

Quelle justice après la guerre ?

Éléments pour une théorie de la justice transitionnelle

Christian NADEAU

Est-il possible, après un conflit ou un génocide, de rendre justice et de construire un nouvel ordre politique acceptable par ceux qui viennent de se déchirer ou de s'entretuer ? Prenant appui sur l'exemple de conflits récents (Rwanda, ex-Yougoslavie, etc.), Christian Nadeau pose les fondements d'une théorie de la justice transitionnelle : la réparation et la délibération lui paraissent essentielles à la réussite des processus de démocratisation.

Le *jus post bellum*, ou droit d'après-guerre, est une catégorie des théories de la guerre juste, réservée aux considérations morales propres aux suites des conflits. La justice transitionnelle est généralement entendue comme la réponse légitime aux violations systématiques des droits humains. Sans représenter en elle-même une forme particulière des droits et libertés de base, elle correspond aux efforts de justice – sur le plan pénal ou sur le plan de la redistribution équitable des ressources – et de démocratisation à la suite de crises politiques majeures.

La principale thèse présentée ici porte sur la valeur normative d'une conciliation entre deux objectifs apparemment opposés voire indépendants, celui de la justice pénale et celui de la reconstruction politique. D'un côté, le *jus post bellum* pose le problème des suites du conflit en termes de droit et d'obligations morales, et notamment des sanctions pénales contre les auteurs

de crimes. De l'autre, la justice transitionnelle pose le problème en termes de sortie du conflit légitime et acceptable par l'ensemble des parties. *Jus post bellum* et justice transitionnelle ne sont pas des entités normatives contradictoires, mais les quêtes de justice et les demandes de réparation à la suite de crimes de masse commis au cours de la guerre, d'une part, et les efforts de démocratisation et d'équilibre politique au moment de la transition, d'autre part, vont parfois en sens inverse et se nuisent mutuellement. La question est alors de savoir s'il faut choisir entre justice et démocratisation : si oui, dans quels cas, si non, comment élaborer une théorie satisfaisante et équilibrée postulant la compatibilité de ces deux registres normatifs ?

Notre thèse repose sur trois arguments principaux. En premier lieu, les difficultés inhérentes aux périodes transitionnelles qui suivent les guerres nous imposent de faire appel à une conception particulière de la responsabilité où la logique des groupes n'écrase pas celle des individus, mais où les actions individuelles ne sont concevables que dans des rapports sociaux. En d'autres termes, les crimes commis au cours des guerres relèvent à la fois de la responsabilité du groupe, en tant que groupe, et des individus. Ce qui compte est de comprendre l'interrelation des individus au sein d'un groupe donné, ou des groupes entre eux. En second lieu, cette notion complexe de responsabilité apparaît plus clairement si nous nous référons aux théories de la justice réparatrice. Enfin, la délibération démocratique est, selon nous, l'articulation essentielle entre les processus de démocratisation et de justice. Un dialogue critique entre les parties touchées par le conflit est la pierre de touche de la justice transitionnelle. Si ce dialogue est bien encadré, il assure une coordination adéquate entre les objectifs politiques et les obligations juridiques de la justice transitionnelle. Par conséquent, il faudra faire appel à la délibération au moment de la justice réparatrice et au moment des processus de démocratisation à proprement parler. Il faut toutefois prendre garde au fait qu'il n'y a pas antériorité chronologique, ni primauté, de la réparation sur la démocratisation : chacune se prolonge dans l'autre.

Le but de cet article est de présenter un ensemble cohérent d'arguments moraux propres à s'inscrire dans une théorie de la justice transitionnelle en tant qu'elle s'applique aux contextes d'après-guerre. Les guerres dont il sera question ici peuvent aussi bien être des conflits civils, comme ceux du Rwanda et de l'ex-Yougoslavie, que des guerres interétatiques, comme au

moment de la Seconde Guerre mondiale. Il est toutefois vrai que les mesures de réconciliation varieront de façon importante selon le type de conflit.

Enjeux normatifs

La justice transitionnelle et le *jus post bellum* représentent deux édifices théoriques, distincts mais compatibles, destinés à répondre aux difficultés qui se posent à la suite de guerres, civiles ou interétatiques. La justice transitionnelle ne se réfère pas seulement au *jus post bellum* et ce dernier peut être construit sans référence à l'ensemble des notions normatives qui composent la première.

Par définition, l'approche du *jus post bellum* est celle des théories de la guerre juste (Nadeau, Saada, 2009 ; Walzer, 2006). Il s'agit d'abord et avant tout d'une analyse des conditions morales de la sortie de guerre. Or une guerre peut être déclarée officiellement terminée tout en se poursuivant sur le terrain. La déclaration officielle de la fin du conflit en Irak par le président Bush en mai 2003, alors que les hostilités sur le terrain décuplèrent d'intensité au cours des mois suivants, en est un exemple. La notion de *jus post bellum* doit donc à la fois être entendue comme ce qui fait suite à la guerre, mais également ce qui conduit de manière légitime à la fin réelle de celle-ci. En outre, le *jus post bellum* ne consiste pas seulement à revenir sur les exactions commises pendant la guerre – ce qui est le fait du *jus in bello* –, ni non plus en un retour sur la légitimité de l'entrée en guerre – ce qui est le fait du *jus ad bellum*. Ce dernier représente le cadre moral pour penser les conditions de légitimité de l'entrée en guerre, tandis que le *jus in bello* désigne un ensemble de règles morales au sujet de la conduite de chaque partie au cours de la guerre, dont par exemple le principe d'immunité des non-combattants.

Le *jus post bellum* représente bien une catégorie à part des théories de la guerre juste et ne se réduit pas aux règles morales des deux autres sphères du droit. En revanche, il n'en est pas indépendant. Si la tradition de la guerre juste voit le *jus ad bellum* et le *jus in bello* de manière hétérogène, de nombreux théoriciens contemporains plaident en réalité pour une interprétation transversale des normes morales propres à chaque *jus*. Cela est vrai *a fortiori* pour ce qui a trait au *jus post bellum* : les commentateurs s'entendent pour montrer sa dépendance à l'égard des deux autres modalités du droit de la guerre.

Cette dépendance n'est pas synonyme de répétition. Certes, la justice d'après-guerre doit nécessairement récapituler les exactions commises à l'encontre du *jus ad bellum* et du *jus in bello*. Mais il serait tout à fait possible qu'une guerre soit menée pour une juste cause, et en parfaite conformité au *jus in bello*, sans pour autant que les vainqueurs de cette guerre légitime agissent par la suite en respectant moralement les vaincus. Il va de soi qu'aucune guerre à ce jour n'a présenté, pour au moins une des parties en présence, une fiche de conduite satisfaisante à l'égard des règles du *jus in bello*. On peut admettre que même si une telle chose advenait, cela ne changerait rien à l'argument selon lequel une guerre peut être menée pour une juste cause et de manière conforme au droit de la guerre, sans que cette conduite oblige l'État vainqueur à l'égard des vaincus. Dans le cas d'une guerre civile, où il est parfois très difficile d'identifier la partie agressée, on peut avoir respecté les règles de la guerre mais néanmoins condamner moralement les suites du conflit pour diverses raisons, qu'il appartient à une catégorie spéciale des théories de la guerre juste, le *jus post bellum*, de définir.

La notion de sortie de crise se trouve également au centre de la justice transitionnelle. Toutefois, celle-ci opère dans un registre plus vaste que celui des lendemains de guerre. Bon nombre de travaux sur la justice transitionnelle se sont attachés à décrire les problématiques liées au démantèlement du bloc soviétique. On retrouve également la justice transitionnelle au cœur des débats sur la reconstruction des pays naguère dominés par des dictatures ou des gouvernements répressifs. La justice transitionnelle peut aussi apparaître comme un ensemble de mesures visant à encadrer un Tribunal *ad hoc* pour des crimes politiques. Telle est la démarche adoptée récemment par le Tribunal spécial du Liban, demandé par le Liban aux Nations Unies, et qui fait suite au meurtre politique de Rafic Hariri, ancien Premier ministre.

On retrouve aussi la justice transitionnelle dans les débats entourant de profonds changements constitutionnels et les retours sur les crimes commis au nom de l'ancien régime, et ce partout dans le monde. La justice transitionnelle est ainsi le plus souvent identifiée aux commissions de vérité et réconciliation (B. Cassin, O. Cayla, P.-J. Salazar, 2004 ; Hazan, 2007), comme celles qui furent organisées en Afrique du Sud après l'abandon de la politique d'apartheid, en Amérique du Sud (en Argentine, au Chili, au Guatemala, au Panama, au Pérou et

au Salvador) en Afrique (au Maroc, au Rwanda, au Liberia et au Sierra Leone) ainsi qu'en Corée du Sud, aux Îles Fidji et au Timor Oriental. Toutefois, les commissions peuvent aussi opérer selon des paramètres qui n'impliquent pas de processus transitionnels à proprement parler et sans qu'il y ait eu de guerre ni d'usage systématique de la violence militaire. Au Canada, par exemple, la Commission de vérité et réconciliation, établie en juin 2008, fut chargée d'enquêter sur les pensionnats autochtones, dont la mission était d'éradiquer l'appartenance des autochtones à leur communauté d'origine et de les intégrer de force dans l'ordre social et culturel canadien. Mais dans la majorité des pays, ces commissions interviennent à la suite d'un processus de changement constitutionnel ou dans le cadre d'une transition politique majeure, et pour la plupart des États mentionnés plus haut elles ont pour premier mandat de rendre possible une analyse exhaustive des crimes commis au cours de guerres civiles ou interétatiques, comme ce fut le cas au Sierra Leone, ou lors de brutales répressions politiques systématiques – on peut donner comme exemple la *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* en Argentine.

Si les enjeux des commissions vérité et réconciliation sont cruciaux pour les processus transitionnels, la majorité des théoriciens et des praticiens s'entendent pour favoriser un processus global, recouvrant à la fois les problématiques de pacification, de transition démocratique et de procédures juridiques au sujet des exactions commises par le passé. Il s'agit dès lors de faire communiquer les démarches propres aux poursuites criminelles, celles à l'égard des violations massives des droits humains, les programmes de réparation – économique et symbolique (Torpey, 2006) – le renforcement de la sécurité et les mesures de pacification à long terme, ainsi que d'encadrer le travail de mémoire des tragédies.

Puisque, dans les contextes transitionnels, la cohabitation des enjeux juridiques et politiques est inévitable, le plus grand défi consiste à éviter une politisation du juridique, ce qui lui ferait perdre son impartialité. En revanche, le politique sera nourri par le juridique si les effets de procès équitables et de démarches réparatrices légitimes imposent des normes de transparence et d'équité à l'ensemble du processus transitionnel.

Enfin, l'ensemble de ces mesures n'auraient pas de sens si elles n'étaient valables que pour les seuls hommes. Il est donc nécessaire d'accorder une attention toute particulière aux

femmes impliquées dans les événements, afin d'éviter qu'elles ne soient deux fois victimes, d'injustices d'abord, et de discrimination ensuite. L'ensemble de ces mesures sont reprises par plusieurs organisations internationales, notamment le Centre international pour la justice transitionnelle (<http://ictj.org/en/>).

La justice pénale internationale

Les sorties de guerre sont toujours difficiles. Non seulement la paix repose sur un équilibre précaire entre les parties, mais les anciennes institutions demandent à être révisées de fond en comble, voire à être entièrement remplacées. Le *jus post bellum* et la justice transitionnelle impliquent une identification des injures et des crimes en vue de poursuites pénales, mais aussi en vue de la réparation et de la reconnaissance publique des victimes. Toutefois, l'étendue des crimes à la suite d'un conflit militaire est telle qu'il serait inopportun de circonscrire la responsabilité à l'examen juridique des crimes commis par les individus. La systématisation politique et institutionnelle des crimes demande alors une conception mixte, portant à la fois sur les responsabilités collectives et les responsabilités individuelles. Pour ce faire, il faut une théorie qui ne soit ni holiste, car une telle vision des choses écraserait les volontés individuelles et expliquerait tout acte en fonction de structures sociales, ni atomiste, car les actes criminels ne sont jamais, *a fortiori* en contexte de guerre, isolés les uns des autres. Il importe donc de ne pas effacer la responsabilité individuelle par la responsabilité collective, mais de comprendre les modalités sociales et politiques de l'interrelation entre les agents en cause (Kutz, 2000).

Après un conflit, les institutions juridiques et pénales sont généralement trop instables pour assurer une véritable justice. Même si, dans le cas de guerres interétatiques, le vainqueur – État ou coalition – n'a pas subi les mêmes pertes que celles encourues par les vaincus, l'instabilité politique d'après-guerre rend difficile un jugement impartial. Enfin, les conflits internationaux adoptent de moins en moins une logique binaire où ne seraient impliquées que deux grandes puissances. Ces différents facteurs militent pour une place toujours plus grande accordée à la justice pénale internationale.

Depuis les moments fondateurs historiques que sont le Tribunal de Nuremberg et celui de Tokyo, la justice pénale internationale a fait des progrès considérables. La littérature juridique s'est maintenant développée de façon telle qu'elle permet de répondre de manière plus satisfaisante aux demandes de justice qu'au moment de la création du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie ou de celui pour le Rwanda. D'énormes progrès restent à accomplir, mais plusieurs pas ont été faits dans la bonne direction. Parmi les développements récents de la justice pénale internationale, on peut constater les efforts de plus en plus grands en vue d'une collaboration entre les instances de justice internationale et celles de la justice locale. Depuis le Traité de Rome et l'établissement d'une Cour pénale internationale à La Haye, une autorité internationale a compétence sur les crimes de masse tels que les génocides, les crimes contre l'humanité et les actes d'agression. Mais la justice pénale internationale a fait l'objet de nombreuses critiques. Ainsi, elle n'a compétence que pour les seuls signataires du Traité. Une demande expresse du Conseil de Sécurité de l'ONU peut aussi entraîner une mise en accusation d'États non-signataires. Le Conseil peut également suspendre toutes les procédures, ce qui limite l'autorité de la Cour. Enfin, la Cour n'agit qu'en cas de défaillance des États, lorsqu'ils ne peuvent rendre justice par leurs propres moyens. Malgré les efforts de la Cour pénale internationale, cette avancée significative du droit international est donc toujours assujettie à l'autorité des États les plus puissants (Eisikovits, 2009).

On comprend mieux, dès lors, l'idée selon laquelle toute tentative de justice à la suite d'un conflit armé ne peut donner lieu qu'à une justice des vainqueurs. À cela, on peut répondre, à l'instar de Gary Bass, que si, en effet, seule la victoire de l'agressé sur son agresseur peut rendre la justice possible, seule l'équité du procès peut garantir qu'il s'agit bien de justice, et non de vengeance (Bass, 2002).

Un autre ensemble de critiques est que la justice pénale internationale ne dispose pas des mêmes fondements judiciaires que la justice pénale locale. Si tel est le cas, il devient beaucoup plus difficile de voir dans tel ou tel acte un crime à proprement parler. Certains actes peuvent être condamnables moralement, mais ne le seraient pas juridiquement, à moins d'enfreindre la règle classique selon laquelle il ne peut y avoir de crime lorsque la loi ne condamne pas l'acte (*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*). En outre, accepter la supériorité d'une loi internationale sur

l'autorité politique et judiciaire de l'État en cause remet en question le principe même de souveraineté. En revanche, dans le cas de conflits interétatiques, l'acte même d'agression empêche l'agresseur, s'il est vaincu, d'avoir recours au principe de souveraineté, car l'invasion témoigne précisément d'une violation de la souveraineté d'autrui. Enfin, à supposer que la norme juridique internationale prévale, elle pourra être interprétée comme une nouvelle règle de droit, ce qui pose alors le problème de la rétroaction. Mais là aussi, les développements les plus récents du droit pénal international manifestent une compréhension de ce type de problèmes, en faisant appel notamment aux normes du droit naturel, selon lesquelles un acte peut représenter un crime sans pour autant être codifié comme tel.

Cela ne résout pas le problème de la sélectivité, au sens où les mêmes normes de droit ne s'appliquent pas également à tous, car seules les autorités supérieures sont jugées, laissant libres les exécutants. Si les premiers sont responsables des décisions conduisant aux crimes, les seconds, beaucoup plus nombreux, font en sorte qu'elles soient effectives (Eisikovits, 2009).

Enfin, et surtout, dernier ensemble de critiques, la justice pénale internationale opère selon un modèle de responsabilité individuelle qui isole les acteurs afin de cerner ce qui est le propre de l'individu jugé. Même si toute action criminelle donne lieu à une enquête examinant les antécédents du crime et tout ce qui pourrait l'expliquer partiellement par des circonstances atténuantes, l'examen répété de cas particuliers peut difficilement offrir une vue d'ensemble de crimes de guerres ou de crimes de masse organisés de manière systématique par une instance politique. Pourtant, la responsabilité individuelle des autorités supérieures doit absolument être maintenue, à la condition de ne pas offrir une absolution aux nombreux exécutants des crimes. Il semble donc nécessaire d'avoir recours à une autre conception de la responsabilité politique, plus sensible aux phénomènes d'action collective.

La justice réparatrice

La justice pénale et le modèle rétributiviste, centré sur la nécessité du châtement ou de la sanction, ne répondent pas de manière satisfaisante aux exigences de la justice transitionnelle, en particulier en contexte d'après-guerre. Il est d'usage de distinguer la conception déontologique et la conception conséquentialiste de la justice pénale. La première, dont le rétributivisme est une

des principales variantes, suppose que la peine est méritée par l'agent fautif et qu'elle ne doit servir aucune autre fin que la sanction du crime. La seconde voit le châtement parmi un ensemble de mesures visant à garantir le respect des normes sociales en vue de l'équilibre social. Le danger est donc d'instrumentaliser la peine en vue de fins indépendantes de la justice (Guillarme, 2003). Pour cette raison, les instances actives au sein des processus transitionnels, comme les gouvernements, ont fait appel au modèle de la justice réparatrice, ou *restorative justice* (Sullivan, 2008). Selon John Braithwaite, la justice réparatrice se veut à la fois une réponse au mal causé par le délit et une enquête collective sur ce que révèle ce délit, au sujet des ses auteurs mais aussi de la communauté à laquelle ils appartiennent (Braithwaite, 2002). La justice réparatrice est clairement d'inspiration conséquentialiste, mais répond à la critique de l'instrumentalisation en préconisant un ensemble de garde-fous contre de telles dérives. Au centre de ces mesures est l'idée d'une délibération entre les parties prenantes. Il existe plusieurs variantes au sujet de la justice réparatrice, mais, selon Braithwaite, la plupart des auteurs s'accorderaient sur la définition proposée par Tony Marshall : « La justice réparatrice est un processus par lequel toutes les parties ayant un rapport avec un crime se réunissent en vue de résoudre collectivement les problèmes soulevés par les suites de la violence » (cité par Braithwaite, 2002, p. 11). La réparation des dommages suppose dès lors des demandes morales à l'égard des agents à l'origine des délits, mais aussi à l'égard des victimes. Ces demandes ne sont évidemment pas du même ordre.

Les différentes critiques de la conception strictement rétributiviste de la justice pénale internationale plaident en faveur d'une approche complémentaire, celle de la justice réparatrice. En effet, soit cette approche remplace la justice rétributive, ce qui nous semble dangereux et surtout improbable, *a fortiori* en contexte d'après-guerre, soit elle sera pensée de manière complémentaire, ce que nous préconisons. Cela signifie que l'approche de la justice réparatrice est instituée en parallèle de la justice pénale centrée sur la sanction. Nous sommes devant une conception mixte de la réparation. La défense de cette approche ne peut être faite ici, mais il est possible de voir en quoi, si elle était présentée de manière satisfaisante et cohérente, une telle approche mixte permettrait de répondre aux critiques énumérées plus haut. Elle permettrait également un arrimage plus aisé entre les processus transitionnels de réparation et ceux de pacification et de démocratisation, en raison de la place centrale accordée à la délibération entre

les parties. Il faut le souligner, le modèle délibératif est le cœur théorique de la justice transitionnelle si tant est qu'elle est entendue de manière globale. Fondée sur l'idée d'une médiation nécessaire entre les parties, le processus de justice réparatrice place comme point de départ à la justice un rapport d'échanges délibératifs entre les parties concernées par le conflit. Ces échanges seront nécessairement normés par des principes démocratiques, sans quoi ils seront caducs. Par conséquent, si les procédures juridiques ont pour fondement une délibération démocratique, ils ne pourront d'emblée s'opposer au processus de démocratisation. Ils seront au contraire des instigateurs des processus de démocratisation.

Une des manifestations les plus connues de la justice réparatrice est le modèle des commissions vérité et réconciliation, dont il a été question plus haut. Ce modèle présente d'indéniables avantages, car il accorde une valeur primordiale au témoignage des victimes, ce qui est crucial pour leur reconnaissance, à la condition que les demandes de reconnaissance ne passent pas obligatoirement par la sanction, ce qui exigerait une procédure indépendante pour examiner le bien-fondé d'une telle exigence. Il reste à déterminer les motivations du témoignage, et à examiner dans quelles mesures elles concourent au processus sinon de réconciliation au sens fort, au moins de réparation commune en vue de la transition vers la justice et la démocratie. Il importe alors d'éviter une disqualification des témoignages sur la base du groupe d'appartenance des témoins. Ainsi, dans le cas d'un examen du conflit qui opposa Serbes et Croates lors de la guerre de 1991-1995, un privilège accordé aux témoignages des seuls derniers pourrait nuire fortement à la fois à l'établissement des faits, mais aussi aux efforts de reconstruction. Encore une fois, les objectifs d'une véritable justice ne peuvent être atteints si les procédures ne sont pas équitables.

La justice réparatrice peut aussi conduire à l'impasse si elle mène à l'amnistie ou à l'impunité et, en dernière instance, à la désresponsabilisation des parties. Dans ce cas, la délibération serait employée à la fois contre la justice et contre elle-même, puisque le déni de justice déboucherait nécessairement sur des ressentiments et, par la suite, sur le refus de tout nouveau dialogue, le lien minimum de confiance ayant été perdu. C'est la raison pour laquelle la délibération propre aux objectifs de réparation demande à la fois des contraintes internes, dont il vient d'être fait mention, et des contraintes externes, qui seraient du ressort de la justice pénale

internationale – d'où la nécessité d'une conception mixte de la justice pénale – et des mouvements transitionnels parallèles à celui de la justice pénale, comme les efforts de démocratisation, dont il sera question plus loin.

L'ensemble de ces mesures pourraient être associées au principe kantien de publicité, ou plus généralement de transparence. Il ne saurait y avoir d'interprétation exacte de la nature et de la portée des crimes sans évaluation précise du contexte d'arrière-plan et des conditions de l'action. Si même les institutions propres aux sociétés transitionnelles sont instables ou en voie de formation, elles n'ont guère de chances de succès sans ce critère de publicité. En outre, les processus transitionnels étant pour la plupart encadrés par des institutions et des organisations étrangères et internationales, celles-ci peuvent surveiller si les exigences de transparence sont satisfaites, à la condition qu'elles s'y soumettent elles-mêmes. Enfin, l'un des rôles de la société civile sera précisément d'observer et d'exiger, autant que cela lui est possible, cette transparence. C'est la raison pour laquelle la liberté d'expression est une condition absolue du processus transitionnel, de même que le droit à l'information.

Dans les débats qui auront cours à la suite de conflits et au moment des demandes de réparation, une forme de délibération sociale devrait être favorisée même si elle peut donner lieu à des tensions importantes. La recherche à tout prix de la paix peut entraîner un ressentiment important qui lui-même pourrait déboucher sur de nouvelles violences. Cela vaut aussi bien pour les transitions après les guerres civiles que pour celles qui font suite aux guerres interétatiques. Cette délibération est cruciale, car elle représente l'une des principales articulations entre les objectifs de justice et ceux de la pacification et de la démocratisation.

Délibération et formation des institutions

Les mécanismes propres à la démocratie délibérative dans le contexte d'une société bien ordonnée, voire d'une société mixte – où les contestations de l'autorité se font à la fois de manière violente et par la voie des instances démocratiques (Tilly, Tarrow, 2008) – répondent difficilement aux réquisits normatifs des théories de la démocratie délibérative, qu'elles soient d'inspiration rawlsienne ou habermasienne (Leydet, 2002). Selon ces théories, les échanges entre les partenaires de la délibération devraient répondre de certaines normes comme celles de la

transparence et de la réciprocité. Si ces réquisits semblent déjà trop élevés pour les sociétés bien ordonnées, cela condamne-t-il d'emblée le modèle délibératif dans le cadre de processus transitionnels ? Rien n'est moins sûr.

En premier lieu, la délibération est inévitable pour assurer une stabilité des institutions, même si elle peut donner lieu à de nouvelles crises et engendrer des polarités inexistantes jusqu'alors. En effet, à moins d'imposer par la manière forte la démocratisation et la justice, ce qui serait absurde – même si de telles tentatives furent tentées – le rapport entre les parties naguère en conflit constitue une étape indispensable, aussi bien au moment de revenir sur les crimes que pour assurer une véritable sortie du conflit. En second lieu, la délibération assure, si elle est maintenue selon certains paramètres, une constante réactualisation du rapport civique des agents à l'égard du lien social, ce qui est la source même du dynamisme dont tout processus transitionnel a besoin.

La délibération n'empêchera pas, ni ne doit empêcher, un certain type de conflit entre les parties. Le dissensus est nécessaire, car il permet une auto-surveillance entre les agents, à la manière des mécanismes de *checks and balances*. Il faut toutefois éviter un simple rapport de forces débouchant sur la défaite du plus faible (Dryzek, 2006, chap. 3).

La délibération doit malgré tout avoir une fin, non pas en elle-même, mais lorsqu'il s'agit de prendre une décision (Goodin, 2008). Dans le cas de sociétés transitionnelles, la procédure du vote, efficace par ailleurs, semble peu probable. Pourtant, dans la mesure du possible, elle devra être employée afin d'éviter que la délibération n'entrave, plutôt qu'elle ne stimule, l'efficience du processus transitionnel.

Il n'empêche qu'il est difficile d'envisager une procédure de démocratie délibérative en contexte transitionnel, pour la simple raison que les institutions démocratiques ne peuvent être complétées sans d'abord exister, c'est-à-dire sans présenter une certaine stabilité. La délibération peut suivre un processus transitionnel, mais elle en est aussi la condition. En ce sens, on parlera de démocratisation délibérative. Celle-ci pourrait être vue en trois moments successifs, et ce de façon plus logique que chronologique :

1) La délibération se vérifiera au sein des mécanismes de la justice transitionnelle. Elle sera le lieu du témoignage mais aussi de l'investigation et de la vérification des preuves.

2) La délibération favorise l'archivage des faits et la construction de la mémoire civique. Il y aura alors nécessairement un dialogue critique entre les historiens et les protagonistes des conflits, dont la mémoire sera soumise à l'examen historique. Mais, orientée vers le passé, la mémoire est aussi un regard vers l'avenir, car elle enregistre les actes pour les inscrire dans une longue durée.

3) La délibération oblige au principe de respect minimal d'autrui et de réciprocité. Elle agit de manière dynamique afin de consolider les efforts parallèles de démocratisation – la création des institutions et des normes juridiques propres au modèle démocratique préconisé par une société donnée – mais aussi comme entité civique de surveillance, à la fois à l'égard de la démocratisation et de l'ensemble des processus transitionnels. Elle permet un contrôle par la société du modèle politique et juridique qui est élaboré pour elle. Puisque tous les acteurs sociaux ne participeront pas au même titre – même s'ils sont égaux en droit – à la création des nouvelles institutions, il est nécessaire qu'ils soient en position de surveiller et de contrôler ce qui pourrait être contraire à leurs droits fondamentaux et à leurs intérêts. Cela peut être nécessaire aux premiers balbutiements des nouvelles institutions, ou plus tardivement dans le processus transitionnel, par exemple lorsqu'il s'agit de savoir quel type d'éducation civique et historique sera donné aux nouvelles générations, ou lors de la création de lieux de mémoire, comme les monuments civiques.

Il reste que la délibération doit reposer sur une vision minimaliste de la cohésion et de la coopération sociale. En d'autres termes, ce qui est recherché n'est pas une communauté de valeurs fortes, mais minimales, lesquelles assurent ensuite la recomposition du lien social, sans jamais empêcher le pluralisme des valeurs. Toute tentative allant à l'encontre du pluralisme exacerbera les tensions sociales sans pour autant tirer profit du dynamisme conflictuel.

Pour les procès, de même que pour les délibérations en vue de la réparation, la transparence est une condition vitale. Il en va de même pour la démocratisation, ce qui doit être vérifiable dans les mécanismes délibératifs eux-mêmes, mais aussi pour ce qui touche aux enjeux de la délibération. Sans transparence, les individus avancent à l'aveugle dans leurs échanges, ce qui mine la confiance et empêche la coopération.

La coordination des processus de paix, de justice et de démocratisation implique la participation de l'ensemble des parties prenantes. C'est la raison pour laquelle les institutions émergentes doivent veiller à ce que la critique publique des décisions juridiques et politiques ait libre cours, d'où l'importance de médias libres et indépendants. Le financement public des médias devrait apparaître parmi les premières priorités des gouvernements transitionnels, tout en leur laissant une totale liberté. Il importe aussi de favoriser le travail d'organisations internationales dont l'une des forces est de pouvoir dénoncer les tentatives de dissimulation de l'information.

Conclusion

Quel est le sens d'une recherche des fondements normatifs de la justice transitionnelle et du *jus post bellum* ? Comme toute démarche analytique de ce genre, il s'agit d'abord et avant tout d'éclaircir et de comprendre les enjeux moraux et pratiques qui existent déjà au sujet de la guerre et des modalités de transition vers la démocratie, notamment en regard des lois internationales. Ces normes institutionnelles, ou en voie d'institutionnalisation, peuvent cependant être complétées et unifiées dans un discours théorique global, permettant dès lors de mieux saisir des liens importants entre des catégories juridiques et politiques en apparence indépendantes. En dernière instance, le but est d'influencer, par la démarche philosophique et dans la mesure du possible, la construction des nouveaux paramètres de la justice pénale internationale, ainsi que le travail de reconstruction juridique et politique propre aux États et aux communautés politiques.

Dans un livre récent consacré à la justice transitionnelle, Jon Elster met en garde contre une interprétation théorique et normative de la justice transitionnelle. Selon lui, les phénomènes de transition, observables au moins depuis la Révolution Française, ne se laissent pas

emprisonner dans les cadres étroits des normes morales. Ces phénomènes politiques sont trop liés à leur contexte d'émergence pour se prêter à des généralisations normatives. Toutefois, il admet que les seules descriptions empiriques des transitions politiques ne sont pas suffisantes, car il est possible de voir des mécanismes partagés par des réalités politiques distinctes. Or identifier ces mécanismes suppose un degré d'abstraction moins élevé que celui exigé par une approche normative des phénomènes transitionnels (Elster, 2004, p. 76-77). S'il n'est possible de généraliser que par la classification (taxinomie) des processus de justice transitionnelle, et si nous ne pouvons pas expliquer ces processus ou leur émergence par des lois causales, comment peut-on proposer un ensemble de paramètres normatifs pour les transitions ?

À cette limite supposée de l'approche théorique et *a fortiori* de l'approche normative, on peut répondre par deux contre-arguments. Le premier, plus facile, consiste à dire que si cela est vrai de la justice transitionnelle, cela devrait l'être aussi de la grande majorité des phénomènes politiques. Mais cet argument, qu'accepterait probablement Elster, n'est pas une bonne réponse, car il ne permet pas de trancher la question. Une autre réponse, plus intéressante, repose sur un constat simple: il semble extrêmement difficile d'éviter l'évaluation des normes en présence dans les processus transitionnels, précisément parce qu'il s'agit de normes et non de faits bruts. Par conséquent, l'évaluation des normes en présence suppose elle-même un cadre normatif, qui ne serait pas dérivé de l'étude stricte des faits, mais en interrelation avec celui-ci.

Une théorie de la justice transitionnelle entendue comme une théorie mixte de la justice sociale, de la réparation et de la démocratisation, ne peut réduire les demandes morales à des émotions ou des intérêts. Même si l'indignation devant les crimes commis par les autorités politiques peut s'atténuer avec le temps, cela ne remet pas en question la légitimité des demandes de justice ni l'importance des efforts de démocratisation (Luban, 2006). En revanche, il va de soi que l'évaluation des normes mises en place dans un processus transitionnel doit absolument tenir compte, dans la mesure du possible, de l'ensemble des faits disponibles. Dès lors, la théorie ne doit pas être plaquée sur la réalité dont elle entend rendre compte, mais s'inspirer d'elle. L'évaluation du discours normatif se fera ainsi par l'épreuve de l'expérience.

Références bibliographiques

- Gary Bass, *Stay the Hand of Justice. The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2002, p. 329.
- John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- Barbara Cassin, Olivier Cayla, Philippe-Joseph Salazar (dir.), « Vérité, réconciliation, réparation », *Le Genre humain*, n° 43, Paris, Seuil, 2004.
- John S. Dryzek, *Deliberative Global Politics: Discourse and Democracy in a Divided World*, Londres, Polity Press, 2006.
- Nir Eisikovits, « Transitional Justice », in Edward N. Zalta (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2009 Edition (<http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/justice-transitional>).
- Jon Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspectives*, New York, Cambridge University Press, 2004, p. 76-77.
- Robert Goodin, *Innovating Democracy: Democratic Theory and Practice after the Deliberative Turn*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Bertrand Guillarme, *Penser la peine*, Paris, PUF, 2003.
- David Hazan, *Juger la guerre, juger l'histoire. Du bon usage des commissions Vérité et de la justice internationale*, Paris, PUF, 2007.
- Christopher Kutz, *Complicity. Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge / New York, Cambridge University Press, 2000.
- Dominique Leydet (dir.), « La démocratie délibérative », n° spécial de la revue *Philosophiques*, vol. 29, n° 2, automne 2002, p. 175-423.
- David Luban, « Review of Jon Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective* », *Ethics*, n° 116, 2006, p. 409-412.
- Christian Nadeau, Julie Saada, *Guerre juste, guerre injuste. Histoire, théories et critiques*, Paris, PUF, 2009.
- Dennis Sullivan (dir.), *The Handbook of Restorative Justice*, New York, Palgrave, 1998.
- Charles Tilly, Sidney Tarrow, *Politique(s) du conflit. De la grève à la révolution*, Paris, Presses de Sciences Po, 2008.
- John Torpey, *Making Whole What Has Been Smashed. On Reparation Politics*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2006.
- Michael Walzer, *Guerres justes et injustes. Argumentation morale avec exemples historiques*, Paris, Folio Gallimard, 2006.

Publié dans laviedesidees.fr, le 23 mars 2009

© laviedesidees.fr