

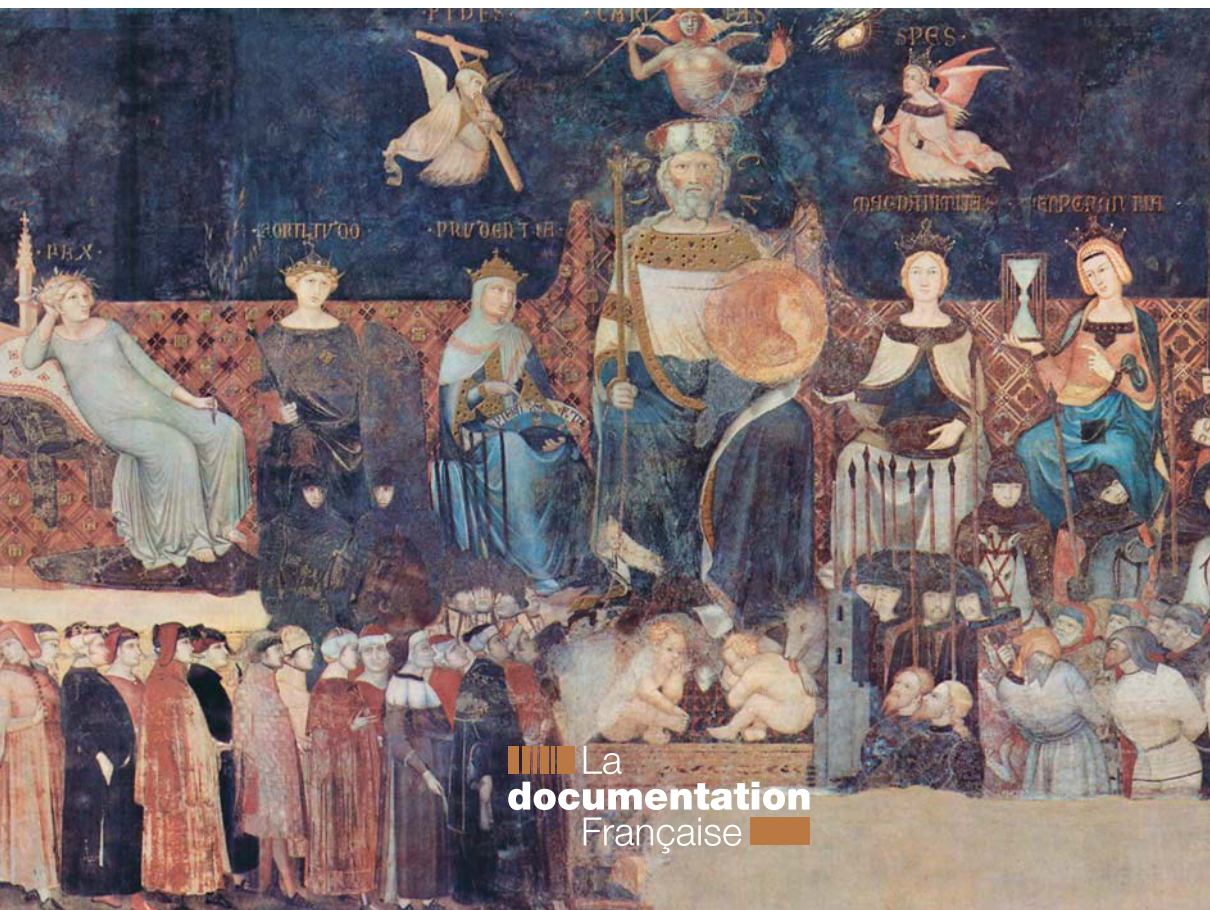


Justice et oubli

France – Rwanda

Sous la direction de

Jean-Pierre Allinne, Sylvie Humbert et Mathieu Soula



HISTOIRE DE LA JUSTICE **N°28**

Justice et oubli

France - Rwanda

Sous la direction de

Jean-Pierre Allinne

Sylvie Humbert

Mathieu Soula

En application du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, une reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2017

ISBN : 978-2-11-145478-1

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 différenciées 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'escripture¹ »

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, *Pardonnez-moi : l'impardurable et l'imprescriptible*, Paris, Galilée, 2012 ; Marie Nikichine, *La Justice échevinale, la violence et la paix à Douai (fin XIX^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, Bruylant, 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 alors posé. 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 téléologique, 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. Ilsén 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, XIF-XV^e siècle*, Rome, École française de Rome, 2012 ; *La Mémoire et le Crime*, Paris, Éditions Cujas, 2011 ; Sophie Wahnich (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'État. 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 amnistiant », *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 Bauval*, 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'avertissements pour l'éventuel criminel tenté de s'oublier, pour le juge oublieux 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 loi presume des hommes que chacun est bon, bien vivant, et d'honneste conversation, et que nul d'eux ha intention de mal faire : touteffoit, 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 mauvaistié*¹². »

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 accommodements 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 miséricorde accorde 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 théologiques : 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 entendues* ». 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 bureaucratisés 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 pervers, 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 fripon* ¹⁵. »

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 paralysants ¹⁶. 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 contraint 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 « oublieux » 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 deffense. Et est necessaire 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'État de justice*; t. 1, *L'Ideologie de la magistrature ancienne*; t. 2, *L'Emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 2009 et 2012.

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

23. Jean Imbert, *La Pratique iudiciaire, tant civile que criminelle, receüe et observée par tout le royaume*, Lyon, François Arnovillet, 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, conseillers, gens du roy, greffiers, secretaires, huissiers, et autres officiers; et de leur charge, devoir, et iurisdiction, ensemble de leurs rangs, seances, gages, privileges, 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 decernée 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 Républiques*, 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.

Le pardon partiel ou total est un acte de justice qui constitue dans son principe un acte politique. Il représente un attribut du souverain, et plus largement de l'État. En un sens, il est l'instrument de sa domination, puisque c'est l'État qui arbitre entre ce qui peut être remis, pardonné, oublié, et ce qui ne peut pas l'être. Ce processus pluriséculaire à l'œuvre de monopolisation du pardon au profit du souverain (et plus largement de l'État) depuis le Moyen Âge ne doit pas pour autant faire oublier les luttes entre groupes sociaux, entre entrepreneurs de morale, pour faire valoir auprès de l'État et valider par lui quels actes ressortissent de l'oubli et du pardon au nom de la concorde ou de la paix. Par exemple, l'amnistie des communards par la loi du 11 juillet 1880, est le résultat d'une longue bataille, entamée dès l'année 1871, pour faire reconnaître par la Chambre des députés l'utilité d'un pardon-oubli : à la veille du vote de la loi, Léon Gambetta, qui avait soutenu un premier projet de loi du 13 septembre 1871, demande à ses collègues de mettre « *la pierre tumulaire de l'oubli sur tous les crimes et tous les vestiges de la Commune* », pour qu'il n'y ait « *qu'une France et qu'une République*³⁶ ». La décision de pardon est contrainte par des enjeux politiques et sociaux qui cadrent ses horizons possibles d'effectivité : l'audience sociale et politique des porteurs de l'amnistie, leur capacité à trouver des porte-parole politiques, la position et l'influence de ces derniers dans le champ politique, l'état des rapports de force avec ceux qui s'opposent à l'amnistie... Il y a toute une configuration liée à l'état du champ politique comme à la position et à la trajectoire des acteurs engagés dans le projet d'amnistie, qui pèse sur le devenir politique de cette amnistie. Ainsi, malgré le soutien d'hommes politiques influents (Gambetta, Clemenceau), d'intellectuels (Louis Blanc, Victor Hugo), il a fallu presque dix ans pour que les communards soient réintégrés pleinement et rappelés de leurs terres d'éloignement. Le monopole étatique du pardon ne veut pas dire qu'il est le seul créateur de ce pardon, mais qu'il est le seul à dispenser un pardon légitime, ou en tout cas qu'il revendique pour lui le droit de dispenser seul le pardon légitime. Les voies du pardon passent par la reconnaissance de l'État qu'une cause est susceptible d'oubli. Les lettres de rémission de l'ancien droit en sont un bon exemple : si elles arrivent parfois après un arrangement entre parties, elles ne le valident pas moins et lui confèrent la légitimité du droit.

C'est par la force symbolique du droit que l'État crée et manipule à son profit les catégories de l'inexcusable et de l'excusable. En se situant au sommet de la chaîne des mécanismes de règlement des conflits, il impose un point de vue qui sert de référent et s'impose comme le lieu unique des points de vue. L'oubli est dès lors un enjeu politique et social car il a à voir avec la construction de l'État moderne ; car la justification de ce monopole du pardon, l'érection de l'État de paix, est permise, entre autres, par l'œuvre d'un groupe social partie prenante de l'émergence de l'État moderne et grand pourvoyeur de légitimité, les juristes ; car il est l'objet d'une concurrence entre acteurs sociaux pour faire légitimer par l'État (par la mise en droit) les actes ou les criminels qui devraient être pardonnés ou oubliés, et ceux qui ne peuvent pas l'être.

36. *Journal officiel de la République française*, intervention de Léon Gambetta, 21 juin 1880. Sur cette amnistie, voir : Stéphane Gacon, « L'amnistie de la Commune (1871-1880) », *Lignes*, 1/2003 (n° 10), pp. 45-64.

« Il faut croire tout ce que dit le gardien³⁷ »

Le pardon et, de fait, l'oubli judiciaire sont parties prenantes dans la construction de la souveraineté. L'État, depuis le Moyen Âge, se donne les moyens de contrôler et d'imposer ce qui peut ou non être oublié et pardonné. Il diffuse par là une division qui est aussi une vision du monde social, de l'ordre social et des valeurs qui structurent la société. L'oubli est ambivalent : il n'est pas amnésie. Du fait même qu'il est octroyé et contrôlé par l'État, il en conserve des traces qui doivent le rendre effectif : pour le justifier, s'en prévaloir, voire le faire accepter. L'oubli n'est pas l'effacement pur et simple, ni radical. En tant que technique de pouvoir, il répond à la raison judiciaire et bureaucratique : celle de son enregistrement, de sa mise par écrit, qui peut en rendre les divers usages attendus possibles. Il y a dès lors un lien étroit entre l'oubli et les traces, l'oubli et l'écrit, l'oubli et la bureaucratie qui le conserve et le manipule. Il participe donc, paradoxalement, à développer la mémoire d'État.

D'une manière générale, la conservation d'un passé, la reconstitution d'un passé passent inévitablement par la mise en oubli de faits, de rapports de force, des conditions même de conservation et de reconstruction du passé. Patrick Geary l'a bien montré quand il a analysé les chemins de la mémoire et les enjeux politiques et identitaires du passé au Moyen Âge : « *Le droit de parler au nom du passé impliquait aussi l'exercice d'un contrôle sur ce qui donnait accès au passé – les « reliques » par lesquelles le passé continuait à vivre au sein du présent. La conservation de ces reliques, écrites ou matérielles, l'identité de ceux à qui elles étaient confiées et qui avaient le pouvoir de les faire disparaître étaient donc des aspects fondamentaux de l'exercice du pouvoir et de l'autorité*³⁸. »

L'enjeu est de comprendre qui sont les gardiens des « reliques », de ces traces écrites et matérielles qu'ils peuvent manipuler et faire disparaître. Un autre enjeu est de comprendre comment s'est construit ce pouvoir des gardiens, ce monopole de la conservation et de la manipulation des reliques, ce monopole de la sélection entre ce qui doit être conservé et ce qui doit être oublié. Comme le souligne Patrick Geary, il y a « *une lutte pour la maîtrise du passé* ». Conserver des traces et tomber dans l'oubli ne sont en rien des actes naturels ni neutres. Bien au contraire. Si ombres et traces composent le passé et structurent le présent, il faut garder à l'esprit qu'ils sont l'objet d'une sélection, d'une lutte pour la maîtrise de la mémoire, qui est aussi une lutte pour donner sens au présent.

La mise en oubli et la reconnaissance d'un oubli produisent des traces, des écrits et des archives, que seuls les agents de l'État peuvent manipuler et interpréter. Au Moyen Âge, le pardon royal est inscrit dans des lettres ouvertes enregistrées par les parlements et transcrites dans des registres. Le pardon, qui impose une lecture légitime d'un fait en obligeant l'oubli des lectures concurrentes possibles, laisse des traces qui doivent permettre de le rendre effectif. L'oubli nécessite la production d'un écrit (une « relique ») et sa conservation par des « gardiens » qui le manipulent et

37. Franz Kafka, *Le Procès*, Paris, Gallimard, collection Folio classique, 2014 (1^{re} traduction 1933), p. 271.

38. Patrick J. Geary, *La Mémoire et l'Oubli à la fin du premier millénaire*, Paris, Aubier, coll. Histoires, 1996, p. 24.

lui donnent sens. D'une manière générale, dans l'ancien droit, les lettres produites par la chancellerie (lettres de chancellerie) et qui portent pardon et abolition de crimes, sont de plus en plus spécialisées : lettres d'abolition, d'amnistie, d'amplication, de grâce, de pardon, de rappel de galères, de rappel de ban, de rémission ou de révision. La production de ces lettres nécessite le développement d'une administration toujours plus spécialisée et différenciée, de même que l'établissement d'archives, de moyens de classement et de rangement³⁹. Depuis 1809, la Direction des affaires criminelles et des grâces est chargée de l'étude et de la préparation des dossiers de grâce et des demandes en révision. L'instruction des dossiers et leur conservation favorisent la rationalisation des services et des bureaux, ainsi que la constitution d'un important fond d'archives : selon le site du ministère de la Justice, les archives relatives à la révision – dossiers de la commission de révision des procès criminels et correctionnels (1925-1988), dossiers de révision (1940-1989), registres (1961-1990) – occupent 77,7 ml ; et ceux de la grâce – dossiers de principe (1812-2000), registres (1873-2005), fichiers (1943-1993), décrets de grâce (1944-1997), dossiers d'instruction (1913-2005) – 3 441,7 ml. La masse des dossiers est telle que l'administration prévoit des règles de gestion et de destruction des stocks. De la même manière, l'amnistie est inscrite dans une loi, de sorte qu'elle fait préalablement l'objet d'un projet de loi, voire d'une discussion en commission, de rapports, de discussions parlementaires, et pour finir d'une publication au *Journal officiel*. L'oubli n'est donc pas l'effacement, bien au contraire, car les traces écrites doivent participer à forger la mémoire collective, à imposer un sens au passé en le cristallisant dans un document qui se veut définitif, inattaquable et suffisamment explicite pour ne pas avoir à être interprété. Comme le porte un arrêt de la cour d'appel de Paris à propos de l'amnistie : « *L'amnistie est un acte de souveraineté [...]. Les dispositions de la loi d'amnistie sont impératives pour tous ; elles s'imposent aux personnes mêmes en faveur de qui la loi d'amnistie a été votée ; celles-ci ne peuvent pas renoncer au bénéfice de la loi. Cette loi met fin à tout débat*⁴⁰. »

L'oubli structure bien la mémoire d'État de deux manières : par la reconstruction du passé qui diffuse une vérité légitime et par le déploiement des moyens de conservation les traces de l'oubli. Plus largement, cet enregistrement de l'oubli prend place dans l'usage de plus en plus répandu et systématique de l'écrit et de l'archive judiciaires depuis le XIII^e siècle, partie prenante d'un mouvement de concentration, d'accumulation, de monopolisation du savoir et de l'information au profit de l'État. Comme la définit Pierre Bourdieu, la concentration n'est pas simple empilement, en ce qu'elle est essentiellement « *la constitution d'un jeu unique* » : là où il y avait plusieurs jeux, il y a un seul jeu, « *en sorte que tous les joueurs sont sommés de se situer dans cet espace de jeu et ils sont situés à une certaine position dans cet espace de jeu*⁴¹ ». Autrement dit, l'usage de l'écrit et de l'archive participe à la fois

39. Sur ce sujet : Louis de Carbonnières, « Les lettres de rémission entre parlement de Paris et chancellerie royale dans la seconde moitié du XIV^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 79, 2001/2, pp. 179/195 ; Valérie Mangin, *De la Grande chancellerie au ministère de la Justice (1774-1792)*, thèse dact. ENC, 1998 ; Kouky Fianu et DeLloyd J. Guth (éd.), *Écrit et pouvoir dans les Chancelleries médiévales. Espace français, espace anglais*, Louvain-la-Neuve, FIDEM, 1997 ; Hélène Michaud, *La Grande chancellerie et les écritures royales au seizième siècle, 1515-1589*, Paris, PUF, 1967.

40. Cour d'appel de Paris, arrêt du 27 octobre 1913, *De Coupigny et Mauras*.

41. Pierre Bourdieu, *Sur l'État. Cours au Collège de France, 1989-1992*, Paris, Raisons d'agir/Seuil, 2012, p. 332.

à la concentration de l'information au profit de l'État et à l'imposition de l'État comme seul garant et gardien de la mémoire légitime : il en devient l'instance de validation du passé, de reconnaissance des faits criminels et des faits oubliables dans la perspective d'un apaisement social et/ou individuel. En ce sens, il est le recours naturel (unique?) pour ceux qui entendent fixer le sens d'un fait passé, car la lecture de l'État (par un décret, une loi ou une décision de justice, en un mot par le droit) devient la référence commune (qu'elle soit ou non acceptée). Il devient même le protecteur de cette nouvelle mémoire qui ne peut plus être mise en cause : la Cour de cassation a ainsi estimé que, dans le cas de révélations sur le passé de deux hommes politiques par des journalistes, « *si la circonstance que les écrits incriminés ont eu pour objet de porter à la connaissance du public les agissements dans leur jeunesse de deux hommes politiques peut justifier, en cas de bonne foi de leur auteur, la diffamation, il ne saurait en être ainsi, sauf à violer les textes précités, lorsqu'elle consiste dans le rappel de condamnations amnistiées, lequel est interdit sous peine de sanction pénale*⁴² ». Ce qui est amnistié ne peut plus être révélé : le juge est ici le gardien de l'oubli. Pour autant, certains lieux ou entreprises de fabrication du passé (et partant de la mémoire) viennent parfois concurrencer l'État et sa justice dans leur rôle de sélection des faits oubliables ou inoubliables, comme l'USC Shoah Foundation Visual History Archive, ou encore le travail d'enquête des époux Klarsfeld et de Michel Slitinsky pour sortir de l'oubli ceux qui, en France, ont été auteurs de crimes contre l'humanité⁴³. Certains historiens participent à ce travail de correction du passé contre l'oubli, et parfois contre la justice. Christopher R. Browning a lancé son enquête sur les conditions de vie des juifs de Starachowice et Wierzbniok (Pologne), dans le ghetto puis dans les camps de travail nazis, en partie pour répondre à la « *parodie de justice* » du Landgericht de Hambourg qui, par un jugement du 8 février 1972, a relaxé Walther Becker, chef de la police de sécurité de la région de Radom, alors qu'il avait collaboré activement à la liquidation du ghetto, le 27 octobre 1942 (« *Opération au cours de laquelle près de 4 000 juifs avaient été envoyés à la mort dans les chambres à gaz de Treblinka, entre 60 et 80 avaient été abattus sur place et environ 1 600 avaient été répartis dans trois camps de travail forcé situés à Starachowice*⁴⁴ ».) Contre l'oubli, et contre l'inaction de l'État ou de la justice, les « *porteurs de mémoire* », selon le mot de Denis Salas, engagent une lutte pour faire connaître un passé mal connu, enfoui ou tué⁴⁵. Le plus souvent, ils recherchent la validation par l'État et sa justice de leur travail, afin que leur révélation d'un passé obscur soit mise en lumière et en commun par la force du droit.

La justice participe ainsi à produire la mémoire et l'oubli, elle en est aussi la gardienne, rappelant à l'ordre ceux qui sont tentés de l'oublier.

42. Cour de cassation 1^{re} chambre civile, 16 mai 2013.

43. Beate Klarsfeld et Serge Klarsfeld, *Mémoires*, Paris, Fayard, 2015 ; Michel Slitinsky, *L'affaire Papon*, Paris, Éditions Alain Moreau, 1983.

44. Christopher R. Browning, À l'intérieur d'un camp de travail nazi. Récits des survivants : mémoire et histoire, Paris, Les Belles Lettres, 2010, pp. 21-23.

45. Denis Salas, « La justice entre mémoire et histoire », in Jean-Paul Jean, Denis Salas (dir.), *Barbie, Touvier, Papon. Des procès pour la mémoire*, Paris, Éditions Autrement, coll. Mémoires, 2002, n° 83, p. 28.

Partie 1

LE PARDON PAR L'OUBLI

Le passé est une construction dans le sens où il s'élabore par un travail de filtre, de validations, d'invalidations, de rejets et de conservations. Travail qui met aux prises des luttes de concurrences et d'influences que le souverain, pas à pas, s'est entêté à régler du haut de sa puissance de nomination et de légitimation. Car, en dernière analyse, c'est bien lui qui, dans les lettres de grâce, dans la loi d'amnistie ou par la révision dit ce qui du passé doit être retenu dans la construction d'un présent pacifié. Cela ne veut pas dire qu'il élabore seul le tri, que le tamis de l'État agit isolément. Tout au contraire. La sélection est l'aboutissement d'une négociation complexe en ce qu'elle valide, complète, ajuste, amende une demande individuelle ou sociale. En ce sens, le pardon-oubli est bien une construction politique et sociale.

Les textes qui composent cette première partie interrogent dans son essence ou son historicité la notion de pardon et l'imposition de l'oubli. Les deux sont en effet justiciables d'une approche qui en recherche le sens, ou d'une autre qui tente d'en montrer la construction, les usages et les transformations au cours du temps. Si elles paraissent antinomiques, ces deux lectures confrontées éclairent pourtant un ressort commun à l'oubli-pardon : il est un objet de luttes sociales et politiques. La maîtrise de l'oubli commande celle du pardon et donc d'une partie des liens qui unissent les individus entre eux : l'oubli commande à la fois l'oblitération d'un passé et ajuste les relations sociales sur le vide de ce passé oublié.

Oublier au Moyen Âge : l'enseignement des rituels de justice et de la grâce royale

Claude Gauvard

Professeur émérite d'histoire du Moyen Âge

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Laboratoire de médiévistique occidentale de Paris

Le temps du Moyen Âge dont il est question ici nous plonge dans un monde bien différent du nôtre, saturé d'informations au point de gauchir la relation entre l'infraction ou son verdict, et leur souvenir. La quantité d'informations disponibles chasse les faits qui se succèdent et, si chaque récepteur est sollicité et tend à donner son avis dans une sorte de justice participative, zapper de l'un à l'autre contribue à brouiller la mémoire des faits litigieux et de leur résolution. Notre confiance en la mémorisation des crimes et des peines repose pour une grande part sur l'action des juges et sur la garantie que présentent les archives des tribunaux quand ils recourent aux différents arrêts émis par l'institution judiciaire. Au Moyen Âge, la démarche est différente, même à partir des années 1250, quand les institutions judiciaires du royaume de France se sont amplifiées et consolidées. La relation que la justice entretient avec l'oubli est beaucoup plus complexe et peut paraître commandée *a priori* par des impératifs contradictoires.

D'une part, l'information reste cloisonnée et l'immédiateté à laquelle se réfèrent des vies souvent fragiles oblige à une âpre lutte contre l'oubli. Le souvenir d'un crime ne perdure guère et il atteint rarement trois générations chez les hommes ordinaires, soit le temps normal d'une société où prime l'oralité¹. Il faut donc recourir à divers procédés pour le mémoriser, et l'écriture ne suffit pas. D'autre part, à l'inverse, les valeurs d'honneur qui structurent la société tout entière, nobles et non-nobles, contribuent à durcir le souvenir de l'offense et engendrent d'autres exigences qui sont celles de la vengeance. Sa menace perdure jusqu'à la fin de l'époque moderne et pèse sur la justice². Il s'agit de ne pas oublier les méfaits qui ont été commis ainsi que leurs modes de résolution, et la parenté se doit de conserver leur mémoire le plus longtemps possible. Pour cette raison, le crime commis devient un facteur de troubles qui peuvent aller en s'aggravant si la justice ne contribue pas à y mettre un terme. Mais elle ne peut y mettre un terme que si elle peut et sait imposer l'oubli en donnant satisfaction à l'honneur des parties en présence et à leurs descendants, tout en jouant du caractère sacré de sa mission fondée sur son rapport au divin et au droit. La pratique du pardon en

1. Je me permets de renvoyer à Claude Gauvard, « Mémoire du crime, mémoire des peines », in Ead., *Violence et ordre public au Moyen Âge*, Paris, Picard, 2005, p. 175-191.

2. Voir les contributions rassemblées dans Claude Gauvard et Andrea Zorzi (dir.), *La Vengeance en Europe (XII^e-XVIII^e siècle)*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2015.

est directement issue. Ainsi s'impose une oscillation subtile entre les négociations qui préludent à la paix, le respect de la transcendance dans lequel se meuvent en principe les juges et le roi, et enfin le pardon qu'imposent une société et un pouvoir royal fortement christianisés, voire sur-christianisés à partir du ^{xiv}^e siècle.

La question est donc de savoir comment, pour gérer l'oubli, justice et paix sont allées de pair, comme le répètent à l'envi les théologiens et les juristes médiévaux. C'est ce que nous essaierons de démontrer en traitant de l'exemplarité de la peine, tempérée par le recours au pardon que le roi peut aller jusqu'à proclamer comme un oubli total en abolissant le crime.

L'exemplarité de la peine

L'exemplarité de la peine est clairement liée à la procédure inquisitoire qui permet au juge d'agir d'office, comme le suggère Philippe de Beaumanoir quand il lie étroitement les deux phénomènes : « *Bonne chose est que l'en queureau devant des maufeteurs et qu'ils soient radement puni et justicié selonc les mesfès que, pour la doute de la justice, li autres en prengnent essample si qu'ils se gardent de mesferent*³. »

Recourir à l'exemple donne à la peine sa finalité morale : réaliser le bien, celui des individus et du commun profit. Dans le cadre du royaume de France, c'est au roi que revient cette charge, dans une perspective chrétienne, car il doit conduire son peuple au salut. Les théoriciens du politique le répètent à l'envi, et Christine de Pizan, qui termine le *Livre de la paix* après la révolte cabochienne du printemps 1413 et destine son ouvrage au dauphin Louis de Guyenne, lui donne ce conseil qui doit permettre de faire régner la justice et de fortifier la paix intérieure du royaume :

« *O quel bien t'ensuivra se tu bien la garder! [...] Si redondera cestui bien premierement à toy mesmes par souverain merite vers Dieu qui te commande ainsi le faire quant il dit : Amez justice entre vous qui jugez les terres; et apres generaulme à tous tes subgiéz pour deux raisons : l'une car les mauvais n'oseront persecuter les bons pour ce qu'ilz aront bien que ta droitutiere justice les pugniroit, l'autre que nul n'ara envie de devenir mauvais quant chascun sara que tu soies le pugnisser d'iceulx. Si aront cause d'eulx amender, et par ainsi convendra estre paix entre les tiens, laquelle chose est la gloire et augmentacion de toute royaume, si que dit est*⁴. »

La pratique judiciaire se fait sans cesse l'écho de cette exigence dans les tribunaux royaux. Le prévôt ou le bailli se justifient de la sévérité de leur jugement en déclarant qu'ils ont agi pour qu'il soit mémoire de leur décision comme d'un « *bon exemple*⁵ ». Au Parlement de Paris, le procureur du roi explique qu'il utilise

3. Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, Amédée Salmon (éd.), t. 1, Paris, Picard, 1970, parag. 883, p. 446.

4. *The Livre de la paix of Christine de Pizan*, Charity Cannon Willard (éd.), La Haye, Mouton & Co, 1958, p. 95.

5. Par exemple au début du ^{xv}^e siècle, Archives nationales de France (désormais AnF), X2a 15, fol. 240v : *Ad memoriam quoddam exemplum reducendo*; X2a 16, fol. 298, « pour le bon exemple », etc.

la peine de mort pour éviter le pire. Ainsi, en 1450, à Corbie, trois hommes ont attaqué de nuit un dénommé Jean Dubrulle et, n'étant pas arrivés à leurs fins, ils réitérèrent leur exploit en lui tendant une embuscade. L'affaire sent la vengeance et le recours à des tueurs à gages ! Le procureur du roi réclame une peine exemplaire : « *Y chiet bien rigoureuse punicion contre tous car ilz sont bateurs a loyer et teles manieres pululent fort aujourduy mesmement au pays par quoy est besoing pour l'exemple y proceder bien rigoureusement*⁶. » De la même façon, Fleury de Bellemarin, qui a commis homicide, usurpation d'office et a résisté à l'exécution d'un arrêt commis contre lui doit être condamné à mort afin que « *sa peine constitue exemple a tous autres veu que telles resistances pululent aujourduy plus que jamais*⁷ ». Le but est bien de faire obstacle à cette contagion du crime que suggère le pullulement des infractions et, pour cela, il convient que le juge lutte contre l'oubli en prononçant une sanction exemplaire.

Il ne suffit pas de dire, ni à plus forte raison d'écrire, que la peine doit être exemplaire, il convient de recourir à des gestes qui frappent la vue des contemporains. La vue reste en effet le sens le plus noble à cette époque, et la présence de témoins semble indispensable pour lutter contre l'oubli⁸. Ainsi, la vision du corps mort sur le gibet a pour but de prolonger les effets exemplaires de la condamnation. Au début du xv^e siècle, le procureur du roi décide que le corps de Pierre Moret, condamné à la pendaison par maître Antoine Garnier, devra rester sur le gibet de Montpellier « *pour le bien de justice et pour donner exemple a touz autres*⁹ ». Il n'est effectivement pas rare que le corps du condamné pende sur les fourches jusqu'à décomposition totale, si bien que, s'il est nécessaire de dépendre le corps, il faut recourir à un mannequin, en général en paille, pour remplacer le cadavre. Tel est plusieurs fois le cas dans le cadre de la justice de l'abbaye de Sainte-Geneviève au début du xiv^e siècle, quand le prévôt de Paris condamne à tort l'un de ses justiciables. C'est ainsi que l'abbaye fut ressaisie « *d'un sac plain de fuerre et d'un chaperon* » pour un larron pendu à tort à Montlhéry en 1263, ou encore d'une « *coste* » qui est ensuite traînée et pendue aux fourches de l'abbaye à Vanves¹⁰. La scène de pendaison est alors rejouée devant témoins comme dans le cas de ce mannequin de paille que l'abbaye Sainte-Geneviève fait traîner et pendre à ses propres fourches pour effacer l'exécution précédente et ne pas faire oublier son droit¹¹. S'il n'est pas possible de récupérer le corps, il convient de dédommager l'abbaye en lui remettant un objet symbolique, en général un gant, la scène de « *ressaisine* » du lieu étant accomplie devant une foule de témoins qui

6. An. F, X2a 25, fol. 132, 3 août 1450.

7. *Ibid.*, X2a 49, fol. 30v, 4 décembre 1483.

8. Voir les contributions rassemblées dans Jean-Pierre Allinne, Claude Gauvard et Jean-Paul Jean (dir.), *Le Peuple en justice*, Paris, La Documentation française-AFHJ, n° 24, 2014.

9. An. F, X2a 14, fol. 275, février 1404.

10. Louis Tanon, *Histoire des justices des anciennes églises et communautés monastiques de Paris*, suivie des registres inédits de Saint-Maur-des-Fossés, Sainte-Geneviève, Saint-Germain-des-Prés et du registre de Saint-Martin-des-Champs, Paris, Larose et Forcel, 1883, pp. 374, 376, 389, 408 ; autres exemples dans Claude Gauvard, « Pendre et dépendre », in Ead., *Violence et ordre public au Moyen Âge*, Paris, Picard, 2005, pp. 66-78.

11. Louis Tanon, *Histoire des justices*, op. cit., p. 380.

peuvent aller jusqu'à quatre-vingts personnes¹². Les gibets constituent bien des lieux exemplaires, et pour cette raison leur présence dessine les limites des juridictions.

De façon générale, la peine de mort doit être effectuée en public au terme de scènes ritualisées à l'extrême. Le public est convoqué par les sergents, le cortège doit toujours suivre le même trajet, de jour, si possible un jour de marché pour que l'affluence soit plus nombreuse. Tout est conçu pour que le châtiment ne soit pas oublié. Un oubli contre lequel luttent toutes les formes d'exécution des peines, qu'il s'agisse du pilori, où le condamné porte l'écriteau d'infamie, du bannissement, qui peut s'accompagner du son des cloches, de la peine de course imposée aux amants adultères dans de nombreuses villes du royaume et, de façon générale, des cérémonies judiciaires.

Point n'est besoin ici de revenir sur le déroulement de l'amende honorable au Moyen Âge, entre peine et pénitence, qui est réclamée par la justice en même temps que l'amende pécuniaire ou « *profitable*¹³ ». La pratique n'est pas nouvelle au XIII^e siècle quand elle apparaît dans les archives judiciaires de la royauté. Elle fait partie des modes de résolution privés antérieurs. Mais, contrairement à ce qui a été et est encore écrit, son usage par les juges royaux n'a rien d'« *archaïque* ». Il s'agit désormais d'une peine utilisée par les tribunaux royaux pour imposer leur justice à des fins publiques, à commencer par le Parlement. Le procureur du roi y affirme la prééminence du souverain en utilisant de préférence cette peine au bannissement et à la peine de mort, car elle a l'avantage de restaurer l'honneur blessé du roi en même temps que celui de la victime, donc de favoriser la paix et le bien commun que le crime a lésés comme il a lésé la victime et sa parenté. L'ordre du rituel n'est pas indifférent, et il montre bien ce qui est fondamental, à savoir que l'honneur du roi l'emporte sur celui de la partie lésée. La scène de pénitence a lieu désormais en premier au tribunal avant de se dérouler sur les lieux du crime. Le 7 février 1483, une amende honorable imposée comme sentence par le procureur du roi à Guillaume Berthault et Guillaume Fourcault pour avoir indûment arrêté un nommé François de L'Isle le montre bien :

« Et declaire ladite court ledit exploit estre inique et abusif. Et en tant que ledit François et Procureur general sont demandeurs en cas d'exces, abus et atemptas, icelle court [...] a condamné et condamne lesdits Bertault et Fourcaulta faire amende honorable publicquement en ladite court ausdits François et Procureur general, a genoulx, nues testes et dessaints, tenans chascun d'eulx en leurs mains une torche de cire ardent du poix de quatre livres, en disant que faulusement, mauvasement et a tors, en abusant leurs offices, ilz ont prins, arrester et fait prisonnier ledit François en chemin public non chassant aucunement et par

12. Par exemple, *ibid.*, p. 363 : cas de Jean Feschamp, saisi à tort dans la « vieille terre Sainte Genevieve » pour lequel cas, le lieu où il a été pris indûment est ressaisi d'un gant, devant 31 témoins dont les noms sont soigneusement énumérés dans le manuscrit original, Bibliothèque Sainte-Geneviève, ms 640, fol. 37v. La scène a lieu un samedi, jour de marché, ce qui lui assure la plus grande publicité.

13. Jean-Marie Moeglin, « Pénitence publique et amende honorable au Moyen Âge », *Revue historique*, 298, pp. 225-269 ; Claude Gauvard, « L'honneur du roi », in Ead., *Violence et ordre public, op. cit.*, pp. 166-174, et « Mémoire du crime, mémoire des peines », *ibid.*, pp. 175-191 ; Julie Claustre, « Se réconcilier avec la Ville. Une amende honorable à Paris en 1479 », in Franck Collard et Monique Grosset (dir.), *Conciliation, réconciliation aux temps médiévaux et modernes*, Nanterre, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2014, pp. 101-117.

force luy ont osté sa harguenee, un signet d'or, trois escuz, son badelaire et ses esperons dont ilz se repentent et en requierent mercy et pardon au Roy, a justice et audit François¹⁴. »

Un rajout dans le registre précise que cette amende honorable a été exécutée à la Cour le 12 février, donc très rapidement¹⁵. C'est dire que le roi et sa justice sont les premiers offensés et que le crime réclame une peine publique et non plus seulement privée. Dans tous les cas, la justice royale décide du déroulement du rituel et, en l'appliquant, elle affirme haut et fort sa prééminence et son exemplarité aux yeux de tous.

Outre son caractère pénitentiel, qui apparente l'amende honorable à la pénitence publique, la sentence peut être accompagnée d'obligations liturgiques, dons de cire, messes pour l'âme du défunt, enterrement solennel en terre chrétienne si la victime a été injustement pendue. Ce lien entre justice et religion montre clairement que la liturgie permet de prévenir l'oubli, cette fois dans une perspective de salut éternel. Des constructions de chapelles expiatoires peuvent servir de cadre aux cérémonies futures et des monuments, le plus souvent des croix, peuvent rappeler l'événement et sa résolution. Telle est la croix dont la construction est imposée au prévôt de Paris, Guillaume de Tignonville, en 1408, pour avoir fait pendre indûment deux clercs : la taille prévue était telle qu'elle devait cacher à la vue le gibet de Montfaucon, lieu de son forfait¹⁶ ! Plus modestement, mais pour que la scène soit de perpétuelle mémoire, les juges peuvent exiger la reproduction de la scène sur un tableau en matière impérissable, pierre, marbre, cuivre, dont la mission est de lutter contre l'oubli en rappelant l'infamie de son auteur. Pour l'illustrer, poursuivons l'exemple des attaquants de Jean Dubrule, qui ont agi pour le compte de son « *haineux* », David Aucel. Le procureur du roi au Parlement souhaite que le principal homme de main, Daviot de La Houssaye, soit condamné à l'amende honorable, qui doit se dérouler à Corbie, lieu du forfait, après avoir été prêtée au Parlement :

« Ceans a Corbye ou aesté conspiré le cas et ailleurs a la discrecion de la court, tout nu, en chemise tenant une torche de cire ardant en sa main, disant que faulcement, mauvaisement et sans cause il a esté consentant de battre ledit Jehan Dubrule et que la dicte amende soit faicte par lui publiquement en la forme que dit est sur ung echafault ou dit lieu de Corbie et que soit fait a ses despens ung tableau en pierre et apposé devant la porte de l'abbaye de Corbie ou quoy que soit devant l'ostel du dit David Aucel ouquel les dictes conspiracions furent faictes¹⁷. »

14. An. F 48, fol. 46v-47, 7 février 1483.

15. *Ibid.*, fol. 47 : « En ensuivant le quel apointement lesdits Berthault et Fourcault ont fait ladite amende honorable le *XII^e jour dudit mois de Fevrier* », suivie de la signature du président du Parlement : De la Vaquerie.

16. Nombreuses mentions de l'événement chez les chroniqueurs, en particulier *La Chronique d'Enguerrand de Monstrelet*, Louis Douet-D'Arcq (éd.), t. 1, Paris, Renouard-Société de l'Histoire de France, 1857, p. 75, qui mentionne la croix, mais qui place l'événement, à tort, en 1403, alors qu'il a lieu en 1407, et récit circonstancié de l'amende honorable et de la dépendaison des corps dans *Chronique du religieux de Saint-Denis*, Louis Bellaguet (éd.), t. 3, Paris, 1841, pp. 722-725.

17. An. F, X2a 25, cité note 6.