

Epurations, amnistie, amnésie : un bref éclairage sur le droit ¹

Eric Millard

Si la question des épurations politiques est assurément un objet d'étude important pour l'historien, comme pour le spécialiste de la science politique, ou de la philosophie morale, il n'en va pas exactement de même pour le juriste. L'affirmation justifie la modestie de l'intitulé retenue. Elle demande cependant à être précisée.

La première précision est simplement méthodologique : vous dire que ce dont je dois vous parler ici n'est pas donné.

Je pourrais d'abord vous raconter des épurations, des amnisties (et je n'aurais alors pas la prétention d'être exhaustif). Je vous dirais ce qui s'est passé, dans quel contexte le droit est intervenu, comment il a été adopté, comment il a été appliqué... Et je vous parlerais alors de l'affaire Dreyfus, ou de la Libération, ou du financement de la vie

¹ On m'avait demandé de faire une intervention limitée dans le temps et la matière sur ce thème devant des étudiants en DEA d'histoire. Mon exposé, non formalisé, a été suivi d'une discussion fructueuse (Merci notamment à Rémi Cazals, Pierre Laborie et Philippe Foro pour leurs contributions). Le présent texte n'est qu'une (re)mise en forme à la fois du contenu de mon intervention, et des points soulevés dans la discussion. J'ai essayé de reprendre tous les points abordés ; mais j'ai aussi voulu lui conserver son caractère de discussion ouverte, et son orientation déterminée par la nature de l'auditoire (jeunes chercheurs en histoire), ce qui me semble être dans l'esprit des cahiers du MIREHC.

politique. Pourquoi pas ? Sauf que pour y parvenir, je m'adresserais à des historiens non pas pour les éclairer mais pour qu'ils m'éclairent : tous ces faits dont je pourrais vous parler sont des faits historiques, et en tant que juriste, j'aurais peu de choses originales à vous dire. D'autant que l'essentiel de ma connaissance de ces faits provient de ma lecture des sources et interprétations historiques (histoire générale ou histoire du droit) ². Le paradoxe serait alors que ma réponse à votre demande d'un éclairage juridique sur les épurations politiques vous renverrait une prétendue lumière que l'histoire nous apporte ; et vraisemblablement avec quelques distorsions dues à mon absence de compétence dans la méthode historique... Cela peut avoir un intérêt dans une discussion dialectique sur les relations entre processus de cognition ; cela ne vous servirait en rien à comprendre mieux les épurations politiques.

Je pourrais ensuite vous parler des institutions juridiques techniques que suppose le titre. Mais il faudrait pour cela que tous ces termes soient des institutions juridiques (ce qui n'est pas le cas, j'aurais à le dire). Il faudrait également que les procédures soient suffisamment stables pour être comparables et conceptualisées, indépendamment de l'ordre juridique concerné, de son organisation, de son inspiration (ce qui n'est pas non plus le cas, et nous renvoie à la question d'une simple description d'épurations ou d'amnisties historiquement situées, dont je viens de dire que je ne pouvais la faire). Il faudrait, même en se limitant à des cas précis (le droit français actuel, celui de la III^{ème} République ou celui ou ceux de la période 39-45) pouvoir subsumer les institutions concernées (au moins épuration et amnistie) sous un concept du type « épuration politique ». Car ce qu'implique votre problématique (et j'aurai à dire que le juriste, pour des raisons qui sont propres à sa démarche, partage cette implication), c'est bien le fait qu'il y a un lien à dire entre amnésie, épuration et amnistie. Lien que je ne peux dire en décrivant simplement le droit positif d'une épuration, celui d'une amnistie. Ou en m'arrêtant sur la

² Et particulièrement Novick, L'ÉPURATION FRANÇAISE.

conceptualisation de la seule amnistie (dont je dirai qu'en première analyse, c'est le seul concept directement juridique, propre à une description technique).

Il me faut donc renoncer à parler de cette manière, pour avoir un autre regard, qui puisse éventuellement renseigner et/ou décevoir (même si, évidence scientifique qu'il n'est pas indifférent de rappeler : on sait plus en sachant qu'on ne peut pas savoir, qu'en accumulant des propositions invérifiables, parce qu'elles sont métaphysiques ou idéologiques³). C'est dans la compréhension de ces questions d'un point de vue théorique que cela peut se rechercher. Et ce dont je parlerai peut donc se dire ainsi : il y a une unité théorique de l'amnistie, de l'épuration, de l'amnésie lorsque le droit les organise ou lorsqu'on saisit empiriquement les normes qui les organisent ; cette unité est dans le fait que chacun de ces termes signifient sinon le même exercice, du moins l'exercice d'un même pouvoir politique, celui de la souveraineté.

Voilà qui me conduit nécessairement à ma deuxième précision, qui est d'ordre épistémologique. Il y a polysémie du terme droit, comme de la qualification de juriste.

Le droit est d'abord un fait social, un ensemble de normes, qui ne décrivent pas la réalité, qui ne sont donc en rien susceptibles d'être vraies ou fausses, mais qui prescrivent des faits⁴. Le droit ne renvoie pas à ce qui est mais à ce qui doit être⁵. Mais ce caractère juridique

³ « Ce dont on ne peut parler, il faut le taire » disait Wittgenstein en achevant le TRACTATUS LOGICO PHILOSOPHICUS. L'antépénultième proposition complète le sens : « La juste méthode de philosophie serait en somme la suivante : ne rien dire sinon ce qui peut se dire, donc les propositions des sciences de la nature — donc quelque chose qui n'a rien à voir avec la philosophie — et puis à chaque fois qu'un autre voudrait dire quelque chose de métaphysique, lui démontrer qu'il n'a pas donné de signification à certains signes dans ses propositions. Cette méthode ne serait pas satisfaisante pour l'autre — il n'aurait pas le sentiment que nous lui enseignons de la philosophie — mais elle serait la seule rigoureusement juste. »

⁴ Rapp. A. Hägerström, LAW AS FACT, Londres, 1971. A. Ross, LAW AND JUSTICE, Londres, 1958.

⁵ De manière générale : H. Kelsen, THÉORIE GÉNÉRALE DES NORMES, PUF, 1997.

dépendra d'éléments sur lesquels les juristes sont en débat, j'y reviendrai, et qui génèrent des confusions. Pour certains en effet, le droit est un ordre de fait qui matériellement garantit certains principes considérés comme supérieurs (droits de l'homme, justice, etc.) ; pour d'autres, le droit sera un ordre normatif effectif, c'est-à-dire dont les normes sont effectivement considérées comme telles par les individus qui sont soit les destinataires, soit les autorités d'application⁶ ; pour d'autres enfin, le droit sera un ordre de fait qui tire sa validité de la conformité à un axiome posé comme préalable (et donc qui en lui-même n'est pas juridique)⁷. On voit aisément que pour les premiers, le droit est nécessairement juste, alors que pour les autres, il peut être injuste. Et cette implication aprioriste des premiers fait que le droit renvoie tantôt réellement à l'ordre de fait, tantôt aux principes moraux qui inspirent ou sont censés inspirer ces ordres de fait, indépendamment de leur consécration par tel ou tel ordre. Première polysémie.

Quoi qu'il en soit du critère retenu (ce qui ne signifie pas leur égale pertinence du point de vue scientifique), l'ensemble de prescriptions constitue un objet connaissable, c'est-à-dire qu'il est possible de décrire scientifiquement (c'est à dire encore par un processus de cognition permettant l'énonciation d'une assertion vérifiable et falsifiable)⁸. Le juriste est alors soit celui qui fait le droit (l'autorité politique d'édition : constituant, législateur, etc.), soit celui qui l'étudie. Le premier est un politique, le second devrait être un scientifique. Seconde polysémie.

Vous voyez ainsi que les exigences et les conséquences diffèrent selon ce que l'on retient. De l'un on demandera une action politique, et peut-être la réalisation ou la garantie de principes *a priori* ; de l'autre un éclairage cognitif sur la philosophie morale (les principes, si l'on dit que

⁶ V. A. Ross, NORMS AND DIRECTIVES, Londres, 1968.

⁷ V. Hans Kelsen, THÉORIE PURE DU DROIT, Dalloz, 1962.

⁸ V. M. Troper, POUR UNE THÉORIE JURIDIQUE DE L'ÉTAT, PUF, 1994. P. Amsselek (Dir.) THÉORIE DU DROIT ET SCIENCE, PUF, 1994.

le droit est ce qui est juste), ou sur l'Etat (si l'on dit simplement que le droit est l'ordre de fait). C'est évidemment dans cette toute dernière optique que je m'inscris. Et c'est seulement en tant que juriste scientifique, c'est-à-dire énonçant des propositions sur le droit réellement en vigueur (appelez le aussi valide, ou droit positif : ce n'est pas exactement la même chose, mais on peut tenir ici pour négligeable la différence), ou en me donnant les moyens d'énoncer de telles propositions dans une analyse théorique (ce qui, comme ma présentation méthodologique l'a indiqué, sera plutôt ici le cas) que je m'exprime devant vous. Et la question à laquelle j'ai donc assez brutalement répondu dans mes toutes premières phrases était donc celle-ci : que peut dire le juriste dans une démarche scientifique sur l'objet juridique « épuration politique » ?

Je précise tout de même que ce positionnement épistémologique n'interdit pas, loin de là, au juriste de se préoccuper, en tant que citoyen, de l'amnistie, et d'apporter son jugement⁹. Mais c'est un jugement de citoyen, exactement égal en tant que tel à celui de tout autre citoyen ; simplement est-il peut-être plus conscient, parce qu'il s'efforce de connaître le droit et de le tenir pour ce qu'il est (un ordre de fait, qui n'a rien à voir de nécessaire avec la justice) que ce n'est pas au droit qu'il faut faire confiance pour sauver les valeurs de justice et d'humanisme auxquelles il est attaché ; mais à l'homme. S'il y a ici des valeurs, et il y en a, elles ne peuvent être qu'ainsi. Une exacte perception des faits (par un processus de cognition qui laisse place à la vérification) est la seule chose qui donne sa pleine mesure à la liberté politique. Je sais, et parce que je sais je peux décider (et je dis bien je peux, non je dois, ou je décide dans le sens que m'imposerait réellement ma connaissance) ; et être responsable de ma décision.

⁹ Comp. Alf Ross, *Validity and the conflict between legal positivism and Natural Law*, REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES, 1961, trad française par E. Millard & E. Matzner, à paraître LGDJ.

Ma dernière précision sera alors conceptuelle, puisque c'est vers les concepts que je me trouve dirigé maintenant. Des trois termes que vous avez énoncés pour situer votre problématique de l'épuration politique, deux sont visiblement des concepts dont le droit ne se sert pas.

C'est clairement le cas d'abord de l'amnésie¹⁰. C'est ensuite et surtout celui de l'épuration : même si le droit participe de l'opération d'épuration, parce que le pouvoir politique épure en partie avec le droit (législation, juridiction, sanction, etc.), l'épuration n'est pas en soi un objet qui parle au droit.

Le troisième, l'amnistie, est plus pertinent. Mais il n'est pas tel qu'il retienne longtemps l'attention du juriste. Certes, en droit pénal, des études existent¹¹ : elles sont essentiellement techniques, et ce n'est pas cette description que vous attendez de moi (V. les deux précisions précédentes). Certes encore, à l'occasion de telles amnisties, les juristes prennent la plume pour commenter les textes¹² ; mais comme ils le feraient de n'importe quel dispositif¹³. Il reste que, concept juridique, il

¹⁰ Sauf à considérer l'effet de l'amnésie dans une relation juridique, comme fait doté de conséquences. On est loin de notre sujet.

¹¹ V. les ouvrages généraux de droit pénal (par ex. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, Armand Colin).

¹² Par exemple sur les amnisties de 1947-1953, V. JCP 1947-I-658 ; JCP 1948-I-681 ; LES LOIS NOUVELLES 1951 n° 6 ; JCP 1951-I-904 ; JCP 1953-I-1123.

¹³ Et il ne faut pas se cacher qu'ici se pose une question fondamentale pour le juriste. Sans redire que la science sans la conscience n'est que ruine de l'âme, il faut rappeler qu'une description vérifiable n'implique pas qu'on la présente sans précautions morales. Les juristes n'ont pas toujours commenté les textes en tenant compte de cela. On peut dire ce qui est dans la loi. On peut dire qu'une chose moralement inadmissible est du droit. Cela n'interdit pas de dire en même temps que c'est inadmissible. Et il n'est pas moralement ou politiquement acceptable que l'on se réfugie derrière la froide rigueur de la démarche scientifique pour s'abstenir de la dénonciation morale qu'appelle notre conception de l'humanité. Ou, pour le dire autrement, si c'est une erreur scientifique de ne pas considérer la juridicité d'un droit injuste, c'est une faute morale (pour le moins, une complicité aussi peut-être...) de décrire ce droit sans dire qu'il est immonde, ou en faisant comme s'il n'était pas immonde. Sur ces questions essentielles, y compris pour l'historien qui se sert parfois

est loin de susciter un long questionnement juridique (encore une fois, qu'il suscite un questionnement politique, historique ou moral est une autre question).

L'amnistie est, selon un dictionnaire juridique classique : « *une mesure qui ôte rétroactivement à certains faits commis à une période déterminée leur caractère délictueux. Ces faits sont réputés être licites, mais non ne pas avoir eu lieu. Se différencie de la grâce* »¹⁴. Cette définition, sans doute un peu rapide, appelle plusieurs commentaires.

S'il est donc vrai que l'amnistie, à en croire l'étymologie, est (à la différence de l'amnésie qui n'est pas décidée), une manière de dire « je ne me souviens pas », et une manière de dire « je ne veux pas » ou « il ne faut pas » me souvenir (ce qui, comme on le voit, fait en soi de l'amnistie un objet propre à une démarche prescriptive comme celle du droit), force est de constater que l'amnistie comme institution juridique ne fonctionne pas totalement sur une logique de l'effacement. Parce que le droit ne décrit pas ce qui s'est passé, mais prescrit ce qui doit se passer (donc dans l'immédiat et le futur), l'amnistie est une manière de dire : il ne faut pas condamner, ou reprocher des faits ; mais ces faits eux-mêmes ne sont pas niés. En cela, l'amnistie juridique ne participe pas d'une opération de réécriture de l'histoire décrite (ce que le droit, la politique ou la morale ne peuvent faire justement parce qu'ils expriment des énoncés non descriptifs, non vérifiables, non falsifiables, alors que la description — historique, scientifique — fait l'objet de propositions empiriques, vérifiables et falsifiables) ; sa fonction

des commentaires des juristes sans tout le recul critique, on relira le débat de très haute tenue entre Danièle Lochak et Michel Troper dans l'ouvrage du CURAPP LES USAGES SOCIAUX DU DROIT, PUF, 1993. Et la contribution de Gérard Simon à l'ouvrage DOCTRINES ET DOCTRINE EN DROIT PUBLIC, Université de Toulouse 1, 1996 : *Libres propos sur la responsabilité morale de la doctrine*. On complètera avec l'ouvrage de Denys de Béchillon, QU'EST-CE QU'UNE RÈGLE DE DROIT, Odile Jacob, 1997, et pour quelques nuances, la présentation que j'avais faite de cet ouvrage dans la REVUE DU DROIT PUBLIC 1997, p. 1509 et s.

¹⁴ VOCABULAIRE JURIDIQUE, Association Capitant, PUF.

consiste en la définition prescriptive des responsabilités et des sanctions.

Ainsi, juridiquement, l'amnistie signifiera l'une ou l'autre, des choses suivantes, ou une conjonction entre elles :

a – Des faits ont été commis. Ils constituaient des délits¹⁵. Des personnes ont été condamnées pour les avoir commis. Ces condamnations sont effacées.

b – Des faits ont été commis. Ils constituaient des délits. Des personnes pourraient être condamnées pour les avoir commis. Les autorités juridiques sont privées de la possibilité d'une telle condamnation

c - Des faits ont été commis. Ils constituaient des délits. Il ne sera pas désormais possible de considérer que ces faits sont délictueux. Quiconque y fera référence en tant que délit sera susceptible d'être juridiquement sanctionné.

Mais l'amnistie ne peut pas signifier dans ce sens :

d – Des faits ont été commis. Ils constituaient des délits. Désormais, il faut considérer que ces faits n'ont pas été commis.

Sauf pour un texte (par exemple celui qui amnistie) à créer un délit spécifique interdisant d'évoquer les faits. Car cette négation des faits n'est pas supposée par le concept d'amnistie et doit donc être expresse¹⁶.

¹⁵ Je n'emploie pas ici le terme en son sens technique du droit pénal, mais pour désigner toute infraction pénale.

¹⁶ D'un point de vue pratique, il faut donc pour l'historien, me semble-t-il, en retenir deux choses : évidemment, que l'amnistie (mesure prescriptive insusceptible de vérité parce qu'exercice d'un pouvoir politique) ne réécrit pas l'histoire, ne redécrit pas différemment les faits ; ensuite que l'historien, à condition de le faire scientifiquement, ne me semble pas encourir quelque sanction s'il évoque les faits, en précisant qu'ils constituaient au moment de leur commission un délit, s'ils précisent que ces faits ont été amnistiés. Mais en disant cela, je ne suis plus un juriste qui décrit un fait, mais un juriste qui émet un pronostic, qui essaie de prédire, avec une certaine marge d'erreur dont il faut convenir. Disons simplement qu'il me paraît de plus en plus difficile à une autorité juridique d'opposer un argument juridique définitif à une démarche affirmative scientifique, parce que celle-ci est vérifiable : loin de nos

Je peux donc maintenant essayer de répondre. L'essentiel, me semble-t-il, du questionnement juridique sur l'amnistie et l'épuration peut alors être énoncé dans quelques propositions simples.

1 – L'amnistie est inséparable de la souveraineté. Un ordre juridique est considéré comme souverain. Ce qu'est la souveraineté est assez difficile à expliquer en quelques mots¹⁷. Il faudrait distinguer, en reprenant ici une classification pertinente¹⁸, quatre sens à la souveraineté, parmi lesquels : le caractère d'un Etat qui est supérieur à toute autre entité interne et n'est soumis à aucune entité extérieure (ce qui était déjà la définition de Bodin et concerne au premier chef l'ordre juridique dont nous parlons) ; à l'intérieur de cet Etat, la souveraineté désignera l'organe politique dont la volonté est productrice de droit, et qui, situé au sommet d'une hiérarchie d'organes, n'est soumis à aucun contrôle. Retenons pour faire court qu'un ordre juridique, qui n'est jamais auto-généré, est souverain parce qu'une autorité politique l'institue comme ordre juridique souverain (cette autorité c'est le souverain au sens classique du pouvoir constituant), et qu'elle organise les magistratures à l'intérieur de l'ordre (la souveraineté interne du second sens). Le souverain qui nous intéresse ici, c'est celui du premier sens, qui caractérise l'ordre juridique : il n'est juridiquement lié par rien qu'il n'a lui-même décidé, ou accepté.

préoccupations d'aujourd'hui, la récente décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire de la feuille d'impôt de Jacques Calvet divulguée par le Canard Enchaîné montre que la divulgation d'une vérité dans une démarche journalistique ne peut se voir opposer des arguties juridiques, si elle est sincère ; il me semble que ce qui vaut pour un journaliste vaut également, et à plus forte raison, pour un chercheur, si sa démarche est scientifiquement fondée.

¹⁷ V. la thèse maintenant classique d'O. Beaud, *LA PUISSANCE DE L'ETAT*, PUF, 1994. V. également O. Pfersmann, *La constitution comme norme*, in L. Favoreu et *alii*, *DROIT CONSTITUTIONNEL*, Dalloz, 1998 ; & M. Troper, *op. cit.*

¹⁸ G. Burdeau, F. Hamon et M. Troper, *DROIT CONSTITUTIONNEL*, LGDJ, 25^{ème} éd., p. 180 et s.

Cette affirmation va bien sûr à l'encontre du premier critère que j'ai évoqué pour caractériser le droit, celui qui définit le droit par conformité à des principes de justice. Je ne peux ici entrer dans le processus de réfutation de cette affirmation qui relève d'une appréciation morale et politique des faits, et non d'une démarche de connaissance. Il ne devrait pas être nécessaire d'ailleurs d'insister tant les travaux de la philosophie analytique notamment ont développé cette évidence.

Il résulte de cette affirmation qu'un pouvoir politique est toujours en mesure d'ordonner juridiquement une épuration politique, et/ou d'amnistier des condamnés ou des condamnables, pour des motifs politiques ou de droit commun. Il en résulte ensuite qu'aucun principe qui n'est reconnu par cet ordre de fait qu'est un ordre juridique souverain, un Etat, ne le liera : pas plus à cet égard l'idée de justice ou d'humanité que les soi-disant principes de non-rétroactivité

des lois, pénales notamment ¹⁹, qu'on interroge par exemple dès que surgit la problématique de l'épuration ou de l'amnistie.

Des processus juridiques tels que le système des dépouilles dans la démocratie américaine, ou dans notre pays actuellement la grâce présidentielle ou la prescription, ne participent pas d'une autre logique que celle de la souveraineté : décider ce qui doit être (en ce sens, la distinction qu'effectue la définition précitée entre grâce et amnistie n'a

¹⁹ C'est en ce sens notamment que je peux répondre à la question posée dans la discussion par Pierre Laborie sur la signification du principe de non-rétroactivité au regard de la problématique de l'amnistie et de l'épuration.

D'une manière générale, ces principes n'ont de valeur, ou de portée, ou d'existence juridique, que consacrés comme normes de droit positif. Et avec la valeur relative de l'acte qui les consacre (constitution, loi, etc.). Je ne minimise pas que, même non consacré, un tel principe, notamment en matière pénale, pèse sur la liberté de l'autorité politique susceptible d'y contrevenir ; mais c'est un poids non-juridique, c'est-à-dire très exactement non sanctionné et non garanti par le droit. Et les grandes affirmations sur l'existence de ce principe comme principe essentiel, traditionnel ou fondamental, du droit, n'ont pas d'autres valeurs juridiques que celles que l'on peut vérifier dans des actes juridiques ; en leur absence, il s'agit de jugements moraux, de pure idéologie (et encore une fois, je ne minimise pas en cela le poids de l'idéologie sur la liberté relative de celui qui fait le droit).

Ainsi donc, on rencontre plusieurs cas de figure.

Il peut arriver comme c'est le cas sous la V^{ème} République que le principe soit consacré par des normes. Quelles sont-elles, quelle est leur valeur hiérarchique ? Hors la matière pénale, il ne s'agit que d'une consécration par le code civil (art. 2), c'est-à-dire par une loi, qu'une autre loi peut contredire, pour ne pas parler des actes hiérarchiquement supérieurs (conventions internationales et constitution). Sauf à être éventuellement constitutionnalisés par la jurisprudence du conseil constitutionnel (et c'est bien la raison de l'agitation politique actuelle autour de ce principe). En matière pénale, c'est l'article 8 de la Déclaration de 1789 qui est pertinent. Cet article a valeur constitutionnelle, donc le principe a valeur constitutionnelle. Il est de plus repris dans divers textes internationaux liant la France. Cela appelle trois précisions.

Concernant l'amnistie d'une part, qui est une mesure rétroactive : le principe de non-rétroactivité a été interprété de manière stricte, autorisant la rétroactivité lorsqu'elle bénéficie à l'accusé (application immédiate de la loi la plus douce).

Concernant la valeur d'une reconnaissance constitutionnelle, ou internationale ensuite : elle ne garantit pas le principe de manière absolue. Elle a simplement pour effet d'indiquer au pouvoir politique que s'il ne veut pas respecter le principe, il doit user

pas trait à la nature de l'institution, mais comme on le verra à la procédure) ; et, d'une certaine façon, décider exceptionnellement, pour des motifs qui sortent de l'ordinaire du fonctionnement juridico-politique pour renvoyer directement à la souveraineté (interne ici, celle du deuxième sens évoqué), qu'il s'agisse d'en montrer la puissance (l'amnistie, la grâce) ou d'en garantir l'exercice par la sécurité (prescription, amnistie à nouveau, dépouilles, etc.). Et l'amnistie de droit commun qui survient après les élections présidentielles

de certaines procédures. Celles-ci sont très exactement la révision constitutionnelle pour priver d'effet l'article 8 de la Déclaration, ou le recours au pouvoir constituant originaire pour mettre en place un nouvel ordre juridique. V. au texte les propositions 1-2-3.

Enfin, force est de constater, même si cela surprend l'historien, que ces principes étaient *dépourvus de valeur juridique* jusque, au plus tôt pour la France, la seconde moitié du vingtième siècle. C'est à cette époque que les textes internationaux pertinents ont lié la France (effet des ratifications, etc., dans les années soixante-dix). Quant à la Déclaration des droits, sa situation juridique est simple. Soit elle est entrée en vigueur à l'époque révolutionnaire, ce qui signifie qu'elle est sortie de vigueur avec la fin du droit transitoire (en estimant largement). Soit elle n'est jamais entrée en vigueur avec valeur constitutionnelle, et elle n'a aucune valeur juridique jusqu'à ce qu'un texte constitutionnel lui confère cette valeur : le premier fut le Préambule de 1946, relayé par celui de 1958. En conséquence, au moins jusqu'en 1946 (et pour ma part, eu égard à l'absence de contrôle de constitutionnalité sous la IV^{ème} République en droit, au début de la V^{ème} République en fait, je dirais jusqu'en 1971), ce principe n'a jamais pu lier juridiquement une autorité juridique (parlement, etc.). Je ne veux pas dire par là qu'il était bien d'agir par des mesures rétroactives (je ne porte pas un jugement moral). Je veux très exactement dire que le droit n'avait mis aucun obstacle à une telle rétroaction. Et que par conséquent le droit était inapte à endiguer le mal. Evidemment, j'ai raisonné ici en supposant que Vichy et la Libération s'inscrivent dans l'ordre juridique antérieur, ce qui permet de porter une appréciation sur le caractère juridique des mesures étudiées au regard d'un ordre préexistant dans lequel ces lois s'inscriraient, duquel elles tireraient leur juridicité, et donc à partir duquel on peut les dire valides ou non valides (V. ci-après proposition 2). Si l'on admet que Vichy n'est pas rattachable au régime antérieur, et/ou qu'il en est de même du droit de la Libération, *la question se pose autrement, mais le résultat est le même* : n'ayant pas fait entrer le principe en vigueur, ces ordres de fait ne sont pas liés par lui (V. au texte proposition 1 & 3).

(traditionnellement...) ne diffère alors pas juridiquement de l'amnistie politique, qu'elle vise des faits de financement de partis politiques²⁰, des faits de lutte politique contre le pouvoir²¹, ou comme avec les lois de 1947, 1951 et 1953 les faits liés à la collaboration au sens large envers un pouvoir jugé illégitime²². Et on pourrait encore évoquer la question de l'imprescriptibilité de certains crimes, qui est encore l'expression, dans une autre direction, de cette logique souveraine

Certes, toutes ces procédures n'obéissent pas aux mêmes motifs politiques. Telle épuration condamne (1944) alors que celle-ci vise à l'efficacité politique et à la loyauté (le système des dépouilles, certains postes de la haute fonction publique). Et lorsque le droit dit qu'il faut oublier, il s'agit parfois de pardonner (en 1947²³, etc.), parfois encore de rechercher la sécurité de positions acquises dans le temps (prescription)... Les motifs sont politiques, et doivent être compris, établis et jugés comme tels. Le droit alors n'est qu'un instrument. Et c'est dans la logique de la souveraineté.

2 – Cette souveraineté ne signifie pas que n'existent aucunes limites. Un ordre souverain définit ses conditions de validité interne, et peut faire qu'une des situations suivantes (pour s'en tenir à trois hypothèses simples) se produise :

- a) l'épuration ou l'amnistie peut être interdite par le texte suprême (constitution par exemple), soit dans son énoncé, soit du fait d'une interprétation par une autorité d'application (Cour suprême, Conseil constitutionnel, etc.). L'ordre juridique interdit toute politique de cet ordre, sauf à être modifié par le pouvoir constituant dérivé (selon les procédures

²⁰ L. 15/1/90.

²¹ L. du 9/11/88 et 10/1/1990 sur les infractions en Nouvelle-Calédonie par exemple.

²² V. L. du 6/8/1953, et les commentaires cités note 12.

²³ Sans doute est-ce ainsi qu'on peut comprendre la population visée par la loi : mineurs, alsaciens, etc.

prévues par l'ordre juridique), ou à changer d'ordre juridique (selon un fait non-juridique : coup d'Etat, Révolution, etc. V. en ce sens ma troisième proposition).

- b) l'épuration ou l'amnistie n'est possible que décidée par une autorité définie, selon une procédure définie : c'est ainsi que sous la V^{ème} république, l'amnistie sera décidée par le parlement, au moyen d'une loi ; alors que la grâce résulte d'un décret présidentiel.
- c) Sans être impossibles, l'épuration et l'amnistie ne sont promulgables qu'en respectant certaines règles matérielles qui les encadrent sans les concerner expressément : par exemple l'autorité des décisions de justice, ou le principe de non-rétroactivité en matière pénale. La réalisation de la politique désirée devra se faire soit en respectant ces règles (mais l'effectivité de cette proposition est conditionnée par l'existence d'une procédure de contrôle : ce qui n'était pas le cas notamment sous la III^{ème} République ou à la Libération²⁴), soit en les modifiant préalablement (en recourant d'abord à l'hypothèse visée ici en a), éventuellement ensuite, comme cette même hypothèse l'évoque, en se plaçant dans la situation visée dans la troisième proposition).

A cet égard, on sent bien que la compréhension de la problématique des épurations politiques situées, qu'étudient les historiens, passe par la réponse préalable à deux questions intimement liées :

²⁴ A la différence de la constitution de 1958. Pour illustration d'un contrôle sur une loi d'amnistie, V. Conseil constitutionnel, 20/7/1988.

- a) que prévoyait l'ordre juridique (quelles normes permettaient ou interdisaient l'épuration, l'amnistie?). Le principe de non rétroactivité des lois pénales était-il consacré? quelle est la valeur juridique des décisions de justice? La légalité ou l'illégalité de l'acte au moment des faits est-elle pertinente pour l'ordre juridique actuel?
- b) donc quelles sont la réalité et l'identité exactes de l'ordre juridique dont il s'agit? notamment, quel fut le statut juridique à la Libération de l'ordre juridique dit de Vichy? S'agissait-il d'un ensemble d'actes illégaux relativement à un ordre juridique issu des lois de 1875? ou d'un ordre juridique nouveau, né de la loi des pleins pouvoirs notamment (acte qui, illégal au regard des lois de 1875, aurait conféré une nouvelle validité en tant qu'axiome de juridicité aux textes pris sur son fondement)? Autant de questions sur lesquelles je ne peux m'étendre, tant les choses sont complexes, et tant l'acte essentiel ici, l'ordonnance rétablissant la légalité républicaine, est lui-même ambigu²⁵.

Notons toutefois un point essentiel, qui devrait inciter à la méfiance ceux qui ont tendance à abdiquer leur vigilance à l'égard du liberticide derrière des proclamations juridiques. Ce qui précède dit comment un ordre juridique peut édicter une amnistie ou une épuration, ou comment il peut évoluer pour en changer le statut, ou comment doit être juridiquement appréciée une amnistie ou une épuration qui ne répondrait pas aux exigences de cet ordre juridique (on la qualifiera alors de contraire au droit). Comme cela ressort clairement des questions soulevées dans le dernier b), cela ne garantit en rien qu'une

²⁵ On trouvera chez Peter Novick, *op. cit.*, p. 350-351 un premier recensement de la littérature juridique contemporaine.

telle amnistie ou épuration soit définitivement possible ou définitivement impossible. C'est l'objet de la 3^{ème} proposition.

3 – Lorsqu'une volonté politique ne peut pas se réaliser à l'intérieur d'un ordre juridique donné, ou qu'elle ne le veut pas (pour ne pas assumer l'héritage, pour le condamner politiquement, etc.), et que cette volonté politique est dotée d'une force suffisante pour peser sur les faits, elle peut aisément se libérer des contraintes d'un ordre juridique pour en générer un autre.

On voit ici que les ordres juridiques sont des faits, dont la qualification « droit » est elle-même une question de fait. Les motifs qui président à une telle génération, la légitimité, le jugement moral à y apporter, tout comme son opportunité et sa faisabilité, relèvent là encore d'autres problématiques que celle de la connaissance du droit. Mais il s'agit bien d'un fait pour le juriste : un ordre juridique n'est plus en vigueur (c'est-à-dire n'est plus effectif, ou n'est pas valide au regard de l'axiome pertinent) ; un nouvel ordre existe.

Pour les juristes, la transition n'est plus comme précédemment le fait d'un pouvoir constituant dérivé, mais l'exercice souverain du pouvoir constituant originaire. L'ordre juridique nouveau n'est tenu qu'à ce qu'il accepte par sa souveraineté, et le fait même de constituer ce nouvel ordre définit dans quelle mesure il considèrera qu'il est tenu, ou non, par, en vrac, le principe de non-rétroactivité, les qualifications juridiques précédentes, les textes de droit précédents, etc. C'est déjà un acte d'épuration, même s'il ne porte pas sur des personnes ; il définit le statut juridique de l'épuration et de l'amnistie des personnes. Réalisant la proposition 1, il génère la situation visée à la proposition 2.