



**HAL**  
open science

# Un cas atopique d'immunité pénale de l'État : Conseil d'État, Ass., avis, 16 février 2009, Mme Hoffman-Glemane.

Amine Benabdallah

► **To cite this version:**

Amine Benabdallah. Un cas atopique d'immunité pénale de l'État : Conseil d'État, Ass., avis, 16 février 2009, Mme Hoffman-Glemane.. 2024. hal-04638402

**HAL Id: hal-04638402**

**<https://hal.science/hal-04638402v1>**

Preprint submitted on 8 Jul 2024

**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 - ShareAlike 4.0 International License

Amine Benabdallah  
ISJPS / Paris 1  
LIER-FYT / EHESS  
[amine.benabdallah@univ-paris1.fr](mailto:amine.benabdallah@univ-paris1.fr)

## Un cas atopique d'immunité pénale de l'État :

Conseil d'État, Ass., avis, 16 février 2009, *M<sup>me</sup> Hoffman-Glemane*.

**Résumé :** Dans l'avis *Hoffman-Glemane* du 16 février 2009, le Conseil d'État ferme définitivement la porte à toute action en responsabilité contre l'État français pour son rôle dans la Shoah. À partir de ce cas, cet article présente, d'une part, le cadre juridique et philosophique d'une recherche sur les immunités pénales de l'État, en particulier le mécanisme de *l'immunité pénale de l'État par exception* ; et d'autre part, une forme spécifique de rationalité administrative dont la finalité est la préservation d'un patrimoine étatique perpétuel, au sein duquel je distingue trois types : financier, épistémique et normatif.

**Abstract:** In the Hoffman-Glemane opinion of February 16, 2009, the *Conseil d'État* definitively closed the door on any liability action against the French State for its role in the Shoah. Based on this case, this article presents, on the one hand, the legal and philosophical framework of a research into the penal immunities of the State, in particular the mechanism of the *State criminal immunity by exception*; on the other hand, a specific form of administrative rationality whose purpose is the preservation of a perpetual State heritage within which I distinguish three types: financial, epistemic, and normative.

**Mots-clés :** Immunités pénales de l'État ; Continuité de l'État ; Patrimoine de l'État, Gestion publique; Généalogies du droit et de l'État.

**Keywords:** Criminal immunities of the State; Continuity of the State; State heritage; Public management; Genealogies of the Law and the State.

## Introduction

1. Cette étude de cas s'inscrit dans une recherche doctorale en philosophie du droit qui porte sur les immunités pénales de l'État. Elle repose sur la méthode casuistique et se conçoit comme une philosophie du droit appliquée, en d'autres mots, elle affirme la centralité du cas judiciaire pour penser le droit.
2. Le principe de continuité de l'État – l'exigence de la préservation d'une temporalité propre qui lui est essentielle, celle de la permanence – a été au centre de plusieurs décisions du Conseil d'État consacrées aux actes de l'administration française sous le régime de Vichy. C'est précisément le traitement juridique de ces actes, les persécutions antisémites et la déportation vers les camps d'extermination, qui sera l'objet de cette étude. En vertu d'interprétations fluctuantes, ce principe de continuité a d'abord permis de *parfois* rendre possible la mise en jeu de la responsabilité de l'État jusqu'en 1952 puis de la rejeter jusqu'en 2002. À cette date et en vertu du même principe, il a été ouvert une voie à une indemnisation des dommages et préjudices causés par ces actes. Puis, c'est peut-être encore le même principe qui est à l'œuvre dans l'avis Hoffman-Glemane, objet central de cette étude, dans la mesure où il a permis de refermer cette porte à peine entrouverte. Dans son embrasure se dessinait une confrontation : celle entre la « vocation permanente » de l'État et une norme juridique avec laquelle elle ne semble pouvoir connaître aucun mélange, l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. C'est d'abord une volonté politique qui est à l'origine du renouveau de ces contentieux : le 16 juillet 1995, le Président de la République Française, Jacques Chirac, prononce un discours considéré comme un tournant dans l'admission par l'État Français de sa responsabilité dans la Shoah. Lors des commémorations de la rafle du Vélodrome d'hiver qui se déroula entre le 16 et le 17 juillet 1942. Il déclare :

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. [...] Suivront d'autres rafles, d'autres arrestations. À Paris et en province. Soixante-quatorze trains partiront vers Auschwitz. Soixante-seize mille déportés juifs de France n'en reviendront pas. Nous conservons à leur égard une dette imprescriptible<sup>1</sup>.

3. Ce discours est historiquement et politiquement fondamentale car il met fin à une ambiguïté fortement mêlée de déni. Cependant, si l'on ne sort de l'ambiguïté qu'à ses dépens, comme aimait à le répéter François Mitterrand à la suite du Cardinal de Retz, il faut alors examiner la signification et les conséquences juridiques de cette déclaration politique. La première est de poser une continuité entre « l'État d'aujourd'hui et celui d'hier », de ne plus opérer une scission entre l'innocence de la France et la culpabilité de Vichy, d'aboutir enfin à ne plus dissimuler la responsabilité de l'État derrière la façade du régime politique. La seconde est de poser une relation d'identité entre l'État et la France constituée par un « nous » et sur laquelle une créance est détenue. Le discours de Jacques Chirac pose alors les jalons de mon interrogation principale: une créance sur l'État peut-elle être imprescriptible ?
4. Cette interrogation peut provoquer de la perplexité, celle-ci, dans sa relation au cas juridique, est identifiée par Leibniz à l'aporie, à l'embarras et elle « caractérise l'état d'esprit face à l'incompatibilité entre deux normes dans leur application à une situation donnée »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> <https://www.fondationshoah.org/sites/default/files/2017-04/Allocution-J-Chirac-Vel-dhiv-1995.pdf>

<sup>2</sup> P. Napoli et M. Spanò, *Présentation du séminaire*, « Le cas et la perplexité : Atelier de casuistique juridique et morale », EHESS/Lier-FYT. Je remercie ses organisateurs, Paolo Napoli et Michele Spanò, de m'avoir donné

Elle se distingue du doute car « dans ce qui est perplexe , la partie [devant choisir] découvre chacune des raisons et elles sont tangibles tandis que dans le doute strictement dit, elle n'en découvre aucune »<sup>3</sup>. Cette perplexité naît d'une interrogation liminaire : considérant que la prescription des dettes de l'État est, en l'absence d'aménagements, de quatre ans et que les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles ; si l'État commet un crime contre l'humanité, peut-il opposer la prescription des faits qui aboutissent à l'extinction de l'action publique ? Cette question relève, *prima facie*, ni du doute, ni de la perplexité, car, en l'absence d'une responsabilité pénale de l'État, elle est simplement dénuée de signification juridique. Pourtant elle est posée par le tribunal administratif de Paris dans les questions adressées au CE et ce dernier accepte de s'en saisir, de l'appréhender comme un conflit de normes, comme un cas perplexe<sup>4</sup>. Or, elle comporte déjà une fêlure dans son énonciation car l'État français ne peut pas commettre de crimes en droit. Dans ses conclusions sur *Hoffman-Glemane*, le rapporteur public Frédéric Lenica se trouve aussi face à cette impossibilité discursive :

Ce n'est en effet ni l'omission ni le concours passif dont l'État français s'est rendu coupable. C'est bien d'avoir organisé, en l'absence de contrainte directe de l'occupant, les opérations qui ont constitué le prélude nécessaire à la déportation. C'est bien d'avoir sciemment retourné la marche du service contre une fraction de la population. C'est bien d'avoir commis, nous semble-t-il, une illégalité contre l'humanité, sombre reflet administratif du crime contre l'humanité<sup>5</sup>.

5. Cette illégalité n'est donc pas un crime et sa réponse apportée à notre question principale est la suivante : « En réalité, la prescriptibilité des dettes de l'État et l'irresponsabilité pénale de ce dernier ne sont que deux conséquences tirées du même constat de sa vocation permanente<sup>6</sup> ». Dans une première configuration, *Hoffman-Glemane* est saisi sous la forme d'un cas perplexe. Dans une seconde configuration, il révèle, lorsqu'il est saisi dans son historicité jurisprudentielle, une interrogation qui semble subsidiaire et qui, pourtant, est proprement vertigineuse tant juridiquement que moralement : à qui attribuer ce « nous » qu'évoque Jacques Chirac ? Que ou qui recouvre-t-il lorsqu'il conclut que « nous conservons à leur égard une dette imprescriptible »<sup>7</sup> ? En m'attachant à comprendre ce que ce « nous » recouvre, je considère que ce cas n'est plus alors seulement perplexe ni aporétique ; il est sans lieu, *atopique*, car il ne trouve pas sa place dans l'agencement normatif qui rend possible le questionnement juridique du Conseil d'État. Il ne saurait trouver cette place car il est proprement absurde, extravagant voire inconvenant. Le terme grec est péjoratif car celui qu'il désigne est *atopos*, scandaleux, il provoque la disharmonie, la discontinuité<sup>8</sup>. Ce cas atopique provoque une interrogation que je trouve dérangement car elle trouve son expression limite dans l'affirmation suivante : si ce « nous » englobe *a minima* les personnes de nationalité française d'hier et d'aujourd'hui, il inclut aussi les rescapés et leurs descendants. Ce cas ouvre alors, par la singularité et l'unicité même de l'horreur factuel dont il assure le traitement juridique, à l'étude d'un cas perplexe, d'un cas atopique et enfin d'un cas limite, la dernière catégorie recouvrant potentiellement les précédentes.

---

l'opportunité de présenter ce cas. Je remercie Pierre-Yves Quiviger de m'avoir permis d'approfondir ce travail lors de son séminaire de M2 de philosophie de droit à Paris 1 dont le thème était : « Juger l'administration ».

<sup>3</sup> G. W. Leibniz, *Des cas perplexes en droit*, trad. P. Boucher, Paris, Vrin, 2009, p. 147.

<sup>4</sup> Le Conseil d'État sera aussi désigné par son acronyme : CE.

<sup>5</sup> F. Lenica, « La responsabilité de l'État du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites, Conclusions sur Conseil d'État, ass., 16 février 2009, *Mme Hoffman-Glemane*, req. N° 315499 », *Revue Française de Droit Administratif*, 02, 2009, p. 316-319.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Souligné par moi.

<sup>8</sup> R. Bujor. *Le personnage de Socrate et le sens du terme atopos dans les Dialogues platoniciens. Une approche herméneutique*, Thèse de doctorat, Sorbonne Université; Universitatea București, 2022. p. 47-52

6. Le cas limite est d'abord proche du cas perplexe ou aporétique. Dans un article rédigé en 1998 à l'occasion du procès de Maurice Papon, Yan Thomas conclut son propos par le constat d'une voie sans issue, il s'agit « des impasses de notre droit public, de l'aporie occidentale d'un État absolu mais innocent »<sup>9</sup>. Ainsi, l'impossible responsabilité pénale de l'État nous mène à la perplexité car elle a pour conséquence, une action en responsabilité contre l'État pour des actes qui ne recevront jamais la qualification juridique adéquate, celles de crimes ; et d'autre part, il nous indique que de « ce paradoxe naît la nécessaire collaboration du juge, spécialiste de la responsabilité individuelle, et de l'historien, spécialiste des contextes collectifs, dans des cas limites où les États ont massivement et systématiquement attenté à l'humanité par le moyen de ceux qui avaient accepté d'être leurs agents »<sup>10</sup>.

Le cas limite obtient ici ce statut à la fois par le paradoxe qu'il recèle et par la singularité de la réalité historico-factuelle qu'il appréhende juridiquement. Plus haut, il nous met d'ailleurs en garde contre la composante « atopique » de ces cas judiciaires :

En droit, les États sont innocents. Cette donnée juridique est essentielle. On la fuit, lorsque, à propos de Vichy, on proteste de l'irresponsabilité de la République ou l'on reconnaît la responsabilité de la France. On la fuit, lorsqu'on parle de procès fait à un régime. On la fuit encore, lorsqu'on évoque le comportement criminel d'un gouvernement. De tels propos peuvent avoir une portée symbolique, mais ils sont étrangers au fait du droit. La République, la France, le Gouvernement, le Régime ne sont pas des personnes juridiques, ce qu'est en revanche l'État.<sup>11</sup>

7. L'avis du Conseil d'État suit ici cette définition, car bien qu'il contienne des ambiguïtés, des glissements entre l'État, la République et « l'autorité de fait se disant gouvernement de l'État français » ; *in fine* il a trait à une réalité matérielle univoque, celles des réparations, des indemnités, de la reconnaissance de dommages qui ont un coût économique pour l'État et qui, avant tout, appartiennent, non à l'ordre du symbolique mais au domaine des finances publiques. D'abord, je présenterai le cadre général de ma recherche sur les immunités pénales de l'État puis le contexte ainsi que le contenu de l'avis Hoffman-Glemane, enfin je propose d'explorer l'agencement administratif assurant la continuité de l'État ; un agencement dont la finalité est la préservation d'un patrimoine perpétuel où je distingue trois catégories : le patrimoine financier, le patrimoine épistémique et le patrimoine normatif. Ce dernier est scindé afin de conclure ma démarche casuistique sur deux plans, le juridique et l'axiologique.

---

<sup>9</sup> Y. Thomas, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, 102, 1998, p. 17-36. Cet article est aussi disponible dans Y. Thomas, *Les opérations du droit*, éd. M-A. Hermitte et P. Napoli, EHESS/Gallimard/Seuil, Paris, p. 255-280.

<sup>10</sup> *Ibidem.* p. 277.

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 275.

# I. Les immunités pénales de l'État

## A. L'exclusion de la responsabilité pénale de l'État

8. Dans l'ordre interne français, l'article 121-2 du Code Pénal dispose que :

Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3.

La responsabilité pénale de l'État français est donc inexistante dans l'ordre interne<sup>12</sup>. En revanche toutes les personnes morales de droit public ne sont pas concernées ; ainsi dans un cas spécifique : les activités qui pourraient être accomplies par des entités privées, elles sont responsables pénalement. L'exemple suivant est couramment donné pour illustrer cette différence : si la cantine d'une école primaire est gérée par la commune, elle pourrait aussi l'être par un opérateur privé, la commune est alors responsable pénalement en cas de commission d'un délit dans l'exercice de cette fonction. A l'inverse, si la cantine d'un ministère ou d'une préfecture est gérée par l'État, celui-ci ne saurait être responsable pénalement. Selon le rapporteur du projet de loi, Stéphane Marchand, cette exclusion est nécessaire car :

Bien entendu, il n'est pas possible de retenir la responsabilité de l'État, en vertu de certains principes dont celui de la souveraineté. D'ailleurs, on voit mal comment une juridiction pourrait condamner l'État en jugeant au nom du peuple français ni comment pourrait être exécutée sa décision par la suite<sup>13</sup>.

Il énonce les arguments avancés communément et qui sont critiqués par des partisans mêmes de cette exclusion. M. Marchand remarque toutefois, à juste titre, le caractère étrange d'une condamnation pénale de l'État au nom du peuple français, étrangeté qui aboutirait à une forme d'*écartèlement judiciaire* de l'État et du peuple.

9. L'exclusion de l'État instaure par conséquent une inégalité entre ce dernier et les autres collectivités publiques, inégalité qui est centrale dans le débat autour de sa responsabilité pénale. Les arguments des opposants sont multiples et je retiens d'abord ceux du publiciste Etienne Picard qui donne à voir l'institution d'un dualisme conceptuel séparant l'entité étatique entre le plan de l'immanence et celui de la transcendance<sup>14</sup>. En 1993, après le vote de la législation française sur la responsabilité pénale des personnes morales, il critique les raisons

<sup>12</sup> Dans l'ordre externe, la Cour Internationale de Justice rappelle qu'« en vertu d'un principe généralement établi, le droit international ne connaît pas de responsabilité pénale de l'État ». CIJ, *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, 26 février 2007, § 170.

<sup>13</sup> « Compte-rendu intégral », *Journal Officiel de la République Française : Débats Parlementaires, Assemblée Nationale*, 9<sup>e</sup> législature, Première séance ordinaire de 1989-1990 (18<sup>ème</sup> séance), 3<sup>e</sup> séance du 11 octobre 1989, p. 3420-3421. Le garde des Sceaux, Pierre Arpaillange, précise que l'exclusion de l'État a pour finalité « d'assurer la continuité des institutions républicaines », *Ibidem*, p. 3421.

<sup>14</sup>E. Picard, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Fondements et champ d'application », *Revue des sociétés*, 02, 1993, p. 261-291.

invoquées pour exclure l'État, non car il s'y oppose, mais parce qu'elles lui apparaissent insuffisantes pour justifier une exclusion qui met en cause « le principe d'égalité devant la justice [qui] est un principe constitutionnel »<sup>15</sup>. La souveraineté de l'État ne saurait suffire à la justifier, cette dernière n'étant pas absolue, de plus cet argument est similaire à celui auparavant avancé pour lui dénier une responsabilité civile ou administrative. Le monopole du droit de punir ne saurait aussi convaincre car l'État est à même de se sanctionner par le biais de ses organes comme le Conseil d'État et le Conseil Constitutionnel. Pour Etienne Picard, ce n'est pas tant l'État mais la puissance publique, celle-ci ne s'épuisant pas en lui, qui est *essentiellement* immune pénalement.

On le voit, la discrimination selon les personnes publiques n'était pas la bonne méthode car, de façon irréductible, la puissance publique n'est justement pas personnalisable : tout est fondamentalement d'essence différente entre la notion de personne et celle de puissance publique [...] La puissance publique se manifeste au contraire comme la source unique et infondée, le bras souverain de l'unilatéral, du normatif, du coercitif, de la prérogative et du privilège, de l'inégalité et de la gratuité : elle est une sorte de transcendance juridique, pourtant factuelle, opposée à l'immanence, cependant artificielle, de la personnalité morale.<sup>16</sup>

Il distingue alors une puissance publique transcendante qui « est en elle-même, intrinsèquement, constituée de ce monopole du pouvoir d'obliger unilatéralement, de contraindre par la force, et de punir pénalement » à l'immanence de la personnalité morale et de son patrimoine. Par conséquent « on ne peut donc pas punir la puissance publique, comme elle ne peut pas davantage se punir elle-même »<sup>17</sup>.

10. Cette opération est d'un grand intérêt pour l'étude de la forme-État car elle crée un espace liminaire, quasi-métaphysique, où évoluerait cette dernière. Est-il possible d'identifier la justice pénale à une justice transcendante ? De quelle manière la puissance publique pourrait être « une sorte de transcendance juridique » qui relèverait « pourtant [du] factuelle » ? Pourrait-il s'agir d'un « fait juridique » qui précède le droit lui-même, à la fois interne et externe à l'ordre juridique ? Ainsi, la transcendance de l'État est fondée factuellement en droit et son immanence repose sur une personne artificielle ou fictive dont le *principe* reposerait en elle-même. Il s'agit de deux paradoxes qui éclairent à la fois l'importance théorique et la fragilité conceptuelle de l'association entre la notion de puissance et celle de personne pour penser l'État.

## B. La puissance de l'État-personne

11. Poser la question de l'égalité des personnes morales devant la loi nécessite d'ancrer la catégorie de personne juridique dans son historicité<sup>18</sup>. Lors de sa construction médiévale cette entité juridique va porter le nom d'*universitas*, de corporation et enfin de *persona ficta* :

La corporation (*universitas*) était conçue comme un groupe qui possédait une personnalité juridique distincte de celle de ses membres individuels. [...] Une corporation n'était pas condamnée à mourir ; elle demeurait la même entité juridique même si les membres changeaient. Selon une expression célèbre des canonistes du XIII<sup>e</sup> siècle, la corporation

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibid*.

<sup>17</sup> *Ibid*.

<sup>18</sup> Y. Thomas, « L'institution civile de la cité », *Le Débat*, 74, 1993, p. 21-40. In Y. Thomas, *ODD*, p. 106.

était décrite comme une « personne fictive ». Il s'avéra qu'un tel concept pouvait être utilisé pour définir plusieurs sortes de communautés ecclésiales et politiques<sup>19</sup>.

De plus, la *persona ficta* n'a pas de volonté propre, elle est catégorisée, notamment par Innocent IV en 1256, dans sa décrétale *Romana Ecclesiae*, comme une entité purement nominale dont le but premier est la conservation d'un patrimoine, par exemple celui d'un monastère, en séparant son existence juridique de la survie physique de ses membres. Le Pape canoniste ajoute :

Nous interdisons absolument de porter une sentence d'excommunication contre une *universitas* ou un collège, voulant éviter le danger qui en résulterait pour les âmes, car des innocents pourraient se trouver liés par une telle sentence, qu'elle ne soit prononcée que contre ceux dont la culpabilité aura été établie.<sup>20</sup>

Il est important de souligner que l'excommunication, la sanction spirituelle, des membres d'une *universitas* n'entretient pas de relation d'identité avec la sanction pénale. Ces deux types de sanctions sont à proprement parler incommensurables. De plus cet argument est insuffisant car il repose sur une identité entre l'*universitas* et ses membres. Or si l'on distingue la personne fictive de ses membres, si l'on renonce à donner *réellement* vie à un collectif à travers une fiction, la catégorie juridique de personne devient tout à fait adaptée à la sanction pénale. En d'autres mots, la personnalité juridique de l'État est un moyen et non un obstacle à sa responsabilité pénale ; la sanction pénale a alors ici pour finalité de sanctionner directement un patrimoine et non un collectif<sup>21</sup>. Pierre Michaud-Quantin nous met d'ailleurs en garde :

Faut-il enfin rappeler le fait évident que sans prendre la peine de formuler des considérations théoriques, les pouvoirs souverains ou locaux, civils et ecclésiastiques, ont infligé des sanctions aux collectivités de droit et de fait durant tout le Moyen-Âge?<sup>22</sup>

## 12. Aujourd'hui, la personne morale est :

Un groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète ; sujet de droit fictif qui, sous l'aptitude commune à être titulaire de droit et d'obligation, est soumis à un régime variable [...] selon qu'il s'agit d'une personne morale de droit privé ou d'une personne morale de droit public<sup>23</sup>.

Elle se distingue en premier lieu de la personne physique dont elle constitue un regroupement distinct de l'agrégat des individus qui la compose, et cela par fiction du droit. Nous sommes donc, en tant qu'individus, à la fois entourés et parties d'une multitude de personnes morales, publiques comme l'État ou les communes, privées comme les associations ou les sociétés commerciales. L'article 121-2 du Code Pénal effectue une double opération : d'une part, il exclut l'État du champ de la responsabilité pénale et d'autre part il le définit comme une personne morale distincte d'autres personnes morales publiques telles que les collectivités territoriales. Ce processus de personnalisation, de circonscription et d'exclusion n'est, lui aussi, en aucun cas un invariant figé du droit car la désignation de l'État comme personne morale est loin d'être une évidence. Cette dernière fut d'ailleurs l'objet d'un débat lors de l'examen du

---

<sup>19</sup> B. Tierney, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, trad. J. Ménard, Paris, Puf, 1993, p. 33.

<sup>20</sup> Cité et traduit par P. Michaud-Quantin, *Universitas : expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*, Paris, Vrin, 1970, p. 333.

<sup>21</sup> Sur le débat médiéval autour de la « culpabilité et des sanctions collectives », *Ibidem*. chap. VIII, p. 327-339.

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 328.

<sup>23</sup> « Personne », G.Cornu dir. *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf, 2018.

projet de loi sur la réforme du Code pénal. Jean Louis Debré n'a pas manqué de le souligner lors la 3<sup>e</sup> séance de débat, le 11 octobre 1989 :

L'État - à cet égard, je me permets de vous renvoyer au traité de science politique du professeur Burdeau - ne peut être considéré comme une personne morale de droit public. Le Conseil d'État, sa jurisprudence, les professeurs de droit ont toujours distingué l'État, les collectivités territoriales et les personnes morales de droit public. On peut tout à fait démontrer que l'État n'est pas une personne morale de droit public : c'est une entité juridique spécifique. Encore une fois, je vous invite à relire les bons auteurs de droit public.<sup>24</sup>

En effet, Georges Burdeau critique la notion de personnalité juridique de l'État dans la mesure où elle serait inhérente à la notion d'État et justifierait « la personnalité étatique en disant qu'en elle peut être ramenée à l'unité de la collection des individus qui composent l'État »<sup>25</sup>. Cependant elle reste un « instrument méthodologique utile au raisonnement juridique »<sup>26</sup>. Il précise qu'« elle doit donc être admise en raison de son utilité pratique car elle permet l'imputation d'un acte à l'État lorsqu'il est entrepris en son nom par un individu, administrateur ou gouvernant. »<sup>27</sup>. En somme, Jean-Louis Debré a juridiquement tort et politiquement raison. Chez Burdeau, la puissance étatique comprise sous la forme de la transcendance est poussée jusqu'à une intensité « spirituelle ». Ainsi, il pose le caractère *principliel* et *éminent* de la puissance publique ou étatique qui est distincte de la souveraineté. D'abord, sa définition de l'État est la suivante : « l'État, c'est le Pouvoir institutionnalisé et c'est l'institution où s'incarne ce pouvoir »<sup>28</sup>. Au centre se trouve la puissance étatique qu'il distingue des gouvernants et du souverain car « c'est la puissance étatique qui renferme en elle toutes les vertus actives du Pouvoir », ce qui fonde « la place éminente qui, juridiquement revient à la puissance d'État qui est, dans l'institution étatique, le principe et le moteur de toute sujétion et, partant de toute la vie juridique »<sup>29</sup>.

13. À rebours de ces arguments, c'est une raison technique qui sera avancée en sa faveur par un groupe de travail sur « la responsabilité pénale des décideurs publics » dirigé par Jean Massot alors président de section au CE et auteur d'un rapport remarqué sur le CE sous Vichy. L'introduction de cette responsabilité pénale ne repose pas ici sur l'idée d'une lutte solennelle contre le crime d'État mais plutôt sur l'expression d'« un souci d'égalité entre agents de l'État et des autres collectivités publiques ». En effet, « cette place à part réservée actuellement à l'État, hors d'atteinte de toute procédure pénale, a [...] semblé au groupe d'étude méconnaître l'égalité entre les agents publics »<sup>30</sup>. L'exemple précité concernant la cantine de l'école et de la préfecture paraît donc tout à fait suffisant pour justifier cette responsabilité. Il est à remarquer que l'inégalité se déploie sur deux niveaux, d'une part celle entre agents publics :

Pourquoi un agent d'une collectivité locale chargé d'une mission de surveillance d'un équipement public pourrait-il s'abriter derrière la responsabilité pénale de la collectivité publique qui l'emploie, alors qu'un agent de l'État exerçant les mêmes fonctions à l'égard d'un équipement analogue exploité par l'État en serait privé, se retrouvant en première ligne dès l'ouverture de la procédure ? Ce déséquilibre a semblé au groupe difficile à justifier.

---

<sup>24</sup> 3<sup>e</sup> séance du 11 octobre 1989, *op.cit.* p. 3423

<sup>25</sup> G. Burdeau, *Traité de Science Politique : l'État*, Tome II, § 231, Paris, LGDJ, 1980, p. 340. Autrement dit, il n'est pas « la personnification de la Nation ».

<sup>26</sup> *Ibidem.*

<sup>27</sup> *Ibid.* § 234, p. 345.

<sup>28</sup> *Ibid.* § 165, p. 245.

<sup>29</sup> *Ibid.* § 211, p. 314.

<sup>30</sup> J. Massot . dir. : *La Responsabilité pénale des décideurs publics : Rapport au Garde des sceaux*. 16 décembre 1999. p. 42.

Aussi propose-t-il de supprimer, à l'article 121-2 du Code pénal, l'exclusion de l'État du principe de responsabilité pénale des personnes morales.<sup>31</sup>

En somme, l'agent de la cantine municipale pourra se protéger derrière le voile de la personnalité morale de la commune alors que l'agent de l'État sera en incapacité de le faire. D'autre part, nous nous trouvons aussi devant une inégalité entre personnes morales, qui est flagrante lorsqu'elles sont publiques. Effectivement, de quel privilège suranné pourrait se prévaloir l'État relativement à une commune ? Si c'est celui de l'intérêt général, il faudrait sans doute encore faire appel à la puissance étatique afin de l'ancrer « factuellement » et de le faire prévaloir dans *la réalité effective* sur les multiples « intérêts publics ». Enfin, si nous considérons aussi l'ensemble des personnes morales, la conclusion du pénaliste Emmanuel Dreyer ne peut manquer d'au moins faire naître un doute concernant son bien-fondé :

Comment expliquer qu'une infraction commise dans les mêmes circonstances par une personne morale de droit privé et par une personne morale de droit public puisse être imputée à l'une mais pas à l'autre ? Puisqu'elles se trouvent dans la même situation, la rupture d'égalité semble totale<sup>32</sup>.

14. Par conséquent, la responsabilité pénale de l'État remettrait son *identité* même en jeu, sa capacité à se confondre, dans les faits, avec un collectif dont il n'est juridiquement que le nom. Aussi, que la justice puisse condamner l'État au nom du peuple français ne pose aucun problème juridique, c'est plutôt l'idée d'une auto-condamnation du peuple qui semble dérangeante. De ce fait, la personnalité juridique est l'instrument par excellence de la responsabilité pénale de l'État et c'est le postulat d'une *réalité* de cette entité juridique, qui personnifierait le peuple, qui la rend impossible. Enfin l'hypothèse d'une puissance étatique principielle réalisant l'idée de droit ou le précédant matériellement est une ombre qui se dissipe très vite à la lumière d'un examen « sécularisé ».

### *C. L'immunité pénale de l'État par exception*

15. Les titres de cette étude et de ma recherche ne contiennent pas les termes de responsabilité ou d'irresponsabilité. Précisément, dans l'ordre juridique français, l'irresponsabilité pénale de l'État est une formule dénuée de signification juridique. Mon approche est alors restreinte à celles des immunités que je conçois sous une forme plurielle. Les deux premières catégories d'immunité sont empruntées directement aux travaux de Michel Cosnard. Il nous indique :

Un individu ou une institution bénéficiant d'immunité dans un ordre juridique n'est pas soumis à la loi, à son application par les tribunaux ni à la contrainte. Ce phénomène est susceptible d'avoir deux explications : il peut s'agir soit d'une non-applicabilité, soit d'une non-application<sup>33</sup>.

L'immunité pénale de l'État a ici deux sens :

---

<sup>31</sup> J. Massot, dir. *op.cit.* p. 43

<sup>32</sup> E. Dreyer, « Irresponsabilité ou responsabilité pénale des personnes morales de droit public ? », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 47, 2016, p. 1256 s. Aussi : S. Corioland, *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dalloz, 2022, §§ 60-63; E. Dreyer, *Droit pénal général*, Paris, LexisNexis, 2019, p. 926 ; J-C Planque, *La détermination de la personne morale juridiquement responsable*, Paris, l'Harmattan, 2003, p. 552.

<sup>33</sup> M. Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes face à la théorie de l'immunité des États*, Paris, p. 31 ; « Immunité » in D. Alland, S. Rials dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Puf, p. 803.

**L'exception** qui correspond à la non-applicabilité, à la dérogation, autrement dit à l'absence de l'élément légal de l'infraction. Dans ce cas précis, par exemple celui de la France ou de l'Italie, le syntagme « crime d'État » est dénué de toute signification juridique ou objective. Certes, il peut être l'objet de l'étude de l'historien, du sociologue mais pas du juriste s'il s'en tient à la lettre de loi. L'État ne commet pas alors des actes criminels mais des actes illégaux.

**L'exemption** qui correspond à la non-application, au traitement différencié. Ce cas est celui de l'existence de l'élément légal de l'infraction mais d'une non-application de certaines dispositions de la loi en raison du statut ou de la spécificité de la personne juridique mise en cause. L'État peut être condamné pénalement mais il n'est pas soumis à des peines similaires à celles des autres personnes morales. C'est aujourd'hui le cas en Belgique où dispositions du Code pénal sont les suivantes à la date du 11 juillet 2018:

**Article 5** : Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts... .

**Article 7 bis** : À l'égard de l'État fédéral (...) seule une simple déclaration de culpabilité peut être prononcée, à l'exclusion de toute autre peine.<sup>34</sup>

La non-applicabilité correspond en pratique au mécanisme de l'exception d'incompétence ; la non-application prend la forme d'un régime pénal adapté où les conséquences de la responsabilité sont amoindries ou effacées par le mécanisme immunitaire de l'exemption. Cette dernière peut donner lieu à un jugement qui qualifie l'État d'irresponsable alors que le mécanisme de l'exception ne donne lieu à aucun jugement, pour reprendre une expression de Marcel Waline : « pas de responsabilité sans texte ».

16. Par exemple, le 26 septembre 2007, quatre détenus de la Maison d'Arrêt de Nîmes ont fait usage du procédé de la citation directe afin de demander la comparution de l'État, en la personne de son préfet, pour « mise en danger de la vie d'autrui » en raison des conditions de détentions. La citation directe est :

L'acte par lequel la personne poursuivie est assignée directement devant la juridiction de jugement. Elle peut être délivrée par le parquet ou, aux mêmes conditions, par la victime, et, dans ce cas, elle permet à celui qui se prétend lésé par une infraction de déclencher le procès pénal et d'accéder à la qualité de partie civile.<sup>35</sup>

L'avocate des parties civiles, Me Aoudia, précise que la maison d'arrêt de Nîmes possédait, à cette date, 190 places pour 400 prisonniers<sup>36</sup>. Son but était de mettre en jeu la responsabilité pénale de l'État afin d'aller jusqu'à une question prioritaire de constitutionnalité . Dans sa citation à comparaître elle demande à :

La juridiction de céans de condamner l'État pour avoir à Nîmes, depuis août 2014, par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité et de prudence imposée par la loi [...] exposé les personnes détenues et le personnel pénitentiaire, à un

---

<sup>34</sup> Cette forme d'immunité nécessite une étude à part entière. Afin d'en comprendre les enjeux juridiques, je renvoie aux travaux du Professeur de droit pénal à l'ULB et Juge au Tribunal de première instance de Liège, Franklin Kutu, que je remercie vivement pour son aide précieuse. F. Kutu, *Principes généraux du droit pénal belge* – 2<sup>ème</sup> édition, Vol 3, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 75-169. F. Kutu, « La réforme de la responsabilité pénale des personnes morales », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 11, 2018, p. 1031-1052.

<sup>35</sup> P. Bonfils, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Partie civile – Accès à la qualité de partie civile*, Dalloz, Juin 2022, § 121

<sup>36</sup> *Quest-France*, mis en ligne le 26 septembre 2017.

risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente.<sup>37</sup>

Le tribunal excipe en retour de son incompétence. Voici des extraits du jugements qui nous aiderons à comprendre la logique de l'exception d'incompétence :

Attendu que l'article 121-2 du Code pénal dispose que les « personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont pénalement responsables ». [*Cette exclusion est soulignée par le tribunal.*] Attendu que ce texte, qui pose le principe de l'irresponsabilité pénale de l'État en tant que personne morale devant une juridiction de l'ordre Judiciaire, a été soumis au contrôle de la cour de Cassation qui dans un arrêt rendu par la chambre criminelle le 11 juin 2010 a prononcé un non-lieu à renvoi devant le Conseil Constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant précisément sur l'alinéa 1er de l'article 121-2, qu'il en suit dès lors que le principe de l'irresponsabilité pénale de l'État, posé par l'article 121-2 du Code Pénal, fait obstacle à toute saisine d'une juridiction de l'ordre judiciaire, de sorte que le tribunal constate son incompétence à connaître de la citation délivrée par les parties civiles.<sup>38</sup>

17. Le jugement utilise le terme d'irresponsabilité pénale de l'État, déjà utilisé par le rapporteur public dans Hoffman-Glemane, cependant il me semble inadéquat et je lui préfère celui d'immunité. Comment comprendre cette différence entre l'irresponsabilité et l'immunité ? L'irresponsabilité est « une exclusion de responsabilité tenant à la non-imputabilité du fait dommageable (à supposer remplies les autres conditions de responsabilité) »<sup>39</sup>. Ainsi, l'irresponsabilité pénale ou plutôt ses causes sont l'objet d'un chapitre du Code pénal (Titre I, chap. 2), par exemple l'article 122-5 dispose :

N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.

Nous constatons que l'irresponsabilité est l'objet d'une appréciation, qu'elle est le résultat d'un processus normatif qui aboutit à la qualification juridique d'une situation factuelle. Par exemple, si je frappe avec une relative violence une personne qui m'a bousculée par inadvertance ; je pourrais essayer, sans grand espoir certes, de me prévaloir de mon irresponsabilité, en narrant une collection de faits qui tendrait à prouver que cette atteinte était injustifiée et que ma réponse était proportionnée. Dans la procédure pénale, l'officier de police judiciaire, le parquet, le juge d'instruction (le cas échéant), les avocats du prévenu ou des parties civiles vont participer à la qualification juridique des faits qui vont aboutir à l'acte de saisine du juge, mais ce dernier « n'est pas lié par celle-ci et il peut procéder à une requalification des faits »<sup>40</sup>. La qualification juridique donne lieu théoriquement à l'imputation d'une norme à un

<sup>37</sup> Maître Khadija Aoudia, *Citation à comparaître près le Tribunal Correctionnel de Nîmes*, Audience du Mardi 26 septembre 2017, p. 5. Je remercie beaucoup Me Aoudia d'avoir eu l'amabilité de me transmettre ces éléments ainsi que Me Matteo Bonaglia et Me Louis Ribière pour leur aide inestimable.

<sup>38</sup> Tribunal Correctionnel de Nîmes, *Jugement du 26 septembre 2017*, n° minute : 17/1965, n° parquet : 17236000071, p. 4. L'arrêt du 11 juin 2010 répondait négativement à un moyen qui paraît éloigné de celui qui nous occupe : « L'article 121-2, alinéa 1er, du Code pénal, qui pose le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, est-il contraire à l'exigence de précision suffisante de la loi pénale qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en ce qu'il permet de retenir la responsabilité pénale d'une personne morale sans même qu'un fait précis soit imputé à ses organes ou représentants ni même que ceux-ci soient identifiés ? » Recueil Dalloz, *Sommaire*, 2010, p. 1712 .

<sup>39</sup> « Irresponsabilité » G. Cornu dir. *op. cit.*

<sup>40</sup> T. Lebreton, *Procédure pénale*, Paris, Ellipses, 2022, p. 223.

fait, elle lui attribue ainsi une signification objective. Cette approche est indispensable à la compréhension du droit néanmoins elle ne saurait l'épuiser. La casuistique, notamment son usage par Yan Thomas propose une méthode qui la complète, l'enrichit sans jamais l'exclure pour autant. Il écrit :

L'opération juridique n'est pas dans l'impensable et impossible imposition de la loi aux faits, mais dans le remodelage qui qualifie ces derniers pour le jugement pratique de valeur qu'elle ordonne. Cette opération peut s'analyser d'un point de vue nominaliste : les faits ne reçoivent pas le nom qui convient à leur nature, mais celui qui convient au traitement qu'on veut leur faire subir<sup>41</sup>.

18. Le cas, autrement dit le procès, n'est pas seulement le lieu de l'application de la norme à un fait dont le résultat est une sanction produite par une imputation et non par un quelconque lien causal<sup>42</sup>. Elle donne lieu à une nouvelle appréhension de la réalité factuelle, qu'elle modèle en la juridicisant. Il n'y a pas de séparation absolue entre la réalité juridique et la réalité « tout court », entre un monde factuel et un monde normatif, mais une interpénétration des deux réalités notamment à travers le langage, un langage juridique qui a une effectivité dans la réalité sociale ; et inversement, sans la réalité sociale, le droit ne saurait matériellement être. Entreprendre une casuistique de l'irresponsabilité pénale de l'État en France n'a finalement pas de sens, dans la mesure où cette catégorie juridique devrait se trouver confrontée à son pendant inverse, en somme n'est irresponsable que celui qui pourrait être responsable. De cette manière, en l'absence de norme applicable et en présence d'une immunité pénale par exception, nulle qualification ne nous est accessible, l'exception d'incompétence *in limine litis* y met fin immédiatement. Ici s'arrêterait la casuistique en l'absence de l'avis contentieux Hoffman-Glemane.

---

<sup>41</sup> Y. Thomas « Présentation », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 6, 2002. p. 1425-1428.

<sup>42</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, § 18, trad. C. Eisenmann, Paris, Bruylant-LGJD, 2004, p. 90.

## II. Juger une illégalité contre l'humanité

### A. La situation juridique ex ante

19. Le point de départ de ce cas est l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental. Cette dernière va organiser le rétablissement dans les faits d'une légalité républicaine qui n'aurait jamais cessé d'exister en droit. Elle dispose à son article 1 que « la forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister. » ; à son article 2 :

sont, en conséquence, nuls et de nul effet tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit, promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la République française. Cette nullité doit être expressément constatée.

Puis dans son article 3 est expressément constatée la nullité d'actes précis notamment « tous ceux qui établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif. »<sup>43</sup>. Emmanuel Cartier nous explique la signification de ce constat de nullité :

La nullité, quelle que soit la forme de l'acte concerné, a pour conséquence d'anéantir l'acte en tant que tel et tous ses effets passés et à naître, par la combinaison de l'effet immédiat et de l'effet rétroactif du texte qui l'a prescrit [...] Tout se passe comme si l'acte édicté en vertu de l'acte annulé n'avait jamais existé. Comme pour la nullité, l'inexistence signifie l'incapacité absolue et inconditionnée de l'acte à produire des effets de droit.<sup>44</sup>

Cela a pour conséquence de permettre au juge de considérer les actes, produits par ces législations, nuls et de nul d'effets donc inexistantes.

20. Marcel Waline dans son commentaire de l'Ordonnance du 9 août 1944 propose de « tempérer dans la pratique les effets de cette proclamation générale de nullité. » Ainsi :

Du moment que le gouvernement de Vichy est tenu pour un gouvernement de fait, ce qui convient, pour apprécier la valeur de ses actes c'est de leur appliquer la théorie juridique classique « des fonctionnaires de faits ». Or, celle-ci n'a jamais abouti à l'annulation totale des actes des fonctionnaires de faits<sup>45</sup>.

Florence Crouzatier-Durand explique son principe, sans qu'il soit ici possible de rentrer dans les détails d'une jurisprudence et d'une doctrine maintenant plus que centenaire :

Le fonctionnaire de fait a [...] l'apparence d'un fonctionnaire, mais il n'a pas été investi de manière régulière. L'intérêt de cette théorie porte sur la légalité administrative : le juge admet en effet que les actes pris par un fonctionnaire de fait sont valides. Et ce pour des

---

<sup>43</sup> *Journal officiel de la République française*, 10 août 1944, p. 688.

<sup>44</sup> E. Cartier, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*. Paris, LGDJ. 2005, p. 355.

<sup>45</sup> M. Waline, « L'ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine », *La semaine juridique*, 1944, § 441. La théorie des fonctionnaires de fait est aussi connue par le célèbre arrêt dit des *Mariages de Montrouge*, Cour de cassation, Chambre civile, 7 août 1883, *Sirey* 1884-1, p. 17. Cet exemple est notamment donné par Perelman pour illustrer sa conception du raisonnable, C. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984, p. 16.

motifs évidents de bonne administration, d'intérêt général ; en vertu des principes fondamentaux de continuité des services publics et de sécurité juridique<sup>46</sup>.

21. La jurisprudence du CE connaît alors des hésitations quant à l'engagement de la responsabilité de l'État.

-Le 14 juin 1946, l'arrêt *Sieur Ganascia* rejette un moyen fondé sur « une fausse application des lois dans la nullité radicale a été expressément constatée par l'ordonnance du 9 août 44 [et ajoute] qu'il n'appartient qu'au législateur de fixer les règles suivant lesquelles pourront être indemnisées les personnes victimes des mesures prises en exécution de ces lois d'exception. »<sup>47</sup>.

-Le 22 février 1950, l'arrêt *Dame Suez* prend une direction inverse en indemnisant le dommage mortel causé « du fait d'un véhicule appartenant au groupement dit « milice française » ; que, quel que fût l'objet de ce groupement, il revêtait le caractère d'un service supplétif de police ; qu'ainsi les fautes commises par ses membres dans l'accomplissement de service sont de nature à engager la responsabilité de l'État. »<sup>48</sup>.

-La jurisprudence se cristallisera deux ans plus tard, d'abord avec la décision *Époux Giraud* du 4 janvier 1952 où « l'assignation à résidence dont les Époux Giraud ont été l'objet doit être regardée comme constituant un acte dépourvu de toute base juridique. » ; puis le 25 Juillet 1952 (*Demoiselle Remise*) où un dommage causé à nouveau par « le groupement dit « milice française » ne peut cette fois être indemnisé car « la responsabilité de l'État ne peut se trouver engagée du fait des agissements de ce groupement »<sup>49</sup>.

Marcel Waline, dans son célèbre commentaire de l'arrêt *Époux Giraud* suggère avec une grande clairvoyance « que cette décision a peut-être pour finalité de préserver le patrimoine financier de l'État ». Il s'étonne alors : « le Conseil d'État n'est pas le gardien du Trésor public, il est l'arbitre entre l'État coupable et les victimes innocentes. L'arrêt *Époux Giraud* est pour nous une énigme inexplicable et cette « inexplicabilité » nous inquiète »<sup>50</sup>.

22. Ce n'est qu'un peu moins de cinquante ans plus tard que cette jurisprudence constante fondée sur une interprétation stricte de l'ordonnance du 9 août 1944 sera renversée. Ainsi, l'institution par décret, le 13 juillet 2000, d'un régime d'indemnisation pour les orphelins de déportés victimes de persécutions antisémites a été le point de départ d'un renouveau du contentieux administratif lié aux crimes commis durant le Régime de Vichy<sup>51</sup>. Ce décret sera examiné pour un recours en annulation par le Conseil d'État fondé par les requérants notamment sur une rupture d'égalité avec les orphelins de déportés persécutés pour d'autres motifs. Dans l'arrêt *Pelletier et autres* du 6 avril 2001, le CE déclare « que si le décret attaqué a ainsi entendu reconnaître les souffrances endurées par les orphelins de certaines victimes de la déportation, il ne modifie pas les conditions dans lesquelles les personnes qui s'y croient fondées peuvent engager des actions en responsabilité contre l'État. »<sup>52</sup>. Le Palais Royal va ici ouvrir une porte dont les contours resteront incertains jusqu'en 2009.

<sup>46</sup> F. Crouzatier-Durand, « Le fonctionnaire de fait ou quand le juge sauve les apparences », in N. Jacquinot dir., *Juge et Apparence(s)*. Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2010, p. 205-215.

<sup>47</sup> CE, 14 juin 1946, *Sieur Ganascia*, Lebon, p. 166.

<sup>48</sup> CE, 22 février 1950, *Dame Duez*, Lebon, p. 118-119.

<sup>49</sup> CE, Assemblée, 4 janv. 1952, *Époux Giraud*, Lebon, p. 14 ; CE, Section, 25 juill. 1952, *Demoiselle Remise*, Lebon, p. 401. Sur les contradictions de ces premières décisions : M. Verpeaux. « L'affaire Papon, la République et l'État. « Ceux qui ont su trahir leur pays sans cesser de respecter la loi » Albert Camus », *Revue française de droit constitutionnel*, 3, 2003, p. 513 s.

<sup>50</sup> *Revue du droit public*, 1952, p. 487, in M. Waline, *Notes d'arrêts de Marcel Waline : L'action de l'administration (police, service public, responsabilité et agents publics)*, Vol 2, Paris, Dalloz, 2005, p. 353.

<sup>51</sup> Décret n°2000-657 du 13 juillet 2000.

<sup>52</sup> CE, Assemblée, 6 avril 2001, *Pelletier et autres*.

23. En 2002, le CE se voit à nouveau charger de prendre une décision sur la responsabilité de l'État pour les actes commis durant le régime de Vichy. Maurice Papon, condamné par la Cour d'assises de Gironde en 1998, se retourne vers l'État dans une action récursoire pour le paiement des dommages et intérêts aux parties civiles<sup>53</sup>. Le Conseil d'État décide le 12 avril 2002 qu'il existe à la fois une faute personnelle et une faute de service, donc une part de responsabilité de l'État dans ces actes. La décision est un tournant car elle précise que :

Si l'article 3 de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental constate expressément la nullité de tous les actes de l'autorité de fait se disant « gouvernement de l'État français » qui « établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif », ces dispositions ne sauraient avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par l'administration française dans l'application de ces actes, entre le 16 juin 1940 et le rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental ; que, tout au contraire, les dispositions précitées de l'ordonnance ont, en sanctionnant par la nullité l'illégalité manifeste des actes établissant ou appliquant cette discrimination, nécessairement admis que les agissements auxquels ces actes ont donné lieu pouvaient revêtir un caractère fautif<sup>54</sup>.

Pourtant, un acte annulé est théoriquement doté d'effets inexistant ; *n'étant pas*, il ne peut être tant légal qu'illégal. Ce revirement jurisprudentiel est donc à la fois immense et étonnant dans la mesure où le juge administratif, sur la base d'un texte similaire, prend une conclusion totalement différente sans qu'aucune disposition législative ne modifie les principes régissant la responsabilité de la puissance publique<sup>55</sup>. L'arrêt Papon bouleverse l'appréhension juridique du rôle de l'État français dans la Shoah en opérant un renversement herméneutique. Sur ce point, la plasticité voire l'élasticité de la règle de droit est ici repoussée jusqu'à l'une de ses dernières extrémités, nous pouvons alors approcher d'une troisième définition du « cas limite », celle où, comme le rappelle Paolo Napoli, « l'exemplarité du cas tient à son aboutissement le plus radical »<sup>56</sup>. Cette radicalité, cette « stabilisation de l'exceptionnel » est probablement ici ouverte par l'historicité essentielle du cas, par la manière dont l'écoulement du temps historique a permis le remodelage juridique des mêmes faits certes, mais surtout du même texte en d'autres mots de la même norme objective, qui serait pour ainsi dire finalement surdéterminée par la matérialité factuelle.

24. Cette décision va ouvrir une suite de procédures contre l'État français et la SNCF et c'est l'avis Hoffman-Glemane qui fait figure de réponse finale du CE sur la question<sup>57</sup>. Il fait suite à la saisine du Tribunal Administratif de Paris par Madeleine Kaplon, épouse Hoffman-Glemane, fille de Joseph Kaplon, interné à Drancy puis déporté à Auschwitz, par le convoi n°1 du 27 mars 1942, dont il ne reviendra jamais<sup>58</sup>. Cette dernière engage une action en responsabilité contre l'État et à la SNCF pour le dommage direct subi par son père ainsi que pour les préjudices résultant des souffrances morales et psychiques subies par elle.

---

<sup>53</sup> L'action récursoire est : « une action permettant à celui qui a réparé, à l'amiable ou par condamnation, un dommage qu'il n'avait pas causé ou dont il n'était pas l'auteur exclusif, d'exercer ensuite un recours contre le véritable responsable afin d'obtenir remboursement des sommes versées. » Fiche d'orientation Dalloz, *Action récursoire (droit administratif)*.

<sup>54</sup> CE, Assemblée., 12 avril 2002, Papon, souligné par moi.

<sup>55</sup> Article 34, *Constitution du 4 octobre 1958*.

<sup>56</sup> P. Napoli, « Après la casuistique, la règle vivante » in P. Napoli dir. *Aux origines des cultures juridiques occidentales, Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Rome, École Française de Rome, 2013, p. 189-207.

<sup>57</sup> La question de la responsabilité de la SNCF n'est pas examinée car elle ne relève pas de la compétence du juge administratif mais de celle du juge judiciaire. CE, Section, 21 décembre 2007, *Lipietz et autres*, n° 305966.

<sup>58</sup> F. Lenica, *op.cit.*

## B. L'avis contentieux

25. L'avis contentieux est une « procédure permettant à un tribunal administratif ou à une cour administrative d'appel de transmettre au Conseil d'État une question de droit nouvelle posée dans une requête. Cette question doit présenter une difficulté sérieuse et être posée dans de nombreux litiges »<sup>59</sup>. Le raisonnement du Conseil d'État vise alors à la subsumption de tous les cas particuliers dans une catégorie générique ; et l'avis contentieux fait figure d'instrument juridique idéal pour accomplir ce dessein. Il se présente d'abord sous forme de questions auxquelles le Conseil d'État va répondre sans que sa conclusion ait l'autorité de la chose jugée. Le rapporteur public justifie cette procédure en déclarant que « cette demande est recevable : elle pose plusieurs questions de droit nouvelles et d'une grande complexité [...] Plus d'une vingtaine de tribunaux sont actuellement saisis de plus de quatre-cents dossiers présentant à juger des actions similaires à celle de Mme Hoffman-Gleman. »<sup>60</sup>

26. Les principales questions sont les suivantes :

- «Le caractère imprescriptible des crimes contre l'humanité posé par l'article 213-5 du code pénal qui s'attache à l'action pénale et à l'action civile engagée devant la juridiction répressive [...] peut-il être étendu, en l'absence de dispositions législatives expresses en ce sens, aux actions visant à engager la responsabilité de l'État à raison de faits ayant concouru à la commission de tels crimes ? »<sup>61</sup>.

-Dans l'hypothèse où la réponse serait négative quel est le point de départ de la prescription ? L'année qui suit le fait générateur du dommage (selon le principe de la prescription quadriennale des créances sur l'État) ou est-il possible de penser que la créance ne pouvait exister tant que le dommage n'était pas reconnu, c'est-à-dire que l'État français n'avait pas reconnu sa responsabilité dans la déportation<sup>62</sup>.

-Si la prescription n'est pas acquise et que la responsabilité de l'État peut être engagée comment doit s'opérer l'indemnisation et « compte tenu du caractère en tout point exceptionnel des dommages invoqués, le principe d'une réparation symbolique peut-il être retenue ? ».

-Enfin si cela n'est pas possible, les mesures de réparation indemnitaires déjà opérées doivent-elles être déduites des réparations du dommage sachant que le fait générateur est le même ?

La particularité de cet avis est de ne pas répondre à la plupart des « questions de droit nouvelles et d'une grande complexité » posées par le tribunal administratif de Paris. Il offre cependant une réponse que l'on pourrait résumer d'une manière un peu abrupte : « l'État est *légalement* responsable mais il a déjà réparé le dommage ».

## C. La réponse du Conseil d'État

27. De prime abord, l'avis Hoffman-Gleman ne contient pas de nouveautés véritables relativement à la décision Papon de 2002. Il est à noter que si la responsabilité de l'État est engagée, c'est pour des actes commis par une entité avec lequel il n'entretient en aucun cas un rapport parfait d'identité car le CE précise que « 76 000 personnes, dont 11 000 enfants, ont été déportées de

---

<sup>59</sup> Art. L. 113-1 du *Code de Justice Administrative*.

<sup>60</sup> F. Lenica, *op.cit.*

<sup>61</sup> Article 7 du *Code de Procédure Pénale* depuis la Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

<sup>62</sup> Article 1 de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics.

France pour le seul motif qu'elles étaient regardées comme juives par la législation de l'autorité de fait se disant « gouvernement de l'État français ». Maintenant que cette responsabilité est reconnue, l'avis énonce les différentes mesures qui permettent au préjudice d'avoir déjà reçu une réparation. Il énumère, avec la plus grande exhaustivité, toutes les formes de compensation financière : l'intention de l'énoncé est ici de recouvrir le plus grand nombre de cas particuliers, de poser un constat d'équivalence entre la démarche française et celles des autres pays européens puis d'avancer l'idée que le préjudice est tellement immense qu'il ne pourra jamais être réparé financièrement en intégralité. Dans ses conclusions, Frédéric Lenica précise que « son irréductible singularité rend illusoire selon nous son évaluation en argent [...] Pour le dire autrement, un tel préjudice ne s'indemnise pas. Il doit se réparer selon nous par acte, geste ou parole symbolique des autorités de l'État »<sup>63</sup>. Un préjudice exceptionnel n'appelle donc pas une réparation financière d'une valeur exceptionnelle mais le passage à un autre ordre de réparation qui lui est en dernière instance substituable. Ainsi, une réparation intégrale en termes financiers étant impossible, la réparation mémorielle est la seule permettant de se hisser à la hauteur du préjudice et par conséquent de clore les procédures en cours et d'atteindre le niveau de généralité suffisant pour inclure tous les cas particuliers.

28. Le Conseil d'État ajoute alors un volet symbolique soutenu par des actes mémoriels : la loi de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, la commémoration de la rafle du Vel d'Hiv ou la reconnaissance d'utilité publique de la Fondation pour la Mémoire de la Shoah. Aussi, à la responsabilité de l'entité collective « immortelle » répond l'institution d'une réparation mémorielle collective à travers notamment l'instrument de la fondation, d'une personne morale qui a reçue « l'onction du prince » lors de sa reconnaissance d'utilité publique par décret en Conseil d'État et qui a été l'objet d'une dotation dans l'affection est irrévocable. En d'autres mots, la fondation possède un patrimoine perpétuel qui dépend en dernière instance de la continuité de l'État, tant que la personne morale à qui elle doit son existence subsiste, elle continuera à exister afin de réaliser une « œuvre d'intérêt général à but non lucratif » celle de conserver et préserver un « patrimoine mémorielle ».
29. Le Conseil d'État conclut que « le présent avis, rend sans objet les questions relatives à la prescription posées par le tribunal administratif de Paris ». Il ne répond pas non plus directement aux questions posées au début de notre étude, la prescription est passée sous silence, et l'attribution du « nous » est encore une fois obscurcie par la séparation entre l'État et l'autorité de fait se disant « gouvernement de l'État français ». De cette manière, il affirme d'une part une continuité ininterrompue dans la responsabilité de la puissance publique, d'autre part il mobilise des logiques propres au maintien et à la bonne administration de son patrimoine. La manière la plus simple de l'énoncer serait de reprendre l'interrogation de Danièle Lochak, plus de 60 ans après celle de Marcel Waline, et de se demander « si l'objectif prioritairement poursuivi était de contribuer à sortir du « syndrome de Vichy », à tirer un trait sur ce passé qui ne veut pas passer, ou plus prosaïquement de protéger les deniers publics »<sup>64</sup>. Dans cette dernière hypothèse le juge administratif intègre un rôle qui n'est plus juridictionnel, un rôle d'administrateur de l'État, d'administrateur d'un patrimoine perpétuel.

---

<sup>63</sup> F. Lenica, *op.cit.*

<sup>64</sup> D. Lochack, « Le droit, la mémoire, l'histoire : La réparation différée des crimes antisémites de Vichy devant le juge administratif. », *La Revue des droits de l'Homme*, 2, 2012, p. 28.

### III. Administrer un patrimoine perpétuel

#### A. Le patrimoine financier

30. Le 28 décembre 1787, Alexander Hamilton écrit dans le *Fédéraliste* n°30 :

L'argent est regardé, adéquatement, comme le principe vital du corps politique; ce qui nourrit sa vie et son mouvement et le rend capable d'accomplir ses fonctions les plus essentielles. Par suite, un pouvoir entier de s'en procurer une réserve suffisante et adéquate, pour autant que les ressources de la communauté le permettent, doit être regardé comme un ingrédient indispensable de toute Constitution<sup>65</sup>.

Le principe vital du corps politique, l'argent, est donc cristallisé dans une pratique, la fiscalité et dans un artefact juridique, le Trésor public dont l'histoire croise celle de l'*universitas*. Gabriel le Bras a retracé cette histoire en portant son regard sur *les origines canoniques du droit administratif* dans un mélange en l'honneur du professeur Achille Mestre<sup>66</sup>. Il écrit :

Longtemps avant que les États médiévaux n'eussent défini le statut de leur domaine, le droit canon avait posé non seulement les principes généraux mais encore les règles minutieuses qui concerne la délimitation, l'affectation, l'administration, l'indisponibilité du patrimoine ecclésiastique. [...] Tous les biens ecclésiastiques forment une masse soustraite au droit commun.<sup>67</sup>

Dans l'ordre temporel, la logique paraît familière et dans les *Deux Corps du roi*, Ernst Kantorowicz la décrit dans un chapitre fondamental pour appréhender la variété des concepts et techniques utilisés pour assurer la perpétuité de la *persona ficta*. Dans ce chapitre VI, intitulé « Continuité et corporations », il écrit :

La maxime de l'inaliénabilité du domaine royal ainsi que l'idée d'un fisc impersonnel « qui ne meurt jamais » sont des jalons importants d'un nouveau concept de continuité institutionnelle, inspirée principalement, semble-t-il des deux droits romains et canon.<sup>68</sup>

31. Quelle est alors le rôle de l'administrateur vis-à-vis du patrimoine de cette personne ?

Dans les textes anciens, *administratio* désigne tantôt l'exercice d'une fonction, tantôt la conduite d'un gouvernement, la gestion d'un patrimoine, la charge entière d'un établissement ou d'un office[...] beaucoup de textes en font le synonyme de *dispensatio*, exercice d'une fonction ou gestion d'un bien. L'idée commune est celle d'une maîtrise définie et limitée par un statut.<sup>69</sup>

En résumé, dans l'une de ses modalités, administrer c'est posséder un *office* entendu ici comme un devoir, celui de gérer un bien. Un patrimoine perpétuel serait l'ensemble des biens et des obligations d'une même *personne* qui ne s'éteint jamais, qui dure indéfiniment dans le temps.

---

<sup>65</sup> A. Hamilton, J. Jay et J. Madison, *Le Fédéraliste*, trad. A. Amiel, Paris, Garnier, p. 257 (n° 30).

<sup>66</sup> G. le Bras « Les origines canoniques du droit administratif », *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 395-412. A. Mestre écrit en 1899 : « L'État, croyons-nous, pourrait, dans certains cas, être responsable pénalement, si ses organes agissaient contrairement à la loi pénale ». A. Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, éd. Arthur Rousseau, LNDJ, p. 261.

<sup>67</sup> G. le Bras, *op.cit.*

<sup>68</sup> E. H. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, trad J-P. et N. Genet, Paris, Gallimard, 2019, p. 328.

<sup>69</sup> G. le Bras. *op. cit.*

Dès lors l'imprescriptibilité propre au droit pénal, qui s'éteint avec la mort de l'individu, lorsqu'elle est appliquée à la personne de l'État, serait une temporalité qui s'inscrit dans une continuité ne connaissant pas de fin. Ce rôle d'administrateur ne serait-il pas alors tenu dans cette jurisprudence par le Conseil d'État, ce dernier n'ayant jamais répondu favorablement à la proposition d'une imprescriptibilité de l'action en responsabilité contre l'État ? Dans ses *conclusions sur Pelletier et autres*, le commissaire du gouvernement Stéphane Austry se prononçait d'ailleurs en sa faveur : « Nous ne voyons pas de réponse convaincante à apporter aujourd'hui aux victimes de ces crimes ou à leurs descendants et c'est pourquoi nous vous proposons de revenir, s'agissant de dommages résultant de crimes contre l'humanité, sur votre jurisprudence de l'immédiat après-guerre. »<sup>70</sup>. Il ne fut pas suivi par le Conseil d'État et, en 2009, F. Lenica s'y refuse, expliquant : « appliquée à l'État, dont la vocation est permanente, l'imprescriptibilité, c'est l'éternité. Et nous ne pouvons nous résoudre à vous proposer d'adopter un parti aussi vertigineux. ». C'est un parti en effet risqué car aussi doté d'une grande imprévisibilité. Effectivement un horizon aussi indéterminé ne saurait être ouvert sans poser de sérieuses difficultés pour la gestion des finances de l'État.

32. L'histoire de la science et des pratiques de la gestion publique rencontre, sans nul doute, celle du développement du capitalisme et leur conjugaison condense une sorte de « souci de soi » étatique. En effet, l'administration d'un patrimoine perpétuel est une pratique qui est tout à fait compatible avec la notion de *raison d'État*, avec l'injonction d'administrer pour la pérennité de l'État lui-même, ce qui exige qu'il soit en bonne santé financière et que l'on prenne soin de son domaine. Dans la seconde partie de la conférence intitulée « *Omnes et singulatim*. Vers une critique de la raison politique » Michel Foucault porte son analyse sur la raison d'État, sur une rationalité entendue comme une « stratégie complexe d'orientation de son action » et qui repose sur deux « corps de doctrines : la raison d'État et la théorie de la police »<sup>71</sup>. Le discours de ce premier « corps de doctrine » porte sur l'État et sur le pouvoir et secondairement sur la relation entre le Prince et l'État. Il ne s'agit donc pas de renforcer le pouvoir du Prince mais celui de l'État. Il ne s'agit pas maintenant de conquérir le pouvoir et de s'y maintenir mais de réfléchir à la durée même de ce que l'on conquiert. Il ne s'agit pas de porter son attention sur la *souveraineté* mais sur la *puissance* de l'État, sur sa capacité à croître pour pouvoir se maintenir.
33. Cette raison d'État, n'est pas pour autant l'abdication du juridique au profit de l'économique, bien au contraire, elle pourrait être comprise avec Max Weber comme la forme la plus achevée d'interdépendance entre ces deux sphères. Il écrit dans sa *Sociologie des religions* qu'« à l'opposé de toutes les autres formes de domination, la domination économique du capital ne peut pas être réglementée éthiquement du fait de son caractère « impersonnel ». »<sup>72</sup>. Dans l'ordre économique, cette « impersonnalité » favorise une rationalité formelle reliée au modèle d'une activité susceptible d'être évaluée en termes comptables. Elle se distingue de la rationalité matérielle qui se rapporte à une activité faisant intervenir des exigences d'une autre nature notamment éthique ou politique. Il écrit dans *Économie et Société*, 1.2.9, « nous qualifierons une activité économique de formellement « rationnelle » dans la mesure où ses « initiatives » peuvent s'exprimer par des raisonnements chiffrés ou « comptables. »<sup>73</sup>. Par conséquent, « le capitalisme d'entreprise moderne et rationnel a besoin de moyens techniques calculables, mais il a besoin tout autant d'un droit prévisible et d'une administration régie selon des règnes formelles »<sup>74</sup>. Le droit est ici formel car il repose sur une procédure calculable et

<sup>70</sup> S. Austry, « La réparation du préjudice subi par les orphelins de déportés juifs : aide ou responsabilité? »

Conclusions sur CE, Ass., 6 avril 2001, *Pelletier*, *Revue Française de Droit Administratif*, 3, 2001, p. 713s.

<sup>71</sup> M. Foucault, « *Omnes et singulatim* : Vers une critique de la raison politique », *Le Débat*, 4, 1986, p. 5-36.

<sup>72</sup> M. Weber, *Sociologie des religions*, trad. J-P. Grossein, Paris, Gallimard, 1996, p. 288.

<sup>73</sup> M. Weber, *Economie et société*, trad. dir. J. Chavy et E. de Dampierre, Paris, Plon, 1971, p 87.

<sup>74</sup> M. Weber, *SDR*, p. 501-502.

prévisible ; il assure une rationalisation entendue comme calculabilité. La rationalité juridique se trouve donc en relation permanente avec une rationalité économique. L'État sur le modèle d'une entreprise privée est ainsi doté d'une rationalité propre, cristallisée dans ses procédures et dans les actes de ses agents.

34. L'identification de l'État, en tant qu'appareil administratif, à une personne morale de droit privé, à une entreprise n'est en aucun cas une idée nouvelle. Elle se retrouve notamment dans les enseignements de Bernard Chenot, bien connu pour sa controverse contre « les faiseurs de systèmes »<sup>75</sup>. En 1962, il donne à ses étudiants de Sciences Po une description fort concrète du rôle de ces *administrations centrales* sans lesquelles le pouvoir « du moment » serait aussi incapable qu'impuissant.

L'État, entité juridique, c'est une personne morale. Mais qui pense quotidiennement pour l'État, pose les problèmes, étudie les solutions et les décisions que va prendre le pouvoir ? C'est l'Administration, l'Administration, c'est *des hommes* qui sont groupés dans les cadres des services généraux de l'État. C'est eux qui jouent « *mutatis, mutandis* », pour le compte de l'État le rôle que joue les hommes à l'intérieur d'une entreprise. *Dans le concret, l'État c'est des hommes groupés dans les administrations et qui gèrent les intérêts généraux de la nation*<sup>76</sup>.

Cette manière, *ancrée matériellement*, d'administrer est sans nul doute à l'œuvre dans l'avis Hoffman- Glemane.

35. La formation de jugement pouvait opter pour le principe d'une prescription flottante qui commencerait seulement à courir à partir de la connaissance de la créance, adoptant simplement l'idée qu'il existait « un fait de l'administration de nature à interrompre le délai de la déchéance »<sup>77</sup>. Pouvait-elle garantir, dans ces conditions, qu'il était possible de précisément en quantifier le coût et conséquemment d'en assurer la prévisibilité ? La négative est bien peu compatible avec la rationalité juridico-économique formelle qui irrigue les organes étatiques et les pratiques administratives. C'était pourtant une option défendue en dernière instance par le rapporteur public :

Au sens et pour l'application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1968, les droits des victimes seront donc regardés comme acquis à la publication de votre avis au Journal officiel. Le délai de prescription commencera ainsi à courir à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010. L'État ne pourra opposer la prescription, s'il s'y croit fondé, qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014. Toutes les actions déjà engagées à ce jour seront bien entendu justiciables de cette fenêtre de réparation - le tout sur un fondement que, par respect pour le principe d'égalité, nous souhaiterions forfaitaire et dérivé du droit positif existant.<sup>78</sup>

La prescription flottante soutenue par le rapporteur public Frédéric Lenica, l'imprescriptibilité souhaitée par le commissaire du gouvernement Stéphane Austry constituent toutes deux un aménagement du temps en vertu d'une *première* « *asynchronie* » essentielle entre le temps du juge et le temps de l'historien. Dans le cadre du procès Papon, Yan Thomas ajoutait que l'impossibilité de mettre en jeu la responsabilité pénale de l'État rendait d'autant plus nécessaire

---

<sup>75</sup> Le commentaire d'arrêt d'Époux Giraud de Marcel Waline associe à faible bruit cette décision inexplicable à une crise du droit administratif français dont « on trouve le témoignage dans l'étincelante chronique de M. Rivero « Apologie pour les faiseurs de systèmes ». Sur cette controverse : T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1987, p. 136-144.

<sup>76</sup> B. Chenot. *Cours sur les Institutions administratives (1962-1965)*, Université de Paris et IEP de Paris, Cours de 1962-63, p. 84-85. Souligné par moi.

<sup>77</sup> CE, Section, 11 janvier 1978, *Audin*.

<sup>78</sup> F. Lenica, *op.cit.*

l'intervention de l'historien pour permettre d'isoler la responsabilité individuelle dans un crime collectif<sup>79</sup>. Frédéric Lenica souscrit d'ailleurs à l'idée que « pour ce type d'illégalité, le temps du juge est nécessairement postérieur au temps de l'historien. »<sup>80</sup>. Ce travail de l'historien convoque un autre patrimoine – celui de la connaissance que l'État a sur lui-même, sur ses actes, sur les sujets individuels agrégés et constitués *comme* sa population – un patrimoine ici qualifié d'épistémique et dont les archives font partie. Le soin porté aux archives répond certes à des exigences strictes de conservation et de valorisation mais leur administration et leur bonne gestion inclut aussi leur destruction ou leur non-communication, ces fameux secrets d'État ou *arcana imperii*.

## B. Le patrimoine épistémique

36. Dans la leçon du 15 mars 1978 du cours *Sécurité, Territoire et Population*, Michel Foucault remarque :

La statistique, étymologiquement, c'est la connaissance de l'État, la connaissance des forces et des ressources qui caractérisent un État à un moment donné. [cela nécessite...] de penser un appareil administratif non encore existant, mais qui serait tel que l'on puisse à chaque instant connaître exactement ce qui se passe dans le royaume [...] *un appareil administratif qui soit en même temps un appareil de savoir*, là encore comme dimension essentielle à l'exercice du pouvoir.<sup>81</sup>

Le rôle de l'administration est central dans la gestion de cette connaissance que l'État possède sur lui-même et la *personne* la plus importante pour faciliter le travail de l'historien est justement celle qui pourrait être mise en cause par son travail. En effet, l'État est central dans la construction institutionnelle de la mémoire car il tient le rôle prédominant de dépositaire du savoir public. Son accès est notamment encadré par l'éminemment politique *Code du Patrimoine* dont les dispositions limitent considérablement la capacité des historiens et encore plus des personnes privées d'accéder aux archives de l'État, de rentrer en possession du savoir qu'il possède sur lui-même<sup>82</sup>. Il existe bien entendu des dérogations toutefois la destruction, la perte involontaire, la sélection et les limitations d'accès restreignent la publicité des archives de l'État. En 1996, Paule René-Basin, alors chef de la section XXe siècle aux Archives Nationales, remarquait d'abord que les refus d'accès restent minoritaires, toutefois :

Si nous analysons les motifs de refus opposés à nos correspondants chargés d'instruire les demandes dans les ministères, il apparaît que leur réaction est influencée par une sorte de solidarité entre les générations.[...] Il s'agit presque d'une culture d'entreprise. Certains exemples de refus portant sur les archives de la seconde guerre mondiale le mettent en évidence<sup>83</sup>.

37. La centralité de l'accès à l'archive publique est réapparue le 13 avril 2018 dans la jurisprudence du Conseil d'État, en convoquant dans un contexte nouveau les conclusions de l'avis Hoffman-Glemane. Il s'agissait d'une affaire mettant en jeu le caractère public d'archives manuscrites du

---

<sup>79</sup> Y. Thomas, *ODD*, p. 280.

<sup>80</sup> F. Lenica, *op.cit.*

<sup>81</sup> M. Foucault, *Sécurité, Territoire, Population. Cours au Collège de France, 1977-1978*, Paris, Gallimard/Seuil, 2004, p. 280. Souligné par moi.

<sup>82</sup> Art. L 213-2 du *Code du Patrimoine*.

<sup>83</sup> Table ronde sur la sûreté de l'État in « Transparence et secret, l'accès aux archives contemporaines », 28-29 mars 1996. Actes publiés dans *La Gazette des archives*, », n° 177-178, 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> trimestre, p. 178.

Général de Gaulle datant de la période allant de décembre 1940 à 1942<sup>84</sup>. Le CE devait déterminer si ces archives procédaient de l'activité de l'État et revêtaient donc un caractère public. Le Palais Royal revient à nouveau sur l'Ordonnance de 1944 pour déterminer si l'État était à Londres en 1940 et il répond par la positive en précisant que se trouve :

Sans incidence à cet égard la circonstance que les faits et agissements de l'autorité de fait se disant « gouvernement de l'État français » et de l'administration française qui en dépendait engagent la responsabilité de la puissance publique, le débiteur de cette responsabilité ne pouvant être que l'État. N'y fait pas davantage obstacle la circonstance que doivent être regardés comme des archives publiques les documents procédant de l'activité politique et administrative de cette autorité de fait.

La délimitation du périmètre des archives publiques serait alors une sorte de test pratique pour délimiter le lieu même où se trouve l'État ou pour le dire autrement, l'espace occupée par l'entité dont la responsabilité administrative peut être engagée. Dès lors, l'État se trouve responsable des actes de son administration alors même que la justice administrative considère que sa souveraineté n'était pas exercée par l'autorité qui administrait dans les faits, et cette dernière comprenait d'ailleurs aussi le Conseil d'État. Jean Massot nous rappelle que celui-ci, à la fois instance de cassation et organe consultatif, verra ce dernier rôle étendu par le Régime de Vichy qui souhaitait à défaut de pouvoir législatif véritable, s'appuyer sur le Conseil pour faire valoir de son légalisme<sup>85</sup>. Le Conseil d'État n'aurait donc jamais cessé de jouer le rôle de gardien d'une forme de légalité, de gestionnaire d'un autre patrimoine, cette fois normatif, sans pour autant répondre à ce moment précis à une autorité « dite » légitime.

### C. Le patrimoine normatif

#### 1. Le patrimoine juridique

38. Une étude de la notion de continuité de l'État serait bien incomplète si elle faisait l'économie d'un éclaircissement sur la relation entre la permanence de l'État et celle du droit. D'une part, elles ne sont pas essentiellement dépendantes du régime politique et d'autre part il apparaît que le droit, concrètement la continuité d'une loi spécifique, n'est pas nécessairement lié à la continuité de l'État. Dans un arrêt du 29 avril 1848 de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, nous pouvons lire qu'il est prétendu par l'intervenant Hardy que la Révolution de 1848 aurait « aboli toutes les constitutions antérieures »<sup>86</sup>. La Cour de Cassation décide « qu'aux termes du décret de la convention nationale, d'ailleurs conforme au droit public de tous les temps, en date du 21 sept 1792, les lois non abrogées doivent être exécutées provisoirement jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné ». Selon Emmanuel Cartier :

L'existence d'un tel principe permanent impliquerait donc l'absence d'incidence des changements révolutionnaires de gouvernements sur le sort des actes juridiques édictés par le gouvernement déchu ainsi que sur les droits et les obligations qui en découlent.[...] le caractère factuel de l'autorité ayant édicté des actes en l'absence d'habilitation formelle n'entraîne par leur nullité car il ne saurait y avoir d'interruption dans la vie juridique de l'État.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> CE, 13 avril 2018, *Association du musée des lettres et manuscrits et autres*, n° 410939

<sup>85</sup> J. Massot. « Le conseil d'état et le régime de Vichy », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, 58, 1998. p. 83-99.

<sup>86</sup> *Migaud C. Hardy*. Recueil Dalloz, 1848, p. 83. L'exemple est cité par E. Cartier, *op. Cit.* p. 193.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

Nous arrivons maintenant à « l'aboutissement radical » du cas, où son exemplarité tient dans sa capacité à ouvrir la réflexion philosophique et juridique à une *deuxième* « asynchronie », celle entre le temps de l'État et le temps du droit. Certes, la validité d'une norme malgré la succession des régimes politiques présuppose la continuité de la personne de l'État toutefois en l'absence d'un État comment penser la continuité de la loi mais aussi des engagements et du patrimoine d'une « *société structurée normativement* »? Il s'agit de la question que pose Aristote dans les *Politiques* (III, 3) où ce dernier relie l'identité d'une cité à la permanence de sa *politeia*, traduisible par régime ou constitution, car « il est manifeste qu'il faut dire que la cité est la même principalement en regardant sa constitution »<sup>88</sup>. La permanence de la *polis* est alors fondée sur celle de sa *politeia* : si une cité au régime oligarchique devient démocratique, elle n'est plus identique à elle-même, indifféremment de la permanence de son nom ou de la survie de ses habitants. Autrement dit, l'identité de la cité est constituée par la subordination de sa mêmété à son ipsité. Leo Strauss précise :

La *Politeia*, que je traduis par régime, est ce qui donne à une cité son caractère, sa forme, son ton moral. On n'est jamais confronté à la *Polis* sans *Politeia*, sans régime. Vous êtes toujours confronté à une *Polis* formée, dédiée à un but précis.<sup>89</sup>

Ce modèle ne permet donc pas de penser une permanence de l'État où s'opère un renversement dans lequel l'ipsité est maintenant subordonnée à la mêmété. Malgré les changements de constitution ou de régime, l'État reste identique à lui-même, ce qui permet de comprendre la « nécessaire » assomption juridique de la responsabilité de l'État français pour ses actes commis sous le régime de Vichy<sup>90</sup>. La permanence du droit doit alors être distinguée de celle de l'État, dont la continuité ne repose pas sur sa relation avec un ordre juridique particulier, cristallisé dans la notion de constitution, ou dans une forme spécifique de distribution et d'exercice du pouvoir politique, son régime. L'emprise de l'entité étatique sur le patrimoine juridique paraît donc bien plus fragile. Effectivement, si les patrimoines financier et épistémique possèdent une histoire relativement courte et inextricablement liée à celle de l'État, ne serait-ce que par la mobilisation de ressources techniques qu'ils nécessitent, le patrimoine juridique précède chronologiquement l'État, à moins de croire au *principe* d'une puissance étatique inengendrée.<sup>91</sup> Cette *appropriation* est donc une construction qui produit l'apparence d'une légitimation de l'État par la continuité d'un ordre juridique dont il garantirait à la fois l'ordonnement et la concrétude, la validité et l'efficacité.

39. Lorsqu'en 1848, la Cour de Cassation en appelle à « un droit public de tous les temps », elle admet d'elle-même une permanence du droit toutefois il est difficile de ne pas subordonner explicitement cette continuité aux conceptions modernes de la souveraineté et de la personnalité de l'État. En d'autres mots, il est difficile voire impossible, dans ce cas spécifique, d'imaginer un néant normatif car se déroule une opération où la nouvelle autorité politique se trouve face à des normes existantes qui restent en vigueur tant qu'elles ne sont pas abrogées ou remplacées par des normes contraires d'un rang équivalent. Dans cette configuration, l'hypothèse d'un néant normatif ne pourrait se réaliser qu'en l'absence durable

<sup>88</sup> Aristote, *Les Politiques*, III, 3, 1276-b, trad. P. Pellegrin, Paris, Flammarion, 1993, p. 214.

<sup>89</sup> L. Strauss, *Plato's Apology of Socrates & Crito: Course offered in the autumn quarter 1966*, ed. D. Janssen, University of Chicago, 2016, p. 277, traduit par *Deepl* et corrigé par moi.

<sup>90</sup> Sur le *contexte historique* de la notion : J. Bordes « La place d'Aristote dans l'évolution de la notion de *politeia* » *Ktéma : civilisations de l'Orient, de la Grèce et de Rome antiques*, 5, 1980, p. 249-256 ; N. Loraux, *La cité divisée : l'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris, Payot & Rivages, 1997, p. 75-81.

<sup>91</sup> « Un principe (*arkhè*) est chose inengendrée. Car c'est d'un principe que vient nécessairement à l'être tout ce qui vient à l'être, tandis que le principe, lui, ne vient de rien [...] Or, comme c'est une chose inengendrée, c'est aussi nécessairement une chose incorruptible ». Platon, *Phèdre*, 245d-e, trad. L. Brisson, Paris, Flammarion, 2019, p. 116-117.

d'autorité politique ; cette dernière est dès lors identifiée à la *cause* du droit et en retour le droit serait un *effet* de la forme-État<sup>92</sup>.

40. La conséquence est une hypostase de l'État, en tant que soubassement ontologique du droit. Il est cette cause, « ce principe qui communique par soi l'être à autre chose », qui fait advenir le droit à l'étantité<sup>93</sup>. Cette conception abstraite se cristallise dans une exigence concrète pour les juristes, celle de donner à la norme une forme d'extra-temporalité, selon l'expression de Denis Baranger, qui participe à produire *l'apparence* de la continuité de l'État lui-même :

Cette obligation de résister au cours du temps, de faire en sorte que le droit « en vigueur » le soit effectivement, c'est-à-dire que du moment où il est adopté selon les règles, il jouisse du privilège de la permanence, est, me semble-t-il, entièrement enfermé, en droit français, dans le principe constitutionnel de continuité de l'État.<sup>94</sup> [...] En réalité, dans notre système juridique, elle est à la charge de tous, et notamment de la profession juridique. Tous, par pure nécessité, pour continuer ce qui a été commencé, sans nécessairement de parti pris idéologique, travaillent à cette tâche. Tous participent à maintenir la fiction de l'extra-temporalité du droit. Tous, ce faisant, sont ce que Platon aurait appelé des « fabricants de simulacres ».<sup>95</sup>

Denis Baranger nous informe d'un point essentiel : il s'agit d'une fabrication, d'un effort continu auquel les juristes participent, où se niche des distinctions et techniques sophistiquées, dont la finalité est de « *resynchroniser* » une « *asynchronie* » *essentielle*. En effet, si ces deux formes de continuité ont des similitudes, elles n'entretiennent en aucun cas une relation absolue d'identité ou d'interdépendance. Comment alors distinguer la continuité de l'État et celle de la loi ou même du droit dans son ensemble ? La proposition qui supposerait ou bien la préséance ou bien la précédence du droit n'y répondrait que fort partiellement et ne saurait se confondre avec l'affirmation d'un *principe* ou d'une « origine ». Serait-il alors préférable d'abandonner toute tentative de fonder tant le droit que l'État afin d'éviter de multiples écueils : le risque d'une régression à l'infini, la mystique de la « décision » ou le fétichisme de l'ordre et de « l'institution » ? Abandon bien inconfortable car, sans *principe*, le droit serait à proprement parler an-archique.

41. En France, la République n'a donc jamais cessé d'être en droit et peut-être pourrions-nous attribuer à cette affirmation la valeur d'un « noble mensonge », d'un fondement faux mais nécessaire à une autorité politique devant garantir le maintien de l'État en assurant une réception sélective de l'héritage juridique de Vichy.

---

<sup>92</sup> Suárez consacre le chapitre X du livre I de son *Legibus* à cette interrogation : « *Est-ce que la continuité constitue la raison de la loi ?* ». Il écrit au § 7 « J'affirme donc que la loi humaine proprement dite, possède une forme triple de continuité ou de stabilité. [...] La troisième existe en relation à la loi elle-même parce qu'après avoir été édictée, elle perdure toujours jusqu'à ce que sa matière ou sa cause, soit abrogée ou se modifie de telle sorte qu'elle cesse d'être juste. F. Suárez, *Des lois et du Dieu législateur*, Livre I, Chapitre X, § 7, trad. J-P. Coujou, Paris, Dalloz, 2003, p. 240-241. Souligné par moi.

<sup>93</sup> F. Suárez, *Disputes métaphysiques*, XII, 2 § 4. Cité et traduit par J-P. Coujou, *Le Vocabulaire de Suárez*, Paris, Ellipses, 2001, p. 15-16.

<sup>94</sup> Article 5, *Constitution du 4 octobre 1958* : le Président de la République veille au respect de la Constitution.

Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État.

<sup>95</sup> D. Baranger, « Le temps du droit. », *La revue administrative*, 53, 2000, p. 32 s.

## 2. Le patrimoine axiologique

42. Ce noble mensonge, ce *mensonge des origines*, nous rappelle la valeur axiologique que prend en France la distinction entre la République et l'État. Dans le cas Hoffman-Glemane, l'avis désigne le régime de Vichy comme « l'autorité de fait se disant « gouvernement de l'État français » et déclare que ses actes, les persécutions antisémites et la déportation vers les camps d'extermination, ont été accomplis « 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 ». Est-il alors envisageable que la responsabilité pénale de l'État ne puisse jamais remettre en cause la ressource politique que constitue l'appel à la République et ses valeurs, la mise en avant d'un patrimoine axiologique qui est dissocié de la personne juridique de l'État, de l'institution ? Serions-nous face à une *diastase*, à une *séparation substantielle et temporelle* où la République aurait le statut d'âme de l'État ? Celle-ci prétendrait à une forme *rabaissée* « d'éternité » alors qu'elle est aussi historiquement circonscrite que l'État qu'elle sert à substantialiser. Elle serait pourtant la vérité de l'État français, à la fois souffle vital et forme essentielle qui constitue le peuple ou précisément en France, la nation.
43. L'immunité pénale de l'État par exception est ici redoublée par une autre immunité, une troisième espèce, que je qualifie, à titre provisoire, *d'immunité par substitution*. Les conséquences pratiques de cette substitution peuvent être au mieux étranges et au pire choquantes. Dans le premier exemple donné sur les conditions de détention dans la maison d'arrêt de Nîmes, cette mise en danger de la vie d'autrui serait alors le produit de l'organisation déficiente d'un appareil administratif et non de la République dont le nom pourrait pourtant se trouver en haut de la porte du pénitencier ou d'un registre d'écrou. Dans un cadre différent, celui de l'immunité par exemption en vigueur en Belgique, il demeure une inégalité essentielle entre les personnes morales malgré la construction d'un modèle de *responsabilité civile* de l'État, opposé au « despotisme français »<sup>96</sup>.
44. Cette dernière forme d'immunité, cette immunité résiduelle m'apparaît comme essentielle dans la mesure où elle freine une nouvelle *diastase* prenant la forme d'une séparation entre la République, fondement de la légitimité de la puissance étatique, et le peuple ; diastase qui permettrait de penser une responsabilité pénale de l'État qui ne serait pas au même moment une pénalisation de la population elle-même.
45. Quel serait alors le sens de cette peine ? Dans le cas d'une personne morale, elle est très clairement expliquée dans un « précédent » cité dans une décision canadienne de 2018 « *R. v. The Royal Canadian Mounted Police, 2018 NBPC 01* » où la Gendarmerie Royale du Canada a été condamnée pour des infractions au droit pénal du travail (*regulatory offences*)<sup>97</sup>. Ce passage explique fort bien le raisonnement qui préside à la sanction d'une personne morale, d'une *corporation* dont la temporalité s'inscrit juridiquement dans la perpétuité :

---

<sup>96</sup> Cette opposition est notamment construite dans l'arrêt de la Cour de cassation belge : *La Flandria*, Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1921, I, p. 192, et concl. Prem. av. gén. P. Leclercq. Cf. P. Martens, *Le droit peut-il se passer de Dieu ?* 2<sup>ème</sup> leçon, Namur, Presses universitaires de Namur, 2007, p. 41-66.

<sup>97</sup> *R. v. The Royal Canadian Mounted Police, 2018, NBPC 01*, § 19. Traduit par *Deepl* et corrigé par moi. Je remercie vivement Jennifer A. Quaid, Professeure de droit civil à l'Université d'Ottawa, d'avoir attiré mon attention sur ce cas. Cf. Son analyse historique et conceptuelle de la législation pénale sur les personnes morales au Canada : J. A. Quaid, « The Limits of Legislation as a Tool of Reform: A Study of the Westray Reform to Organizational Sentencing, », 54, 2020, *R.J.T.U.M.* p. 511-567.

Les têtes dirigeantes des corporations sont des êtres humains, mais ces individus peuvent ne pas être les mêmes à la date de l'infraction et à la date de la sanction. La répartition de son capital ou ses dirigeants peuvent changer assez facilement... Il s'ensuit que l'aspect communicatif de la condamnation - qui est une caractéristique essentielle des principes de dénonciation et de dissuasion - est en quelque sorte de s'adresser, au-delà de la corporation elle-même, à ses membres passés, présents et futurs, ainsi qu'à ceux qui pourraient participer à une activité similaire de cette corporation à l'avenir. Si les êtres humains qui participent ou pourraient participer à l'activité sanctionnée ne reçoivent pas le message adéquat, la sanction des corporations aura un effet réduit à long terme <sup>98</sup>.

La sanction de l'État-personne, de la corporation, a pour conséquence de transmettre un signal, de prévenir les membres de son administration présents et futurs. Ce type de sanction dans l'administration peut d'ailleurs être ciblé et avoir un impact conséquent sur le budget annuel d'un organe.

46. Il faut enfin bien distinguer le domaine civil et le domaine pénal : réparer un dommage n'équivaut en rien à une sanction pécuniaire, une amende par exemple, car la peine équivaut à la reconnaissance d'une atteinte portée la société dans sa totalité et une mesure telle qu'une amende serait financée par l'argent des contribuables. Afin d'éviter l'établissement d'une sorte de « circuit fermé », il existe des solutions juridiques pour que la République ou l'État, le nom est ici indifférent car le patrimoine est identique, paient une amende par exemple à un établissement public distinct de l'État, à une fondation, en tout cas à une organisation dont la finalité est la provision d'un service public et non un profit économique. Une telle configuration aurait un effet conséquent sur la légitimité politique de l'institution étatique elle-même, sur le rapport d'identité qu'elle entretient avec ce « peuple » qu'elle constitue ; et dont le résultat probable pourrait être une translation, un changement de lieu, un passage de la catégorie de la fiction à celle du mensonge.
47. En droit, la fiction ne prétend pas rendre compte de la réalité factuelle mais ne prétend pas non plus l'occulter, elle la réagence juridiquement afin d'atteindre un but déterminé et précis. Le mensonge, en revanche, confond fait et droit, nie les lignes, les contours, les nuances parfois si peu visibles où l'on discerne les coutures du droit sous les habits de la réalité sociale. La fiction implique donc un rapport direct à la vérité, aussi mobile et fuyante soit-elle, mais le mensonge nous fait perdre ce lien avec la réalité jusqu'à considérer comme inexistantes juridiquement les actes qui ont eus pour conséquence la déportation et l'extermination de plus de 76 000 personnes.

---

<sup>98</sup> *R. v. General Scrap Iron & Metals Ltd.* 2003, ABQB 22, §§ 26-30.

## Conclusion

48. L'histoire de l'admission de la responsabilité de l'État français pour la commission de crimes contre l'humanité, dont le point final est l'avis Hoffman-Glemane, illustre que l'impératif de continuité de l'État est indissociable de la perpétuité de son patrimoine. La préservation du patrimoine financier était une considération présente dès les premières décisions portant sur des dommages causés par des entités ou des législations déclarées inexistantes *a posteriori*. Ainsi, la jurisprudence de 1952 a permis de minimiser les risques financiers et contentieux, toutefois il ne faudrait pas oublier qu'entre cette date et 2002, il y eut des réparations nombreuses ainsi que le rétablissement de situations après des spoliations. Néanmoins l'avis Hoffman-Glemane remarque à juste titre que ce processus était d'une certaine manière « rationalisé » et doté d'une prévisibilité car :

Prises dans leur ensemble et bien qu'elles aient procédé d'une démarche très graduelle et reposé sur des bases largement forfaitaires, ces mesures, [...] comparables, tant par leur nature que dans leur montant, à celles adoptées par les autres États européens ».

Il n'y a pas donc pas d'exception française dans la progressivité ou plutôt dans l'indécente lenteur de la reconnaissance et la réparation de ce préjudice en droit et de ce crime en fait.

49. Le Conseil d'État aurait pu, dès le départ, considéré que « l'erreur commune fait le droit » et adopter la théorie des fonctionnaires de faits où l'apparence de la titularité de l'office exercée est jugée suffisante pour imputer un acte individuel à la personne de l'État. Dans ce cas, il n'aurait pas pu répondre à ces victimes que les actes commis par des individus exécutant des ordres officiels provenant d'une préfecture, qui existait alors et existe encore aujourd'hui, ne possédaient aucun rapport juridique avec l'État. D'autant plus que ces individus, qui avaient toute l'apparence d'être des agents de l'État, le sont même demeurés jusqu'à se hisser à son plus haut niveau : de 1978 à 1981, Maurice Papon était Ministre du Budget.

50. Il m'apparaît que ce n'est pas d'abord au nom de l'institution ou de la continuité de l'État que cette fiction aurait été mobilisée mais en premier lieu au nom du droit lui-même, au nom de la continuité de ce droit saisi dans son historicité, et qui possède une existence *autonome* en dehors de la personne ou de la puissance de l'État<sup>99</sup>. Cette continuité est donc loin d'être entretenue par à un pacte politique originaire, essentialisé ou plutôt figé dans une perpétuelle actualisation *tacite*. La continuité se trouve ici plutôt fondée pratiquement sur un patrimoine dont j'ai proposé une catégorisation qui n'a rien de figée et qui ne prétend aucunement l'épuiser. Aussi, dans ce cadre, le lien entre l'État et sa population est secondairement politique, il est en premier lieu et matériellement d'ordre patrimonial.

51. Olivier Beaud explique ce mécanisme dans *La puissance de l'État* :

Le patrimoine institutionnalise les biens. Les juristes de droit public n'ont fait ici que transposer les leçons et les techniques du droit civil à l'État en lui cherchant un équivalent de patrimoine. En droit public interne, la notion de dette publique, qui est inscrite au budget de l'État, est donc imputée à la personne juridique de l'État, inversement, au nom

---

<sup>99</sup> Une autonomie du droit, conçue ici, à la suite de Yan Thomas, « comme la condition même de son dialogue avec les autres disciplines ». F.Audren, A-S.Chambost, J-L Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Paris, Dalloz, 2020, p. 130.

de la perpétuité du peuple et de l'État, les créances passent d'une génération à l'autre. Dettes et créances sont donc institutionnalisées.<sup>100</sup> »

Par conséquent, à titre principal, si l'administration est rétive à l'idée d'une créance imprescriptible, il faudrait cependant se pencher sur la construction juridique des emprunts financiers contractés par la France auprès d'institutions privées. Ces créances sont rattachées en dernière instance à la perpétuité du « peuple » qui les garantit et auquel l'État se rattache. Et, c'est précisément sur cette population que pèse effectivement et par substitution cette créance et non sur l'État. Dans ce cas, la population de cet État est, par l'effet d'une substitution, en position de perpétuelle débitrice ; sa dette est donc imprescriptible. Enfin et à titre subsidiaire, la quête de l'identité de ce débiteur perpétuel et pluriel, la question de l'attribution de ce « nous », a probablement une réponse bien décevante : dans les faits, il n'est personne.

---

<sup>100</sup> O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, Puf, 1994, p. 445