reconnaissance d'une responsabilité pour faute de l'Etat. Cependant, le juge, ou les pouvoirs publics, ont finalement mis en place des régimes d'exception d'indemnisation, ce qui a pu sembler restreindre le droit à indemnisation, ou en tout cas le complexifier.

Ainsi, des régimes spécifiques ont pu être mis en place pour les victimes d'actes antisémites. Un décret fut en effet adopté le 13 juillet 2000⁶⁷, afin d'instituer une « *mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites* ». Le texte s'applique à toute personne dont la mère ou le père a été déporté à partir de la France durant l'Occupation, et a trouvé la mort en déportation, si l'enfant était mineur de 21 ans au moment de l'événement ; la réparation pouvant alors se faire par indemnité de 27000 euros (180000 francs), ou par rente viagère de 468, 78 euros (3000 francs) par mois.

⁶⁷ Décret n°2000-657 du 13 juillet 2000 *instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites*, *J.O.*, 14 juillet 2000, p. 10838.

Dans l'arrêt *Pelletier*⁶⁸, le juge rejeta le recours en annulation dirigé contre le décret, en estimant que les autres victimes non concernées par le décret pouvaient tout de même engager des actions en responsabilité contre l'Etat, et que les personnes visées par les mesures antisémites avaient fait l'objet, pendant l'Occupation, « *d'une politique d'extermination systématique qui s'étendait même aux enfants* ». Dès lors, le décret ne méconnaissait pas le principe d'égalité ni celui interdisant les discriminations, dans la mesure où les orphelins suite aux mesures antisémites n'étaient pas dans une situation identique à celle des orphelins suite à d'autres crimes ou déportations⁶⁹.

Comme le signalaient alors M. Guyomar et P. Collin, il s'agit de « *la reconnaissance d'une souffrance mais non d'une responsabilité* » : le texte parle de réparation, et la prestation versée est subsidiaire, puisqu'elle ne pouvait être versée si les personnes recevaient déjà une rente viagère versée par la République fédérale d'Allemagne ou la République d'Autriche pour les mêmes faits. Néanmoins, le décret ne crée pas de régime particulier de responsabilité, mais une aide financière en reconnaissance des souffrances : il était alors encore considéré que les faits ne pouvaient être imputables à la France, mais à une autorité tierce.

En effet, le problème posé dans l'affaire *Pelletier* était de distinguer l'aide de l'indemnisation : la première relève de la loi, la seconde du pouvoir réglementaire⁷⁰. Pour le rapporteur public Austry, une mesure d'aide peut se définir de plusieurs façons. Ce peut être celle qui institue, en dehors de toute obligation juridique préexistante, donc sans contrepartie pour le débiteur de l'aide, un droit au versement d'une somme d'argent, ou au bénéfice d'un avantage quel qu'il soit. En somme, une aide n'est pas liée à une quelconque faute : il n'y a pas de manquement à une obligation préexistante. Sinon, l'aide peut aussi être celle qui se focalise non sur la forme mais sur l'objet : il s'agirait donc de toute mesure qui a pour objet d'apporter à une personne un soutien, justifié par un besoin, une situation de détresse etc. L'idée ici n'est donc pas de réparer un préjudice subi, mais d'apporter un soutien, compte tenu d'une situation psychologique et matérielle.

Le problème, précisait S. Austry, est que le décret parle de réparation, donc, selon lui le pouvoir réglementaire avait voulu instituer une indemnisation. Par conséquent, il aurait dû y avoir incompétence, sauf à trouver un texte ou un principe de niveau législatif ou supérieur

⁶⁸ C.E., 6 avril 2001, *Pelletier*, *A.J.D.A.*, 2001, p. 444, note M. Guyomar et P. Collin ; *R.F.D.A.*, 2001, p. 712, concl. S. Austry.

⁶⁹ Le principe d'égalité implique en effet que placé dans une situation égale, chacun soit traité de façon égale : C.E., Ass., 1^{er} avril 1938, *Société l'Alcool dénaturé*, *Rec.* p. 337 ; *R.D.P.*, 1937, p. 487, concl. R. Latournerie.

⁷⁰ C.C., 3 avril 1962 n°62-19 L.

donnant un fondement au texte réglementaire. De façon judicieuse, le rapporteur public trouva un fondement au décret dans l'Accord de Londres du 8 août 1945 et dans le statut du tribunal militaire international de Nuremberg qui lui est annexé définissant les crimes contre l'humanité, ou encore dans la loi du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité.

On le voit, dans l'arrêt *Pelletier*, afin de justifier la légalité du décret, et donc la compétence du pouvoir réglementaire, il fallait nécessairement affirmer que le mécanisme mettait en place une aide, ce qui fut le cas. Néanmoins, par la même occasion, le Conseil d'Etat ne se prononce pas sur la responsabilité de l'Etat du fait des agissements commis sous Vichy (bien qu'il l'ait fait plus tard avec l'arrêt *Papon*).

Surtout, par la suite, l'avis du Conseil d'Etat de 2009 *Mme Hoffman-Glemane*⁷¹ a porté un coup d'arrêt aux demandes d'indemnisation. En l'occurrence, le Tribunal administratif de Paris avait demandé avis au Conseil d'Etat sur les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée du fait des déportations, et sur le régime de réparation des dommages en découlant.

Dans un premier temps, l'avis reprend la formule de l'arrêt *Papon*, selon laquelle l'ordonnance de 1944 n'a pas eu 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* ». Au contraire, en sanctionnant par la nullité l'illégalité manifeste des actes établissant ou appliquant cette discrimination, le texte a « *nécessairement admis que les agissements [d'une exceptionnelle gravité, ajoute l'avis] auxquels ces actes ont donné lieu pouvaient revêtir un caractère fautif* », de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

Par la suite, le Conseil d'Etat rappelle que les persécutions antisémites ont été commises « *en rupture absolue avec les valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine* », et ont provoqué des « *dommages exceptionnels et d'une gravité extrême* ». Cependant, note le juge, l'Etat a pris diverses mesures afin de compenser les préjudices

⁷¹ C.E., avis 16 février 2009, *Mme Hoffman-Glemane*, n°315499, *J.O.*, 10 mars 2009 ; *A.J.D.A.*, 2009, p. 589, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *R.F.D.A.*, 2009, p. 316, concl. F. Lenica ; *R.F.D.A.*, 2009, p. 525, note B. Delaunay ; *J.C.P.A.*, 1^{er} juin 2009, 2139, note J.-P. Markus.

matériels et moraux subis par les victimes, telles des pensions, indemnités, et aides ou mesures de réparation. Ainsi, l'ordonnance du 20 avril 1945 relative à la tutelle des enfants de déportés⁷², l'organise-t-elle ; de même, l'ordonnance du 11 mai 1945⁷³ réglant la situation des prisonniers de guerre, déportés politiques et travailleurs non volontaires rapatriés, qui mentionne le « *pseudo gouvernement de Vichy* », prévoit une prime d'accueil versée à tout rapatrié, ainsi qu'un congé de libération. Dans la même veine, la loi du 20 mai 1946⁷⁴ permet le bénéfice de la loi du 24 juin 1919 aux Français ou ressortissants français qui, suite à un fait de guerre survenu sur le territoire entre le 2 septembre 1939 et un an à compter du décret fixant la date légale de la fin des hostilités, ont reçu une blessure, subi un accident ou contracté une maladie ayant entraîné une infirmité. Le juge cite également la loi du 9 septembre 1948 définissant le droit et le statut des déportés et internés politiques⁷⁵, un accord du 15 juillet 1960 entre la France et la RFA au sujet de l'indemnisation des ressortissants français ayant été l'objet de mesures de persécution national-socialistes. Par la suite, des décrets furent adoptés pour prendre en charge les orphelins, tels celui du 13 juillet 2000 ou encore celui du 27 juillet 2004 qui institue une aide financière en reconnaissance des souffrances endurées par les orphelins dont les parents ont été victimes d'actes de barbarie pendant la deuxième guerre mondiale⁷⁶.

Enfin, en 2000, l'Etat avait versé une dotation à la Fondation pour la mémoire de la Shoah.

⁷² Ordonnance n°45-763 du 20 avril 1945 *relative à la tutelle des enfants de déportés*, J.O., 21 avril 1945, p. 2251, qui avait été reprise dans le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre. Cette pension fut étendue aux victimes étrangères, ou à leurs ayants droit, devenues elles-mêmes françaises, par la loi n°97-1269 du 31 décembre 1997, puis aux victimes étrangères, avec la loi n°99-1172 du 31 décembre 1999. Ces textes furent abrogés. Fut aussi créée une « indemnité spéciale dite de déportation », avec la loi n°2005-1719 du 30 décembre 2005, codifiée à l'article L. 337, pour les déportés politiques ou résistants, dont le montant est de 12,20 euros...

⁷³ Ordonnance n° 45-948 du 11 mai 1945 *réglant la situation des prisonniers de guerre, déportés politiques et travailleurs non volontaires rapatriés*, J.O., 12 mai 1945, p. 2686.

⁷⁴ Loi n°46-1117 du 20 mai 1946 *portant remise en vigueur, modification et extension de la loi du 24 juin 1919 sur les réparations à accorder aux victimes civiles de la guerre*, J.O., 21 mai 1946, p. 4378.

⁷⁵ Loi n°48-1404 du 9 septembre 1948 *définissant le statut et les droits des déportés et internés politiques*, J.O., 10 septembre 1948, p. 8946.

⁷⁶ Décret n°2004-751 du 27 juillet 2004, *instituant 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*, J.O., 29 juillet 2004, p. 13508. Il fut également contesté ; le juge considéra que compte tenu de la nature des crimes commis à l'égard des victimes, le texte n'était pas discriminatoire bien qu'excluant les orphelins de personnes tuées au combat, et de prisonniers de guerre morts en détention : C.E., 26 novembre 2007, *Lefebvre et Association nationale des pupilles de la Nation orphelins de guerre ou du devoir*, n°272704, J.C.P.A., n°50, 2007, act. 1060.

Quant aux spoliations, des indemnités avaient été mises en place ; leur principe et leur montant sont fixés sur proposition de la Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations (CIVS), créée par décret du 10 septembre 1999⁷⁷.

Dès lors, au regard de ces différentes mesures prises dans leur ensemble, et bien que la démarche soit graduelle et repose surtout sur des mécanismes forfaitaires, il convient pour le juge d'estimer que l'indemnisation des victimes a été permise, en ce qui concerne les préjudices de toute nature causés par les actions de l'Etat qui ont concouru à la déportation. Par ailleurs, le Conseil d'Etat précise que la réparation des souffrances exceptionnelles ne pouvait se borner à des mesures strictement financières : elle nécessitait une reconnaissance solennelle du rôle joué par l'Etat et impliquait également un devoir de mémoire. C'est précisément ce qu'avait fait J. Chirac par son discours. Par conséquent, pour le Conseil d'Etat, il y avait bien eu réparation intégrale, à la fois sur le plan individuel, et collectif. Dès lors, le préjudice ne pouvait plus être réparé, puisqu'il l'avait déjà été par l'ensemble des mesures.

C'est d'ailleurs bien sur ce point que l'on constate la spécificité des règles mises en place par le juge. En effet, dans ses conclusions, F. Lenica estimait que « *le contentieux de l'holocauste est parfaitement irréductible au droit commun* ». Il refusait cependant de répondre « à l'extraordinaire par l'exorbitant », donc il rejetait l'idée d'un régime spécifique, mais estimait qu'il revenait au juge de « *concevoir un droit de la responsabilité de l'Etat qui rende compte de l'horreur* ». Mais cette construction fut finalement tuée dans l'œuf, puisque l'avis opte pour une déclaration d'irrecevabilité pour l'avenir des actions en responsabilité.

En réalité, on peut tout à fait soutenir que c'est davantage la jurisprudence antérieure à l'avis et à l'arrêt *Papon* qui constituait une spécificité, puisqu'elle maintenait une fiction juridique tirée de l'ordonnance de 1944. Mais la création du juge tient surtout, dans l'avis de 2009, à la question de la prescription.

⁷⁷ Sur ce point, le juge administratif a pu juger que l'indemnisation des spoliations relève de la responsabilité de l'Etat, et donc ne repose pas uniquement sur le décret de 1999. Ainsi, les décisions prises par le Premier ministre de prendre une mesure d'indemnisation en la matière sont bien susceptibles de faire l'objet de recours en excès de pouvoir. Dès lors, le juge peut enjoindre à l'Administration de prendre les mesures qu'impose nécessairement sa décision, notamment de procéder au réexamen des points encore en litige et de prendre, le cas échéant, une décision accordant en tout ou partie l'indemnisation demandée. Voir C.A.A., Paris, 3 février 2011, *Callou*, A.J.D.A., 2011, p. 1491, note M. Sirinelli, et C.E., 23 juillet 2012, *Callou*, J.C.P.A., 2012, Act. 555.

Bien que le juge ne réponde pas à la question de l'imprescriptibilité, puisque les demandes d'indemnisation n'étaient de toute façon plus possibles, le rapporteur public proposait tout de même un aménagement. Il suggérait en effet de repousser la date de départ de la prescription : il s'agissait alors de partir non pas de l'année du fait générateur, mais de l'année au cours de laquelle l'identité du débiteur s'était trouvée révélée. Plus précisément, il préconisait de prendre en compte le moment de la proclamation publique de son identité, seule à même de pouvoir l'incorporer à la fois dans la conscience collective et dans le passif de l'Etat. La proclamation publique et solennelle de la responsabilité de l'Etat aurait alors pu se faire notamment par publication au journal officiel, ce qui fut d'ailleurs fait.

De plus, pour F. Lenica, l'étendue du préjudice nécessitait également d'adapter les modalités de réparation : il fallait une réparation solennelle et symbolique : « *Un tel préjudice ne s'indemnise pas. Il doit se réparer (...) par acte, geste ou parole symbolique des autorités de l'Etat* ».

Concrètement, la solution proposée par le rapporteur public avait deux conséquences : sur le principe, cela conduisait le juge à s'écarter de la règle selon laquelle un préjudice ne peut normalement être indemnisé que par une somme d'argent. Ensuite, dans les effets, cela signifiait que le juge contrôlait les actes et paroles, et éventuellement leurs insuffisances et carences.

Mais là encore, le rapporteur public proposait de rejeter les demandes, car le préjudice avait déjà été réparé, certes par des régimes forfaitaires, mais disait-il, cela ne pouvait être autrement, car « *la réparation intégrale d'un tel préjudice n'est que pure chimère* ». Le Conseil d'Etat estime pour sa part que les souffrances exceptionnelles, les « *dommages exceptionnels et d'une gravité extrême* », ne peuvent être réparés par de seules mesures d'ordre financier, donc que la réparation appelle une reconnaissance solennelle du préjudice collectivement subi, bien que ces agissements d'une « *exceptionnelle gravité* » eussent le caractère d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat. Mais, cette reconnaissance a été faite de façon suffisante par diverses mesures. Le problème étant alors, et c'est notamment ce que relevait B. Delaunay, que le préjudice est considéré comme déjà réparé, avant même qu'on en ait eu connaissance... De plus, la déclaration d'irrecevabilité peut certes être critiquée : cette solution, bien que logique sur le plan de la réparation, n'en était pas moins insatisfaisante pour les victimes, privées d'un recours juridictionnel et d'un droit à réparation. Pourtant telle ne fut pas la position de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, elle estima également que les mesures mises en place par la France, dans

leur ensemble (donc tant financières que solennelles), couvraient le préjudice moral subi par les requérants du fait de la déportation et des atrocités commises à l'encontre de leurs parents⁷⁸.

En réalité, et c'est ce que note D. Lochak, le raisonnement du juge dans l'avis *Hoffman-Glemane* était téléologique, du moins y en a-t-il un « *soupçon* » ...

Suite et conformément à l'avis, le Conseil d'Etat jugea, dans un arrêt *Kaplan* de 2012⁷⁹, que la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée en raison des dommages causés par les agissements qui, « *ne résultant pas d'une contrainte directe de l'occupant* », ont permis ou facilité, pendant l'Occupation, les déportations. Mais il rappela que des mesures avaient été prises par l'Etat, afin de « *compenser* » les divers préjudices d'une « *gravité extrême* ». Au sujet des spoliations, il précisa ensuite que le décret de 1999 avait institué un mécanisme selon lequel la Commission recommande au Premier ministre de prendre une mesure de réparation, de restitution ou d'indemnisation, et que ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. En tout état de cause, ces décisions doivent permettre la restitution aux propriétaires ou ayants droit des biens dont ils ont été spoliés « *dans des conditions exorbitantes du droit commun* », ou privés par des transactions d'apparence légale. Si la réparation n'est pas possible, alors les victimes doivent être indemnisées selon les règles spécifiques prévues par le décret de 1999. Mais quoi qu'il en soit, l'évaluation des dommages causés aux biens se fait à la date où leur cause a pris fin, et où leur étendue est connue⁸⁰.

Dans cet arrêt, le juge estime finalement que le régime d'indemnisation mis en place doit se faire de façon globale : comme le souligne alors J.-P. Markus, « *la victime est envisagée comme individu, mais aussi comme appartenant à une communauté elle-même victime* ». Or, nécessairement, cela ne peut se faire de façon intégrale, c'est pourquoi la réparation symbolique est importante ; l'indemnisation des biens spoliés pendant la Shoah et pendant l'Occupation demeure bien spécifique. En tout état de cause, le manque à gagner n'est pas indemnisé ; le principe de réparation intégrale implique qu'il ne doit y avoir pour la victime ni perte ni profit⁸¹.

⁷⁸ Cour E.D.H., 24 novembre 2009, *J. H. et 23 autres c./ France*, n°49637/09.

⁷⁹ C.E., 3 octobre 2012, *Kaplan*, *J.C.P.A.*, 28 janvier 2013, 2020, note J.-P. Markus.

⁸⁰ En ce sens, le Conseil d'Etat applique ici une jurisprudence classique, issue de l'arrêt du 21 mars 1947 *Compagnie générale des eaux*, *Rec.*, p. 122.

⁸¹ C.E., 27 mars 2015, *M. H. G.*, *J.C.P.A.*, 27 avril 2015, 2110, note J.-P. Markus.

La question de l'indemnisation des préjudices liés à l'histoire a rebondi au sujet des harkis, et la solution de l'avis *Hoffman-Gleman* a été transposée à ces cas⁸². En l'occurrence, le requérant considérait que le gouvernement français avait mené une politique d'abandon en Algérie lors des massacres, mais également en France, lors de l'accueil des réfugiés. De même, selon lui, l'Etat français avait mis en place des conditions de vie indignes (entraves à la liberté d'aller et de venir, violation d'autres principes fondamentaux). La question se posait alors de savoir si les faits commis par l'Etat français pendant et après la guerre d'Algérie à l'égard des harkis étaient constitutifs d'une faute susceptible d'engager sa responsabilité et d'ouvrir droit à l'indemnisation demandée. Le juge estima que l'Etat avait bien commis une faute, en s'appuyant notamment sur les accords d'Evian qui étaient censés protéger les harkis, tant sur le plan de leur sécurité, que sur le plan de leur liberté de circulation et notamment celle de pouvoir partir d'Algérie. Or, relève le tribunal, « *cet engagement n'a pas été tenu par les autorités algériennes et (...), dès le lendemain des Accords d'Evian, des massacres ont été perpétrés contre les harkis et leurs familles dans les villages évacués par l'armée française* ». Dès lors, l'attitude active mais aussi passive de l'Etat avait été fautive. Mais, et comme dans l'hypothèse de l'avis *Hoffman-Gleman*, toute une série de mesures, notamment matérielles et solennelles avaient été prises pour réparer ce préjudice, si bien que ce dernier n'était plus indemnisable.

D'un point de vue juridique, ces solutions peuvent s'entendre, mais d'un point de vue symbolique, elles soulèvent davantage de difficultés. H. Belrhali-Bernard posait d'ailleurs la question de savoir si les préjudices de l'histoire ne devraient pas impliquer « *une responsabilité à part (...)* Si un préjudice de l'histoire vise une violation massive des droits de l'homme résultant d'un fait historique, l'application des mécanismes indemnitaires en ce qui le concerne met à mal les cadres traditionnels de la responsabilité administrative ».

On voit alors ici toutes les limites des mécanismes d'indemnisation, et peut-être leur insuffisance, ou en tout cas leur caractère inadapté.

B. Les insuffisances liées aux mécanismes de réparation.

⁸² T.A., Cergy-Pontoise, 10 juillet 2014, *M. T. et Comité Harkis et Vérité* ; R.F.D.A., 2015, p. 117, concl. E. Costa ; A.J.D.A., 2015, p. 114, note H. Belrhali-Bernard. Voir aussi E. Langelier, « Harkis : quelle responsabilité pour l'Etat français », *J.C.P.A.*, n°6, 2015, 2033.

Si la reconnaissance de la responsabilité de la puissance publique fut lente mais salutaire dans le cas de la Shoah ou des harkis, il n'en demeure pas moins que les voies de recours sont finalement désormais fermées. De plus, les mécanismes d'indemnisation prévus peuvent paraître assez inadaptés, au regard de la nature exceptionnelle des préjudices. En réalité, il convient de se demander si une quelconque réparation est possible, et est même satisfaisante.

Pour A. Garapon en effet le crime contre l'humanité ne peut se réduire à une seule question juridique ; surtout son traitement ne peut se faire selon les procédés de droit commun : « *Si l'état d'exception est une manière de sortir de la normalité, la transition est une manière d'y rentrer à nouveau, tout en mesurant les limites du droit, aussi bien les limites du droit pénal que celles du droit civil. D'où la convocation d'une notion comme le pardon, notion religieuse et essentiellement chrétienne* »⁸³. Derrière la montée en puissance de l'idée de réconciliation, il précise que la justice « reconstructive » a pour but de « *sanctionner les principaux auteurs de violations de droits de l'homme, de préserver la mémoire, mais aussi de garantir des institutions publiques qui conjureront le retour du passé* ». Aussi, cette justice, aussi appelée « *transitionnelle, parce que conçue comme un instrument pour garantir le succès du retour à une démocratie durable, intègre de plus en plus un volet matériel de réparations pour les victimes* »⁸⁴. En effet, après avoir cherché à réprimer les acteurs, à réconcilier les peuples, la dernière phase consiste à réparer les crimes du passé.

Cette réparation dit-il peut être de trois ordres : symbolique, politique ou matérielle. Symbolique, elle consiste en un geste, par lequel en règle générale, on exprime la volonté de ne pas reproduire le passé. Une de ses manifestations est la repentance. Politique, elle consiste à rétablir des situations qui ont été discriminatoires par le passé, donc passe souvent par des moyens de gommer des injustices, notamment par des discriminations positives. Matérielle, il s'agira d'une indemnisation.

Cependant, avant d'envisager ces modalités de réparation, et de déterminer quoi et comment réparer, il faut d'abord se demander qui va devoir réparer. En somme, sur qui va peser la responsabilité des faits (criminels, et donc fautifs) ?

Sur le plan pénal, lorsque la personne est indentifiable, cela ne pose pas de difficulté particulière (Papon, Touvier), quoique... Mais comment procéder lorsque les faits sont

⁸³ A. Garapon, « Entre pardon individuel et réconciliation collective », in P. Truche (dir.), *Juger les crimes contre l'humanité. 20 ans après le procès Barbie*, ENS éditions, 2009, pp. 213-219.

⁸⁴ A. Garapon, « Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah », Odile Jacob, 2008, p. 11.

imputables à l'Etat, ou justement à des agents anonymes, à un système, à des institutions ? A ce sujet, A. Vidal-Naquet soulevait alors cette question de savoir s'il s'agissait d'une responsabilité individuelle collectivement assumée ou d'une responsabilité collective⁸⁵.

Surtout, ce sont les réparations qui peuvent soulever le plus de critiques : comment indemniser, et jusqu'où aller ? Face à des faits d'une telle gravité, et des préjudices d'une telle exception, on peut se demander si finalement la réparation ne serait pas vaine. Elle peut assurément apparaître comme étant improductive, voire comme divisant la communauté politique, au lieu de la soigner, et se pose alors la question de la « *concurrence des victimes* ». En réalité, il est possible de se demander tout simplement si les réparations sont suffisantes et satisfaisantes : en clair, peut-on réparer l'irréparable ?

D'un point de vue juridique, la question mérite d'être posée, à plus forte raison au regard du principe de réparation intégrale ; logiquement la victime, ou ses ayants droits, doit voir ses préjudices réparés dans leur totalité : tout le préjudice, rien que le préjudice. Mais que et comment réparer lorsqu'il n'y a plus personne ou presque à indemniser ?

Comme le remarque A. Garapon, progressivement, le « *contentieux de l'Holocauste* » est passé, pour les victimes, d'une réclamation d'un dû, et rien que ce dû, donc une restitution, en se fondant sur les règles de droit existantes, en ne demandant aucune exception (contentieux relatif à la restitution des biens spoliés par exemple), à une réelle demande de réparation. Il note en effet que « *le fondement de la justice n'est plus la restitution de son bien, assortie de dommages et intérêts, mais procède d'une toute autre idée : celle de réparer, c'est-à-dire de faire cesser une situation injuste par l'allocation d'un équivalent monétaire supposé la compenser* ». La difficulté est qu'ici il s'agit de réparer des vies, ou des atteintes à la dignité, or ces dernières n'ont pas de prix.

En clair, demeure alors un paradoxe dès lors qu'il est question de réparer les préjudices de l'Histoire : « *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 et d'exacerber les contradictions de l'institution judiciaire* », ou administrative d'ailleurs. Concrètement, on peut dire que face à une fiction juridique – celle créée par l'ordonnance de 1944 – pèse le risque d'en créer une autre : celle de pouvoir réparer toutes les vicissitudes ou atrocités de l'Histoire. Appliquer le seul droit commun n'est en

⁸⁵ A. Vidal-Naquet, « Une responsabilité individuelle collectivement assumée ou une responsabilité collective ? », in X. Philippe (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Institut universitaire Varenne, coll. Transition et justice, 2013, pp. 31-45.

réalité pas envisageable, et serait inéquitable. Dès lors, face à des faits et des préjudices exceptionnels, il conviendrait de créer un droit d'exception de toute pièce. Mais, comme le soulève encore l'auteur, « *cette disqualification du droit renvoie plus généralement à la faillite du positivisme juridique* »⁸⁶. Le deuxième paradoxe est alors qu'ici le droit d'exception n'aurait pas pour but d'être défavorable aux victimes : il s'agirait de s'écarter, un temps, du droit commun, afin de permettre une réparation, donc en amont une responsabilité, pour enfin s'aligner sur le droit commun qui permet l'indemnisation ; la boucle serait bouclée.

Mais on le voit, les mécanismes mis en place sont soit complexes, soit insatisfaisants, et d'ailleurs, comme le soulignait F. Melleray, avec les arrêts *Pelletier* et *Papon*, il est bien plus question de repentance que de responsabilité⁸⁷.

Enfin, un dernier élément mérite d'être pris en compte afin de démontrer les limites des mécanismes : l'attitude des victimes indemnisées. A ce sujet, il existe plusieurs hypothèses : les victimes peuvent refuser l'argent, car il ne suffit pas que la réparation soit assurée, il faut aussi qu'elle soit acceptée. L'indemnisation a en effet deux buts : le premier est matériel, et consiste en une substitution pour remplacer le bien perdu, le deuxième est moral voire psychologique, et il s'agit d'accepter. En définitive, certaines victimes ne veulent pas être liées par l'indemnisation, ce qui compte est le geste. Un autre cas de figure consiste à restituer la restitution, et il est fréquent que des personnes ayant été indemnisées par la CIVS reversent l'indemnisation à des associations par exemple : « *En donnant, les victimes lèvent l'hypothèse d'une réparation qui serait motivée exclusivement par le gain. Elles « paient » négativement le prix du maintien de leur innocence* »⁸⁸. Enfin, le recours à l'euro symbolique est aussi une possibilité, et offre à la victime une « *liberté positive* » cette fois : l'honneur est reconnu, et l'action est lavée de tout soupçon.

Quoi qu'il en soit, la dimension symbolique et psychologique, si elle n'est pas suffisante, est en tout cas déterminante et nécessaire. Les contentieux indemnitaires liés aux actes commis pendant les guerres ou l'Occupation ont certes eu le mérite de rompre avec l'irresponsabilité traditionnelle de l'Etat. Néanmoins, eu égard à leur caractère exceptionnel tant dans les faits que dans les préjudices, il n'est pas certain que leur indemnisation soit pleinement satisfaisante.

⁸⁶ Sur ces développements voir pp. 49-51.

⁸⁷ Voir notamment F. Melleray, « Après les arrêts *Pelletier* et *Papon* : brèves réflexions sur une repentance », *A.J.D.A.*, 2002, p. 837.

⁸⁸ A. Garapon, « Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah », Odile Jacob, 2008, p. 208.

Les procès de l'histoire ont assurément plusieurs fonctions : celui de Nuremberg avait pour but de montrer au monde ce que les nazis avaient fait, dans le silence et l'indifférence. Il s'agissait d'un procès « *pour l'histoire* » : écrire celle du nazisme, et punir les responsables. Celui d'Eichmann, ainsi que le souligne A. Wieviorka, a constitué un « *véritable tournant dans l'émergence de la mémoire du génocide, en France, aux Etats-Unis comme en Israël, et dans les rapports entre justice, histoire et mémoire* »⁸⁹. En effet, à partir de ce procès, il est aussi question d'éduquer la jeune génération, en lui donnant une leçon d'histoire. C'est également le sens qu'eurent les procès Barbie, Touvier et Papon. Les affaires devant le Conseil d'Etat eurent pour effet de reconnaître une responsabilité de l'Etat, mais également de jeter immédiatement un voile, pudique, sur des faits que l'on a longtemps cherché à oublier.

Clément Benelbaz,
Maître de conférences en droit public,
Université Savoie Mont Blanc
C.D.P.P.O.C

⁸⁹ A. Wieviorka, « Justice, histoire et mémoire. De Nuremberg à Jérusalem », *Droit et société*, n°38, 1998, *Vérité historique, vérité judiciaire*, pp. 59-67.