

Sommaire

Introduction.....	5
Les justices de l'oubli : champs et fonctions de l'oubli en justice.	
Approche rétrospective	5
Mathieu Soula Professeur d'histoire du droit Université de Reims Champagne-Ardenne, CRDT	
PARTIE 1 - Le pardon par l'oubli.....	19
Oublier au Moyen Âge : l'enseignement des rituels de justice et de la grâce royale	23
Claude Gauvard Professeur émérite d'histoire du Moyen Âge Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Laboratoire de médiévistique occidentale de Paris	
Les métamorphoses de l'amnistie.....	37
Stéphane Gacon Maître de conférences en histoire contemporaine Université de Bourgogne	
L'affaire Dreyfus. La loi du 27 décembre 1900 : une amnistie au goût amer	55
Jean-Pierre Royer Historien de la justice	
Entre dette et oubli : le pardon.....	63
Dominique Foyer Professeur de théologie morale Université catholique de Lille, faculté de théologie	
PARTIE 2 - Les mémoires de l'oubli.....	71
Une société qui refuse d'oublier. Les techniques d'oubli malmenées, ou la défaite de Chronos	75
Jean-Pierre Allinne Professeur émérite d'histoire du droit ITEM université de Pau, CAHD université de Bordeaux IV	
Entre oubli et mémoire : le silence de négociation	111
Pascal Texier Professeur d'histoire du droit Université de Limoges, OMIJ (IAJ)	
Aspects contemporains et comparés de l'oubli en Europe	123
Jean-Paul Jean Président de chambre à la Cour de cassation	
Oubli et refoulement chez l'auteur et la victime. Propos cliniques sur le rapport à la Loi.....	135
Jean Motte, dit Falisse Chargé de cours à l'Institut de sciences criminelles Université de Poitiers et université catholique de Lille	

PARTIE 3 - Les hantises de l'oubli, le cas du rwanda	145
Commémorations, mémoriaux et pratiques différencierées de la mémoire. Retour du Rwanda.....	149
Jean-Pierre Allinne Professeur émérite d'histoire du droit ITEM université de Pau, CAHD université de Bordeaux IV	
Figures et politiques du pardon au Rwanda.	
Musha, une communauté déchirée	177
Benoît Guillou Docteur en sociologie (EHESS) Membre associé du CRESPPA-Lab Top, CNRS, université Paris 8	
Expliquer le génocide perpétré contre les Tutsi.....	197
Sylvie Humbert Professeure d'histoire du droit (ICL), C3RD Secrétaire générale de l'AFHJ	
Témoignages : Kabarondo. Les rescapés.....	207
Oreste, Damascène, Irène et Jovite	
Le récit d'un survivant	217
Jean-Pierre Sagahutu	
«La langue blessée», les chants du deuil	229
Assumpta Mugiraneza Directrice du centre Iriba pour le patrimoine multimédia	
Annexes - Chants du deuil.....	237
Conclusion	243
Le voyage du pardon	243
Denis Salas Magistrat Président de l'AFHJ	
Varia	251
L'Avocat des pauvres en Savoie (1430-1860) : une magistrature charitable ou un service public novateur?	251
Jean-Amédée Lathoud Avocat général honoraire à la Cour de Cassation Membre correspondant de l'Académie de Savoie	
Les oreilles du cœur et l'œil de la raison : penser la justice à partir de l'approche phénoménologique de la miséricorde.....	265
Cathy Leblanc Professeur des universités en philosophie (ICL), CRIBED	
Résumés/Abstracts.....	275
Notes de lecture	289

Introduction

Les justices de l'oubli : champs et fonctions de l'oubli en justice. Approche rétrospective

Mathieu Soula

Professeur d'*histoire du droit*

Université de Reims Champagne-Ardenne, CRDT

«*Les choses qu'il vaut mieux oublier sont celles dont on se souvient le mieux*»
Baltasar Gracián, L'Art de la prudence, 1646, 262

«Car il n'est si juste retenue que cest d'escription¹»

L'oubli judiciaire, l'oubli et le droit sont des thèmes dont on peut penser qu'ils ont été épuisés par une abondante littérature, qu'elle soit juridique, philosophique, historique, sociologique². En apparence seulement. Car à bien y regarder, les recherches se sont très peu centrées sur l'oubli comme principal objet, mais plutôt sur la pacification³, la mémoire politique⁴, le pardon⁵, la justice transitionnelle⁶,

1. Jean Froissart, *Chroniques*, SHF XII, 65; Buchon, II, chap. XII, p. 394.

2. La littérature est immense sur les rapports entre la justice et le pardon, et entre la justice et la mémoire. Nous ne donnons ici qu'une sélection des études dernièrement parues, en essayant de couvrir les sciences humaines et sociales.

3. Jérémie Foa, *Le Tombeau de la paix. Une histoire des édits de pacification, 1560-1572*, Limoges, Pulim, 2015; Sandrine Lefranc et Annie Collovald (dir.), «La pacification des violences», n° spécial *Politix*, vol. 20, n° 80, 2007.

4. Olivier Wieviorka, *La Mémoire désunie. Le souvenir politique des années sombres, de la Libération à nos jours*, Paris, Éditions du Point, 2013; Pascal Banchard et Isabelle Veyrat-Masson, *Les Guerres de mémoires*, Paris, La Découverte, 2012; Johann Michel, *Gouverner les mémoires : les politiques mémorielles en France*, Paris, PUF, 2010.

5. Benoît Guillou, *Le pardon est-il durable? Une enquête au Rwanda*, Paris, F. Bourin, 2014; Caroline Gatio, *Le Pardon en droit pénal*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012; Jacques Derrida, *Pardonner : l'impardonnable et l'imprécursive*, Paris, Galilée, 2012; Marie Nikichine, *La Justice échevinale, la violence et la paix à Douai (fin XII^e-fin XV^e siècle)*, thèse dact. lettres, Paris I, 2011; Sandrine Lefranc, *Politiques du pardon*, Paris, PUF, 2002.

6. Véronique Champeil-Desplats (dir.), *Justice, mémoire et conflits*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2015; Dimitri Kousouris, *Une épuration ordinaire, les procès des collaborateurs en Grèce (1944-1949)*, thèse dact. EHESS, 2015; Noémie Turgis, *La Justice transitionnelle en droit international*, Bruxelles, Bruylants, 2014; Elin Skaar, Camila Gianella Malca et Eide Trine, *After violence, transitional justice, peace and democracy*, Oxon, Abingdon, New York, Routledge, 2015; Delphine Lecombe, *Nous sommes tous des victimes. La diffusion de la justice transitionnelle en Colombie*, Paris, LGDJ, 2014; Chandra Lekha Sriram et Suren Pillay (éd.), *Peace versus Justice? The dilemma of transitional justice in Africa*, Scottsville, University KwaZulu-Natal Press, 2010.

les victimes⁷, les fichiers⁸, la grâce et l'amnistie⁹, la révision, les crimes imprescriptibles... Au-delà des différentes thématiques, quatre manières d'aborder les rapports du droit au temps et à la mémoire se dégagent : une analyse abstraite et absolue, qui tente de dénouer les rapports qu'entretiennent justice et mémoire ; une approche de type constructiviste, qui cherche à déconstruire le processus de création des cadres de la mémoire politique et/ou administrative ; une approche anthropologique, qui met au centre de ses préoccupations les pratiques et les rites de pardon ou de remémoration des crimes ; une approche plus strictement juridique et normativiste, qui détaille l'état, à un moment donné, du droit tel qu'il est alorsposé. L'oubli reste encore dans l'ombre, même s'il est plus ou moins directement entrevu quand sont abordés la mémoire et le pardon. Du reste, imposer l'oubli comme cadre possible de lecture du temps et de l'action de justice, n'est-ce pas opérer un retour anachronique ou télologique, en tentant justement d'imposer un cadre inadapté aux représentations et aux usages judiciaires passés et actuels ? La question peut se poser dans le sens où l'« oubli » paraît, à première vue, absent du langage juridique présent et passé, à l'inverse de « mémoire », dont les usages en matière criminelle sont bien connus¹⁰ : des procès faits à la mémoire de l'ancien droit à la punition de la violation ou de la profanation, par quelque moyen que ce soit, de monuments édifiés à la mémoire des morts (punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende, art. 225-17 du code pénal). Est-il dès lors possible de faire de l'oubli un objet de l'analyse juridique ou de l'analyse historique du droit ?

Dans le langage commun, ou plutôt dans le langage autorisé et codifié des dictionnaires, l'oubli, comme le pardon et la mémoire, est étroitement associé à la justice, à la fois comme effet d'une action du juge ou du souverain et comme but de cette justice quand il se confond avec le pardon. Dans cette perspective, les définitions contenues dans le *Dictionnaire universel* de Furetière sont des plus intéressantes dans le sens où elles mettent à jour les différents sens, et donc les usages possibles, de l'oubli. Elles nous serviront de base pour dégager les enjeux de l'oubli judiciaire¹¹. Les définitions du mot « oublier » que développe le *Dictionnaire universel* montrent soit implicitement, soit explicitement les liens qui unissent la justice à l'oubli. Dans une première définition d'« oublier », il est précisé : « *Perdre la mémoire de quelque chose, ne plus s'en souvenir, n'y penser plus.* » Dans ce sens, l'oubli

7. Sandrine Lefranc et Lilian Mathieu (dir.), *Mobilisations de victimes*, Rennes, PUR, 2009.

8. Ilsen About et Vincent Denis, *Histoire de l'identification des personnes*, Paris, La Découverte, 2010.

9. Hélène Millet (dir.), *Suppliques et requêtes : le gouvernement par la grâce en Occident, XII^e-XV^e siècle*, Rome, École française de Rome, 2012 ; *La Mémoire et le Crime*, Paris, Éditions Cujas, 2011 ; Sophie Wahnbich (dir.), *Une histoire politique de l'amnistie. Études d'histoire, d'anthropologie et de droit*, Paris, PUF, 2007 ; Jean Danet, Sylvie Grunwald, Martine Herzog-Evans (dir.), *Prescription, amnistie et grâce en France : rapport final, étude réalisée par la Maison des sciences de l'homme Ange-Guépin et l'université de Nantes*, Paris, Mission de recherche droit et justice, 2006 ; Stéphane Gacon, *L'Amnistie de la Commune à la guerre d'Algérie*, Paris, Éditions du Seuil, L'Univers historique, 2002 ; Anne Freyssinier, *Le Droit de grâce du chef de l'Etat. Le cas de la V^e République*, thèse dact., droit, Toulouse 1, 2001 ; Gaston Jèze, « Nature juridique de l'amnistie, de la grâce et de la grâce amnistiaante », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 31^e année, 1924, t. 41, pp. 437-448.

10. Alors que le mot « oubli » est absent des codes français, le mot « mémoire » est bien représenté. Il en est de même de « pardon », jamais employé dans la langue des codes.

11. Antoine Furetière, *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots françois tant vieux que modernes, les termes des sciences et des arts. Seconde édition revue, corrigée, augmentée par Monsieur Basnage de Beauval*, La Haye, Rotterdam, Leers, 1701, t. 3, verbo « oublier ».

est presque toujours négatif, entraînant souvent de fâcheuses conséquences puisque cet oubli ne permet pas d'apprécier les êtres ou les choses à leur juste valeur, de les mettre à leur juste place ou, en justice, d'attribuer équitablement à chacun le sien (comme le pose la définition romaine de la justice, *suum cuique tribuere*, devenue, dans l'ancien droit, un véritable lieu commun). Il cite quelques exemples : « *On oublie aisément les malheureux quand on est dans la prospérité* » ; « *Il y a des femmes qui veulent absolument qu'on parle d'elles, et le plus grand des malheurs à leur avis est d'être oubliées.* » L'oubli peut même être la négation d'une existence, présente ou passée : « *On oublie bien les absents : à plus forte raison oublie-t-on les morts, qui le sont pour toujours.* » S'oublier peut lui aussi avoir de graves conséquences : « *La qualité de Grand fait presque oublier qu'on est homme.* » L'oubli fausse le jugement sur soi, sur sa position sociale, sur ses relations, ses dettes, mais aussi le jugement sur les autres. L'oubli est une négation : de l'existence, d'une place sociale, d'une faute, d'un bienfait, de soi. L'oubli fait que l'on ne juge qu'à l'aune de ses propres valeurs et références, de sorte qu'il est une condition d'un ethnocentrisme. Furetière le souligne à sa façon : « *Manquer à ce qu'on se doit à soi, ou à autrui; perdre le respect; devenir fier; ne plus se souvenir de ce qu'on a été.* » Autrement dit, l'oubli de sa position, de celle des autres, de la sienne relativement aux autres, et l'oubli de sa trajectoire (d'où l'on vient) entraînent des impairs, des fautes, des excès qui disqualifient l'auteur de cet oubli. Autant d'avertissemens pour l'éventuel criminel tenté de s'oublier, pour le juge oublious des impératifs de son rôle, et pour le jugement qui doit prendre appui sur la connaissance la plus exacte possible des circonstances du crime et de la personnalité du criminel (et donc son passé). Ne pas oublier d'enquêter sur le passé criminel de l'accusé pour dégager une nature portée au mal, un délinquant d'habitude, un récidiviste, a toujours été regardé par les juges comme le moyen d'ajuster la peine à la personnalité du criminel. D'où le développement de la flétrissure, puis du casier judiciaire pour s'assurer qu'une peine a déjà été prononcée, ou d'autres moyens laissés au juge pour faire surgir de l'oubli et de la méconnaissance un passé criminel. Jean de Coras, commentant l'affaire du faux Martin Guerre qu'il a eue à juger, dit : « *Bien que la loy presume des hommes que chacun est bon, bien vivant, et d'honneste conversation, et que nul d'eux ha intention de mal faire : toutefoit, en celuy, qui une fois a esté mauvais, et surpris en quelque meschanceté, la loy à grande raison pense, et le presume estre toujours tel, en la mesme espece de mauvaisté¹².* »

Dans une seconde définition, « oublier » signifie : « *Témoigner qu'on n'a plus de ressentiment; feindre qu'on a perdu le souvenir de quelque chose. Dans les accommodemens on oblige les parties d'oublier le passé. Dans une amnistie, le Prince promet d'oublier tous les désordres precedens. Nous prions Dieu tous les jours d'oublier nos pechez.* » L'oubli, qui n'est ici jamais total (il est partiel ou commandé), car il reste des traces de l'acte fautif, est une condition du pardon et de la paix. Oubli simulé, politique, accordé, il est une action volontaire (et non plus involontaire, comme dans le premier sens) qui a un but précis et explicite. Cette seconde définition montre qu'il y a des usages de l'oubli, qu'il n'est pas quelque chose d'impérieux

12. Jean de Coras, *Arrest memorable du Parlement de Tolose contenant une histoire prodigieuse, de nostre temps, avec cent et onze belles, et doctes annotations : dont les onze ont esté nouvellement adioustées, sur le proez et l'exécution dudit arrest*, Lyon, par Antoine Vincent, 1565, p. 63.

ni de supérieur qui s'impose à la mémoire et provoque la faute, il ne ressort pas de l'«oubliance», qui est le manque de mémoire et de souvenir. L'oubli ici peut être politique, judiciaire, pénitentiel : il est recherché, négocié, donné dans une finalité de pacification.

Il est remarquable d'ailleurs que, dans sa définition du pardon, le *Dictionnaire* de Furetière l'évoque premièrement comme un acte de souveraineté¹³. Le pardon de Dieu, pour commencer : « *La grace et remission [qu'Il] par sa misericorde accordre aux pecheurs pour les peches qu'ils ont commis.* » Le pardon du Roi, ensuite, qu'il accorde par lettres de grâce et de rémission à un criminel en particulier ; ou qu'il accorde par amnistie de manière générale et indistincte à ceux qui se sont rebellés contre lui ou qui ont fait « *autre chose contre son service* ». Le pardon est un acte politique, il est dispensé par celui qui a le pouvoir de juger et de châtier, celui sur qui l'ordre repose et dont il est le gardien. Viennent ensuite les particuliers « *qui se remettent les uns aux autres les offenses ou injures qu'ils se sont faites, ou qui les oublient* ». Ici, le pardon est explicitement rattaché à la charité, cette charité chrétienne qui oblige à pardonner. Le pardon est donc une dette, qu'elle soit du souverain ou du particulier. Elle commande et force l'oubli du crime ou de l'offense. Comme l'oubli qui, on l'a vu, lui est lié, le pardon permet la paix (sociale et intérieure). Cette dimension est rendue encore plus explicite dans la définition de « pardonner » : « *Il se dit des choses et jamais des personnes; car on dit bien pardonner un crime, mais on ne dit pas pardonner un criminel [...]. Il signifie faire grace, oublier une offense, une injure, la remettre; n'en conserver point de ressentiment.* » L'oubli n'est pas tant celui de l'acte que de ses effets : le ressentiment, la dette qui naît de l'offense. Le pardon est un acte tout positif, car il manifeste une des trois vertus théologales : la charité.

Cet oubli que le souverain dispense ou impose n'est pourtant jamais total, en ce que l'acte criminel peut laisser des traces dans les mémoires (mémoires de la ou des victimes ; mémoire collective), voire dans les archives judiciaires et administratives. Furetière développe ces trois aspects de la mémoire et les enjeux qui leur sont liés¹⁴. Mémoire personnelle, tout d'abord, qui est « *puissance, faculté par laquelle l'âme conserve l'image, et le souvenir des choses qu'on a vuës, ou entenduës* ». La mémoire, comme faculté de conserver, enregistre. Comme puissance, elle peut être plus ou moins fidèle. En ce sens, elle n'est pas toujours fiable : « *Avoir une mémoire heureuse, et fidèle, ou une mémoire infidèle et malheureuse.* » Elle est soit spontanée, soit activée par un effort. Mémoire collective ensuite : « *Se dit aussi de la bonne ou mauvaise réputation qu'on laisse après soi.* » Elle est ici le souvenir de ceux qui sont morts, fixés autour de leur réputation. La mémoire porte en elle un double social (elle n'est pas neutre puisqu'elle contribue à construire durablement des réputations), voire politique, quand la construction d'une mémoire et sa conservation dépendent de l'État. Enfin, la mémoire peut être artificielle, quand on utilise des procédés pour « *soulager, aider, augmenter* » la mémoire. Ici, la mémoire est un construit, un procédé censé restituer à l'occasion des faits, des

13. Antoine Furetière, *Dictionnaire universel...*, op. cit., t. 3, verbo « pardon ».

14. Antoine Furetière, *Dictionnaire universel...*, op. cit., t. 2, verbo « mémoire ».

images, des paroles, des textes. Il peut s'agir d'une mémoire d'État qui fonctionne sur la collection de traces, c'est-à-dire des procédés bureaucratiques de conservation de renseignements qui doivent permettre de restituer des faits ou une personnalité. Le promoteur du casier judiciaire, Arnould Bonneville de Marsangy le dit de manière très explicite : « *Pour que la sainte et difficile opération de l'arbitrage des peines soit exacte, il ne suffit pas que le juge soit juste et éclairé – il faut que les antécédents du délinquant lui soient exactement et fidèlement connus ; sans quoi l'un des termes de l'équation manquant, toute juste appréciation de la culpabilité devient impraticable. Alors, le bien et le mal, l'homme jusque-là honnête et l'homme le plus profondément perverti, semblables à ces corps qu'on pèse dans le vide, auront la même pesanteur apparente ; l'œuvre de la justice sera viciée dans son principe ; sans le vouloir, on aura donné consécration légale et funeste à ce vieux brocard des juges aveugles : Que rien ne ressemble tant à un honnête homme qu'un fripon¹⁵.* »

La mémoire d'État, ou la mémoire judiciaire, permet aux magistrats d'oublier, en quelque sorte, les affaires qu'ils ont eu à traiter et de méconnaître celles que d'autres juridictions ont eu à connaître, en leur proposant un appui logistique qui leur servira à reconstruire le passé judiciaire en temps voulu. Car il est entendu qu'il est inhumain de tout se rappeler, comme le soulève si bien Jorge Luis Borges dans la nouvelle *Funes el memorioso* qui met en scène la monstruosité d'une mémoire totale, en même temps qu'elle illustre ses effets paralysants¹⁶. L'histoire raconte la malédiction de Funes, jeune Uruguayen renversé par un cheval demi-sauvage, accident qui le rend infirme mais aussi capable de tout se rappeler dans les moindres détails. Sa mémoire prodigieuse constitue aussi un triple fardeau : elle le constraint à ne rien oublier, elle l'épuise jusqu'à la mort, elle l'empêche de penser. Comme le note l'auteur qui relate sa rencontre avec Funes et leur dernière conversation : « *Penser c'est oublier des différences, c'est généraliser, abstraire. Dans le monde surchargé de Funes il n'y avait que des détails, presque immédiats.* » Garder la mémoire, ne pas oublier, crée les conditions de l'enfermement dans les détails, dans l'immédiat, et interdit de penser. L'oubli est ainsi au principe de la réflexion, mais aussi du mouvement, de la marche en avant, du déplacement. L'immobilité n'est pas que mentale, elle est aussi physique : le non-oubli est, dans la nouvelle de Borges, paralysant. D'ailleurs, le narrateur en vient lui-même à une sorte de paralysie au fur et à mesure de leur discussion : « *Je pensai que chacun de mes mots (que chacune de mes attitudes) allait demeurer dans son implacable mémoire ; je fus engourdi par la crainte de multiplier des gestes inutiles.* » L'obsession du souvenir, de l'enregistrement des faits, des gestes, des paroles peut non seulement paralyser celui qui est le producteur de cette mémoire implacable (dans le sens où il ne peut traiter les données accumulées), mais aussi celui qui en est l'objet. Une mémoire, même administrative, même d'État, n'est jamais totale : elle se concentre autour de référents, de valeurs, de données qui font l'objet d'une sélection préalable. En cela, elle n'est jamais neutre, car ce qui est retenu, comme ce qui tombe dans l'oubli,

15. Arnould Bonneville de Marsangy, *De la récidive, ou des moyens les plus efficaces pour constater, rechercher et réprimer les rechutes dans toute infraction de la loi pénale*, Paris, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1844, t. 1, pp. ii-ij.

16. Jorge Luis Borges, *Funes ou la mémoire/Funes el memorioso, Fiction/ Ficciones*, Paris, Folio bilingue, 2012, pp. 210-233.

est passé au crible de la raison judiciaire. La problématique de l'oubli judiciaire est fortement liée à celle de la mémoire judiciaire, car lorsque la justice décide de conserver la mémoire du crime et du criminel, elle ne retient que quelques traces et laisse le reste dans l'ombre du non-collecté. L'oubli structure la mémoire, et à suivre Borges, structure le raisonnement judiciaire en permettant l'abstraction, la réflexion autour de quelques vestiges d'un passé que cette justice a conservés.

De fait, l'oubli, en matière de justice, ouvre principalement deux dialectiques qui ont pu recevoir des réponses différentes dans le temps : oubli et paix (ou l'enjeu politique du pardon) – oubli et contrôle social (ou l'enjeu judiciaire de la mémoire). Pour autant, toutes deux établissent un rapport commun et étroit avec l'enjeu politique et social de la construction de l'État, de l'État maître du pardon, maître de la mémoire judiciaire, et organisateur des rôles et des fonctions des acteurs de sa justice. L'oubli se trouve bien au cœur du processus de création de l'État, du déploiement de sa justice et de la manifestation de sa souveraineté.

«Tant que la faute est là qui crie vengeance et souille le monde, il ne peut y avoir de paix¹⁷»

La paix (que l'on peut assimiler à cette «*expérience du monde où tout paraît évident [qui] suppose l'accord entre les dispositions des agents et les attentes ou les exigences immanentes au monde dans lequel ils sont insérés*»), est un état enchanté, c'est-à-dire qui n'est permis que par l'ignorance ou l'oubli de la violence qui fonde et structure les rapports de force sociaux¹⁸. On pourrait penser que *L'Odyssée* en a déjà révélé les ressorts «magiques», dans le chant IX, alors qu'Ulysse et ses compagnons accostent sur l'île des Lotophages. Île sur laquelle règnent la paix et l'oubli, l'oubli de ses origines, de sa patrie, et surtout l'oubli de la violence. Ceux qui absorbent les lotos deviennent «oubliés» et ne désirent plus que rester dans cette île de paix¹⁹. La paix devient le résultat d'un oubli. En ce sens, l'oubli judiciaire est d'abord, et peut-être essentiellement, un enjeu social et politique. Pierre Bourdieu a relevé que dans les rapports de domination «*la force ne peut s'affirmer comme telle, comme violence sans phrases, arbitraire qui est ce qu'il est, sans justification; et c'est un fait d'expérience qu'elle ne peut se perpétuer que sous les dehors du droit, la domination ne parvenant à s'imposer durablement que dans la mesure où elle parvient à obtenir la reconnaissance, qui est la méconnaissance de l'arbitraire de son principe*²⁰». Méconnaissance de l'arbitraire, de son principe, et oubli de la force structurante sont permis par la qualité légitimatrice du droit. Il n'est pas étonnant, alors, que la paix puisse être l'œuvre du droit, dans le sens où le droit, à la manière du lotos homérique, produit, justifie et impose l'oubli de la violence et de la force. Dans cette perspective, le souverain tend à réclamer pour lui le monopole du pardon, qui est aussi le monopole du droit de dire ce qui

17. Robert Hertz, *Le Péché et l'Expiation dans les sociétés primitives*, Paris, Éditions Jean-Michel Place, 1988, chapitre 2.

18. Pierre Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, Paris, Éditions du Seuil, 1997, p. 175.

19. Lotos est proche de *lathetai* (oubli). *L'Odyssée* joue sur l'assonance des deux mots (chant IX, 102).

20. Pierre Bourdieu, *Méditations pascaliennes...*, op. cit., p. 125.

peut et doit être oublié, tout comme il réclame le monopole du droit en tant que violence symbolique légitimant sa domination et la faisant accepter.

Dans la construction de ce monopole, les juristes, comme l'a démontré Jacques Krynen, ont eu leur part : ils ont su forger et diffuser des justifications juridiques et des représentations devenues communes d'un monarque, puis d'un chef de l'État et d'une assemblée, maîtres de clémence²¹, même si une telle défense s'accompagne, il est vrai aussi parfois, de quelques critiques et prises de distance. Quelques exemples peuvent illustrer certaines des images et des conceptions véhiculées par ces juristes. Après d'autres, au XVI^e siècle, Farinacius rappelle que, par leur supériorité, les princes ont le pouvoir de grâce²² ; Jean Imbert développe lui aussi ce lieu commun, selon lequel « *le Roy seul a droict de remettre les crimes et bailler graces et pardons, et n'est recevable le seigneur iusticier voulant empescher l'enterinement des lettres*²³ ». Lieu commun que l'on retrouve dans tous les ouvrages de droit où est traitée la grâce. Bernard de La Roche Flavin, au début du XVII^e siècle, synthétise dans son traité sur les parlements la création par ses devanciers d'une représentation d'un monarque fontaine de justice et unique source de pardon : « *En France les Iuges ne peuvent faire grace aux acusez des homicides casuels, ou commis par juste defense. Et est nécessaire d'en obtenir du Prince lettres de pardon : par ce que luy seul peut remettre les fautes de ses subjects [...]. Le pouvoir de sauver les hommes de la mort est un present, dict Seneque, si excellent, que les Dieux ne l'ont communiqué qu'au Roi et Princes souverains*²⁴ ». C'est à l'imitation de Dieu d'ailleurs qu'il peut pardonner et remettre les crimes : oublier les crimes est conçu comme un acte du souverain qui lie ses sujets à lui.

Le pardon-oubli est, comme l'a fortement souligné Claude Gauvard, un moyen pour le souverain de construire sa souveraineté, de lier les sujets à lui, comme le moyen d'imposer sa justice²⁵. C'est à partir du XIV^e siècle que le roi devient progressivement « *le maître de la paix*²⁶ ». Même si ce monopole reste longtemps théorique, il manifeste la position d'arbitre suprême du roi : le maître du pardon et de l'oubli est aussi celui qui peut imposer ce qui est digne d'être effacé des mémoires, celui qui peut forcer l'oubli dans un but de pacification. Pourtant, derrière cet énoncé, devenu vérité juridique admise, les juristes opèrent un partage du travail justicier qui les favorise : au roi le pardon, aux magistrats la sévérité. Cette distinction des tâches justicières, tout en légitimant le roi dans sa mission de justice, légitime en retour la captation, par ce corps de professionnels du droit, du droit de rendre la

21. Jacques Krynen, *L'Etat de justice*; t. 1, *L'Idéologie de la magistrature ancienne*; t. 2. *L'Emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 2009 et 2012.

22. Prosperus Farinacius, *Praxis et theoricae criminalis*, partie I, tome I, Lyon, Jacob Cardon, 1634, *quaestio 6*, n° 2.

23. Jean Imbert, *La Practique iudiciaire, tant civile que criminelle, receüe et observée par tout le royaume*, Lyon, François Arnoillet, 1619, p. 669.

24. Bernard De La Roche Flavin, *Treze livres des Parlemens de France. Esquels est amplement traicté de leur origine et institution, et des presidens, conseilliers, gens du roy, greffiers, secrétaires, huissiers, et autres officiers; et de leur charge, devoir, et iurisdiction, ensemble de leurs rangs, séances, gages, priviléges, reglements, et Mercuriales*, Bordeaux, Simon Millanges, 1617, p. 751.

25. Claude Gauvard, « Grâce et exécution capitale : les deux visages de la justice royale française à la fin du Moyen Âge », *Bibliothèque de l'École des chartes*, 1995, t. 153, livraison 2, pp. 275-290.

26. Claude Gauvard, « Le roi de France et le gouvernement par la grâce à la fin du Moyen Âge. Genèse et développement d'une politique judiciaire », Hélène Millet (dir.), *Suppliques et requêtes... op. cit.*, p. 386.

justice à sa place. Bodin, le penseur de la souveraineté monarchique, le synthétise à merveille : « *Car la plus belle reigle qui peut entretenir l'estat d'une monarchie, c'est que le Prince se face aimer de tous sans mespris, et haïr de personne, si faire se peut. Pour y parvenir il y a deux moyens : l'un est que la peine iuste soit decerneee aux meschants, et le loyer aux bons : et d'autant que l'un est favorable, l'autre odieux, il faut bien que le Prince qui veut estre aimé se reserve la distribution des loyers [...] et quant aux condamnations, amendes, confiscations et autres peines, il doit les renvoyer à ses officiers, pour en faire bonne et brieve iustice*²⁷. »

L'image du roi de clémence, maître du pardon, qui par l'usage de « *la plus belle prérogative du trône* » montre « *son bon cœur* » et « *son humanité*²⁸ », ne va donc pas sans effets retours : celui du parachèvement du processus d'institutionnalisation de la justice et de la captation par les juristes du droit de rendre la justice.

Vestige de la justice dite « retenue », le pardon royal ne tarde pas, lui aussi, à être disputé au roi par les juristes. Jean Hilaire a montré que la procédure de la grâce se bureaucratise dès le Moyen Âge, devenant de plus en plus technique, pour finalement échapper au roi au profit des magistrats et de la chancellerie²⁹. Si, en théorie, les magistrats « *ne peuvent entreprendre d'usurper* » le pardon royal, dans les faits la bureaucratisation de la procédure pose des limites à la « *puissance plus entière et plus absolue* » du prince³⁰. D'une certaine façon, les juristes, qui ont œuvré à la justification d'un roi maître de la paix, ont détourné à leur profit cette procédure, ou plutôt l'ont détourné au profit de l'État, dont ils sont les patients serviteurs et bâtisseurs, l'ultime étape étant la discussion de la suppression (espérée ou effective) de la grâce et de l'amnistie (« *ces jubilés du délit* », selon le mot de Gabriel Tarde), entamée et jamais close depuis la Révolution³¹.

Depuis le XIX^e siècle, c'est toujours le souverain (à travers la loi) qui décide, selon René Garraud, de « *mettre en oubli certaines infractions* », de les « *abolir*³² ». Mais l'oubli, à travers le pardon, se normalise, dans le sens où il obéit à des procédures et des limites de plus en plus précises. Si, sous l'ancien droit, les mots du pardon étaient équivoques (rémission, abolition, grâce, pardon...), à partir du XIX^e siècle, ils se fixent, se spécialisent et se voient attribuer chacun une procédure spécifique, opérant un partage entre l'exécutif (la grâce), le législatif (l'amnistie) et le judiciaire (la réhabilitation). Le droit régule de plus en plus le pardon et l'oubli, leur imposant une nouvelle rationalité : ce n'est plus un acte regardé comme arbitraire (dans le sens d'arbitrer librement) de la puissance souveraine, mais un acte soumis à la raison juridique et bureaucratique ; autrement dit un acte codifié et systématisé. Par exemple, sous la III^e République, la grâce est octroyée, certes,

27. Jean Bodin, *Les Six Livres de la République*, Lyon, Jacques du Puys, 1580, p. 435. Pour une analyse de ce passage : Jacques Krynen, *L'État de justice*, t. 1. *L'Idéologie de la magistrature ancienne*, op. cit., pp. 31-38.

28. *Le Patriote françois*, n° 665, du samedi 4 juin 1791.

29. Jean Hilaire, « La grâce et l'État de droit dans la procédure civile (1250-1350) », Hélène Millet (dir.), *Suppliques et requêtes...*, op. cit., pp. 357-369 ; Jean Hilaire, « Supplier le roi. Les voies de recours extraordinaires aux XIII^e et XIV^e siècles », *Revue historique de droit français et étranger*, 74, 1996, pp. 73-82.

30. Jean Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*, Paris, Veuve Cavelier, t. 2, 1766, *Harangue prononcée aux Assises de l'année 1666*, p. 209.

31. Gabriel Tarde, *La Philosophie pénale*, Paris, A. Storck, 1890, p. 80.

32. René Garraud, *Précis de droit criminel*, Paris, L. Larose, 1881, p. 405.

par le président de la République, mais avec le contreseing du garde des Sceaux (art. 3, al. 2, et 5, Loi constitutionnelle du 26 février 1875). Cette décision fait l'objet en outre, en amont, d'une préparation et d'un filtre apposé par la Direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la Justice. Quand il s'agit d'affaire capitale, l'avis du conseil d'administration du ministère de la Justice est même requis. Sous la IV^e République, elle est octroyée par le chef de l'État en Conseil de la magistrature par décret contresigné par le président du Conseil et le ministre de la Justice. Préalablement, la Direction des affaires criminelles et des grâces a examiné, filtré et préparé les dossiers de demandes de grâce. Sous la V^e République, depuis 2008, le président de la République a droit de faire grâce à titre individuel (article 17 de la Constitution). L'instruction de la demande est effectuée par le procureur près le tribunal qui a prononcé la condamnation, avec l'avis du procureur général près la cour d'appel, et par la Direction des affaires criminelles et des grâces. Le décret est contresigné par le Premier ministre et le ministre de la Justice. On le voit, ce pouvoir de grâce est très encadré et codifié. D'une manière générale, ce sont toutes les voies de l'oubli judiciaire comprenant, outre la grâce, l'amnistie et la réhabilitation, qui sont réglées par le droit, qu'il soit pénal et constitutionnel, ou par des procédures administratives ancrées et répétées malgré les changements de régime politique.

Comme sous l'ancien droit, les trois voies du pardon poursuivent le même but de pacification par la mise dans les ombres de l'oubli de faits ou de peines dont le prononcé et l'exécution sont regardés comme une menace à la concorde. Comme le porte un arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1831, les tribunaux sont obligés d'appliquer cet oubli « *pour ramener la concorde dans la société*³³ ». Aujourd'hui encore, le Conseil constitutionnel reprend ce sens commun : « *l'amnistie et la prescription visent au rétablissement de la paix politique et sociale*³⁴ ». Les magistrats veillent jalousement à ce monopole étatique du pardon et de la réparation. Ainsi, la cour d'appel de Nouméa applique une jurisprudence constante relative aux conflits qui peuvent naître entre l'application de la « *coutume du pardon* » et les champs d'intervention de la justice en Nouvelle-Calédonie, décidant que « *le droit à réparation intégrale du dommage subi individuellement est distinct de la réparation du lien social brisé qui constitue la finalité de la coutume de pardon en ce qu'elle tend à mettre un terme au conflit au plan collectif, et intervient généralement des années après les faits*³⁵ ». La cour délimite ici deux espaces, deux pardons possibles : celui de l'État, qui en l'espèce est refusé, et celui de la société, qui peut être accordé selon des formes et des rites coutumiers. Le pardon social ou coutumier ne s'impose pas pour autant à la justice, car l'État revendique pour lui le monopole du pardon légitime. Ainsi, même si la cour reconnaît que la coutume du pardon « *s'assimile aux recours aux Commissions vérité et réconciliation, porteurs de paix, qu'ont expérimentés certains pays africains* », les effets en sont limités, puisque l'État contrôle, par sa justice, son champ d'application.

33. *Recueil général des lois et arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, par J.-B. Sirey*, Paris, Du Harlai, 1831, t. 31, 1^{re} partie, p. 412.

34. Conseil constitutionnel, *Décision n° 2013-319*, QPC du 7 juin 2013.

35. Cour d'appel de Nouméa, chambre coutumière, arrêt du 20 mars 2014.