



HAL
open science

De la fumée et des miroirs : Justice d'après-guerre, dramaturgie et dissensus politique

Julie Saada

► **To cite this version:**

Julie Saada. De la fumée et des miroirs : Justice d'après-guerre, dramaturgie et dissensus politique. Raisons politiques, 2012, 45, pp.129-161. 10.3917/rai.045.0129 . hal-01719405

HAL Id: hal-01719405

<https://sciencespo.hal.science/hal-01719405>

Submitted on 28 Feb 2018

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

JULIE SAADA

De la fumée et des miroirs. Justice d'après-guerre, dramaturgie et dissensus politique

LES DOCTRINES DE LA GUERRE JUSTE proposent un ensemble de normes morales – tantôt proches, tantôt éloignées, du droit international – permettant d'évaluer la légitimité de l'entrée en guerre (*jus ad bellum*) et de son déroulement (*jus in bello*). Si elles sont pertinentes comme instrument critique des pratiques et des discours visant à justifier certains usages de la force armée, ces doctrines ne sauraient être complètes sans un examen des conditions de la sortie de guerre, ou du *jus post bellum*. Ce dernier constitue un apport relativement récent aux doctrines de la guerre juste. La question de la justice de et dans la guerre est en effet indissociable de celle de l'après-conflit. Les objectifs de l'après-guerre, comme la démocratisation, la stabilisation politique ou la protection humanitaire, sont souvent invoqués pour justifier ou condamner une guerre, comme en témoigne l'intervention récente de l'OTAN en Libye. L'évaluation des justifications de l'entrée en guerre dépendra alors, dans une logique *ex-post*, de la conformité plus ou moins grande avec les critères de justice applicables à l'après-conflit. De même, un certain nombre de théoriciens du *jus post bellum* estiment que ce dernier doit examiner la manière dont la guerre a été menée, c'est-à-dire sa conformité avec le *jus in bello*, et exiger dans l'après-guerre des poursuites pénales en cas de violation des normes.

Si le *just post bellum* constitue une partie récente et nécessaire à la formulation des critères moraux d'évaluation des guerres, s'il

est lié au *jus ad bellum* et au *jus in bello* tout en constituant un domaine normatif spécifique¹, l'une des difficultés qu'il rencontre est son lien avec un autre champ de réflexion normative sur l'après-conflit qu'est la justice transitionnelle. Définie comme un nouveau domaine de la théorie de la justice articulant le droit pénal et les droits de l'homme, l'étude des politiques internes et celle des relations internationales, la justice transitionnelle cherche sa propre unité à travers l'objet qu'elle étudie. Au-delà des différents contextes dans lesquels elle est sollicitée – sortie de conflit armé (ainsi, après la Seconde Guerre mondiale, en ex-Yougoslavie ou au Rwanda), passage d'un régime politique à un autre (comme par exemple au Brésil, en Argentine, en Bolivie, au Chili, en Afrique du Sud ou dans l'Europe des anciens pays communistes) – elle cherche à formuler des enjeux normatifs et des solutions pragmatiques pour les sociétés devant faire face aux crimes de masse, qu'ils aient été commis dans l'un ou l'autre type de contexte². *Jus post bellum* et justice transitionnelle posent la question de savoir ce que les sociétés peuvent faire de leur passé criminel³. Il s'agit, comme le souligne Jon Elster, de savoir comment briser l'influence future des structures de l'ancien régime, comment construire un régime nouveau et meilleur, enfin, que faire des victimes et des criminels de l'ancien régime⁴. Tandis que le *jus post bellum* traite notamment des contextes politiques et de leur reconstruction au sortir d'un conflit – en particulier lorsque le régime précédent avait été le lieu de graves atteintes aux droits de l'homme ou au droit humanitaire –, la justice transitionnelle formule des cadres théoriques et des solutions pragmatiques articulant justice pénale et justice réparatrice, y compris lorsque les contextes suivent un conflit armé.

-
1. Voir Gary J. Bass, « Jus post Bellum », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 32, n° 4, p. 384-412 ; Brian Orend, « Justice After War », *Ethics and International Affairs*, vol. 16, n° 1, 2002, p. 43-57 ; Christian Nadeau et Julie Saada, *Guerre juste, guerre injuste. Histoire, théories, critiques*, Paris, PUF, 2009.
 2. Ch. Nadeau et J. Saada, « La justice transitionnelle », in Ryoa Chung et Jean-Baptiste Jeangène Vilmer (dir.), *Éthique des relations internationales. Problématiques contemporaines*, Paris, PUF, 2012.
 3. G. J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance. The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 404-406.
 4. Jon Elster, *Closing the Books : Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 ; Naomi Roth-Arriaza et Javier Mariezcurrena (dir.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 ; Ruti G. Teitel, *Transitional Justice*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 3.

L'une des difficultés posée à ces théories est d'abord de savoir si elles en sont, tant leurs domaines sont non-idéaux⁵. Une seconde difficulté est de penser non pas tant leur nécessaire arrimage, que leur démarcation⁶. Ce recouvrement par deux théories de mêmes types de contextes et d'objectifs identiques tient à ce que le *jus post bellum* ne désigne pas tant l'après-guerre, qu'un ensemble normatif décrivant les conditions de légitimité de l'après-conflit. Il ne suffit pas de déclarer la guerre terminée – comme l'avait fait Georges W. Bush en mai 2003 à propos de la guerre en Irak – pour que puissent être considérées les normes du *jus post bellum*. La sortie de guerre implique un processus de stabilisation sociale, politique et institutionnelle qui recoupe les objectifs de la justice transitionnelle. Et plus globalement, la sortie de conflit doit aussi engager une transition politique dès lors que les violences sont imputables à la forme du régime passé, comme ce fut le cas de l'Allemagne en 1945. De même, si la stabilité politique est un signe que les violences ont cessé, elle ne constitue pas un objectif suffisant si elle procède d'une absence de moyens de contestation politique, comme c'est le cas, par exemple, en Tchétchénie⁷. La sortie de guerre doit articuler pacification et réconciliation sur la base d'une légitimité politique, c'est-à-dire qu'elle rencontre les objectifs de la justice transitionnelle. Difficiles à circonscrire entre elles, ces théories le sont aussi

-
5. La plupart des analystes de la justice transitionnelle ne la définissent pas comme une théorie et ne pensent pas de manière holiste les objectifs et les moyens qu'elle définit. Certains nient qu'elle puisse faire l'objet d'une théorie (J. Elster, *Closing the Books...*, *op. cit.*, p. xi, 76-77, 137 ; Sandrine Lefranc, « La justice transitionnelle n'est pas un concept », *Mouvements*, n° 53, janvier 2008, p. 61-69), en développant des études partielles ou la limitent à l'une de ses dimensions (R. Teitel, *Transitional Justice*, *op. cit.* ; Eric Posner et Adrian Vermeule, « Transitional Justice as Ordinary Justice », *Harvard Law Review*, n° 117, 2004, p. 762-825). D'autres tentent d'en faire une théorie cohérente (Pablo de Greiff, « Theorizing Transitional Justice », in Melissa Williams et Rosemary Nagy (dir.), *Transitional Justice. Nomos vol. I*, New York, New York University Press, à paraître en 2012 ; Ch. Nadeau, « Quelle justice après la guerre ? Éléments pour une théorie de la justice transitionnelle », *La vie des idées*, 23 mars 2009, URL : <http://www.laviedesidees.fr/Quelle-justice-apres-la-guerre.html>).
 6. Ainsi, parmi les six critères que B. Orend inclut dans le *jus post bellum* (la proportionnalité et la publicité, la légitimité des requêtes, la discrimination, la juste punition, la compensation, la réhabilitation), la plupart sont liés à la justice transitionnelle. Voir B. Orend, *The Morality of War*, Peterborough, Broadview Press, 2006 et « War », in Edward N. Zalta (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2006 Edition, <http://plato.stanford.edu/entries/war/>
 7. Dans ce cas, les violences n'ont d'ailleurs pas véritablement cessé. Voir John Crowley, « Pacifications et réconciliations. Quelques réflexions sur les transitions immorales », *Cultures & Conflits*, n° 41, 2001, p. 75-98.

par rapport à toute théorie de l'État de droit et de la démocratie ou plus globalement avec toute théorie politique libérale, dès lors que ce qui est recherché est ce que Rousseau et aujourd'hui Rawls nomment une « société bien ordonnée », ou plus modestement, les conditions minimales de « peuples hiérarchiques décents »⁸.

Une autre difficulté affectant ces deux domaines de la réflexion normative dans l'après-conflit, ou plus globalement dans les transitions politiques lorsque de graves atteintes aux droits de l'homme ont eu lieu, tient aux types de solutions promues, à la compatibilité entre les objectifs visés et à celle des objectifs et des moyens préconisés. Les théories du *jus post bellum* incluent dans les critères de justice d'après-guerre le recours à des procès pénaux, au nom du principe selon lequel une véritable paix est une paix juste – la protection par le droit qui est au fondement de l'État de droit passant par la protection juridique des victimes, la sanction des criminels, et s'appuyant sur une vision rétributiviste de la peine. La justice transitionnelle, quant à elle, définit un objectif de reconstruction politique et sociale qui passe tantôt par le recours au procès pénal, tantôt par le recours à des formes de justice réparatrice (principalement sous la forme des Commissions de vérité), tantôt par un mixte des deux. Dans une vision conséquentialiste, elle met alors l'accent tantôt sur les bénéfices sociaux du procès plutôt que sur la sanction individuelle, tantôt sur le bénéfice des amnisties conditionnées au récit de leurs actes par les criminels. La difficulté est alors, d'une part, d'identifier les objectifs des procès pour ce type de crimes, d'autre part, d'évaluer les formes alternatives de justice visant à atteindre les objectifs mêmes de la justice pénale (réparation, reconstruction, démocratisation) en suspendant cette dernière.

L'objet de cette contribution est d'examiner, à partir des modèles éthiques qu'elles sollicitent, les normes promues par les théories du *jus post bellum* comme de la justice transitionnelle, lorsqu'elles examinent des contextes où ont eu lieu des crimes de masse⁹. Les objectifs du *jus post bellum* et ceux de la justice

8. John Rawls, *Paix et démocratie. Le droit des peuples et la raison publique*, trad. de l'angl. par Marc Saint-Upéry et Bertrand Guillaume, Paris, La Découverte, II, sections 8 et 9.

9. Mark Osiel (*Juger les crimes de masse. La mémoire collective et le crime de masse*, trad. de l'angl. par Jean-Luc Fidel, Paris, Seuil, 2006) reprend cette expression à Hannah Arendt (*Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la banalité du mal*, trad. de l'angl. par Anne Guérin, Paris, Gallimard, 1991). Il utilise aussi l'expression « massacre administratif » pour désigner la violation à grande échelle par l'État des droits humains fondamentaux

transitionnelle tels que nous les avons évoqués seront examinés à partir des procès pour crimes de masse et des attentés dont ils sont l'objet. La vocation pédagogique de ces procès, avancée par les juridictions elles-mêmes ou dans un certain nombre d'études scientifiques, réside dans le fait qu'ils sont compris comme des moyens de prévenir le retour d'atrocités collectives en cultivant une mémoire commune de ces crimes. Loin d'être seulement rétributiviste, leur objectif est de favoriser la délibération et la fabrique d'une raison publique libérale¹⁰, mais aussi d'éveiller une indignation collective face aux crimes. Ils doivent pour cela, comme le souligne Mark Osiel, être des « procès-spectacles libéraux » menés avec une certaine dramaturgie, « avec son et lumière, de la fumée et des miroirs »¹¹.

Notre propos est de montrer comment la vocation transitionnelle assignée à ces procès oscille entre une mise en scène de l'éthique libérale et de la rationalité délibérative, et un désir d'éveiller des affects communs de rejet des crimes par une éducation sentimentale. Cette vocation transitionnelle des procès pour crimes de masse oscille aussi de manière ambivalente entre le désir de juger individuellement les responsables des crimes en vertu de la lutte contre l'impunité et d'une vision rétributiviste de la peine, et le désir de fonder ou de refonder la nation au moyen d'un procès de l'histoire. Dans ce second cas, la vision conséquentialiste de la peine risque de transformer le procès en lieu d'élaboration d'une interprétation hégémonique du passé – difficulté qui se retrouve aussi dans les formes réparatrices de justice¹². Ces oscillations expriment deux conceptions du politique, pensé tantôt comme consensus autour d'une vision de l'histoire – qui est aussi un consensus moral – produite par le procès, tantôt comme un dissensus dont le procès est la mise en scène, en vue de promouvoir la moralité libérale et le pluralisme.

portant sur la vie et la liberté, sur un mode systématique et organisé, souvent contre ses propres citoyens et généralement dans un contexte de guerre, civile ou internationale. Ne pas se restreindre à la terminologie juridique centrée sur les termes de génocide ou de crime contre l'humanité permet d'ouvrir la réflexion aux sciences sociales. Voir Jacques Sémelin, *Purifier et détruire. Usages politiques des massacres et génocides*, Paris, Seuil, 2005, p. 371-389.

10. Par « libérale », il entend une théorie fondée sur l'idée d'autonomie morale et de capacité rationnelle chez les individus, laquelle implique leurs droits à un traitement équitable et au respect de la part des autres citoyens et de l'État.

11. M. Osiel, *Juger les crimes de masse...*, *op. cit.*, p. 29.

12. Nous empruntons la formulation de Martti Koskeniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, « Entre impunité et procès spectacle », p. 227-262.

Pourquoi juger ?

Rétributivisme et conséquentialisme

Sous ses formes interne, internationale ou mixte, la justice pénale portant sur les crimes internationaux articule une conception rétributiviste de la peine à une visée conséquentialiste¹³. Promue dans le cadre d'une lutte contre l'impunité, elle est déontologiste et rétributiviste parce que l'impunité est perçue comme contraire aux principes mêmes de la justice – et à la règle selon laquelle *justice must be done*¹⁴. D'inspiration kantienne et déontologique, le rétributivisme affirme qu'il existe, d'une part, un lien causal entre un crime et l'agent qui l'a commis, d'autre part, une corrélation directe entre l'auteur d'un crime et la sanction qui lui est infligée – autrement dit, que l'agent *mérite* sa peine. Dans cette perspective, le crime et la réparation ont une valeur intrinsèque, de sorte que la seule finalité de la peine est la sanction du crime¹⁵. La peine est une réponse à la transgression de la loi ; le criminel est puni en vertu de son appartenance à la société régie par cette loi parce qu'il doit être traité en conformité avec les principes qui lient les individus composant le tout social. La valeur de la peine ne réside donc pas tant dans ses effets (protection de la société, dissuasion, prévention), que dans la nécessité morale de châtier l'auteur d'un crime. Le rétributivisme a pour conséquence l'affirmation du caractère individuel de la responsabilité. Parce que le crime ne peut être imputable qu'individuellement, la sanction ne peut concerner que des individus. Au fondement du droit pénal dans un État de droit¹⁶, le principe de l'individualité de la responsabilité suppose ainsi une conception déontologique de la règle de droit. C'est sur cette base qu'a été promue, aux procès de Nuremberg, la responsabilité pénale individuelle au plan international, lorsqu'il a été affirmé que « les infractions en droit international sont commises par des hommes et non par des entités abstraites. Ce n'est qu'en punissant les auteurs

13. Pour une analyse plus détaillée, voir J. Saada, « La justice pénale internationale, entre idéaux et justifications », *Revue Tiers Monde*, n° 105, 2011, p. 47-64.

14. Voir Louis Joinet, *Lutter contre l'impunité. Dix questions pour comprendre et agir*, Paris, La Découverte, 2002, p. 9.

15. Pour une analyse au plan du droit pénal interne, voir Bertrand Guillaume, *Penser la peine*, Paris, PUF, 2003.

16. Voir J. Elster, *Closing the books*, *op. cit.*, p. 86-89. Des organisations peuvent néanmoins être déclarées criminelles, comme ce fut le cas aux procès de Nuremberg.

de ces infractions que l'on peut donner effet aux dispositions du droit international¹⁷ ». Le principe de la responsabilité individuelle a été réaffirmé, y compris lorsque les crimes ont été commis sur ordre d'un gouvernement ou bien d'un supérieur militaire, administratif ou politique, dans les TPI et dans le Statut de Rome qui a donné naissance à la Cour pénale internationale¹⁸. Les juridictions pénales internationales mettent l'accent sur la fonction rétributive de la peine en raison de la gravité inhérente à tout crime de droit international : parce que ce dernier porte atteinte aux « fins supérieures » de la communauté internationale que les juridictions pénales internationales veulent protéger, on affirme que la sanction doit être à la mesure de la souffrance ressentie¹⁹ – le juge privilégié alors la fonction rétributive de la justice pénale²⁰.

Celle-ci a néanmoins rencontré dès Nuremberg un certain nombre de critiques, tant la sanction apparaissait dérisoire face à l'énormité des crimes commis. H. Arendt affirmait que pendre Goering était à la fois nécessaire et inadéquat parce que sa culpabilité transcende et occulte tous les systèmes juridiques : la punition infligée à l'individu est sans proportion par rapport à la tragédie des crimes commis²¹. Et quelques mois avant l'ouverture du procès Eichmann, K. Jaspers écrivait à H. Arendt que l'enjeu du procès était au-delà du droit, si bien que la réponse au crime en termes juridiques était une erreur²². Les mêmes arguments ont été formulés, cette fois-ci dans le cadre de juridictions internes, à propos des procès Barbie (1987), Touvier (1994) et Papon (1997-1998). À l'inverse, c'est précisément parce que l'importance des procès des crimes de masse ne réside pas dans la peine, mais dans la construction d'un récit historique, que le procès Eichmann tenu à Jérusalem en 1961 a été considéré comme nécessaire. Les procès de Nuremberg avaient fait peu de cas de l'extermination massive et

17. Jugement du Tribunal militaire international, *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international*, t. I, Nuremberg, 1947, p. 235.

18. Statut TPIY, art. 7, § 1 ; Statut du TPIR, art. 6, § 1 ; Statut de Rome, art 25, § 21.

19. TPIY, ch. de 1^{re} instance, jugement du 29 novembre 1996, *Procureur c. Erdemovic*, § 58.

20. CIJ, avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec. p. 23 ; TPIY, ch. de 1^{re} instance, jugement du 29 novembre 1996, *Procureur contre Erdemovic*, § 57 et suiv.

21. Lotte Kohler et Hans Saner (dir.), *Hannah Arendt-Karl Jaspers : Correspondance, 1926-1969*, New York, Knopf, 1996, p. 410.

22. M. Koskeniemi, « Entre impunité et procès spectacle », *op. cit.*, note 3, p. 229.

systématique des Juifs²³. Il ne s'agissait alors pas tant de punir Eichmann comme individu – Elie Wiesel a même suggéré de le libérer après son procès, et Hannah Arendt de le remettre aux Nations Unies, soulignant que la peine pouvait banaliser le crime – que de rendre publique l'étendue des crimes, d'en constituer un récit historique, de former une mémoire partagée.

L'importance des procès pour crimes internationaux ne réside donc pas tant dans le verdict que dans les autres objectifs visés. Ces objectifs relèvent d'une approche utilitariste ou conséquentialiste de la justice pénale, qui évalue moralement les actions par leurs effets et s'intéresse au crime non pas seulement en tant qu'il est imputable à un agent, mais aussi en tant qu'il est l'effet d'un ensemble de causes externes à sa seule personne. La valeur du châ-timent réside alors dans ses conséquences. Comme utilitarisme, le conséquentialisme affirme que la peine adéquate sera celle qui aura les meilleures conséquences pour le plus grand nombre. Cela revient à admettre que le châ-timent n'a pas de valeur intrinsèque et qu'il n'est pas lié de manière inhérente à un criminel qui mériterait sa peine²⁴. La valeur du procès tient à ses effets sociaux. On attend ainsi du procès pénal portant sur des crimes internationaux qu'il châ-tie les coupables et définisse des mesures de réparations, mais aussi qu'il réconcilie les parties, contribue à une refondation du lien social et des institutions propres à un État de droit, enfin, qu'il ait un rôle de dissuasion et de prévention²⁵. Les juridictions pénales internationales ont ainsi pour mission de contribuer à « la restauration et au maintien de la paix²⁶ », à faire cesser les violations du

23. Ne sont évoquées que les souffrances infligées au peuple de Pologne, sans référence aux Juifs ; voir G. J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance...*, op. cit., p. 149, 173-204 ; Judith N. Shklar, *Legalism : Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge, Harvard University Press, 1986 [1964], p. 170-171 ; Donald Bloxham, *Genocide on Trial. War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 57-128 ; Annette Wieworka, *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1996, p. 62-77 ; voir aussi A. Wieworka, *Le procès de Nuremberg*, Paris, Liana Levi, 2006.

24. Voir Andrew von Hirsch, Julian Roberts, Anthony E. Bottoms, Ken Roach, Mara Schiff (dir.), *Restorative Justice & Criminal Justice : Competing or Reconcilable Paradigms ?*, Portland, Hart Publishing, 2003.

25. Isabelle Delpla, « Justice internationale et réconciliation : les plaidoyers de culpabilité, un paradigme rhétorique ? », in Sandrine Lefranc (dir.), *Après le conflit, la réconciliation ?*, Paris, Michel Houdiard, 2006, p. 173-190.

26. Voir la résolution de création du TPIY (Résolution 808 du Conseil de sécurité de l'ONU, 22 février 1993).

droit humanitaire et à « en réparer effectivement les effets²⁷ », à « écarter les obstacles à la coopérations entre les parties », bref, à « établir un modèle de résolution des conflits (...) par la force de la loi plutôt que par le droit de la force²⁸ ». Aux fonctions classiques rétributives, dissuasives et préventives attribuées au procès pénal en droit interne, et transposées en droit international, s'ajoute ainsi un objectif plus large de construction ou de reconstruction d'un État de droit, du lien social et des institutions politiques, procédant d'un modèle de justice réparatrice²⁹. Le rôle reconstruteur ou refondateur des procès pénaux pour le jugement des crimes de masse est d'ailleurs commun aux juridictions pénales internationales et internes. Il suffit de penser, par exemple, au procès Eichmann, dont l'un des objectifs voulus par Ben Gourion était de renforcer la construction de l'identité nationale israélienne³⁰, ou au procès moins connu des ex-dictateurs sud-coréens Chun Doo Hwan et Roh Tae Woo, qui ont été condamnés pour mutinerie et trahison en août 1996. Leur procès devait contribuer à refonder la nation sur de nouveaux principes grâce au récit public de l'histoire des années de la dictature.

Didactique et dramaturgie. Le procès comme commémoration profane de l'éthique libérale ?

Ces différents objectifs assignés au procès pénal pour des crimes de masse supposent, comme l'a défendu Jürgen Habermas, la possibilité pour une nation de se reconstruire par la conscience partagée de ses crimes³¹. Ils supposent aussi une aptitude du procès à transformer la société dans son ensemble. La fonction transitionnelle qu'on attend d'eux repose alors sur leur puissance didactique. C'est ainsi que le Procureur français aux procès de Nuremberg François de Menthon soutenait que la condamnation de l'Allemagne nazie serait une première leçon pour la nation allemande et permettrait

27. Résolution 827 du Conseil de sécurité de l'ONU du 25 mai 1993.

28. Déclaration de M. Albright au TPIY le 28 mai 1997, citée par G. J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance...*, *op. cit.*, p. 284.

29. Antoine Garapon, *Des crimes que l'on ne peut ni punir ni pardonner*, Paris, Odile Jacob, 2002, chap. 8.

30. Lettre rendue publique le 27 mai 1960 et reproduite dans *Le Monde* du 28 mai. Voir A. Wieworka, *Le procès Eichmann*, *op. cit.*, p. 15-17.

31. Jürgen Habermas, *De l'usage public des idées. Écrits politiques 1990-2000*, trad. de l'all. par Christian Bouchindhomme, Paris, Fayard, 2005, « Sur l'usage public de l'histoire », p. 173-191.

sa rééducation³². Les procès de Nuremberg ont aussi été justifiés par Judith Shklar pour leurs effets didactiques : ils ont vocation à promouvoir le légalisme, l'éthos propre à l'État de droit, afin de prévenir la réitération des crimes. C'est parce que Nuremberg est « un grand drame judiciaire³³ » aidant l'Allemagne à se refonder et à enraciner sa nouvelle constitution sur des principes moraux de justice, que la valeur et le sens du procès doivent être compris comme étant tout à la fois didactiques et politiques³⁴. La Charte de Londres instituant le TMI de Nuremberg assignait en effet à ce dernier la tâche de « permettre à toute l'humanité d'étudier dans les années futures un authentique compte-rendu des crimes et de la criminalité des nazis³⁵ ». Et dès le premier paragraphe des attendus du procès Eichmann, il apparaît que la Cour formulait des questions très générales relevant non seulement d'une interprétation historique globale, mais aussi d'une vision morale de l'histoire³⁶. La dimension didactique des procès articulant construction d'un récit historique, reconstruction politique et apprentissage de la morale libérale se retrouve dans un contexte aussi différent que celui de l'Argentine. Si la procédure orale de la justice militaire avait été l'occasion, lors du procès contre la junte en 1985, de diffuser des comptes-rendus quotidiens dans la presse écrite et à la radio (mais des images sans son à la télévision), les procès menés à partir de 2005 ont eu une couverture télévisuelle plus grande. La mise en visibilité de la justice dans le but d'obtenir des bénéfices sociaux montre que le procès est compris comme une pédagogie théâtrale. Celle-ci se déploie alors sous la forme de procès-spectacles libéraux, comme le soutient Mark Osiel : les grands procès peuvent produire des effets pédagogiques maximaux s'ils sont conçus comme de grands spectacles, ou comme la commémoration profane de l'éthique libérale. Comme théâtre didactique, les procès-spectacles libéraux sont ainsi l'analogue d'un mythe de refondation de la nation³⁷.

32. Cité par Michael R. Marrus, *The Nuremberg War Crimes Trial 1945-46. A Documentary History*, Boston, Bedford, 1997, p. 90.

33. J. Shklar, *Legalism...*, *op. cit.*, note 28, p. 169.

34. *Ibid.*, p. 151. Voir aussi Lawrence Douglas, *The Memory of Judgment*, New Haven, Yale University Press, 2001.

35. M. Osiel, *Juger les crimes de masse...*, *op. cit.*, p. 127-128, n. 4.

36. « Comment cela a-t-il pu se produire au grand jour et ce mal est-il seulement venu du peuple allemand ? (...) Quelles sont les leçons que les juifs et les autres nations, ainsi que tout homme pour ses relations avec autrui, doivent tirer de tout cela ? » : *ibid.*

37. *Ibid.*, p. 24, 25 et 28.

De fait, les juridictions pénales internationales telles qu'elles se sont développées depuis les années 1990 s'inscrivent dans cet horizon transitionnel en vertu de la dimension didactique recherchée des procès. Elles tendent à transposer au plan de la communauté internationale la fonction didactique et les effets éthiques recherchés par les procès internes. Ainsi, elles insistent notamment sur des idéaux de publicité et de transparence comme moyen de se légitimer elles-mêmes, mais aussi comme mise en scène de procès libéraux. Le TPIY se présente comme une institution dont le but est d'éclairer l'opinion publique internationale³⁸, tandis que la CPI souligne, dès son premier rapport, la nécessité de former le public en l'informant et en faisant preuve de transparence dans son fonctionnement. Voulant « sensibiliser » non seulement les représentants des États mais encore le grand public³⁹, elle préconise l'information auprès des populations, des ONG, des réfugiés, des enseignants, des médias, ainsi que la retransmission des procès à la télévision et la publication des activités, des actes d'accusation, témoignages, jugements, verdicts, sur les sites des juridictions. Les juridictions pénales internationales expriment ainsi, bien au-delà de l'approche rétributive, une volonté de transparence et de publicité dont l'objectif est de transformer les relations, d'une part, entre le public et l'institution judiciaire, d'autre part, au sein de la société civile.

La transparence est prônée non pas seulement comme une des exigences de l'État de droit, mais encore comme un moyen de montrer l'impartialité et l'équité du tribunal. La visibilité du procès pénal manifesterait le caractère libéral et démocratique, donc légitime, de l'institution elle-même. Son fonctionnement transparent et sa visibilité⁴⁰ s'opposent directement au règlement des conflits dans l'opacité des négociations diplomatiques, à la pratique de la raison d'État et à la culture de l'impunité. On attend alors du principe de publicité qu'il instruisse les peuples et favorise la construction d'un espace public supranational en développant la délibération publique, tandis que le principe de transparence ferait

38. Rapport du TPIY à l'Assemblée générale des Nations Unies (document A/53/219 – S/1998/737), 1998, § 247.

39. Rapport de la CPI du 1^{er} août 2005 (document A/60/177), p. 7. Dans le deuxième rapport, la question de la « sensibilisation » est largement développée (Rapport du 3 août 2006, document A/61/217, §§ 33-38) et promeut les échanges de méthodes entre juridictions (notamment avec le Tribunal spécial pour la Sierra Leone).

40. Déjà promue par Kant, *Projet de paix perpétuelle. Esquisse philosophique*, trad. de l'all. par Jean Gibelin, Paris, Vrin, 1990, p. 75.

du procès un lieu d'échange ouvert où peut se constituer une raison publique : en montrant comment le procès fonctionne lui-même selon les règles d'un État de droit démocratique, il favoriserait une culture de la responsabilité propre aux idéaux de la démocratie libérale⁴¹. Si cet objectif associant publicité, transparence et transmission de l'éthique libérale n'est que partiellement atteint⁴², il n'en reste pas moins que les effets attendus du procès sont politiques, en ce sens que la scène publique créée en vue du jugement est aussi celle d'une scénarisation de la morale libérale. Somme toute, parce que les institutions pénales internationales seraient des scènes publiques où des sociétés affectées par les crimes les plus graves pourraient se reconstruire comme des sociétés libérales, elle aurait une fonction essentiellement transitionnelle.

Le procès, une éducation sentimentale ?

La question est alors d'identifier les modalités selon lesquelles le lien social est supposé être recréé ou revivifié. La dimension didactique du procès oscille entre l'affirmation que les procès renforcent la solidarité sociale en montrant la violence inhérente au crime jugé – présentation qui susciterait un affect commun d'indignation –, et

41. Magali Bessone, « Apories de la transparence au TPIY », in I. Delpla I. et M. Bessone (dir.), *Peines de guerre. La justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2009, p. 184.

42. Outre des obstacles politiques, y compris venant des juridictions elles-mêmes (voir les poursuites engagées contre F. Hartmann), la transparence ne suffit pas à éduquer le public parce que montrer n'est pas éduquer. Les conditions réelles de la communication ne sont pas toujours prises en compte pour qu'elle soit comprise par tous (*ibid.*, p. 188). Le public des juridictions, idéalement universel, est souvent partiel – l'accès aux procès pouvant dépendre de l'accès aux moyens de diffusion ou de la couverture médiatique. En Afrique du Sud, les séances de la Commission étaient largement diffusées par les médias, mais le travail des commissions n'a généralement été, en Amérique latine, que relativement peu suivi par la population. Le TPIR est peu visible sur la scène internationale, non seulement parce que peu de journalistes occidentaux assistent aux audiences, mais aussi parce que les Rwandais eux-mêmes perçoivent le tribunal comme une atteinte à leur souveraineté, voir Liora Israël, « Comment juger le génocide rwandais. Les paradoxes de tribunal Pénal International pour le Rwanda », *La vie des idées*, 17 décembre 2008, URL : <http://www.lavie.desidees.fr/Comment-juger-le-genocide-rwandais.html#page> ; André Guichaoua, *Rwanda, de la guerre au génocide. Les politiques criminelles au Rwanda (1990-1994)*, Paris, La Découverte, 2010. Les négociations militaires et diplomatiques nécessaires pour faire cesser les hostilités semblent indiquer que l'idéal de transparence est bien davantage adapté aux modèles internes de juridictions pénales lorsqu'elles s'exercent dans le cadre d'un État pacifié, qu'aux juridictions de transition dans les contextes internationaux encore en proie aux violences.

l'idée que les procès pour crimes internationaux constituent des mises en scènes démonstratives d'un débat public capable de créer une raison publique. La même ambivalence se retrouve dans les processus de justice réparatrice propres à la justice transitionnelle.

La première optique a été défendue, notamment, par C. Nino, professeur de droit et conseiller du président argentin Raul Alfonsín. S'inspirant de la conception développée par Durkheim sur le rôle du procès pénal dans la réactivation de la solidarité sociale⁴³, le juriste argentin soutenait que la fonction du procès était de raviver le lien social dans une communion produite par une indignation partagée envers le crime et son auteur. Selon lui, les poursuites menées contre la junte militaire ne visaient pas seulement les sanctions et les réparations, mais surtout la dissuasion et, par la production d'une histoire nationale, le renforcement des principes libéraux – incarnés par la justice pénale – et la démocratisation des institutions politiques⁴⁴. Organisé selon les règles de l'État de droit, le procès libéral devait lui-même dire publiquement les crimes commis durant la sale guerre et renforcer l'éthique libérale – celle qui avait été bafouée pendant la période en question – par une indignation partagée face aux crimes commis.

Il s'agissait de produire une histoire didactique au moyen d'un procès qui, parce qu'il respectait les règles de l'État de droit, devait permettre aux membres de la communauté politique de se retrouver dans une histoire et des valeurs communes perdues. L'histoire didactique issue du procès devait promouvoir l'égalité de tous face à la loi, et faire éprouver une indignation partagée capable de renforcer la solidarité sociale⁴⁵. Le procès-spectacle entendu comme théâtre didactique consiste ainsi en un rituel judiciaire par lequel on apprend au spectateur quels sentiments il doit éprouver⁴⁶. Cette histoire est, d'un côté, un moyen de contrebalancer les tendances autoritaires qui ont conduit à l'affaiblissement du système démocratique et à des violations massives des droits humains en

43. Emile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2007, p. 35-78 ; M. Osiel, *Juger les crimes de masse...*, *op. cit.*, p. 52-95.

44. Carlos Santiago Nino, « Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America », *University of Miami Inter-American Law Review*, n° 44, 1989 ; « A Consensual Theory of Punishment », *Philosophy & Public Affairs*, n° 12, 1983.

45. C. S. Nino, *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 147.

46. David Garland, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 67.

promouvant la délibération publique, de l'autre, une communion affective visant à mettre en scène les sentiments que chacun devait éprouver face aux crimes – bref, elle est aussi une éducation sentimentale.

Cette analyse suppose que le procès réactive un accord moral sur un ensemble de principes libéraux à propos duquel il devrait y avoir consensus, en un triple sens. D'une part, on suppose que les principes moraux bafoués par les crimes continuent à produire un accord entre les individus. D'autre part, ce consensus moral est supposé se redoubler : il doit prendre la forme d'un accord sur l'histoire passée. Enfin, il implique que la reconstruction désirable devrait être celle d'un lien politique fondé sur un consensus. Dans cette optique, la solidarité serait renforcée par le procès parce qu'elle procéderait de la conscience d'avoir une histoire commune, jugée selon des normes communes et consensuelles.

Or, les analyses développées par Durkheim perdent leur pertinence dans le cadre des crimes de masse. Pour autant qu'il ait existé avant les crimes, le consensus sur les valeurs libérales a nécessairement été fortement affecté par ces derniers. C'est même l'une des spécificités des massacres administratifs : ces crimes affectent précisément toutes les relations de confiance et la base morale consensuelle d'une société. Les massacres administratifs, comme la Shoah, la sale guerre en Argentine, le génocide au Rwanda ou en ex-Yougoslavie, brisent la solidarité sociale. Comment, dès lors, mettre en accusation des personnes suspectées de crimes d'une telle ampleur à partir d'une intuition morale commune ? Et comment un tel consensus pourrait-il servir à diffuser une interprétation unique et partagée du passé récent de cette société ? La perspective durkheimienne ne laisse pas place aux visions divergentes de l'histoire, ni aux désaccords moraux entre les citoyens, qui sont à la fois inévitables après des crimes de grande ampleur et qui, de manière plus générale, caractérisent les sociétés pluralistes contemporaines.

La vocation du procès n'est alors pas tant de raviver un consensus moral sur la base d'un sentiment collectif partagé par toute une société, que de stimuler l'argumentation. Cet objectif est précisément, comme le souligne Mark Osiel, la caractéristique du procès pénal mené dans l'État de droit. Parce que les tribunaux doivent donner de bonnes raisons pour priver quelqu'un de liberté, les procès libéraux ont pour fonction de favoriser la constitution d'une raison publique délibérative. Cet objectif rationaliste est d'autant plus nécessaire que la révélation des crimes de masse suscite

suffisamment de passions pour que la fonction de l'institution pénale soit plutôt de les atténuer.

Le procès libéral doit ainsi, selon Mark Osiel, être un procès-spectacle en ce sens qu'en mettant en scène les principes de l'État de droit et les vertus libérales, il permet aux sociétés où ont eu lieu des massacres administratifs d'observer, par contraste avec la violence propre au régime politique antérieur et afin de mieux les faire comprendre, non seulement les effets des vices antilibéraux, mais aussi la manière dont un État libéral rend justice selon un mode public et formalisé. Selon Mark Osiel, ce procès-spectacle a une vocation transitionnelle parce qu'il permet de créer les conditions d'une délibération publique formalisée par la procédure pénale, délibération dont la dynamique est produite par la confrontation entre les différents récits de l'histoire formulés par chacune des parties. Parce qu'il est une instance d'internarrativité, le procès contribuerait au processus de pacification et de reconstruction démocratique en promouvant la pluralité propre aux sociétés libérales. Mark Osiel soutient ainsi que les chances de la délibération dans le contexte non-idéal des processus transitionnels seront plus grandes si cette délibération est encadrée par des règles procédurales minimales mais strictes⁴⁷. Selon lui, l'engagement des citoyens à parler malgré leurs désaccords se fera par la voie procédurale, donc par le simple fait de suivre des règles d'échange. Cette entente pourra ensuite devenir plus substantielle, en particulier si la possibilité des échanges est maintenue après avoir atteint les objectifs de la discussion – en ce sens ils constituent en eux-mêmes un bien moral.

Un type d'argument fréquemment utilisé par la défense dans les procès pour crimes de masse, et sa récusation, montre bien la manière dont s'articule l'objectif de construction d'une raison publique, et celui d'une moralité libérale partagée. Soutenu à de multiples reprises par nombre d'accusés, depuis Alfred Jodl à Nuremberg jusqu'à Dražen Erdemović à La Haye⁴⁸, l'argument de l'obéissance due à des ordres émanés de la hiérarchie politique, administrative ou militaire, consiste à opposer non pas tant une moralité criminogène à une moralité libérale, qu'à affirmer l'absence de volonté mauvaise et de choix moral possible de la

47. M. Osiel, *Juger les crimes de masse...*, *op. cit.*, p. 86.

48. En un sens, la *ley de Obediencia Debida*, adoptée en Argentine en 1987 et abrogée en 2004, est en quelque sorte l'affirmation publique de l'absence de possibilité de choix moral dans certains contextes criminels.

part de l'accusé dans certains contextes criminels. L'idée de la « banalité du mal », dont Eichmann serait l'exemplaire type selon Arendt, repose d'ailleurs sur la défense même du criminel : l'obéissance aux ordres, à la hiérarchie administrative et politique, ne laissait aucune responsabilité morale aux agents. La formule d'Arendt est en miroir des arguments de la défense. On a montré que cette vision d'Eichmann construite par Arendt résultait d'une projection de ses propres thèses politiques et métaphysiques sur le procès⁴⁹. L'important est en réalité la réaffirmation, par le procès, des valeurs libérales. Les procès peuvent en effet être compris comme une scène didactique où la pénalisation des crimes, même accomplis par obéissance aux ordres donnés, exprime l'existence d'une moralité et de devoirs inconditionnés. En montrant que l'argument de l'obéissance due ne saurait exprimer une absence de choix moral pour l'accusé au moment du crime, mais qu'il affirme le choix d'une éthique non libérale, le procès réaffirme l'éthique libérale – celle de la responsabilité individuelle et de l'autonomie de la volonté –, qui se traduit aussi dans des dispositions légales (l'obligation de ne pas obéir à un ordre illégal)⁵⁰. Les arguments opposés à la défense procèdent alors d'un type de délibération publique participant à la construction d'une raison publique et d'une moralité libérale commune. Somme toute, plutôt qu'une éducation sentimentale dont les effets seraient consensuels, le procès devrait constituer une éducation à la rationalité qui passerait certes par l'usage de « fumée et de miroirs », mais dans l'optique de développer une raison publique apte à la délibération. Et le simple fait que l'argument de l'obéissance due soit évoqué, puis révoqué, montre que le procès est le lieu d'une confrontation entre plusieurs conceptions morales – ce qui est le propre d'une éthique libérale. Pour le dire autrement, la forme procès rendrait possible l'expression des dissensus propres aux sociétés pluralistes.

49. David Cesarani, *Adolf Eichmann*, trad. de l'angl. par Olivier Ruchet, Paris, Tallandier, 2010 ; I. Delpla, *Le Mal en procès. Eichmann et les théodicées modernes*, Paris, Hermann, 2011.

50. Art. 8 de la Charte de Nuremberg, article 6 du statut du Tribunal Militaire pour l'Extrême-Orient ; art. 33 CPI, art. 8 TMIN, art. 7 TPIY, art. 6 TPIR. Il existe cependant des circonstances atténuantes, comme l'existence d'une menace grave sur l'agent.

Justice pénale, justice réparatrice et ambivalences didactiques

La solidarité par dissensus est plus acceptable pour les sociétés libérales pluralistes. Elle intègre la pluralité au cœur du politique et pense les formes publiques de la délibération comme constitutives d'une raison publique. En un sens, le procès est alors l'exact opposé de l'amnistie non pas seulement du point de vue juridique, mais aussi quant au modèle politique promu dans ces contextes transitionnels. Que ce soit en France à la Libération, après la guerre d'Algérie ou en Argentine, l'amnistie est souvent justifiée au nom d'une politique de pacification et de réconciliation⁵¹. Elle peut être comprise comme une volonté de résorber cette conflictualité démocratique – la *stasis* au cœur du politique⁵² comme condition de la pluralité – en plongeant dans l'oubli l'autre conflictualité, celle qui se manifeste par les armes. Si l'amnistie engage un processus d'amnésie au nom de la recherche du consensus, la forme procès est alors, à l'inverse, une manière de contribuer à la transition d'un type de conflictualité vers un autre – du conflit armé ou des violences de masse, à l'établissement d'un État de droit et d'un régime démocratique dont la particularité est d'être travaillé par les conflictualités et l'expression réglée des désaccords. C'est d'ailleurs l'un des enjeux présentés par l'étude normative des contextes transitionnels : les théories de la justice (*post bellum*, transitionnelle) doivent s'articuler à une pensée du politique compris comme oscillation entre ces deux formes de conflictualité que sont la violence armée (*polemos*) et la division de la cité (*stasis*) comme porteuse d'une dynamique démocratique. Les contextes transitionnels invitent ainsi à redéfinir le conflit lui-même et son articulation au politique, voire le rôle constitutif qu'il joue au sein du politique.

Il n'en reste pas moins que l'analyse de la forme procès comme créatrice d'une solidarité par dissensus – synthèse d'une conception libérale de la démocratie délibérative et d'une vision post-moderne de la pluralité et du différend⁵³ – rencontre des limites lorsqu'on la projette dans le cadre du procès pénal, précisément lorsqu'il porte sur des crimes internationaux. Certes, la procédure contradictoire

51. Voir Sophie Wahnich (dir.), *Une histoire politique de l'amnistie. Études d'histoire, d'anthropologie et de droit*, Paris, PUF, 2007.

52. Voir Nicole Loraux, *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris, Payot, 1997.

53. Voir Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Minuit, 1979, p. 35-43, 49-52 ; *Le différend*, Paris, Les Minuit, 1983, p. 24-25, § 12.

créé une arène interactive qui offre, comme le soulignait Lon Fuller, un moyen de montrer aux individus qu'ils peuvent regarder avec d'autres yeux que les leurs⁵⁴. Elle favoriserait en ce sens une civilité et une reconnaissance mutuelle entre les interlocuteurs issue de la forme imposée aux échanges. Mais les échanges et la délibération supposent déjà une certaine confiance entre les interlocuteurs, laquelle est précisément inexistante au lendemain des crimes de masse. L'échange dialogique propre à la délibération publique repose sur une reconnaissance mutuelle des interlocuteurs qui a été détruite par les crimes. La confiance⁵⁵ requise pour le procès ne peut, au mieux, que résulter du procès lui-même.

La réception faite des procès par un certain nombre de populations concernées par les crimes témoigne souvent non seulement du défaut de confiance entre les parties au procès, mais aussi entre ces populations – pourtant visées par les objectifs pédagogiques des procès – et les institutions pénales. Si les procès de Nuremberg ont porté à la connaissance du public l'extermination des Juifs⁵⁶, ils ont été perçus par la population allemande, dans un premier temps favorablement, puis ont rapidement été identifiés à une justice de vainqueurs. Le TMI était davantage considéré comme un tribunal d'occupation violant les principes mêmes du droit international⁵⁷ que comme une juridiction internationale impartiale⁵⁸. Kelsen lui-même, bien qu'ayant collaboré à la War Crimes Commission chargée de la préparation des procès devant le TMI de Nuremberg, n'en a pas moins dénoncé ce dernier. Selon lui, la sanction des criminels de guerre n'a été qu'une manière de poursuivre les hostilités dès lors que les États vainqueurs avaient refusé que leurs

54. Lon L. Fuller, « The Adversary System », in Harold J. Berman (dir.), *Talks on American Law*, New York, Vintage Books, 1971 [2^e éd.], p. 34, 47.

55. Sur la confiance et le droit, voir Niklas Luhmann, *La confiance : un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, trad. de l'all. par Stéphane Bouchard, Paris, Économica, 2006.

56. L'extermination des Juifs ayant été examinée, en réalité, à partir du procès Eichmann, cf. *supra*.

57. Sur la définition du crime contre l'humanité, voir Mireille Delmas-Marty, Isabelle Fouchard, Emanuela Fronza, Laurent Neyret, *Le crime contre l'humanité*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2009 ; sur le débat concernant la rétroactivité de la règle de droit, voir H. L. A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, p. 593-629 ; L. L. Fuller, « Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, p. 630-672.

58. Voir M. Koskenniemi, « Entre impunité et procès spectacle », *op. cit.*, p. 231.

ressortissants coupables de crimes soient aussi sanctionnés⁵⁹. Cette réception négative s'est poursuivie en ce qui concerne les procès qui se sont tenus entre 1946 et 1949 dans la zone d'occupation américaine, dont la vocation était pourtant de « réformer et rééduquer le peuple allemand⁶⁰ ». La vocation didactique des procès pour crimes internationaux semble avoir des effets tout aussi relatifs si l'on considère la réception des procès menés dans le cadre des juridictions *ad hoc* que sont le TPIY et le TPIR. Le sentiment dominant est souvent que l'impunité triomphe dès lors que l'on juge seulement les plus hauts responsables d'un crime de masse (entretenant de l'autre côté un récit d'innocence collective), ou à l'inverse, que ces responsables sont symboliquement punis pour une culpabilité collective⁶¹. La réception des procès pénaux faite par les populations concernées par les crimes indique elle aussi les limites de la visée didactique des procès.

Attendre des procès des crimes de masse qu'ils aient une vocation transitionnelle suppose ainsi que l'on tranche entre deux modes de reconstruction et deux types de spectacles : un spectacle dont la fonction est d'instaurer ou de restaurer une communauté morale à partir d'affects partagés, ou un spectacle visant à favoriser la délibération publique propre à l'État de droit à partir d'échanges rationnels et d'une formalisation de l'expression des dissensus. Encore supposent-ils une relation de confiance minimale entre les interlocuteurs au sein du procès, et entre les juridictions et les populations concernées par les crimes. Sans doute les procès intègrent-ils ces deux dimensions. Ils oscillent pour cela entre des objectifs nécessaires, et difficilement conciliables.

L'on pourrait montrer la même ambivalence dans les formes alternatives à la justice pénale adoptées dans certains contextes transitionnels. Les promoteurs de la justice transitionnelle⁶² affirment,

59. Hans Kelsen, « Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? », *The International Law Quarterly*, vol. 1, n° 2, été 1947, p. 153-171.

60. Frank M. Buscher, *The U. S. War Crimes Trials Programme in Germany, 1946-1955*, New York, Greenwood, 1989, p. 69 ; Devin O. Pendas, « "Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était". Le procès d'Auschwitz à Francfort et l'opinion publique allemande », Florent Brayard (dir.), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire. 1943-2000*, Bruxelles, Éditions Complexe, 2000, p. 79-112.

61. Voir I. Delpa, « La justice internationale dans l'après-guerre : la difficile évaluation des critères de justice », *Balkanologie*, vol. 8, n° 1, juin 2004, p. 211-228.

62. Pour la distinction entre justice réparatrice et justice transitionnelle, souvent confondues, voir Ch. Nadeau et J. Saada, « La justice transitionnelle », art. cité.

d'une part, que la transition politique ne saurait s'appuyer seulement sur les procès pénaux, fussent-ils des procès-spectacles libéraux, d'autre part, que les mesures juridiques face aux crimes de masse doivent être arrimées à des mesures politiques plus vastes. Aussi la justice réparatrice s'est-elle développée tantôt comme une alternative à la justice pénale, comme ce fut le cas de l'Argentine sous Alfonsín⁶³ ou de l'Afrique du Sud au sortir de l'apartheid⁶⁴, tantôt comme un complément à la justice pénale, parce que les solutions qu'elle propose aux demandes de justice ne sont pas exclusivement juridiques mais s'articulent aux processus de reconstruction des institutions politiques et du lien social. L'une des justifications les plus fortes de la justice réparatrice est qu'elle permet de mieux atteindre les objectifs visés par les procès-spectacles libéraux que ces derniers eux-mêmes.

Les Commissions de vérité s'inscrivent dans les objectifs transitionnels assignés aux procès eux-mêmes. En consacrant les commissions de vérité⁶⁵, la justice réparatrice vise à établir une vérité historique sur le passé criminel, à mettre au jour une vérité sur les violations des droits de l'homme considérées comme les plus graves, à déterminer les responsabilités, à préserver les éléments de preuve, à identifier les auteurs des exactions et à recommander des mesures de réparation et des réformes institutionnelles. Ces institutions *ad hoc*⁶⁶ placent au cœur de leur démarche le rôle épistémique et démocratique de la délibération⁶⁷. Leur processus est compris comme étant bien plus démocratique que le modèle délibératif du procès pénal, dans la mesure où il est basé sur une

63. Sur l'Argentine et les processus de justice réparatrice, voir Pierre Hazan, *Juger la guerre, juger l'Histoire. Du bon usage des commissions Vérité et de la justice internationale*, Paris, PUF, 2007 ; *La paix contre la justice ? Comment reconstruire un État avec des criminels de guerre*, Bruxelles, André Versailles Éditeur, 2010.

64. Sur les processus de justice et réconciliation en Afrique, voir le dossier « Justice et réconciliation. Ambiguïtés et impensés », *Politique Africaine*, n° 92, 2003.

65. Voir par exemple le Rapport du Secrétaire général des Nations-Unies devant le Conseil de sécurité, « *Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit* », Doc. S/2004/616, 2 août 2004, p. 3 et 21 et ONU, Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, *Les institutions de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit. Les commissions de vérité*, New York et Genève, 2006.

66. Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths : Facing the Challenges of Truth Commissions*, Londres, Routledge, 2002.

67. Amy Guttmann et Dennis Thompson, « The Moral Foundations of Truth Commissions », in Robert I. Rothberg et Dennis Thompson (dir.), *Truth v. Justice : The Morality of Truth Commissions*, Princeton, Princeton University Press, p. 22-44.

conception plus inclusive de la démocratie délibérative. Parce qu'elles font appel à un grand nombre de participants et donnent un rôle inédit aux victimes, ces commissions reposent sur un principe de réciprocité exigeant que chaque personne observe les formes de coopération qui respectent la liberté et l'égalité des citoyens – principe que ne peut raisonnablement rejeter tout citoyen voulant la démocratie.

Le rôle donné aux témoins et aux victimes est mis en avant comme favorisant la reconnaissance sociale. Cet élément est central pour la construction d'une culture propre à l'État de droit. Une transition entre les atrocités de masse propres au régime déchu et la construction d'un État de droit et d'une société civile, stable et pacifiée, implique en effet d'affirmer la valeur des vies individuelles, donc de reconnaître les victimes. De fait, ces commissions se centrent sur les victimes et leur donnent l'occasion de raconter leur histoire. Leur dimension cathartique⁶⁸ accompagne un processus de reconnaissance des victimes comme agents moraux. En Afrique du Sud, on a souligné combien les témoignages portés par des victimes noires, parce qu'ils étaient écoutés avec respect et dans un cadre solennel, ont contribué à la reconnaissance de leur dignité : le contenu des témoignages, comme leur existence même, était porteur de transformations. Au processus délibératif promu par le caractère public et inclusif des échanges s'ajoute une dimension proprement affective, particulièrement visible, par exemple, dans la Commission vérité et réconciliation sud-africaine. Les auditions individuelles des victimes ne visaient pas tant un recueil objectif des faits qu'un dialogue avec les victimes dans lequel l'émotion était sans retenue – ce qui valut parfois à la Commission d'être qualifiée de « Commission Kleenex ». L'introduction de rituels religieux visait à renforcer la reconnaissance des victimes faite sur le mode émotionnel. La très large diffusion médiatique de ces séances avait pour but de toucher la nation tout entière afin de produire une communion affective⁶⁹. En ce sens, les Commissions de vérité constituent elles aussi des spectacles didactiques libéraux. Elles oscillent, de la même manière que les procès pénaux des crimes de

68. Christopher Kutz, « Justice in Reparations. The Cost of Memory and the Value of Talk », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 32, n° 3, 2004 ; Paul Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, p. 627-628.

69. Voir Rapport de la Commission vérité et réconciliation, V. 1.10. Voir S. Lefranc, *Politiques du pardon*, Paris, PUF, 2002, p. 62-63.

masse, entre une éducation sentimentale et une didactique de la rationalité délibérative.

Procès libéral et histoire hégémonique

Pièce édifiante ou procès équitable ?

Si le procès a pour objectif de créer une solidarité par dissensus en éduquant tantôt sentimentalement, tantôt rationnellement les populations concernées par les crimes, il oscille de manière tout aussi ambivalente entre un désir de juger des individus, et un désir de faire un procès de l'histoire elle-même. Or, ces deux objectifs peuvent s'entraver mutuellement. Juger des individus est requis par le procès libéral : l'individualité de la culpabilité constitue un principe essentiel de la justice pénale dans un État de droit. Par conséquent, dans le cadre d'une responsabilité purement causale et individuelle propre à la conception déontologique de la règle de droit, ne sont jugés que les seuls agents ayant commis les actes incriminés⁷⁰. La participation indirecte d'autres agents, ou le rôle et la structure des institutions comme du lien social, ne sont pas évalués comme participant à la causalité du crime. Or, dans le cas des massacres administratifs, on ne peut comprendre les réseaux de causalité qui ont conduit aux crimes si le jugement est restreint aux formes purement légales qui individualisent les culpabilités sur la base de l'évidence directe. La mise à jour des responsabilités collectives, des degrés de responsabilité dans les chaînes de commandement politique et militaire, des degrés de consentement au sein de l'administration, s'avère nécessaire à la compréhension du passé. Cette mise à jour est d'autant plus requise que les systèmes pénaux sont conçus pour traiter les crimes comme des exceptions, non comme l'expression d'un contexte où le crime est la règle. Juger le degré de responsabilité individuelle pour les crimes de masse requiert, à l'inverse, que soit évaluée la place de l'accusé au sein

70. Richard A. Wilson montre cependant que les Commissions de vérité et les tribunaux à caractère international sont aptes à produire des récits du passé plus compréhensifs parce qu'ils sont moins tributaires des impératifs des États-nations, et parce qu'ils recourent à des concepts de droit international (tel que celui de « génocide ») qui obligent à scruter de façon plus détaillée les dimensions collectives et institutionnelles d'un conflit ; voir « Humanity's Histories Evaluating the Historical Accounts of International Tribunals and Truth Commissions », *Politix*, n° 80, 2007, p. 31-58.

d'une chaîne de commandement administratif, politique ou militaire, et de replacer ces dernières dans un contexte historique plus vaste. Or, plus le contexte au sein duquel la responsabilité individuelle doit être envisagée est vaste, plus cette compréhension repose sur des interprétations historiques divergentes⁷¹. L'imputation d'une responsabilité individuelle suppose alors que l'on choisisse une version de l'histoire, risquant de faire un procès de l'histoire et de produire une histoire hégémonique.

Ainsi, lors des procès de Buenos Aires menés sous Alfonsín, il s'agissait bien d'évaluer différentes versions de l'histoire et d'attribuer les responsabilités individuelles en fonction d'une interprétation historique globale. Les militaires reprochaient précisément à la Cour le cadre historique dans lequel celle-ci évaluait leurs responsabilités. Un des arguments de la défense consistait à élargir le cadre historique afin d'opposer une autre version de l'histoire. Elle a ainsi rapporté un ensemble de conduites à un cadre plus global qui analysait les dernières années du pouvoir perroniste comme celles d'un effondrement de l'ordre public. Les militaires présents au banc des accusés devenaient les protecteurs d'une population, menant une guerre juste d'autodéfense contre une guérilla menée par de dangereux subversifs, présentés au procès comme des victimes. Cet argument de la défense impliquait que le cadre historique d'évaluation des responsabilités soit élargi à la période précédant le coup d'État de 1976, et qu'il inclue aussi des considérations sur le contexte international – en l'occurrence, la situation quasi-révolutionnaire des pays voisins comme le Brésil et le Chili.

La Cour est ainsi à la fois confrontée à l'exigence d'individualiser les responsabilités, et à la nécessité de déterminer ces dernières en fonction d'une interprétation de l'histoire. À l'inverse, en évitant le jugement historique au profit de la considération des seuls individus, elle risque d'occulter le rôle joué par les structures sociales et politiques plus vastes qui ont rendu possible la normativité criminelle et le développement d'une criminalité individuelle⁷². Les bénéfices recherchés dans le procès en termes de didactique de la délibération, comme l'exigence rétributiviste, ont ainsi pour contrepartie l'oscillation du procès entre l'individualisation des responsabilités, et la tendance à juger l'histoire.

71. Voir M. Koskenniemi, « Entre impunité et procès spectacle », *op. cit.*, p. 238.

72. *Ibid.*, p. 242.

Distorsions de l'histoire et vérité judiciaire

Le choix du cadre historique pour évaluer les responsabilités n'est donc pas seulement épistémique : il se confond avec un choix politique. Cela ne signifie pas que le procès pénal soit un « procès politique », c'est-à-dire un procès non libéral mené dans le cadre d'une justice de vainqueurs. Même à Nuremberg, la solution adoptée – celle du procès pénal international mené par les Alliés – a constitué la victoire d'une solution légaliste sur ce qu'aurait pu être une solution purement politique, prônée par le plan Morgenthau : celle des sanctions collectives et des exécutions sommaires⁷³. Mais les arguments invoqués lors des procès pénaux indiquent à quel point l'évaluation des responsabilités individuelles suppose, pour le jugement des crimes de masse, la restitution d'un cadre historique, et à quel point l'opposition entre le procureur et la défense est aussi une opposition entre des versions de l'histoire.

Juristes et historiens ont certes montré depuis longtemps à quel point la vérité historique et la vérité judiciaire divergeaient. L'objectif du procès n'est pas tant d'établir la vérité historique que de juger la responsabilité de l'accusé concernant les faits précis pour lesquels il est inculpé. Le rôle de la justice n'est pas d'établir une vérité historique officielle, comme il était rappelé dès le premier paragraphe des attendus du procès Eichmann – tempérant ainsi le désir de produire une histoire à vocation morale et didactique par l'exigence de ne juger qu'un individu⁷⁴. L'argument invoqué alors était que la Cour ne dispose pas des matériaux suffisants pour dresser un tableau historique complet.

Ajoutons que dans le procès, l'histoire est toujours sollicitée en fonction des catégories juridiques et des actes incriminés, ce qui limite nécessairement son champ d'étude. Le chef d'accusation peut même influencer directement sur la construction du récit historique fait lors du procès et produire une sorte de distorsion de l'histoire. À Nuremberg, il s'agissait notamment d'examiner s'il y avait eu ou non complot et ce, de la part des puissances de l'Axe. Lors de la préparation du procès, le juge Jackson avait appuyé la position américaine en faisant porter le chef d'accusation sur la guerre d'agression. Les conséquences ont été, d'une part, que les attaques menées contre les populations civiles et les persécutions raciales menées

73. G. J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance...*, *op. cit.*, p. 157-160.

74. Attorney General of Israel v. Eichmann, 36 ILR, p. 5 et suiv.

parallèlement à la guerre ont été atténuées, et même relativement absentes du procès. La mise en accusation effectuée par le Procureur français François de Menthon n'a par exemple mentionné l'extermination des Juifs, durant les quatre heures de l'énonciation du chef d'accusation, que dans une seule phrase, et sans faire référence au régime de Vichy⁷⁵. Et les persécutions menées avant la guerre ne faisaient pas partie de l'histoire examinée lors de ce procès. D'autre part, le cadre interprétatif de l'histoire était ainsi doublement soumis, d'un côté, à l'évaluation d'une intention globale (le complot) comme déterminant la culpabilité possible des accusés, de l'autre, à une restriction des actes incriminés en vertu d'une restriction de l'examen des acteurs de l'histoire. La structure narrative du récit historique était inévitablement déterminée par une théorie de la conspiration et focalisée sur l'action des agents de ce complot. De nombreux historiens ont montré comment cette seconde restriction avait été voulue par les Alliés afin que leurs propres crimes ne soient pas jugés – alimentant en contrepartie l'idée que les procès de Nuremberg étaient une justice de vainqueurs établissant une histoire de vainqueurs. Mais même si une juridiction comme la CPI a pour projet d'opposer, à une justice de vainqueurs, une juridiction permanente à vocation universelle, le cadre défini par le chef d'accusation et les objectifs rétributivistes du procès limitent les possibilités d'un procès à dire la vérité historique.

Les procès sont certes un moyen de rendre publics un certain nombre de crimes qui, lorsqu'ils sont commis à grande échelle, affectent la totalité d'une nation. C'est bien par les procès de Nuremberg que la plupart des Allemands ont appris l'existence des camps de la mort, et nombre d'entre eux ont alors pris conscience de l'extermination des Juifs – bien que la Shoah n'ait été examinée en profondeur que plus tardivement, au procès Eichmann en 1961, mais aussi lors des procès tenus en Allemagne en 1964 des gardiens d'Auschwitz, entre 1975 et 1981 de ceux de Majdanek. L'attention publique portée à ces procès a eu, parmi d'autres conséquences, la suppression en 1964, en France, de la prescriptibilité des crimes contre l'humanité, qui permettra une vingtaine d'années plus tard

75. Accompagnant la construction du mythe gaulliste de la nation française unie par la résistance ; voir D. Bloxham, *Genocide on Trial*, *op. cit.*, note 29, p. 101-102 ; plus généralement, Robert Paxton, *La France de Vichy 1940-1944*, trad. de l'angl. par Claude Bertrand, Paris, Seuil, 1999 ; Henry Rousso, *Le syndrome de Vichy : De 1944 à nos jours*, Paris, Seuil, 1990 ; *Vichy, un passé qui ne passe pas*, avec Eric Conan, Paris, Gallimard, 1996.

les procès contre Barbie, Touvier et Papon. À l'inverse, l'absence de procès va bien au-delà de la seule impunité. Elle s'inscrit dans une reconstruction sociale et politique basée sur l'amnésie et non sur la mémoire des crimes.

Si les procès sollicitent l'histoire, il n'en reste pas moins que les limites imposées par le cadre judiciaire à la construction du récit historique affectent aussi les objectifs conséquentialistes de la justice pénale pour les crimes de masse, justice dont la vocation didactique constitue pourtant l'un des éléments décisifs. Le procès pénal a peut-être pour fonction de favoriser la délibération publique par une confrontation des versions de l'histoire. Mais la restriction du champ de cette dernière et sa distorsion par le droit lui-même limitent l'idée qu'il puisse constituer l'instrument d'une refondation de la nation sur la base d'un récit historique global dont il serait l'occasion.

Là encore, la comparaison avec les Commissions de vérité fait apparaître certaines limites des procès-spectacles libéraux. Comme ces derniers, les Commissions de vérité recherchent la vérité historique concernant les crimes commis. Mais le récit des faits passés éviterait les distorsions de l'histoire, comme la restriction par les chefs d'inculpation des éléments passés examinés, précisément parce qu'elles favorisent des récits beaucoup plus complets en offrant la possibilité d'amnisties conditionnées. La Commission vérité et réconciliation sud-africaine a été l'une des premières à proposer la possibilité d'amnistie en l'échange d'aveux les plus complets possibles – c'est-à-dire permettant non seulement de mettre au jour les crimes eux-mêmes, mais aussi les chaînes de responsabilités politiques, administratives ou militaires dans lesquelles ils ont été produits, afin de décrire de manière plus adéquate les contextes de production de la criminalité. En Afrique du Sud, les auteurs de crimes graves étaient conduits à les décrire avec d'autant plus de précision que des aveux complets rendaient possible une demande d'amnistie⁷⁶. En agissant sur un élément subjectif, en ne limitant pas l'enquête historique au cadre d'un chef d'accusation et en incluant un très grand nombre de témoins, les Commissions de vérité facilitent la mise à jour des crimes, des contextes sociaux plus vastes dans lesquels ils ont eu lieu, ainsi que des chaînes de responsabilité ayant produit la criminalité.

76. Sur environ 7 000 demandes traitées, un peu plus de 1 000 ont été accordées.

Comme les procès libéraux, les Commissions de vérité oscillent entre la volonté d'examiner des actes individuels, et la nécessité de les évaluer en fonction d'une histoire très large. En visant un objectif non pas rétributiviste mais reconstitutif, les Commissions favorisent la construction du récit historique sans rencontrer les distorsions qui résultent du cadre pénal. L'histoire peut toutefois rester partielle en raison du type de crime qu'elles examinent. Ainsi, le choix de porter l'attention sur les seuls crimes les plus graves a obscurci de nombreux aspects institutionnels de l'Apartheid, comme les liens entre les puissances économiques et les forces de sécurité, les pratiques discriminatoires à l'embauche ou le fait que nombre de médias appartenant à la population blanche et s'adressant à celle-ci masquaient les pratiques du régime⁷⁷. Dans le procès pénal comme dans les récits produits au sein des Commissions de vérité, le fait que l'histoire passée soit examinée à partir d'actes individuels précis comporte le risque d'une distorsion de l'histoire, dont le récit a pourtant une vocation pédagogique.

Enfin, dans les deux cas, comme le souligne Arendt, la vocation didactique exige « un aperçu précis et bien défini de ce qui a été fait et de la manière dont cela a été fait⁷⁸ ». Le procès-spectacle libéral doit simplifier l'histoire pour être didactique, il doit produire un consensus sur le passé qui est aussi un consensus sur des valeurs morales. Mais si les procès doivent enseigner une morale, ils doivent se présenter comme une fable qui passe à côté de la très grande complexité du passé où les crimes ont eu lieu⁷⁹. Ils risquent ainsi de manquer leur vocation libérale : si l'objectif est de constituer un récit historique à partir de valeurs libérales centrées sur le pluralisme et le dissensus, les procès comme les récits au sein des Commissions de vérité risquent de conduire, en raison même de l'objectif didactique qui exige un récit clair et ordonné à une scénarisation de ces valeurs, à la production d'une histoire hégémonique – manifestant la difficulté pour les conceptions libérales à sortir de l'idée de leur propre neutralité⁸⁰.

77. Le rapport de la Commission vérité et réconciliation met toutefois en avant la responsabilité des groupes professionnels : milieux d'affaires, « communauté de foi », système judiciaire, secteur de la santé et des médias. Voir S. Lefranc, *Politiques du pardon*, *op. cit.*, p. 65.

78. H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem*, *op. cit.*, p. 52.

79. A. Guichaoua donne un exemple de simplification de la vérité historique dans le cas du TPIR, voir « L'instrumentalisation politique de la justice internationale en Afrique centrale », *Revue Tiers-Monde*, n° 205, janvier-mars 2011, p. 65-83, voir en part. p. 77.

80. G. J. Bass, *Stay the Hands of Vengeance...*, *op. cit.*, p. 163 et suiv.

Usages de l'histoire et amnistie

Au-delà de la construction du récit historique, les usages de l'histoire et de la mémoire dans les Commissions de vérité posent autant, sinon plus de difficultés, que ceux qui sont attendus dans le cadre des procès pénaux compris comme une théâtralité didactique. Les Commissions de vérité ont des objectifs difficilement compatibles en ce qui concerne les usages publics de l'histoire et de la mémoire. D'un côté, elles attendent de la construction du récit historique qu'il produise, comme toutes les histoires nationales, une « concorde civile » par le biais d'une unanimité. De l'autre, elles entendent arrimer ce processus à la fois historiographique et mémoriel de reconnaissance des victimes et des crimes passés à une confrontation délibérative des différentes versions de l'histoire, par laquelle criminels et victimes pourraient désormais s'accorder formellement pour exprimer leur dissensus au sein d'une vie politique désormais partagée. L'exposition publique des crimes permettrait ainsi non seulement de mettre fin à la logique de l'amnistie et de l'amnésie qui prévalait comme ferment de réunification des sociétés durant la Guerre froide, mais aussi d'avoir connaissance de la vérité et d'engager un processus de reconnaissance des victimes, de constitution d'une mémoire collective favorable à la pacification et à la reconstruction du lien social. C'est donc précisément en échangeant la vérité (le récit des crimes par les criminels eux-mêmes) contre la possibilité de demander une amnistie, que la Commission Vérité et Réconciliation sud-africaine a favorisé une connaissance de la logique ayant engendré les crimes, de la manière dont la société a pu en être le terreau, des différents degrés de responsabilité parmi les agents auteurs des crimes et ce, alors que l'approche pénale ne permettait pas cette approche globale des crimes.

Mais en assortissant le récit des crimes d'une possibilité d'amnistie, la reconstruction du passé criminel d'une société et son usage dans le cadre de la justice réparatrice ont eu pour effet de faire obstacle à l'exercice du droit dans l'après-conflit et ont souvent donné lieu à de fortes contestations de la part des familles de victimes. Dans les Commissions, les usages de l'histoire et de la mémoire ont souvent permis de remplacer le couple amnistie/amnésie qui prévalait lorsque la justice pénale était impuissante (les lois d'amnisties et les autres formes de suspension des procédures judiciaires apparaissant alors, comme ce fût le cas en France après

la Deuxième Guerre mondiale⁸¹, l'instrument des politiques de pacification), par une justification inédite de l'amnistie. La recherche de la vérité historique, la mise à jour des responsabilités et des contextes criminels peut alors contrevenir au but principal de ces commissions : favoriser l'ethos démocratique et la culture de la responsabilité propre à l'État de droit.

Car l'idée que la justice réparatrice peut fournir un cadre à la « solidarité discursive » en vue de construire un État de droit démocratique suppose une forme de justice qui vise à réparer la violation des droits, et du « droit d'avoir des droits », dont ont été victimes ceux qui ont subi les crimes les plus graves. Or, comment penser le rétablissement de l'État de droit et l'avènement d'une société juste par ces Commissions alors qu'elles légitiment une amnistie conditionnée pour des crimes portant gravement atteinte aux droits humains ? Peut-on vouloir la vérité au prix de la justice, et au prix de la condition même de l'État de droit ? Si nombre de victimes clament que le rétablissement de leur dignité implique que les coupables soient pénalement punis, c'est précisément parce qu'elles font résider leur dignité non dans leur capacité à témoigner, mais dans la capacité de l'État à juger équitablement et à appliquer un pouvoir coercitif à l'encontre des auteurs des crimes. Leur point de vue consiste à affirmer qu'être reconnu comme être humain consiste avant tout à être inclus dans une relation civique protégée par la loi, où l'usage de violence à leur égard est passible de sanctions strictes – somme toute, à protéger leur humanité pensée comme l'inclusion dans un lien politique, au sens d'Arendt, par le recours à la justice pénale si leurs droits sont violés. La seule capacité de témoigner ne suffit pas à rétablir ce « droit d'avoir des droits », pour reprendre la formule d'Hannah Arendt. Le processus même de justice entendue comme reconnaissance publique, pourtant attendu de ces Commissions de vérité, trouve une limite réelle.

Le refus des amnisties et les demandes en matière de justice pénale, comme c'est le cas aujourd'hui dans des contextes aussi différents que l'Argentine ou le Cambodge, sont aussi des demandes en matière d'institutions démocratiques. Elles signifient à leur tour le caractère provisoire des politiques de justice en situation post-confliktuelle, revues lorsque l'horizon politique change, comme les limites de la perspective réparatrice. Elles montrent

81. Voir Stéphane Gacon, *L'amnistie : de la Commune à la guerre d'Algérie*, Paris, Seuil, 2002.

également que les justifications des amnisties perdent en validité non seulement lorsque le contexte historique et politique change, mais aussi que les amnisties, précisément parce qu'elles n'interdisent pas les procédures judiciaires⁸², perdent leur principale justification : soit elles ne modifient pas les recours judiciaires et ne sont donc pas justifiées, soient elles les suspendent par une voie légale et ne sont pas davantage justifiées. D'un côté, ces usages de la justice réparatrice visent un objectif de restauration de l'État de droit qui passe par le « droit d'avoir des droits » et le droit au procès pénal, de l'autre, ils expriment une indisponibilité du droit, qui autorise des mesures d'amnisties au nom de la paix sociale et de la vérité historique. Ambivalente dans son rapport au droit, la justice réparatrice entend ainsi restaurer ou instituer un cours normal du droit à partir d'un régime d'exception autorisant à lever le droit.

Conclusion

Une pièce édifiante peut-elle faire un procès équitable ? Les procès pour crimes de masse oscillent entre des objectifs rétributivistes exigeant l'équité, et des objectifs conséquentialistes nécessitant une dramaturgie et une scénarisation de l'éthique libérale. Mais les effets didactiques recherchés sont ambivalents. D'une part, ils oscillent entre une volonté de juger des individus équitablement dans une optique rétributiviste, et un désir d'influer sur la mémoire collective en jugeant l'histoire et en scénarisant ce jugement par une pièce édifiante. D'autre part, ils sont partagés entre la volonté de mettre en scène le dissensus concernant les différentes versions de l'histoire en vue de favoriser la délibération et la constitution d'une raison publique, et le désir de produire un consensus sur le jugement des crimes et le rejet de l'histoire passée.

Si l'objectif du procès est de parvenir à un consensus non seulement sur les responsabilités individuelles des accusés, mais aussi sur une version de l'histoire, le procès doit répondre au défi de favoriser à la fois le dissensus propre à la délibération, et le consensus supposé requis sur l'histoire pour influencer sur la mémoire collective et favoriser la réconciliation, la reconstruction sociale – bref, la

82. Qu'elles soient postérieures aux politiques de justice ou qu'elles les accompagnent : en Afrique du Sud par exemple, la très grande majorité des demandes d'amnisties provenaient de personnes déjà emprisonnées.

transition politique dans l'après-conflit. Or, que le procès soit compris comme une éducation sentimentale ou comme favorisant par la délibération la fabrique d'une raison publique, sa vocation à produire un récit historique dont l'effet serait de créer ou de raviver un consensus moral contrevient précisément à la leçon libérale qu'il entend donner. Celle-ci repose sur une mise en avant de la pluralité comme constitutive du politique, et non pas seulement sur la possibilité d'une délibération sur fond d'un consensus en matière morale, fût-il celui constituant la structure de base d'une société. L'alternative semble la suivante. Soit le procès est le lieu d'une éducation sentimentale, d'apprentissage de valeurs morales communes par le biais d'un récit historique unifié, et il n'a plus rien de libéral parce qu'il gomme la pluralité constitutive du politique ; soit le procès est le lieu d'une confrontation entre plusieurs versions irréconciliables du passé, qui impliquent autant de moralités différentes, et l'on voit mal en quoi il aurait une fonction reconstructrice et transitionnelle. Et pourtant, il fait place dans ce second cas à la pluralité, au dissensus, qui précisément ont fait défaut aux régimes autoritaires dans lesquels les crimes jugés ont été commis. Si cette seconde optique prévaut, alors l'affirmation d'une impossibilité de produire un métarécit consensuel à partir de récits dissensuels, formulée par la critique post-moderne, semble valoir pour le jugement des crimes de masse. Elle a pour conséquence de couper le lien entre délibération et production d'un consensus, qu'il porte sur le récit du passé ou la reviviscence d'un accord moral dont la forme serait celle d'une moralité libérale propre à l'État de droit ou à l'ethos démocratique.

Enfin, la théâtralité didactique du procès, quand bien même elle viserait une didactique de la délibération favorisant le pluralisme, favorise une version de l'histoire, et risque de produire un récit hégémonique, dont l'alternative est le récit du passé fait par les criminels eux-mêmes – du moins dans le cadre du procès. Le seul récit contre-hégémonique devient alors celui des accusés. Le risque est que le consensus portant sur la reconnaissance de la criminalité comme sur la version du passé historique valorisée par le jugement – dont on attend qu'il exprime, dans le procès spectacle libéral, une moralité commune – ne soit perçu que comme le résultat d'une histoire hégémonique.

Finalement, plus le procès revêt un objectif didactique, plus sa dimension politique est forte, et plus les objectifs conséquentialistes visés sont difficiles à atteindre. À l'inverse, plus l'accent est

mis sur les objectifs conséquentialistes, plus la didactique du procès-spectacle libéral risque de sacrifier les droits de la défense sur l'autel de la solidarité sociale, c'est-à-dire de cesser d'être un procès libéral. Comme l'a souligné C. Browning, si les procès entendent jouer un rôle transitionnel au moyen d'une scénarisation de l'éthique libérale, ils risquent de donner, plutôt qu'une instruction historique précise, une mauvaise éducation⁸³.

Ces oscillations ne détruisent ni la valeur des procès, ni la nécessité de juger les auteurs de crimes de masse. Mais elles montrent, d'une part, que ces ambivalences doivent être prises en compte si l'on ne veut pas simplifier la réflexion normative ; d'autre part, que les objectifs donnés à ces procès, tant dans le cadre du *jus post bellum* que de la justice transitionnelle, résultent d'une projection dans le domaine pénal des attentes ambivalentes issues d'une moralisation du droit. ♦

Julie Saada est maître de conférences à l'université d'Artois. Spécialiste de philosophie morale, politique et juridique, elle a publié *La tolérance* (Paris, GF, 1999), *Guerre juste, guerre injuste. Théories, histoire et critiques* (avec Christian Nadeau, Paris, PUF, 2009), *Hobbes, Spinoza ou les politiques de la Parole* (Paris, ENS, 2009), *Hobbes et le sujet de droit. Contractualisme et consentement* (CNRS, 2010), *Le souci du droit. Où en est la théorie critique ?* (co-dir., Paris, Sens & Tonka, 2010).

RÉSUMÉ

De la fumée et des miroirs. Justice d'après-guerre, dramaturgie et dissensus politique

Cet article examine, à partir des modèles éthiques qu'elles sollicitent, les normes promues par les théories du *jus post bellum* et de la justice transitionnelle. La vocation transitionnelle assignée aux procès pour crimes de masse oscille entre un désir d'éveiller des affects communs de rejet des crimes par une éducation sentimentale, et une mise en scène de la rationalité délibérative. Elle oscille ainsi

83. Christopher R. Browning, « German Memory, Judicial Interrogation, and Historical Reconstruction : Writing Perpetrator History from Postwar Testimony », in S. Friedlander (dir.), *Probing the Limits of Representation : Nazism and the « Final Solution »*, Cambridge, Harvard College, 1992, p. 26.

entre une vision consensuelle du politique et une vision qui tente d'articuler pluralisme libéral et conception post-moderne du dissensus. Enfin, elle oscille de manière ambivalente entre le désir de juger individuellement les responsables des crimes en vertu de la lutte contre l'impunité et d'une vision rétributiviste de la peine, et le désir de fonder ou de refonder la nation au moyen d'un procès de l'histoire en vertu d'une vision conséquentialiste. Les objectifs donnés à ces procès résultent ainsi d'une projection dans le domaine pénal de certaines attentes issues d'une moralisation du droit.

Smoke and Mirrors : Post-war justice, dramaturgy, and political dissensus

This article examines the norms promoted by theories of jus post bellum and transitional justice in light of the ethical models that they invoke. The transitional vocation assigned to trials concerning mass atrocities ambivalently oscillates between a desire to provide a sentimental education that would affectively awaken a rejection of the crimes, and a staging of deliberative rationality. They oscillate between a consensual vision of the political, and a vision that tries to articulate the liberal pluralism and a post-modern conception of the dissensus. Finally, these trials ambivalently oscilate between a retributivist vision of punishment that seeks to individually judge those responsible for the crimes in the name of a struggle against impunity, and the desire to establish, or re-establish, a nation by means of a historical trial, in the name of a consequentialist vision of punishment. The objectives assumed by those trials thus result from a projection of expectations issuing from a moralization of law into the criminal domain.