



**HAL**  
open science

# **De quel(s) droit(s) la justice internationale est-elle faite ? Deux moments de la constitution hésitante d'une justice de l'après-conflit**

Sandrine Lefranc, Guillaume Mouralis

## **► To cite this version:**

Sandrine Lefranc, Guillaume Mouralis. De quel(s) droit(s) la justice internationale est-elle faite ? Deux moments de la constitution hésitante d'une justice de l'après-conflit. Socio - La nouvelle revue des sciences sociales, 2014, Chercheurs à la barre, 3, pp.209-246. <halshs-01083468>

**HAL Id: halshs-01083468**

**<https://shs.hal.science/halshs-01083468v1>**

Submitted on 12 Jan 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.



HAL Authorization

# De quel(s) droit(s) la justice internationale est-elle faite ?

Deux moments de la constitution  
hésitante d'une justice de l'après-conflit

---

**Sandrine LEFRANC et Guillaume MOURALIS**

À l'approche du 70<sup>e</sup> anniversaire du procès de Nuremberg (en 2015), l'idée d'un « progrès » de la justice pénale internationale demeure largement répandue dans les débats publics<sup>1</sup>. D'autres observateurs préfèrent en souligner les limites. Il est certain que le paysage a beaucoup changé depuis la Seconde Guerre mondiale, avec la création de plusieurs juridictions pénales internationales dont la Cour pénale internationale. L'impunité des autorités politiques et militaires qui, en dépit de Nuremberg, est restée longtemps la

**1.** Le titre de l'article d'Elizabeth Rubin dans le *New York Times* du 23 août 2007, « Justice pénale internationale. Progrès moral ou obstacle à la paix ? », est un exemple parmi

d'autres de ces approches binaires, laudative ou critique, en termes de « progrès », « obstacles », « régression », etc.

norme, ne l'est plus désormais : la souveraineté des États peut être contournée, et des droits nouveaux s'affirment, sur le plan international comme national, à l'instar du « droit des victimes » ou du « droit à la vérité »<sup>2</sup>. Mais c'est l'unité de ces institutions, normes et « droits » constitutifs de la justice pénale internationale qui nous semble devoir encore être interrogée, en même temps que l'idée d'une marche continue depuis 1945 – dépeinte ici comme un progrès, là comme une régression<sup>3</sup>.

La justice pénale internationale ne forme pas un ensemble homogène de principes, de savoirs et de pratiques. Ses institutions ne sont pas habitées seulement par des acteurs formant des groupes de plaidoyer faisant cause politique transnationale commune (Siméant, 2010), ou par des communautés épistémiques partageant valeurs morales et convictions causales (ces dernières tirées de savoirs scientifiques comme les sciences juridiques) (Haas, 1992). Elles ne marchent pas « comme un seul homme ». Nous articulons ici deux moments du processus non linéaire qui a abouti à l'établissement de ces institutions : Nuremberg et la naissance de la justice pénale internationale dans les années 1920-1940, d'une part, l'affirmation de la justice transitionnelle comme savoir et comme pratique depuis une trentaine d'années, d'autre part<sup>4</sup>. Dans un premier temps, nous analysons les trajectoires de certains acteurs du procès de Nuremberg et de sa préparation au sens large ; dans un second temps, nous synthétisons certaines caractéristiques de l'expertise, aujourd'hui consacrée sur le plan international, qu'est la « justice transitionnelle ».

Le procès de Nuremberg est considéré comme un moment fondateur de la justice pénale internationale. La justice transitionnelle est aujourd'hui appréhendée soit comme un cadre d'action global pour les périodes d'après-

**2.** Voir pour le second, la thèse de sociologie du droit de Patricia Naftali (2013), et, pour le « droit des victimes », les analyses juridiques d'Aurélien-Thibault Lemasson (2012) et Fernandez de Casadevante Romani (2012).

**3.** Bien que des chercheurs aient entrepris d'en décrire précisément le fonctionnement complexe : Claverie (2012), Condé (2012), Hagan (2003), Seroussi (2007). Sur l'après-guerre, les analyses les plus stimulantes portent davantage sur les douze procès

successeurs organisés par les Américains à Nuremberg (1946-1948) que sur le procès des grands criminels de guerre (1945-1946) : voir notamment Priemel et Stiller (2012) et Heller (2011).

**4.** Pour le premier terrain, les archives sont privilégiées, pour le second, les entretiens et l'observation. La première partie de cet article a été rédigée par Guillaume Mouralis, la seconde par Sandrine Lefranc.

guerre, qui inclut la justice pénale<sup>5</sup>, soit comme un dispositif concurrent ou complémentaire des poursuites judiciaires<sup>6</sup>. En les mettant en regard, nous entendons faire ressortir la complexité des groupes sociaux qui ont participé de l'établissement d'une justice et d'un droit pénaux internationaux – moins homogènes donc qu'ils n'apparaissent dans les débats publics. L'expression de droit pénal international (ou droit international pénal, suivant les contextes) renvoie aujourd'hui à un sous-champ disciplinaire constitué, installé dans les universités, inscrit dans les sciences juridiques. Nous montrerons – c'est un premier aspect commun aux deux moments explorés – que les dispositifs institués en son nom (un procès, d'une part, et d'autre part ces processus privilégiant l'établissement d'une vérité et l'octroi de réparations qui sont promus internationalement sous la catégorie de justice transitionnelle) sont *les produits d'une action politique*, conduite en étroite relation avec des experts plus ou moins étroitement liés au monde académique, mais sans déférence particulière pour le droit. Dans un cas, il s'agit d'une justice supranationale instituée à la suite d'une défaite militaire<sup>7</sup>, dans l'autre, de la formalisation internationale de compromis parajudiciaires nationaux. Les savants sont omniprésents (au sens non spécifique du terme : ceux qui savent), et agissent le plus souvent en acteurs politiques et en experts ; Si, dans l'élaboration et la mise en œuvre de dispositifs institutionnels, les acteurs académiques – les professeurs de droit notamment – n'interviennent qu'à la marge, leur rôle n'est pas pour

**5.** Les définitions de la justice transitionnelle privilégiées par les organisations internationales sont globales, holistes (« *holistic* » : Thoms, Ron et Paris [2008 : 17] faisant référence aux préférences de l'ONU). Elles regroupent le plus grand nombre possible d'outils (justice pénale et administrative, nationale et internationale, et sa suspension notamment au moyen d'amnisties, commissions établissant une « vérité » historique sur les violations des droits de l'homme, réparations aux victimes sous toutes leurs formes, « politiques de la mémoire », réformes des institutions les plus impliquées dans la répression violente, y compris celles qui sont articulées à des politiques de développe-

ment, etc.). Elles présentent ainsi comme complémentaires des choix politiques qui peuvent être contradictoires.

**6.** Ces deux définitions (une justice transitionnelle holiste incluant la justice pénale internationale, ou complémentaire voire concurrente de cette dernière) s'affrontent notamment dans les préfaces de la revue spécialisée *The International Journal of Transitional Justice* : voir notamment Teitel (2008).

**7.** Ce qui ne signifie pas, bien entendu, « justice de vainqueur » (*Siegerjustiz*), expression polémique forgée dans la tradition schmittienne par des juristes allemands désireux, dans l'après-guerre, de disqualifier le procès de Nuremberg. Voir Mouralis (2008).

autant négligeable. Ils inspirent, justifient ou rationalisent après coup les prescriptions formulées dans le « feu de l'action ».

Les liens entre les institutions et normes que nous évoquons, et les *sciences juridiques*, notamment sous la forme de disciplines spécialisées (droit pénal international, droit international des Droits de l'homme, etc.), ne vont pas davantage de soi. Si la justice pénale internationale, à l'avènement de laquelle le procès de Nuremberg a contribué, demeure liée d'abord au droit (pénal), elle a tissé des liens étroits avec d'autres disciplines et univers de pratiques<sup>8</sup>. L'ambiguïté de la justice transitionnelle est, elle, certaine: si les juristes investissent de plus en plus, en tant qu'experts, les organisations internationales qui la promeuvent dans les pays sortant de conflits<sup>9</sup>, si les efforts de constitution en discipline et de réintégration dans les sciences juridiques se multiplient (Bell, 2009)<sup>10</sup>, c'est avec d'autres savoirs (relevant notamment de la science politique et des relations internationales) qu'elle avait initialement partie liée. Elle demeure, en outre et surtout, un savoir « interdisciplinaire » réticent vis-à-vis de la finalité même du droit pénal qu'est le jugement, le cas échéant assorti d'une peine.

La mise en miroir des mobilisations hybrides autour du procès de Nuremberg et de la catégorie de justice transitionnelle, permet – c'est la troisième convergence entre les deux moments explorés – de constater que la complexité des groupes d'acteurs impliqués, et les tensions voire les contradictions qui travaillent les prescriptions qu'ensemble ils produisent, facilitent le *transport, vers la justice pénale internationale, de catégories qui ne*

**8.** Le procès des grands criminels de guerre à Nuremberg ne peut être réduit à sa dimension strictement juridique. Dans sa conception même, il associait des professionnels de premier plan, non seulement dans le domaine juridique mais aussi dans ceux de la psychologie (Gustave M. Gilbert), des techniques audiovisuelles, du design et des beaux-arts (le procureur américain Robert Jackson avait ainsi fait appel à l'architecte et paysagiste Daniel Kiley, au dessinateur Joe Krush, au cinéaste Budd Schulberg et aux pionniers de la traduction simultanée).

**9.** C'est ce qu'indique une analyse prosopographique en cours d'une organisation

internationale spécialisée dans la justice transitionnelle (dans le cadre du projet Irène coordonné à l'Institut des sciences sociales du politique par David Ambrosetti, Sandrine Lefranc et Guillaume Mouralis).

**10.** Sur la justice transitionnelle comme discipline ou comme champ interdisciplinaire, voir aussi Andrieu (2010). La justice transitionnelle est aujourd'hui l'objet de réseaux universitaires (à Essex, Leuven et Oxford par exemple), et de collections ou revues (« Springer Series in Transitional Justice » et la revue *Online Encyclopaedia of Mass Violence*).

*sont pas produites par et pour le droit pénal international.* Dans le cas de la justice transitionnelle, elles ont même été produites en partie *contre* le droit. La voie vers le procès de Nuremberg a été frayée notamment par la remontée de certaines notions du droit des affaires vers le droit pénal international en gestation. La justice transitionnelle, après avoir construit des dispositifs consacrant vérité et victimes pour compenser la faiblesse relative des poursuites pénales dans des situations très contraintes politiquement, a contribué à faire entrer dans la justice pénale internationale ce même souci de la vérité et des victimes. Les efforts de contournement du droit participent ainsi de la formalisation d'un droit nouveau.

Les spécialistes des sciences sociales se sont largement investis, depuis les années 1920 au moins, dans l'organisation des après-guerres ; juristes, historiens, politistes, sociologues-criminologues, psychologues-victimologues, depuis leurs chaires ou à partir des positions d'experts, ont produit des cadres d'analyse, des prescriptions normatives et institutionnelles ainsi que des techniques d'ingénierie sociale. Ils sont devenus des acteurs des procès d'autant plus visibles que les controverses sur les modalités de leur implication ont été nombreuses (voir Mouralis et Israël, 2000). Ils ont par ailleurs joué un rôle déterminant de rationalisation de la justice pénale internationale et d'invention d'une science pratique de la sortie des conflits et de la violence (guerres, régimes autoritaires, crimes de masse), qui s'incarne en partie dans des disciplines académiques. Sans surévaluer le rôle joué par les savants dans la réflexion et la mise en œuvre concrète de dispositifs judiciaires ou parajudiciaires, il est utile de porter sur la justice pénale internationale et ses périphéries un regard inspiré par la sociologie historique de la professionnalisation et de la spécialisation des acteurs. Dans le jeu des positions – experts, académiques, politiques – et des circulations qu'elles permettent d'un univers à l'autre, on redécouvre notamment la part d'hésitation constitutive de la justice pénale internationale.

Que leur intervention ait pris la forme traditionnelle du travail doctrinal ou de l'expertise ou bien celle, plus contemporaine, d'un plaidoyer ancré dans la cause des droits de l'homme, les savants n'ont pas œuvré de manière ferme et constante en faveur des poursuites judiciaires à l'encontre des responsables de la violence politique. Les acteurs académiques ont joué un rôle très secondaire dans la préparation et la conduite du procès de Nuremberg ; les professeurs de droit furent largement étrangers aux innovations juridiques

majeures de la période – quand ils ne les accueillirent pas avec réticence. Cette justice, nous le verrons, demeure aujourd’hui défendue de manière ambivalente ; la justice transitionnelle est peu favorable à la pénalisation, puisque ses promoteurs lui préfèrent souvent une justice « restauratrice ». Les élans en faveur du droit pénal ont pu être entravés par des obstacles juridiques supposés (respect de la souveraineté des États, non-rétroactivité de la loi pénale, juge naturel, etc., et défaillances pratiques des institutions judiciaires) ou par un doute plus profond sur la morale du droit pénal, jugé trop rigoureux, peu démocratique, dédaigneux des victimes, trop ou trop peu contraint par la responsabilité individuelle. Ces réserves se doublent toujours de motivations politiques spécifiques ainsi que d’une volonté de redistribuer une donne professionnelle – les professionnels du droit s’efforçant de confirmer leur emprise sur la science et la pratique juridiques, tandis que d’autres, issus souvent des périphéries du monde du droit (des *outsiders*), pointent l’emprise des premiers. La justice de l’après-conflit s’est pour partie forgée dans ces mouvements de flux et de reflux, d’expertises et de contre-expertises, engagés au carrefour des mondes politique, académique, associatif et judiciaire. Ces mouvements reflètent aussi des tensions entre des logiques, normes et temporalités partiellement distinctes, qui contredisent l’illusoire cohérence de communautés épistémiques poursuivant un objectif commun et œuvrant en faveur d’une extension de la jurisprudence du droit de l’après-conflit<sup>11</sup>.

Enfin et de manière générale, la comparaison que nous proposons entre deux moments clés de (re)configuration d’une justice de l’après-conflit nous a conduits à réévaluer la place des acteurs périphériques et des *outsiders* au sein des espaces étudiés. De ce point de vue, notre approche se situe à rebours d’une conception « légitimiste »<sup>12</sup> du champ du pouvoir international, qui tend à négliger, voire à ignorer ces acteurs en apparence secondaires qui jouent pourtant souvent un rôle de passeurs, de « traducteurs » et d’innovateurs.

**11.** Le terme de « juridiction » est employé au sens d’Andrew Abbott (1988). L’expression de « communauté épistémique » a été forgée par Peter Haas (1992). Précisons que ces luttes ne débouchent pas toujours sur

la constitution d’une nouvelle « juridiction » professionnelle.

**12.** Nous empruntons l’expression à Bernard Lahire (2012).

## **Nuremberg, 1945. L'engouement tardif des professeurs pour la justice pénale internationale**

Le processus complexe qui conduisit les Alliés à traduire devant un tribunal militaire international les principaux dirigeants du Troisième Reich et à jeter les bases d'une justice pénale internationale a été étudié jusqu'ici essentiellement par l'histoire des idées juridiques, l'histoire politico-diplomatique et l'histoire des épurations et sorties de guerre (Mouralis, 2012). Le procès de Nuremberg sera abordé ici sous un angle différent, celui d'une histoire sociale des acteurs impliqués directement ou indirectement dans celui-ci, une histoire attentive notamment à leurs trajectoires professionnelles. L'intérêt d'une telle approche est double : elle permet une connaissance plus fine des groupes auxquels appartiennent ces acteurs au carrefour de divers secteurs sociaux (monde académique, diplomatie, pratique juridique). Elle éclaire le processus d'innovation et d'opérationnalisation juridique qui accompagne la naissance d'une justice pénale internationale en acte. En effet, les questions juridiques nouvelles que pose cette justice sont souvent portées par des acteurs extérieurs au monde académique et peu ou pas internationalisés. Cela n'est certes pas surprenant compte tenu de la division du travail juridique, notamment aux États-Unis, mais mérite néanmoins d'être souligné. La notion de « communauté épistémique » est particulièrement inadaptée pour décrire un groupe d'acteurs si hétérogène.

Les relations plus ou moins conflictuelles entre différents professionnels – juristes praticiens et universitaires, responsables politiques et diplomates, parties prenantes des discussions sur la « punition » des « criminels de guerre » – se donnent à lire dans le débat académique, les travaux d'organisations internationales, le processus d'élaboration d'un projet opérationnel de tribunal militaire international (TMI) au sein de l'administration américaine, ainsi qu'au travers de l'expertise juridique. Ces relations professionnelles s'expriment dans des prises de position partiellement corrélées aux positions occupées par les uns et les autres (partiellement car d'autres facteurs jouent, par exemple l'expérience de l'immigration récente ou, dans un autre registre, celle de la Grande Guerre). Elles se nouent également dans une division du travail où la figure de l'expert apparaît ambivalente.

Enfin, ces relations professionnelles sont fortement tributaires du contexte de la guerre. La priorité est donnée par les Alliés aux opérations militaires, et toute décision est jugée à cette aune<sup>13</sup>. Ce contexte est également marqué par l'effondrement des organisations multilatérales, la suprématie des États souverains et l'affirmation concomitante d'une guerre menée au nom du droit, en vue de limiter les abus de la souveraineté et de punir individuellement les auteurs de crimes de guerre et d'atrocités.

### **Herbert C. Pell, Lawrence Preuss et le « crime contre l'humanité »**

Les gouvernements en exil à Londres réclamèrent du Royaume-Uni et des États-Unis des mesures concrètes en vue de traduire en justice les auteurs de crimes de guerre et d'atrocités commis dans leurs pays alors occupés par l'Allemagne, les déclarations en forme d'avertissements solennels leur paraissant insuffisantes. C'est en réponse aux demandes répétées des Tchèques et des Polonais que Churchill avança en juin 1942 l'idée d'une « Commission sur les atrocités » susceptible d'avoir selon lui un effet dissuasif (Kochavi, 1998 ; 2005). Le projet fut aussi soutenu par des groupes de réflexion semi-officiels (la London International Assembly créée en 1942) et des organisations non gouvernementales (comme le World Jewish Congress fondé à Genève en 1936) occupant des positions périphériques par rapport aux centres décisionnels alliés.

La réunion inaugurale de la Commission des Nations unies pour les crimes de guerre (CNUCG) eut lieu à Londres le 20 octobre 1943 en présence de délégués de dix-sept nations alliées, dont les dominions britanniques. Les responsables britanniques et américains ne considérant pas la nouvelle organisation comme prioritaire, celle-ci se vit attribuer des compétences limitées. Elle était chargée d'enquêter sans véritables moyens sur les crimes de guerre, d'identifier leurs auteurs et d'informer les gouvernements alliés sur les crimes qui venaient à sa connaissance. En outre, la

**13.** La crainte est ainsi régulièrement exprimée qu'une annonce de procès galvanise l'ennemi ou entraîne des représailles contre les ressortissants des pays alliés.

Commission n'était pas habilitée à enquêter sur les « grands criminels de guerre », agissant à l'échelle européenne, dont le sort était renvoyé à une décision politique ultérieure.

Mais plusieurs membres de la Commission, notamment son président (le Britannique Cecil Hurst, ancien juge à la Cour permanente de justice internationale) et, davantage encore, le délégué des États-Unis, Herbert C. Pell, ne l'entendaient pas ainsi. La CNUCG, au cours de sa première année d'existence, fut autant – sinon plus – un espace de discussion juridique qu'une instance d'enquête, ce qui n'est pas surprenant compte tenu du profil des délégués. La plupart d'entre eux étaient des juristes, ayant exercé des responsabilités importantes avant guerre (René Cassin, Bohuslav Ecer, Johannes de Moor, Marcel de Baer). Leur propension à se saisir de questions qui ne faisaient pas partie du mandat de l'organisation provoqua des tensions avec les gouvernements britannique et américain.

C'est dans ce contexte que surgit au printemps 1944 un conflit entre Herbert Pell et son adjoint Lawrence Preuss au sujet de la définition des crimes de guerre. Pell soumit à ses collègues de la CNUCG la résolution suivante :

*It is clearly understood that the words "crime against humanity" refer, among others, to crimes committed against stateless persons or against any person because of their race or religion; such crimes are justiciable by the United Nations or their agencies as war crimes (UNWCC, 1944).*

Pell souhaitait que la Commission se saisisse des crimes commis par les puissances de l'Axe qui n'entraient pas dans la définition stricte du *ius in bello* au sens des conventions de La Haye et de Genève. C'était le cas des crimes à grande échelle commis par ces États contre leurs propres ressortissants, notamment les Juifs allemands, roumains, hongrois. Face à l'opposition d'une partie de la Commission, dont le président Hurst, légitimistes quant au mandat de celle-ci, le projet de résolution déposé par Pell ne put aboutir. Le délégué américain, soutenu par ses homologues tchèque, polonais et hollandais (*History of the United Nations war...*, 1948: 174 sq.), dut se contenter d'une lettre adressée par Hurst au ministre des Affaires étrangères britannique, lequel réaffirma pour l'essentiel, dans sa réponse quelque huit mois plus tard, son attachement à la définition limitée des crimes de guerre. Telle était également la position du département d'État car Pell, en réalité, avait agi de

sa propre initiative, se prévalant du soutien présidentiel. Les divergences entre le délégué américain et son ministère de tutelle se traduisirent par un conflit personnel entre Pell et son adjoint Lawrence Preuss (dont la nomination avait été imposée au premier par le département d'État). Ce conflit, caractéristique frappante, est fortement professionnel : pour contrecarrer l'initiative de Pell, Preuss mit en doute ses compétences juridiques.

Les deux hommes avaient suivi des trajectoires différentes. Herbert C. Pell (1884-1961), issu du patriciat new-yorkais, ne termina pas ses études à Harvard, voyagea en Europe, puis entama tardivement une carrière politique au sein du parti démocrate. Il se positionna à rebours de son milieu familial à la gauche du parti (Blayney, 1973). Il fut élu au Congrès pour un unique mandat en 1919, mais sa carrière fut relancée en 1937 lorsque Franklin D. Roosevelt le nomma ministre (diplomate sans titre) des États-Unis au Portugal, en remerciement de son soutien à sa campagne. En février 1941, il quitta l'ambassade de Lisbonne pour celle de Budapest. En décembre de cette même année, à la suite de l'entrée en guerre des États-Unis, le ministre Pell reçut la déclaration de guerre hongroise et fut placé en résidence surveillée pendant quelques mois avant de rentrer en Amérique à la faveur d'un échange de prisonniers. Son séjour en Hongrie l'avait mis en contact direct avec les réalités d'une Europe sous domination allemande, le régime de l'amiral Horthy ayant rejoint l'Axe au printemps 1941. Pell, comme la plupart des ambassadeurs qui l'avaient précédé en Hongrie depuis 1922, n'appartenait pas au sérail du département d'État (Peterecz, 2011 : 202-203). Aussi ses relations avec les diplomates de carrière furent-elles dès le début assez distendues. Le département d'État ne se pressa pas de lui trouver un nouveau poste à son retour aux États-Unis en 1942 ; c'est de nouveau Roosevelt qui suggéra son nom pour représenter les États-Unis à la CNUCC. Bien que non-juriste, il prit très au sérieux ses nouvelles fonctions. Dès l'origine, il se heurta aux cadres du département d'État, et en particulier à son adjoint, le professeur Lawrence Preuss, alors qu'il aurait souhaité être conseillé par Sheldon Glueck, dont il savait l'engagement précoce pour la « cause » du droit pénal international (voir *infra*).

Preuss était alors professeur associé de science politique à l'université du Michigan et membre de l'American Society of International Law, une société savante réformatrice proche du département d'État. Preuss ne cacha pas son mépris pour l'autodidacte fortuné, le politicien new-yorkais, le protégé de

Roosevelt. Il laissa entendre qu'il ne comprenait rien au droit et qu'il était mû par l'émotion (Blayney, 1976: 346-347 ; Kochavi, 1998: 143-149). Plus généralement, l'engagement de Pell en faveur des victimes juives suscitait des réserves dans les sphères diplomatiques et académiques, comme en témoigne une lettre confidentielle adressée par Preuss à son supérieur début février 1944 (Blayney, 1976: 347). Finalement Pell obtint le départ de Preuss, mais fut lui-même limogé en janvier 1945 par le département d'État sur un prétexte budgétaire. Il dénonça alors publiquement le manque d'empathie du département vis-à-vis des victimes juives du nazisme. En somme, ce qui les opposa fut un conflit sur la portée des procès d'après-guerre, traduisant des conceptions divergentes du droit et opposant des acteurs occupant des positions sociales et professionnelles distinctes. Où l'initiative novatrice d'un autodidacte rencontre l'opposition des juristes diplomates de son propre camp.

### **Murray Bernays, Herbert Wechsler et la notion de « complot »**

Quelques mois plus tard, au début du mois de septembre 1944, alors que l'issue de la guerre ne faisait plus de doute après l'ouverture du front occidental (avec le débarquement en Normandie), le gouvernement des États-Unis se divisa quant à l'attitude à adopter à l'égard de l'Allemagne. Le département du Trésor, sous l'autorité d'Henry Morgenthau, élaborait un plan maximaliste destiné à prévenir toute résurgence du nationalisme et du militarisme allemands. Ce plan prévoyait, outre un démembrement et une « agrarisation » du territoire, l'exécution sommaire de 50 à 100 dignitaires du régime nazi. Le plan Morgenthau fut contesté par le secrétaire à la Guerre Henry Lewis Stimson sur fond de luttes internes au sein de l'administration pour le contrôle de la pacification du pays vaincu. Stimson et son adjoint John McCloy prièrent les juristes de leur équipe d'élaborer des plans alternatifs incluant un volet judiciaire. Le 15 septembre 1944, Murray C. Bernays leur transmit un mémorandum intitulé « Trial of European War Criminals<sup>14</sup> ».

**14.** « Memorandum. Subject: Trial of European War Criminals (by Colonel Murray C. Bernays, G-1), September 15, 1944 », reproduit in Smith (1982: 33-37).

Il cherchait à y résoudre les problèmes que posaient, dans la perspective d'un procès, l'organisation bureaucratique des crimes et le grand nombre d'individus impliqués dans ceux-ci. Il introduisait deux notions jusqu'ici absentes des discussions académiques sur le jugement des criminels de guerre : celle de « complot » (*conspiracy*) et celle d'« organisation criminelle ». La première permettait de cibler le petit groupe des décideurs accusés d'avoir conçu un plan criminel, la seconde facilitait l'inculpation des nombreux agents du crime sur la base de leur simple appartenance à des organisations déclarées préalablement criminelles par un tribunal.

Ce qui frappe d'emblée c'est le lieu d'où émane cette proposition originale : un sous-service du département de la Guerre, dirigé par un avocat d'affaires new-yorkais mobilisé comme officier en 1942. Qui était Bernays ? Né en 1894 en Russie (Lituanie actuelle), il avait émigré avec ses parents aux États-Unis au début du xx<sup>e</sup> siècle (White, 1973 : 604-605). Diplômé de Harvard (1915) et de Columbia (1919), il avait servi en France en tant que lieutenant d'artillerie de 1917 à 1919. Employé quelque temps dans la firme de son beau-frère, un pionnier des *public relations*, il fut admis au barreau de New York où il rejoignit un cabinet d'avocats spécialisé dans la défense de la municipalité, avant de s'orienter, après 1945, vers le contentieux civil. Dès les années 1920, Bernays était un avocat new-yorkais reconnu, membre des grandes associations professionnelles. Mobilisé comme officier pendant la guerre, il fut affecté au département de la Guerre où il devint, en 1943, chef d'un des services chargés d'élaborer des projets concernant les pays vaincus. Nommé en mai 1945 conseiller militaire auprès de Robert Jackson, le chef du parquet américain à Nuremberg, il joua un rôle important dans la préparation du procès, mais il se brouilla avec ce dernier qui supportait mal sa posture de « pionnier » et quitta l'équipe au mois d'août (Taylor, 1995)<sup>15</sup>.

Les propositions de Murray Bernays (*conspiracy* et organisation criminelle) reçurent un accueil très favorable de McCloy et Stimson qui soumirent le projet aux différents services concernés par les crimes de

**15.** Sur la posture de Bernays, voir son article « Legal basis of the Nuremberg trials » (Bernays, 1946 : 5-9).

guerre. Au cours du processus de *drafting* d'octobre à décembre 1944, intervinrent des juristes universitaires émérites, notamment Herbert Wechsler (1909-2000). Ce professeur de droit constitutionnel à la Law School de l'université de Columbia avait été nommé adjoint du ministre fédéral de la Justice (*Assistant Attorney General*) en février 1944, en charge de la division à la guerre. Dans un mémorandum du 29 décembre, il tenta de donner un soubassement juridique plus solide au projet Bernays, le vidant d'ailleurs d'une partie de sa substance. Selon lui, la poursuite des organisations criminelles risquait d'aboutir à une culpabilité collective ; il exprima également de fortes réserves quant à la *conspiracy* qu'il suggéra de limiter aux cas de complicité (Smith, 1982 ; Silber et Miller, 1993). Dans un témoignage rétrospectif, où s'exprime le point de vue du professeur, Wechsler souligne le manque de rigueur de Bernays :

*It became evident to me that Bernays himself was confused between conspiracy as a crime and conspiracy as a mode of complicity in substantive offenses, committed by one of the conspirators [...] My first challenge to the Bernays memo was on that point, and I challenged both its legal acceptability and its wisdom* (Silber et Miller, 1993 : 894).

Toutefois, les interventions de Wechsler et d'autres juristes universitaires (ceux de la justice militaire notamment) ne parvinrent guère à modifier le projet initial qui, fort de son ancrage dans une pratique professionnelle partagée, devint politique officielle des États-Unis en janvier 1945. Bernays comme bien des acteurs américains associés au procès de Nuremberg et à sa préparation, peu ou pas internationalisés et sans légitimité académique, puisa son inspiration davantage dans son expérience d'avocat d'affaires que dans des lectures académiques. Ainsi l'idée de *conspiracy* était fréquemment invoquée dans le contentieux économique aux États-Unis pour désigner l'entente entre au moins deux personnes en vue de commettre un crime. Pour les mêmes raisons, l'idée de *conspiracy* « parlait » aux supérieurs et confrères de Bernays, les avocats John McCloy et Henry Stimson, ce dernier s'étant rendu célèbre, au début de sa carrière, en plaidant avec succès le complot dans une affaire opposant la municipalité de New York à l'industrie sucrière.

## William Chanler, Sheldon Glueck et la guerre d'agression

On pourrait sans doute dire que la genèse de la notion de *conspiracy* constitue une exception si l'autre principale innovation américaine ne venait pas, elle aussi, d'un avocat d'affaires new-yorkais, William C. Chanler. Celui-ci contribua en effet, dans un mémorandum du 30 novembre 1944, à placer le crime d'agression au cœur du projet américain en argumentant d'une manière jugée alors hétérodoxe, tant par les juristes de l'administration que par la plupart des professeurs de droit. La discussion sur la guerre d'agression s'enlisait alors dans les interprétations du pacte Briand-Kellog (1928), qui certes déclarait la guerre illégale (sauf en cas de légitime défense), mais ne prévoyait pas de sanction explicite en cas d'agression. Chanler proposa une solution « simple » à ce problème : si la guerre déclenchée par Hitler est illégale, les soldats allemands ne peuvent être considérés comme des belligérants au sens du *ius in bello* et leurs crimes relèvent du droit pénal ordinaire des pays occupés. Ce n'est que dans un second temps que fut élaborée une définition plus substantielle de la guerre d'agression comme infraction internationale, impliquant une responsabilité pénale individuelle (infraction appelée « crime contre la paix » dans la charte du TMI signée le 8 août 1945).

Le parcours de Chanler (1895-1981) ressemble à certains égards à celui de Bernays, mais il en diffère aussi, notamment par son expérience de juriste militaire. Issu d'une famille patricienne de New York, diplômé de Harvard et proche des milieux démocrates réformistes, il avait été avocat au sein du cabinet de Henry Stimson (de 1922 à 1933), puis avocat de la ville de New York. Mobilisé en 1942, il rejoignit le département de la Guerre dirigé par Stimson. Officier juridique au sein du gouvernement militaire allié en Afrique du Nord, Sicile et Italie du Sud, il élaborait les documents officiels de reddition en Italie du Sud et suggéra l'idée d'un « procès de Benito Mussolini pour crimes de guerre ». À la fin de 1943, de retour à Washington, il fut chargé de superviser les plans d'occupation des territoires libérés.

Les propositions de Chanler furent discutées et amendées suivant la même procédure que celles de Bernays. On soulignera cependant une différence avec le cas précédent : le projet de Chanler, accueilli avec scepticisme par les juristes du département de la Guerre, y compris McCloy et Stimson, fut particulièrement critiqué par la justice militaire en la personne d'Alwyn V.

Freeman, qui convoqua, à l'appui de son argumentation, plusieurs professeurs de droit international (Smith, 1982 : 78-84 ; Bush, 2002 : 2359). Chanler tenta lui-même, en vain, de rallier à sa cause un criminologue reconnu de Harvard, Sheldon Glueck. Se joue là par conséquent un rapport intéressant dont une lecture utilitariste ne saurait rendre compte. La correspondance entre Chanler et Glueck révèle une certaine déférence de l'avocat envers le professeur (Bush, 2002 : 2402 sq.). Dans sa première lettre, Chanler se présente à Glueck en ces termes :

*As a graduate of Harvard Law School and, since 1917, a sporadic though earnest student of the problem of world peace, may I take the liberty of commenting on your very interesting and timely book on War Criminals? [...] I enclose a memorandum which I recently prepared in the hope of avoiding that legal obstacle upon which all discussions of this question seem to founder<sup>16</sup>.*

Cette correspondance témoigne d'une croyance en la légitimité de la science et en sa capacité à étayer des propositions formulées dans la sphère politico-administrative. Le caractère privé de la correspondance donne aussi l'impression que Chanler cherche une confirmation « pour lui-même » de la pertinence de ses propositions, en se tournant vers le monde universitaire qui l'a formé. Le choix de se tourner vers Glueck n'était pas indifférent. Herbert Pell avait déjà tenté, en 1943, de faire de celui-ci son adjoint à la CNUCC, connaissant sa position en faveur d'une définition large des crimes de l'Axe.

Arrêtons-nous sur le parcours de Sheldon Glueck (1896-1980), qui fut l'un des initiateurs du débat académique sur les crimes de guerre aux États-Unis. Glueck, en effet, faisait le lien entre le milieu des juristes exilés à Londres et le monde académique américain. Né à Varsovie, il avait émigré avec sa famille aux États-Unis en 1903 à la suite de la faillite de son père. Après l'école publique, Glueck avait travaillé pour le ministère fédéral de l'Agriculture tout en étudiant le droit à l'université Georgetown. En 1917, il s'engagea dans le corps expéditionnaire américain en France où il exerça

**16.** Lettre de Chanler à Glueck, 19 décembre 1944, « Sheldon Glueck Papers », Harvard Law School Library, Cambridge, citée in Bush (2002 : 2402).

les fonctions de traducteur – il traduisit entre autres des interrogatoires de prisonniers allemands. Démobilisé en 1919, il obtint dans la foulée ses premiers diplômes de droit de la National University Law School, fut admis au barreau de New York et devint citoyen américain. Il s'orienta ensuite vers une carrière académique, mais, recalé à l'examen d'entrée de la faculté de droit d'Harvard, il soutint finalement une thèse au département d'éthique sociale. Glueck accomplit toute sa carrière académique à Harvard, où il devint professeur de droit pénal et de criminologie en 1932. Il y exerça jusqu'en 1963. Ayant échoué dans la voie royale, il se spécialisa dans un domaine qu'il contribua à institutionnaliser, la criminologie, grâce à une approche quantitative de la délinquance.

En mars 1942, Glueck, qui avait déjà une certaine expérience des organisations internationales, fut élu membre d'une commission semi-officielle chargée, à Londres, « d'étudier le problème des crimes de guerre » et composée de représentants des pays alliés (*History of the United Nations...*, 1948 : 99). Cette activité lui permit de nouer, depuis Harvard, des contacts avec plusieurs juristes européens, dont certains rejoindront la CNUCG en 1943. Glueck contribua aussi à lancer le débat sur les crimes de guerre dans le monde académique américain en prenant immédiatement position en faveur d'une définition large des crimes de guerre incluant les atrocités commises par les pays de l'Axe contre leurs propres ressortissants (Segesser, 2010). Dans un article très remarqué, il se prononça l'année suivante pour la création d'un tribunal international (Glueck, 1943). En mai 1945, Glueck, en sa qualité d'expert auprès de l'Office of Strategic Services (OSS, ancêtre de la CIA), fut recruté par le procureur américain Robert Jackson chargé de préparer le procès de Nuremberg. Après avoir mis sur pied un système efficace de classement des informations recueillies sur les prévenus, il quitta l'équipe de Jackson et revint dès l'été 1945 à ses travaux sur la délinquance « ordinaire ».

Il est intéressant de noter, pour finir, que si Chanler ne put, dans un premier temps, rallier Glueck à son projet, ce dernier infléchit sa position à partir du printemps 1945 avant d'admettre dans son livre sur le procès de Nuremberg, paru en 1946, que la guerre d'agression est bien un crime international (Glueck, 1946). Surtout, Chanler parvint dès décembre 1944 à surmonter les résistances au sein de l'administration et à placer la « guerre d'agression » au cœur du projet judiciaire américain, en tirant partie, semble-t-il, de ses relations au plus haut niveau, notamment avec le colonel John

Boettinger, gendre de Roosevelt. Le 3 janvier 1945, le président approuvait finalement les diverses propositions du département de la Guerre. En définitive, le « succès » des propositions avancées par Bernays et Chanler est remporté grâce à leur aptitude à tirer parti de leur expérience et de leurs relations proprement professionnelles – des ressources largement extérieures au monde académique – dans une conjoncture favorable, celle d'une compétition interne à l'administration sur fond d'indécision politique relative.

## **Le rôle effacé des professeurs dans le procès de Nuremberg**

Lorsqu'il fut nommé procureur américain en charge de préparer l'accusation contre les grands criminels de guerre (2 mai 1945), par le nouveau président des États-Unis Harry Truman, le juge à la Cour suprême Robert Jackson s'entoura de praticiens du droit, pour l'essentiel des avocats chevronnés servant comme officiers d'état-major, affectés pour certains au département de la Guerre et appartenant souvent aux réseaux politiques démocrates ; il recruta aussi au sein de la justice militaire et de l'OSS, qui fournirent au parquet américain de nombreux enquêteurs.

Les universitaires, suspectés d'un « juridisme étroit », ne furent pas sollicités sinon à titre de consultants. Jackson y comptait cependant quelques alliés, par exemple Glueck ou le Britannique Hersch Lauterpacht, grande figure du droit international, à qui il rendit plusieurs visites privées à Cambridge au cours du mois décisif de juillet 1945, alors qu'il négociait, à Londres, l'accord interallié instituant le TMI. L'après-midi du 2 août 1945, les délégués des quatre puissances examinèrent une dernière fois l'article 6 de la charte du TMI qui définissait les crimes pour lesquels le tribunal était compétent. Le délégué soviétique jugea superflues les formules « crimes de guerre », « crimes contre l'humanité » et « crimes contre la paix », introduites par les Américains. Jackson défendit alors en ces termes la proposition américaine :

*I think it is a very convenient designation. I may say it was suggested to me by an eminent scholar of international law. It would be a very convenient classification, and I think it would help the public understanding of what the difference is (Jackson, 1947: 416).*

Si l'identité de l'éminent professeur fait peu de doute, le sens de la remarque de Jackson a été souvent mal compris. Une lecture attentive du procès-verbal montre que les termes « *designation* » puis « *classification* » renvoient, non pas au seul crime contre l'humanité, mais à la taxinomie ternaire proposée par les Américains dans son ensemble. Jackson recourait ici à un argument d'autorité face aux Soviétiques, qui faisaient grand cas de leurs professeurs<sup>17</sup>. Lauterpacht, rencontré à deux reprises dans les jours précédents<sup>18</sup>, attira probablement l'attention de Jackson sur l'importance d'une formulation adéquate des atrocités autres que les crimes de guerre ; il organisa en outre une rencontre avec Chaim Weizmann qui a pu introduire la formule « crimes contre l'humanité », familière aux organisations juives américaines depuis 1943. Toujours est-il que le soir même du 31 juillet, pour la première fois, la formule faisait son apparition dans le document américain distribué aux trois autres délégations alliées.

Lauterpacht, représentant de la tradition « victorienne » du droit international (Koskenniemi, 2002), n'a eu de cesse de contester le primat de la souveraineté au nom du droit naturel et des Droits de l'homme. Il a très tôt plaidé, à Londres, pour la préparation de procès de criminels de guerre et la création d'un tribunal international, animant l'un des premiers *think tanks* dédiés à cette question au sein de l'université de Cambridge. En outre, Lauterpacht, né en 1897 dans une famille juive traditionnelle de Galicie, fut personnellement marqué par le génocide.

La contribution de Lauterpacht à la rédaction de la charte du TMI fut sans doute modeste. S'il ne faut pas sous-estimer le travail de mise en forme juridique, le professeur s'en tint à un travail de reformulation sans intervenir sur le contenu. Le statut incertain de l'expertise apparaît aussi dans l'intervention de Hans Kelsen, qui conseilla aux Alliés de reconnaître formellement l'existence d'une responsabilité pénale (individuelle) en

**17.** En particulier Trainin, théoricien de la guerre d'agression. Dans la discussion qui suit, Jackson fait d'ailleurs une concession aux Soviétiques en acceptant de remplacer l'expression « *crime of war* » par celle de « *crime against peace* », employée précisément par Trainin.

**18.** Journal de Robert H. Jackson, *Jackson Papers*, Library of Congress, Manuscript Division (archives microfilmées), boîte n° 95. Entrées du 29 juillet au 2 août 1945.

droit international, afin de couper court à l'argument des « actes d'État ». Jackson suivit cette recommandation. Mais cette intervention, comme celle de Lauterpacht, un mois plus tard, sont des expertises qui n'ont pas été vraiment sollicitées.

Le monde académique a donc été largement tenu à l'écart du procès de Nuremberg et de sa préparation. Mais le jugement d'octobre 1946 marqua une « revanche » discrète des universitaires. En effet, les principales innovations juridiques évoquées dans cet article sont battues en brèche par le jugement : suivant une lecture restrictive de la charte, le crime contre l'humanité est conditionné à la perpétration des autres crimes entrant dans la compétence du tribunal ; la charge de *conspiracy* est retenue contre un tiers des accusés et celle de crime contre la paix contre la moitié d'entre eux. Cela s'explique en partie par une certaine proximité des huit juges du TMI avec le monde universitaire. Ainsi les professeurs Herbert Wechsler et Quincy Wright, qui conseillaient les juges américains, ont contribué à redéfinir de manière restrictive ces notions. Par la suite, les procès de Nuremberg dans leur ensemble (celui des grands criminels de guerre et les douze procès dits successeurs) ont fait l'objet d'un formidable travail doctrinal de commentaire et d'appropriation par le monde académique, comme en témoigne le grand nombre de publications sur le sujet entre 1946 et 1955.

Les principales innovations juridiques qui furent au cœur du procès des vingt-quatre dignitaires du régime national-socialiste à Nuremberg doivent dans l'ensemble assez peu au monde académique. Aux États-Unis en particulier, ce sont des acteurs situés à l'extérieur (le diplomate Pell), à la périphérie ou à l'extérieur du monde académique (les avocats Bernays et Chanler) qui ont fait preuve d'imagination juridique. À l'exception de figures atypiques comme le criminologue Sheldon Glueck, les professeurs américains ne furent pas des militants enthousiastes des procès de criminels de guerre, même si dans le contexte de la guerre leurs réticences s'exprimaient en des termes feutrés. Les prises de position n'étaient d'ailleurs pas sans lien avec les positions occupées avant et pendant la guerre, ainsi qu'avec les trajectoires familiales et professionnelles. Une partie d'entre eux étaient directement ou indirectement concernés par les crimes commis, ayant fait l'expérience de l'immigration récente depuis l'Europe centrale vers les États-Unis (Bernays, Glueck) ou le Royaume-Uni (Lauterpacht). D'autres, comme Pell ou Chanler, avaient été, dans l'exercice de leurs fonctions,

confrontés aux réalités de l'Europe sous domination nazie. Des attaches familiales dans les communautés juives européennes ou des liens parfois anciens avec les organisations juives (pour l'élus new-yorkais Herbert Pell) expliquaient aussi qu'une partie d'entre eux aient été sensibles au sort des victimes du nazisme.

Ce rôle secondaire des acteurs académiques, comme les jurisconsultes de la CNUCC, tient aussi à des raisons plus « structurelles » : la Seconde Guerre mondiale a précipité l'effondrement des organisations internationales et réaffirmé la toute-puissance d'États souverains, menant paradoxalement une guerre au nom du droit. Il n'est donc pas surprenant que la préparation du procès de Nuremberg ait été confiée, aux États-Unis, à des juristes d'État, avocats recrutés massivement dans l'administration à la faveur du *New Deal* et de la montée en puissance de « l'État régulateur » (Shamir, 1995). Or ces avocats d'affaires puisèrent leur inspiration davantage dans leur expérience professionnelle que dans leurs lectures académiques.

## **New York, 2000. La justice transitionnelle, redéfinition « holiste » de la justice pénale internationale ?**

### La justice transitionnelle, entre sanction des coupables et réparation aux victimes

Si l'on juge le progrès de la justice pénale internationale au nombre et à la solidité de ses institutions, sa consécration est réelle. Mais si l'on prend en compte la fréquence des non-lieux, de la suspension des poursuites et des amnisties<sup>19</sup>, son empire est moins assuré. Cette cause globale qu'est le refus de l'impunité des responsables de violations graves des Droits de l'homme n'est pas davantage une marche triomphale et linéaire. La justice de l'après-conflit mobilise un très grand nombre d'organisations non gouvernementales, fondations, *think tanks*, centres de recherche et

**19.** On peut renvoyer aux difficultés de la Cour pénale internationale à prononcer des condamnations, ou à la fréquence du recours par les gouvernements de l'après-conflit aux lois d'amnistie; celles-ci représentent par exemple 50 % des 848 mesures de justice transitionnelle analysées par Olsen, Payne et Reiner (2010).

d'expertise. Des coalitions de plaidoyer (dans le cas de la Cour pénale internationale) et des communautés épistémiques ont pu se former, mais le milieu international qui s'est constitué pour organiser les après-guerres est très hétérogène, y compris sur le seul plan des objectifs recherchés et des principes partagés. De même que les professeurs de droit ont accompagné avec réticence l'avènement d'une justice pénale internationale pendant la Seconde Guerre mondiale, les experts de la justice postconflit ne sont pas tous les défenseurs du recours à la justice pénale (ou plus largement d'une justice rétributive recherchant la sanction du coupable). Une exploration de l'univers aujourd'hui très développé de la justice dite transitionnelle le montre.

Cet univers compte des institutions nationales *ad hoc*, des organisations non gouvernementales (comme l'International Center for Transitional Justice, ICTJ, créé à New York en 2001), des services ou programmes d'organisations internationales intergouvernementales (ceux du Programme des Nations unies pour le développement, par exemple), des spécialistes universitaires, consultants et professionnels, des cursus de formation (dans les universités et sous la forme de stages de formation continue), des manuels publiés par des éditeurs universitaires ou des organisations internationales et des *think tanks*. Aucune définition véritablement commune ne rallie l'ensemble des acteurs concernés, sinon celle qui additionne les outils utilisables par les gouvernements et les organisations dites de la société civile concernés<sup>20</sup>.

La justice transitionnelle est à la fois un ensemble de politiques disparates, une expertise et une science, dont l'objet largement défini est la gestion des violations des Droits de l'homme commises lors d'un conflit politique violent (Olsen, Payne et Reiner, 2010: 11). Elle s'enseigne dans les facultés de droit et de sciences sociales des universités de la côte est des États-Unis, ou à l'occasion de stages organisés dans les capitales de l'hémisphère sud ou aux sièges des organisations internationales par des organisations non gouvernementales (ONG). Ceux qui l'enseignent sont diplômés de ces

**20.** Cette définition holiste (voir note 6 *supra*) regroupe le plus grand nombre possible d'outils: justice pénale et administrative, nationale et internationale, et sa suspension notamment au moyen d'amnisties, commis-

sions établissant une vérité historique sur les violations des droits de l'homme, réparations aux victimes, « politiques de la mémoire », réformes des institutions répressives, voire politiques de développement, etc.

mêmes universités. Universitaires, ils deviennent experts au sein d'ONG et, pour les plus reconnus, d'organisations internationales intergouvernementales. Experts ayant acquis une expérience dans des organisations internationales (des juridictions pénales, notamment) ou des institutions nationales (comme les commissions de vérité), ils publient dans des revues scientifiques et dispensent des cours spécialisés. La plupart des responsables de programmes de l'ICTJ cumulent ces titres et fonctions. Pablo de Greiff, après avoir partagé son temps entre la principale organisation de promotion de la justice transitionnelle, l'ICTJ, et l'université, est ainsi devenu en 2012 rapporteur spécial de l'ONU sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition.

L'adjectif qui définit cette justice, « transitionnelle », la renvoie au provisoire d'une transition vers la paix ou vers la démocratie. La justice transitionnelle est présentée souvent comme une forme de justice exceptionnelle: adaptée à des « temps extraordinaires », à un moment de changement politique représentant l'opportunité d'une reformulation du « contrat social », d'une part, et d'autre part porteuse d'un potentiel « révolutionnaire », de recréation du lien social en même temps que d'invention d'une justice alternative<sup>21</sup>. C'est néanmoins au droit qu'elle est généralement apparentée. Exceptionnelle ou pas, la justice transitionnelle passe, comme la justice pénale, pour vouloir la sanction des crimes. En trente ans, les discours sur la justice transitionnelle ont fortement évolué. Hier dénoncée, en premier lieu par les professeurs de droit (Orentlicher, 1991; Lefranc, 2002: chapitre II), comme un cache-sexe de l'impunité, elle est devenue un autre habillage, voire un habit plus chatoyant, de la justice sanction ordinaire. Elle est dès lors placée dans la continuité directe de la justice pénale internationale, et notamment des procès de Nuremberg; elle requiert, à ce titre, la « responsabilité »: « *a normative concept of transitional justice based on the idea that human rights law requires accountability during transitions and in post-conflict contexts* » (Rubli, 2011).

**21.** Les termes sont empruntés à Andrieu (2012: 31, notamment), Hazan (2007: 12-13) et Teitel (2008 : 1-4). Pour une critique de cette approche exceptionnaliste, voir Lefranc (2014).

L'indécision relative du terme d'*accountability* le laisse pourtant entendre : l'apparement de la justice transitionnelle au droit pénal ne va pas de soi. Ni du point de vue de ses dispositifs concrets, ni en regard d'une histoire du savoir expert et de la quasi-discipline qu'elle est devenue. Il existe ici deux récits contradictoires. L'un met l'accent sur son intégration à la justice pénale internationale, l'autre vise le dépassement de la rétribution par un principe de réparation/restauration. Pour le premier de ces récits, la vocation de la justice transitionnelle est de promouvoir l'application du droit pénal, qu'elle peut compléter par des mesures de réparations et de vérité historique. Juan Méndez, fondateur de l'ICTJ et désormais rapporteur spécial de l'ONU sur la torture, est l'un des défenseurs de cette juridicisation. Sa trajectoire, du militantisme juridique pour les Droits de l'homme à l'accès aux sommets des organisations internationales, en passant par les ONG et l'université, est d'ailleurs l'emblème d'une justice transitionnelle placée au service de la lutte contre l'impunité. Il se présente néanmoins comme minoritaire : « *At least some of us also insist that the quality of justice we strive to achieve through transitional justice is no different from the ideal of justice to be pursued in "normal" times* » ; « *Some measures proposed under the guise of transitional justice can promote impunity rather than justice* » (Méndez, 2009 : 157). De manière convergente, d'autres auteurs pourfendent la colonisation de la justice transitionnelle par d'autres sciences sociales que le droit et insistent sur le danger d'une qualification de la justice transitionnelle comme justice exceptionnelle<sup>22</sup>.

Mais c'est un autre récit qui l'emporte, selon lequel la justice transitionnelle élargit une perspective juridique étroite au profit d'une justice plus « reconstructive » ou « restauratrice » servie par une large gamme d'outils politiques. Elle est alors reçue comme une interdiscipline, qui allie droit, philosophie, science politique ; ce mélange savant et les bricolages politiques effectifs l'amènent à inventer une nouvelle forme de justice adaptée aux après-conflits. Ruti Teitel, auteure de l'un des premiers ouvrages utilisant l'expression de justice transitionnelle, est l'une des avocates de cet élargissement. La justice transitionnelle est pour elle :

**22.** « *Transitional justice is in some sense dangerous or duplicitous in claiming to be a distinct brand of justice that responds to a distinct set of dilemmas* » (Bell, 2009 : 12).

*A distinctive conception of justice associated with periods of radical political change following oppressive rule[...] wherever the criminal justice response [is] compromised or otherwise limited, there [are] other ways to respond to the predecessor regime's repressive rule; and such alternatives could develop capacities for advancing the rule of law (Teitel, 2008: 1).*

Puisque les transitions sont des moments d'exception, « hyperpolitisés », la justice ne peut plus être banalement rétributive<sup>23</sup>. Cet élargissement est aussi l'occasion d'une critique du « moralisme triomphant » de la justice pénale internationale (Andrieu, 2012 : 61). Le jugement des individus apparaît par exemple (au côté, bien sûr, de certaines vertus) comme un obstacle à la compréhension des ressorts politiques des crimes par le ciblage légaliste des responsabilités individuelles.

La justice transitionnelle est, ici, un outil pragmatique mis au service d'un droit pénal international triomphant, et là, l'opportunité d'un dépassement du droit répressif... *L'accountability* peut être jugement, voire sanction, aussi bien que simple confrontation aux crimes qui ne dit pas ses modalités (*ibid.* : 29). Justice pénale complétée, augmentée, de telle manière que les victimes y trouvent leur compte, ou dispositifs de reddition de comptes pouvant revêtir des aspects variés, toutes ces conceptions sont acceptables dès lors qu'une vérité est faite, dans le dialogue, et que des responsabilités sont établies. Ces récits contradictoires, lorsque leur existence est reconnue, sont interprétés exclusivement en termes de préférences morales et idéologiques, privilégiant les poursuites contre les criminels ou les réparations aux victimes, ou faisant l'une et l'autre chose dans une démarche dite holiste (Olsen, Payne et Reiner, 2010). L'hypothèse d'une justice transitionnelle capable de recourir aussi bien aux poursuites pénales qu'à des mesures complémentaires se heurte cependant à un fait : la justice juge peu, dans l'après-conflit.

**23.** In « *Such hyperpoliticized moments, we learned that the law operates differently* » (Teitel, 2008 : 2 et 4). De même, le premier éditorial (collectif) de *l'International Journal of Transitional Justice*, ou, en France, Kora Andrieu privilégie un élargissement en faveur d'une justice postconflit plus « reconstructive », communautaire et englobante (Andrieu, 2012 : 31).

## Une justice *de facto* peu jugeante

La justice transitionnelle correspond, *dans les faits*, à des dispositifs, des institutions, des politiques répondant à une situation de changement politique : « paix » ou démocratie, toutes deux négociées entre des acteurs de force à peu près égale<sup>24</sup>. Alors que la fin de la Seconde Guerre mondiale a vu l'invention d'une justice pensée par des vainqueurs, les processus de démocratisation et de sortie de conflit qui se sont multipliés depuis les années 1970 ont été en effet le plus souvent placés sous le signe du compromis avec les anciens détenteurs du pouvoir encore puissants (appuyés sur les forces armées, dotés de ressources économiques et politiques, voire, à l'instar du général Pinochet, d'une légitimité populaire non négligeable). Des lois d'amnistie ont très souvent été rapidement adoptées ou entérinées. Certaines analyses montrent en outre comment la justice transitionnelle a permis la construction d'un langage commun aux « sortants » et aux « entrants » – un langage de la collusion entre élites<sup>25</sup>.

Et, de fait, si la justice transitionnelle ne barre pas la possibilité de la justice rétributive, elle favorise d'autres dispositifs, qui visent la production d'un récit historique et l'octroi de réparations matérielles et symboliques aux victimes. Les commissions de vérité – nom d'une trentaine ou davantage d'institutions dans le monde – en sont l'expression la mieux connue aujourd'hui<sup>26</sup>. Il s'agit d'instances *ad hoc*, mises en place pour une courte durée par une autorité exécutive aux fins de l'établissement d'une vérité sur les violations des Droits de l'homme les plus graves, ainsi que de la formulation d'une politique de réparations aux victimes. Plus rarement, ces commissions mettent en œuvre une politique quasi judiciaire (enquêtes ou octroi d'une amnistie conditionnelle, comme dans le cas de la Truth and Reconciliation Commission sud-africaine).

**24.** Lorsqu'un vainqueur sort du conflit, on parle rarement de justice transitionnelle. Voir le travail de Juliana Lima sur l'Angola (thèse en cours sous la direction de Richard Banégas à l'université Paris I).

**25.** Selon Richard A. Wilson, la valorisation du langage des droits de l'homme dans la nouvelle démocratie sud-africaine a servi la construction nationale et le compromis politique, au détriment des demandes de justice

pénale des victimes et de la majorité noire, et d'une analyse structurelle des causes de la violence politique (Wilson, 2003 : 188).

**26.** Les études quantitatives ont montré qu'elles étaient créées dans des contextes où le « sortant » était puissant mais pas assez pour faire disparaître toute pression en faveur des Droits de l'homme (Wibelhaus-Brahm, 2010 : 4 et 7).

Ces dispositifs sont souvent parajudiciaires. Les juristes y jouent un rôle important, mais pas exclusif. Les audiences publiques des victimes, et non les tribunaux, sont le haut lieu de la justice transitionnelle (voir Lefranc, 2013). L'État pourvoyeur de justice est partiellement désinvesti, tandis que des ONG jouent un rôle décisif. Les notables issus de la société civile remplacent les représentants politiques, les victimes sont des figures centrales (ce qu'elles ne sont pas encore tout à fait dans le droit pénal ordinaire). Les normes mobilisées sont des règles juridiques positives, mais aussi des principes (la paix, par exemple), des règles coutumières revisitées (comme dans le cas des procédures *gacaca* au Rwanda) et des normes internationales au statut peu stabilisé. Les méthodes que la justice transitionnelle utilise sont, pour beaucoup, empruntées aux sciences sociales. Les membres des commissions font œuvre d'historiens (qu'ils sont parfois); des psycho-logues encadrent le témoignage des victimes; des méthodes statistiques et cartographiques permettent l'analyse des violations des Droits de l'homme. La justice transitionnelle sanctionne peu, dit une vérité et veut réparer.

Fruit d'un dialogue heurté entre d'anciens ennemis souvent (mais rarement symétriquement) responsables de crimes politiques, la justice transitionnelle est politique bien plus qu'elle n'est juridique et judiciaire. Lorsque la justice pénale se manifeste, c'est sous trois formes, toutes rares: quelques tribunaux hybrides, qui mêlent droits et juges nationaux et internationaux (Timor oriental, Sierra Leone, Kosovo, Cambodge), des tribunaux internationaux encore peu mobilisés, et des procès ponctuels devant les juridictions ordinaires. Ces institutions jugent, à la différence des commissions de vérité, mais elles jugent peu: des responsables haut placés dans les hiérarchies et des grands coupables (du point de vue du nombre des crimes et de l'atrocité des faits). Or, ces poursuites très sélectives prennent place dans une politique qui diffère – ou rend définitivement impossibles – les autres poursuites pénales possibles: contre les simples exécutants, les grands coupables passés inaperçus, les petits chefs, etc. Les mandats restreints des institutions pénales sont compatibles avec un recours à l'amnistie, voire le légitime.

Ni les progrès de la justice pénale internationale, ni cette dynamique favorable aux poursuites judiciaires que certains auteurs ont baptisée la « cascade de justice » (Kim et Sikkink, 2010: 6), n'ont semblé remettre en question la fréquence des amnisties. Outre que le droit pénal international fait une place à des mesures qui ne prévoient pas de sanctions<sup>27</sup>, sa mobilisation

pratique se conclut souvent par des non-lieux et des mesures nationales d'amnistie. La « cascade de justice », outre qu'on ne sait pas dans quelle mesure l'expression recouvre des poursuites *systematiques* dans leur principe, fait référence, enfin, à une justice adoucie qui ne prononce pas nécessairement de sanctions contre les coupables (Kim et Sikkink, 2007 : 6). Le plaidoyer en faveur d'une combinaison de sanctions ponctuelles (à l'encontre des chefs et des pires criminels), de la vérité et d'un usage modéré et individualisé de l'amnistie (Mallinder, 2007)<sup>28</sup> va dans ce sens. Le modèle demeure assez théorique, y compris dans le pays qui l'a inspiré, l'Afrique du Sud, puisque les poursuites contre ceux qui n'avaient pas été amnistiés y ont été rares et peu concluantes. De la même manière, le principe d'une succession de séquences temporelles – commissions de vérité et amnisties faisant alors office de dispositif d'attente – reste balbutiant. La justice pénale (nationale ou internationale) ne fait pas toujours retour après une politique fondée sur l'amnistie et la grâce, même lorsque le renouvellement générationnel laisse envisager un activisme accru du système judiciaire et une résistance moindre des auteurs des crimes (et notamment des forces de sécurité).

L'argument des experts de la justice transitionnelle selon lequel les commissions de vérité sont complémentaires de la justice pénale (voir González et Varney, 2013 : 10) doit donc être davantage étayé. Les limites structurelles d'un droit pénal international dépendant des États mais aussi des systèmes judiciaires nationaux (ce que prescrit le principe de subsidiarité), la légitimité acquise par les commissions de vérité, la force des obstacles politiques pourraient faire douter de la perspective d'une réaffirmation d'une justice punitive ordinaire. La définition holiste, qui voit la justice transitionnelle recourir d'abord aux poursuites, pour les compléter par d'autres mesures plus soucieuses des victimes, n'est donc pas d'une grande cohérence. C'est qu'elle n'a pas besoin de l'être, tant que le fagotage de tous les outils et bonnes pratiques de la justice transitionnelle permet à des groupes éclectiques (du point de vue de leurs compétences, de leurs origines, de leurs positions politiques, etc.) de faire des bouts de chemin ensemble.

**27.** Par exemple, l'article 53, § 2 c des statuts de la Cour pénale internationale.

**28.** Voir aussi la défense par Arriaza et Roht-Arriaza (2008 : 170) d'une amnistie,

sous la forme d'une « *crown witness law* » protégeant les petits criminels en échange d'informations.

La raison d'être de la justice transitionnelle comme quasi-discipline, et particulièrement de son réancrage assez récent du côté de la justice pénale, est à rechercher en effet du côté, non d'un contenu idéologique, mais des trajectoires politiques et professionnelles des plaideurs.

### La justice transitionnelle contre une justice « légaliste » et répressive

La justice pénale se heurte, après un conflit politique ouvert, à des obstacles politiques nombreux. Le réalisme amène certains experts à préférer une justice peu jugeante à une répression dangereuse : « *The proponents of legalistic justice who underrate the centrality of these political considerations cause more abuses than they prevent* » (Vinjamuri et Snyder, 2004 : 353)<sup>29</sup>. Les attentes de justice déçues se sont déplacées vers d'autres politiques, valorisant une vérité des victimes, dans le cadre surtout des commissions de vérité. Mais, de la justice palliative qu'elle était, la justice transitionnelle en est peu à peu venue, au gré notamment de l'autonomisation de ces institutions, à incarner la possibilité d'une autre justice, œuvrant à « la restauration du lien social et à la refondation d'une communauté politique » (Hazan, 2007 : 12-13). La Truth and Reconciliation Commission sud-africaine incarne, pour beaucoup d'universitaires et de militants, cette forme alternative de justice, connue sous le nom de justice « restauratrice » (*restorative justice*, expression traduite aussi par justice restaurative ou réparatrice). Environ 2 000 victimes – souvent des femmes noires, assez âgées – y ont été invitées à dire leurs souffrances de veuves ou de mères endeuillées (et quelque 20 000 témoignages écrits recueillis). Dans ce « tribunal des larmes », c'est, pour les plaideurs, à la fois la guérison des victimes (libérées de leur traumatisme) et la refondation de la nation qui auraient été rendues possibles<sup>30</sup>.

Les commissions de vérité sont devenues les institutions phares de la justice transitionnelle qui auraient permis de tirer cette dernière vers des pratiques moins contraintes par la *Realpolitik*. Cet anoblissement de la justice transitionnelle n'est cependant ni la conséquence logique des politiques

**29.** Voir, sur cette méfiance diffuse, Sikkink et Booth Walling (2007).

**30.** Sous l'apparence de la dépolitisation par le recours à la psychologie ou au droit, ce sont effectivement des rapports de force

politiques qui s'expriment, quoique les interactions qui y ont lieu puissent modifier les identités des uns et des autres (Lefranc, 2013).

qui y ont été menées ni la traduction d'un enthousiasme pragmatique. Il est le produit d'une rencontre entre des groupes variés de scientifiques, de militants et d'experts. Certains de ces groupes se caractérisent par une réticence à l'égard de la justice judiciaire d'abord exprimée dans des pays développés et pacifiés. La justice transitionnelle apparaît de ce point de vue comme l'une des arènes où se sont déployées des mobilisations disparates en faveur d'une justice restauratrice.

Examiner la justice transitionnelle sous cet angle sociologique, en privilégiant les trajectoires des plaideurs experts, met au jour un paradoxe. La justice transitionnelle associe des mobilisations au nom du droit, impliquant des juristes, en même temps que des mouvements de contestation de ce même droit. La notion fréquemment utilisée de justice restauratrice exprime en effet le souci de reconnaître les souffrances subies par les victimes des violences politiques. Mais elle a été utilisée d'abord, notamment aux États-Unis, pour remettre en cause une justice pénale jugée trop répressive, peu soucieuse des victimes et monopolisée par une élite d'agents de l'État et de professionnels privés du droit (notamment dans le secteur du traitement de la délinquance juvénile). La justice restauratrice est une bannière agrégeant des propositions théoriques contradictoires – libertariennes, communautariennes et libérales –, des médiations dites victimes-offenseurs, des « conférences familiales », et d'autres processus déployés surtout dans des pays anglophones. Elle est l'un des avatars d'un mouvement plus général de contestation, depuis les années 1970, de la justice d'État, professionnalisée, régie par l'application de la norme légale, au profit de modalités de résolution alternative des litiges. À l'instar du processus constaté à l'occasion de la préparation du procès de Nuremberg, de circulation de normes et de techniques du droit ordinaire des affaires vers le droit pénal international, la justice transitionnelle fait entrer, dans les marges du droit pénal international, des catégories et des techniques issues d'un droit commun, partagé par des entreprises, des familles, des voisins. *L'alternative dispute resolution* s'adresse en effet à tout litige, qu'elle entend dénouer sans le secours des agents et des institutions que déploie la justice pénale d'État<sup>31</sup>.

**31.** La circulation de catégories issues d'un droit national ordinaire (anglo-saxon surtout), et participant d'une information de la justice, vers la justice transitionnelle a été étudiée dans Lefranc (2006 et 2009).

Les prescriptions des experts en matière de traitement des violences politiques passées sont trop souvent présentées comme univoques et dictées par la seule conviction humaniste et scientifique. Cette mise en cohérence est avantageuse : gouvernements, organisations internationales, partis d'opposition et associations de victimes peuvent du même coup apparaître comme formant une clientèle appliquant les mêmes prescriptions<sup>32</sup>. La construction rapide d'une définition holiste de la justice transitionnelle, supposée faire tenir ensemble, harmonieusement, le refus de l'impunité (la soif de justice) et la recherche de la stabilité (le choix de la paix) en est un bon exemple. Mais dès lors que l'on veut bien regarder *qui* endosse ces causes, et au terme de quelles trajectoires militantes et professionnelles, ce sont la grande diversité des plaideurs et leur capacité à jouer de leurs différents titres (trajectoires militantes, carrières universitaires, interventions expertes, etc.) qui apparaissent.

L'étendard de la justice transitionnelle a, dès ses premiers succès, su attirer un public toujours plus nourri de professionnels formés au droit. Le nombre croissant de diplômés en droit, parfois dotés d'une expérience du droit international des droits de l'homme, a donné à la cause une cohérence qu'elle n'avait pas initialement. L'ICTJ, par exemple, a été créé en 2001 par une alliance d'experts/militants des droits de l'homme (les consultants de Human Rights Watch, comme Priscilla Hayner) et d'anciens membres des commissions de vérité, venus d'autres secteurs sociaux (Églises, psychologie, sciences sociales). L'ONG a été, à tous les niveaux (comités consultatifs, employés, stagiaires), de plus en plus peuplée de juristes<sup>33</sup>. Et cette unification disciplinaire et sociologique est venue conforter la croyance souvent sincère des plaideurs selon laquelle la justice transitionnelle est une œuvre de justice, judiciaire dans son essence.

Elle est pourtant, de même que la justice restauratrice à laquelle elle est souvent associée, le lieu d'une concurrence entre des groupes porteurs de propositions divergentes, en même temps que le lieu de leur appariement. L'analyse par Patricia Naftali du processus par lequel a été codifié, au sein et en périphérie des organisations internationales, un « droit à la vérité »

**32.** Voir sur le site de l'ICTJ l'évocation des destinataires de ses propositions (rubrique « About us », <<http://ictj.org/about>>) : « 1. We advise state institutions and policymakers at the local, national, and international level,

2. *We work with victims' groups and communities, human rights activists, women's organizations and others in civil society with a justice agenda.*»

**33.** Voir le projet Irène.

le confirme. Sous l'apparence d'une cause homogène, soutenue par des experts/militants aux trajectoires *a priori* homogènes, c'est une concurrence, voire un affrontement, entre, d'une part, un groupe de juristes du droit international des Droits de l'homme héritiers des mobilisations des victimes de la répression dictatoriale en Amérique latine et, d'autre part, un groupe composite plus pragmatique, c'est-à-dire plus prompt à admettre le recours à l'amnistie. Ce second groupe est constitué, en premier lieu, des promoteurs de la justice transitionnelle (voir Naftali, 2013).

La justice transitionnelle a donc favorisé l'enrichissement de la justice pénale internationale; elle lui a communiqué son souci de la vérité historique et des victimes –souci proportionnel à l'incapacité fréquente de la justice pénale de dire le vrai (au moyen de procès et de verdicts), ainsi que d'assigner les statuts de coupable et de victime (par des peines et des dommages civils). Ce sont donc, d'une certaine manière paradoxalement, les dispositifs conçus pour pallier la rareté de poursuites pénales et contourner le droit – comme les commissions de vérité et les réparations directement octroyées par les gouvernements – qui sont réintégrés dans la justice pénale internationale. Les commissions de vérité sont ainsi considérées comme des institutions utiles par les autorités qui engagent des poursuites pénales internationales; elles peuvent apparaître au mieux comme un bon substitut des poursuites, au moins comme un complément bienvenu. Plus directement encore, la justice transitionnelle exprime une attention croissante, au sein des institutions pénales internationales, pour les victimes. Les conventions qui fondent ce qui est aujourd'hui appelé le « droit des victimes » sont celles précisément qui (par exemple autour du crime de disparition forcée) ont résulté d'une mobilisation et d'une réflexion pour une justice pensée pour les transitions politiques, lorsque les rapports de force autant que l'état du droit semblent aux acteurs politiques interdire le déploiement d'une justice pénale ordinaire<sup>34</sup>.

**34.** Les disparitions forcées utilisées comme technique répressive systématique par les dictatures militaires latino-américaines n'étaient en effet pas passibles de poursuites pénales au moment où la région a vu plusieurs dictatures céder la place à des démocraties représentatives. Non seulement ces « transitions » étaient autorisées par des compro-

mis (aucun vainqueur n'émergeant clairement), mais le crime même de disparition forcée n'existait pas dans les codes pénaux. Carlos Fernandez de Casadevante Romani (2012) montre le caractère fondateur, pour un droit international des victimes, des conventions qui ont pallié cette carence.

Les causes mêmes qui semblent aujourd’hui consacrer la justice pénale internationale ont pu contenir les prémisses de sa contestation ; les notions qui l’ont inspirée ou enrichie sont le produit d’emprunts faits à des droits ordinaires dans le souci d’un formalisme et d’un étatisme moindres de la justice. Le pragmatisme politique explique une partie de cette réticence à l’égard d’une justice pénale confrontée, sur le plan national, à des criminels politiques trop puissants, et, à l’échelle internationale, à des États soucieux de la contrôler. Mais ce réalisme cohabite avec un doute plus structurel sur la justice rétributive, nourri aussi bien par une contestation libertarienne ou communautarienne de la justice d’État, que par une critique de la contrainte exercée par cette même justice sur les « petits<sup>35</sup> » ou des demandes formulées par des groupes religieux protestants. Ces bannières que sont la justice transitionnelle ou la justice restauratrice n’ont donc pas la cohérence idéologique qu’on leur prête. Les anciens militants qu’on y croise trouvent là l’opportunité d’une prise de distance avec des causes politiques – de gauche comme de droite, laïques aussi bien que religieuses, etc.<sup>36</sup>.

Le cheminement de la justice transitionnelle est donc, à certains égards, paradoxal : diverses initiatives militantes pour un amollissement du droit (l’adoucissement du sort du coupable et sa participation au dialogue, l’intégration de la victime, la délégation de la décision à la victime et à la communauté, la désétatisation et la déprofessionnalisation de la justice...) ont contribué à la formulation d’une discipline aujourd’hui perçue comme une contribution à la consolidation de la justice pénale internationale, à sa judiciarisation. La convergence inattendue d’idéologies éclectiques s’explique d’une autre manière. Ces arènes de la justice adjectivée (transitionnelle, restauratrice...) doivent aussi être examinées comme des espaces de rencontre et de confrontation entre, d’une part, juristes qualifiés (diplômés des facultés de la côte est des États-Unis) exerçant des professions en rapport (professeurs de droit, magistrats des institutions pénales internationales, avocats défenseurs des Droits de l’homme, notamment) et, d’autre part, des

**35.** On fait référence au criminologue norvégien Nils Christie, l’un des inspirateurs de la justice restauratrice, lorsqu’il déplore le vol de leurs conflits aux victimes par des « voleurs professionnels ».

**36.** À une échelle nationale, on peut renvoyer à Vairel (2004).

experts contestant le monopole du droit sur les processus de résolution des conflits en même temps que son empire dans de nombreux secteurs sociaux. La justice transitionnelle, comme la justice restauratrice d'ailleurs, fait en effet cohabiter des juristes et des experts venus d'autres disciplines : sociologues du droit/criminologues, médiateurs, politistes défendant des modalités alternatives de résolution des litiges, mais aussi psychologues transposant des techniques thérapeutiques dans le contexte postconflit<sup>37</sup>.

L'ambivalence idéologique et politique des justices de l'après-conflit est donc le reflet de ces luttes en vue de la remise en cause, depuis les *périphéries* de l'espace académique juridique, du monopole du droit sur certaines positions professionnelles convoitées. On comprend mieux ce « second marché » qu'est la justice transitionnelle, en regard du droit international des Droits de l'homme (grandes ONG de défense des Droits de l'homme et instances pénales internationales), si on prend en compte ces tentatives diverses pour ébranler (avec plus ou moins de succès) le monopole des *lawyers* (voir Dezalay et Garth, 2002 ; Lippens, 2004) et contourner les exigences du droit pénal.

## Références bibliographiques

**ABBOTT, Andrew**, 1988, *The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor*, Chicago, University of Chicago Press.

**ANDRIEU, Kora**, 2010, « Transitional justice: A new discipline in human rights », *Online Encyclopaedia of Mass Violence*: <<http://www.massviolence.org/>>.

—, 2012, *La justice transitionnelle. De l'Afrique du Sud au Rwanda*, Paris, Gallimard-Folio.

**ARRIAZA, Laura et ROHT-ARRIAZA, Naomi**, 2008, « Social reconstruction as a local process », *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 2, n° 2, p. 152-171.

**37.** Ce qui contribue à expliquer la forte ambition thérapeutique des commissions de vérité. Voir Lefranc (2013), et Moon (2009).

- BELL, Christine**, 2009,  
«Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the “field” or “non-field”», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, n° 1, p. 5-27.
- BERNAYS, Murray C.**, 1946,  
«Legal basis of the Nuremberg trials», *Survey Graphic*, janvier, XXXV, p. 5-9.
- BLAYNEY, Michael S.**, 1973,  
*Diplomat and Humanist: The Diplomatic Career of Herbert Claiborne Pell*, Washington State University, Ph.D. in modern history, p. 1-25.
- , 1976, «Herbert Pell, war crimes, and the Jews», *American Jewish Historical Quarterly*, vol. 65, n° 4, p. 335-352.
- BUSH, Jonathan A.**, 2002,  
«Essay: “The supreme... crime” and its origins: The lost legislative history of the crime of aggressive war», *Columbia Law Review*, décembre, vol. 102, n° 8, p. 2359.
- CLAVERIE, Élisabeth**, 2012,  
«Mettre en cause la légitimité de la violence d’État. La justice pénale internationale comme institution et comme scène», *Quaderni*, n° 78, printemps.
- CONDÉ, Pierre-Yves**, 2012,  
*Des juges à La Haye*, thèse de sociologie, ENS Cachan.
- DEZALAY, Yves et GARTH, Bryant G.**, 2002,  
*La Mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir d’État en Amérique latine, entre notables du droit et « Chicago Boys »*, Paris, Éditions du Seuil.
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos**, 2012,  
*International law of victims*, Heidelberg / New York, Springer.
- GLUECK, Sheldon**, 1943,  
«By what tribunal shall war offenders be tried?», *Harvard Law Review*, vol. 56, n° 7, p. 1059-1089.
- , 1946, *The Nuremberg Trial and Aggressive War*, New York, Knopf.
- GONZÁLEZ, Eduardo et VARNEY, Howard (éd.)**, 2013,  
*Truth Seeking. Elements of Creating an Effective Truth Commission*, Brasilia, Amnesty Commission of the Ministry of Justice of Brazil, New York International Center for Transitional Justice.
- HAAS, Peter**, 1992,  
«Introduction: Epistemic communities and international policy coordination», *International Organization*, vol. 46, n° 1, hiver, p. 1-35.
- HAGAN, John**, 2003,  
*Justice in the Balkan: Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal*, Chicago, University of Chicago Press.
- HAZAN, Pierre**, 2007,  
*Juger la guerre, juger l’Histoire. Du bon usage des commissions Vérité et de la justice internationale*, Paris, Presses universitaires de France.
- HELLER, Kevin J.**, 2011,  
*The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press.
- History of the United Nations war crimes Commission and the development of the laws of war, 1948*, Londres, His Majesty’s Stationery Office.
- JACKSON, Robert H.**, 1947,  
*Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials, Londres, 1945*. A Documentary Record, Washington, Department of State.

**KIM, Hunjoon**

et **SIKKINK, Kathryn**, 2007, «Do human rights trials make a difference?»: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direito-a-memoria-e-a-verdade/artigos/Artigo\\_Kathryn\\_Sikkink.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direito-a-memoria-e-a-verdade/artigos/Artigo_Kathryn_Sikkink.pdf)>.

–, 2010, «Explaining the deterrence effect of human rights prosecutions for transitional countries», *International Studies Quarterly*, vol. 54, n° 4, décembre, p. 939-963.

**KOCHAVI, Arieh J.**, 1998,

*Prelude to Nuremberg: Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment*, Chapel Hill, University of North Carolina Press.

–, 2005, «United Nations War Crimes Commission», in Dinah L. Shelton (dir.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Detroit, Macmillan Reference, p. 1100-1107.

**KOSKENNIEMI, Martti**, 2002,

*The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press.

**LAHIRE, Bernard**, 2012,

*Monde pluriel. Penser l'unité des sciences sociales*, Paris, Éditions du Seuil.

**LEFRANC, Sandrine**, 2002,

*Politiques du pardon*, Paris, Presse universitaires de France.

–, 2006, «Le mouvement pour la justice restauratrice: "an idea whose time has come"», *Droit et société*, nos 63-64, octobre, p. 393-409.

–, 2009, «La professionnalisation d'un militantisme réformateur du droit: l'invention de la justice transitionnelle», *Droit et société*, n° 73, p. 561-589.

–, 2013, «La commission sud-africaine "Vérité et Réconciliation", un tribunal des larmes», *La vie des idées*, 8 octobre. Consultable en ligne: <<http://www.laviedesidees.fr/Un-tribunal-des-larmes.html>>.

–, 2014, «L'ordinaire d'une justice d'exception», in Kora Andrieu et Geoffroy Lauvau (dir.), *Quelle justice pour les peuples en transition?*, Paris, Presses universitaires de la Sorbonne, 2014.

**LEMASSON, Aurélien-Thibault**, 2012,

*La victime devant la justice pénale internationale: pour une action civile internationale*, Limoges, Pulim.

**LIPPENS, Ronnie**, 2004,

«Centre-periphery dynamics, global transition and criminological transfers», *Crime, Law & Social Change*, vol. 41, n° 4, p. 301-317.

**MALLINDER, Louise**, 2007,

«Can amnesties and international justice be reconciled?», *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, n° 2, p. 208-230.

**MÉNDEZ, Juan**, 2009,

«Editorial Note», *The International Journal of Transitional Justice*, n° 3, p. 157.

**MOON, Claire**, 2009,

«Healing past violence: traumatic assumptions and therapeutic interventions in war and reconciliation», *Journal of Human Rights*, vol. 8, n° 1, p. 71-91.

**MOURALIS, Guillaume**, 2008,

*Une épuration allemande. La RDA en procès, 1949-2004*, Paris, Fayard.

-, 2012, « Lawyers versus jurists. The allied staff at the main Nuremberg Trial », in Margo De Koster, Hervé Leuwers, Dirk Luyten, Xavier Rousseaux (éd.), *Justice in Wartime and Revolutions. Europe, 1795-1950*, Bruxelles, Archives générales du Royaume, 2012, p. 325-336.

**MOURALIS, Guillaume**

**et ISRAËL, Liora**, 2000, « Le chercheur en sciences sociales comme acteur du procès ? », *Droit et société*, n° 45, p. 159-175.

**NAFTALI, Patricia**, 2013,

*La construction du droit à la vérité en droit international. Une ressource ambivalente à la croisée de plusieurs mobilisations*, Bruxelles, université libre de Bruxelles.

**OLSEN, Tricia D., PAYNE, Leigh A. et REINER, Andrew G.**, 2010,

*Transitional Justice in Balance. Comparing Processes, Weighing Efficacy*, Washington D.C., United States Institute of Peace Press.

**ORENTLICHER, Diane**, 1991, « Setting

accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime », *Yale Law Journal*, vol. 100, n° 8, juin, p. 2537-2615.

**PETERECZ, Zoltán**, 2011,

« "A certain amount of tactful undermining" -Herbert C. Pell and Hungary in 1941 », *The Hungarian Quarterly*, n° 202-203, p. 124-137.

**PRIEMEL, Kim C.**

**et STILLER, Alexa (éd.)**, 2012, *Reassessing the Nuremberg Military Tribunals. Transitional Justice, Trial Narratives, and Historiography*, New York, Berghan Books.

**RUBLI, Sandra**, 2011,

« National consultations on transitional justice. The inclusion of civil society in transitional justice in Burundi », 6th ECPR General Conference, juin. Consultable en ligne : <<http://new.ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/5af4a08c-5c3a-41cd-ac27-e1cddc668142.pdf>>.

**SEGESSER, Daniel M.**, 2010,

*Recht statt Rache oder Rache durch Recht? Die Ahndung von Kriegsverbrechen in der internationalen fachwissenschaftlichen Debatte 1872-1945*, Paderborn, Ferdinand Schöningh Verlag.

**SEROUSSI, Julien**, 2007,

*Les tribunaux de l'humanité. Les ajustements cognitifs dans la mobilisation pour la compétence universelle des juges nationaux*, thèse de sociologie, université Paris V.

**SHAMIR, Ronen**, 1995,

*Managing Legal Uncertainty: Elite Lawyers in the New Deal*, Durham, Duke University Press.

**SIKINK, Kathryn**

**et BOOTH WALLING, Carrie**, 2007, « The impact of human rights trials in Latin America », *Journal of Peace Research*, vol. 44, n° 4, juillet, p. 427-445.

**SILBER, Norman**

**et MILLER, Geoffrey**, 1993, « Toward "neutral principles" in the law: Selections from the oral history of Herbert Wechsler », *Columbia Law Review*, mai, vol. 93, n° 4, p. 894-900.

**SIMÉANT, Johanna**, 2010,  
«La transnationalisation de l'action collective», in Olivier Fillieule, Éric Agrikolianski et Isabelle Sommier, *Penser les mouvements sociaux. Conflits sociaux et contestations dans les sociétés contemporaines*, Paris, La Découverte, 2010, p. 121-144.

**SIMÉANT, Johanna, OLLION, Étienne et LEFRANC, Sandrine**, 2013,  
«"Plaidoyer" et *advocates*. Acteurs et formats internationaux des mobilisations», congrès de l'AFSP de juillet.

**SMITH, Bradley F.**, 1982,  
*The American Road to Nuremberg: the Documentary Record, 1944-1945*, Stanford, California, Hoover Institution Press.

**TAYLOR, Telford**, 1995 [1992],  
*Procureur à Nuremberg*, Paris, Éditions du Seuil.

**TEITEL, Ruti**, 2003,  
«Transitional justice as liberal narrative», in Okwui Enwezor, Yadh Achour (dir.), *Experiments with Truth: Transitional Justice and the Processes of Truth and Reconciliation*, Ostfildern-Ruit, Hatje Cantz, chap. 15.

–, 2008, «Editorial note. Transitional justice globalized», *The International Journal of Transitional Justice*, n° 2, p.1-4.

**THOMS, Oskar N., RON, James et PARIS, Roland**, 2008,  
*The Effects of Transitional Justice Mechanisms. A Summary of Empirical Research Findings and Implications for Analysts and Practitioners*, Université d'Ottawa, CEPI, avril.

**UNWCC**, 1944,  
«Committee III, 1, 18/3/1944 (Minutes): Resolution moved by Mr. Pell on 16. March 1944», UNWCC Archives, UN-ARMS, New York.

**VAIREL, Frédéric**, 2004,  
«Le Maroc des années de plomb: équité et réconciliation?», *Politique africaine*, vol. 4, n° 96, p. 181-195.

**VINJAMURI, Leslie et SNYDER, Jack**, 2004,  
«Advocacy and scholarship in the study of international war crimes tribunals and transitional justice», *Annual Review of Political Science*, vol. 7, mai, p. 347-362.

**WHITE, James T.**, 1973,  
*The National Cyclopaedia of American Biography*, University Microfilms.

**WIEBELHAUS-BRAHM, Eric**, 2010,  
*Truth Commissions and Transitional Societies: The Impact on Human Rights and Democracy*, Londres / New York, Routledge.

**WILSON, Richard Ashby**, 2003,  
«Justice and retribution in postconflict settings», *Public Culture*, vol. 15, n° 1.