

DROIT, POLITIQUE ET HISTOIRE A PROPOS DE L'ARRET TOUVIER

PAR

Raphaël DRAI

Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

“Encore une fois, chacun jugera dans sa conscience”

Charles de Gaulle

I.

L'examen des relations entre droit et politique présente un intérêt essentiel pour une bonne intelligence de l'état de droit et du civisme mais aussi pour la compréhension des fondements de la science politique et de la science juridique. En raison tout d'abord de la profondeur du champ temporel où cet examen est conduit : depuis la Tragédie grecque où les Errynies poursuivent le crime infâme et depuis le prophétisme hébreu, opposé à la royauté détachée de l'Alliance, jusqu'à des exemples plus contemporains : juges-molokh du régime hitlérien, juges molosses de l'état stalinien ou “juges” serfs du Conseil de justice politique instauré par le régime de Vichy, énumération hélas non limitative. Ensuite parce que se pose entre ces deux termes la question de leur hiérarchie. Hiérarchie formelle et hiérarchie effective. Certes le Politique, lorsqu'il est identifié au Législateur, détermine la production du droit, “pratique” ou instrumental. Procédant d'une conception de la société et de l'intégration de ses “demandes”, si possible légitimes, il préside à la conception de la loi, puis à sa proposition, puis à sa discussion - parfois passionnée -, enfin à son adoption. Tout ce qu'enseigne le droit constitutionnel. Mais ensuite, par cet effet de circuit qui dessine la configuration de l'institution démocratique, ce même droit

de "produit" devient cause. Il contraint, si nécessaire, le Législateur, et plus largement encore l'Etat à le respecter, et ce faisant, à se respecter lui-même. Un ordre des valeurs, qu'on prenne le mot ordre au sens éthique ou au sens épistémologique, commande ce respect, comme l'indique par exemple le Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹.

En réalité, le débat ainsi engagé, à partir des notions et des principes, risque de tourner court si l'on se contentait de ce seul angle de vue, topologique et mémorial : il ne mettrait en face à face que des abstractions, auraient-elles - fût-ce indirectement - une forte résonance morale et affective. Sitôt posé ce cadre indispensable, il est alors nécessaire de rappeler que les relations tangibles du droit et de la politique finissent par s'"incarner", si l'on peut dire, par normes et procédures interposées, dans un moment historique déterminé, entre tel homme politique et tel tribunal de tel pays - Cour de justice politique, Section Spéciale ou Tribunal de Riom, Haute Cour ou Tribunal de Nüremberg - tel juge et tel ministre, l'un et l'autre biographiquement singularisés. La chronique récurrente des affrontements entre hommes dits politiques et juges en France, notamment au début des années 90, le démontre amplement. Elle se condense, entre autres, dans le face à face d'Henri Emmanuelli, Président de l'Assemblée Nationale - et ancien trésorier du Parti Socialiste - et le juge Van Ruymbeke dans le cabinet du juge d'instruction au tribunal de Rennes. Ce qui démontre, s'il en était besoin, que la hiérarchie entre droit et politique ne se réduit pas à son agencement formellement constitutionnel. Que son effectivité implique la prise en compte de rapports de force, de considérations trivialement politiques, où survient parfois la déferlante des passions². Cependant, dans une démocratie "qualifiée" - et non pas auto-évaluée -, ce type de confrontations présuppose que tous les protagonistes, pour aussi dur que soit leur affrontement, disposent des moyens et des recours, juridiques et désormais médiatiques, de (se) débattre, d'attaquer et de se défendre à l'intérieur comme à l'extérieur du prétoire puisqu'il arrive que celui-ci ne soit pas extérieur au champ de bataille politique mais qu'il en soit l'un des éléments stratégiques.

Ces conditions - non limitatives - réunies, l'image de la justice qui en naît devient celle d'une instance réellement autonome. Son indépendance au sens du droit constitutionnel étant posée en axiome, la conjonction cohérente de l'axiome et du réel assure la stabilité - relative - du système politique tout entier, puisque tout dysfonctionnement de l'une de ses instances constituantes pourrait être corrigé par intervention de l'autre.

Pourquoi, à ce propos, examiner à présent l'arrêt rendu par la Première Chambre de mise en accusation de la Cour d'appel de Paris le 13 avril 1992 ? Cet arrêt a été rendu à propos des poursuites de nouveau engagées contre le milicien Paul Touvier pour décider que ce dernier ne saurait être plus longtemps poursuivi pour crime contre l'humanité. Il pose précisément le problème

1. Bouretz (P.), *La force du droit*, Esprit 1991.

2. Greilsammer (L.) et Schneidermann (D.), *Des juges parlent*, Fayard, 1992.

des relations entre droit et politique dans une perspective qui lui confère une gravité exceptionnelle.

II.

Cette gravité peut s'apprécier par le tollé de protestations que cette décision, sitôt rendue publique, a suscité : ne s'agissait-il pas d'une décision politiquement "révisionniste"³ ! Mais aussi par les réactions à ce tollé, tant de la part du Premier Président de la Cour de Cassation, que du Garde des sceaux, l'un et l'autre rappelant que, quelle que soit la gravité des dilemmes auxquels il se trouve confronté, il est vital pour l'ordre républicain et le respect effectif de l'état de Droit que le juge qui doit en connaître exerce son activité en toute conscience, sans appréhender les réactions passionnelles des individus ou des groupes en conflit, sans anticiper dans sa décision les éventuelles "représailles", directes ou insidieuses, personnelles ou professionnelles, dont il pourrait faire l'objet. L'exterritorialité du droit vis-à-vis de la politique au sens passionnel du terme, était ainsi soulignée d'un trait rouge. A quoi les adversaires de cette décision rétorquèrent que, précisément, et pour ces mêmes raisons, tout juge doit délibérer, puis prendre et rendre sa décision non pas de manière parfaite, mais de la manière la moins contestable qu'il soit possible, en faisant l'économie de diatribes prévisibles. Droit et Politique : où commence la diatribe illégitime et où la pusillanimité, la peur de juger ?

Cette dernière obligation, celle de faire jugement, tangente à celle d'impartialité, ne serait véritablement remplie qu'à une double condition : que le juge demeure sur le "terrain" qui est le sien : le terrain juridique ; sinon qu'il se déclare incompétent, dans tous les sens du mot. Un juge, pas plus qu'aucun être humain, n'est doué d'omniscience. Mais comment circonscrire un terrain "essentiellement" juridique lorsque l'aire du droit, sortant du droit dit commun, devient connexe au terrain politique, puis le recouvre, et enfin doit y intervenir pour inscrire une norme ayant fonction et autorité jurisprudentielles ? Serions-nous en présence d'une violation de frontières ? Mais comment circonscrire un domaine spécifique du droit lorsque le juge doit connaître, comme en l'espèce, de ce type de crime qualifié de crime contre l'humanité ? Par son extension - maximale - la notion d'humanité n'englobe-t-elle pas, holistiquement, voire métaphysiquement, et l'aire juridique et l'aire politique en y incluant de surcroît la dimension de l'Histoire ? Et pourtant le juge doit dire le droit à ce propos. Non seulement parce que la constitution l'y oblige mais aussi parce que la paix civile l'exige. Autrement, les passions se donneraient libre cours, la vengeance se nourrirait de ses propres déjections, et le droit serait vilement dévalué.

En ce sens, l'imprescriptibilité des poursuites attachée depuis 1964 à cette catégorie de crime par la loi française implique même ce que l'on appellera une mobilisation permanente du juge pour qui le crime en question s'inscrit

3. Le Nouvel Observateur, 23 avril 1992.

hors du temps juridique ordinaire. Le temps de l'imprescriptibilité englobe l'existence de l'inculpé qui ne saurait y échapper que par sa mort. Tant qu'il n'aura pas comparu devant ses juges son existence sera "caïnique", existence errante du hors la loi, pire encore : du hors l'humanité vis-à-vis de laquelle il doit répondre de ce que fut peut-être, à un moment de sa vie, lorsqu'il s'érigea en tortionnaire dément ou en bourreau glacial, sa propre décision d'exterritorialité. Telle était la situation notamment dans l'affaire Paul Touvier dont eut à connaître la dite Première Chambre au printemps dernier.

Après la Libération, la fuite de Paul Touvier avait suscité de multiples péripéties policières et judiciaires⁴. Jusqu'au moment où, précisément, l'instance politique, en l'occurrence, le Président de la République Georges Pompidou, sensible à d'insistantes interventions, le fit bénéficier d'une mesure de grâce qui dessaisissait à la fois le policier et le juge. Les réactions suscitées par cette mesure dont les mobiles ne furent pas bien compris contribuèrent néanmoins à rouvrir le champ juridique. En conséquence, l'imprescriptibilité des crimes qualifiés de crime contre l'humanité fut votée par le législateur. Tel fut l'objet de la loi précitée du 26 décembre 1964. L'imprescriptibilité attachée à cette catégorie de crime impose ainsi son infinitude aussi bien aux gouvernants qu'aux magistrats. En d'autres termes, l'impératif s'énonce ainsi : l'on ne peut pas ne pas juger ce type de crime, tant que le criminel présumé reste vivant. Le Gouvernant doit faire taire la raison d'Etat elle-même au nom d'un plus haut principe. Dans ce cas, l'Etat se doit de relancer la justice et la police de reprendre ses poursuites. Comme un livre de compte marqué d'un signet sanglant le dossier du présumé coupable d'un crime pareil ne saurait être refermé par la seule érosion du temps judiciaire. C'est ainsi que Paul Touvier, réinséré par le Législateur de 1964 dans l'aire judiciaire d'où une décision politique présidentielle l'avait fait sortir, fut finalement arrêté en 1989 et déferé à la justice sous l'inculpation de ce crime particulier, imprescriptible : le crime contre l'humanité.

On sait quelle fut la décision de la Première Chambre de mise en accusation de la Cour d'appel de Paris : l'imputation de crime contre l'humanité ne pouvait être retenue à l'encontre de Paul Touvier, lequel devait ainsi être replacé hors du champ judiciaire où il avait été attiré, soit : remis en liberté. Mais alors, puisqu'il s'agissait non pas d'une évasion par "filière clandestine", mais de l'arrêt rendu par un collège de trois magistrats, pourquoi une telle décision - de justice - provoqua-t-elle un tel concert de protestations où l'on entendit malgré tout se poser la question enfiévrée de la relation funeste du juge au politique ?

Cette décision juridique fut soupçonnée d'être infectée de revanche vichysoise, rendue par des magistrats dont l'on fit valoir les sympathies pour la droite, sinon l'extrême droite. Et certains journaux ou hebdomadaires de fouiller leur biographie comme on fouillerait un inavouable casier judiciaire.

4. Moniquet (C.), Touvier, Ed. Olivier Orban, 1989 ; Rémond (R.) et alii, Paul Touvier et l'Eglise, Fayard, 1992.

Elle le fut aussi parce qu'à partir du cas Touvier, elle contribuait plus globalement à "réviser" l'image des collaborateurs pour la démarquer de ses connotations hitlériennes, pour "normaliser" la Collaboration, la réintégrer dans l'histoire tourmentée de la France au lieu de la laisser perpétuellement regarder comme une de ses monstruosité répudiées. Cependant, ces réactions souvent exprimées à chaud et à vif n'ont pu toujours rendre compte du contenu et de la portée d'une décision de justice développée sur plus de deux cents pages. La lecture *in extenso* de cet arrêt incite pourtant à s'interroger de nouveau sur les rapports entre droit et politique et sur la position frontalière des juges ayant à connaître de telles accusations, le droit étant en l'occurrence considéré dans son extension maximale - puisqu'il s'agit, répétons-le, de crime contre l'humanité - mais le politique étant également envisagé de manière extensive puisque les poursuites réengagées contre Paul Touvier impliquaient la réouverture dans l'enceinte du tribunal parisien du dossier de la Collaboration et, par là même, celui du régime de Vichy.

III.

L'imputation de crime contre l'humanité se fondait sur l'accusation dirigée contre Paul Touvier d'avoir participé à titre principal ou en tant que complice à plusieurs crimes durant l'Occupation, et cela au titre de ses responsabilités dans la Milice. Crimes dirigés contre des résistants ou contre des Juifs avec pour seul mobile - dans ce dernier cas - la volonté de participer à une lutte à mort, inspirée par l'idéologie hitlérienne contre "la juiverie mondiale". Saisie de cette affaire, la Première Chambre ne pouvait pas ne pas connaître de la nature du régime de Vichy. La Wehrmacht n'avait-elle pas défilé sur les Champs-Élysées ?

Ces trois juges allaient donc être nécessairement placés dans la situation de magistrats, au sens conventionnel, mais aussi d'historiens, mais encore de politologues, devant dire le droit dans un domaine où il était question de Pouvoir et de sang collectivement répandu. En attendant, la Chambre de mise en accusation allait conduire ses investigations, en vue de rendre son jugement, selon les règles de procédure énoncées par les différents Codes en vigueur applicables en l'espèce.

Dans un premier temps, elle s'est ainsi normalement livrée à un examen des témoignages des différentes parties civiles au procès. Sans aménité. Parfois avec une notable absence de tact. Et c'est au terme de cet examen qu'elle a jugé que la presque totalité des témoignages exposés devant elle ne lui paraissaient pas concluants. Cet examen a-t-il été mené d'un bout à l'autre en bonne et dûe procédure ? Il appartient maintenant à la Cour de Cassation, saisie depuis d'en décider. Il est cependant un cas où la dite Chambre a décidé qu'il y avait lieu de reconnaître l'occurrence d'un crime contre l'humanité et l'implication effective de Paul Touvier : le massacre d'otages juifs à Rillieux-la-Pape en représailles contre un attentat commis à Lyon contre Philippe Henriot. Le choix des otages, les mobiles de leur exécution rendait ici opératoire l'imprescriptibilité

inhérente au crime contre l'humanité. De l'examen des données matérielles de l'espèce, la participation effective de Paul Touvier à ce massacre cette fois ne faisait pas de doute aux yeux des magistrats. Arrivé à ce moment de l'examen de l'arrêt, le commentateur est comme poussé à en extrapoler la conclusion logique : à savoir la traduction de l'inculpé devant ses juges - naturellement sans préjuger aucunement de la décision de ceux-ci. C'est alors que se produit dans ce jugement ce que l'on serait tenté d'appeler un coup de théâtre.

Après avoir reconnu la matérialité des faits constitutifs du massacre de Rillieux-la-Pape, massacre justifiant la revendication de l'imprescriptibilité, les magistrats vont rendre celle-ci inopérante. Comment ? En portant, faut-il dire encore un "jugement" - dans ce cas dans quelle acception de ce terme ? - à la fois historique et politique sur la Milice et le régime de Vichy. Prenant délibérément et systématiquement le contre-pied des historiens reconnus comme les meilleurs spécialistes de cette période de l'histoire de France, faisant feu de tous leurs doutes méthodologiques⁵, la Chambre va présenter une interprétation *sui generis* de la nature politique et idéologique du régime Vichyssois. A ses yeux celui-ci ne saurait être mis sur le même plan que le régime nazi dont il avait été - ou dont il n'avait été que - le collaborateur circonstanciel. Pour autant, réprobation morale ne signifie pas condamnation juridique. Et l'indignation ne saurait faire droit de soi. A la différence du régime hitlérien, le régime du Maréchal Pétain n'était animé d'aucun projet ou programme hégémonique. Sa politique de collaboration n'avait pas pour intention immédiate et avérée la conquête par la violence de l'Europe, ni *a fortiori* la destruction de populations entières (crime qui sera qualifié de génocide) mais de faire face, de manière "pragmatique", tant bien que mal - et plutôt mal que bien, aux conséquences de la défaite militaire de la France. Les juifs notamment n'y étaient point désignés et traités inhumainement comme ennemis d'Etat.

L'effet de souffle provoqué dans la profession des historiens par ce jugement - aussitôt stigmatisé du qualificatif de révisionniste - se traduit par des protestations multiples, des pétitions dans la presse, des émissions de télévision en forme de jugement médiatique, l'organisation de colloques dont l'un fut officiellement présidé par Danielle Mitterrand à la Sorbonne. Autant dire que l'argumentation à prétention historique de la Première Chambre de mise en accusation a été mise en pièces dans l'opinion publique. Mais cette "cassation" là ne fait que relancer à ce propos l'examen des relations entre droit et politique.

D'une part, la Cour de Cassation - la vraie - aussitôt saisie d'un pourvoi, ne doit, elle, juger que le droit et non pas le fait. Autrement dit, la cassation éventuelle de l'arrêt de la Première Chambre de mise en accusation ne peut s'appuyer exclusivement ni sur l'émoi provoqué par cette décision dans l'opinion publique, ni par le décomptage des voix des historiens protestataires. Cela ne signifie pas que les réactions des dits historiens ne puissent être prises en compte par la Cour de Cassation, de la même façon que la Première

5. Cf. note précédente.

Chambre avait utilisé auparavant - de manière, il est vrai, inattendue - les travaux de certains d'entre ces spécialistes de l'histoire de Vichy pour étayer sa propre décision. Mais en dépit - ou à cause - des implications politiques de son intervention - le régime de Vichy est-il réhabilité ? - celle-ci ne saurait le faire que par un raisonnement juridique et non par une décision partisane, elle-même déterminée par une réaction émotionnelle, cela dans le but de faire prévaloir finalement une version de l'histoire de Vichy contre une autre. Où se trouvent alors les éléments spécifiquement juridiques - pour autant qu'on puisse les "isoler" - du jugement historico-politique de la Première Chambre de mise en accusation ? Non pas dans l'exposé formel de ce jugement. Mais dans le raisonnement juridique aboutissant à la décision de ne pas poursuivre Paul Touvier. Il faut alors rappeler pourquoi la Première Chambre des mises en accusation s'est livrée à un tel examen - ou réexamen - historique et idéologique du régime de Vichy. Le procès d'intention à l'intérieur du procès juridique doit céder le pas à l'analyse juridique tout court.

IV.

Si la Première Chambre a procédé comme elle a cru devoir le faire, c'est afin d'établir non seulement les données matérielles éventuelles du crime contre l'humanité mais aussi son indispensable élément moral. Pour la Première Chambre, la vérification de cet élément moral gravissime, ayant éventuellement animé Paul Touvier et déterminé ses décisions - et sans lequel le crime évoqué à son encontre ne peut être légalement reconnu et qualifié -, passait nécessairement par l'examen auquel elle s'est livré : soit : la nature du régime politique au service duquel Paul Touvier s'était placé. La structure et le décours de son raisonnement, de sa rhétorique, sinon de sa stratégie apparaissent clairement. Ses différentes phases apparaissent selon la configuration suivante.

Tout crime est donc indissociablement constitué par un élément matériel et un élément moral. Dans le cas de Paul Touvier, l'élément matériel se dégage de la participation effective au crime dont il est accusé, et que Touvier ne nie pas, même s'il le minimise et fait valoir des circonstances atténuantes sinon absolutoires. Cela en fait certes un criminel, mais non pas forcément un criminel contre l'humanité. Autant que son implication effective dans le massacre de Rillieux-la-Pape doit être considérée la force des choses et la contrainte des temps d'où procèdent les mobiles de son action. Au terme d'un tel raisonnement, si Paul Touvier n'était plus passible de crime contre l'humanité, la justice de l'an 1992 ne pourrait aller plus loin puisque l'inculpé a fait l'objet d'une mesure de grâce présidentielle pour ce qu'il faudrait appeler son "infra-criminalité" d'alors au regard du crime à présent déclaré imprescriptible.

Reste l'élément moral. Celui-ci ne peut être constitué, au titre du crime contre l'humanité, en tant que tel exclu de toute prescription extinctive, que s'il est démontré d'une part que Paul Touvier était pour ainsi dire un assassin de sang froid, ayant agi avec préméditation, pour son intérêt personnel. On vient de voir que pour la Chambre de mise en accusation, tel n'est pas le cas.

Paul Touvier n'est pas un vulgaire truand. L'on n'ose pas dire qu'il est considéré comme meurtrier "politique" comme l'on parle de meurtre passionnel. Toutefois, pour être pleinement opératoire, la catégorie de crimes contre l'humanité requiert d'autre part la constatation d'un élément supplémentaire, irréversiblement aggravant : un dol spécial : la participation volontaire et consciente à un régime politique ayant systématiquement commis des actes inhumains au nom d'une politique d'hégémonie idéologique. Pour la Première Chambre, il était essentiel que ce dol spécial fût ici bien établi. Pour cela elle se rapporte à la jurisprudence prévalant en la matière : à savoir l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 décembre 1985, rendu dans l'affaire Barbie et qui disposait en effet que le crime contre l'humanité était constitué par *"les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme prise par cette opposition"*.

La Première Chambre va se poser la question qui semblait avoir été implicitement et définitivement réglée par la Cour de Cassation : le régime de Vichy servi par Paul Touvier correspond-il à une pareille définition ? En d'autres termes, le régime de collaboration avec le troisième Reich était-il animé de la même idéologie - au sens indissociablement politique et moral, et donc juridique - que le Troisième Reich hitlérien ? Pour la Première Chambre - phare du droit dans la tempête des passions - cela n'est en rien avéré. Si l'élément moral se déduit de l'enquête des historiens et si cette enquête n'apparaît pas concluante, cet élément moral ne peut être jugé décisif pour la qualification en l'espèce d'un tel crime. En l'espèce, comme on l'a dit, le dol spécial, constitutif de l'élément moral indispensable pour la qualification d'un crime en tant que "crime contre l'humanité", rendu imprescriptible par la loi du 26 décembre 1964, ce dol spécial fait défaut. Donc ce crime ne concerne pas Paul Touvier. Donc il n'y a pas lieu à le poursuivre de ce chef. Quelles que soient les polémiques suscitées par elle, la décision de la Première Chambre de mise en accusation appelle, sur le terrain du droit, une remarque d'ordre juridique, et soulève, en même temps, des questions d'ordre plus politique concernant en effet les rapports du droit et de la politique.

V.

Au plan "strictement" juridique, celui où doit se placer la Cour de Cassation, quelle est la nature exacte de la décision de la dite Chambre ? Le mot "révisionnisme", avec toutes ses connotations intellectuelles et morales ne doit pas occulter celui, juridique, de révision. Si la définition du Régime de Vichy donnée par la Première Chambre, peut être contestée par des historiens professionnels, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue d'abord, au plan spécifique du droit, une tentative de révision judiciaire, au sens strict. C'est à dire la remise en cause d'une décision de justice préalablement rendue sur la même affaire. En effet, on aura garde d'oublier, dans ce contexte où la mémoi-

re est si souvent convoquée, que le régime de Vichy a déjà fait l'objet d'un jugement au terme de la comparution en Haute Cour du Maréchal Pétain en juillet et août 1945. Rappelons les termes de ce jugement qui "*condamne Pétain à la peine de mort, à l'indignité nationale, à la confiscation de ses biens*". Parmi tous les motifs invoqués par la Haute Cour, retenons celui-ci pour son incidence sur l'identification de l'élément moral contesté : "*Que la convention d'armistice était de jour en jour moins observée par l'Allemagne ; que Pétain n'élevait aucune protestation publique contre ses violations ; que la France adoptait bientôt une législation raciale calquée sur celle de l'Allemagne...*"⁶.

Ce dernier mobile est d'une importance décisive parce que la décision de la Première Chambre de mise en accusation, non seulement n'en tient aucun compte dans son raisonnement, mais l'exclut du jugement qu'elle porte (faut-il dire, cette fois, jugement juridico-politique ou politico-juridique ?) sur le régime de la collaboration pétainiste. Or, n'est-ce pas précisément l'adoption d'une législation que l'on qualifiera de raciale, en termes juridiques, et de raciste, en termes politiques, que constitue par exemple le statut des Juifs de 1940 ? Pourquoi le régime de Vichy a-t-il entrepris cette exclusion systématique d'une partie de la population française, et a-t-il tenu à conférer une forme "légale" - au regard de ses propres normes - à pareille discrimination. Cette dimension là, déterminante, par sa nature propre et sa valeur jurisprudentielle, est exclue de l'arrêt. L'on se serait expliqué un tel silence s'il s'était agi de la part de la Première Chambre de formuler un jugement *ab novo* sur le régime de Vichy. Or, répétons-le, celui-ci avait déjà fait l'objet d'un jugement de 1945. Si la Première Chambre de mise en accusation avait souhaité procéder à une authentique révision du jugement de 1945, il lui aurait fallu satisfaire aux conditions juridiques de la révision telles que les définit le droit français⁷ et telle que ne cesse de la réclamer par exemple Me Isorni. Il n'en est rien. En réalité, la Première Chambre procède ici de sa propre initiative, et sans base juridique, à ce que l'on pourrait appeler une révision "judiciaire de facto". Une révision dont il faut examiner le possible caractère systématique, sinon intentionnel.

VI.

Lorsque l'on rapproche le jugement de la Haute Cour et celui de la Première Chambre, l'on ne peut pas ne pas constater un certain nombre d'homologies. En premier lieu, sur la nature même du régime de Vichy. Que prononce la Haute Cour en 1945 au sujet de la politique vichyssoise ? "*Attendu que s'il est peu probable que cette politique ait trompé les Allemands, elle a eu par contre pour effet certain d'égarer un nombre considérable de Français qui, de bonne foi, ont cru que le devoir était d'abandonner nos anciens alliés et*

6. Le procès du Maréchal Pétain, Compte-rendu sténographique, Albin Michel, 1949, Tome 2, pp. 1117 ss.

7. *Code de procédure pénale*, Dalloz, 1990-1991.

de participer à une collaboration avec l'Allemagne en vue de l'établissement d'un nouvel ordre européen, formule qui dissimulait d'ailleurs mal le désir d'hégémonie d'Hitler". On aura noté ces termes : collaboration, nouvel ordre, hégémonie. Des termes dont le flou, et donc la pertinence et l'opportunité juridique ont été critiqués pour leur utilisation dans l'arrêt précité de la Cour de Cassation du 20 décembre 1985⁸. Mais la Cour n'a-t-elle pas cru devoir utiliser cette terminologie à titre strictement jurisprudentiel précisément parce qu'elle les y avait trouvés dans la décision de la Haute Cour de 1945 ? Que dit à présent la Première Chambre à ce propos ? Elle semble prendre le contrepied systématique de cette jurisprudence. Tranchant dans la Politique et dans l'Histoire, elle décide que le régime de Vichy n'était animé d'aucune hégémonie. D'où son exonération juridique et son absolution "idéologique" au regard de l'élément moral constitutif du crime contre l'humanité. De la sorte, la Chambre de mise en accusation se contente de procéder par assertion. Elle ne reprend jamais explicitement les attendus du jugement de la Haute Cour pour les discuter clairement, comme s'il s'agissait tout à la fois de les vider de leur sens mais sans attirer l'attention sur eux. Ce qui conduit à des observations plus politologiques.

VII.

L'arrêt de la Première Chambre peut être lu d'au moins deux façons. Soit comme pure pétition de principe, assimilable à l'expression d'une simple opinion personnelle n'ayant aucune valeur juridique, soit à une sorte de coup de force judiciaire, ou de passage à l'acte par lequel des magistrats sortant de leur rôle constitutionnel s'autorisent à formuler un non-dit politique et idéologique tu de (trop) longue date : il est temps d'en finir, le moment est venu de tourner la page.

Rapportant cette pétition de principe à l'implication personnelle de Paul Touvier dans les crimes de la Milice, la méthode ne change guère. La Haute Cour affirmait à propos de la Milice dont elle rappelle la position institutionnelle et idéologique dans le régime de Vichy : "*qu'à la faveur de cette haine contre les Anglais et les Russes, les divers ministres, sous l'autorité de Pétain, organisaient ce qu'on appela la croisade européenne... que d'innombrables arrestations et exécutions sommaires se produisaient, que des populations entières de villes et de villages étaient massacrées sans qu'aucune réaction publique se produisit de la part du gouvernement de Vichy... Que c'est ainsi que bientôt Joseph Darnand devenait, quoi qu'en dise Pétain, avec l'assentiment nécessaire de ce dernier, Chef du maintien de l'ordre et se mettait bien vite en devoir d'organiser sous le nom de milice, une force enrôlée au service d'Hitler, auquel Darnand avait prêté serment de fidélité*". Certes, la notion d'idéologie fait l'objet de maintes discussions en science politique. Mais la Haute Cour ne la discute pas du point de vue épistémologique. Elle s'y réfère

8. Bredin (J.D.), "Affaire Touvier : l'histoire et la justice malmenées", Libération 23 avril 1992.

comme l'un des éléments moteurs, incitatifs, doctrinaux de la politique de Vichy, autrement qualifiée de croisade. Alors, que va dire, symétriquement, la Première Chambre, malgré maintes précautions oratoires ? *“La Milice, ou tout au moins certains de ses éléments, avaient sans doute la volonté de s'emparer de l'appareil d'Etat, ce qui n'était qu'un projet qui n'a pas été réalisé, et de devenir le parti unique du pays, ce qui n'a pas été réalisé non plus”*. On aura noté l'ambiguïté de la locution “sans doute” dans un raisonnement juridique : elle opère simultanément comme admission et relativisation du fait invoqué, et le neutralise. Ainsi : là où la Haute Cour relie et conjoint : régime hitlérien, collaboration, Milice, la Première chambre délie et disjoint : le Troisième Reich et Vichy, Vichy et la Milice, Paul Touvier et les éléments les plus extrêmes de la Milice, et disjoint Paul Touvier de la participation au crime contre l'humanité.

Cette disjonction opère sur un autre élément non moins essentiel de l'Arrêt de la Cour de Cassation de 1985. Cet arrêt comporte une formule importante pour l'établissement du lien de causalité également constitutif d'une responsabilité éventuelle, mais néanmoins directe et personnelle, dans un crime qualifié de crime contre l'humanité. Cette formule concerne : *“les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat ont été commis de façon systématique”*. Dans le cas du massacre de Rillieux-la-Pape tous ces éléments paraissent bel et bien réunis. D'abord le caractère systématique : les victimes du massacre auquel Paul Touvier a participé avaient été tuées en tant que Juifs et en tant qu'otages. Ensuite, elles l'ont été au nom d'un régime pratiquant une politique d'hégémonie idéologique dont l'antisémitisme d'Etat était l'une des composantes déterminantes. Que la mention de l'Etat incriminé vise séparément le Troisième Reich et le régime de Vichy ou qu'elle les englobe dans la même catégorie importe peu. Dans ce dernier cas, les actes commis dans le cadre de la Collaboration, l'ont bien été notamment au nom d'une politique raciale, s'inscrivant au rebours de la notion d'humanité et se concrétisant par des actes d'extermination massive, commandés en forme juridique. Dès lors que Paul Touvier était un des agents actifs de la Milice, que celle-ci était mue par une telle idéologie, ou doctrine, qu'elle mettait en oeuvre à la fois de manière autonome, déconcentrée si l'on ose dire, mais toujours au nom du régime de Vichy et de son chef, lequel avait accepté de collaborer avec le régime hitlérien, l'élément moral constitutif du crime contre l'humanité apparaît patent. L'imprescriptibilité devrait opérer.

Mais la Première Chambre ne tient aucun compte du jugement de la Haute Cour. Elle ne le mentionne même pas. Elle se contente d'en vider subrepticement les principaux attendus par une sorte de jugement *ab initio*. Elle expose de plain pied, si l'on ose dire, de manière doctrinale, une vision du régime de Vichy auquel elle prétend donner autorité légale et judiciaire.

Par là même, elle euphémise la notion de Collaboration, autrement dit, la vide de toute incidence judiciaire, à titre principal et à titre secondaire. Collaboration est en effet une dénomination politique, qui implique collusions et complicités actives ou passives. C'est pourquoi la Haute Cour souligne a

contrario dans son jugement les actes de résistance que provoque la dite politique d'entente avec l'ennemi sur le territoire national occupé. La résistance, n'est-ce pas le refus de la collusion et, donc, de la complicité dans l'accomplissement d'actes ? Car il faut bien souligner la nature juridique de la complicité. Le complice par définition n'est pas l'auteur principal. Il participe de l'acte délictueux commis par ce dernier. Il en facilite l'initiative et l'exécution, le rend possible ou plus efficace. Par ailleurs, la complicité juridique, circonstancielle, au coup par coup, n'empêche pas la collusion idéologique d'ensemble. A ce point de vue, la législation antisémite, raciale et raciste de 1940, prise cette fois à l'initiative du régime de Philippe Pétain, traduit moins la complicité d'un "second couteau" avec le régime hitlérien qu'une profonde convergence doctrinaire en matière notamment d'antisémitisme⁹.

L'occultation par la Première Chambre du Statut des Juifs opère dans cet arrêt comme dénégation. *Verneinung*. Occultation si patente qu'elle en devient ostensible. Car le Statut des juifs n'a pas été dicté par le régime du Troisième Reich. Il a été élaboré au titre d'une idéologie similaire à la sienne. Et cette similarité elle-même et à son tour s'explique par l'antisémitisme forcené qui infestait ces deux idéologies qu'elle rendit ainsi jumelles en haine anti-humaine avec les conséquences que l'on sait. Evaluant l'anti-humanité du régime de Vichy, les magistrats de la Première Chambre ont omis d'évoquer, entre autres, les questions suivantes : la rafle du Vélodrome d'Hiver fut-elle un pogrom de la population parisienne ou bien une opération minutieusement préparée, puis exécutée par une administration aux ordres d'un Etat revendiquant son existence, non pas malgré l'occupant, mais à cause de l'occupation, occupation considérée comme tragédie nationale certes, mais aussi comme occasion de renouveau, de rédemption ? Si les Juifs n'avaient pas été considérés comme ennemis d'Etat, comment expliquer l'institution étatique d'un Commissariat aux Affaires Juives dont on connaît désormais la sinistre activité ?

Il faut être attentif, pour conclure, aux renversements et inversions que produit cette décision. L'absence de toute légitimité constitutionnelle du régime pétainiste est affirmée dans les termes suivants par la Haute Cour : "*qu'ayant pris le pouvoir dans ces conditions, Pétain en arrivait bientôt à supprimer les institutions républicaines, donnant au régime qu'il imposait à notre pays une ressemblance de plus en plus grande avec le régime allemand et italien, c'est-à-dire avec les pays dont la victoire lui avait facilité la révolution intérieure qu'il avait accomplie... Qu'ayant annoncé que l'armistice consenti par nos ennemis nous conserverait notre honneur et notre indépendance, il recevait bientôt des faits le démenti le plus cinglant*". Selon la même logique, le Première Chambre affirme à l'inverse qu'"*il est manifeste que, si le régime de Vichy secrétait par la force des choses une certaine politique, il ne s'agissait en aucune manière d'une politique d'hégémonie idéologique... au sens... de l'Allemagne nazie*". Ce faisant, elle relégitime obliquement le régime de Collaboration et *ipso facto* replace la résistance dans la transgression et la délinquance.

9. La persécution des juifs en France et dans les autres pays de l'Ouest, présentée par la France à Nuremberg, Editions du centre de documentation juive contemporaine, Paris, 1947.

La période encore inassumable de la Collaboration¹⁰ pose donc, sous un jour particulièrement tragique et cruel, la question des rapports entre droit et politique. Lorsque l'assemblée se réunit à Vichy dans la débandade consommée des institutions et la quasi dissolution, non pas d'une simple assemblée parlementaire, mais d'une nation toute entière, quel peut être le sens du vote par lequel elle absolutise son abdication dans les mains d'un ex-héros aux intentions encore bien ambiguës, se fussent-elles alors parées des grands discours de la salvation collective ? Quel est alors le véritable statut de ce qu'il faut bien appeler - par pur nominalisme et formalisme juridique - droit constitutionnel, alors que les actes juridiques élaborés et décidés dans de telles conditions entérinaient et aggravait la déconstitution, si l'on peut ainsi s'exprimer, de la France ? L'analyse doit être encore plus nettement individualisée, non pour participer à l'on ne sait quel exercice de vindicte rétroactive ou d'exorcisme posthume, mais pour comprendre comment droit, politique et irresponsabilité peuvent parfaitement coexister. Par bien des aspects, le plaidoyer pro domo de Joseph Barthélemy, Garde des Sceaux du Maréchal Pétain, est émouvant. Par maints aspects aussi, il rejoint le système de défense d'un Paul Touvier et la doctrine politique de la Première Chambre : nous n'étions plus en mesure de faire le bien. Nous n'avons pas voulu commettre le mal. Nous avons commis le moindre mal. Pendant que de tels sophismes se développaient, René Cassin avait, lui, rejoint Londres et la France libre. Et ainsi commençait la gestation de ce qui allait devenir la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Pendant ce temps, Jean Moulin, malgré les coups de poings et de bottes de ses tortionnaires, refusait de signer un arrêté les faisant quittes d'ores et déjà de leurs premiers forfaits. Politique et droit sont deux "tenseurs" permanents de la conscience humaine. Le politique, s'il ne veut pas ressembler à ce Cyclope dont Ulysse avait percé l'oeil unique, incite le droit à être autre chose qu'une simple technologie serve, utile seulement pour mettre en forme acceptable ses volontés¹¹. Le droit incite le politique à ce qui lui donne son sens au regard d'une Histoire qui est aussi learning de l'espèce, et le rappelle - comme l'indique le Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen - à se souvenir des causes par lesquelles les gouvernements se corrompent et les sociétés se détruisent.

septembre 1992

10. Rousso (H.), *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, Seuil, Points, 1990 ; Azéma (J.P.) et Bédarida (F.) dir., *Vichy et les Français*, Fayard, 1992.

11. Voir par exemple les dérapages anti-judaïques du texte de Carl Schmitt, "Die Deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist", *Deutsche Juristen Zeitung*, Berlin, 15. Oktober 1936.

En guise de POSTFACE :
 Extrait du journal *Le Monde*, 29-30 novembre 1992

Au terme d'une journée de délibéré, la chambre criminelle de la Cour de cassation a finalement décidé de suivre les réquisitions de l'avocat général : seule la partie de l'arrêt de non-lieu de la chambre d'accusation qui concernait le massacre de Rillieux-la-Pape a été cassée. Les pourvois concernant l'assassinat des époux Basch, la déportation de Jean de Filippis, l'attentat contre la synagogue de Lyon, l'assassinat de Lucien Meyer, la déportation de sa fille et de son petit-fils ont, eux, été rejetés.

La décision sur le massacre de Rillieux-la-Pape était la plus attendue car Paul Touvier a toujours reconnu sa responsabilité dans le choix des sept otages juifs fusillés après l'exécution du secrétaire d'Etat à l'information de Vichy, Philippe Henriot. La culpabilité de Touvier ne faisant aucun doute, la chambre d'accusation avait été obligée d'examiner longuement la notion même de crimes contre l'humanité. Estimant que le régime de Vichy n'avait jamais eu "la vocation ni l'occasion d'asseoir une domination quelconque et d'imposer une idéologie conquérante", la chambre d'accusation avait livré dans son arrêt une analyse particulière des quatre années de pouvoir du maréchal Pétain : selon elle, le régime de Vichy ne pouvait, "sauf à falsifier les données les moins contestées de l'Histoire, être qualifié d'Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique".

La chambre criminelle de la cour de cassation a suivi un tout autre chemin. Plutôt que d'analyser la nature du régime de Vichy afin de savoir s'il pratiquait une "politique d'hégémonie idéologique", la Cour s'est référée dans son arrêt au statut du tribunal militaire international de Nuremberg de 1945. Ce texte précise que le tribunal était compétent pour juger et punir "toutes personnes agissant pour le compte des pays européens de l'Axe" ayant commis "individuellement ou à titre d'organisations" des crimes contre l'humanité. Or Paul Touvier a toujours reconnu avoir désigné les sept juifs après une entrevue de son chef direct avec le chef de la Gestapo locale, le Kommandeur Knab. La Cour de cassation conclut donc : "La chambre d'accusation ne pouvait, sans se contredire, déclarer que les assassinats poursuivis ne constituaient pas des crimes contre l'humanité tout en relevant qu'ils avaient été perpétrés à l'instigation d'un responsable de la Gestapo, organisation déclarée criminelle comme appartenant à un pays ayant pratiqué une politique d'hégémonie idéologique". En conséquence, la partie de l'arrêt de non-lieu qui concernait le massacre de Rillieux-la-Pape a été cassée.