



HAL
open science

Les réparations au titre de l'esclavage colonial : l'impossible paradigme judiciaire

Magali Bessone

► **To cite this version:**

Magali Bessone. Les réparations au titre de l'esclavage colonial : l'impossible paradigme judiciaire. *Droit et Société: Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, 2019, 102 (2), pp.357-377. 10.3917/drs1.102.0357 . halshs-02437133

HAL Id: halshs-02437133

<https://shs.hal.science/halshs-02437133>

Submitted on 13 Jan 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les réparations au titre de l'esclavage colonial : l'impossible paradigme judiciaire.

Magali Bessone

L'hypothèse que je veux défendre ici est la suivante : les demandes de réparation au titre d'injustices historiques ne peuvent pas être pensées exclusivement sous le paradigme de la justice corrective¹. Dans le paradigme correctif, les demandes de réparations au titre d'injustices historiques sont interprétées comme la traduction *judiciaire* de politiques d'identité, exigeant, au nom d'une logique de compensation ou d'indemnisation, des ressources financières dues collectivement et exclusivement aux membres des groupes identifiés comme victimes ; ces demandes sont accusées de susciter des effets de concurrence, de réclamer abusivement un traitement préférentiel et de diviser le corps politique. Plutôt que de montrer dans l'abstrait pourquoi cette interprétation est erronée quoique cohérente dans le paradigme correctif, je voudrais montrer comment elle est construite et quels problèmes conceptuels et normatifs elle pose en me concentrant sur un cas réel de demandes de réparations au titre de la traite et de l'esclavage colonial émises dans un contexte précis, le contexte français. Cette démarche contextualisée et empiriquement informée correspond à une démarche de théorisation de la justice qui se propose d'induire les principes d'une théorie de la justice réparatrice à partir de demandes normatives de justice effectivement formulées et émanant d'acteurs particulièrement concernés par les injustices historiques, et telle que les principes sont toujours à éprouver dans la pratique.

Je me propose d'analyser le cas de la plainte déposée le 23 mai 2005, par le Mouvement International pour les Réparations (MIR) Martinique et le Conseil Mondial de la Diaspora Panafricaine², deux associations régies par la loi 1901, contre l'État français, représenté par l'Agent judiciaire du Trésor, devant le Tribunal de grande instance de Fort de France. Cette affaire a été jugée en première instance au Tribunal de Grande Instance de Fort de France le 29 avril 2014³ : les juges ont débouté toutes les parties de leurs demandes, tout en reconnaissant la « responsabilité » de l'Etat français dans l'esclavage et la traite. Le 29

¹ Quoiqu'elles débordent aussi le paradigme distributif, remettant ainsi en cause la *summa divisio* instaurée depuis Aristote (*Ethique à Nicomaque*, V), qui distingue la justice corrective, consistant à compenser ou sanctionner un tort, et la justice distributive, consistant à répartir équitablement les ressources matérielles et symboliques ; mais je ne reviendrai pas ici sur les difficultés liées à la logique distributive.

² En 2005 la plainte émanait également du collectif de Réalisation de l'Encyclopédie Africaine et du Monde Noir, mais qui n'est plus cité parmi les demandeurs en 2014 ; en revanche s'ajoutent en 2014 soixante-cinq personnes physiques « intervenants volontaires ».

³ Jugement rendu le 29 avril 2014 au TGI de Fort de France en audience publique, N° R.G : 05/01955. Je remercie Antoine Garapon de m'avoir transmis le texte de la minute du jugement. Tous les extraits cités le sont de ce document.

septembre 2017, après plusieurs rebondissements administratifs, se tenait le procès en appel devant la Cour d'appel de Fort de France⁴.

Après avoir présenté brièvement ce cas, choisi en raison de son caractère hautement symbolique, et la nature des réparations demandées, j'analyserai les arguments de fond mobilisés par les juges dans l'énoncé du jugement et je montrerai que c'est la nature même du raisonnement juridique dans le cas du droit de la responsabilité civile qui rend impossible d'appréhender le « quoi » et le « qui » en jeu dans ces demandes de justice, pour reprendre des expressions de Nancy Fraser⁵. Les demandes de réparations au titre d'injustices historiques sont de nature politique et non pas judiciaire : l'injustice historique doit s'entendre comme une injustice « continuée »⁶, soit qui a ses racines dans le passé mais dont les effets sont encore perceptibles dans le présent ; elle affecte l'ensemble du corps politique sans opposer des victimes et des bourreaux ; enfin, la responsabilité de la réparation est portée par l'ensemble du corps politique : nous sommes collectivement responsables de mettre en place les conditions politiques d'une république apaisée. Les réparations relèvent ainsi d'un modèle de justice transformatrice mais pas compensatoire.

1. Présentation du cas.

Sans entrer ici dans le détail de l'histoire de l'esclavage et de l'abolitionnisme dans le monde colonial français⁷, sans retracer l'histoire récente de l'entrée dans l'espace public français des demandes de réparations au titre de l'esclavage colonial⁸, il faut préciser que les deux associations précitées, le MIR Martinique et le CMDP, ont saisi en 2005 ce qu'elles ont pensé être une opportunité juridique inédite, permise par la reconnaissance de l'esclavage colonial comme crime contre l'humanité grâce à la loi dite « Taubira »⁹ entrée en vigueur en avril 2001. L'agenda français a également rencontré un agenda international favorable puisque la

⁴ Ajoutons que le 7 décembre 2017, un cas analogue a été entendu devant le Tribunal de Grande Instance de Pointe-à-Pitre ; la décision des magistrats est également en délibéré.

⁵ Nancy Fraser, *Scales of Justice*, New York, Columbia University Press, 2009.

⁶ J'emprunte et je traduis l'expression de Jeff Spinner-Halev, *Enduring Injustice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

⁷ Voir notamment pour le contexte historique : Christine Chivallon, *L'Esclavage, du souvenir à la mémoire*, Paris, Karthala, 2012 ; Myriam Cottias, Elisabeth Cunin et Antonio de Almeida Mendes, *Les traites et les esclavages : perspectives historiques et contemporaines*, Paris, Karthala, 2010 ; Nelly Schmidt, *L'Abolition de l'esclavage : cinq siècles de combats (16^e-20^e siècles)*, Paris, Fayard, 2005.

⁸ Sur la manière dont se construisent les débats actuels autour des réparations au titre de l'esclavage colonial, voir Nicola Frith, « Saving the Republic : State Nostalgia and Slavery Reparations in Media and Political Discourses », *Modern and Contemporary France*, 23/2 (2015), p. 213-232. Sophie Guérard de Latour, « Histoire nationale et minorités en France : une justification néo-républicaine des luttes mémorielles », in S. Guérard de Latour (éd.), *Le Multiculturalisme a-t-il un avenir ?*, Paris, Hermann, 2013.

⁹ Loi 2001-434 du 21 mai 2001, dite « loi Taubira », tendant à la reconnaissance des traites et des esclavages comme un crime contre l'humanité.

Conférence internationale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance, qui s'était tenue à Durban en septembre 2001, avait largement contribué à poser explicitement dans la sphère publique la question des réparations coloniales, à la visibiliser, et à favoriser l'échange de réflexions et modes d'actions sur les réparations entre les associations anti-racistes et anti-colonialistes présentes à Durban. Le MIR est une association enregistrée en 2005, située à Fort-de-France, présidée par Garcin Malsa (qui a été longtemps Maire de Sainte-Anne, de sensibilité politique écologiste et indépendantiste) et qui défend le droit à réparation des Africains déportés mis en esclavage par la mise en œuvre de toutes les procédures appropriées selon le « mot d'ordre » des « trois R » : reconnaissance, réparations, réconciliation. Le CMDP, association enregistrée en 2000, située à Paris, présidée par Kapet de Bana jusqu'en 2015, centre son action sur le panafricanisme et la réhabilitation et la réparation des préjudices subis par les victimes de la traite, de l'esclavage et du colonialisme. Les deux associations se sont constituées pour déposer plainte en Comité international de la plainte pour la réparation, dont le comité des avocats plaidants était formé des Maîtres Alain Manville, Claudette et Maryse Duhamel et Georges Emmanuel Germany.

S'appuyant en particulier sur la loi « Taubira » et sur les articles fondateurs du droit de responsabilité civile, les articles 1240 et 1242 du Code civil¹⁰, l'acte d'assignation émis par les associations, rejointes en cours de procédure par des personnes physiques particulières, annonce :

« DÉCLARER l'État français qui a reconnu avoir commis les crimes contre l'humanité qu'ont été la traite négrière et l'esclavage des noirs, responsable du préjudice matériel et immatériel que subit actuellement le peuple martiniquais descendants d'africains déportés et mis en esclavage sur le sol martiniquais.

DIRE que l'État français devra réparer intégralement le préjudice subi par le peuple martiniquais. »¹¹

Afin d'évaluer ledit préjudice, les requérants demandent la constitution d'un collège d'experts à même d'effectuer une expertise « visant à évaluer le préjudice résultant de la traite et de l'esclavage » et la condamnation de l'État français à verser une somme ramenée en juin 2013 à « vingt millions d'euros sur un compte ouvert au nom de la Fondation à constituer, dite 'Fondation pour la Réparation' » ainsi que sa condamnation à payer cinquante mille euros à

¹⁰ Version en vigueur au 1^{er} octobre 2016 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » et « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

¹¹ Selon les termes de l'acte d'assignation que l'on peut trouver en intégralité sur le site http://devoir2memoiresreparation.blogspot.fr/2009_11_01_archive.html.

chacune des personnes physiques intervenantes aux côtés des associations en réparation des « préjudices moraux et matériels » commis. L'État de son côté réclamait l'irrecevabilité des associations et des personnes physiques intervenantes volontaires et subsidiairement le rejet de leurs prétentions. Le 29 avril 2014, les juges statuaient que les demandes étaient recevables mais qu'en raison de la prescription quadriennale qui s'attache à toute action engagée contre l'État ou toute autre personne publique¹², les créances éventuellement détenues par les plaignants étaient prescrites. Les demandes des associations, « dont l'action vise seulement à contraindre l'État à mettre en place les comités d'experts sus-mentionnés » (p. 24-25), et les demandes d'indemnisation des requérants personnes physiques ont donc été rejetées.

2. La « loi Taubira », loi déclarative sans portée normative.

L'action des associations repose sur la possibilité de la qualification du crime ouverte par la loi 2001-434 du 21 mai 2001, dite « loi Taubira » du nom de sa rapporteure Christiane Taubira alors députée pour la circonscription de Guyane, tendant à la reconnaissance des traites et des esclavages comme un crime contre l'humanité, qui dispose dans son 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. »

L'essentiel du dossier d'accusation repose sur une interprétation de la loi Taubira selon laquelle il ne s'agit pas seulement d'une loi mémorielle, mais bien aussi d'une loi de réparation. En effet selon les parties demanderesses, la loi, ainsi que le décret d'abolition de 1848, constituent une reconnaissance *explicite* de la *responsabilité morale* de l'État en matière de traite et d'esclavage, ce qui, si le préjudice est établi aujourd'hui, justifie la légitimité de réparations civiles¹³. Elles admettent que l'idée de réparation elle-même demeure *implicite* dans la loi, mais elles en appellent au rôle d'interprète du juge :

¹² Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, Version consolidée au 18 novembre 2011. « Sont prescrites, au profit de l'État, des départements et des communes, sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi, et sous réserve des dispositions de la présente loi, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. »

¹³ Extrait du jugement : « Les demandeurs soutiennent pour l'essentiel que la responsabilité de l'État français dans la commission des deux crimes, indiscutable selon eux, résulte tant de l'esprit que des termes mêmes de la loi du 21 mai 2001, dite Loi Taubira, qui ne peut pas être réduite à une loi mémorielle mais constitue également selon eux une loi de réparation, quand bien même la loi n'aurait assumé explicitement que l'aspect moral de la réparation des deux crimes » (p. 23).

« le travail d'interprétation de la norme de droit par le juge doit se faire en prenant en compte 'l'idée qu'une norme juridique fait partie d'un tout complexe qui comprend non seulement l'ensemble des normes explicitement adoptées mais encore toutes celles qu'il est possible d'inférer logiquement à partir de celles-ci' »¹⁴.

Ici, selon elles, la « raison juridique » impose la corrélation entre imputation de responsabilité pour un crime reconnu comme tel et réparation civile. Les plaignants ne font pas leur la thèse du réalisme juridique selon laquelle une décision judiciaire est motivée par des raisons extra-juridiques politiques ou morales qui ont à charge de dessiner l'espace de la décision : elles n'appellent pas les juges à juger au nom de principes moraux ou politiques, mais bien selon des règles de droit. C'est au nom d'une logique interne au droit, quoique non épuisée dans la lettre du texte de loi, et telle que la norme excède la simple référence au code ou à la jurisprudence établie, que les requérants demandent aux juges de trancher en faveur de l'interprétation de la loi comme loi de réparation.

En réponse, le juge affirme que la loi Taubira ne reconnaît pas *explicitement* la responsabilité de l'État dans la traite et l'esclavage, mais déclare simplement que la traite et l'esclavage sont des crimes contre l'humanité, et donc que la loi n'est pas une loi de réparation au sens strict. La justification de cette interprétation repose sur une démarche intentionnaliste, selon laquelle c'est l'*intention* du législateur, telle qu'on peut la connaître par les travaux préparatoires et les discussions qui entourent la promulgation d'une loi, qui détient la clef de sa signification. Une telle approche, très discutée en théorie du droit, repose sur un certain nombre d'hypothèses : premièrement, il faut admettre que le législateur, ici un corps collectif délibérant, ait bien eu une intention unique, cohérente, susceptible d'être reconstituée sans contradiction interne et qui guidera sans ambiguïté la décision des juges. Deuxièmement, il faut savoir ce que l'on entend par « intention », qui est un concept polysémique : s'interroge-t-on sur le but de la loi voulu par le législateur (les objectifs politiques, sociaux, économiques qu'elle était censée assurer) ou sur le sens que le législateur prêtait à la loi (la définition des termes employés par le législateur) : selon le concept d'intention en jeu, l'interprétation peut être très différente¹⁵. Enfin l'interprétation intentionnaliste suppose que le

¹⁴ Jugement p. 24.

¹⁵ Voir Matthieu Carpentier, « Autorité, intention, innovation, Joseph Raz et la théorie de l'interprétation », *Klesis*, 21, 2011, p. 157-191. Voir aussi Benoit Frydman, *Le Sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2011. Sur ce thème qui a suscité une immense littérature en théorie du droit américain, voir R. Dworkin, « The Forum of Principle », in *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985 ; R. Posner, *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, chap. 5 ; L. Alexander, « All or Nothing at All ? The Intentions of Authorities and the Authority of Intentions », in A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1995 ; C. Sunstein, *Legal Reasoning and*

sens d'une loi est réduit au sens normatif que l'auteur de la loi a consciemment imposé à son énoncé et non pas lié à son usage jurisprudentiel ou à ses effets sociaux par exemple.

Conformément à la méthode d'interprétation que requiert une telle approche, les juges renvoient aux débats en séance qui ont présidé à l'adoption et à la formulation définitive de la loi. Or les débats en assemblée font apparaître que tout a été fait pour empêcher que la loi Taubira puisse être mobilisée dans le cadre de procédures judiciaires. Le jugement cite la Garde des Sceaux de l'époque, Mme Guigou, qui précisait que l'article premier « n'a pas de conséquence juridique, notamment en droit pénal. Mais sa dimension symbolique est essentielle ». Il rappelle que l'Assemblée Nationale a rejeté un amendement qui proposait de compléter ce même article premier par les phrases suivantes : « par ce geste elle reconnaît sa responsabilité à l'égard des peuples qui ont souffert de ce crime et à l'égard des descendants de ces peuples. Elle s'engage également à déterminer le préjudice subi et à examiner les conditions de réparation due au titre de ce crime ». De même, l'article 4 actuel, qui instaure un « comité de personnalités qualifiées » « 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 », remplace la formulation initiale (de l'article 5) qui proposait l'instauration d'« un comité de personnalités qualifiées chargées de déterminer le préjudice subi et d'examiner les conditions de réparation due au titre de ce crime ». Cette dernière formule a été définitivement supprimée lorsque la loi a été examinée par la Commission des lois du 10 février 1999, avant même que le texte ne soit discuté en Assemblée.

Le juge rappelle que « l'amendement [sur l'article premier] fut rejeté après que le rapporteur de la loi avait expliqué l'ambiguïté du terme 'réparation' et le caractère très marqué de ce vocabulaire en législation civile »¹⁶. Dans son rapport présenté au nom de la Commission des Lois, Christiane Taubira précisait en effet que les réparations envisagées étaient « d'ordre purement moral » et qu'il ne s'agissait « en aucun cas d'envisager des indemnisations financières ». Elle citait un certain nombre de telles mesures « morales » :

« La reconnaissance du crime, l'incitation à la Recherche, la diffusion des connaissances, l'accès égal aux savoirs, la réhabilitation de lieux de mémoire, l'encouragement aux rencontres et à la coopération, le respect et la valorisation des langues et cultures, la correction des inégalités dans la répartition des terres, l'accès équitable aux moyens, la rationalisation des économies, sont quelques-unes des réparations principales. »¹⁷

Political Conflict, Oxford, Oxford University Press, 1996, chap. 8 ; J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁶ Extrait du jugement, p. 26.

¹⁷ <http://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/esclavage.asp>

Une telle ambition ayant suscité des réticences, la rapporteure a accepté de restreindre le rôle du comité et c'est la formulation mémorielle, consensuelle, qui a été adoptée. De la sorte, la question des réparations a été finalement passée sous silence dans le texte de loi définitif, alors même qu'elle motivait en partie la proposition de loi initiale. Ainsi, lorsque le juge, dans le jugement rendu le 29 avril 2014, estime qu'une interprétation intentionnaliste indique clairement que la « loi Taubira » n'est pas une loi de réparation, son argument est-il correct : si le sens de la loi doit être inféré des discussions qui président à son adoption dans l'enceinte législative, la « loi Taubira » n'est pas une loi de réparation et n'a pas créé de nouveau droit à réparation.

La « loi Taubira », point de référence indispensable de la constitution des dossiers, est strictement déclarative et non pas normative. Elle se contente d'édicter une incrimination en reconnaissant des faits historiques comme des crimes, sans qu'une telle reconnaissance comporte en elle-même de disposition normative, encore moins répressive. Un arrêt de la Cour de cassation criminelle du 5 février 2013 confirmait cette interprétation : l'arrêt a cassé la décision de condamnation pour apologie de crime contre l'humanité qui avait été émise par le Tribunal de Fort de France le 30 juin 2011 à l'encontre d'une personne qui avait tenu des propos soulignant les « aspects positifs » de l'esclavage à la télévision, au motif que :

« si la loi du 21 mai 2001 tend à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, une telle disposition législative, ayant pour seul objet de reconnaître une infraction de cette nature, ne saurait être revêtue de la portée normative attachée à la loi »¹⁸.

Les demandes de réparations pour crime historique ne s'insèrent pas aisément dans le droit de la responsabilité civile, et la loi Taubira ne saurait, en elle-même, justifier (ni faciliter) cette insertion pour ce qui concerne les crimes liés à la traite et l'esclavage colonial : elle fonctionne comme référence symbolique mais n'a pas de portée juridique réelle. Privées d'une source normative solide, les demandes de réparations en sont réduites à s'appuyer sur les deux articles du Code civil précités, mais ces derniers mettent en œuvre une logique causale et individualiste peu adaptée à la nature de l'injustice en jeu.

3. La logique causale du raisonnement judiciaire : obstacle à la désignation des victimes de l'injustice.

¹⁸ Cour de cassation criminelle, Chambre criminelle, 5 février 2013, 11-85.909.

Pour qu'il y ait réparation, il faut pouvoir établir un préjudice : il faut établir que les demanderessees sont bien les victimes d'un tort ou d'un dommage causé par l'accusé, tort préjudiciable que ce dernier est, pour cette raison causale, responsable de réparer. La légitimité des réparations repose sur une intuition morale qui semble aisée à saisir et qui est généralement partagée : il existe une obligation morale de la part d'un agent qui a causé un préjudice à un autre de réparer ce préjudice. Le juge reconnaît « qu'il est incontestable que l'État a eu sa part de responsabilité dans le développement de la traite et de l'esclavage » et que la loi Taubira « en est une reconnaissance implicite » (p. 25). Toutefois, il conteste que cette reconnaissance d'une responsabilité, au moins partielle, de l'État, dans l'accomplissement d'un crime, entraîne une obligation de réparation, car la chaîne causale entre le crime historique et un éventuel préjudice actuel est rompue. Comment l'argument procède-t-il ?

Le jugement dissocie la recevabilité des associations d'un côté, de celle des personnes physiques de l'autre. Le juge commence par reconnaître recevables en leur action les deux associations. Premièrement il invoque le motif que leur action en justice est en rapport direct avec les objectifs qu'elles se sont fixés tels qu'ils sont mentionnés dans leurs statuts¹⁹ et avec l'intérêt légitime de leurs membres, ainsi qu'il est exigé selon l'article 31 du code de procédure civile : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention ». Ainsi, les associations ont bien un *intérêt* légitime à agir. Deuxièmement, le juge dénonce l'usage par l'État d'arguments tirés d'une logique pénale et non civile, en particulier certaines exigences pesant sur le nombre d'années d'existence des associations pour pouvoir bénéficier du droit d'agir, au titre de l'article 2-4 du code de procédure pénale, pour contester la qualité des associations à agir. C'est la procédure civile et non pénale qui est ici valide et les deux associations ont toute *qualité* à agir. Toutefois, le jugement déclare également que « les deux associations demanderessees (...) ne prétendent pas avoir subi un préjudice qui leur soit propre du fait de la traite ou de l'esclavage » et que leur action « vise seulement à contraindre l'État à mettre en place les comités d'experts » : c'est donc uniquement à ce titre que leur demande sera déboutée, avec un argument supplémentaire

¹⁹ Pour le MIR : « la défense de l'honneur et du droit aux réparations d[des] descendants [des africains déportés puis mis en esclavage ainsi que tous les peuples victimes dans l'histoire et actuellement des crimes contre l'humanité et la colonisation] par la mise en œuvre des procédures appropriées de toutes natures tendant à réparer les dégâts d'ordre politique, écologique, juridique, économique, financier, moral, social, culturel et spirituel résultant de ces crimes (traite négrière, esclavage ; génocide, colonisation, spoliation, etc.) (...) ; les actions en justice contre toute atteinte aux intérêts collectifs de ses membres ». Pour le CMDP : « 4. Devoir de mémoire : reconstitution du patrimoine détruit, pillé et spolié et leur récupération des mains des pilleurs colonisateurs esclavagistes. (...) 8. Exiger la condamnation à réparation effective des dégâts causés à l'Afrique par les États esclavagistes de l'Occident euro-américain, de l'Orient ou du Moyen Orient arabe. »

sur lequel je reviendrai dans la section 4. La question du préjudice ne se pose pas à leur rencontre.

Pour ce qui concerne les personnes physiques, le juge déclare recevables celles qui ont fourni la preuve d'une filiation généalogique individuelle les rattachant

« à un ancêtre pour lequel elles produisent la copie de l'acte d'individualité – par lequel il lui était attribué un nom et un prénom – établi dans les mois postérieurs au décret d'abolition, acte d'individualité rappelant le numéro, sur le registre matricule des esclaves, sous lequel leur ancêtre était inscrit précédemment à cet acte » (p. 22).

Deux données sont donc indispensables : l'acte d'émancipation de leur ancêtre, témoignant de son statut d'esclave avant l'émancipation, et la généalogie précise témoignant que les personnes requérantes sont bien les descendantes de cet ancêtre. Ces deux données suffisent à établir, selon le juge, « l'intérêt à agir » des individus, sous réserve que ces généalogies soient vérifiées par un comité d'experts. En revanche, la simple attestation d'une naissance en Martinique est insuffisante : « ceux qui se sont contentés de produire une copie d'un document d'identité attestant tout au plus qu'ils sont nés en Martinique » ont été considérés irrecevables en leur action « faute de justifier d'un intérêt suffisant à agir » (p. 22). La notion d'un « peuple martiniquais » collectivement victime du crime et demandant réparation au titre de cette appartenance, telle qu'elle apparaissait dans l'acte d'assignation (qui demandait réparation intégrale du préjudice matériel et immatériel « subi par le peuple martiniquais »), est donc invalidée. C'est au nom d'une filiation individuelle et de l'établissement d'un lien de parenté direct, traçable, entre la victime du tort, ou crime, de l'esclavage et le requérant actuel, que la question des réparations peut légitimement se poser. Ainsi le juge conteste-t-il l'idée que la traite et l'esclavage étaient des crimes de nature structurelle et systémique affectant *durablement* la structuration sociale de groupes entiers de population, d'une manière inégalitaire ou oppressive qu'il s'agirait de réparer, créant des hiérarchies sociales aux effets persistants que la réparation du crime exigerait de mettre à bas. Son raisonnement demeure conforme à la logique individualiste classique du droit de la responsabilité civile et c'est bien la plainte de requérants individuels (ou des associations comme personnes morales au statut juridique défini) qu'il se charge d'examiner.

Si les personnes physiques à la filiation généalogique clairement établie avec des esclaves sont « recevables », le juge estime pourtant que la « loi Taubira » n'a pas créé de droit à réparation « au profit des descendants d'esclaves, ni en raison du préjudice subi par leurs ancêtres victimes de la traite ou de l'esclavage, ni en raison des préjudices qu'ils continuent de souffrir personnellement ou collectivement du fait de cet héritage » (p. 25).

3.1. L'argument de l'héritage

Le premier moment de l'argument des juges repose sur ce que la littérature philosophique analytique anglo-saxonne nomme l'argument « de l'héritage » (*inheritance argument*) ou de la dette²⁰. Selon cet argument, le statut d'héritier des descendants d'esclaves leur donne le droit d'exiger de recouvrer des possessions qui ont été injustement déniées à leurs ancêtres : il leur a conféré un droit sur ce à quoi avaient droit leurs ancêtres. Le statut d'héritier des descendants d'esclaves leur donne le droit d'exiger la réparation qui aurait pu (aurait dû) être accordée à leurs ancêtres suite à l'abolition de l'esclavage, donc à leur acquisition du statut de personne juridique, pour avoir été privés de leurs droits auparavant - réparation qui ne leur pas accordée. Le statut d'héritier leur a conféré un droit à la dette détenue par leurs ancêtres, qui n'a pas été honorée. Le lien entre dommage et préjudice actuel se fait en deux temps : il faut d'abord établir le préjudice passé, qui consiste en l'absence de réparation du crime passé ; puis établir le préjudice actuel comme l'accumulation, de génération en génération, de ce qui était dû : la deuxième génération, les enfants des esclaves émancipés, a hérité du droit qu'avaient leurs parents à être indemnisés, etc. jusqu'aux requérants d'aujourd'hui. Le préjudice aujourd'hui correspond à l'absence de compensation offerte aux esclaves émancipés pour les dédommager du crime de l'esclavage commis contre eux et à cette absence durable, continuée, dans le temps. Il s'agit ici de justifier la réparation directement par une chaîne causale remontant jusqu'au préjudice subi par les victimes de l'esclavage ; le droit à réparation des requérants actuels est fondé sur le principe de la transmission par héritage du droit à réparation en vertu du fait qu'il est un droit de créance de nature patrimoniale – principe largement admis par la jurisprudence en droit civil²¹.

Il faut toutefois noter que dans ce cas, le préjudice n'est pas une simple conséquence causale, mais aussi une conséquence juridique du dommage²². Pour établir qu'il y a eu préjudice, il faut admettre que le statut des émancipés de l'époque, ou des ayants-droit aujourd'hui, bénéficie d'une condition de protection du *droit*, telle que la situation des ayants-droit aujourd'hui est définie par une norme juridique comme une situation protégée où

²⁰ Bernard Boxill, *Blacks and Social Justice*, Totowa, Rowman and Littlefield, 1984, et « A Lockean Argument for Black Reparations », *Journal of Ethics*, 7, 2003, p. 63-91 ; voir aussi Rodney C. Roberts, « The Counterfactual Conception of Compensation », *Metaphilosophy* 37, 2006, p. 414-28.

²¹ « En droit civil, le patrimoine de la victime se transmet à son héritier et, par l'effet de cette transmission, l'héritier se trouve en position d'exercer les droits qu'il y trouve. » Avis de M. Boccon-Gibod, avocat général à la Cour de cassation, sur les arrêts n°566 (05-87.379) et n°567 (06-85.751), rendus le 9 mai 2008, Cour de cassation – Assemblée plénière, disponible sur le site de la Cour de Cassation (http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/boccon_gibod_11518.html)

²² Pour cette distinction entre conséquence causale et conséquence juridique, voir Hugo-Bernard Poullaude, *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, Thèse de droit public, Paris 2, 2011, p. 243 et sq.

l'action dommageable (la privation de l'héritage) est préjudiciable : il y a préjudice parce que le dommage porte atteinte à des droits (ici le droit de propriété initial ou le droit de transmission patrimoniale).

De ce fait, cet argument présente une première fragilité, exploitée par les juges.

En effet, si la norme juridique en vigueur importe pour établir la réalité du préjudice, deux problèmes surgissent : la traite et l'esclavage étaient des systèmes économiques, politiques, sociaux, légitimes et légitimés par le droit (le Code Noir en France, incorporé au Code Civil à partir de 1803 après une brève abolition de l'esclavage entre 1794 et 1802, mais également les normes du droit international et notamment du commerce international). En outre, la norme juridique n'a jamais consacré l'obligation de réparer l'injustice – au contraire, rappelons que selon les termes de l'article 5 du Décret d'abolition de l'esclavage proclamé le 27 avril 1848 : « L'Assemblée Nationale règlera la quotité de l'indemnité qui devra être accordée aux colons ». Il est très difficile d'établir la réalité juridique de la dette encourue par l'État auprès des esclaves et de leurs descendants, puisque les premiers n'étaient pas des personnes juridiques mais des biens meubles selon l'article 44 du Code Noir²³ et que cela obligerait à reconstituer un état du droit dans lequel les esclaves aurait un droit au patrimoine et à la filiation. Sur le plan strictement juridique, aucune norme ne permet donc d'établir la réparation due pour être passé du statut de bien meuble à celui de personne. On peut alors plutôt suggérer que c'est la norme juridique en vigueur aujourd'hui, déclarant l'esclavage comme crime contre l'humanité, qui doit être prise en compte pour déterminer le préjudice des ayants-droit. Mais dans ce cas, on comprend pourquoi le statut de la « loi Taubira » dans l'édifice des normes est déterminant – pourquoi le juge refuse de la considérer comme une loi de réparation susceptible d'avoir une portée répressive et notamment de modifier la prescription quadriennale qui s'attache aux actions contre l'État.

À cette difficulté s'en ajoutent deux autres. Pour parvenir à désigner correctement le groupe légitime des « héritiers », il faut établir des lignées familiales continues, dont on puisse prouver l'existence devant le tribunal. C'est bien sur la base d'un tel lien généalogique que les demandes des personnes physiques capables d'établir leur filiation ont été jugées recevables par le Tribunal de Fort-de-France. Or le crime de l'esclavage est un crime

²³ Édit de mars 1685, « Édit du Roi servant de règlement pour le gouvernement et l'administration de justice et la police des Iles françaises de l'Amérique, et pour la discipline et le commerce des Nègres et Esclaves dans ledit Pays », généralement dénommé Code Noir, article 44 : « Déclarons les esclaves être meubles et comme tels entrer dans la communauté, n'avoir point de suite par hypothèque, se partager également entre les cohéritiers (...) ».

structurel, dont un des éléments centraux est précisément la destruction de « la famille comme institution ». Selon les termes de l'ancien esclave américain Frederick Douglass,

« Les arbres généalogiques ne fleurissent pas parmi les esclaves. Une personne assez importante ici, dans le Nord, qu'on désigne parfois sous le nom de *père*, est littéralement abolie dans le droit et la pratique esclavagistes. Il n'y a que de très rares exceptions à cette loi générale. Je n'ai jamais rencontré d'esclave qui puisse me dire son âge. Peu de mères esclaves connaissent les mois de l'année ou les jours du mois. Ils n'ont aucun livret de famille pour enregistrer les mariages, les naissances ou les morts. (...) La pratique de séparer les mères des enfants, et d'engager la première à une trop grande distance des seconds pour qu'ils puissent se voir plus de quelques fois par an, est l'un des traits marqués de la cruauté et de la barbarie du système esclavagiste. Mais c'est en harmonie avec le grand objectif de l'esclavage, qui, partout et toujours, vise à réduire l'homme au niveau d'une bête brute. C'est une méthode très efficace pour supprimer du cœur et de l'esprit de l'esclave toute idée juste sur le caractère sacré de la *famille* comme institution. »²⁴

Rappelons que la destruction de la lignée familiale, de l'idée même de la famille, est l'un des éléments constitutifs du crime de l'esclavage. La relation entre le maître et l'esclave a tenté de fonctionner comme substitut et comme médiation de toute autre relation sociale ou de tout autre statut social que l'esclave aurait pu revendiquer dans ses liens avec d'autres membres de la société (en particulier les liens de filiation et de conjugalité). Toutefois, il faut noter que dans les Antilles françaises, quoique les esclaves, dans leur grande majorité, n'aient pas vécu « dans des familles nucléaires cohabitantes », ils ont « pu maintenir une vie familiale »²⁵ en dépit des séparations, de la précarité des relations stables et de l'inégalité entre les sexes. Mais pas plus dans les Antilles françaises qu'aux États-Unis les esclaves n'avaient d'état-civil : le plus souvent seul un prénom permettait de les désigner, et un numéro matricule par commune à partir de 1839. Le décret d'abolition s'est accompagné de l'établissement d'un état civil pour les nouveaux libres prenant notamment pour base les registres matricules d'esclaves et attribuant des noms ; il faut, pour les plaignants, effectuer le travail généalogique minutieux qui permet de remonter tout le fil des générations sans interruption jusqu'au parent nouveau libre. De la sorte, du point de vue procédural, cette exigence rend irrecevables la plupart des demandes individuelles, qui n'ont pas produit la preuve de la filiation ; plus fondamentalement, du point de vue heuristique, elle entache de doute la logique de la procédure judiciaire elle-même en transformant la demande de

²⁴ Frederick Douglass, *My Bondage and My Freedom*, New York, Penguin Books, 2003, p. 30-32.

²⁵ Arlette Gautier, « Les familles esclaves aux Antilles françaises, 1635-1848 », *Population*, 55 (6), 2000, p. 975-1002, p. 996.

réparation en revendication identitaire, comme s'il s'agissait d'établir une lignée « victimaire » ainsi légitimée dans son exigence au nom de son identité diachronique, familiale, et autorisée à blâmer une autre lignée, celle des bourreaux. Si l'esclavage est aussi aliénation natale, appuyée sur la violence sexuelle et la désaffiliation familiale, alors la lignée familiale ne peut fonctionner comme une condition juridique de la légitimité de la demande de réparation : ce sont deux logiques opposées qui s'affrontent, une logique de justice et une logique d'identité.

Enfin, le raisonnement civiliste qui repose sur l'héritage réduit la réparation à l'indemnisation financière. Cette réduction est dénoncée par Janna Thompson²⁶ au nom du fait que la matérialité de la demande civile manque une dimension importante, extra-patrimoniale, du préjudice - comme si le crime commis ne l'avait été que sur des possessions matérielles (niant ainsi les multiples dimensions de l'injustice commise, privation de droit et de statut politique, désaffiliation sociale et familiale, violence et torture, etc.), ou qu'il pouvait être effectivement indemnisé uniquement par l'octroi de richesses matérielles - comme si l'argent était un « équivalent universel »²⁷ des injustices. Selon Thompson, dans la mesure où l'injustice relève à la fois du paradigme de la redistribution et de celui de la reconnaissance, à la fois de la privation de ressources socio-économiques et du défaut de reconnaissance du statut d'humanité, la question des réparations ne saurait être résolue en s'acquittant d'une obole financière individuelle, ajoutant l'injure à l'injustice. Certes, les injustices de reconnaissance sont elles aussi profondément matérielles : si leur réparation ne peut se résumer au « prix du sang », elle ne peut pas non plus s'épuiser en un simple *mea culpa* « symbolique » dont l'expression suffirait à remédier au défaut de reconnaissance. C'est pourquoi la mise à bas des hiérarchies sociales héritées du système esclavagiste et colonialiste exige d'affecter des ressources publiques (par définition limitées) à la réparation plutôt qu'à d'autres secteurs : un certain nombre d'exemples de telles mesures avaient été rappelés par Christiane Taubira lors de sa présentation de la proposition de loi. Le financement de musées nationaux spécifiquement consacrés à l'esclavage, l'octroi de bourses d'études, le soutien national aux livres et aux films documentaires consacrés à la question, la mise en place d'actes de commémoration (construction d'un mémorial, établissement de jours commémoratifs dans le calendrier officiel, événements culturels et scientifiques associés), la modification des programmes d'histoire, la création d'instituts ou de centres d'études où « la

²⁶ Janna Thompson, *Taking Responsibility for the Past. Reparation and Historical Justice*, Cambridge, Polity Press, 2002.

²⁷ Antoine Garapon, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris, Odile Jacob, 2008, p. 81.

question de l'information et de la médiation du savoir (...) serait centrale » pour « construire un espace citoyen »²⁸, sont autant de mesures que les pouvoirs publics pourraient prendre et qui seraient conformes à l'article 2 de la loi Taubira selon lequel « sera encouragée et favorisée » la coopération qui met en relation les archives écrites, les archives orales et les connaissances archéologiques disponibles « en Europe et dans tous les territoires qui ont connu l'esclavage ». Mais de telles mesures ne correspondent pas à une indemnisation individuelle au titre d'un héritage privé dû aux ayants-droit. Ainsi, l'argument de l'héritage échoue-t-il à prouver la légitimité de leurs demandes de réparation.

3.2. L'argument du préjudice

La deuxième hypothèse des juges correspond à une autre possibilité pour admettre la recevabilité des demandes des personnes physiques, celle qui repose sur « un préjudice personnel et actuel des victimes » (p. 26) en raison du crime passé. Mais un tel préjudice est, selon le juge, impossible à caractériser « de façon certaine et individuelle » et repose sur une mauvaise appréciation du concept d'imprescriptibilité appliqué à une injustice historique :

« [L]es requérants, près de deux siècles après l'abolition définitive de l'esclavage, ne sauraient justifier d'un préjudice suffisamment rattachable aux crimes subis par ceux de leurs ancêtres qui ont été victimes de la traite ou de l'esclavage ; que l'expertise demandée serait nécessairement impuissante à caractériser [leur action] de façon certaine et individuelle ; qu'on doit observer d'ailleurs (...) que la reconnaissance d'un tel droit, qui renaîtrait par définition à chaque génération, aurait pour effet d'assurer non pas l'imprescriptibilité du crime mais l'imprescriptibilité de ses effets préjudiciables dans le temps »²⁹.

L'argument mobilisé est celui que la littérature philosophique traite sous le nom d'« argument du préjudice » (*harm argument*)³⁰. Selon cet argument, les requérants doivent prouver qu'ils souffrent aujourd'hui des effets de l'injustice passée du fait d'un préjudice initialement commis contre les esclaves, qui a entraîné une chaîne de causes et d'effets qui perdure encore aujourd'hui et les atteint donc directement³¹. Dans cet argument, le droit

²⁸ Françoise Vergès, *L'homme prédateur*, Paris, Albin Michel, 2011, en part. chap. 5 « Un Mémorial des traites et des esclavages », p. 173 et sq.

²⁹ Extrait du jugement, p. 26-27. Il est intéressant de remarquer dans cet extrait le jeu (pour ne pas dire la confusion) logique et sémantique sur l'imprescriptibilité du crime contre l'humanité, qui renvoie à une logique pénale, et l'imprescriptibilité des effets du crime, à laquelle toute réparation civile serait ainsi par principe incapable de répondre.

³⁰ Elizabeth Harman, "Harming as Causing Harm", and Seana Valentine Shiffrin, "Reparations for U.S. Slavery and Justice Over Time", in Melinda A. Roberts et David T. Wasserman (éds.), *Harming Future People*, New York, Springer, 2009, p. 137-154 et p. 333-339.

³¹ Voir par exemple Louis-Georges Tin, *Esclavage et réparations, Comment faire face aux crimes de*

actuel à réparation repose sur l'établissement d'un lien causal solide entre le crime originel, l'esclavage, et la situation de désavantage actuelle des descendants d'esclaves : les descendants des victimes souffrent aujourd'hui du manque de ressources ou d'opportunités qu'ils auraient vraisemblablement eues si l'injustice n'avait pas affecté leurs ancêtres ou constitué un obstacle à leurs propres projets de vie. L'équité exige donc qu'être nés dans une position sociale désavantageuse soit compensé en raison directe du dommage, cause à la fois du préjudice subi par les ancêtres et de celui des descendants. Cette interprétation repose sur une notion historique conditionnelle du préjudice, qui exige de mettre en place un raisonnement au conditionnel ou contrefactuel, comparant la situation réelle actuelle t1 à une situation hypothétique t'1 conçue comme l'aboutissement d'une chaîne de conséquences depuis une situation « idéale » où l'injustice n'aurait pas été commise à l'instant t, où leurs ancêtres n'auraient subi aucun préjudice.

Ce raisonnement contrefactuel pose un certain nombre de difficultés concernant la constitution du groupe légitime des requérants ; je laisse de côté le paradoxe de la non-identité³², qui intéresse beaucoup les philosophes, mais qui n'est pas directement mobilisé par les juges³³.

Ce qui est mobilisé par les juges en revanche est l'impossibilité de l'imprescriptibilité des effets préjudiciables de l'esclavage, impossibilité qui s'apprécie à nouveau sur fond du statut de la norme juridique. Ils retrouvent ici la critique célèbre de Jeremy Waldron³⁴, selon lequel l'idée que lorsqu'on a acquis un droit il se perpétue jusqu'à ce qu'on y renonce ou qu'on le transfère est indéfendable car il y a des raisons de principe à considérer que les droits sont sensibles au passage du temps et aux changements de circonstances. En particulier, les

l'histoire..., Paris, Éditions Stock, 2013 : « on sait que les populations victimes d'un crime contre l'humanité risquent d'en subir les conséquences sur plusieurs générations, et souvent même sur plusieurs siècles. (...) Cinq siècles plus tard, aucun des peuples natifs d'Amérique n'a pu vraiment se remettre de ce traumatisme inaugural, qui s'est prolongé jusqu'à ce jour sous des formes diverses ».

³² Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 351-379 ; James Woodward, « The Non-Identity Problem », *Ethics*, 96(4), 1986, p. 804-831.

³³ Ce paradoxe fait valoir que si l'on parvient à montrer que le lien causal n'est pas rompu entre t et t1, alors l'injustice n'affecte pas seulement les possibilités ou les opportunités des descendants, mais aussi, purement et simplement, leur existence. Dans la mesure où ne pas commettre l'injustice à l'instant t aurait abouti à une situation t'1 où n'existe pas le groupe actuel, ce groupe ne peut pas se plaindre d'avoir été affecté par l'injustice commise. La légitimité d'une demande de réparation pour un préjudice exige que le dommage n'ait pas eu d'influence causale directe sur l'identité psycho-physique du requérant sinon toute comparaison entre t1 et t'1 devient impossible. « Lorsqu'un prétendu dommage est aussi la condition de possibilité de l'existence de sa victime », résume Axel Gösserries, « le concept de dommage devient inopérant puisqu'il est impossible de comparer deux états de la même personne » (un état actuel et un autre contrefactuel) (*Penser la justice entre les générations*, Paris, Flammarion, 2004, p. 68). Voir aussi Rahul Kumar, « Who Can Be Wronged ? », *Philosophy and Public Affairs*, 31(2), 2003, p. 99-118

³⁴ Jeremy Waldron, « Superseding Historic Injustice », *Ethics*, 103, 1992, p. 4-28 et « Redressing Historic Injustice », *University of Toronto Law Review*, 52, 2002, p. 135-160.

droits de propriété ne sont pas imprescriptibles, ils résistent mal au passage du temps : c'est la raison pour laquelle les injustices historiques peuvent être dépassées. Dans une perspective lockéenne, Waldron définit la propriété par une caractéristique essentielle, son usage : la propriété est d'abord définie par ce qu'on en fait. Or, on ne peut connaître avec certitude ce que les générations successives auraient fait avec leurs terres ou leurs biens s'ils en avaient hérité. D'une part, les descendants de victimes n'ont pas construit leurs projets de vie sur des possessions qu'ils n'ont jamais eues et il est impossible de savoir ce qu'auraient été leurs objectifs et leurs projets de vie dans un tel monde contrefactuel ; c'est la raison pour laquelle les demandes émanant de descendants sont moins solides que celles qui émanent d'individus directement spoliés d'une attente légitime (la réparation ici ne correspond pas à la logique de la restitution ou de l'indemnisation directe). D'autre part, même si les descendants avaient effectivement hérité de ces biens, ils auraient pu ensuite les perdre selon un nombre incalculable de projets de vie, dont le nombre augmente avec le passage du temps. Même en adoptant une interprétation étroite de cette thèse de l'indétermination, on peut obtenir jusqu'à un certain point, notamment grâce à l'usage de raisonnement statistique, certains indices ou certains faits probables concernant les choix et les actions humaines possibles – il est possible d'imaginer peut-être sur une ou deux générations ce qu'il aurait pu advenir de l'héritage ; mais le caractère signifiant des hypothèses diminue toutefois au fil du passage du temps et de la multiplication des possibilités de choix. Après un certain temps - après plusieurs générations -, l'incertitude est totale. Enfin, il est possible que, les circonstances ayant changé, une acquisition illégitime ou une violation de droits aient produit des effets qui sont désormais susceptibles d'être légitimes, ou que le sens de la légitimité ait changé. Épistémologiquement et normativement, il est donc impossible d'établir exactement de quoi les descendants d'esclaves ont été privés, en quoi consiste exactement leur préjudice, et donc ce à quoi les descendants ont droit aujourd'hui. Les effets de l'esclavage sont prescrits.

Pour conclure cette section, en raison de l'impuissance du raisonnement causal à déterminer l'origine et les effets certains du préjudice individuel et intergénérationnel lié à l'esclavage, le juge de droit civil estime que la légitimité de la réparation est impossible à établir et toutes les demandes des parties sont déboutées au terme de ce jugement en première instance. Les réparations sont difficilement conceptualisables selon le raisonnement causal-rétrospectif à fondement individualiste du droit français de la responsabilité civile³⁵.

³⁵ C'est la raison pour laquelle certains estiment qu'une voie prometteuse a été ouverte par la création récente de la procédure d'action de groupe (et non simplement de représentation conjointe) comme voie de recours collectif pour traiter les litiges relatifs à la consommation de masse ; sur le modèle américain, elle pourrait avec profit être

Toutefois, on l'a souligné, le jugement fait la différence entre les demandes émanant des personnes physiques et celles émanant des associations. Les secondes ne reposent sur aucun préjudice individuel et intergénérationnel : elles pourraient donc échapper à la logique causale et rétrospective du raisonnement civil. Le jugement les rejette également, mais à l'aide d'un autre type d'argument qui consacre cette fois la différence entre le domaine judiciaire et le domaine politique.

4. Mémoire et histoire : le refus de juger les « guerres de mémoire ».

Les associations demandent que soit mis en place le comité d'experts susceptibles d'évaluer le préjudice. Le juge déclare qu'il s'agit d'« une demande plus spécifique, liée au devoir de mémoire, consistant en la mise en place d'une expertise ayant pour objet, au-delà de la reconnaissance symbolique, la connaissance scientifique de l'étendue des deux crimes, la traite et l'esclavage ».

La formulation retenue pour désigner la demande spécifique des associations est significative : le juge la rattache au « devoir de mémoire » et mentionne qu'il s'agit à la fois de reconnaissance symbolique et de connaissance scientifique portant sur « l'étendue des crimes ». Ce faisant, le juge semble renvoyer en même temps à l'article 2 et à l'article 4 de la loi Taubira : selon l'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. »

Selon l'article 4,

« 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. »

Liant la demande des associations au *devoir* de mémoire et à la reconnaissance symbolique, le juge souscrit implicitement à l'interprétation des réparations que l'on trouve

mobilisée par les associations de lutte contre le racisme reconnues « d'intérêt public » afin d'examiner la réclamation, de déterminer l'existence d'un préjudice effectif et le cas échéant d'obtenir réparation pour l'ensemble du groupe de personnes physiques concernées.

dans le républicanisme français – je désigne par là, suivant en cela Cécile Laborde³⁶, non pas une théorie philosophique clairement constituée et homogène, mais la « philosophie publique » qui caractérise la pensée politique et la culture publique françaises. Selon cette interprétation, les réparations, crispées sur un « devoir de mémoire » victimaire, œuvreraient à une « communautarisation des mémoires » destructrice du lien social, de la solidarité nationale et de la représentation d'une république unie et indivisible. Les politiques publiques mémorielles traditionnellement menées en France (y compris par l'outil législatif), en adéquation avec le modèle républicain de citoyenneté qui ne prend en compte que des individus abstraits et universellement égaux – à ce titre, tous susceptibles de bénéficier des mêmes droits et de supporter les mêmes devoirs –, visaient l'unité nationale, l'intégration de tous dans un même récit historique. Or par contraste avec ces « régimes mémoriels » visant à cimenter la communauté nationale, les réparations apparaissent comme l'une des manifestations de ce que Johann Michel nomme des « régimes victimo-mémoriels »³⁷ apparus après la Deuxième Guerre mondiale et la décolonisation. Ces régimes expriment des demandes de reconnaissance matérielle et symbolique spécifiques émanant d'individus ou de groupes particularisés et unifiés par leur statut de victime ; ils se trouvent de la sorte en contradiction avec le modèle républicain, universaliste, de citoyenneté. Les associations sont considérées comme des « entrepreneurs de causes mémorielles concurrentes » cherchant à « homogénéiser des groupes d'individus hétéroclites » et créer l'illusion d'une objectivité de l'existence de ces groupes³⁸ - ici le « peuple martiniquais » dont l'existence est vigoureusement écartée par les juges – au nom d'une mémoire commune au groupe et dont l'existence suffirait à signer l'identité collective du groupe. Tout se passe comme si la demande de réparation n'exprimait pas un droit mais réclamait un *devoir* que les associations veulent imposer à la république, au nom d'une mémoire collective particulariste elle-même mobilisée pour attribuer au groupe (des victimes) une identité réelle.

Or toujours dans cette interprétation, cette identité est nécessairement concurrente de l'identité nationale. Les réparations sont donc en contradiction avec leur objectif revendiqué - un objectif de réconciliation sociale. Elles ne permettraient en rien d'inciter à un dialogue ou à une conversation commune, inclusive, témoignant de la conscience d'une histoire partagée et du désir de redéfinir les conditions réelles de la citoyenneté française. Elles ne serviraient

³⁶ Cécile Laborde, *Français, encore un effort pour être républicains !*, Paris, Seuil, 2010 et *Critical Republicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

³⁷ Johann Michel, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, Paris, PUF, 2010.

³⁸ Éric Savarese, *La rencontre postcoloniale*, Bellecombes-en-Bauge, Éditions du Croquant, 2014, p. 36.

qu'à alimenter une relation de défiance entre des groupes mis en face-à-face en raison de la nature adversariale de la dimension judiciaire spécifiquement adoptée, qui repose sur l'opposition entre victimes et bourreaux. Elles renforceraient les clivages identitaires et attiseraient les haines au lieu de renforcer le sentiment de continuité historique et d'identité collective de la communauté nationale. Les demandes de réparations œuvreraient à une « politisation de la mémoire collective »³⁹ qui aurait pour effet, sinon pour objet à peine dissimulé, de faire éclater la solidarité civique de la « communauté des citoyens »⁴⁰ en renforçant les identités parcellaires et les replis de communautés minoritaires sur elles-mêmes. Les efforts pour réparer, compenser, ou reconnaître le passé, s'inscrivant dans la logique accusatoire du face-à-face, ne serviraient qu'à figer les haines, de soi ou des autres.

Or le véritable enjeu des réparations est tout autre. Il s'agit bien de faire la distinction entre le caractère vif, immédiat, partial et affectif de la mémoire, et la « connaissance médiate »⁴¹ de l'histoire savante. L'ambition de la « loi Taubira », telle qu'elle apparaît dans l'article 2, n'est pas de promouvoir des mémoires particulières, mais de favoriser le développement d'un milieu de professionnels de l'histoire, travaillant à une connaissance fine et contextualisée de certains pans ignorés de l'histoire de la république française, en particulier grâce à l'ouverture ou la mise en accessibilité d'archives pour l'instant encore peu exploitées. Ce faisant, l'objectif était de modifier le rapport de la France avec son passé esclavagiste et colonial en l'apaisant – en supprimant « [l']obsession et [la] fascination négative »⁴² qui l'accompagnent inévitablement lorsque certains se voient refuser le droit à l'expression publique et donc le droit à participer à la construction de l'entité collective en jeu par l'expression d'un récit commun et la réflexion sur les normes communes. Les demandes de réparation émanant des associations ne procèdent pas d'une « politique d'identité » fondée sur l'exigence de reconnaissance de groupes homogènes. Elles n'invoquent pas de « devoir de mémoire » fondé sur l'opposition entre victimes et bourreaux, destructeur d'un projet politique commun ; mais elles invitent à un travail de l'histoire, visant par une approche épistémologique une réconciliation critique avec le passé, et ce, parce qu'il s'agit là d'une

³⁹ Sophie Guérard de Latour, « Histoire nationale et minorités en France : une justification néo-républicaine des luttes mémorielles », in Sophie Guérard de Latour (éd.), *Le Multiculturalisme a-t-il un avenir ?*, Paris, Hermann, 2013, p. 279.

⁴⁰ Dominique Schnapper, *La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994.

⁴¹ Krzysztof Pomian, « De l'histoire, partie de la mémoire, à la mémoire, objet de l'histoire », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1998, n°1, p. 63-110.

⁴² Joan Stavo-Debaugé, « L'invisibilité du tort et le tort de l'invisibilité. L'embarras des sciences sociales françaises devant la 'question raciale' et la 'diversité ethnique' », *EspacesTemps.net*, 2007 (<http://www.espacestemp.net/articles/lrsquoinvisible-du-tort-et-le-tort-de-lrsquoinvisible/>).

obligation de justice épistémique considérant une *égalité*, et non une concurrence, des mémoires.

Le positionnement à charge de la question des réparations dans celle d'une mémoire déchirée procède selon les historiennes Isabelle Merle et Emmanuelle Sibeud, d'un processus de « patrimonialisation du passé colonial ». Ce processus consiste à opposer « d'un côté, [la part] des ex-colonisateurs qui cultivent des nostalgies plus ou moins avouables mais sont aussi capables de repentance et continuent en tous cas à écrire l'histoire de 'leur' domination, de l'autre, celle des ex-colonisés enfermés dans une logique de réparation qui les assigne une fois de plus au rôle de victimes »⁴³. Le raisonnement des juges contribue à la mise en place de cette opposition : après avoir positionné les demandes de réparation émanant des associations dans le champ du « devoir de mémoire » et avoir ainsi réaffirmé le caractère « politisé » - entendez identitaire et victimaire - de leur revendication, ils arguent de leur incompétence pour statuer sur la mise en place d'une politique publique portant sur la production de la mémoire collective :

« il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de se substituer à l'État en fixant les conditions de mise en œuvre d'une politique, même voulue par la loi, outre que la loi du 21 mai 2001 a confié elle-même à un comité de personnalités qualifiées la charge de faire des propositions destinées à rendre effectif le devoir de mémoire » (p. 24).

Le juge déboute donc les demandes des associations comme il avait débouté les demandes des personnes physiques : ces dernières parce qu'il est impossible d'établir le préjudice ; les premières au nom de la séparation des pouvoirs. La responsabilité de l'État dans les crimes est « indiscutable » mais la prescription quadriennale s'applique et aucune des demandes de réparation ne peut aboutir.

Les réparations ne sont pas un enjeu judiciaire. Les associations sont ainsi placées dans une situation de double contrainte : la demande politique est traitée comme une déclaration de guerre mémorielle et identitaire (et la logique majoritaire de l'assemblée législative a montré sa capacité à l'étouffer), et la demande judiciaire est vouée à l'échec, en raison de la logique individualiste, causale et indemnitaire du droit de la responsabilité civile. Les réparations individuelles sont entendues comme compensations impossibles d'un crime dont les effets sont prescrits ; les réparations collectives sont entendues comme exigeant un

⁴³ Isabelle Merle et Emmanuelle Sibeud, « Histoire en marge ou histoire en marche ? La colonisation entre repentance et patrimonialisation », in Claire Andrieu, Marie-Claire Lavabre, Danielle Tartakowsky (éds.), *Politiques du passé. Usages politiques du passé dans la France contemporaine. Second volume : La concurrence des passés*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2006, p. 250.

« devoir de mémoire » qui n'est pas une obligation de justice. Le seul enjeu possible sur le plan de la justice corrective, c'est celui d'un légalisme stratégique : que l'espace du procès se trouve mis en position de leur servir de caisse de résonance pour amorcer une conversation sur le passé esclavagiste et colonial. Quelles que soient les difficultés posées par la procédure civile, le tribunal pourrait ainsi se faire le lieu d'un débat public pluriel, dans lequel pourrait se jouer un processus d'apprentissage du sens de la justice et de reconnaissance de la réalité historique des injustices. Mais cela impliquerait que les jugements soient largement accessibles et commentés publiquement, que les principes et arguments des jugements soient objets d'explications et de débat afin que les valeurs que le droit français entend défendre forment une culture juridique partagée.