

Le juge et l’Outre-mer : Justice et décolonisation de 1940 à nos jours

Convention de recherche de l'UMR 5815 *Dynamiques du droit*, Montpellier 1
avec le GIP justice n° 210.09.29.06

SYNTHESE

Intérêt du projet

« Les peuples sont responsables de leur destin et aucun peuple ne peut être responsable à la place d’un autre. C’est fini la colonisation sous toutes ses formes », avait tranché le Général de Gaulle lors d’un entretien secret à l’Elysée avec Jens Otto Krag, premier ministre du gouvernement danois, le 13 juillet 1966 ! Au vrai, la fin de la dernière période de la colonisation – de 1930 à 1960 – se caractérise déjà par trente années de doutes et d’interrogations : Partir ou/et rester. Elles reproduisent ce que les anciens traduisaient par les interrogations d’Hercule : quel chemin prendre ? D’Ulysse qui met neuf ans pour revenir à Ithaque, confronté qu’il est à des obstacles, mais également à cette drogue de l’Outre-mer qu’est le Lothos, à Perséphone, enfin, qui, recherchée par sa mère Déméter, finit par se partager entre la Terre et l’Enfer ! Et seule Perséphone témoigne, par son histoire, que de retour sur terre, un lien encore la rattachera là-bas.

En effet, les dernières années de la colonisation tout autant que les premières années de l’indépendance n’ont pas été, pour les juristes d’Outre-mer, le signal d’une rupture immédiate. Et sans doute le maintien en poste pour certains, le départ pour d’autres, ont-ils été accompagnés de regrets ou d’espoirs. On dira que la décolonisation fut à l’image d’Orphée, suivant un temps Eurydice aux enfers, cherchant à la retenir, pour la perdre irrémédiablement pour « s’être retourné » vers elle, pour ne pas avoir su maintenir la distance nécessaire. Mais cette perte s’accompagne d’un « effacement progressif » : Eurydice est « entourée par une nuit immense et disparaît comme une fumée impalpable ».

Si de longues années ont été nécessaires pour que la décolonisation soit réelle, de longues années le seront encore pour que s’épuisent toutes les conséquences de l’une et de l’autre, en particulier pour que le droit puisse en éteindre les braises. Les volumes 8 et 9 doivent en dire l’essentiel et ce dernier chiffre vient symboliquement clore cette recherche sur le juge Outre-mer. N’est-il pas le symbole des recherches fructueuses, celui du couronnement des efforts, de l’achèvement d’une création et, dans les écrits homériques, celui des neuf jours pendant lesquels Déméter a dû parcourir le monde pour retrouver Perséphone et, enfin, pour certains mythographes, le nombre des « cercles infernaux » ? À l’image de Perséphone qui est contrainte d’y séjourner une saison sur quatre – certains de ceux qui ont quitté les colonies ne cessent d’y être « renvoyés » par le droit. Réfugiés, rapatriés, harkis... tous ceux qui se « sont retrouvés » en métropole, cherchent encore, des années après, à voir liquider par le droit une situation qu’ils ont laissée là-bas... Et qu’ils le veulent ou non, ils sont conduits à y « retourner ». Pour combien de temps encore ?

Présentation générale

Au moment où ce programme se termine, il est utile sans doute de montrer quels apports il a permis et pourquoi il était nécessaire de consacrer un tome 7 à faire le lien, non seulement avec les deux autres tomes qui diront les conséquences du « retour » mais également avec toutes les recherches à élargir encore et qui ne peuvent plus se satisfaire de l’étude des seuls juges français !

En premier lieu, bien des thèmes, il est vrai, concernant le juge français d’outre-mer auraient pu être abordés. Mais la décision étant prise de parvenir aux dernières années de la colonisation, il fallait limiter les ambitions et en venir au « passage » qui témoigne du départ en même temps que des

« traces » qui, pendant des années encore, poseront aux juges – non plus ceux d’Outre-mer mais de tous les pays concernés – des problèmes de droit qui n’en finissent pas de couvrir ! Aussi bien était-il utile de montrer que la décolonisation, pour les juristes, n’a pas été cette fin brutale mais à la fois une sorte de préparation lente de formation des élites et une certitude quant à un départ qui laisserait sur les territoires décolonisés soit des marques indélébiles soit des traces qui pour avoir été effacées sont ressorties bien des années après (le Vietnam peut en attester). Cette longue période a été marquée par trois temps qui ont été d’une part, la glorification d’un Empire, confronté sur place aux contestations, à la crise économique et aux volontés de « changement », d’autre part le redoutable défi qu’a représenté la fracture de la Deuxième Guerre mondiale et la coupure entre Vichy et la France libre, imaginant deux issues différentes à la colonisation, enfin – en troisième temps – les évolutions, de la conférence de Brazzaville à l’idée d’une « Union française », puis d’une « Communauté » : une suite de positionnements voués à l’échec.

Mais à chaque fois, en profondeur, des projections et des réformes dans le domaine de la justice qui accompagnent en sous-main cette idée que les colonies doivent, en droit comme en matière d’institutions, se rapprocher au plus près de la métropole, afin que puisse s’y imposer – l’indépendance venue – une proximité bienvenue. Soit, progressivement un « démontage » qui se prépare et dont on pourrait dire qu’il s’apparente à ces sculptures traditionnelles opérées « à la cire perdue » et un travail du droit des dernières années de colonisation qui va imprimer dans les futurs États indépendants des certitudes et des confirmations. Elles montrent que si la colonisation a laissé quelque chose, c’est sans doute une langue, ce qui est reconnu bien volontiers par beaucoup (Hampaté Ba en saluait l’intérêt) mais surtout des principes et des règles de droit aussi bien public que privé (*B. Durand, Dans les pas de Perséphone : partir et/ou rester*).

Aussi bien – une fois parcourues à grands pas les années qui depuis la fin de la Première Guerre mondiale devaient conduire à une « Communauté » ouvrant la voie aux indépendances - n’était-il pas inutile de montrer que, sur quelques points encore non traités dans les volumes précédents, il y avait encore matière à réflexion. Et laissant à chacun le choix d’un sujet « oublié », on peut constater que c’est vers le droit pénal, les tribunaux de commerce, les conseils du contentieux administratifs, l’enseignement du droit depuis 1945 (*Samba Thiam, la mise en place de l’enseignement du droit au Sénégal*) que nos collègues sénégalais se sont tournés, montrant ainsi leur attachement à la société qui est la leur mais également aux interrogations que leur pose encore l’héritage de certaines institutions judiciaires. Ainsi, d’un droit pénal, encore dans les années quarante perçu comme répondant difficilement aux conceptions des traditions (comme sur l’adultère par exemple), auquel l’auteur s’est intéressée (*Dieyniaba Diarra, Un code pénal indigène « oublié » : le décret du 11 février 1941 !*), tant la justice pénale française y est appréhendée encore par les indigènes comme inadaptée et surtout lente et compliquée. Ainsi également des conseils du contentieux administratifs (*Samba Thiam, Les conseils du contentieux administratif depuis la deuxième guerre mondiale*) pour lesquels l’auteur note l’amélioration considérable de leur composition, le recrutement techniquement assuré de leurs membres, les jugements de grande valeur, reconnus par le Conseil d’Etat qui a procédé à une extension sensible de leurs compétences dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Les conseils du contentieux administratif ont joué un rôle considérable dans le développement de la juridiction administrative, en maintenant dans le droit une administration exigeante dans sa mission de mise en valeur des colonies. Néanmoins, ces juridictions ne pouvaient pas se développer comme les tribunaux administratifs de la métropole, car il est difficile de trouver des fonctionnaires Outre-mer, des magistrats de carrière, sinon de l’ordre judiciaire. Il ne peut être contesté, en outre, que l’organisation des conseils du contentieux a porté toujours atteinte aux principes essentiels du droit métropolitain, la séparation des autorités administratives et judiciaires d’une part, la séparation entre l’administrateur actif et l’administrateur juge de l’autre. Quant aux tribunaux de commerce (*Mamadou Badji, La généralisation des tribunaux de commerce Outre-mer*), ils ont fait la démonstration sur les territoires où ils se sont développés d’une véritable mixité, tant celle de leur composition, réunissant magistrats de carrière et échevins, que de leur activité, indigènes et européens en étant également justiciables.

C’est sans doute en guise de clin d’œil que les auteurs français ont plutôt choisi deux autres thèmes, celui de la « citoyenneté » et des droits à être électeurs – ou pour les sujets à devenir justiciables devant des juges français -, et celui des conséquences de la deuxième guerre mondiale sur

les carrières des agents et des fonctionnaires coloniaux. Les démêlés électoraux soumis à la justice ont posé pendant des années, dans les colonies, la question de la citoyenneté et démenti une générosité d'assimilation, proclamée en 1833 à une époque où le vote n'existait pas, pas plus que l'accès à la fonction publique, longtemps refusé à des indigènes non citoyens... au même titre d'ailleurs qu'aux Françaises, toujours non citoyennes avant la deuxième guerre mondiale (*Bernard Durand, Citoyens et Sujets en demande de Justice : quand la politique s'en mêle !*). On y constate combien les électeurs, forts de leur agitation et de leur poids local, ont participé à la parole démocratique avec un acharnement qui les montre attentifs à réclamer leurs droits et prompts à s'adresser à une justice qui navigue entre les nuances du droit et les écueils de la politique. Quant à la reconstitution des carrières des fonctionnaires (*Séverine Benzimra, La reconstitution des carrières d'agents et fonctionnaires rapatriés (1939.....)*), c'est l'étude de l'Algérie et de l'Afrique du nord, qui fait la démonstration de la lenteur et des difficultés générées par des situations inextricables : législateur, tribunaux, commissions et administrations peinent à les démêler et à arrêter des solutions satisfaisantes pour chacun des cas.

Mais, en deuxième lieu, les travaux qui se concentrent dans les trois derniers tomes et s'appuient sur les six premiers, révèlent une dimension volontairement écartée jusqu'ici, par commodité ! Il y a un élément central, commandé par la nature même du droit et celle des justices qui sont en charge de le porter, qui fait que le « temps à prendre en compte » est ici directement lié à « l'espace qui l'englobe » : Le droit en tant que principe d'organisation est une discipline sans frontière ; sans doute la frontière est-elle marquée lorsque les différents États gèrent leur espace privatif, qui relève de leur droit interne, et se confrontent à d'autres États, confrontation que règle la diplomatie. Mais dès que les États prennent pied à l'extérieur, entendent s'y maintenir, font de la mer un espace à occuper, colonisent, cette entreprise trouble les frontières et oblige les États à penser un droit qui englobe tout à la fois les exigences internes et externes. Le droit colonial ne peut pas être un droit tantôt interne et tantôt externe, il est les deux à la fois à proportion des enjeux en cause et dans une projection qui l'oblige en permanence à intégrer cette double nature. Le droit doit faire fonctionner les deux volets de son organisation de manière à ce que l'un n'entrave pas l'autre ou qu'une décision ne remette pas en cause la réussite de ses entreprises internes et externes. Le « temps » en est alors modifié car – comme l'avait d'ailleurs bien vu Carl Schmitt – l'irruption de la mer dans l'espace jusqu'ici pensé en tant que « terre », va entraîner de la part des États une prise de conscience qui, portée par les innovations techniques maritimes successives, va les contraindre à des choix qui ne seront pas faits par tous en même temps. Et dès le 16^e siècle, la révolution nautique – celle du gouvernail et de la voile carrée – va bouleverser – au moment même où se construisent les grands États européens – la configuration des espaces, non seulement en déclenchant cette ruée vers l'Amérique et les premiers pas d'une colonisation qui va opposer jusqu'aux guerres napoléoniennes les quatre puissances européennes de la façade atlantique mais surtout donner à la mer, dans les stratégies de guerre, un rôle tout différent de ce que pouvait jouer et que jouera encore la guerre sur terre : Ici, sur ces espaces que l'on ne peut à proprement parler « occuper », « ceux qui naviguent » créent un espace de « non droit » où l'on ne s'en prend pas seulement à l'adversaire mais à son commerce, à son économie, et donc à ses sujets ou aux sujets des autres puissances – neutres ou pas – qui « font les colonies » et qui y commercent... Les colonies ne sont plus une affaire « interne » aux pays qui colonisent, elles sont aussi une affaire internationale, ce que montre d'ailleurs les compétitions qui s'y déroulent et les références au droit qui y sont faites.

Et si l'Angleterre est bien devenue cette « île-monde », ce « navire » qui a, au 19^e siècle, assuré sa suprématie par la liberté des mers et du commerce et construit un Empire colonial, elle ne sera suivie par d'autres États que fort partiellement. Ceux-ci ne participeront à cette entreprise que de manière ponctuelle, sur des terres proches (l'Algérie), ou survivantes d'un passé bien lointain (les Antilles) ou encore situées à un carrefour commercial important (l'Insulinde), où le sub-impérialisme en œuvre fera sur place ce que l'État européen lui-même, trop éloigné, ne peut entreprendre. Et tout au long du 19^e siècle, les timides entreprises visant à créer des stations navales ne seront pour ces États que l'expression de la nécessité de se projeter sur cet espace nouveau qui impose, en raison de la révolution de la navigation à vapeur, de disposer du charbon nécessaire au commerce et à une présence militaire. En revanche, ces prises ponctuelles leur feront prendre conscience progressivement du retard accumulé. La propagation de la révolution industrielle, celle de la navigation, des communications,

leur ouvrira la voie d'une nouvelle colonisation à grande échelle, celle de l'Asie qui mettra face à face la France et le Japon et celle de l'Afrique, partagée progressivement par tous les États européens. Elles lieront davantage encore droit interne et droit international (non seulement sur place mais en contrecoup sur le continent européen) et feront comprendre à l'Allemagne, puissance continentale, de se tourner vers la mer, devenir puissance navale et défier alors « l'espace » de la Grande-Bretagne. Les terres colonisées, multipliées, dessinent alors les affrontements à venir : Une Amérique où les États-Unis liquident à Cuba la présence espagnole, une Afrique où la France, la Grande-Bretagne, l'Allemagne et l'Italie, rêvent « d'Empires » à finaliser, une Asie où le Japon place en surveillance les présences russes et françaises et prend des gages en Corée, à Taiwan, à Sakhaline.

Dans les faits, dès le début du vingtième siècle, alors même que la colonisation semble se stabiliser avec les accords anglo-français de 1904 qui règlent entre les deux puissances toutes les questions coloniales en suspens, le défi allemand (par la croissance de sa marine et ses ambitions coloniales) annonce la première guerre mondiale. La confiscation des colonies allemandes suivra et en même temps, avec le pacte de la SDN, la projection, voulue par les États-Unis d'un Monde débarrassé des colonies ! Sans doute celles-ci continuent-elles à dessiner l'espace planétaire – et même certains États comme l'Italie et le Japon continuent-ils à forger leur Empire - et font-elles croire aux États qui les possèdent que leur existence est assurée pour longtemps. De même, qu'à l'approche du deuxième conflit mondial, elles vont aider à la suprématie des puissances maritimes sur les puissances continentales. Mais les dispositions du Droit, en interne comme en international, commencent à préfigurer un espace mondial vide de colonies. C'est dire les raisons qui font que dans ce tome 7, nous avons ouvert quelques fenêtres sur les espaces maritimes, espaces encore modestes mais qui visent à faire comprendre que la justice coloniale a eu aussi à résoudre les problèmes posés par le littoral, premier touché par ces « verrues » que furent les premières occupations, et riche de ses premières installations techniques et marchandes, souvent à la porte de ces autoroutes que constituent les voies d'eau, et nécessitant un régime juridique original (*Samba Thiam, Les « Bords de Mer » des Colonies*). Et si, souvent, ces appropriations ont eu à négocier avec les premiers habitants ou souvent aussi à composer avec d'autres puissances européennes sans que les juges aient à intervenir, c'est en temps de guerres maritimes que les magistrats ont su dégager un droit original, soumis à des règles de preuve tirées du droit public (*Bernard Durand, Des Juges « de Mer » aux prises avec le droit de la guerre*), et à des mécanismes contraignants pour les puissances neutres (*Jean-Baptiste Pierchon, Les violations de neutralité en droit maritime*).

Telle était l'ambition immédiate et telle est la raison des trois chapitres que nous avons consacré à ce tome 7. Encore restait-il à entrer de plain-pied dans une décolonisation que les tentatives, un peu « désespérées » de sauvetage de l'Empire colonial, malgré la nouvelle donne mondiale, n'éviteront pas. Les indépendances sont obtenues de manière plus ou moins dramatique et s'étalent de 1954 à 1962, entraînant le retour, en Métropole, des Français installés aux colonies et de certains indigènes qui avaient choisi le camp de la France. Si les retours tant d'Indochine que d'Afrique noire ont été facilement absorbés, car effectués de manière progressive, les crises, de Suez, de Bizerte mais surtout la guerre d'Algérie déversent, sur le territoire national, des masses de réfugiés sur une période très courte. Dans le même temps, si de nombreux Français sont restés dans les pays indépendants, comme en Afrique noire ou au Maroc, on voit bien le défi posé à l'État français (au 31 décembre 2002, le nombre des rapatriés comptabilisés - fonctionnaires et colons - par le Service Central des Rapatriés est de 1 483 321), un défi difficilement relevé tant l'État, pourtant alerté dès 1956, fit preuve d'impréparation¹.

Il nous a semblé utile de traiter de ce retour en deux volumes : le premier, le tome 8, concerne le repli de l'État. Il implique d'une part, que tous les fonctionnaires coloniaux doivent : soit rentrer et trouver une place en Métropole, soit choisir l'assistance technique imaginée pour les nouveaux États, et d'autre part le démontage des institutions et, pour ce qui nous intéresse, de tout le système judiciaire. Le second problème à résoudre est celui de la réinsertion dans la société française de tous

¹ Raymond Aron, note à Guy Mollet, *la tragédie algérienne*. Ou encore le Club Jean moulin qui regroupait penseurs et spécialistes.

les Français des colonies contraints au retour, qu'ils soient travailleurs indépendants, salariés, commerçants, industriels, agriculteurs ainsi que des autochtones réfugiés et, particulièrement, des Harkis, ce à quoi sera consacré le *tome 9*, l'un et l'autre d'ailleurs nourris par la jurisprudence abondante née de la nécessaire interprétation d'une législation pléthorique, ce qui témoigne du rôle essentiel tenu par les juges placés en situation exceptionnelle.

Le repli de l'État, organisé par traités, touche de plein fouet des hommes et femmes qui, en son nom, occupaient des fonctions sur les territoires des colonies. D'où le choix, en trois temps, de consacrer nos recherches au retour en Métropole des fonctionnaires d'Outre-mer et à leur réintégration dans la fonction publique métropolitaine, puis de traiter de ceux, parmi eux, qui ont choisi la coopération ou l'assistance technique et qui sont restés au service du nouvel État, la troisième partie de ce volume étudiant le démantèlement des institutions judiciaires et analysant le traitement des affaires en cours au moment des indépendances, par les juges métropolitains.

Il a donc fallu se livrer à une étude exhaustive et comparatiste de tous les textes permettant de déterminer s'il y a eu des modèles mis en place lors des premières décolonisations ou au contraire si le reclassement des fonctionnaires, a surtout obéi à une démarche empirique. Or, ils ont été très souvent décidés au coup par coup, par un jeu des erreurs et des rectifications (*Dominique Mouret, Le reclassement des fonctionnaires en métropole : un repli administratif empirique, reflet d'un pseudo-réalisme politique*). Mais c'est en pratique que se révèle surtout l'originalité du retour. Celui des administrateurs, issus de l'ENFOM, hauts fonctionnaires dont certains ont mis à profit leur retour en Métropole pour construire un brillant parcours et, qui ayant rempli les fonctions de juges ont, pour la plupart d'entre eux pu intégrer, en Métropole, des postes très différents de ceux qu'ils occupaient Outre-mer. On les retrouve dans divers ministères dont certains nouvellement créés, comme celui de l'Aménagement du territoire, dans des entreprises privées, ou dans des organismes en relation avec les ex-colonies, démontrant ainsi qu'ils ont su « inventer et conceptualiser » de nouvelles fonctions en revendiquant l'expérience acquise Outre-mer (*Jean-Charles Fredenucci, Retour sur les parcours professionnels des Administrateurs de la FOM au cours des années 60*). Celui des militaires également, qui n'ont, semble-t-il, en raison de leur statut même, aucun souci de reclassement mais qui doivent souvent lutter pour faire reconnaître certains de leurs droits. Qu'ils soient Français ou d'origine indigène, ces militaires ont dû avoir recours aux juges pour obtenir décorations et pensions, être reconnus dans leur qualité de déporté ou de résistant, de blessés de guerre ou d'ancien combattant, contester l'application d'une loi d'amnistie. (*Bernard Durand, Pauvre marin revient de guerre...*).

Quant à ceux qui ont fait le « choix » de rester, on trouve aussi bien tous ceux qui, métropolitains ou indigènes, ont participé sur place à la réorganisation de la fonction publique des nouveaux États et sont passés sous un statut nouveau les intégrant dans le nouvel État (*Séverine Benzimra, Le sort des fonctionnaires coloniaux lors des indépendances : l'exemple du Maroc et de la Tunisie*) que ceux qui, anciens administrateurs de la France d'Outre-mer, ont porté au sein d'un nouveau ministère la « Coopération » avec les nouveaux États indépendants. S'appuyant sur leur expérience de terrain et leur connaissance de la culture des ces nouveaux pays, beaucoup d'entre eux sont restés à leur poste, voire dans le même bureau après les indépendances. Tant sur place qu'au ministère, ils continuent leur « mission » (*Julien Meimon, Les permanences de la transition et les contraintes du repli*).

En dernier point, il était impératif de consacrer notre recherche au repli de la justice coloniale proprement dite, en étudiant non seulement les conventions et protocoles qui ont réglé la fin de l'institution judiciaire mais aussi de suivre le devenir des magistrats en poste aux colonies au moment des décolonisations, comme le sort des affaires en cours, en provenance des juridictions coloniales, mais finalement tranchées par des magistrats métropolitains.

L'analyse et la comparaison des différentes Conventions judiciaires qui décident des modalités de transition montre qu'elles vont du rejet complet de notre système judiciaire à une adoption presque à l'identique. Par le jeu de la variété des solutions retenues et de la forte activité diplomatique que ces Protocoles ont impliquée, il y a cet enjeu de la poursuite des relations avec le nouveau pays indépendant et, peut-être, la maîtrise du droit qui y sera appliqué. Et dans cet enjeu, se trouve le

maintien du personnel judiciaire et notamment des magistrats, assurant la transition ainsi qu'une certaine acculturation juridique par la formation des juges autochtones (*Martine Fabre, Les conventions judiciaires, de la décolonisation à l'indépendance*). Cette solution est d'ailleurs également dans l'intérêt de l'État indépendant. En matière judiciaire, le « démontage colonial » n'est pas si facile d'un côté comme de l'autre. Le pays indépendant ne peut supporter un vide institutionnel, il doit prévoir une période transitoire lui permettant de créer sa propre Cour suprême et de former un nombre suffisant de magistrats. D'où par l'étude de la carrière d'un magistrat français et de ses documents personnels, l'intérêt de mettre en valeur les différentes solutions offertes à ces juges qui, pour beaucoup d'entre eux ont fait toute leur carrière en terre coloniale (*Martine Fabre, Les passeurs de relais*).

Enfin, ce ne sont pas seulement les hommes qui sont concernés dans leurs fonctions, ce sont les affaires elles-mêmes dont les conventions règlent le sort. Pour celles qui concernent les rapatriés, il est toujours décidé qu'elles seront replacées devant des juridictions métropolitaines qui les reprendront au stade où elles étaient au moment de l'indépendance. Les juges métropolitains ont donc à connaître des litiges relatifs à des engagements pris aux colonies par des personnes qui sont maintenant en Métropole. Il en va ainsi des affaires liées « aux événements » d'Algérie : décès, cambriolages ou accidents du travail dont ont été victimes les colons et qui sont « rapatriés » devant les tribunaux de Métropole. En droit du travail, la jurisprudence est abondante et variée. Les magistrats, dans la marge que leur laisse le droit – et, en matière de droit du travail, elle existe car beaucoup de points restent à l'appréciation souveraine des juges – vont faire preuve de beaucoup de sagesse. Lorsque la situation est grave et que les ayants droits d'accidents du travail mortels sont démunis, ils reconnaissent, chaque fois qu'ils le peuvent, l'accident du travail et font indemniser les ayants droits des victimes. Pour ce qui est des relations de travail employeur-employé en période de crise, ils ont eu la sagesse de considérer que les difficultés touchaient aussi bien le salarié que l'employeur et leurs décisions sont équitables, partageant en quelque sorte le risque et refusant le concept de faute grave dans de telles circonstances (*Martine Fabre, Le droit du travail à l'épreuve des décolonisations*). En matière de « dettes algériennes », c'est-à-dire celles des Français d'Algérie qui se trouvent, après l'indépendance, poursuivis en paiement pour des dettes qu'ils ont contractées en vue du développement ou de l'entretien de biens dont ils ont été dépossédés sans indemnisation par le nouvel État indépendant, rarement, dans la jurisprudence a-t-on trouvé de tels exemples de la place majeure occupée par des juges et du jeu de rôle établi entre le législateur et les magistrats. Ces débiteurs de créanciers qui sont également Français (puisque les prêteurs sont, majoritairement, des banques françaises) vont argumenter qu'il est totalement immoral de les poursuivre en paiement de dettes faites pour des biens dont ils ont été spoliés et estiment que les créanciers doivent poursuivre les nouveaux propriétaires algériens. Du juge de première instance qui met en avant l'équité et la justice pour exonérer le débiteur, à la Cour de cassation qui applique le droit, et seulement le droit, pour provoquer le législateur, toutes les nuances et l'inventivité des juristes se trouvent réunies en vue de résoudre un problème inédit et dont on se contentera de dire que la solution qui a été trouvée a forgé un droit « d'exception », souvent décevant que ce soit du côté des magistrats ou du législateur. Lorsqu'arrive enfin, en 1970, la fameuse loi promise en 1961, c'est une indemnisation « peau de chagrin » qui se décide pour les rapatriés spoliés (*Martine Fabre, Le juge et les dettes algériennes : l'écart entre le droit et l'équité*). Quant à la question du remboursement par les assurances des dommages subis en Algérie, qui a également donné lieu à de nombreux litiges, les « colons » victimes de vols ou de destructions dus aux « événements » ont demandé à leurs assureurs de les rembourser. Les juges devront trancher au mieux entre ces demandes et des assureurs qui se prétendent exonérés du fait d'une guerre civile que l'on ne nomme pas. (*Carine Jallamion*).

Le tome 9 s'inscrit dans un questionnement original : Les décolonisations peuvent-elles être injustes ? Ou du moins comment expliquer que cinquante ans après, les problèmes judiciaires liés à la décolonisation ne soient pas encore réglés ? « Connaître le passé est une manière de s'en libérer. » affirme Raymond Aron. Toutes les mesures prises ne vont pas donner satisfaction aux rapatriés qui se considèrent comme des victimes des décolonisations ? L'analyse détaillée et exhaustive du contentieux relatif à la réinsertion des rapatriés permet d'aborder, de manière systématique, la pathologie générée par les

multiples législations qui ont accompagné ces retours et d'apprécier le rôle du juge dans ces périodes atypiques (*Martine Fabre, Le juge, le droit et les décolonisations*).

C'est que devant ce que l'on peut appeler la crise des décolonisations, l'État a mis en place des solutions consistant, pour la première à créer des institutions administratives capables de faire face au problème, et pour la seconde, à adopter une profusion de textes de lois, de décrets et d'arrêtés. Il est peu étonnant que les juges aient été largement mis à contribution et qu'ils aient été conduits à gérer judiciairement la réinsertion des rapatriés dans la durée, et à résoudre un peu plus tard des questions relatives aux Harkis. Ce caractère original, on le doit essentiellement au fait que le législateur a créé le concept de rapatrié, et très bizarrement avant l'indépendance de l'Algérie. Ce concept est développé dans la « loi-cadre » de 1961 mais les juges ont largement contribué à en définir les contours. C'est essentiel car toutes les lois postérieures feront référence à la loi de 1961, la qualité de « rapatrié » étant indispensable pour bénéficier des diverses mesures. (*Martine Fabre, Qu'est ce qu'un rapatrié ? La loi cadre du 26 novembre 1961*).

Le contentieux relatif aux rapatriés se partage en deux grandes masses : celui né à propos des prêts de réinstallation et celui généré par les lois d'indemnisation. Le domaine des prêts faits aux rapatriés se caractérise par un écheveau de lois qui s'abrogent partiellement ou totalement et qui constituent un empilage de normes, source évidente de litigiosité. À chaque nouvelle loi, les rapatriés à qui on en refuse le bénéfice, contestent en justice soit les rejets de leur demande, soit l'insuffisance de la réponse à leur problème. Ce qui est abordé ici c'est donc l'aspect pathologique de ce droit des rapatriés. Pendant les vingt premières années qui ont suivi les indépendances le juge judiciaire est le seul maître des facilités de paiement accordées, mais à partir de 1977, ce sont des commissions *ad-hoc* qui acceptent les demandes de remises ou de réaménagement des prêts des rapatriés, le recours se fait devant le juge judiciaire en appel. On le voit, le pouvoir du juge judiciaire se réduit considérablement. Il disparaît complètement, du moins pour une partie du contentieux, à partir de 1986. En effet les recours des rapatriés déclarés non éligibles doivent alors impérativement se faire devant les autorités administratives, puis ensuite devant les juridictions administratives. Toutefois, le juge judiciaire reste compétent pour connaître des revendications des créanciers complètement exclus de la procédure administrative.

Cette analyse du droit et de la jurisprudence portant sur le remboursement des prêts de réinstallation illustre parfaitement le jeu qu'il y a eu - et qu'il y a encore - entre le pouvoir du juge et de la justice indépendante face à un droit prolifique, souvent incohérent, fortement politique. Les textes se succèdent, certains en abrogent d'autres sans tenir compte du fait que des procédures sont en cours ; aux lois succèdent les décrets ou pire des lois de finances qui réforment dans un article, perdu au milieu d'autres textes, le régime du désendettement des rapatriés. Le juge s'accroche au droit commun des contrats, il veut bien faire quelques exceptions, au début, en raison du caractère dramatique du retour, mais quand il se sent instrumentalisé pour permettre à des dettes de ne pas être remboursées pendant des dizaines d'années, il réagit. Cinquante ans après la compassion s'est éteinte, alors que le législateur a des enjeux politiques, les rapatriés représentant un électorat non négligeable, le juge ne veut plus de ces procédures sans fin que l'on est obligé de reprendre à zéro parce que la loi a changé. Le point d'orgue de ce parcours législatif est la loi mémorielle du 23 février 2005 qui a fait couler tant d'encre à propos du « rôle positif de la colonisation ». Elle va, en effet dans son article 12, décider le remboursement de toutes les sommes prélevées pour rembourser les prêts au moment de la procédure d'indemnisation (*Martine Fabre, Le juge et le remboursement des prêts de réinstallation, une marge de manœuvre très réduite*).

Si le problème du remboursement des prêts a été, depuis 1962, un boulet que les différents gouvernements ont dû gérer, la question des indemnisations, n'en a pas moins été épineuse. Les accords d'Évian, non sans une certaine naïveté, prévoyaient l'indemnisation des Français dépossédés, par l'État algérien. Or ce dernier s'est empressé de dénoncer cet accord et n'a indemnisé personne. Devant ce problème l'État français a temporisé (le général de Gaulle était hostile à une indemnisation). Puis dans les années 1970, on a parlé d'indemnisation mais sous conditions. À cet effet, un dispositif très complexe a été mis en place au fil de plusieurs lois (on dénombre 21 textes de lois ou décrets). L'impact budgétaire a été considérable. Toutefois, cette indemnisation a été conçue comme un acte de

solidarité nationale et, financée par l'impôt, elle n'avait donc pas vocation à rembourser intégralement les biens perdus. Le Conseil d'État a toujours refusé de reconnaître la responsabilité de l'État français en matière de dépossession quels que soient les arguments avancés, notamment l'égalité devant les charges publiques, terrain des actions revendicatrices antérieures à la loi d'indemnisation. Il faudra donc attendre la loi de 1970 pour qu'il donne son avis sur l'interprétation des conditions d'indemnisation des rapatriés. Il en résulte que cette Haute juridiction a toujours jugé avec prudence. Son refus d'admettre le principe de la responsabilité de l'État a conduit le législateur à intervenir en 1970, ce qui était évidemment préférable. Dans l'application des législations successives, le Conseil d'État a été sensible au souci de ménager les finances publiques, en veillant à la stricte application des textes. Sans doute éprouvait-il le sentiment qu'il revenait au législateur lui-même d'adapter ces textes, destinés en définitive à atténuer des souffrances, alors que d'autres restaient malheureusement irréparables, quelles qu'en fussent les victimes (*Jean-Louis Mestre, Le Conseil d'État et les indemnisations*).

Mais les colons d'origine française ou européenne ne sont pas les seuls à avoir quitté la colonie pour venir en Métropole, beaucoup d'indigènes qui avaient choisi le camp de la France se sont réfugiés en France. Ils ne sont pas considérés comme des rapatriés et ne sont pas concernés par les mesures étudiées précédemment.

Il faudra attendre de nombreuses années pour que ces personnes revendiquent et qu'on leur reconnaisse un droit à indemnisation. Les conditions d'attribution étant très complexes, les juges seront souvent saisis pour arbitrer les différents avec l'État, non sans difficultés. D'une part, le législateur a prévu des conditions impératives de reconnaissance : être domicilié en France et être de nationalité française. D'autre part, outre les désaccords entre Conseil d'État et Cour administrative d'appel, il faudra attendre le 24 novembre 2010 pour que ce même Conseil d'État prenne un arrêt de principe qui renvoie les textes successifs concernant les supplétifs devant le Conseil constitutionnel. Or, le Conseil constitutionnel, le 4 février 2011, suivant en cela sa jurisprudence établie le 23 juillet 2010, estime que tous les articles des lois qui se sont succédé et qui subordonnent l'attribution des allocations et rentes à des conditions de nationalité portent atteinte au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Enfin, il est patent que l'approche juridique du problème des Harkis démontre le caractère assez subjectif du droit dans ce domaine, passé d'une indifférence totale à la décision de verser une allocation forfaitaire, puis en 1994, avec la loi « Romani », à la volonté de réparer le préjudice subi par les anciens supplétifs, faisant passer le fondement des allocations allouées, de l'indemnisation de pertes éventuelles d'un patrimoine souvent inexistant en Algérie, à la réparation d'un préjudice moral dû au déracinement de toutes ces familles accueillies dans des camps de réfugiés et qui y ont été maintenues de nombreuses années (*Martine Fabre, Le juge et l'indemnisation des Harkis*).

Ces difficultés se révéleront également à propos de la question de la nationalité de l'ancien colonisé : les anciens habitants des colonies françaises sont-ils français ? Lors des décolonisations, certains autochtones, ayant souvent choisi le camp de la France, ont quitté leur pays d'origine pour venir en Métropole. Beaucoup d'entre eux se croyaient Français comme étant nés sur un territoire français et ayant eu la qualité de sujets français. Or l'État a décidé de choisir les personnes à qui il accordait la nationalité française, en mettant d'une part des conditions à cette obtention et d'autre part, en limitant dans le temps la possibilité de la demander et l'étude de la jurisprudence démontre l'instabilité des solutions jurisprudentielles face à cette acquisition. Dès lors que la loi accorde facilement la nationalité française par simple déclaration devant un tribunal, les juges vont se montrer intransigeants pour ceux qui n'ont pas profité de cette possibilité. Se dessine dès ces premières décisions, une distinction essentielle entre les anciens colonisés citoyens de statut civil de droit local et ceux de statut civil de droit commun. Pour la deuxième génération, seuls les descendants d'un « admis », c'est-à-dire d'un ancêtre ayant obtenu par décret ou jugement d'être citoyen de statut civil de droit commun, auront, s'ils démontrent la chaîne ininterrompue de filiation soit paternelle soit maternelle, le droit de revendiquer la nationalité française. Les juges sont assez tolérants pour reconnaître la légitimité de la descendance, en acceptant tout type de mariage, forts de la théorie du mariage putatif. En revanche, ils deviennent assez sévères s'il y a incohérence ou doute dans les pièces

présentées, seules quelques erreurs matérielles pouvant être excusables. Enfin, cette nationalité chèrement obtenue, certains souhaiteront la perdre et les magistrats du Conseil d'État, approuveront majoritairement la position du ministre qui n'autorise cette perte que si le demandeur quitte la France pour s'installer dans son pays d'origine. Face à des décisions qui paraissent parfois incohérentes et qui fluctuent en raison de réformes législatives tant sur l'acquisition de la nationalité que sur la filiation, peut-on cependant relever des constantes ?

La réponse est affirmative. Au gré des décisions se confirme, bien sûr, une distinction entre statut civil de droit local et statut civil de droit commun, mais ces concepts semblent s'amenuiser, sur la période la plus récente, au profit d'une valeur très forte accordée à la nationalité française assortie d'un statut civil de droit commun, lorsque c'est l'État français qui l'a attribuée. Quel que soit le degré de l'ascendance, quelles que soient les péripéties de la famille, que les mariages soient coutumiers ou religieux, la force de la nationalité française prime et le descendant peut conserver cette nationalité sous condition qu'il ait son domicile en France ainsi que ses principaux centres d'intérêt. Il en va de même lorsque la Nation a accordé cette nationalité à ses pupilles car une décision récente permet à un orphelin, adopté par des personnes de statut de droit local de garder, malgré tout, sa nationalité française et son statut civil de droit commun d'origine. Se fondant sur cette valeur, les juges sont aussi sévères lorsqu'il s'agit de demander la perte de cette nationalité, ils exigent des motivations solides et un désir de quitter le pays. Il faut, pour terminer, relever que, si le sujet est historique puisque les décolonisations datent de plus de cinquante ans, il est toujours actuel (*Martine Fabre, Garder ou réintégrer la nationalité française : citoyens optimo jure ou minuto jure ?*).

Dans la même quête d'identité, la question du prénom, donné à ces descendants de colonisés, symbolise la difficulté d'intégration de la deuxième génération. Lors de l'arrivée en France de ces anciens colonisés, certains font le choix d'opter pour la nationalité française et de franciser leur prénom. Beaucoup se verront contraints de donner des prénoms français à leurs enfants nés en France, dans un souci d'assimilation. Cette tendance va se renverser avec la deuxième génération qui souhaite revenir à sa culture et qui va revendiquer de changer de prénom pour un prénom d'origine musulmane. Le juge admet difficilement le changement de prénom, il exige un « intérêt légitime » fondé sur d'autres arguments que la convenance personnelle. Ce sont essentiellement des personnes d'origine algérienne qui feront cette demande même si l'on rencontre quelques marocains et tunisiens. Or ces requêtes récentes, dans cette ambiance de terrorisme international et d'intégrisme religieux, peuvent inciter les juges à considérer que le retour à un prénom musulman constitue un refus d'intégration dans notre société (*Delphine Calderon, Changements de prénom : l'exemple des rapatriés d'origine algérienne, de la volonté d'assimilation à une revendication culturelle*).

Enfin la communauté Harkie, se sentant rejetée ou insultée, a souvent agi en justice contre la presse ou contre des publications jugées injurieuses ou diffamatoires, sans grand succès jusqu'ici. Les différentes affaires témoignent, s'il le fallait, des chausse-trappes de la procédure édictée par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, les poursuites ayant souvent trébuché sur des questions de procédure pénale ou de droit pénal spécial de la presse... et sur les principes d'interprétation stricte de la loi pénale et de la liberté d'expression. De ce point de vue, la loi du 7 mars 2012 a fort subtilement assuré aux associations de Harkis une habilitation légale, contribuant à solidifier leur action collective pour les délits de diffamation et d'injure, sans en faire un groupe protégé par la loi sur un fondement identitaire ou communautaire. Ainsi, les propos sur les Harkis, qui ne participent pas de l'écriture de l'histoire mais procèdent de l'invective et de la provocation à la haine et à la discrimination doivent être sévèrement réprimés. Mais c'est sur le terrain de la diffamation que les difficultés, voire les incompréhensions, risquent d'être les plus grandes, eu égard principalement à l'exigence de l'allégation de faits précis et aux conditions d'admission du fait justificatif de la bonne foi. C'est pourquoi, la sagesse plaidera en faveur d'une déjudiciarisation des débats, quand ceux-ci portent sur une controverse politique ou historique (*Nathalie Mallet-Poujol, Communauté harkie, enjeux de mémoire et juridicisation : l'éprouvante fin de non recevoir du droit de la presse*).

Ouvertures

On ne saurait terminer ce programme sans mettre l'accent sur les retombées qu'ont permises les appuis de la Mission de Recherche Droit et Justice. D'une part – et le lien avec le programme sur le juge Outre-mer mérite d'être rappelé – des appuis précédents nous ont permis de participer aux journées de réflexion sur le Code civil au Maroc de même qu'à celles organisées (et aussi financées par le GIP) sur les « continuités et ruptures du droit » qui ont pu montrer jusqu'à quel point le droit français s'y était implanté, dans ses principes comme dans son contenu. D'autre part, ce lien s'est manifesté aussi au travers de participations à l'étranger sur « droit international et droit colonial », ou encore par une rencontre sur « mers et colonies », organisée à Dakar en 2012. Tous les sujets qui ont été traités sont en rapport avec la justice coloniale et feront, en raison de leur volume (16 contributions pour « mers et colonies »), l'objet d'une publication ultérieure. Enfin, le responsable du programme a signé avec un éditeur un contrat qui porte sur un sujet désormais incontournable pour ceux qui ambitionnent de s'investir en droit colonial : Les « justices et les droits » des colonies de tous les pays européens de 1756 à 1939.

Car terminer un programme c'est aussi dire vers quels autres rivages il doit conduire. Depuis toutes ces années, le « juge Outre-mer » nous a permis de nouer des relations fructueuses avec les chercheurs étrangers qui entendent, eux aussi, dépasser le droit « national » et donner à ces thèmes les dimensions qu'ils méritent, en particulier en s'ouvrant au droit international. Non seulement sont encore à confronter les approches par le droit comparé et le droit international des colonisations de tous les pays européens mais il importe également de revenir, grâce à ces ouvertures, sur des pans entiers négligés par les historiens du droit. On ne saurait ici reprendre toutes les voies qu'offrirait l'étude comparée des droits coloniaux. Du reste, il est urgent, au constat des travaux récents des historiens qui s'ouvrent à l'histoire comparée de la colonisation, que les historiens du droit y occupent toute leur place. Ce n'est pas leur faire injure que de dire que cette place faite au droit y reste mince – sauf quelques rares exceptions – et qu'il faut là aussi se tourner non seulement vers les autres pays mais aussi vers les auteurs étrangers pour comprendre, sur ce point, le retard à combler. Que pour certains d'entre eux, anciennes colonies ou anciens dominions, la démarche d'étudier leur ancien droit – droit colonial – ait été naturelle et nous ait fourni un volume spectaculaire de travaux d'histoire du droit, offre un éventail d'approches sur lesquelles des études comparatives du droit peuvent prospérer.

Enfin, au moment où s'achève notre aventure – je parle de celle qui – depuis 9 ans – nous a conduits vers le Juge d'Outre-mer, il serait mal venu de ne pas dire un grand merci à celles et ceux qui ont accepté de s'embarquer sur notre Argos, Martine Fabre en tout premier lieu qui s'est laissée convaincre que ces territoires d'histoire coloniale pouvaient aussi convenir à des juristes de droit privé, mais aussi d'autres participants (Dominique Mouret et Philippe Hugot) et d'autres collègues – parmi lesquels des Africains, car comment parler des colonies sans leur offrir une place pour qu'il y expriment leur certitudes. Le soutien de ces collègues a été sans faille et certains, ponctuellement ou continûment, ont participé à toutes les escales. Leurs noms (Carine Jallamion, Florence Renucci, Annie Deperchin, Maïté Lesne-Ferret...) ainsi que ceux de jeunes docteurs en droit (Sylvain Sankalé...), qui s'affichent dans les différents volumes, me dispensent de les citer tous ici. Merci également aux professeurs Badji et Thiam, fidèles collaborateurs qui se sont laissés convaincre que leur vision de la colonisation aurait manqué à l'entreprise, merci à nos collègues, Éric Gasparini, directeur du Centre d'études et de recherches d'histoire des idées et des institutions politiques d'Aix-Marseille, et Serge Dauchy, directeur du Centre d'Histoire Judiciaire de Lille, qui a pris en charge l'édition et la diffusion des premiers volumes. Ils ont tous aidé à ce travail, ramé sur des eaux pas toujours tranquilles, rendues plus faciles par une Mission de Recherche Droit et Justice qui n'a pas ménagé ses encouragements et sa participation.

Bernard Durand et Martine Fabre