La loi reconnaissant la traite négrière et l'esclavage des noirs dans les possessions françaises d'outre-mer en tant que crime contre l'humanité

Signification et portée*

The Act acknowledging the slave trade and negro slavery in the French Overseas holdings as a crime against humanity. Significance and scope

Sylvie Calixte

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/plc/190>

DOI : 10.4000/plc.190

ISSN : 2117-5209

Éditeur

L'Harmattan

Édition imprimée

Date de publication : 15 décembre 2007

ISBN : 2-296-01986-2

ISSN : 1279-8657

Référence électronique

Sylvie Calixte, « La loi reconnaissant la traite négrière et l'esclavage des noirs dans les possessions françaises d'outre-mer en tant que crime contre l'humanité », *Pouvoirs dans la Caraïbe* [En ligne], 15 | 2007, mis en ligne le 26 avril 2011, consulté le 03 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/plc/190> ; DOI : 10.4000/plc.190

**LA LOI RECONNAISSANT LA TRAITE NEGRIERE ET
L'ESCLAVAGE DES NOIRS DANS LES POSSESSIONS
FRANÇAISES D'OUTRE-MER EN TANT QUE
CRIME CONTRE L'HUMANITE¹**

SIGNIFICATION ET PORTEE²

Sylvie CALIXTE

Doctorante en droit

Membre du CRPLC

Université des Antilles et de la Guyane

Les relations entre la France d'outre-mer et la France métropolitaine sont complexes et empreintes d'une forte charge affective. Elles le sont tout particulièrement, s'agissant des quatre régions monodépartementales que sont la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion. En effet, les « Quatre Vieilles »³, bien que formellement intégrées à la République française depuis 1946, ne manquent pas de rappeler régulièrement les conditions historiques dans lesquelles s'est inscrit leur lien avec l'Etat français, alors que celui-ci semble vouloir, tout au contraire, s'en affranchir. Les enjeux de la qualification juridique de la traite négrière et de l'esclavage sont l'illustration de cette complexité. Par la loi du 21 mai 2001⁴, le système juridique ayant organisé le commerce et l'exploitation servile de la main-d'œuvre noire dans les colonies françaises, du XVII^e siècle jusqu'en 1848, a été reconnu en tant que crime contre l'humanité.

En 1998, la République commémore solennellement le cent cinquantième anniversaire de l'abolition de l'esclavage dans les colonies françaises. Le moment est propice pour le dépôt, par les députés de l'outre-mer, de propositions de loi visant à la reconnaissance de la traite négrière et de l'esclavage dans les colonies françaises en tant que crime contre l'humanité.

¹ Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001.

² Cet article a été écrit en février 2004, alors que les membres du Comité de spécialistes venaient d'être nommés. Ils ont rendu leur rapport en avril 2006. La première commémoration nationale a eu lieu le 10 mai 2006. On a pu constater une évolution des discours de certains intervenants politiques (originaires d'outre-mer et de métropole) qui mentionnent désormais, conformément aux conclusions du Comité, l'esclavage dans les colonies françaises comme une histoire commune qu'il est nécessaire d'intégrer à la République. Dans le futur, il faut espérer que l'essentiel de l'apport de la loi résidera dans la réussite de ce nouveau projet de République.

³ Ainsi dénommées, parce qu'elles sont les plus anciennes possessions françaises d'outre-mer.

⁴ Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001, *JO* 23 mai 2001, p. 8175.

C'est finalement la proposition de Mme Taubira⁵, députée de la Guyane, qui aboutira, après de multiples modifications, à la loi du 21 mai 2001. Il faudra attendre les 5 et 15 janvier 2004 pour voir publier le décret d'application⁶ et la liste des membres du Comité⁷ de spécialistes institué par la loi.

La lecture de la loi révèle d'emblée une apparente disproportion entre la qualification légale attribuée et le régime juridique applicable. Ainsi, l'affirmation de la reconnaissance du crime contre l'humanité par la République française (art. 1), doit être suivie de requêtes similaires en reconnaissance auprès des Organisations internationales (art. 3). En France, les questions relatives à la traite et l'esclavage devront être intégrées aux programmes scolaires et de recherche (art. 2). Les associations de défense de la mémoire de l'esclavage auront la possibilité de se porter partie civile pour les infractions de provocation à la haine raciale ou d'injure raciale (art. 5). Il est enfin instauré un comité de personnalités qualifiées, chargé de faire des propositions afin de garantir « la pérennité de la mémoire » du crime (art. 4). Il s'agit, en résumé, de dispositions qui consistent en de simples possibilités (et non des obligations) à caractère principalement mémoriel.

Un examen plus poussé des articles de la loi confirme le caractère limité de leur portée juridique. Ce caractère est traduit par leur faible capacité à produire un effet ou à atteindre un objectif dans le domaine du droit. Dès lors, la compréhension de la loi semble reposer sur la valeur, *per se*, de la qualification de crime contre l'humanité. Cette qualification est susceptible de révéler la signification de la loi, en tant qu'elle permet de déceler ce que le texte manifeste, exprime ou indique, au-delà des mots. Car si certaines normes sont suffisamment riches et explicites pour permettre une analyse immédiate, ce n'est pas le cas de la loi du 21 mai 2001. On se demande alors pourquoi le législateur a choisi de qualifier la traite négrière et l'esclavage de crime contre l'humanité alors qu'il en tire des conséquences juridiques quasi hypothétiques.

Si la loi est bien « l'expression de la volonté générale », quelle était, en l'occurrence, cette volonté ? Les débats parlementaires permettent de décrypter le choix législatif. La décision unanime de voter la reconnaissance est inhabituelle dans le fonctionnement institutionnel classique de la V^e

⁵ Proposition de loi n° 1297 du 22 déc. 1998, *Doc. AN*.

⁶ Décret n° 2004-11 du 5 janv. 2004, *JO* 6 janv. 2004, p. 431.

⁷ Décret n° 13 du 15 janv. 2004 portant nomination des membres du Comité pour la mémoire de l'esclavage, *JO* 16 janv. 2004, p. 1222.

République. L'unanimité apparente dissimule toutefois le désaccord des acteurs politiques sur les finalités de la reconnaissance. Le discours politique ne relève pas du traditionnel clivage droite/gauche. Il semble être orienté par les origines métropolitaines ou ultra-marines des intervenants ; mais il est servi, dans les deux cas, par l'instrumentalisation de la mémoire. De part et d'autre, il est question de la reconnaissance législative pour briser le silence et l'oubli instaurés depuis 1848, comme éléments fondateurs des sociétés post-abolitionnistes. Bien que la théorie de l'oubli ne corresponde pas à la réalité, c'est elle qui fonde, dans les discours politiques, la nécessité de la reconnaissance.

Ainsi, pour les uns, nommer le crime par la loi, c'est le sortir de l'oubli, et par là même, le réparer symboliquement. Cette œuvre de réparation est présentée comme celle de la République, tout comme l'abolition de l'esclavage en 1848. Pour les autres, le crime contre l'humanité est l'acte de naissance des populations d'outre-mer, qui a également déterminé les principaux aspects de ces sociétés sous-développées. La reconnaissance législative, qui rompt le silence, est alors conçue comme le préalable aux réparations.

Vue de l'extérieur, cette dualité d'interprétation d'un même texte est le signe du pluralisme juridique français car,

« le droit n'est qu'un des éléments du système culturel et social global propre à chaque société, et diversement interprété et réalisé par chacun de ses sous-groupes »⁸.

La diversité interprétative n'exclut ni la complémentarité, ni l'efficacité. Mais dans le cas présent, l'antinomie qui s'en dégage dessert l'ensemble du système normatif national, dont le droit d'outre-mer fait partie intégrante. Le meilleur exemple en est donné par la loi elle-même qui ne « dit » rien de tangible, à part la reconnaissance d'un crime contre l'humanité.

Cela provient de visions subjectives qui auraient pu être évitées si le législateur avait pris du recul par rapport aux faits qu'il avait choisi de qualifier de crime contre l'humanité.

⁸ Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 13.

L'intention de vérité et de justice nécessite en effet, selon Paul Ricoeur, une position d'extériorité et d'impartialité⁹. Car fêter le cent cinquantième de l'abolition de l'esclavage, c'est non pas tant revenir sur la servitude en tant que telle, que se poser la question des tenants et des aboutissants de cette dernière. Or, il apparaît que la complexité du crime reconnu naît de son lien avec la colonisation. La traite négrière et l'esclavage ne sont que de remarquables points d'émergence du concept de la colonisation, tel qu'il a été conçu et appliqué par les Français. Ainsi, à la lumière de ces réflexions, il est possible de se demander à nouveau quel aurait pu (ou dû) être le véritable enjeu de la loi du 21 mai 2001 dite « loi Taubira ». Certainement une occasion de revisiter les grands principes républicains, à travers l'analyse de leur application outre mer depuis 1848. Cette réflexion aurait pu déboucher sur une vision différente du droit d'outre-mer car,

« L'outre-mer offre au théoricien du droit des exemples simultanés des rigidités et des capacités d'adaptation que peut montrer un modèle à tendance uniformisante confronté à une réalité hétérogène. C'est pourquoi les problèmes posés au juriste par l'outre-mer dépassent sa seule inscription géographique »¹⁰.

Le vrai débat est complexe, parce que les faits sont complexes. La présente étude se propose d'y apporter un éclairage complémentaire. En ce sens, la loi du 21 mai 2001 n'a pas été à la hauteur de cette complexité, parce que la subjectivité l'a emporté sur le nécessaire recul d'une approche purement analytique (II). De fait, il semble qu'elle ne changera pas grand chose à l'ordonnancement juridique existant (I).

I. UNE PORTEE LIMITEE

Une règle de droit se caractérise, le plus souvent, par sa capacité à modifier l'ordonnancement juridique dans lequel elle s'insère. Les modifications que la norme juridique est susceptible de générer permettent d'en apprécier la portée. Dans le cas présent, celle-ci est limitée et réduite pour

⁹ Paul Ricoeur, « Les rôles respectifs du juge et de l'historien », *Esprit*, n° 266, 2000, p. 50.

¹⁰ Norbert Rouland, Stéphane Pierré-Caps, Jacques Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 359.

au moins deux raisons. Tout d'abord, bien qu'énonçant une infraction criminelle imprescriptible, la loi n'en tire aucune conséquence. Ce qui en fait un texte hybride, puisqu'à défaut de sanction prévue, ce n'est pas une loi pénale. L'analyse de la jurisprudence relative au crime contre l'humanité permet, de surcroît, de conclure sans trop de risque que la Cour de cassation n'en tirera pas davantage effet. La loi ne crée, par ailleurs, aucune obligation légale : certaines de ses dispositions, de nature réglementaire ou relevant d'une décision exclusivement politique, peuvent parfaitement n'être pas appliquées. La portée de la loi peut ainsi se résumer en deux propositions : une improbable application judiciaire et un dispositif législatif non contraignant.

A - UNE APPLICATION JUDICIAIRE IMPROBABLE

Pour comprendre le caractère hypothétique du volet judiciaire, il faut avoir cerné au préalable le concept de crime contre l'humanité. L'infraction de crime contre l'humanité est spécifique car elle a d'abord été forgée en droit international avant d'être intégrée en droit interne français (1). Cette intégration est assez complexe : la Cour de cassation distingue au moins deux régimes juridiques applicables aux crimes contre l'humanité : celui découlant du statut du Tribunal Militaire International (T.M.I.) de Nuremberg et celui du nouveau Code pénal applicable depuis le 1^{er} mars 1994, pour lequel elle fait prévaloir le principe de non-rétroactivité sur l'imprescriptibilité (3). Si la loi du 21 mai 2001 pose la question de l'éventualité d'un troisième régime juridique, la réponse semble devoir être négative (2).

1. LA DOUBLE DEFINITION DU CRIME CONTRE L'HUMANITE

En droit international, la définition du crime contre l'humanité appelle deux axes de réflexion : la dimension internationale des faits, d'une part ; la détermination de l'atteinte portée à l'humanité, d'autre part.

Les deux aspects sont étroitement liés : l'universalité est envisagée comme conséquence de la gravité particulière des faits, lesquels affectent « l'irréductible humain »¹¹. Mireille Delmas-Marty a particulièrement bien cerné la spécificité de l'infraction :

¹¹ Mireille Delmas-Marty, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Rev. Sc. Crim.*, 1994, p. 477.

« C'est en raison de leur appartenance à tel ou tel groupe que des êtres humains sont déportés, réduits en esclavage ou exterminés. La référence au groupe qui réduit l'individu à un seul caractère (sa race, son ethnie, sa religion) met en cause la notion même d'humanité. Autrement dit, le crime contre l'humanité commencerait là où la singularité de chaque être et son égale appartenance à l'humanité (et non à tel ou tel groupe) seraient déniées »¹².

La notion de crime contre l'humanité est consacrée par l'Accord de Londres du 8 août 1945 portant statut du TMI de Nuremberg. Elle a beaucoup évolué depuis. De nos jours, s'il n'existe pas une définition unique du crime contre l'humanité, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour retenir trois éléments identificateurs¹³ : l'inhumanité des actes, leur caractère discriminatoire et leur connexité avec un conflit ou une attaque¹⁴.

Le crime contre l'humanité en droit interne français résulte de l'article 212-2 du code pénal qui mentionne des exactions graves comme la déportation, la réduction en esclavage, la torture ou des actes inhumains,

« inspirés par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux *et* organisés en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile ».

L'absence de référence à une criminalité d'Etat permet d'inclure les crimes commis au nom d'une idéologie ou d'une religion. Par ailleurs, la notion de « plan concerté » est au cœur du dispositif. Elle souligne le caractère collectif de l'infraction. Les juges doivent rechercher si c'est en exécution d'un tel plan que les exactions ont été commises.

¹² Mireille Delmas-Marty, « L'interdit et le respect : comment définir le crime contre l'humanité ? », in Marcel Colin (dir.), *Le crime contre l'humanité*, Erès 1996, p. 19.

¹³ Voir notamment Mario Bettati, « Le crime contre l'humanité » : *Droit international pénal*, in Hervé Ascencio, Emmanuel Decaux, Alain Pellet (dir), Paris, Pédone 2000, p. 293.

¹⁴ L'inhumanité se caractérise par la gravité et l'ampleur. Le caractère discriminatoire se reconnaît au mobile ségrégationniste et à la catégorisation des cibles ; les victimes sont atteintes en raison de leur appartenance supposée ou réelle à un groupe.

2. LES DIFFICULTES LIEES A LA DETERMINATION DE LA NATURE DE LA LOI DU 21 MAI 2001

Habituellement, c'est au juge qu'il revient de qualifier des infractions déterminées. Le rôle du législateur se limite à prévoir, en amont, des textes d'incrimination de portée générale, assortis d'un éventail de sanctions possibles. La loi du 21 mai 2001 paraît déroger à la règle, puisqu'elle a attribué directement la dénomination de crime contre l'humanité à un certain type de traite négrière et de servitude, spécifiquement circonscrits dans le temps et dans l'espace. Ce n'était pas la première fois que le législateur recourait à ce procédé ; en effet, le Parlement avait ainsi qualifié le génocide arménien par la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001¹⁵. Mais son article unique ne prévoyait aucune autre disposition que la reconnaissance, contrairement au présent texte. Il a pu être reproché à de telles lois d'avoir empiété sur la compétence judiciaire en instituant « la vérité par détermination de la loi »¹⁶. Il faut cependant remarquer que la qualification juridique de crime contre l'humanité n'est pas décernée à des faits précis, mais plutôt à un ensemble de faits pris dans sa globalité, dans le cadre de systèmes institués ou tolérés, à certaines époques, par les pouvoirs publics. Or cette façon de désigner les exactions commises est similaire à celle utilisée, pour la Seconde guerre mondiale, par les textes internationaux qui ont permis l'émergence de la qualification de crime contre l'humanité. Le vrai problème réside en l'espèce dans le caractère incomplet de la loi du 21 mai 2001, au regard des principes du droit français, d'une part, selon l'article 34 de la Constitution,

« La loi fixe les règles concernant (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ».

En vertu du Code pénal, d'autre part,

« La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs » (art. 111-2).

« Nul ne peut être puni pour un crime (...) dont les éléments ne sont pas définis par la loi. (...) Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime » (art. 111-3).

¹⁵ « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 », *JO* 30 janvier 2001, p. 1590.

¹⁶ Selon les propos du professeur Guy Carcassonne, cités par le sénateur Delong, lors des débats sur la reconnaissance du génocide arménien : *JO CR Déb. S.*, séance du 7 novembre 2000, p. 5785.

Ainsi, la loi pénale se caractérise par une incrimination et une sanction. A toute incrimination doit correspondre une sanction. Et il ne peut y avoir de sanction sans incrimination. Les deux éléments vont obligatoirement de pair, or la loi du 21 mai 2001 qualifie un crime contre l'humanité, donc édicte une incrimination, sans mentionner une quelconque sanction, ni même des règles suffisamment précises pour constituer un véritable régime juridique. Cela signifie-t-il pour autant que cette formulation législative rend impossible toute procédure judiciaire ? En d'autres termes, le défaut de sanction légale, s'il empêche l'action pénale, peut-il empêcher une procédure civile ? L'infraction ainsi qualifiée et spécifiquement désignée, pourrait-elle servir de fondement à une procédure civile, non pas en tant que telle, mais en tant que fait fautif non susceptible de contestation (puisque légalement admis) ? Il faudrait pour cela que le juge français admette la possibilité d'une procédure civile, indépendante d'une action pénale, à laquelle il reconnaîtrait le bénéfice de l'imprescriptibilité. Les faits judiciairement déférés relevant du domaine d'application de la loi constitueraient également une faute civile imprescriptible opposable aux personnes morales mises en cause. S'agissant des personnes physiques, il faudrait que soit admis le principe de la transmissibilité successorale de ce type d'obligations, à l'égal des obligations alimentaires...

Tout cela semble hautement improbable. De tels cas n'ont jamais été posés en jurisprudence. A supposer qu'elle le soit, la réponse semble devoir être négative car la Cour de cassation a une conception restrictive de l'indemnisation en matière de crime contre l'humanité. Si elle admet que l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité s'applique tant à l'action publique qu'à l'action civile pouvant résulter de tels crimes¹⁷, elle en limite les effets. Ainsi les victimes de crimes contre l'humanité commis entre 1942 et 1944 ne peuvent bénéficier du régime d'indemnisation de la Commission d'Indemnisation des Victimes (CIVI), au motif qu'il ne peut s'appliquer à des faits antérieurs à 1976¹⁸.

L'application jurisprudentielle extrêmement limitée de la règle de l'imprescriptibilité ne se limite pas au régime d'indemnisation. Elle concerne le régime juridique des crimes contre l'humanité dans son intégralité.

¹⁷ Crim. 1^{er} juin 1995, *Bull. crim.* n° 202 ; *G.P.* 1995. 2. Chron. p. 463.

¹⁸ Cass. civ. 2^{ème}, pourvoi n° 02-10830, 13 mars 2003.

3. LA JURISPRUDENCE RESTRICTIVE DE LA COUR DE CASSATION

L'enjeu de la qualification de la traite négrière comme crime contre l'humanité consistait en d'éventuelles réparations judiciaires. En l'état actuel du droit positif français, en sus des problèmes qui viennent d'être évoqués, il ne semble pas que de telles procédures puissent être menées à terme.

Le principe même d'une action judiciaire, plus d'un siècle après les faits, a pu être évoqué sur le fondement de l'imprescriptibilité, particularisme remarquable du crime contre l'humanité.

Mais l'imprescriptibilité se heurte au principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, lequel fonde l'impossibilité de remettre en cause les prescriptions acquises. L'hypothèse d'une prévalence judiciaire de l'imprescriptibilité des faits semble très mince, une fois dressé le bilan de la jurisprudence de la Cour de cassation. La question de la prescriptibilité des crimes ne s'était pas posée en 1945. Elle a émergé avec le procès d'Adolf Eichmann, condamné en 1961 par le Tribunal de Jérusalem. L'arrivée imminente de la prescription extinctive de vingt ans fit prendre conscience que les criminels de la guerre pourraient bénéficier d'une impunité légale. C'est dans ce contexte que fut voté en France l'article unique de la loi du 26 décembre 1964¹⁹ :

« Les crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par la Résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la Charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature ».

Il ressort des travaux parlementaires que le législateur avait voulu rendre les crimes contre l'humanité punissables, quelle que soit la date de leur commission²⁰. Selon le rapporteur à l'Assemblée nationale, P. Coste-Floret, la

¹⁹ *JO* 29 déc. 1964, p. 17.788. Faisant suite aux travaux entrepris par l'Amicale des magistrats résistants (sous la direction de Maurice Rolland, conseiller à la Cour de cassation), la proposition de loi déposée le 25 juin 1964 par MM. Paul Coste-Floret et Schmittlein tendait à « rendre non prescriptibles le génocide et les crimes contre l'humanité » ; *JO, Doc. A. N.*, annexes aux procès-verbaux des séances, 2^e session ordinaire 1963-1964, n° 46, 11 mai 1965, annexe n° 1026, p. 807.

²⁰ Mme Vaillant-Couturier et les membres du groupe communiste avaient saisi l'Assemblée d'un amendement tendant à compléter la proposition de loi par les mots « quels que soient la

loi était « déclarative et interprétative », en ce sens qu'elle se bornait à reconnaître un droit préexistant, qu'une définition imparfaite (celle de l'Accord de Londres, en l'occurrence) avait rendu susceptible de controverse. L'imprescriptibilité par nature était entendue comme procédant alors de la nature internationale de ces crimes, la prescription n'étant pas un principe admis en droit international. Plusieurs Etats (anglo-saxons, notamment), ne connaissent pas la prescription pénale. Mais l'interprétation jurisprudentielle de la loi de 1964 a, semble-t-il, méconnu la volonté politique de généraliser l'imprescriptibilité de tous les crimes contre l'humanité.

En 1975, dans le premier arrêt Touvier, la Cour de cassation a défini les crimes contre l'humanité comme des

« crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs précisés dans le texte qui les définit »²¹.

Par trois arrêts rendus dans l'affaire Barbie²², la Cour de cassation a semblé revenir sur sa position et consacrer une définition du crime contre l'humanité conforme au droit international et à la loi de 1964. La Cour s'est notamment référée à l'article 7 alinéa 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)²³ qui stipule la non-application du principe de légalité des peines quand l'action,

« au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

Elle a ainsi fait prévaloir la règle de l'imprescriptibilité. La généralité des attendus de principe de la Cour de cassation, ainsi que les références au droit international, avaient laissé croire aux commentateurs

date et le lieu auxquels ils ont été commis ». Après les explications données par M. Coste-Floret, qui rejoignaient les préoccupations des auteurs de l'amendement, ainsi qu'à la demande du Garde des Sceaux, l'amendement fut retiré.

²¹ Cass. crim. 6 fév. 1975 : *Bull. crim.*, n° 42 ; *D.* 1975. 386, rapp. Chapar, note Coste-Floret. Formule reprise par Cass. crim., 31 janv. 1991 (affaire Bousquet) : *Bull. crim.* n° 54.

²² Cass. Crim. 6 nov. 1983 : *Bull. crim.* n° 239 ; *JCP* 1983, II 20107, rapport Le Guehec, concl. Dontenwille, note Ruzié ; *Clunet* 1983, p. 790, note Edelman. Cass. crim. 26 janvier 1984 : *Bull. crim.* n° 34 ; *JCP G* 1984, II, n° 20197, rapp. Le Guehec, concl. Dontenwille, note Dalloz Ruzié ; *RGDIP* 1984, p. 971, obs. Rousseau. Cass. crim. 3 juin 1988 : *GP* 1988. 2. 745, concl. E. Robert ; *JCP* 1988. II. 21149, rapport Angevin.

²³ Art. 7 al. 2 CEDH : « Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

qu'il serait fait une large application de la qualification de crime contre l'humanité, dès lors que les conditions objectives d'incrimination étaient réunies. Cependant, les formulations employées faisaient toujours référence au statut du Tribunal de Nuremberg. Cette rédaction n'était pas perçue comme restrictive, mais comme la référence au seul texte international définissant le crime contre l'humanité.

C'est pourtant en prenant appui sur cette référence que la Cour de cassation a pu circonscrire la définition de crime contre l'humanité à ceux commis lors de la Seconde guerre mondiale. Le premier arrêt en ce sens a été rendu moins de six mois après la décision Barbie de 1988.

Deux parties civiles avaient demandé la réouverture d'une instruction pour crime contre l'humanité commis lors de la guerre d'Algérie. La Cour de cassation a refusé d'appliquer la qualification de crime contre l'humanité de la jurisprudence Barbie²⁴, dans deux arrêts du 29 novembre 1988 (affaires Yacoub et Lakdhar-Toumi)²⁵. Elle a fait prévaloir les textes nationaux d'amnistie²⁶ et repris la définition minimale du crime contre l'humanité de 1975, ignorant ainsi les particularités de l'imprescriptibilité par nature.

Cette position sera explicitée à propos d'une affaire relative à la guerre d'Indochine. L'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 1^{er} avril 1993 (affaire Boudarel)²⁷ a énoncé très clairement que les dispositions de la loi du 26 décembre 1964 et du statut du TMI de Nuremberg ne concernaient que les faits commis pour le compte des pays européens de l'Axe. En conséquence,

« les faits reprochés à Georges Boudarel (...) entraient nécessairement dans le champ d'application de (...) la loi du 18 juin 1966 portant amnistie de tous les crimes commis en liaison avec les événements consécutifs à l'insurrection vietnamienne ».

²⁴ 3 arrêts : Cass. crim. 6 nov. 1983 ; 26 janv. 1984 et 3 juin 1988, *op. cit.*

²⁵ Cass. crim. 29 nov. 1988 (2 arrêts) : P. Poncela, « L'humanité, une victime peu présentable », *D.* 1991, chron. p. 231. Position reprise dans Crim. 30 mai 2000, *Bull. crim.* n° 204.

²⁶ Décret n° 62-328 du 22 mars 1962, ordonnance n° 62-428 du 14 avr. 1962, loi n° 64-1326 du 17 juin 1966, loi n° 68-697 du 31 juil. 1968.

²⁷ Cass. Crim. 1^{er} avril 1993 : *Bull. crim.* n° 143 ; obs. J-H Robert, *Dr. pénal* 1994, p. 38.

J-H Robert, annotant l'arrêt, admet que :

« cette consternante conclusion ne contredit pas les arrêts Barbie et Touvier qui ont en effet assis leur définition du crime contre l'humanité sur l'accord de Londres du 8 août 1945 »²⁸.

Le nouveau Code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 comporte un nouvel article 212-1 relatif aux crimes contre l'humanité et un article 213-5 qui dispose que l'action relative à ces crimes, ainsi que les peines prononcées, sont imprescriptibles. Ces textes avaient suscité un nouvel espoir chez certaines victimes d'exactions graves non indemnisées qui se sont portées parties civiles sur le fondement de l'imprescriptibilité, pour des faits antérieurs au 1^{er} mars 1994.

La Cour de cassation a jugé que la qualification de crime contre l'humanité résultant du nouveau Code pénal ne pouvait pas s'appliquer à des faits antérieurs à son entrée en vigueur ; cela en application des principes de légalité des délits et des peines et non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère²⁹. En ce sens, l'arrêt du 17 juin 2003, MRAP³⁰ (affaire Aussaresses), confirme que les dispositions de la loi du 26 décembre 1964 et celles du statut du TMI de Nuremberg ne concernent que les faits commis pour le compte des pays européens de l'Axe. Le pourvoi invoquait la coutume internationale relative au crime contre l'humanité, reconnue par l'ensemble des nations, depuis 1945, et ultérieurement intégrée dans l'ordre juridique interne par l'article 212-1 du Code pénal. Il faisait valoir qu'aucune loi d'amnistie ne pouvait s'opposer à la poursuite et à la condamnation de faits dénoncés comme crimes contre l'humanité, dès lors que cette incrimination était issue d'une coutume répressive internationale hiérarchiquement supérieure à la loi interne. La Chambre criminelle a écarté ce moyen au motif que :

« la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant, sous la qualification de crime contre l'humanité, les faits dénoncés par la partie civile ».

²⁸ J-H. Robert, *ibid.*

²⁹ Principes énoncés par les articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 7 alinéa 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 111-3 et 112-1 du Code pénal.

³⁰ Cass. crim. 17 juin 2003 : *Bull. crim.* n° 122. Plaintes intervenues à la suite de la publication, en mai 2001, du livre du général Aussaresses. Livre pour lequel le général a été condamné le 25 avril 2003 par la Cour d'appel de Paris à 7.500 euros d'amende pour apologie de la torture.

Elle a donc fait prévaloir la loi interne sur la coutume internationale. Par ailleurs, la Cour n'a pas répondu sur le moyen tiré de l'application de l'article 7 alinéa 2 de la CEDH (précité), puisqu'elle n'a pas examiné si la coutume internationale relative aux crimes contre l'humanité constituait aussi un principe général de droit tel que défini par cet article. Elle avait pourtant utilisé ce même article pour rejeter le grief de prescription soulevé dans l'affaire Barbie dans son arrêt du 26 janvier 1984.

Il est clair que le juge de cassation refuse manifestement d'aller à l'encontre de la volonté politique manifestée par les lois d'amnistie relatives aux guerres dites de décolonisation.

Aucun indice ne peut être relevé tendant à laisser penser que la Cour de cassation modifierait sa jurisprudence en tenant compte de la qualification juridique attribuée par la loi du 21 mai 2001.

B - UN DISPOSITIF LEGISLATIF NON CONTRAIGNANT

Le devoir de mémoire était l'argument essentiel invoqué pour justifier la qualification de la traite négrière en tant que crime et les mesures visant à assurer la pérennité de cette reconnaissance. La loi avait pour ambition affichée d'instaurer un dispositif mémoriel de poids. Mais ce but n'a pas été atteint. Le point commun aux deux premières hypothèses qui seront envisagées est le défaut d'une quelconque obligation pour le pouvoir réglementaire d'avoir à s'y conformer (1 et 2).

La troisième disposition étudiée, à savoir l'action civile des associations, ne présente aucun caractère innovant (3). Enfin, la disposition relative à la commémoration dépoussière un texte vieux de vingt ans, pour en susciter l'application prévue depuis sa publication en 1983. La commémoration concerne l'aspect apparemment le moins juridique de la loi. Et pourtant, c'est celle qui laisse entrevoir les véritables enjeux de la reconnaissance (4).

1. DES REQUETES EN RECONNAISSANCE DU CRIME DEVANT LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Aux termes de l'article 3 de la loi,

« Une requête en reconnaissance de la traite négrière transatlantique, ainsi que de la traite dans l'océan Indien et de l'esclavage comme crime contre l'humanité, sera introduite auprès du Conseil de l'Europe, des organisations internationales et de l'Organisation des Nations Unies ».

Si la formulation fait ressortir qu'il s'agit bien d'un engagement pris par le législateur, l'Etat français n'a pas manifesté à ce jour l'intention de l'appliquer.

La décision de déposer une requête en reconnaissance devant une Organisation internationale est un acte qui se rattache directement à l'action diplomatique, laquelle est considérée comme une prérogative exclusive et traditionnelle de l'exécutif. A ce titre, elle constitue, très certainement un acte de gouvernement, selon la jurisprudence constante du Conseil d'Etat³¹. La carence relative à un tel acte n'étant pas susceptible d'être déferée devant le juge administratif, il n'existe aucun moyen juridique de contraindre le gouvernement à appliquer l'article 3 de la loi.

2. LE ROLE DE L'ENSEIGNEMENT ET DE LA RECHERCHE

L'article 2 de la loi dispose que :

« les programmes scolaires et les programmes de recherche en histoire et en sciences humaines accorderont à la traite négrière et à l'esclavage la place conséquente qu'ils méritent ».

Il est aussi prévu d'encourager la coopération internationale pour faciliter l'accès aux archives sur la traite et l'esclavage.

Lors des travaux préparatoires, la commission des lois du Sénat avait suggéré la suppression de l'article 2, au motif que le contenu des programmes scolaires relevait du pouvoir réglementaire. Le gouvernement, bien qu'ayant reconnu la nature réglementaire de la disposition, avait néanmoins refusé d'en opposer l'irrecevabilité prévue par l'article 41 de la Constitution. L'article 2 a

³¹ CE 19 févr. 1875, *Prince Napoléon*, D. 1875. 3. p. 18.

donc été rétabli en deuxième lecture à l'Assemblée nationale. Il n'a pas pour autant acquis un caractère législatif incontestable, puisqu'il pourrait faire l'objet de la procédure de déclassement de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution. En vertu de ce texte, le Premier ministre peut, à tout moment, déférer une loi après sa promulgation devant le Conseil Constitutionnel, au motif qu'elle comporterait des dispositions à caractère réglementaire. En cas de requalification de la disposition déferée, celle-ci est délégalisée. Le Premier ministre est alors habilité à la modifier par décret, lequel peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif.

Il est peu probable que l'article 2 soit soumis à une procédure de déclassement. Cet article a été rédigé avant la promulgation de la loi du 23 février 2005 dont l'article 4 a fait l'objet d'une procédure de déclassement à la suite des débats suscités sur le « rôle positif de la présence française outre-mer ». Dans ce cas, la nature réglementaire de cette disposition formellement législative ne pourrait pas être relevée par le juge administratif pour qui la loi est incontestable. Car en vertu du principe d'immunité juridictionnelle, le juge n'a pas compétence pour apprécier la conformité de la loi à la Constitution³².

Le contenu des programmes scolaires est effectivement une compétence du gouvernement conformément à l'article 5 de la loi n°89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation. Celui-ci prévoit que les programmes définissent pour chaque cycle les connaissances essentielles qui doivent être assimilées. Un conseil national des programmes donne des avis ou adresse des propositions au ministre de l'éducation nationale sur la conception générale des enseignements, les grands objectifs à atteindre, l'adéquation des programmes et des champs disciplinaires à ces objectifs et leur adaptation au développement des connaissances.

Si le gouvernement tardait à mettre en œuvre les dispositions de la loi relatives à la recherche et à l'enseignement, un recours pourrait éventuellement être effectué sur le fondement de la jurisprudence *Villemain* qui consacre l'effet utile de la loi³³ :

« Lorsque une loi crée une situation juridique nouvelle, il appartient au pouvoir réglementaire, afin d'assurer la pleine application de la loi, de tirer toutes les conséquences de cette situation nouvelle en apportant, dans un délai raisonnable, les modifications à la

³² CE 6 nov. 1936, *Arrighi*, *D.* 1938. 3. 1. ; CE Ass. 20 oct. 1989, *Roujansky*, *JCP* 1989, n° 21371.

³³ CE Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, n° 220361 228325.

réglementation applicable, qui sont rendues nécessaires par les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes ».

A ce jour, le gouvernement a, semble-t-il, manifesté une certaine volonté d'appliquer l'article 2 avec le décret du 15 janvier 2004, donnant pour mission au Comité de spécialistes qu'il institue de :

« proposer aux ministres chargés de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche des mesures d'adaptation des programmes d'enseignement scolaire, des actions de sensibilisation dans les établissements scolaires et de suggérer des programmes de recherche en histoire et dans les autres sciences humaines dans le domaines de la traite et de l'esclavage »³⁴.

Par ailleurs, le comité est chargé d'attribuer chaque année un prix destiné à récompenser une thèse de doctorat portant sur la traite ou l'esclavage.

Il faut savoir enfin que deux notes de service du ministère de l'éducation nationale, en date du 16 février 2000³⁵, avaient déjà donné pour instruction d'adapter les programmes nationaux d'enseignement d'histoire et de géographie dans les départements d'outre-mer, au motif de leurs spécificités. Des manuels d'enseignement adaptés y sont donc utilisés depuis septembre 2001.

3. L'ACTION CIVILE DES ASSOCIATIONS

L'article 5 est l'unique disposition conférant une éventuelle portée judiciaire à la loi. Il dispose que toute association³⁶, se proposant par des statuts de :

« défendre la mémoire des esclaves et l'honneur de leurs descendants »,

peut exercer les droits reconnus à la partie civile, s'agissant d'infractions de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale, de diffamation et d'injure raciale³⁷.

³⁴ Décret du 15 janv. 2004, art. 5, al. 3 (voir annexe 3).

³⁵ Notes de service n° 2000-024 et 2000-025 : *Bull. Off. Educ. Nat.* n° 8 du 24 février 2000.

³⁶ L'association doit être régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans, à la date des faits.

Il n'était peut-être pas nécessaire de passer par une qualification criminelle pour permettre à ces associations de se constituer partie civile dans une matière correctionnelle. Ces dispositions n'ajoutent quasiment rien à l'arsenal législatif anti-raciste déjà existant. Une association ayant pour but de défendre la mémoire de la traite négrière peut effectivement ne pas être reconnue comme ayant un rôle de lutte contre le racisme. Il était donc souhaitable de leur ouvrir la possibilité de se porter partie civile pour les infractions précitées.

Cependant, il aurait été plus logique de viser l'infraction d'apologie de crime contre l'humanité ; or il n'en n'a pas du tout été question. On a du mal à comprendre la démarche du législateur qui se mobilise pour qualifier un crime contre l'humanité, sans lui assurer un régime juridique particulier en matière de délits par voie de presse, tout comme il l'a déjà fait pour les autres crimes contre l'humanité. C'est comme si le particularisme affiché par la loi avait été gommé dans la répression du délit. Enfin, le texte initial proposait la création d'une infraction de contestation du crime d'esclavage, similaire à celle prévue par la loi Gayssot³⁸ pour les crimes contre l'humanité définis par le statut du TMI de Nuremberg. Mais cela a été supprimé par la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, au terme d'une formulation assez confuse³⁹.

4. L'ENJEU COMMÉMORATIF

L'article 4 modifie la loi n° 83-550 du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage⁴⁰. Il dispose qu'en France métropolitaine, la date de la commémoration nationale est fixée par le gouvernement après la consultation la plus large. Il instaure également un comité de personnalités qualifiées chargées de proposer les grands axes de la politique commémorative, sur l'ensemble du territoire national.

Le principe de la commémoration nationale de l'abolition de l'esclavage par la République française avait été posé par la loi de 1983, qui prévoyait un décret devant en fixer les conditions de célébration sur le

³⁷ Articles 24 (dernier alinéa), 32 et 33 de la loi du 19 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

³⁸ Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990, actuel article 24 *bis* de la loi du 19 juillet 1881 sur la liberté de la presse. La loi était destinée à combler une lacune dans la répression du « révisionnisme ».

³⁹ Rapport de Mme Taubira, *Doc. AN*, n° 1378, p. 44.

⁴⁰ *JO* 1^{er} juil. 1983, p. 1995.

territoire métropolitain. Or, ce décret n'étant toujours pas intervenu au bout de dix-huit années, la loi du 21 mai 2001 a modifié celle de 1983, comme cela vient d'être décrit. Le vide juridique persistant autour de la commémoration nationale peut être le signe, soit de complications liées au choix de la date et/ou des modalités de commémoration, soit d'un manque de volonté politique à régler la question. Quelle que soit la raison de l'abstention du pouvoir réglementaire, elle révèle la difficulté à concevoir cette commémoration dans un espace métropolitain. La commémoration a essentiellement une fonction sociale et politique et les règles juridiques qui la régissent sont conçues pour servir cette fonction. L'acte commémoratif, en tant qu'il traduit les représentations sociales majoritaires dans une société et/ou les choix politiques de l'Etat ou de la collectivité qui commémore, ne peut pas être juridiquement neutre. La commémoration est un mouvement symbolique par lequel une communauté assure et réassure son identité. Elle symbolise les usages sociaux de la mémoire. Acte de mémoire préparé, elle est non pas une réapparition du passé, mais une reconstruction du passé. La commémoration se place comme vecteur de l'adhésion à des choix, des projets que la société nourrit pour elle-même. Le philosophe Paul Ricoeur a montré les enjeux politiques et sociaux des choix historiques et commémoratifs⁴¹. Les usages sociaux de la mémoire sont aussi divers et variés que les logiques identitaires. Cela signifie qu'il y a autant de mémoires que de groupes qui les portent, selon des modalités qu'ils définissent eux-mêmes, en conformité avec leurs reconstructions respectives. Le changement d'attitude face à l'histoire est l'enjeu principal de l'entreprise de commémoration. La commémoration ne peut s'abstraire ni de la sensibilité culturelle, ni de la conjoncture politique.

M. Marc Lastrucci⁴² a mis en relief les difficultés liées à la commémoration de la traite négrière. Il a utilisé comme champ d'étude l'évocation publique à Nantes, de 1983 à 1994, de la traite négrière et de l'esclavage. Expositions, colloques, conférences... plusieurs manifestations d'origine publique et privée avaient été organisées dans la ville qui fut le premier port négrier français. L'analyse des différents champs commémoratifs lui a permis de se rendre compte que la différence, au niveau de l'histoire

⁴¹ Paul Ricoeur, « Les rôles respectifs du juge et de l'historien », *Esprit*, n° 266-267, 2000, p. 483.

⁴² Marc Lastrucci, *L'évocation publique à Nantes de la traite négrière et de l'esclavage. De « Nantes 85 » aux « Anneaux de la mémoire ». 1983-1994*. Mémoire de maîtrise d'histoire contemporaine, (dir. J.-C. Martin), Faculté des lettres et sciences humaines de Nantes, juin 1996.

vécue et transmise entre les trois côtés de l'Atlantique (Europe, Caraïbe, Afrique) détermine, au plan de la psychologie collective, consciente et inconsciente, des motivations et des attitudes différentes. Marc Lastrucci a constaté une divergence flagrante des interprétations du phénomène commémoré. Elle proviendrait, d'après lui, de la différence culturelle engendrée par des mémoires disjointes et de l'opposition entre des quêtes identitaires discordantes⁴³. L'Hexagone aura ainsi tendance à insister sur l'abolition, tandis que l'outre-mer préférera mettre en avant le crime fondateur d'un peuple. Pour les uns, c'est la fin qui compte, pour les autres, c'est le début. À Nantes, les conflits de mémoire ont peu à peu sapé le caractère unanime que les commémérateurs souhaitaient conférer à l'opération.

Mais le poids des tensions qui alimentent une représentation du passé à vocation collective a au moins l'avantage de révéler ce qui, précisément dans ce passé, pose problème.

Le comité de personnalités qualifiées devra être conscient de ces écueils à éviter dans son travail commémoratif. Sa composition, ses missions et ses compétences ont été définies par le décret du 5 janvier 2004⁴⁴. Le comité comprend des personnalités choisies en considération de

« leurs travaux de recherche dans le domaine de la traite ou de l'esclavage ; (de) leur activité associative pour la défense de la mémoire des esclaves ; (et de) leur connaissance de l'outre-mer français »⁴⁵.

Les douze membres actuels ont été nommés par décret du 15 janvier 2004⁴⁶. Le comité a pour mission de proposer aux ministres concernés

⁴³ Selon Marc Lastrucci, (*op. cit.*) les Nantais, « sous l'image obsédante du Noir », recherchent les valeurs républicaines ; Nantes exorciserait, à travers les commémorations, la traite et les démons du colonialisme. Tandis que la communauté antillaise saisit l'histoire de la traite et de l'esclavage comme facteur d'identification et de positionnement par rapport aux autres peuples.

⁴⁴ Décret n° 2004-11 du 5 janv. 2004, *JO* 6 janv. 2004 p. 431. Avant la publication du décret, un comité, constitué de façon informelle, s'était réuni à Paris le 19 mars 2002, sous la présidence de Maryse Condé. Voir annexe 2.

⁴⁵ Article 2 du décret. Le président et les autres membres du comité sont nommés pour une durée de cinq ans par décret du Premier ministre.

⁴⁶ Décret du 15 janv. 2004, *JO* 16 janv. 2004, p. 1222. Parmi les membres : Maryse Condé (présidente, écrivain), Fred Constant (politologue), Marcel Dorigny (historien), Nelly Schmidt (historienne), Françoise Vergès, (politologue). Voir annexe 3.

« l'identification des lieux de célébration et de mémoire sur l'ensemble du territoire national, (ainsi que) des actions de sensibilisation du public »⁴⁷.

La fonction commémorative du comité est beaucoup plus importante qu'elle n'y paraît, car elle peut contribuer à résorber les discordances commémoratives évoquées plus haut. Elle pourrait également, par voie de conséquence, permettre de rapprocher les points de vue et de sortir des positions manichéennes sociales et politiques qui ont affecté la loi du 21 mai 2001. Le comité a proposé la date du 10 mai pour cette commémoration qui correspond à la date d'adoption de la loi du 21 mai 2001. Ce choix a été suivi par le président de la République. On observera qu'il a été précédé de multiples polémiques opposant notamment, d'une part, le « Comité Marche du 23 mai 1998 », favorable à cette date, en souvenir de la marche organisée à Paris le 23 mai 1998, et du 1^{er} jour de libération d'esclaves dans les anciennes colonies françaises, et d'autre part, le Comité et l'Observatoire du Communautarisme qui se sont prononcés pour le 4 février correspondant à la date d'abolition de l'esclavage dans les colonies françaises par les conventionnels en 1794. Cela confirme l'hypothèse de la discordance mémorielle.

Par suite des discours mémoriels faussés, la portée de la loi a été réduite à une peau de chagrin. Et ce sont eux directement qui affectent la signification de la loi, en ce qu'ils permettent de déceler ce que le texte manifeste : un manque de recul suffisant pour appréhender les véritables enjeux de la loi, c'est-à-dire une analyse impartiale et mécanique de la traite et de l'esclavage, insérés à leur juste place de simples outils du concept de colonie. Ils vont aider à le fonder, mais ils n'en sont que les auxiliaires, pendant un temps limité, tout comme l'abolition de l'esclavage, en 1848, était un auxiliaire de la colonisation, sous la II^e République. Il fallait envisager tout cela, ce qui n'a pas été fait ; c'est la raison pour laquelle la signification de la loi est hypothéquée, c'est-à-dire grevée d'un passif provisoire. Ce passif est constitué par les enjeux de la reconnaissance qui n'ont pas été correctement évalués par le législateur. Mais il peut n'être que provisoire car le Comité de spécialistes créé par la loi pourrait, pour l'avenir, être à l'origine d'une prise en considération par les pouvoirs publics desdits enjeux.

⁴⁷ Article 5 du décret n° 2004-11 préc., art. 5, al. 2. Voir annexe 2

II. UNE SIGNIFICATION HYPOTHEQUEE

L'hypothèque est ici envisagée comme l'obstacle qui entrave l'accomplissement des véritables enjeux de la loi. L'exemple de la commémoration nantaise a montré la discordance mémorielle autour d'un projet conçu à l'origine dans l'unanimité. Le phénomène s'est reproduit au niveau législatif en 2001. Pour cette raison, la reconnaissance a été votée sans pouvoir être dotée d'un régime juridique signifiant.

Pourtant, l'unanimité aurait pu être le point de départ d'une discussion impartiale, compte tenu surtout des enjeux du vote, qui requéraient l'objectivité pour être correctement appréhendés. En effet, la qualification d'un crime contre l'humanité signifie qu'on attribue aux faits en cause une importance particulière, une place spécifique au sein de la société. S'agissant de la traite négrière et l'esclavage, cette qualification aurait dû être l'occasion d'envisager leurs tenants et leurs aboutissants, de façon officielle et impartiale. M. Paul Ricoeur a expliqué pourquoi certains positionnements sociaux sont plus exigeants que d'autres :

« Les rôles respectifs de l'historien et du juge, désignés par leur intention de vérité et de justice, les invitent à occuper la position du tiers au regard des places occupées dans l'espace public par les protagonistes de l'action sociale »⁴⁸.

Or, c'est la même intention de vérité et de justice qui avait été affichée lors du vote de la loi. Dans ces conditions, elle appelait le législateur à se placer dans une position d'extériorité, c'est à dire d'impartialité, ainsi que la définit M. Thomas Nagel :

« Notre expérience du monde et presque tous nos désirs relèvent de nos points de vue individuels : nous voyons les choses d'*ici*, pour ainsi dire. Nous sommes aussi capables de penser le monde de manière abstraite, depuis la position particulière qui est la nôtre, en faisant abstraction de ce que nous sommes. (...). Nous pouvons, par la pensée, nous détacher de la position particulière que nous

⁴⁸ Paul Ricoeur, « Les rôles respectifs du juge et de l'historien », *Esprit*, n°266, 2000, p. 50.

occupons dans le monde et nous intéresser à tous sans distinguer particulièrement ce “ je ” que nous nous trouvons être »⁴⁹.

Il s’agit de s’extraire du « lieu d’où l’on parle », car il conditionne la vision du réel et son analyse subséquente. Seul ce recul permet l’efficacité.

Mais ici, la lecture attentive des comptes-rendus des débats parlementaires révèle les constructions et les stratégies politiques des uns et des autres, autour de la reconnaissance à effectuer par la loi. Dans le cadre de ce débat politique, la subjectivité personnelle (celle du « lieu d’où l’on parle ») a pris le pas sur la subjectivité partisane traditionnelle (celle du parti ou du courant politique représenté). L’orientation du discours a été surdéterminée par les finalités politiques attribuées à l’histoire instrumentalisée, non pas selon le traditionnel clivage droite/gauche, mais en fonction du critère culturel et géographique : outre-mer/métropole. En effet, l’histoire des faits désignés comme constituant le crime contre l’humanité a été adaptée aux fins de légitimation de la reconnaissance, celle-ci étant différemment envisagée par la métropole et par l’outre-mer.

Cependant, dans les deux cas, le devoir de mémoire a été invoqué pour justifier la reconnaissance comme constituant une insertion des faits dans la mémoire collective, afin d’effacer l’oubli et le silence qui auraient été imposés depuis 1848 comme éléments fondateurs de la société issue de la servilité. Les conséquences supposées de ce phénomène sur les populations d’outre-mer sont exposées par le secrétaire d’Etat à l’outre-mer, M. Christian Paul :

« l’injonction de l’oubli a enfermé les populations d’outre-mer dans un processus de refoulement dont elles sont restées prisonnières. (...) Le silence (...) fige une société dans un passé qui la traverse de part en part et, en cela, il hypothèque l’avenir »⁵⁰.

La loi qui nomme est présentée comme brisant le silence et l’oubli. Et la subjectivité des visions politiques parallèles (A) occulte alors la complexité de la réalité (B).

⁴⁹ Thomas Nagel, *Egalité et partialité*, PUF, Paris, 1994, cité par Paul Ricoeur, « Les rôles respectifs du juge et de l’historien », *op. cit.*

⁵⁰ *JO CR Déb. S.*, séance du 10 mai 2001, p. 1875.

A - DEUX INTERPRETATIONS REDUCTRICES ALLEGUEES

L'interprétation métropolitaine de la reconnaissance sert la mise en valeur du mythe républicain, tandis que celle de l'outre-mer vise à utiliser la qualification juridique criminelle pour justifier une spécificité dans les départements d'outre-mer, fondement de nécessaires réparations. Elles sont toutes deux réductrices, mais elles ont l'avantage de révéler, sans ambages, la différence des enjeux de la reconnaissance, pour l'outre-mer et pour la métropole. Cette différence s'explique par le fait que les protagonistes, à travers l'acte de reconnaissance d'un fait juridique, ont voulu signifier leur propre reconnaissance, c'est-à-dire s'identifier, se reconnaître (pour les uns) et se faire reconnaître (pour les autres). Pour la métropole, la reconnaissance législative du crime contre l'humanité sert la reconnaissance de la République. Pour l'outre-mer, elle est l'expression de la reconnaissance des populations d'outre-mer, dans une altérité à part entière (1).

Ces discours politiques sont servis par l'instrumentalisation de la mémoire, c'est-à-dire la justification de la reconnaissance législative par la théorie non vérifiée de l'oubli de la servitude depuis 1848 (2).

1. DEUX VISIONS SIMPLISTES PARALLELES

Les discours de la métropole et de l'outre-mer apparaissent comme rigoureusement parallèles ; ils peuvent être chacun schématiquement résumés comme suit :

Abolition / République / [1848/2001 : oubli] / officialisation / exclusion des réparations

Esclavage / naissance / [1848/2001 : oubli] / conséquences actuelles / réparations

a- Les élus métropolitains et les représentants du gouvernement ont une perception historique des faits, dans laquelle ils mettent en avant l'abolition de l'esclavage, comme l'œuvre de la République. Les propos de la ministre de la justice, Mme Elisabeth Guigou, s'agissant de l'abolition de 1848, sont explicites :

« La France, pays des droits de l'homme proclamait enfin que l'esclavage était un attentat contre la dignité humaine, qu'il constituait une violation flagrante du dogme républicain : « Liberté, Égalité, Fraternité »⁵¹.

La République a mis fin à la servitude sur le continent aussi bien qu'outre-mer :

« C'est la République française qui a mis fin à la traite et à l'esclavage, héritage de l'Ancien Régime, qui enserrait les sujets du Roi de France dans un système féodal »⁵².

Dans sa générosité, elle a accordé la citoyenneté aux anciennes populations asservies :

« Des républicains courageux (...) ont ouvert la voie à l'abolition (...). C'est cette République-là que nous aimons et que nous portons. (...) L'abolition est le début d'une ère nouvelle qui concorde avec l'affirmation de la citoyenneté »⁵³.

Ainsi, la reconnaissance du crime contre l'humanité tourne autour de la reconnaissance de l'œuvre républicaine. Elle exalte le modèle de 1848 de l'application des principes républicains outre-mer : le don de la liberté par l'abolition, l'accès à l'égalité par le bénéfice de la citoyenneté ; et la fraternité universelle qui n'a pas de limite géographique, avec pour preuve son application à tout l'outre-mer. Dans la même lignée, la loi de reconnaissance du crime contre l'humanité est l'œuvre de la République, qui assume sa responsabilité envers l'outre-mer : en nommant le crime, elle le sort de l'oubli et le répare ainsi par l'officialisation suprême de la loi. Dès lors, toute autre réparation est exclue. L'indemnisation du travail serf en 1848 est constituée par l'octroi de la citoyenneté. La réparation en 2001 s'identifie à la reconnaissance législative⁵⁴.

En droit interne, le principe de l'obligation de réparation est énoncé à l'article 1382 du Code civil. La jurisprudence (tant civile qu'administrative) conçoit la réparation comme une indemnisation destinée à compenser le dommage subi. L'indemnisation est attribuée en réparation

⁵¹ *JO CR Déb. AN*, 1^e séance du 18 février 1999, p. 1639.

⁵² *JO CR Déb. AN*, 1^e séance du 18 février 1999, p. 1640 (Louis Mermaz).

⁵³ *JO CR Déb. AN*, 1^e séance du 18 février 1999, p. 1643 (Georges Sarre).

⁵⁴ La ministre de la justice, Elisabeth Guigou, a bien précisé qu'il n'y avait « pas de conséquence juridique » à la reconnaissance. *JO CR Déb. AN*, 1^e séance du 18 février 1999, p. 1640.

d'un préjudice, mais elle n'est qu'une forme de réparation, même si le droit français n'en applique pas d'autres. En droit international, la réparation a lieu par indemnisation, par la remise des choses en l'état, ou encore par la satisfaction. Il s'agit dans ce dernier cas de regrets exprimés ou d'excuses présentées par l'Etat responsable. La réparation par la reconnaissance législative semble donc s'apparenter, dans l'esprit du législateur métropolitain, à cette dernière hypothèse.

S'il est vrai que le décret d'abolition de l'esclavage du 27 avril 1848 proclame la liberté en même temps que la citoyenneté, l'attribution des droits civils et politiques ne suffira pas à permettre l'accès à l'égalité réelle. Victor Schœlcher en était parfaitement conscient, puisqu'il avait proposé des mesures visant à attribuer des terres aux nouveaux citoyens, ainsi qu'à leur dispenser des formations professionnelles. Le courant en faveur d'une indemnisation concrète des esclaves était minoritaire, mais bien réel chez les abolitionnistes. Dès le XVII^e siècle en effet, un prêtre capucin avait argumenté juridiquement en faveur de la restitution, par les maîtres, des fruits des travaux des esclaves et de l'indemnisation de leurs dommages⁵⁵.

Ces idées ne se sont finalement pas imposées en 1848, pour plusieurs raisons, dont l'activisme efficace des milieux coloniaux. Mais les conditions de l'obtention d'une égalité effective au profit des nouveaux citoyens ont été sérieusement discutées. Les débats relatifs à l'attribution de l'indemnité coloniale aux propriétaires d'esclaves ont donné lieu à de véritables empoignades entre députés⁵⁶.

Au total, les conséquences de l'abolition ont donc été en deçà de ce qui avait été prévu par plusieurs républicains qui avaient conscience des insuffisances de la citoyenneté théorique. La République a appliqué l'abolition en faisant des choix assumés, mais dont elle connaissait les faiblesses : la réalité de l'abolition est loin d'une application modèle des principes républicains outre-mer.

Les explications de l'interprétation purement républicaine de la reconnaissance du crime contre l'humanité trouvent leur source dans les fondements juridiques et constitutionnels français. Dans la tradition française, le concept de République, entendu comme synonyme de

⁵⁵ Epiphane de Moirans, *Défense juridique de la liberté naturelle des esclaves*, 1685, réimpression par la Société d'Histoire de la Martinique, 1995.

⁵⁶ *Moniteur* du 24 avril 1848.

démocratie, présente diverses caractéristiques qui unissent le droit à la symbolique.

La République est idéale. M. Norbert Rouland parle ainsi des mythes de notre droit positif que l'Etat utilise pour donner à la société une image d'elle-même qui ne correspond pas à sa structure réelle. Le mythe sert le droit car sa portée transcende le sens du signe qu'il utilise. Dans le mythe de l'Etat moderne, celui-ci se présente toujours comme le garant des valeurs fondamentales d'une société, le gardien du droit, le protecteur des citoyens. L'évocation de 1848 qui vient d'être décrite est, à ce titre, conforme au mythe, même si les choix concrets de 1848 ne le sont pas. Par ailleurs, la reconnaissance ne peut être centrée que sur la République, car en vertu du pacte républicain, la République est une et indivisible. L'indivisibilité est la marque de l'Etat centralisé et souverain. Dans ces conditions, l'égalité « à la française » suppose l'uniformité ; l'Etat ne reconnaît en son sein ni communautarisme, ni minorités. Le pouvoir étatique s'exerce sur un territoire conçu comme un espace géographique homogène. Sur ce territoire, la Nation est le seul groupe reconnu. Elle est la source de toute légitimité. M. Norbert Rouland⁵⁷ a décrit combien la France s'était imprégnée de ces conceptions dès le XVIII^e siècle. L'homogénéité juridique s'exprime dans l'affirmation de la consubstantialité entre l'Etat, le peuple et le droit. Dans ces conditions, accepter le principe des réparations, c'est reconnaître l'existence de minorités. La reconnaissance doit concerner toute la Nation et rien que la Nation. Pour cela, elle doit rester symbolique.

b- Les élus de l'outre-mer font valoir que le crime contre l'humanité est « l'acte fondateur d'un peuple »⁵⁸, dont les « blessures restent vivaces »⁵⁹. Ils présentent les difficultés actuelles des départements d'outre-mer comme résultant largement des conséquences de la servitude. Ces sociétés seraient « encore profondément marquées par les conditions dans lesquelles elles ont pris naissance »⁶⁰. Il est fait état du rôle prégnant du passé. Dans le domaine économique, celui-ci expliquerait, selon eux, le mal-développement, la dépendance à l'économie du sucre et la répartition inéquitable des terres.

⁵⁷ Norbert Rouland, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, 1994, p. 381.

⁵⁸ *JO CR Déb. AN*, 1^e séance du 18 février 1999, p. 1645 (Anicet Turinay).

⁵⁹ *JO CR Déb. AN*, 1^e séance 18 février 1999, p. 1649 (Alfred Marie-Jeanne).

⁶⁰ *JO CR Déb. S*, séance du 23 mars 2000, p. 1575 (Claude Lise).

Dans le domaine social, il serait à la base de la fragilité de la cohésion sociale. Au niveau psychologique, il alimenterait l'essentiel du mal-être antillais. La reconnaissance législative du crime contre l'humanité serait alors

« la manière la plus forte de cicatriser les plaies encore trop fragiles de ceux dont les ancêtres furent esclaves »⁶¹.

Car, en dépit du temps passé, les populations d'outre-mer vivent encore leur origine comme un lourd handicap :

« C'est de ce crime-là que nous sommes nés, nous autres peuples de l'outre-mer français. De lui procède notre premier vagissement. (...) C'est de ce crime-là que viennent nos premiers pas de déracinés toujours en quête d'une identité habitable. (...) Le vrai problème réside dans le fait que la grande majorité de la société française ne voit pour nous qu'un destin d'assujettis, de dominés, d'assistés, de parasites, c'est à dire un destin de sous-hommes, de citoyens de seconde classe et des français bâtards.

La meilleure des indemnisations consisterait en la mise à mort de ce préjugé colonial, au profit de l'émergence d'une véritable entreprise d'intégration (...) et d'une recherche d'un partenariat équitable et émancipateur. (...) Le chemin à parcourir passe par la reconnaissance pleine et entière de notre droit à l'éminente dignité de toute condition humaine »⁶².

« Le peuple français, auquel les Martiniquais sont sincèrement et profondément attachés, doit éradiquer l'ultime séquelle du génocide : reconnaître le peuple nouveau, le peuple autre qu'est le peuple martiniquais, dans un ensemble français indivisible, qui, parce qu'il se reconnaîtra pluriracial, pluriculturel, plurinational, sera d'autant plus solidaire et d'autant plus fraternel »⁶³.

Les termes employés par les élus de l'outre-mer sont sans aucune équivoque. Il n'est pas question dans cette étude de déterminer la réalité ou l'inexistence du regard inférieurisant de la métropole sur l'outre-mer. Mais il est certain que les élus de ces départements ont invoqué un tel regard pour demander que la loi soit l'occasion de changer ce supposé préjugé.

⁶¹ *JO CR Déb. AN*, 1^e séance 18 février 1999 p. 1644 (Anicet Turinay).

⁶² *JO CR Déb. A.N.*, 1^e séance 18 février 1999 p. 1651 (Léo Andy).

⁶³ *JO CR Déb. AN*, 1^e séance 18 février 1999 p. 1655 (Camille Darsières).

Ils conçoivent alors la reconnaissance du crime contre l'humanité comme leur reconnaissance par la métropole : la reconnaissance d'une altérité à part entière qui leur aurait été refusée jusqu'alors. L'affirmation de l'identité est conçue comme passant par le regard de la métropole. Celle-ci ne doit pas se contenter de sortir le crime de l'oubli en le qualifiant. Nommer le crime n'est pas le réparer. Selon les parlementaires, des réparations, morales à tout le moins, s'imposent ; mais ils se disent opposés à l'indemnisation financière individuelle. Il est intéressant à cet égard de noter le romantisme qui entoure cette question. Les différentes interventions révèlent un manque de réflexion claire et aboutie. Il est question d'une solidarité plus forte de la France à l'égard de l'Afrique, de l'annulation de la dette du Tiers-Monde, du recul du racisme... Il apparaît ainsi que les élus de l'outre-mer, les premiers concernés, n'avaient pas sérieusement réfléchi à la question. Seule la responsabilité de l'Europe est évoquée. Pourtant la responsabilité de l'Afrique est également historiquement établie dans l'approvisionnement en captifs. Que l'Afrique ait subi par ailleurs les conséquences d'une ponction humaine conséquente ne change rien à sa responsabilité concernant la production de captifs.

Les réparations de l'esclavage dans les départements d'outre-mer ne sont pas plus clairement envisagées. Elles le sont sur le fondement des particularismes actuels qui seraient nés des conséquences du régime serf. Les réparations consisteraient à leur réserver un traitement particulier destiné à en corriger les effets néfastes. Toute indemnisation étant subordonnée à l'existence d'un préjudice effectif, il faudrait au préalable identifier avec certitude les survivances de l'esclavage. Par ailleurs, le recours à la notion de spécificités par les élus d'outre-mer renvoie à un cadre juridique existant et justement prévu pour les spécificités des départements d'outre-mer : l'article 73 de la Constitution. Selon la version d'origine de cet article, le régime législatif et l'organisation administrative des DOM peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière. Depuis la révision constitutionnelle de 2003, l'article dispose que les lois et les règlements peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux contraintes et caractéristiques particulières de ces sociétés. Les mesures de réparation, telles qu'elles ont été envisagées lors des débats, pourraient trouver à s'insérer dans le cadre de l'article 73, puisqu'elles ont été présentées comme des mesures ayant pour objet de prendre en compte les spécificités des départements d'outre-mer, car ce qui compte, c'est l'efficacité de la norme édictée ; il n'est pas besoin de la désigner spécifiquement comme étant une réparation.

L'outre-mer s'érige en victime. La métropole se glorifie de l'abolition par la République. Dans le cadre du débat public parlementaire, les acteurs du jeu politique ont joué leur rôle partisan. Cependant, cette attitude révèle l'enracinement des représentations sociales dangereusement persistantes, tout autant qu'elle y contribue.

Enfin, de part et d'autre, la reconnaissance législative est présentée comme le symbole de choix politiques fondamentaux effectués au titre du devoir de mémoire et de la rupture d'un oubli allégué. Cette instrumentalisation de la mémoire sous-tendait les deux discours politiques.

2. UN MEME FONDEMENT : L'INSTRUMENTALISATION DE LA MEMOIRE

Mme Myriam Cottias a soutenu l'idée d'un troc républicain⁶⁴ : l'oubli du passé contre la citoyenneté. Mais l'accession à la citoyenneté par l'oubli aurait été empêchée du fait du ressentiment, ressort essentiel, selon Myriam Cottias, de l'histoire des rapports sociaux en Martinique. Cette thèse a été critiquée par M. Michel Giraud pour qui les populations d'outre-mer n'auraient pas oublié. En 1848, l'oubli aurait bien été organisé politiquement pour conjurer le péril que représentait l'émancipation des nouveaux libres. Mais il n'y aurait pas eu d'oubli effectif, car les inégalités issues de la servitude auraient perduré au sein de la société martiniquaise. Michel Giraud en veut pour preuve la permanence d'une idéologie de résistance : 1848 et 1946, abolition et départementalisation relèvent de la même dynamique, à savoir la revendication d'une égalité dans la continuité d'une relation avec la métropole⁶⁵.

⁶⁴ Myriam Cottias, « L'oubli du passé » contre la « citoyenneté » : troc et ressentiment à la Martinique (1848-1946) », in Fred Constant et Justin Daniel (dir.), *Cinquante ans de départementalisation outre-mer*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 293. Pour Myriam Cottias, l'oubli est l'expression de l'idéal républicain. Le vouloir-vivre ensemble suppose de faire taire les antagonismes pour une participation au projet politique.

⁶⁵ Selon Michel Giraud, l'idéal d'émancipation vise la conquête de l'égalité sociale et politique au sein de l'ensemble national français, débarrassé de ses structures coloniales inégalitaires. Car ces populations assujetties par la servitude ne pouvaient pas envisager l'avènement d'une souveraineté nationale et revendiquer une altérité radicale vis-à-vis du colonisateur (à l'inverse d'autres populations, colonisées sur la terre et dans la culture de leurs ancêtres). Sur ce point voir, par exemple, Michel Giraud, « Les enjeux présents de la mémoire

En 1998, lors de la commémoration du cent cinquantième de l'abolition, les élus de l'outre-mer auraient spéculé sur un oubli généralisé inventé pour promouvoir l'exigence des réparations de l'esclavage.

Le choix politique de l'occultation⁶⁶ de l'esclavage en 1848 ne fait aucun doute. L'impossibilité populaire d'un oubli réel ne fait, non plus, aucun doute. Ce que Myriam Cottias désigne comme un ressentiment, Michel Giraud le qualifie « d'idéologie de résistance ». Mais il s'agit bien de la même réalité. Une réalité qui n'est pas silencieuse, loin de là : entre le mouvement littéraire de la négritude et les revendications politiques à visée égalitaire, les voix de l'outre-mer n'ont jamais manqué de se faire entendre depuis 1848. Par ailleurs, l'argument de l'outre-mer enfermé dans un « processus de refoulement » a pour avantage principal de magnifier la loi qui dit, la loi qui nomme. Il contribue à la mythification de la République : responsable de l'abolition, elle sera désormais également responsable de l'officialisation du crime (deux actes équivalents de courage et de grandeur). Le refoulement allégé par les élus de l'outre-mer donne l'image de populations qui souffrent en silence, et dont la souffrance se transmet de génération en génération sans pouvoir être exprimée.

L'indignation de l'outre-mer, tout autant que l'autosatisfaction républicaine de l'abolition, permettent chacune d'occuper une position morale confortable et d'éviter de se confronter à la complexité des faits⁶⁷. La subjectivité simplificatrice de ces discours dissimule les éléments essentiels de compréhension de la traite négrière transatlantique et du système serf colonial. Ceux-ci sont pourtant évidents, dès lors que le leurre de l'oubli est écarté et que les faits sont abordés comme une histoire quelconque, au sens rhétorique ou logique du terme⁶⁸.

de l'esclavage » in Patrick Weil & Dufoix Stéphane (eds), *L'esclavage, la colonisation, et après*, Paris : PUF, 2005, pp. 533-558.

⁶⁶ L'occultation désigne des événements dissimulés. L'action d'occultier suppose une volonté qui n'existe pas dans celle d'oublier, puisque l'oubli relève d'une action involontaire et inconsciente. Occulter, c'est donc choisir de faire semblant d'oublier.

⁶⁷ Des chercheurs mettent régulièrement en garde contre les discours simplistes sur la traite négrière et la colonisation. Parmi eux, N. Bancel, P. Blanchard, F. Vergès : *La république coloniale, essai sur une utopie*, Albin Michel, 2003 ; F. Renault, S. Daget : *Les traites négrières en Afrique*, Karthala, Paris, 1985.

⁶⁸ C'est la « méthode clinique » selon S. Daget et F. Renault. *op. cit.*

B - UNE REALITE COMPLEXE IGNOREE

La délimitation des faits constitutifs du crime contre l'humanité est approximative, car elle est le résultat du compromis entre deux points de vue simplistes. Les termes employés ne traduisent pas exactement la réalité que la loi a pour objet de reconnaître.

En effet, la traite et l'esclavage n'étaient que les moyens employés pour fournir aux colonies la main d'œuvre nécessaire à la culture de la canne à sucre. C'est sur cette dernière que reposait le pacte colonial en vertu duquel les colonies ne devaient servir qu'au seul intérêt de la métropole. Le concept de la colonie est né et s'est ainsi développé de façon empirique. La structure serve de ces sociétés a nécessité une organisation juridique ségrégationniste destinée à en assurer le fonctionnement. L'abolition de l'esclavage en 1848, telle qu'elle a été conçue et appliquée, a eu une double conséquence. D'une part, elle a favorisé la reconfiguration des sociétés inégalitaires des îles à sucre, par l'effet de l'indemnité coloniale. D'autre part, elle a servi de légitimation pour la constitution d'un nouvel empire colonial par la III^e République : il s'agissait alors de libérer les peuples asservis et de leur apporter simultanément les Lumières de la République. De ce point de vue, le renouveau de la théorie coloniale a été une application de la conception française universaliste des droits de l'homme, réinterprétée à la lumière de « l'évolutionnisme juridique unilinéaire »⁶⁹. En vertu de ce concept (admis au moins jusqu'en 1945), les sociétés humaines sont un ensemble cohérent et unitaire soumis à des lois identiques de transformation, l'évolution se traduisant par une complexification des institutions visées.

« En établissant une continuité entre les sociétés les plus primitives et les (sociétés européennes), l'évolutionnisme légitimait l'œuvre coloniale comme instrument d'accélération de l'histoire : soumettre ces peuples, c'était les civiliser »⁷⁰.

Le droit colonial visait alors à « l'amélioration de l'indigène »⁷¹ et édictait, pour ce faire, des règles contraignantes et sévères, dans un cadre juridique qui avait fait des colonisés des sujets français, mais pas des citoyens. C'est ainsi qu'au nom de l'égalité républicaine, la République française a recréé un droit ségrégationniste, en vigueur jusqu'à la fin de la

⁶⁹ Selon l'expression de Norbert Rouland.

⁷⁰ Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 35.

⁷¹ Georges Hardy, *Nos grands problèmes coloniaux*, Paris, Armand Colin, 1929, p. 216.

Seconde guerre mondiale. Seules les colonies où l'abolition de l'esclavage était intervenue en 1848 connaissaient le régime unique de citoyenneté, comme en France métropolitaine. Leur départementalisation en 1946 a été demandée et accordée au nom de l'aboutissement du processus historique d'assimilation égalitaire. Mais l'application effective de l'identité législative s'est révélée juridiquement incomplète et insatisfaisante⁷².

C'est ainsi que la solution législative d'une énonciation juridique approximative (1) dissimule mal le défaut d'une nécessaire analyse historique (2).

1. UNE ENONCIATION JURIDIQUE MANIFESTEMENT APPROXIMATIVE

Les faits retenus comme constituant le crime contre l'humanité sont largement définis. Il s'agit de :

- la traite négrière transatlantique, la traite dans l'Océan Indien et l'esclavage ;
- perpétrés à partir du XV^e siècle ;
- aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'Océan Indien et en Europe ;
- à l'encontre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes.

La première version de la proposition de loi mentionnait les seules populations africaines⁷³, mais la délimitation des victimes a été élargie aux populations indiennes et amérindiennes. Cela correspond à la volonté politique affichée

« d'inclure l'ensemble des peuples qui ont été victimes de la traite et de l'esclavage »⁷⁴.

⁷² François Miclo, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica, Paris, 1982.

⁷³ La proposition faisait état de la déportation des populations par les puissances européennes. La notion de déportation et la référence aux Etats européens ont été supprimées avant les débats, pour des raisons qui n'apparaissent pas dans les documents officiels. Ainsi, faute d'éléments de compréhension, il ne sera pas fait de commentaire sur ces deux points qui méritaient pourtant d'être signalés.

⁷⁴ JO CR Déb. AN, 1^{re} séance du 18 février 1999, p. 1658 (amendement de Louis Mermaz).

Mais les événements vécus par ces populations débordent la réalité de la qualification juridique des faits spécifiquement visés. En effet, l'esclavage des Amérindiens était interdit. Ils relevaient d'un statut juridique particulier qui leur permettait de bénéficier de lettres de naturalité. Quant aux Indiens du sous-continent asiatique, ils ont été amenés dans les colonies après l'abolition de l'esclavage, sous contrat d'engagement. Juridiquement ils n'étaient pas des esclaves. Ni les uns ni les autres n'étaient soumis au Code noir, même si, dans certains cas, leur situation concrète a pu ne pas être plus enviable que celle des esclaves.

On peut se demander par ailleurs si le choix du terme « population » pour désigner les victimes correspond à la réalité de cet esclavage dont le fondement racial a été largement évoqué. En effet, pour circonscrire les groupes humains ayant fait l'objet du crime contre l'humanité, la loi du 21 mai 2001 utilise le concept de « population », alors que les notions de « race » et de « racisme » étaient au centre des débats. Les populations sont désignées selon leur lieu d'origine. La population n'est pas une notion habituelle de droit interne français⁷⁵. Ce terme a été récemment introduit dans la Constitution : pour la Nouvelle-Calédonie en 1998⁷⁶ et pour l'outre-mer⁷⁷ en 2003. On peut s'interroger sur l'effectivité du concept de « populations d'outre-mer ». Ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont encore fourni d'indice sur ce point. Par ailleurs, la notion de race, bien que souvent utilisée, n'est pas définie. Le droit français prohibe les distinctions fondées sur l'origine, la race ou l'ethnie, sans expliciter aucun de ces concepts⁷⁸.

Dans le cadre de la loi du 21 mai 2001, il s'agit de déterminer le fondement de la servitude :

⁷⁵ En droit international, la population est un élément constitutif de l'Etat. Elle peut être multiraciale et/ou plurinationale.

⁷⁶ Article 76 de la Constitution : « Les populations de la Nouvelle-Calédonie sont appelées à se prononcer avant le 31 décembre 1998 sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa » (loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998).

⁷⁷ Article 72-3 de la Constitution : « La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité » (loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003).

⁷⁸ Norbert Rouland, explique qu'il s'agit d'une tradition juridique française du refus de la diversité ; celle-ci étant perçue comme une menace par rapport à la mythologie fondatrice du régime républicain. Car en France, contrairement au reste de l'Europe, c'est l'Etat qui a construit la Nation, et non l'inverse. L'ordre juridique français interne s'appuie toujours sur des représentations issues de l'époque révolutionnaire : l'homogénéité du corpus social et l'identification entre l'Etat, le peuple et le droit. Norbert Rouland, *op. cit.*

- Si les faits visés par la loi ont été commis à l'encontre de certains groupes humains en fonction de leur lieu de provenance, le concept de population convient.
- S'ils l'ont été en considération de la « race », alors, le choix du terme « population » est inapproprié. Il devrait être remplacé par la « race », catégorie juridique effective, même si elle n'a pas été définie.

La traite transatlantique est née de motifs économiques. Une économie coloniale conçue autour de la culture et du commerce de la canne à sucre. Le droit a accompagné et encadré l'organisation de la traite et du travail dans les plantations. De 1635 à 1848, les colonies françaises étaient régies par un droit ségrégationniste : l'état des personnes était fondé sur une classification raciale : libres d'origine européenne, libres « de couleur » et esclaves. La liberté des personnes « de couleur » pouvait être supprimée par le retour à la servitude à titre de sanction, ce qui n'était pas le cas pour les personnes libres d'origine européenne. En 1805, plusieurs dispositions du Code civil ont dû être déclarées inapplicables lors de sa promulgation en Martinique, car elles étaient contraires à la réglementation ségrégationniste alors en vigueur. Ainsi, la société coloniale servait incontestablement un fondement racial⁷⁹. Une personne est dite « de couleur », même si elle ressemble physiquement à un Européen, dès lors qu'elle est d'ascendance noire, même partielle, et quelle que soit l'ancienneté de cette ascendance. Elle est alors soumise aux normes régissant l'état des « libres de couleur ». Cette normativité raciale se comprend aisément : la société antillaise d'alors, société de plantation, avait été créée et organisée sur un fondement racial. Le maintien de l'ordre public passait nécessairement par la préservation des barrières raciales⁸⁰.

Pour autant, la « race » ne fait pas, et n'a jamais fait l'objet, jusqu'à ce jour, d'une définition juridique⁸¹. Or, dans le cadre du débat ayant précédé

⁷⁹ Les autres sociétés coloniales françaises post-abolitionnistes auront aussi un tel fondement. Le code de l'indigénat en est l'exemple le plus significatif. La ségrégation juridique, inventée aux Antilles pour les besoins de l'esclavage, ne quittera plus le droit français jusqu'en 1946.

⁸⁰ A. Gisler a bien montré que cette société était basée sur un ordre public précaire, sans principe intérieur de stabilité ; A. Gisler, *L'esclavage aux Antilles françaises*, Paris, Karthala, 1981. Y. Debbasch a fait une analyse similaire s'agissant du régime juridique des libres de couleur ; Y. Debbasch, *Couleur et liberté, le jeu du critère ethnique dans un ordre juridique esclavagiste*, Paris, Dalloz, 1967.

⁸¹ Lors de la révision constitutionnelle de décembre 2002, Victorin Lurel, député de la Guadeloupe, avait déposé un amendement visant à supprimer le mot « race » de l'article 1^{er} de

l'adoption de la loi du 21 mai 2001, le consensus politique a été acquis autour de la reconnaissance de ce crime contre l'humanité, précisément pour combattre le racisme. Il semble dès lors y avoir un paradoxe à prétendre vouloir résoudre un problème, qui n'est même pas nommé dans le texte qui est justement censé le résoudre. Il n'a jamais été question de « race », même dans la première version de la proposition de loi. En droit positif, il est vrai que la notion de « race » n'est employée que pour prohiber les distinctions raciales.

Il pourrait y avoir difficulté à définir un concept que la science récuse depuis une cinquantaine d'années, mais qui est effectif en tant que représentation sociale⁸², car durablement enraciné dans la culture française depuis des siècles. Pierre-André Taguieff⁸³ a fait la synthèse historique des doctrines raciales françaises, dont il a analysé les formes de survivance actuelles. Ce n'est pas l'idée de la supériorité d'une « race » qui importe, mais le fait que la « race », en tant que telle, a une valeur. La force du mythe racial est indépendante de la scientificité de l'analyse raciologique. C'est pour cela que le droit pénal français est obligé d'utiliser la notion de race : bien qu'elle soit scientifiquement niée, seule la notion de race permet d'incriminer certains faits répréhensibles dont elle est à l'origine. Car pour un certain nombre d'acteurs sociaux, des différences fondées en nature servent à classer les individus et à les traiter inégalement. Les pouvoirs publics commencent à peine à prendre conscience de ce problème. Le changement a été amorcé par le rapport du Haut-Conseil à l'intégration sur les discriminations en 1998⁸⁴. Le critère de la nationalité a été remis en cause comme non pertinent, car les discriminations peuvent affecter « des Français de couleur ». M. Didier Fassin analyse ce changement comme radical,

« puisqu'au rebours d'une pratique habituelle consistant à occulter tout ce qui peut qualifier des différences en nature, il y a reconnaissance du fondement racial de cette inégalité spécifique. (...) »

la Constitution et à le remplacer par « origine ». L'amendement a été rejeté, sur avis conforme de la Commission des lois, au motif que le droit pénal était obligé d'employer le mot race afin de pouvoir condamner le racisme. *JO CR Déb. AN*, 2002, n° 63, 22 novembre 2002, p. 5491.

⁸² « Toute réalité est représentée, c'est-à-dire appropriée par l'individu ou le groupe, reconstruite dans son système cognitif, intégrée dans son système de valeurs dépendant de son histoire et du contexte social et idéologique qui l'environne », Jean-Claude Abric, *Pratiques sociales et représentations*, Paris, PUF, 1994, p. 12.

⁸³ P-A. Taguieff, *La couleur et le sang. Doctrines racistes à la française*, Paris, Fayard, 2002.

⁸⁴ Haut-Conseil à l'intégration, *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1998.

Désormais donc, dans le langage officiel, la discrimination existe et elle est raciale »⁸⁵.

Pour les pouvoirs publics, parler de discrimination raciale, c'est lever un voile sur une réalité jusqu'alors indicible dans l'espace public, parce que la discrimination met en cause le principe d'égalité qui constitue un fondement de l'idéologie républicaine dont se prévalent consensuellement les responsables politiques. Mais également parce que, selon Didier Fassin, on signifie que l'inégalité puise sa justification dans des différences naturalisées, voire biologisées.

« La reconnaissance d'une discrimination raciale révèle ainsi l'échec du modèle qui a précisément servi à l'occulter. L'omniprésence du discours sur l'intégration a en effet longtemps fonctionné comme un obstacle à l'énonciation du phénomène. (...) On ne peut plus se contenter d'invoquer les différences culturelles avec les immigrés, car on n'a plus affaire, pour l'essentiel, à une population étrangère : quel que soit le nom que l'on donne au phénomène, il trace bien des frontières au sein même de la société nationale. En cela, la reconnaissance de la discrimination raciale constitue, pour les pouvoirs publics, une épreuve de vérité »⁸⁶.

La loi du 21 mai 2001, en n'abordant pas franchement la question de la « race », a ignoré cette évolution des pouvoirs publics et a manqué son but affiché de servir la lutte contre le racisme.

2. UNE NECESSAIRE ANALYSE HISTORIQUE

De 1660 à 1790, pendant plus d'un siècle, le sucre a été la raison d'être des îles⁸⁷. Il a assuré à la France des finances capables de lui donner une armée de terre et une flotte de guerre puissantes. La traite négrière effectuée par la France vers ses colonies avait pour but de fournir la main-d'œuvre nécessaire à la culture de la canne à sucre dans les plantations. Les possessions d'outre-mer étaient alors régies par le pacte colonial (système dit

⁸⁵ Didier Fassin, « L'invention française de la discrimination », *Rev. Fr. Sc. Po.*, vol. 52, n° 4, 2002, p. 406.

⁸⁶ Didier Fassin, *op. cit.*, p. 414.

⁸⁷ Aux Antilles : Guadeloupe, Martinique et Saint-Domingue, principalement. Dans l'océan Indien : Les Mascareignes (La Réunion et l'île Maurice).

de l'Exclusif), selon lequel les colonies avaient été instituées et ne devaient fonctionner que dans l'unique intérêt de la métropole. L'esclavage n'était donc qu'un outil au service de la colonisation, laquelle était destinée à développer la puissance militaire et commerciale de la France⁸⁸. Sous cet aspect, la colonisation consistait à l'origine en une application méthodique des théories mercantilistes⁸⁹. Elle deviendra très progressivement un concept économique, juridique et politique, grâce à l'incontestable succès des colonies de plantation. Le droit ségrégationniste en vigueur dans les îles à sucre, tel qu'il a été décrit plus haut, avait pour fonction d'y maintenir l'ordre public. La précarité de la condition juridique des libres « de couleur » était voulue comme telle. Précisément, permettre à des anciens esclaves ou à des descendants d'esclaves d'avoir les mêmes droits que les habitants d'origine métropolitaine aurait été perçu comme une faille susceptible de provoquer la remise en cause de l'organisation structurelle de collectivités au sein desquelles les fonctions sociales étaient assignées en fonction de la couleur.

Le décret d'abolition de l'esclavage du 27 avril 1848 a transformé les anciens esclaves en citoyens français et supprimé le droit ségrégationniste. Mais l'abolition n'a pas été qu'une rupture ; elle a aussi été, par l'utilisation et l'application qui en ont été faites, l'instrument d'une reconfiguration de la colonie. Tout d'abord, elle fut accompagnée du choix contesté, mais néanmoins effectué, d'une indemnisation⁹⁰ allouée aux propriétaires d'esclaves⁹¹.

Le souci majeur des républicains était d'éviter que la suppression du travail servile ne provoque la ruine des colonies, c'est-à-dire celle des propriétaires terriens, et conséquemment celle de leurs nombreux créanciers métropolitains. La plupart des colons étaient en effet très fortement endettés.

⁸⁸ Voir J. Meyer, J. Tarrade et alii : *Histoire de la France coloniale. Des origines à 1914*, Paris, Ed. Armand Colin, 1991.

⁸⁹ Mercantilisme : doctrine économique élaborée à partir du XVI^e siècle, selon laquelle pour un Etat, la richesse consiste à posséder des métaux précieux. L'Etat doit donc rechercher des sources d'enrichissement.

⁹⁰ Loi des 19 janvier, 23 avril et 3 mai 1849, relative à l'indemnité accordée aux colons par suite de l'affranchissement des esclaves ; *Duvergier*, p. 145. L'amendement du député Ménand visant à affecter les fonds non pas aux colons, mais à l'instruction et à l'amélioration des conditions de vie des anciens esclaves, avait été rejeté.

⁹¹ Ces propriétaires n'étaient d'ailleurs pas exclusivement d'origine métropolitaine ; ils comptaient aussi des « hommes de couleur ».

Le gouvernement voulait trouver le moyen d'assurer la continuité du travail agricole et l'ordre public en même temps que la protection de la propriété foncière. Le principe indemnitaire était acquis en 1848, mais la loi d'indemnité ne fut votée qu'un an plus tard. Une partie des fonds sera versée en numéraire. Le solde servira à constituer le capital des banques coloniales dont les colons deviendront actionnaires d'office. Lors des débats à l'Assemblée nationale, le député Ménand, opposé à l'indemnisation des colons, avait rappelé que la féodalité avait été abolie sans indemnité, ainsi que la reprise des biens du clergé⁹². Il n'y aurait donc pas eu d'innovation à agir de même avec les colons. Mais précisément, la suppression de la féodalité sans compensation, correspondait à la volonté des bourgeois révolutionnaires d'affaiblir financièrement la noblesse. Alors qu'ils n'avaient pas d'intérêt économique direct en 1848 à le faire avec les colons, bien au contraire. D'une façon toute pragmatique, il était préférable de préserver les structures économiques en place, plutôt que de risquer un bouleversement social en misant sur les nouveaux citoyens, dont on craignait les réactions imprévisibles. Il faut enfin préciser que ce choix s'est inscrit dans la logique de la fonctionnalité coloniale, puisqu'il conservait l'utilité sucrière des îles pour la métropole. L'indemnité coloniale va ainsi permettre la mutation industrielle de la plantation à la fin du XIX^e siècle, et générer une configuration économique particulière : inégalitaire, dans la logique de la colonie. Cette configuration ne sera pas remise en cause lors de la départementalisation en 1946.

Par ailleurs, l'abolition est devenue le symbole du triomphe de l'universalisme des droits de l'homme et des idéaux révolutionnaires. Elle sera présentée comme la première application concrète de l'exportation des principes républicains hors des frontières hexagonales. C'est à partir de ce constat que la III^e République a développé la justification messianique du renouveau de la colonisation. Il s'agissait de libérer les peuples asservis et de leur apporter simultanément les Lumières de la République. La nouvelle colonisation a également été justifiée pour des raisons économiques : libéralisme et nécessité de nouveaux débouchés commerciaux. Le discours est double, à la fois humaniste et économique.

Les mythes républicains sont mobilisés pour la colonisation. La conception française universaliste des droits de l'homme est réinterprétée à

⁹² *P.V. des séances de l'Assemblée nationale législative*, Séance du 23 avril 1849, p. 162.

la lumière de l'évolutionnisme juridique unilinéaire. En effet, les découvertes techniques et scientifiques ont fait du XIX^e le siècle du culte de la science. Leur impact politique et social a favorisé l'avènement de la civilisation industrielle, tout autant que le désir d'expliquer et d'ordonner le monde à travers la grille d'analyse du progrès. L'espèce humaine, les civilisations, les sciences : tout est soumis à l'idée de progrès, qui va fonder une théorie évolutionniste de l'histoire et des sociétés⁹³. Le droit n'a pas échappé à cette vision du monde. Dans les colonies, il sera l'outil employé pour régénérer les peuples colonisés et leur permettre d'accéder à la civilisation⁹⁴. Il est censé accélérer l'évolution des populations arriérées dont les capacités intellectuelles moindres ont été « démontrées scientifiquement ». Le droit colonial visait alors à « l'amélioration de l'indigène »⁹⁵ et édictait, pour ce faire, des règles contraignantes et sévères, dans un cadre juridique qui avait fait des colonisés des sujets français, mais pas des citoyens. C'est ainsi qu'au nom de l'égalité républicaine, la République française a recréé un droit ségrégationniste, en vigueur jusqu'à la fin de la Seconde guerre mondiale. Seules les colonies où l'abolition de l'esclavage était intervenue en 1848 connaissaient le régime unique de citoyenneté, comme en France métropolitaine.

Jusqu'au milieu du XX^e siècle, le droit colonial a coexisté avec le droit commun français, garant des libertés individuelles et des droits de l'homme. Ce dernier était réservé à la France métropolitaine, alors que le droit colonial n'était applicable qu'outre-mer. L'applicabilité distributive de deux ordres juridiques en fonction de lieux géographiques déterminés n'a pourtant jamais été remise en cause par le pays des droits de l'homme, car les rigueurs du droit colonial étaient conçues comme une application adaptée des grands principes républicains aux populations arriérées. La colonisation vise à exporter la démocratie et la République. A ce titre, elle sera reconnue comme étant un service public international par un éminent juriste comme Georges Scelle, qui en donne une définition précise :

« La colonisation suppose une occupation territoriale et l'établissement sur une collectivité arriérée d'une administration

⁹³ J.-P. Chaubon, *Découvertes scientifiques et pensée politique au XIX^e siècle*, Paris, P.U.F., 1981.

⁹⁴ Parmi les grands théoriciens du droit colonial : Georges Hardy, Paul Leroy-Beaulieu, Eugène Cauchy.

⁹⁵ Georges Hardy, *Nos grands problèmes coloniaux*, Paris, 1929.

directe. Elle s'exerce hors d'Europe, sur des territoires exotiques, peuplés de collectivités primitives, arriérées ou décadentes »⁹⁶.

La départementalisation en 1946 des « quatre vieilles » a été demandée au nom de l'aboutissement d'un processus historique. L'assimilation est présentée par les élus d'outre-mer comme un moyen pour parvenir à l'égalité, notamment sociale, avec les Français de l'Hexagone. Mais la pratique fera apparaître un décalage entre l'applicabilité formelle de l'identité législative et son application effective⁹⁷. François Miclo a expliqué et montré comment divers motifs permettaient d'écarter l'application matérielle et de maintenir une certaine spécialité outre-mer.

« Leur véritable justification, au-delà des apparences et des motifs officiels, se trouve dans l'idée que l'assimilation juridique des départements d'outre-mer est inopportune. Le caractère spécieux ou fallacieux de certains motifs cache mal l'opinion profonde de leurs auteurs, selon laquelle il est irréaliste de soumettre (ces) départements au même droit que la métropole. Comment invoquer l'état des finances publiques pour refuser l'extension d'une règle métropolitaine, sans admettre implicitement que la spécialité doit l'emporter sur l'identité législative ? Les autorités normatives nationales font ainsi preuve d'une réticence manifeste, et parfois inconsciente, envers les conséquences de l'assimilation législative »⁹⁸.

Il en déduit logiquement que, dans ces conditions, les effets de la départementalisation ne répondent pas aux aspirations de ses promoteurs.

François Miclo constate ainsi une réticence du législateur et du pouvoir réglementaire à tirer de l'assimilation législative toutes les conséquences qui s'imposent, mais il ne l'explique pas. Les tentatives d'explication d'une telle réticence vis-à-vis de l'outre-mer ont fait l'objet de récents travaux en science politique. Derrière les notions apparemment neutres de « pouvoir réglementaire » et de « législateur », se trouvent des hommes agissant au cœur du système normatif français et qui, comme tous les autres,

⁹⁶ Georges Scelle, *Précis de droit des gens : principes et systématiques*, Paris, Sirey, 1932.

⁹⁷ Voir François. Miclo, *op. cit.*

⁹⁸ François Miclo, *op. cit.*, p. 331.

peuvent être soumis à une certaine subjectivité. M. Eric Savarèse⁹⁹, montre que l'histoire coloniale est un instrument d'analyse de la situation politique actuelle. Il explique comment, à partir de la III^e République, la diffusion de la colonisation par l'enseignement lui a conféré un gage d'efficacité politique, s'insérant dans un dispositif social et institutionnel plus large. Elle a ainsi contribué à la constitution d'un fort imaginaire colonial en France, consistant en une intériorisation progressive de l'acceptation du fait colonial.

Il insiste sur la différence entre les concepts d'« idéologie coloniale » et d'« imaginaire colonial ». Selon M. Savarèse, le premier n'a pas été diffusé : il n'y pas eu de conversion des citoyens français au colonialisme, en tant que projet collectif valorisé par le corps social. D'après lui, le rapport au colonisé s'est construit autrement, par le biais de l'imaginaire qui est la marque de la liberté humaine de reconstruire la réalité à partir de données. La substitution du concept d'imaginaire au concept d'idéologie renouvelle l'analyse de la légitimation du fait colonial en termes d'acceptabilité sociale de la domination. Cette acceptabilité s'est faite à travers l'occultation de la domination, ou plutôt la naturalisation de la domination, permettant de penser l'ordre colonial comme bienfaiteur et indispensable.

L'histoire ainsi enseignée, mais également le droit applicable dans les possessions d'outre-mer, ont constitué le berceau des représentations sociales dominantes. On peut parler d'une véritable sociologie historique, politique et juridique de la citoyenneté. Par la suite, les représentations sociales n'ont pas été transformées par la décolonisation, justement parce que la colonisation n'était pas pensée comme un phénomène de domination, mais comme un outil d'éducation des peuples colonisés. La justification messianique de la colonisation n'a pas été remise en cause ; c'est ainsi que le modèle colonial a été réélaboré au lieu d'être déconstruit.

Dans les manuels scolaires d'enseignement de l'histoire, la première remise en cause de cette vision que relève Eric Savarèse date de 1985. Dans les manuels de droit d'outre-mer, le silence est fait, au tournant des années soixante, sur les fondements humanistes de la colonisation et du système juridique colonial. A ce jour, il n'existe toujours pas de manuel d'histoire du

⁹⁹ Eric Savarèse, *L'ordre colonial et sa légitimation en France métropolitaines. Oublier l'Autre*, Paris, L'Harmattan, 1998.

droit des possessions d'outre-mer. Les travaux universitaires sur ces questions, en sciences politiques et juridiques sont très récents.

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que législateur et le gouvernement aient des réticences à donner plein effet à la départementalisation. Il n'est pas davantage surprenant que l'adoption de la loi du 21 mai 2001 se soit ainsi déroulée.

CONCLUSION

La complexité du crime reconnu par la loi du 21 mai 2001 naît de son lien avec la colonisation, dont il n'est que la partie saillante. L'enjeu objectif de la loi était de revisiter la conception française de la démocratie à la lumière de l'application des valeurs républicaines dans les colonies. Car, selon Nicolas Bancel, Pascal Blanchard et Françoise Vergès¹⁰⁰, la République n'est pas une figure idéalisée figée, mais un projet politique.

Si par ailleurs la loi correspond aussi pour l'outre-mer à une revendication d'identité, c'est à lui qu'il revient de définir ses particularités, mais avec le recul nécessaire. Selon Norbert Rouland,

« L'identité est une notion instrumentale et subjective. Elle correspond à des réinterprétations du passé opérées à l'époque présente en vue d'objectifs futurs. Elle éclaire ainsi sur la fonction d'un droit des minorités : la recherche de solutions juridiques permettant à des groupes, que l'histoire a déchirés et placés en situation d'infériorité, de se redéfinir en fonction des nécessités du présent et de trouver les moyens d'une coexistence pacifique construite par les divers mécanismes de l'alliance »¹⁰¹.

La loi a le mérite d'exister. Elle a désormais confié la réflexion à un comité de spécialistes, dont on peut espérer qu'il saura occuper la fonction de « tiers impartial », selon l'expression de Paul Ricoeur.

¹⁰⁰ N. Bancel, P. Blanchard, F. Vergès, *La République coloniale, essai sur une utopie*, op. cit.

¹⁰¹ Norbert Rouland et alii, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, op. cit.

SELECTION BIBLIOGRAPHIQUE

1. Ouvrages et monographies

- Abric (Jean-Claude), *Pratiques sociales et représentations*, Paris, PUF, 1994.
- Ascencio (Hervé), Decaux (Emmanuel), Colin (Alain) (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pédone, 2000.
- Bancel (Nicolas), Blanchard (Pascal), Vergès (Françoise), *La République coloniale, essai sur une utopie*, Paris, Albin Michel, 2003.
- Chaubon (Jean-Pierre), *Découvertes scientifiques et pensée politique au XIX^e siècle*, Paris, P.U.F., 1981.
- Constant (Fred) et Daniel (Justin) (dir.), *Cinquante ans de départementalisation outre-mer*, Paris, L'Harmattan, 1997.
- Colin (Marcel) (dir.), *Le crime contre l'humanité*, Paris, Erès, 1996.
- Daget (Serge), Renault (François), *Les traites négrières en Afrique*, Karthala, Paris, 1985.
- Debbasch (Yvan), *Couleur et liberté, le jeu du critère ethnique dans un ordre juridique esclavagiste*, Paris, Dalloz, 1967.
- Gisler (Antoine), *L'esclavage aux Antilles françaises*, Paris, Karthala, 1981.
- Hardy (Georges), *Nos grands problèmes coloniaux*, Paris, Armand Colin, 1929.
- Laustrucci (Marc), *L'évocation publique à Nantes de la traite négrière et de l'esclavage. De « Nantes 85 » aux « Anneaux de la mémoire »*, Mémoire de maîtrise d'histoire contemporaine, (dir. J.-C. Martin), Faculté des lettres et sciences humaines de Nantes, juin 1996.
- Meyer (Jean), Tarrade (Jean) et alii : *Histoire de la France coloniale. Des origines à 1914*, Paris, Ed. Armand Colin, 1991.
- Miclo (François), *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Paris, Economica, 1982.
- Moirans (Epiphane De), *Défense juridique de la liberté naturelle des esclaves, 1685*, réimpression par la Société d'Histoire de la Martinique, 1995.
- Rouland (Norbert), *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988.
- Rouland (Norbert), Pierré-Caps (Stéphane), Poumarède (Jacques), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996.

Savarèse (Eric), *L'ordre colonial et sa légitimation en France métropolitaine. Oublier l'autre*, Paris, L'Harmattan, 1998.

Scelle (Georges), *Précis de droit des gens : principes et systématiques*, Paris, Sirey, 1932.

Taguieff (Pierre-André), *La couleur et le sang. Doctrines racistes à la française*, Paris, Fayard, 2002.

2. Articles

Cottias (Myriam), « L'oubli du passé » contre la « citoyenneté : troc et ressentiment à la Martinique (1848-1946) », in Constant Fred, Daniel Justin (dir.), *Cinquante ans de départementalisation outre-mer*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 293.

Delmas-Marty (Mireille), « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Rev. Sc. Crim.*, 1994, p.477.

Fassin (Didier), « L'invention française de la discrimination », *Rev. Fr. sc. Po.*, vol. 52, 2002, n° 4, p. 414.

Giraud (Michel), « Les enjeux présents de la mémoire de l'esclavage » in Weil Patrick & Dufoix Stéphane (eds), *L'esclavage, la colonisation, et après*, Paris, PUF, 2005, pp. 533-558.

Ricoeur (Paul), « Les rôles respectifs du juge et de l'historien », *Esprit*, n° 266, 2000, p. 50.

Rouland (Norbert), « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, 1994, p. 381.

RESUME

La loi reconnaissant la traite négrière et l'esclavage des noirs dans les possessions françaises d'outre-mer en tant que crime contre l'humanité.

Signification et portée.

A l'heure où la France métropolitaine commémore pour la première fois l'abolition de l'esclavage, le présent article s'interroge sur les enjeux de la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 qui reconnaît la traite et l'esclavage transatlantique en tant que crime contre l'humanité.

La portée de ce texte apparaît limitée : aucune action juridictionnelle ne semble possible, en dépit du caractère imprescriptible du crime contre l'humanité énoncé. L'essentiel du dispositif législatif vise à accorder une place conséquente à la traite négrière et à l'esclavage dans les programmes scolaires et la recherche universitaire, et à prévoir une date de commémoration en France métropolitaine. Un comité de personnalités qualifiées est chargé de faire des propositions en ce sens. En réalité, la loi est le compromis entre deux visions antinomiques des faits : d'une part, les élus d'outre-mer pour qui le crime contre l'humanité est l'acte fondateur d'un peuple dont les blessures restent vivaces, dans des sociétés où le passé joue un rôle encore prégnant ; d'autre part, les élus métropolitains et le gouvernement qui mettent en avant la seule abolition, œuvre de la République. Ces deux positions simplistes sont fondées sur l'instrumentalisation du devoir de mémoire. Il s'agit désormais de s'extraire de la survivance d'une mémoire tronquée et déformée de part et d'autre de l'Atlantique et de se confronter à la complexité des faits dans une intention de vérité et de justice, affichée par le législateur. La complexité du crime contre l'humanité reconnu par la loi du 21 mai 2001 naît de son lien avec la colonisation. L'enjeu objectif de la loi était de revisiter la conception française de la République, à la lumière de l'application de ses valeurs outre-mer.

Mots-clés : crime contre l'humanité, commémoration, mémoire de l'esclavage, traite des esclaves.

ABSTRACT

The Act acknowledging the slave trade and negro slavery in the French Overseas holdings as a crime against humanity. Significance and scope.

At a time when mainland France for the first time commemorates the abolition of slavery, this article questions the issues of the #2001-434 Act dated May 21, 2001 acknowledging the trans-Atlantic slave trade as a crime against humanity.

The scope of this legislative text appears to be quite limited: no jurisdictional action seems possible despite the imprescriptible nature of the given crime against humanity. In essence, the legislative provisions aim at granting substantial space for

the slave trade and slavery in school curricula and university research programmes and setting a commemoration date in mainland France. A committee of qualified personalities is in charge of making proposals in this regard. In reality, the Act is a compromise between two antinomic views of the facts : on the one hand, the elected representatives in the Overseas regions for whom crime against humanity is the founding action of a people whose wounds remain acute, in a society where the past still plays an impregnating role; on the other hand, the elected representatives in mainland France and the government who put forth uniquely abolition, which is the workings of the Republic. These two simplistic stances are based on instrumentalising the duty of remembrance. Henceforth, it is important to let go of the surviving truncated and deformed memories on either side of the Atlantic and confront the complexity of the facts with a view to truthfulness and justice, put forth by the legislator. The complexity of the crime against humanity as acknowledged by the May 21, 2001 Act, is due to its ties with colonisation. The objective issue of the Act was to re-examine the French concept of the Republic through the prism of the application of its values as concerns the Overseas regions.

Key Words: *crime against humanity, commemoration, remembrance of slavery, slave trade.*

ANNEXES

Annexe 1 : Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001, tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, *JO* 23 mai 2001, p. 8175.

Annexe 2 : Décret n° 2004-11 du 5 janv. 2004, relatif au comité institué par la loi n° 83-550 du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage, *JO* 6 janv. 2004, p. 431.

Annexe 3 : Décret du 15 janv. 2004, portant nomination des membres du Comité pour la mémoire de l'esclavage, *JO* 16 janv. 2004, p. 1222.

ANNEXE I

Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1^{er}

La République française reconnaît que la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l'océan Indien d'une part, et l'esclavage d'autre part, perpétrés à partir du XV^e siècle, aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'océan Indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes constituent un crime contre l'humanité.

Article 2

Les programmes scolaires et les programmes de recherche en histoire et en sciences humaines accorderont à la traite négrière et à l'esclavage la place conséquente qu'ils

méritent. La coopération qui permettra de mettre en articulation les archives écrites disponibles en Europe avec les sources orales et les connaissances archéologiques accumulées en Afrique, dans les Amériques, aux Caraïbes et dans tous les autres territoires ayant connu l'esclavage sera encouragée et favorisée.

Article 3

Une requête en reconnaissance de la traite négrière transatlantique ainsi que de la traite dans l'Océan Indien et de l'esclavage comme crime contre l'humanité sera introduite auprès du Conseil de l'Europe, des organisations internationales et de l'Organisation des Nations unies. Cette requête visera également la recherche d'une date commune au plan international pour commémorer l'abolition de la traite négrière et de l'esclavage, sans préjudice des dates commémoratives propres à chacun des départements d'outre-mer.

Article 4

Le dernier alinéa de l'article unique de la loi n° 83-550 du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage est remplacé par trois alinéas ainsi rédigés :

« Un décret fixe la date de la commémoration pour chacune des collectivités territoriales visées ci-dessus ;

« En France métropolitaine, la date de la commémoration annuelle de l'abolition de l'esclavage est fixée par le Gouvernement après la consultation la plus large ;

« Il est instauré un comité de personnalités qualifiées, parmi lesquelles des représentants d'associations défendant la mémoire des esclaves, chargé de proposer, sur l'ensemble du territoire national, des lieux et des actions qui garantissent la pérennité de la mémoire de ce crime à travers les générations. La composition, les compétences et les missions de ce comité sont définies par un décret en Conseil d'Etat pris dans un délai de six mois après la publication de la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité. »

Article 5

A l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, après les mots : « par ses statuts, de », sont insérés les mots : « défendre la mémoire des esclaves et l'honneur de leurs descendants ».

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

ANNEXE II

Décret n° 2004-11 du 5 janvier 2004 relatif au comité institué par la loi n° 83-550 du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage

Le Premier ministre,

Sur le rapport de la ministre de l'outre-mer,

Vu la loi n° 83-550 du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage, modifiée par l'article 4 de la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité ;

Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur) entendu,

Décète :

Article 1

Le comité institué par l'article unique de la loi du 30 juin 1983 susvisée est dénommé « Comité pour la mémoire de l'esclavage ».

Article 2

Le comité comprend :

- 1° Quatre personnalités choisies en considération de leurs travaux de recherche dans le domaine de la traite ou de l'esclavage ;
- 2° Quatre personnalités choisies en considération de leur activité associative pour la défense de la mémoire des esclaves ;
- 3° Quatre personnalités choisies en considération de leur connaissance de l'outre-mer français.

Article 3

Le président et les autres membres du comité sont nommés, pour une durée de cinq ans, par décret du Premier ministre.

Article 4

Le comité est réuni à la demande du ministre chargé de l'outre-mer ou de son président ainsi que dans les conditions prévues par son règlement intérieur.

Le comité délibère valablement si la moitié au moins de ses membres est présente.

Si le quorum n'est pas atteint, il est procédé à une nouvelle convocation du comité dans les quinze jours suivants. Le comité peut alors valablement délibérer si le tiers au moins de ses membres est présent.

En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

Il est tenu procès-verbal des séances, lequel est signé du président.

Article 5

Le comité a pour mission de proposer au Premier ministre la date de la commémoration annuelle, en France métropolitaine, de l'abolition de l'esclavage, après avoir procédé à la consultation la plus large.

Il propose aux ministres chargés de l'intérieur, de la culture et de l'outre-mer :

1° L'identification des lieux de célébration et de mémoire sur l'ensemble du territoire national ;

2° Des actions de sensibilisation du public.

Il a également pour mission de proposer aux ministres chargés de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche des mesures d'adaptation des programmes d'enseignement scolaire, des actions de sensibilisation dans les établissements scolaires et de suggérer des programmes de recherche en histoire et dans les autres sciences humaines dans le domaine de la traite ou de l'esclavage.

Article 6

Le comité attribue chaque année un prix destiné à récompenser une thèse de doctorat portant sur la traite ou l'esclavage.

Article 7

Le comité présente chaque année au Premier ministre un rapport sur les actions entreprises en matière de commémoration et de sensibilisation. Ce rapport est rendu public.

Article 8

Le ministère chargé de l'outre-mer assure le secrétariat des réunions du comité.

Article 9

Les frais de déplacement des membres du comité, pour ses réunions, sont remboursés dans les conditions prévues par la réglementation applicable aux fonctionnaires de l'Etat.

Article 10

Le ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, le ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le ministre de la culture et de la communication et le ministre de l'outre-mer sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

ANNEXE III

Décret n° 13 du 15 janvier 2004 portant nomination des membres du Comité pour la mémoire de l'esclavage

Par décret en date du 15 janvier 2004, sont nommés, pour une durée de cinq ans, membres du Comité pour la mémoire de l'esclavage :

1° En considération de leurs travaux de recherche dans le domaine de la traite ou de l'esclavage :

M. Jean-Godefroy Bidima, directeur de programme au Collège international de philosophie ;

M. Marcel Dorigny, maître de conférences au département d'histoire de l'université Paris-VIII - Saint-Denis ;

Mme Nelly Schmidt, chercheuse au Centre national de la recherche scientifique ;

Mme Françoise Vergès, professeure à l'université de Londres.

2° En considération de leur activité associative pour la défense de la mémoire des esclaves :

Mme Henriette Dorion-Sébéloué, présidente de l'Union des Guyanais et des amis de la Guyane, présidente du Comité national de liaison des associations du souvenir ;

Mme Christiane Falgayrette-Leveau, présidente de l'Association des amis du musée Dapper ;

M. Serge Hermine, président de l'Association des descendants d'esclaves noirs et de leurs amis ;

M. Pierrick-Serge Romana, président du Comité marche du 23 mai 1998.

3° En considération de leur connaissance de l'outre-mer français :

Présidente du comité : Mme Maryse Condé, écrivain ;

M. Fred Constant, recteur de l'université Senghor d'Alexandrie ;

M. Gilles Gauvin, enseignant ;

M. Claude-Valentin Marie, sociologue.