

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA JUSTICE ET L'HISTOIRE FACE AUX PROCÈS POUR CRIMES
CONTRE L'HUMANITÉ : ENTRE LA MÉMOIRE COLLECTIVE ET
LA PROCÉDURE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT

PAR
JOCELYN NÉRON

SEPTEMBRE 2010

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

RÉSUMÉ

Les cours ont été confrontées au lendemain des atrocités de la Deuxième guerre à définir un nouveau concept légal, celui de crime contre l'humanité. Ce concept fait appel à une explication plus large de son impact, une "contextualisation historique". Pour ce faire, des historiens ont été appelés à témoigner dans les cours nationales et internationales, à agir comme "expert". La justice s'est donc servi de cette expertise pour encadrer les jugements relatifs aux crimes contre l'humanité. Mais en même temps, l'historiographie de la Deuxième guerre s'est grandement inspirée des jugements pour crime contre l'humanité afin d'écrire l'histoire du conflit. Un nouveau rapport justice-histoire s'est donc établi à travers le développement du concept de crime contre l'humanité. Pourtant, à travers des démarches méthodologiques et épistémologiques différentes, les deux champs de connaissance traitent de vérités distinctes : celle historique demeurant ouverte, tandis que la vérité juridique se présentant comme plus définitive, car punitive. La confusion fut notamment aggravée par le fait qu'on a confondu, suite à Nuremberg, ce qui relève de la mémoire (les témoignages) et ce qui revient à l'histoire (fruit d'une démarche scientifique). En développant un nouveau concept, celui de "mémoire de crime de masse", on demande maintenant à la cour de rendre justice, c'est-à-dire réécrire l'histoire, au nom de cette même mémoire.

À l'aide de procès phares - ceux de Nuremberg, de Eichmann, des procès français (Papon, Barbie et Touvier) et ceux des cours internationales *ad hoc* (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et, dans une moindre mesure, le Tribunal pénal international du Rwanda) - l'auteur cherche à démontrer combien l'utilisation de l'histoire par la justice et de la justice par l'histoire est empreinte de risques, de dérapages et de volonté de contrôle par le politique, car les enjeux touchent des responsabilités individuelles et collectives. Le mémoire débute par une présentation du concept de crime contre l'humanité, puis fait état du procès décisif que fut Nuremberg à vouloir écrire l'histoire. Par la suite, le travail distingue les procès nationaux de ceux internationaux, démontrant que les enjeux se ressemblent dans les deux cas : risques de manipulation politique et de procès spectacles.

Mots clés : Crime contre l'humanité; historiographie; expertise; procès spectacles; vérité historique; vérité juridique, mémoire collective.

AVANT-PROPOS

Beaucoup s'est écrit sur les différents thèmes traités dans ce mémoire. On a réfléchi sur les liens qui unissent la justice et l'histoire, sur la place des historiens dans les tribunaux, et, parallèlement, on s'est penché sur comment le concept de crime contre l'humanité avait évolué au fil des ans depuis Nuremberg et même avant. Ce mémoire souhaite recouper ces deux pistes. Certains auteurs - je pense à François Bédarida, Paul Ricoeur et Henri Rousso - ont vu comment ce concept juridique a pu affecter l'historiographie de la période de Vichy dans l'histoire française. La notion juridique de crime contre l'humanité bouleverse, dans son application, à la fois la justice en lui assignant un rôle qu'elle peine à assumer - celui d'écrire une page d'histoire - et l'historiographie en introduisant une méthodologie à caractère juridique qui ne lui est pas propre, et en mettant de l'avant les revendications de la mémoire, affectant du même coup l'historiographie nationale.

La difficulté rencontrée par les cours, nationales et internationales, à en arriver à une définition consensuelle du crime contre l'humanité est le reflet de la présence de ce corps étranger : la contextualisation historique, dont la lecture est intimement liée à des questions identitaires. J'ai voulu, avec quelques cas que j'estime exemplaires, faire apparaître ce « malaise ». Le mémoire ne se veut pas une démonstration exhaustive des rapports entre la justice et l'histoire, mais plutôt une illustration de l'impact causé par la venue du concept de crime contre l'humanité dans ces rapports.

Remerciements

Je voudrais remercier mon directeur de mémoire au département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal, Dr. Bruce Broomhall, qui a su m'orienter sur ce qui au départ n'était qu'une vague impression qu'il y avait là matière à réflexion pour finalement aboutir à ce travail achevé. Ce mémoire croise des savoirs qui dépassent ceux du droit : philosophie, histoire, science politique. Je remercie M. Broomhall de m'avoir permis d'explorer un thème juridique sur ces bases élargies. Finalement, j'en profite aussi pour remercier ma famille, Brigitte, ma conjointe, en particulier, d'avoir accepté de nombreux sacrifices afin que je puisse accomplir ce travail.

ABRÉVIATIONS

CIJ	Cour internationale de justice
CPI	Cour Pénale Internationale
<i>Eichmann</i>	Attorney-General of the government of Israel vs Adolf Eichmann, District Court of Jerusalem, 12 décembre 1961, ILR, 1968, Vol.36, pp.18-276, et décision de la Cour Suprême de l'État d'Israël, 29 mai 1962, <i>ibid.</i> , p.277-342.
JCE	Joint Criminal Enterprise
ONU	Organisation des Nations Unies
S.A.	Sturmabteilungen
S.D.	Sicherheitsdienst
S.S.	Schutzstaffeln
<i>Tadic</i>	TPIY, affaire noIT-94-1-T, Dusko Tadic, jugement, Chambre de première instance, 7 mai 1997.
TMI	Procès des grands criminels devant le Tribunal Militaire International de Nuremberg (14 novembre 1945 – 1 ^{er} octobre 1946), 42 volumes, Nuremberg, 1947, Texte officiel en langue française, Service d'information des crimes de guerre, Office français d'édition, Paris.
TPIY	Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie
TPIR	Tribunal Pénal International pour le Rwanda

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	ii
AVANT-PROPOS.....	iii
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	iv
INTRODUCTION.....	1

1ere PARTIE : THÉORIE ET CONCEPTS

CHAPITRE I RÉFLEXIONS THÉORIQUES AUTOUR DU RAPPORT JUSTICE- HISTOIRE.....	6
--	----------

- 1.1 Introduction
- 1.2 Écrire l'histoire, écrire la justice : Comparaisons entre les démarches juridique et historiographique
- 1.3 Vérités historique et juridique

CHAPITRE II LE CRIME CONTRE L'HUMANITÉ : UN CONCEPT JURIDICO- HISTORIQUE.....	15
--	-----------

- 2.1 Présentation du contexte d'origine
- 2.2 Une norme coutumière définie par Nuremberg, développée par le droit interne et redéfinie en droit international
- 2.3 Un concept tirailé entre la Common Law et le Droit civil
- 2.4 Rôle des historiens et *mens rea*
- 2.5 Conclusions

CHAPITRE III PROCÈS NATIONAUX, INTERNATIONAUX ET HISTORIOGRAPHIE : DÉFINITIONS, JURIDICTIONS ET DISTINCTIONS.....	24
--	-----------

2^e PARTIE : LES CAS D'ANALYSE (NUREMBERG, EICHMANN, BARBIE, TOUVIER, PAPON, TPIY)

CHAPITRE IV

LE TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL DE NUREMBERG : L'APPEL À LA JUSTICE À ÉCRIRE L'HISTOIRE.....31

- 4.1 Introduction
- 4.2 Contexte et droit à Nuremberg
- 4.3 Justice, historiographie et représentation de la Shoah à Nuremberg
- 4.4 Histoire écrite et mémoire des témoins
- 4.5 Narrations juridiques, historiques et représentations : l'omission du drame juif
- 4.6 L'histoire racontée par la justice à Nuremberg
- 4.7 Le legs de Nuremberg post-1945 : le silence des historiens
- 4.8 L'effet Nuremberg sur l'historiographie : archives allemandes plutôt que témoignages juifs, l'écrit plutôt que la parole, l'histoire au lieu de la mémoire

CHAPITRE V

LE PROCÈS EICHMANN : HISTORIOGRAPHIE, AFFIRMATION NATIONALE ET CRIME CONTRE L'HUMANITÉ.....47

- 5.1 Introduction
- 5.2 Procès nationaux et héritage de Nuremberg
- 5.3 Points de droit du procès Eichmann
- 5.4 Principaux points litigieux du procès et historiographie
- 5.5 Représentations juridique, historique et identité
- 5.6 Procès nationaux, procès politiques et procès spectacle
- 5.7 Impacts du procès Eichmann sur la mémoire collective et l'identité israéliennes
- 5.8 Choc de deux visions quant au rôle du procès à écrire l'histoire : Arendt contre Hausner
- 5.9 Derniers points de réflexion

CHAPITRE VI

LES PROCÈS BARBIE, TOUVIER ET PAPON : CONFRONTATION HISTOIRE NATIONALE ET JUSTICE.....72

- 6.1 Introduction
- 6.2 Le procès Barbie : interprétation de la définition du crime contre l'humanité et historiographie
 - 6.2.1 Contexte
 - 6.2.2 Révision historique à travers l'interprétation juridique du crime contre l'humanité

- 6.3 Le procès Touvier
 - 6.3.1 Contexte
 - 6.3.2 Interprétation du crime contre l'humanité et historiographie
 - 6.3.3 Nouvelle interprétation du crime contre l'humanité
- 6.4 Le procès de la continuité de l'État : Maurice Papon
 - 6.4.1 Contexte
 - 6.4.2 Entrée des historiens dans le débat juridique
- 6.5 La nouvelle historiographie française post-justice
- 6.6 Conclusions

CHAPITRE VII

PROCÈS INTERNATIONAUX ET HISTORIOGRAPHIES NATIONALES : EXPERTISE HISTORIENNE ET PROCÉDURES DANS LE CADRE DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE

.....93

- 7.1 Introduction
- 7.2 Les tribunaux internationaux et la définition du crime contre l'humanité
- 7.3 Les procédures du TPIY et la recherche de vérités juridique et historique
- 7.4 L'expertise historique dans le cadre du TPIY
- 7.5 Culpabilités personnelle et collective : contribution du TPIY (L'Entreprise criminelle commune)
 - 7.5.1 L'Entreprise criminelle commune : présentation du concept
 - 7.5.2 L'Entreprise criminelle commune et l'historiographie
- 7.6 Conclusions : limites des procès internationaux à écrire l'histoire

CONCLUSIONS DU MÉMOIRE.....120

BIBLIOGRAPHIE.....123

INTRODUCTION

« *Who controls the past controls the future.
Who controls the present controls the past* »

Nineteen Eighty-Four, G. Orwell

Les grands conflits qui ont marqué le XXe siècle ont laissé des traces qui, quelques soixante-cinq ans plus tard, sont toujours visibles parmi nous. Peut-être par crainte d'échapper quelque chose d'essentiel en des temps incertains, notre époque ne veut pas tourner la page, la commémoration est notre *modus vivendi*. Cette obsession du passé a conduit à confondre deux notions distinctes : la mémoire et l'histoire. Comme l'explique Rousso, « la mémoire rend le passé présent, mais de façon immédiate et sélective; l'histoire, elle, nous permet d'appréhender la distance qui nous sépare de lui. »¹. Cette confusion fut générée par la justice rendue au lendemain de la Deuxième guerre mondiale. Cette justice, appelée à écrire l'histoire, s'accapara de la mémoire des victimes pour agir comme historienne officielle.

En 1945, la justice fut confrontée à une réalité qui dépassait ses cadres de référence : des crimes de masse orchestrés par des bureaucraties étatiques totalitaires dont la nature et l'ampleur défiaient l'imagination. Des tribunaux spéciaux (Nuremberg en 1945, Tokyo en 1946), mis en place par les nations victorieuses, furent créés. Alors que la défaite de l'ennemi était imminente, il fut décidé lors de la Conférence de Londres du 8 août 1945 qu'on devait juger les responsables de ces crimes pour lesquels, pourtant, rien n'exista en droit qui puisse donner une mesure pénale satisfaisante. Comme on sait, l'angle choisi, dans le cas de Nuremberg, fut celui de juger ces crimes à l'aune des crimes de guerre et du complot fomenté par les forces de l'Axe (article 6 de la Charte de Londres)². Mais une nouvelle catégorie de crime fut aussi ajoutée, celle des crimes contre l'humanité

¹ Henri Rousso, *La Hantise du passé*, Éditions Textuelles, 1998 à la p.5.

² Cet angle aura aussi un impact sur l'historiographie de la Deuxième guerre comme nous le verrons dans le mémoire.

(article 6c)³. Depuis ce jour, cette catégorie a amené la justice à introduire l'histoire au sein du processus juridique, et la justice dans l'historiographie. Voyons comment tout cela est survenu.

Le procureur américain, Robert Jackson, comprit bien, lors de son célèbre exposé à l'ouverture du procès Nuremberg, que ce même procès ne pouvait faire abstraction d'un contexte explicatif plus large, un cadre historique, pour raconter non seulement ce qui s'était passé, mais aussi pour laisser aux générations futures un témoignage, une trace, de ces temps terribles marqués par la volonté toute froide d'un régime criminel déterminé à exterminer des populations entières.

Le procureur général américain, Robert Jackson :

« Le procès que nous entamons contre les principaux inculpés a trait au plan de domination nazi, et non aux actes individuels de cruauté qui se sont produits hors de tout plan concerté. Notre procès doit constituer un historique bien documenté de ce qui était, nous en sommes convaincus, un plan d'ensemble, conçu en vue d'inciter à commettre des agressions et les actes de barbarie qui ont indigné le monde »⁴.

Il ajoutera :

« Nous ne devons jamais oublier que les faits pour lesquels nous jugeons ces accusés sont ceux pour lesquels l'Histoire nous jugera demain. Leur donner une coupe empoisonnée, c'est aussi la porter à nos lèvres. Nous devons accomplir notre tâche avec détachement et intégrité intellectuelle afin que ce procès représente pour la postérité la réalisation des aspirations humaines à la justice »⁵.

Ainsi était formulé par Jackson un appel à la justice afin qu'elle écrive une page d'histoire. Le procès Nuremberg en fut donc un où des preuves documentaires constituant autant de futures archives historiques furent convoquées pour témoigner. Nonobstant cette démarche favorisée par la partie américaine, il demeurait que les actes commis dépassaient toute limite établie jusqu'alors et que pour que la justice puisse

³ *Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre de Puissances de l'Axe et statut du tribunal international militaire*. Londres, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 281. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/350?OpenDocument>

⁴ Annette Wieviorka, *Le procès de Nuremberg*, Paris, Éditions Liana Levi, 2006 aux pp. 10 à 13. Le soulignement est de nous.

⁵ Idem. Aussi, le site officiel de Jackson : http://www.roberthjackson.org/International_Law/

prendre la mesure de tels crimes, elle devait imaginer de nouveaux concepts. C'est ainsi que naquirent en droit positif les concepts de «crimes contre l'humanité» et «crime de génocide». Dans les deux cas, comme nous le verrons dans ce mémoire, il s'agit de concepts « historiques », c'est-à-dire faisant appel à une «contextualisation».

De tels procès ne sont pas monnaie courante. Ils sont avant tout caractéristiques de sociétés traversées par des crimes graves, souvent commis par l'État, lui-même associé à un ancien régime dictatorial. C'est alors le nouveau régime, libéral, qui met en place ces procès. Il faut donc qu'il y ait eu passage vers un État de droit. C'est par volonté de rupture avec le passé pour établir de nouvelles bases démocratiques que le nouvel État institue de tels procès. C'est aussi pour permettre aux milliers de victimes laissées sans voix de pouvoir obtenir enfin une forme de justice. L'histoire des torts subis, exprimée par le témoignage, peut alors s'écrire et quitter la simple mémoire collective pour trouver sa place au sein de l'Histoire officielle.

La question du rapport entre la justice, la mémoire collective et l'Histoire fait donc partie de la problématique des procès dans lesquels le concept de crime contre l'humanité intervient. Ce dernier introduit une dimension historiographique. Mais la question de l'utilisation de l'Histoire et de la mémoire collective pour fins juridiques et vice-versa de la justice pour fins historiographiques n'est pas simple. Des problèmes méthodologiques, épistémologiques et éthiques traversent ces rapports à un point tel qu'ils menacent l'essence même de ces champs d'action et de connaissance. Il s'agit, nous le verrons, à la fois d'une nécessité et d'un risque. Le mémoire vise, entre autres, à comprendre et illustrer pourquoi il en est ainsi grâce à l'étude de cas particulièrement éclairants, mais plus généralement, il vise à démontrer l'impact du concept de crime contre l'humanité sur l'historiographie.

Le premier de ces cas exemplaires est celui du procès de Nuremberg. Nous allons voir comment cet événement historique a jeté les bases d'un nouveau rapport justice-histoire grâce à l'émergence du concept de crime contre l'humanité. Nous étudierons ensuite le procès Eichmann qui eut lieu au nom de l'histoire du drame des Juifs en réponse aux

omissions faites par Nuremberg et ce dans un contexte d'affirmation nationale. Par la suite, d'autres cas nationaux, français en l'occurrence, seront traités, confrontés eux aussi au rapport difficile entre la justice et l'histoire alors qu'entrent en jeu les questions de responsabilités individuelle et collective, la relecture d'une histoire nationale et les questions identitaires. Encore tout frais parmi nous, les tribunaux internationaux du Rwanda (TPIR) et de l'Ex-Yougoslavie (TPIY) sont venus mettre en pratique les concepts de crimes contre l'humanité et de génocide au niveau international et présentent de ce fait un intérêt pour ce travail. Ces procès, les premiers depuis Nuremberg à intégrer en droit international le crime contre l'humanité, ont voulu tirer certaines leçons des critiques formulées à l'égard de Nuremberg. Soucieux en particulier d'éviter le piège des accusations de « justice des vainqueurs », on a développé dans les deux cas des procédures complexes de présentation de preuve. À travers l'étude du cas précis du TPIY, nous réfléchissons sur la notion de preuve en justice et en histoire, chaque champ de connaissance ayant un rapport particulier avec la « vérité ». Nous explorerons aussi les moyens développés au sein du TPIY pour intégrer les responsabilités individuelle et collective. Finalement, dans la conclusion, nous réfléchissons sur le concept de crime contre l'humanité et son rapport avec l'histoire dans le cadre de la Cour pénale internationale. Fondamentalement, tant dans un cadre national qu'international, les procès pour crime contre l'humanité cherchent à attribuer une responsabilité individuelle à des crimes présentant un caractère collectif. Cette détermination à distinguer l'individuel du collectif demeurera un défi tant pour la justice que l'histoire.

Voici donc, en résumé, la dynamique en question : une norme coutumière émerge en droit suite à la nécessité de juger des crimes d'une ampleur inégalée impliquant des agents d'un État. Des crimes souvent commis sur ses propres citoyens, des crimes associés à une politique délibérée. Une fois la norme instaurée en droit international- parce que norme de *jus cogens*- le droit interne se trouve en devoir de faire respecter cette norme. Du coup, la mémoire des crimes oubliés par l'histoire de ces États se trouve une nouvelle alliée, la justice. La justice appelée par la mémoire est celle des revendications, de la reconnaissance et de la révision de l'histoire. La justice, à son tour, remet en cause

cette histoire, mais dans un cadre qui est le sien et non celui des historiens. Responsabilités et identités nationales sont alors interpellées.

Dans la partie sur le procès Nuremberg, nous verrons que tout part de là. Le procès mettra en scène le juge et l'historien, tous deux incarnés par le procureur Jackson. Nous verrons que l'histoire qui découlera du jugement sera différente de celle que la Charte de Londres⁶ aurait pu raconter. L'histoire de la Shoah traversera une grande période de silence en raison des omissions historiques de Nuremberg. Les procès nationaux qui suivront auront aussi à composer avec cet élément –la doctrine de crime contre l'humanité- qui viendra bouleverser les histoires nationales. Les procès internationaux, *a priori* à l'abri de tels chocs, devront aussi composer avec un concept intimement lié dans sa définition à une réalité historique. C'est ainsi qu'on verra la définition du concept garder la trace des conflits de l'ex-Yougoslavie par exemple.

Mais avant cela, il nous faudra présenter certains éléments théoriques touchant ce rapport justice - mémoire collective - histoire. C'est pourquoi nous débutons le mémoire avec des réflexions théoriques sur le rapport entre le fait de rendre justice et celui d'écrire l'histoire, appelé historiographie.

⁶ Autre appellation pour l' *Accord concernant la poursuite et le châtimeut des grands criminels de guerre de Puissances de l'Axe et statut du tribunal international militaire*. *Supra*, note 3.

CHAPITRE I

Réflexions théoriques autour du rapport justice-histoire

« L'histoire n'avoue jamais »

Maurice Merleau-Ponty, Humanisme et terreur.

“La perte du souvenir est une condition transcendantale pour la science. Toute réification est un oubli.”

Theodor Adorno et Max Horkheimer, Dialectique de la raison.

1.1 Introduction

Tel qu'évoqué précédemment, la question du rapport, devenu étroit, entre la mémoire, l'histoire et la justice, découle directement des crimes de la Deuxième guerre et des outils juridiques développés en conséquence, en particulier le concept de crime contre l'humanité, concept juridico-historique sur lequel nous allons nous attarder dans le cadre du mémoire. Toutefois, comparer l'histoire à la justice ne date pas d'hier, on en trouve des traces jusqu'aux Grecs, et des expressions comme le « tribunal de l'histoire » reflètent une vision du rôle de l'historien qui n'a plus sa place aujourd'hui alors que ce dernier, dans son rôle de scientifique, cherche plutôt à comprendre qu'à porter des jugements. La démarche historiographique se veut avant tout critique et a-morale. Néanmoins, si on prend le cas de drames tels que ceux que nous étudions dans ce mémoire, ceux des crimes contre l'humanité comme la Shoah, l'historien se retrouve bien à écrire une histoire dont la dimension morale est intimement présente alors qu'il se voit confronté à une représentation et une narration qui ne cadrent plus dans la philosophie de l'histoire dominante. Cette philosophie est celle où la notion de temps est linéaire, progressive et la notion d'histoire « complétée », « terminée ». La Shoah ne répond pas à ces paramètres, comme on le verra plus loin. Ce qui est vrai du drame juif est peut-être vrai pour toutes les sociétés ayant traversé une situation de justice transitionnelle. Peut-être que la

mémoire, toujours avivée, appelée, refuse à l'esprit de passer à autre chose. Beaucoup d'auteurs ont questionné la possibilité même de faire l'histoire de la Shoah⁷.

Le génocide juif relève de la mémoire, comme on le verra, et cette émergence de la mémoire sur la scène politique en particulier est venue bouleverser notre conception de l'histoire. Depuis l'élaboration du concept de crime contre l'humanité et la sensibilisation publique à la Shoah, les victimes (aujourd'hui leurs familles) des crimes de la Deuxième guerre demandent à ce que chaque mémoire puisse être « reconnue » juridiquement : celle des juifs, des tziganes, des résistants, etc. Celles des autres drames, parfois remontant avant 1945, ont suivi. L'émergence des mémoires coïncide avec celle des revendications, d'où le rôle donné à la justice.

Le « devoir de mémoire » est donc devenu une revendication juridique. De ce phénomène découle maintenant le choc des mémoires (et des identités) et de la question de la « gradation » des souffrances et de la singularité du génocide juif. Ainsi, la mémoire remplaçant le travail plus long de l'histoire, plus rien n'est clos, les plaies demeurent vives. Ce qui menace donc les sociétés en situation de justice transitionnelle, c'est peut-être, paradoxalement, le « devoir de mémoire », critiqué par plusieurs auteurs comme Ricoeur, Rousso et Bédarida. Ceci nous fait penser aux Grecs qui en appelaient au devoir de l'oubli : Un accord rétablissant la démocratie en l'an 403 avant notre ère après une période de dictature établit une amnistie dans laquelle on appelait la population à ne pas se souvenir du mal subis. La paix et l'unité étaient des biens supérieurs à la recherche d'une pleine justice réparatrice⁸. L'injonction d'oublier n'était pas comme l'oubli lui-même. Il s'agissait de consciemment oublier, c'est-à-dire savoir, se souvenir, mais ne pas vivre du souvenir. Trouver l'équilibre entre l'oubli et l'obsession. Plutarque, se référant à

⁷ Le livre phare de Saul Friedländer, *Probing the Limits of Representation: Nazism and the Final Solution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, traite éloquentement de cette question.

⁸ Exemple cité par plusieurs auteurs comme étant un des premiers cas connus de justice transitionnelle. On traite de ce cas précis dans Nicole Loraux, *La Cité divisée : L'Oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris, Éditions Payot, 2005. L'auteur ouvre le débat sur la possibilité et la pertinence d'une "politique de l'oubli".

la sagesse de Solon, avait aussi un bon mot sur le sujet : "Il est politique d'ôter à la haine son éternité"⁹...

Cette émergence de l'importance de la mémoire est notable à travers une série de phénomènes sur la scène mondiale : appel à l'imprescriptibilité pour les crimes contre l'humanité; procès tardifs reposant sur des principes juridiques définis après les crimes dans le cas des crimes nazis; appel à la reconnaissance de torts remontant loin dans le temps comme les crimes liés à l'esclavage, par exemple; commémorations en tout genre; excuses publiques; compensations; jours nationaux; etc. Mais rien n'y fait, la mémoire est insatiable. Une plaque ici, un musée là, le crime demeure « imprescriptible »¹⁰ parce que la mémoire l'exige. On demande à la justice de prendre acte des appels de la mémoire grâce, entre autres, au concept de crime contre l'humanité qui entraîne une relecture de l'histoire. Si la mémoire a toujours consisté à rendre le passé présent, la démarche cherche maintenant à aller plus loin, à juger ce passé.

Plusieurs auteurs affirment que le caractère extrême du génocide juif est responsable de la place qu'occupe aujourd'hui la mémoire, au détriment de l'histoire, dans notre relation aux grands crimes de masse depuis lors, en raison de notre incapacité à saisir (représenter) historiquement la Shoah (qu'en est-il de la marche du progrès ? de la civilisation ?). L'histoire de la Solution Finale repose beaucoup sur les témoignages des survivants. Le témoignage est de l'ordre de la mémoire. L'histoire cherche plutôt à comprendre – mais comment comprendre Auschwitz ? demandent certains. Rousso précise cette idée :

« (...) la mémoire d'Auschwitz a sans conteste été la cause première de l'avènement du temps de la mémoire. (...) À sa singularité historique proprement dite a succédé une singularité mémorielle. (...) La mémoire inconsolable est à la mesure du traumatisme vécu ou infligé. Combien de générations faudra-il pour tourner la page et assigner cet

⁹ Plutarque, *La vie des hommes illustres*, la vie de Solon, partie 27, Paris, Didier, 1843. Certaines traductions expriment la chose ainsi : " la politique même ne veut pas que les haines soient immortelles." Voir : <http://remacle.org/bloodwolf/historiens/Plutarque/solon.htm>

¹⁰ Pour Jankélévitch, le peuple allemand, tout entier, sans discrimination, est « pour toujours » coupable. Voir Vladimir. Jankélévitch, *L'imprescriptible*, Paris, Seuil, 1986.

événement à une place « acceptable » dans l'Histoire, sans qu'il continue de suinter dans notre conscience ? »¹¹

L'incapacité à insérer cet événement dans l'histoire a aussi des répercussions sur la justice qui se voit interpellée. Le « devoir de mémoire » devient lui aussi « intraitable ». On demande « réparations » tout en déclarant le drame « irréparable ». À nouveau, Rousso :

« De notion juridique, ayant un sens précis – la possibilité de poursuivre ou de traduire devant un tribunal un criminel présumé tant qu'il est vivant-, l'imprescriptibilité s'est transformée en notion morale, applicable à un temps et à un espace que plus rien ne borde de manière claire. Elle a conduit de ce fait à créer une dette inépuisable (...) tout en donnant le sentiment qu'elle pouvait être réglée. D'où les surenchères permanentes, nécessaires pour entretenir le processus qui semble comme livré à lui-même (...) »¹².

L'appel à la mémoire devient une manière de régler les comptes non traités dans l'histoire. Elle est instrumentalisée à toutes les causes. La justice permet de régler des questions historiques complexes en simplifiant la problématique selon une lecture manichéenne (juste/injuste). On développe des paradigmes qui permettent de classer. Ainsi, le vocable « nazisme » assigné à tout permet de disqualifier l'autre sans tenir compte de la spécificité historique particulière à cette appellation. Le jugement (Nuremberg) a posé en termes moraux clairs son verdict sur cette question. Une norme est née. On croit du coup que la cour pourra trancher d'autres points d'histoire ambigus comme Vichy («On va régler une fois pour toute Vichy») à travers le procès de personnes, aujourd'hui âgées, associées de près ou de loin au régime de l'époque pour «tourner la page». Il n'y a plus de place pour le rôle essentiel de l'oubli, c'est l'appel éternel au devoir de mémoire. L'inscription à l'histoire permettrait ce passage, mais nous sommes dans une logique de commémoration perpétuelle.

Cette logique est née du refus d'historiciser la Shoah. En mettant l'accent sur la mémoire, un paradigme «mémoire de crime de masse » fut créé et tous les procès qui suivirent parlent de «tribunaux de la mémoire » et du devoir de mémoire. Aujourd'hui, la mémoire

¹¹ Rousso, *supra* note 1 aux pp.38-39.

¹² *Ibid.*, à la p.46

est appelée partout pour tout. Elle est devenue *valeur* et les tribunaux en sont les gardiens. Toute tentative de tourner une page, passer à autre chose, est vue comme suspecte. L'État lui-même a mis en place ce que Rousso appelle des « politiques de la mémoire ». Pour Ricoeur,

«Le devoir de mémoire est aujourd'hui volontiers convoqué dans le dessein de court-circuiter le travail critique de l'historien, au risque de refermer telle mémoire de telle communauté historique sur son malheur singulier, (...) de la déraciner du sens de la justice et de l'équité»¹³.

La mémoire a introduit la notion de jugement moral dans l'histoire et la judiciarisation de l'histoire a contribué à ce phénomène suite à l'intégration au sein des droits internes du concept de crime contre l'humanité. Depuis lors, la justice est associée au «devoir de mémoire», phénomène de notre temps et reflet de cette dérive de l'histoire vers la mémoire.

Pourtant des distinctions existent. Alors que l'histoire est une reconstruction scientifique du passé, la mémoire est plutôt faite de traces contribuant à la formation d'une identité. L'histoire est une narration s'insérant dans une démarche de connaissance. Mais l'histoire et la mémoire se nourrissent aussi mutuellement. Rousso, dans son livre éminemment éclairant « La Hantise du passé », ajoute cette précision très importante pour notre problématique :

« La mémoire a pour caractéristique de préserver une continuité et de permettre à l'individu ou au groupe d'absorber les ruptures, d'intégrer celles-ci dans une permanence »¹⁴.

La cour est alors utilisée pour garantir la pérennité de cette mémoire.

¹³ Ricoeur cité par François Bédarida, *Histoire, critique et responsabilité*, Paris, Éditions Complexe, 2003 à la p. 253.

¹⁴ Rousso, *supra* note 1 à la p.22.

1.2 Écrire l'histoire, écrire la justice : Comparaison entre démarches juridique et historiographique

Outre la problématique du rapport mémoire-histoire, les procès que nous étudierons poseront le problème du rapport histoire-justice, entre ce que signifie "narration juridique" et "narration historique", car les procès pour crime contre l'humanité s'assignent ce double rôle, que ce soit dans un cadre national ou international. On peut dire, au départ, que ces deux fonctions prétendent atteindre une adéquation entre le discours et la réalité. Mais elles opèrent différemment sur le plan méthodologique. Qu'est-ce qu'écrire l'histoire ? Et la justice ? Comme le disait Carlos Ginzburg :

« Tandis que, voilà une dizaine d'années, il était possible de souscrire sans réserve à la nette distinction entre historien et juge (...), les choses semblent aujourd'hui plus compliquées »¹⁵.

Pour Ricoeur, faire de l'histoire s'effectue en trois phases : 1) la phase documentaire : le témoignage et l'archive (car comme le souligne Bédarida, la connaissance historique dépend d'une mémoire à plusieurs¹⁶). Importance donc du témoignage. 2) la phase d'explication-compréhension ; 3) la phase de représentation. Scripturaire et littéraire. Narration et rhétorique.

La justice opère de manière similaire, mais ses procédures sont différentes parce qu'elle vise une vérité différente – juridique et non historique. Comme le dit Geertz, « Whatever law is after, it is not the whole story »¹⁷.

Rendre justice et écrire l'histoire (historiographie) présentent aussi de multiples similitudes. Toutes deux aspirent à une narration qui est à la fois synthétique et ouverte aux témoignages contradictoires. Au sein de notre cadre d'analyse, à savoir les crimes

¹⁵ Carlo Ginzburg, *Le Juge et l'historien*, Paris, Lagrasse Verdier, 1997 à la p.21.

¹⁶ François Bédarida, *supra* note 13 à la p.254.

¹⁷ Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretative Anthropology*, New York, Basic Books, 1983, cité dans Robert Burns, *A Theory of the Trial*, Princeton, N.J., Princeton U.Press, 1999 à la p.22.

contre l'humanité, chacun cherche à établir une vérité quant aux acteurs et au déroulement des événements.

Les historiens doivent aussi faire appel au concept de «responsabilité» en ce que ce concept détermine le degré de liberté de choix des acteurs au sein d'un contexte donné. Les historiens, comme les tribunaux, sont interpellés pour donner des réponses quant au pourquoi des choses et leur signification. Ainsi, l'historien doit aussi, dans une certaine mesure, «rendre justice» en donnant leur due aux protagonistes. Parallèlement, la narration juridique ne sert pas qu'à donner un verdict, mais aussi un sens aux témoignages rendus. Les deux narrations constituent des synthèses s'ouvrant du même coup à la critique. Mais l'histoire peut être à la fois établie à travers des faits reconnus et provisoire dans certains segments narratifs. La justice apparaît plus *définitive* dans son ensemble. Que ce soit pour la justice ou l'Histoire, on se réclame de la «vérité», une plaine difficile à circonscrire.

1.3 Vérités historique et juridique

La justice conçoit qu'il peut y avoir des divergences de point de vue, mais une vérité indépendante existe, au-delà de tout doute raisonnable du moins. L'histoire, de son côté, ne peut se prononcer de manière aussi conclusive sur tout. Sa "zone de doute" est beaucoup plus vaste. Certains faits (Napoléon est mort) sont indéniables, «fermés», d'autres plus «ouverts» (Comment est-il mort ?). Dans le cas des crimes contre l'humanité, la cour devra se faire une idée sur ce qui s'est passé à travers une série d'histoires alternatives délimitées par les règles strictes de la procédure et de la mise en preuve. Des questions permises dans le cadre de la cour viendront circonscrire et même construire la narration. Dans le cas de la justice, nous avons le rejet de l'ambiguïté, celui de l'histoire son acceptation.

Le paradigme épistémologique de la justice, sous sa forme positiviste traditionnelle, avance qu'il existe une vérité objective, connaissable, qui peut être révélée («la vérité et toute la vérité»). Pour Rousso qui, en tant qu'historien, a refusé de témoigner au procès

de Papon, le rôle de l'historien n'est pas de juger et le discours historiographique n'est fait ni pour les réquisitoires ni les plaidoyers. Selon lui, la justice et l'histoire cherchent des vérités différentes à travers la création de narrations différentes :

« Une histoire judiciaire est une histoire où la rhétorique prend le pas sur l'argumentation et dans laquelle accusateurs et défenseurs sont (...) renvoyés dos à dos »¹⁸.

Tant pour l'histoire que pour le droit, ce qui est dit n'est pas neutre. Le réel est vécu, l'histoire, légale ou autre, est racontée. Dans les deux cas, il s'agit de témoignage, de narration. Pour les critiques juridiques, la narration « objective » se résume à être « sincère », « non-contradictoire ». Farber fait état de cette vision des choses présente chez certains penseurs critiques :

« What passes for fact, both in historical research and in courts of law, is a narrative that provides a sense of faithfulness to the documentary narratives on which it is based. Apparently, the best for which one can hope is to credibly claim to be constructing a narrative of evidence one has not invented out of one's imagination. Not everything goes (...) but reality comes in multiple, and very different, versions»¹⁹.

Toujours selon Farber, il existe plusieurs raisons qui militent en faveur de l'argument voulant qu'il soit possible et souhaitable d'interpréter un fait objectivement. Une d'entre elles est le fait que le passé exerce toujours sur le présent à tout moment un certain pouvoir puisque de nouvelles « preuves » historiques peuvent venir bouleverser notre compréhension des choses. C'est l'« ouverture » de l'historien aux interprétations qui lui permet de se prémunir, mais qui l'oblige à chercher la plus grande rigueur pour se rapprocher le plus possible de l'histoire qui fera la plus grande distance temporelle, si l'on peut dire²⁰. Pour la justice, ce risque de répudiation est d'autant plus grand lorsqu'elle tente d'écrire une version de l'histoire associée à un jugement puisque ce dernier présente un caractère beaucoup moins « ouvert ». La répudiation par l'apparition de nouveaux faits vient jeter un discrédit sur toute la démarche juridique, car le « jugement historique » à travers la cour nous laisse croire que la cause est entendue et

¹⁸ Rousso, *supra* note 1 à la p.91.

¹⁹ Daniel Farber, «Adjudication of Things Past» (1997) 49 Hastings Law Journal 1023.

²⁰ Ceci nous fait penser à la fameuse remarque de Nietzsche : «ce n'est pas le moindre attrait d'une théorie que d'être réfutable», voir F. Nietzsche, *Par delà le bien et le mal*, Paris, Éditions Flammarion, 1992 à la p.640.

finale, ce qui ne peut être vraiment tout à fait le cas lorsque l'on traite d'un événement historique. Voilà donc un risque que court la justice à s'associer à la démarche historiographique.

Maintenant que nous avons tracé un portrait des réflexions qui entourent le rapport entre la justice, la mémoire et l'histoire, nous sommes mieux à même de comprendre les dilemmes qui traversent les débats associés aux procès que nous étudierons. Mais avant de passer à ces cas d'étude, il est dans notre intérêt de comprendre l'élément juridique qui vint bouleverser ce rapport : le concept de crime contre l'humanité.

CHAPITRE II

Le crime contre l'humanité : un concept juridico-historique

2.1 Présentation du contexte d'origine

La notion de crime contre l'humanité existait avant la Deuxième guerre mondiale, mais sa définition n'était pas claire. Issue du droit de la guerre, elle apparaît à différents moments depuis la Clause Martens de la Convention de La Haye de 1907²¹ à la déclaration dénonçant le génocide arménien²². Le blocage se situait toujours sur les questions d'immunités et de souveraineté des États. Mais en 1942, déjà conscients et confrontés à l'étendue des crimes nazis, les représentants de neuf nations occupées dénoncent formellement les crimes – Déclaration de Saint-James²³ – et en appellent à leur jugement après la fin du conflit. En 1943, les pays alliés s'engagent à donner suite à cet

²¹ *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, R.T.N.U. 249. Voir : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/195>

²² Déclaration faite par le Royaume uni, la France et la Russie à la suite du massacre des Arméniens par l'Empire ottoman. Selon cette déclaration, les dirigeants et fonctionnaires ottomans qui ont fermé les yeux ou facilité les crimes, ont commis des "crimes contre la civilisation et l'humanité". Cité dans C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2^e édition, Leiden, Kluwer Law International, 1999 à la p.101.

²³ Lors de cette conférence, ils affirment « leur volonté de poursuivre, de rechercher, de juger et de condamner les criminels, sans distinction d'origine, et de veiller à l'exécution des sentences dans le cadre d'une juridiction internationale ». Cité dans Gerhard E. Gründler et Arnim von Manikowsky, *Nuremberg, la justice des vainqueurs*, Paris, Laffont, 1969 à la p.38.

appel à travers la Déclaration de Moscou²⁴. Le terrain est alors prêt pour l'Accord de Londres et sa Charte instituant le Tribunal militaire international de Nuremberg²⁵.

Avec Nuremberg naît véritablement le droit pénal international. Avant ce procès on trouve des traces de ce droit du côté du droit coutumier pour des cas comme la piraterie en haute mer ou encore la traite des esclaves, et en particulier pour les cas de crimes de guerre, mais seul Nuremberg arrive à dépasser les "chartes de bonne attitude". La gravité des crimes commis par le régime nazi obligea les États à ne plus faire écran de leur souveraineté. Nuremberg se distinguera avant tout par sa capacité à juger des agents de l'État.

2.2 Une norme coutumière définie par Nuremberg, développée par le droit interne et redéfinie en droit international

Née dans un contexte particulier, celui du procès du régime nazi, la norme créée à Nuremberg a dû sa survivance au procès Nuremberg grâce aux législations internes qui ont intégré dans leurs lois les principes de Nuremberg par l'entremise de la Loi 10 appelée « Control Council Law No.10 »²⁶. En effet, que ce soit les cours françaises,

²⁴ "The United Kingdom, the United States and the Soviet Union have received from many quarters evidence of atrocities, massacres and cold-blooded mass executions which are being perpetrated by the Hitlerite forces in many of the countries they have overrun and from which they are now being steadily expelled. (...)Accordingly the aforesaid three Allied Powers, speaking in the interests of the 32 United Nations, hereby solemnly declare and give full warning of their declaration as follows: At the time of the granting of any armistice to any Government which may be set up in Germany, those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of the Free Governments which will be erected therein."

Déclaration de Moscou sur les atrocités (1er novembre 1943), disponible à http://www.ena.lu/declaration_moscou_atrocites_1er_novembre_1943-010005200.html

²⁵ Voir *supra* note 3.

²⁶ Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 décembre 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946). Le préambule explique la visée de cette loi, à savoir la mise en œuvre des principes établis à Nuremberg: "In order to give effect to the terms of the Moscow Declaration of 30 October 1943 and the London Agreement of 8 August 1945, and the Charter issued pursuant thereto and in order to establish a uniform legal basis in Germany for the prosecution of war criminals and other similar offenders, other than those dealt with by the International Military Tribunal, (...). L'article 3, en particulier, situe les responsabilités et devoirs. Cette loi fait partie du rapport de Nuremberg, appendice D, disponible à : <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>

allemandes ou autres, elles avaient toutes pour défi de juger des criminels associés à la Seconde guerre mondiale. Après le relais des cours nationales, qui ont fait évoluer le concept en différentes directions, le droit international a repris le concept pour le développer au sein de nouvelles juridictions (TPIY, TPIR et CPI) en retrouvant les racines originelles de Nuremberg.

C'est justement dans le cadre des procès nationaux, certains traités dans ce mémoire, que fut développée la norme de répression associée au crime contre l'humanité. C'est ainsi que furent appelés à intervenir les historiens nationaux et à partir de là émergèrent les controverses qu'on traitera dans les cas à venir. Ces controverses interpellèrent non seulement des juristes et des historiens, mais aussi des politiciens, philosophes et autres. Michel Massé parle d'une « approche pluridisciplinaire situant ce type de crime à la croisée des chemins, entre droit international et droit interne, politique et droit, droit de la guerre et humanitaire, passé et futur, etc. »²⁷.

Mais le passage obligé du concept à travers le droit interne ne s'est pas fait sans impact sur sa définition comme telle. Cette définition s'est vue subir l'influence des histoires nationales et des débats politiques nationaux. Ceci fut particulièrement vrai dans le cas de la France, comme nous le verrons dans la partie sur les procès nationaux. En transposant dans son droit interne le concept, l'État vient influencer indirectement la portée, le champ d'application et le contenu du droit international positif. Le TPIY, par exemple, choisit de citer certaines décisions nationales selon la vision qu'il se fait du crime afin d'en préciser le contenu. La définition du statut de la CPI est certainement un autre cas patent de l'influence des visions nationales. Quoi qu'il en soit, les instruments internationaux tels que le TPIY, le TPIR et la CPI ont certainement permis de réintroduire le crime contre l'humanité au sein du droit international.

La recherche d'une définition univoque est un enjeu d'importance afin de faire de la notion de crime contre l'humanité un outil crédible. Or la notion est tiraillée entre celle spécifique au contexte historique, celle de Nuremberg, et les différentes définitions qui

²⁷ Michel Massé, «Bilan d'une décennie : le crime contre l'humanité à la croisée des chemins» (1991) Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 398.

circulent dans les cours nationales. Après tout, il s'agit d'une norme coutumière à l'origine, donc elle-même historique. Il importe donc de trouver ce qui est commun à tous. La définition même d'"humanité" présente un caractère ambigu, certains la concevant comme propre à la dignité humaine, d'autres la voyant comme quelque chose relevant non pas de la nature humaine, mais de la collectivité entière et de son intégrité²⁸. Jackson, dans son plaidoyer d'ouverture du 21 novembre, parle de "civilisation"²⁹, d'autres parlent du "genre humain". Même dans le cas des institutions internationales, on n'arrive pas à s'entendre sur une même définition et son champ d'application. Ainsi, le TMI se réfère aux crimes de la Deuxième guerre mondiale, la Convention sur l'Apartheid aux crimes en Afrique du Sud³⁰, les TPIY et TPIR aux crimes des territoires respectifs. Même dans le cadre des travaux visant à définir la CPI, les parties nationales n'ont pu qu'en venir à conclure qu'il n'existait pas de définition unanimement acceptée. Robinson:

"There was no single authoritative definition of the crime, and that there were inconsistencies among the major precedents on the definition"³¹.

Quoiqu'il en soit, il demeure des points de convergence comme le fait qu'il s'agit d'actes individuels criminels commis en application d'une politique. Le motif est aussi un élément commun qui revient, car il est jugé fondamental à la définition du "crime contre l'humanité". Ces motifs sont ceux liés à la « nature » de la victime (sa nationalité, sa religion, sa race), ils peuvent aussi être de nature politique, au fait d'appartenir à un groupe donné, etc. Le jugement *Tadic* a indiqué que cette liste n'est pas définitivement limitée³².

²⁸ Voir Julien Danlos, "De l'idée de crimes contre l'humanité en droit international", thèse de doctorat en philosophie, Université de Caen-Basse Normandie, octobre 2010, disponible à l'adresse suivante: http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/54/18/33/PDF/De_l_idee_de_crimes_contre_l_humanite_Danlos_2010.pdf

²⁹ Voir <http://www.milestonedocuments.com/documents/full-text/robert-h-jacksons-opening-statement-before-international-military-tribunal/>

³⁰ *Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, 30 novembre 1973, 1015 R.T.N.U.243, rés.3068. Disponible à l'adresse suivante :

http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-7&chapter=4&lang=fr

³¹ D. Robinson, «Defining Crimes Against Humanity at the Rome Conference» (1999) 93 *American Journal of International Law* 43.

³² "Il n'existe pas de liste définitive des motifs de persécution en droit international coutumier". *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Jugement, (7 mai 1997) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II) p.285, no 712. (*Tadic*)

L'intention discriminatoire est aussi un élément qui a évolué depuis Nuremberg. Présent au début, il vu son importance graduellement disparaître, les procès *Blaskic*³³ et *Tadic*³⁴ du TPIY annonçant ce détachement, que la CPI viendra consacrer dans son article 7³⁵. S'il a finalement quitté la scène, ce n'est pas sans avoir marqué les débats juridiques et historiques nationaux. Ainsi, la question de sa pertinence au sein de la définition constituera un point litigieux dans le procès *Barbie*. En effet, dans le cadre de ce procès, comme la jurisprudence française avait indiqué que la discrimination faisait partie de la définition, il fallait donc spécifier quels étaient les groupes discriminés. Cette question ouvrait donc la porte aux récriminations de la mémoire des victimes cherchant une reconnaissance.

On verra alors la cour entraînée dans des débats non seulement juridiques, mais aussi politiques et historiographiques, un terrain qui s'avérera des plus glissants. La cour, désireuse d'apporter une telle précision, ira du même coup, sous les pressions des parties en lutte pour l'appellation « victimes officielles », confondre victimes de guerre (la résistance) et victimes de crime contre l'humanité. C'est la question du mobile qui sera au cœur de cette confusion puisqu'il vient déterminer la qualification des crimes. En France, les nazis appliquaient une politique d'occupation criminelle de guerre en même

³³ *Procureur c. Blaskic*, IT-94-14, jugement (3 mars, 2000) au para. 214: "Le crime contre l'humanité ne concerne donc pas seulement des actes commis à l'encontre de civils au sens strict du terme, mais englobe également des exactions perpétrées contre deux catégories de personnes : celles qui appartiennent à un mouvement de résistance ou celles qui ont été des combattants, sous uniforme ou non, mais ne participaient plus aux hostilités au moment de la perpétration des crimes, soit qu'elles avaient quitté l'armée, soit qu'elles ne portaient plus les armes ou soit enfin qu'elles avaient été mises hors de combat, notamment du fait de leurs blessures ou de leur détention. Il s'ensuit également que la situation concrète de la victime au moment où les crimes sont commis, plutôt que son statut, doit être pris en compte pour déterminer sa qualité de civil. Il en résulte enfin que la présence de militaires, au sein de la population civile qui fait l'objet d'une attaque délibérée, ne modifie pas le caractère civil de celle-ci.

³⁴ *Procureur v. Tadic*, IT-94-1, Arrêt (15 juillet 1999) au para. 283, 292, 305: "The ordinary meaning of Article 5 makes it clear that this provision does not require all crimes against humanity to have been perpetrated with a discriminatory intent. Such intent is only made necessary for one sub-category of those crimes, namely 'persecutions provided for in Article 5 (h).'" "Customary international law, as it results from the gradual development of international instruments and national case-law into general rules, does not presuppose a discriminatory or persecutory intent for all crimes against humanity." "[T]he Trial Chamber erred in finding that all crimes against humanity require a discriminatory intent. Such an intent is an indispensable legal ingredient of the offence only with regard to those crimes for which this is expressly required, that is, for Article 5 (h), concerning various types of persecution." (non disponible en français au moment de la rédaction).

³⁵ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, adopté le 17 juillet 1998, en vigueur le 1^{er} juillet 2002, article 7.

temps qu'une politique génocidaire. Les résistants s'attaquaient à la politique d'occupation et non celle génocidaire. La jurisprudence française confondra les deux points. Dans le cas *Barbie* traité plus loin, la Chambre de cassation confirmera le tout en déclarant également victimes de crimes contre l'humanité résistants et déportés juifs. Cette décision se fera sentir dans les décisions juridiques ultérieures pour le même cas *Barbie* :

« Juifs et résistants persécutés de façon systématique au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, les uns en raison de leur appartenance à une communauté raciale ou religieuse, les autres en raison de leur opposition à cette politique, peuvent être victimes de crimes contre l'humanité »³⁶.

Du même coup, ce jugement associait à un contexte historique la définition du concept et mettait sur le même plan deux réalités historiques pourtant bien différentes. L'importance dans la psyché française du rôle de la résistance face au traumatisme de la défaite et de l'occupation allemande a entraîné la justice du côté d'une relecture juridique et historique. En effet, en négligeant le mobile du crime, la jurisprudence française venait déformer et la règle et l'histoire. Frossard :

« (...) ce n'est pas le même crime de faire lever les bras à un petit garçon marqué de l'étoile jaune (...) et d'arrêter un opposant au régime nazi quelle que soit la forme de l'opposition (...). L'opposant arrêté allait seul à Dachau. Seul avec sa grandeur et sa noblesse. Le petit garçon marqué de l'étoile jaune allait à Auschwitz avec sa famille, et il n'avait pas de chance d'en sortir vivant. Le combattant clandestin savait à quoi il s'exposait. L'enfant d'Izieu ne savait pas qu'il était de trop sur Terre »³⁷.

La décision avait aussi des visées pratico-pratiques puisque, comme la France n'a pas ratifié la *Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'humanité*³⁸, elle devait associer les crimes commis envers les héros nationaux à la peine la plus sérieuse du droit pénal et la seule manière d'éviter la prescription des crimes étaient de les qualifier de « crimes contre l'humanité », seule catégorie

³⁶ C.A., Paris, 9 juillet 1986, J.C.P. 1986. II. Une critique de cette décision a été faite par Michel Massé, "Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français" (juin) (1994) R.S.C. aux pp.381-382.

³⁷ André Frossard, *Le crime contre l'humanité*, Paris, Laffont, 1987 aux pp.68-69.

³⁸ *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, 26 novembre 1968, 754 R.T.N.U. 73 (entrée en vigueur : 11 novembre 1970).

imprescriptible. Nous explorerons en détail ces éléments plus loin dans la partie sur les procès français.

La coupure faite avec le caractère discriminant n'enlève rien, par ailleurs, à l'importance de la détermination d'un crime à travers la caractérisation du contexte³⁹. Cette caractérisation, pour laquelle les historiens peuvent apporter une contribution significative, se fait toutefois en fonction des faits propres au crime et non à l'appartenance commune des victimes.

2.3 Un concept tiraillé entre la Common Law et le Droit civil

Une des principales difficultés associées au concept de crime contre l'humanité est le fait qu'il introduit un élément pénal au droit international public. En droit pénal, on juge et punit le criminel. En droit international, qui, avant Nuremberg, visait quasi-exclusivement les États, les dirigeants jouissent d'immunités en raison de la souveraineté et égalité des États. À cela s'ajoute la difficulté de concilier des systèmes juridiques distincts. En droit pénal, une norme doit préexister à la commission de l'acte. Du côté du droit civil, il faut qu'un texte légal existe préalable au délit tandis qu'en Common Law, cette règle est moins rigide, ce type de droit étant plus ouvert au droit coutumier. Cette distinction posera problème lors de Nuremberg et par la suite dans tous les procès nationaux. La difficulté pour les États de droit civil comme la France d'intégrer une norme coutumière aura un impact sur la capacité du pays à revoir des points d'histoire à

³⁹ Cette notion de "contexte" a varié à travers les différentes définitions du concept de crime contre l'humanité. Nuremberg et le TPIY ont associé ces crimes à un conflit, tandis que le TPIR fait référence non plus à un contexte de conflit, mais plutôt à celui d'une attaque systématique contre la population civile. "Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes responsables des crimes suivants (...) lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse. " (Article 3 "crimes contre l'humanité" du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda). La CPI a choisi justement ce contexte élargi, l'article 7 reprenant la formulation de l'article 3 du Statut du TPIR en y ajoutant l'élément de la connaissance qu'ont eu les auteurs des crimes de l'attaque généralisée et systématique contre une population civile. "Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque..." (article 7 du Statut de la Cour pénale internationale). Cette décision de choisir un contexte élargi par la CPI reposait aussi sur le fait que le TPIY ne mentionnait plus les bases discriminatoires.

travers la justice⁴⁰. Même les procès internationaux seront confrontés à cette situation de règles de procédure distinctes entre ces deux systèmes juridiques. Cet état de fait aura un impact sur la définition de crime contre l'humanité, sur les procédures de Nuremberg et donc sur l'histoire qui découlera de ce procès. La partie traitant des procès internationaux fera état entre autres de l'impact de cette réalité des deux systèmes sur la question des règles de présentation de preuve.

2.4 Rôle des historiens et *mens rea*

Le crime contre l'humanité est associé à une politique criminelle, structurée, systématisée. L'expertise historique est appelée par les tribunaux pour établir la preuve de cette politique. De plus, le cas du génocide, cas plus aigu du crime contre l'humanité, requiert la présence de *mens rea*. L'historien expert vient aider à démontrer cette *mens rea*. Comme l'indique Wilson :

“The mental aspect of the crime of genocide simply does not make any sense without reference to the historical context of inter-group relations. Further, in the absence of specific orders from a political or military leader to exterminate a group, the prosecution must build a *circumstantial* case. This is facilitated when it can show a durable and coherent political project carried out over large area and period of time, motivated by a commitment to an overarching ideology such as ethno-nationalism”⁴¹.

⁴⁰ Ce problème de l'intégration du concept de crime contre l'humanité sera aussi partagé par les pays de la Common Law en ce qu'il fallut dans certains cas, comme au Royaume Uni et aux États-Unis, que les législatures entérinent le concept pour qu'il devienne effectif en droit interne.

⁴¹ Richard Wilson, «The Role of Expert Witnesses in International Criminal Tribunals» (2009) ISA Conference Panel, 16 février, à la p.6. Voir : http://www.allacademic.com//meta/p_mla_apa_research_citation/3/1/1/6/8/pages311685/p311685-1.php

La question de l'importance ou non du contexte comme élément incriminant pour le génocide a fait l'objet de débats lors des négociations entourant le Statut de Rome. Contrairement au crime contre l'humanité, on avait jugé que le droit coutumier n'exigeait pas, pour le cas de génocide, la présence de cet élément pour confirmer la *mens rea* de l'accusé. Toutefois, on décida tout de même de l'inclure dans le Statut pour appuyer le caractère extrême et exceptionnel du crime génocidaire. Dans la pratique, on cherchera à faire appel à ce contexte pour démontrer la *mens rea*.

2.5 Conclusions

Pour Finkelkraut, le concept de crime contre l'humanité fut créé afin de traiter un nouveau type de criminel, celui oeuvrant au sein de ce qui était ni plus ni moins qu'un "service public criminel", celui du régime nazi. Les employés de ce service ne faisaient pas la guerre, d'où l'absurdité à associer ces crimes à ceux de guerre, comme on le fera à Nuremberg. Mais ce n'était pas non plus des crimes de droit commun, comme l'avançait la Cour de cassation lors du procès Barbie. Comme l'explique Edgar Faure, cité par Finkelkraut :

"Si l'expression crime de droit commun a un sens précis, ce sens suppose une insurrection du délinquant contre les forces représentatives de l'ordre social là où il agit. Or, les crimes des dirigeants nazis présentent cette singularité d'être commis conformément à un ordre, dans l'exercice même de ces forces."⁴²

Le crime contre l'humanité ne va pas contre la loi, au contraire il suit une *directive* criminelle.

⁴² Alain Finkelkraut, *La mémoire vaine. Du crime contre l'humanité*, Paris, Gallimard, 1989 à la p.19.

CHAPITRE III

Procès nationaux, internationaux et historiographie : définitions, juridictions et distinctions

Nous avons vu dans la partie présentant le concept de crime contre l'humanité que l'application de la notion se situe au niveau pénal. Il existe en pratique deux voies pour mener à bien cette démarche : soit la communauté internationale exerce sa compétence en matière de jugement grâce à un intermédiaire international la représentant (ex. CPI) ou alors elle délègue cette responsabilité aux États⁴³. Ces derniers sont alors tenus d'agir, c'est-à-dire arrêter les criminels, en raison du fait que les crimes relèvent du *jus cogens*. Les États peuvent juger leurs nationaux, mais une arrestation d'un étranger pour crimes contre l'humanité découle des obligations associées aux règles du droit international pénal qui désignent la compétence des États à agir de la sorte. Cette double condition de la juridiction universelle (désignation et obtention de compétence) était rencontrée par les criminels de la Deuxième guerre. Ces précisions seront importantes lorsque viendra le temps d'étudier les procès nationaux (*Eichmann et Barbie*).

Deux tribunaux internationaux ont suivi la Deuxième guerre mondiale : le Tribunal militaire international de Nuremberg (traité séparément dans ce mémoire) et celui de Tokyo (laissé de côté en raison du fait que les crimes jugés sont, en majorité, des crimes de guerre et contre la paix plutôt que crimes contre l'humanité⁴⁴). Par la suite, il fallut

⁴³ C'est la *Déclaration de Moscou sur les atrocités*, faite le 1^{er} novembre 1943 qui remplit cette fonction pour ce qui est des criminels nazis. Les criminels dont les actes n'ont pas de lieu précis seront jugés par les Alliés; quant aux autres criminels, ils sont renvoyés devant la justice des pays dans lesquels ils ont commis leurs atrocités : « (...)those German officers and men and members of the Nazi party who have been responsible for or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of the Free Governments which will be erected therein. (...)The above declaration is without prejudice to the case of the major criminals whose offences have no particular geographical location and who will be punished by a joint decision of the Governments of the Allies. » Ce texte est disponible en ligne :

http://www.ena.lu/declaration_moscou_atrocites_1er_novembre_1943-010005200.html

⁴⁴ Ce procès est jugé controversé par plusieurs auteurs et certaines cours nationales ont pris la peine de spécifier la non application de son statut. Gandini cite le cas français : "Le 1^{er} avril 1993, dans son arrêt BOUDAREL, la Cour de Cassation a maintenu hors du champ d'application français la Charte du Tribunal militaire international de Tokyo." J. Gandini, *Le Procès Papon*, Paris, Librio, 1999 à la p.22.

attendre 1993 avec la résolution 827⁴⁵ du Conseil de sécurité pour juger des crimes commis depuis 1991 en Ex-Yougoslavie avant qu'un autre tribunal international *ad hoc* ne voit le jour, soit presque cinquante ans. Un autre procès verra le jour l'année suivante, en 1994, avec la résolution 955⁴⁶ pour les crimes au Rwanda. Pendant toute cette période, le droit a fonctionné selon le système de la compétence universelle étant donné l'absence d'une juridiction internationale. Chaque État est donc compétent pour décider la répression et pour réprimer les crimes commis par un autre État. Comme cette façon de faire va à l'encontre de la souveraineté des nations et du principe de leur égalité, ce système était dans les faits inopérant, d'où le long laps de temps après Nuremberg. En fait, le contexte politique de l'après-guerre n'aidait pas non plus et ce n'est pas un hasard si les tribunaux *ad hoc*, faute d'un outil pénal comme la CPI, reprennent vie après la chute des régimes de l'Est.

En dépit des efforts au cours des dernières années pour internationaliser les jugements pour crimes contre l'humanité, la majorité des procédures qui ont suivi Nuremberg a été conduite sous des autorités nationales. Cette démarche s'inscrivait dans une réappropriation de l'histoire nationale après une période marquée par des crimes contre l'humanité. Comme on l'a mentionné dans la partie présentant l'histoire du concept de crime contre l'humanité, la définition du concept, son interprétation ont tiré leur origine de Nuremberg, mais ont été redéfini à travers les jurisprudences nationales pour ensuite retourner vers les cours internationales. Par exemple, les procès de Barbie, Touvier et Papon en France ont eu une influence décisive sur les statuts des tribunaux de l'Ex-Yougoslavie et du Rwanda à travers la recherche d'une définition satisfaisante du concept, de même que sur celui de la Cour pénale internationale. De même, l'inverse est aussi vrai, les procès nationaux se référant aux procès internationaux pour juger des crimes contre l'humanité.

Arendt a expliqué dans son livre sur le procès Eichmann comment les questions juridiques ne pouvaient être détachées des questions de représentation historique, en

⁴⁵Doc. Off. CS, 3217^e séance, Doc. NU S/Res.827 (1993).

⁴⁶Doc. Off. CS, 3262^e séance, Doc. NU S/Res 955 (1994).

particulier dans le cas de crimes contre l'humanité⁴⁷. Mais l'interprétation de l'histoire, problématique devant les cours nationales comme nous l'expliciterons dans les parties suivantes, est aussi une démarche semée d'embûches pour les cours internationales et ce pour des raisons différentes. Même des crimes contre l'humanité présentant un caractère international surviennent aussi dans le cadre d'un contexte national. Décrire ce contexte appelle à une interprétation historique nationale. Qu'une cour internationale se place comme autorité définitive, quant à la lecture d'événements nationaux, voilà qui n'est pas sans risques. Plusieurs études font état du fait que les communautés divisées par des crimes graves se perçoivent chacune comme victime et qu'elles ont chacune leur propre compréhension des événements historiques, illustrant du même coup le rapport étroit entre l'histoire et l'identité. Qu'une entité extérieure vienne affirmer vouloir trancher la question de « ce qui s'est vraiment passé » apparaît contraire à l'affirmation voulant que ce type de démarche juridique soit favorable à la « réconciliation ». L'histoire racontée en est une strictement des crimes commis par des individus. Mais ces individus agissent dans un cadre donné. Ce ne sont pas seulement des « criminels », mais des criminels d'un autre ordre, des criminels associés à une politique d'un État, des agents d'un État⁴⁸ (ou d'une entité quasi-étatique) *criminel*. Cette catégorisation si particulière est le reflet des difficultés qui ont marqué la recherche d'une définition consensuelle du crime contre l'humanité, comme on l'a expliqué dans la première partie de ce mémoire.

Les procès pénaux comme ceux considérés dans notre analyse ont assurément un impact sur la mémoire collective des nations, de sorte que les différentes fonctions sociales que les tenants de la justice transitionnelle associent à ces procès, telles que recherche de vérité, transmission de la mémoire, renforcement des communautés, etc. répondent à des impératifs nationaux plutôt qu'internationaux. Mais en même temps, on verra combien il est difficile, dans les procès nationaux, de juger les crimes contre l'humanité sans qu'il y ait dérive politique en raison de cet impact sur la mémoire et potentiellement sur l'histoire, tel qu'expliqué dans la partie théorique.

⁴⁷ Hanna Arendt, *Eichmann in Jerusalem, A Report on the Banality of Evil*, New York, Penguin Books, 1992. On analysera en détail ce livre dans la partie Eichmann.

⁴⁸ On verra dans la partie sur les procès internationaux que le TPIY et TPIR amèneront un détachement du caractère essentiel de la présence d'un État.

Au-delà des risques de « procès spectacles », l'histoire de l'intégration du concept de crime contre l'humanité au sein du droit interne des nations illustre bien les difficultés additionnelles au fait de juger les crimes contre l'humanité dans un cadre national et de réécrire l'histoire nationale. Comme on l'a vu, la norme descend du droit international coutumier et des conventions pour s'imposer au niveau national. Certains pays, comme l'explique Emanuela Fronza⁴⁹, ont adopté presque de manière intégrale le concept défini dans les conventions internationales, d'autres ont dû tenir compte de leur réalité historique, politique et sociale et développer une version « nationalisée » du concept de crime contre l'humanité. Le procès se fait donc aussi dans un contexte politique et historique. Ce point vient poser la question à savoir s'il existe une norme universelle ou sommes-nous toujours dans un contexte donné. L'auteure identifie les facteurs suivants déterminant les « modalités, l'étendue et l'intensité de l'accomplissement concret par les États de leurs obligations internationales » :

« (...) la tradition juridique, les spécificités normatives et notamment constitutionnelles caractérisant chaque système juridique national et, enfin, l'histoire dans laquelle s'inscrivent les graves violations des droits de l'homme constituant les crimes contre l'humanité »⁵⁰.

Que ce soit les normes établies à Nuremberg ou le Statut de Rome, les définitions établies dans un cadre international sont le fruit de compromis politiques hors contexte national. Il est arrivé que des incompatibilités surviennent entre les constitutions nationales, reflet d'une histoire, et le Statut de Rome, fruit d'un compromis politique international⁵¹.

Fronza fait valoir trois paradigmes d'intégration de la norme internationale au sein du droit interne qu'elle décèle parmi les pays ayant inséré le Statut de Rome dans leur droit

⁴⁹ Emanuela Fronza, « La réception des crimes contre l'humanité en droit interne » dans Mireille Delmas-Marty, *Le crime contre l'humanité*, Paris, Presses universitaires de France, 2009 à la p.44 et s.

⁵⁰ *Ibid.* à la p.58.

⁵¹ La France, par exemple, a dû changer sa constitution. Voir P. Tavernier, « Comment surmonter les obstacles constitutionnels à la ratification du Statut de Rome », *Rev. trim. dr. h.* (2002) à la p.4 : 'En France, la loi constitutionnelle no 99-568 du 8 juillet 1999 a inséré dans le titre VI de la Constitution un article 53-2 aux termes duquel « La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998 »'. Disponible à <http://www.rtdh.eu/pdf/2002545.pdf>

national. Parmi ces trois paradigmes, on retrouve, en lien avec notre sujet d'étude, celui dit de la « contextualisation historique » qui se décline en deux modes : a) la « contextualisation *interne* à l'incrimination » et b) la « contextualisation *externe* à l'incrimination ». Étudions de près ces points d'intérêt pour notre réflexion⁵².

Le premier cas, celui de la contextualisation interne, consiste en l'effort par le législateur d'intégrer la norme internationale dans l'histoire nationale. Cette démarche se veut illustrer une maturation politique de la nation maintenant capable d'affronter ses démons et de faire face à une histoire marquée par des crimes de grande gravité. Le législateur agit avant tout pour des motifs politiques dénotant une volonté d'une réécriture de l'histoire à travers l'intégration d'une narration nouvellement reconnue de crimes contre l'humanité. Ce n'est donc pas tant par volonté de rendre justice que d'écrire cette page d'histoire dans un cadre juridique. Ce cadre est donc utilisé comme « sanction royale », une sorte de « sceau » validant la « vérité historique » à jamais protégée par la justice rendue. Ce n'est pas une simple intégration d'une norme internationale au sein du droit national, c'est le geste posé d'un État qui fait « acte de repentance ». Le concept de crime contre l'humanité est donc utilisé pour des fins politiques. D'où les risques de manipulation, de distorsion de l'historiographie comme nous allons le voir dans les procès nationaux en Israël et en France étudiés plus loin dans le mémoire.

L'autre type d'intégration nationale est celui dit de la « contextualisation externe à l'incrimination ». Au-delà, ou en même temps que l'incrimination à travers le crime contre l'humanité, il y a la possibilité de légiférer pour marquer la mémoire, ce que l'auteure appelle des « lois mémorielles » qui peuvent ou non présenter un caractère pénal. Ce sont les lois interdisant par exemple le négationnisme envers la Shoah, ou alors reconnaissant des crimes comme le génocide arménien. Des lois qui, sans passer par la cour pénale comme véhicule de la mémoire, viennent directement reconnaître des crimes contre l'humanité et ce dans le but que soit inscrit dans l'histoire « officielle » l'existence de ces drames. On a, comme qui dirait, « sauté une étape » et passé directement à l'exercice historiographique. Alors que, dans la partie théorique, nous avons fait état des

⁵² Fronza, *supra* note 49 aux pp. 68-76.

contraintes et risques au fait d'associer la démarche juridique à celle historiographique dans les objectifs ouvertement proclamés lors de procès pour crime contre l'humanité, voilà qu'il existe des démarches « à jeu ouvert » visant directement et non plus indirectement l'objectif de « figer l'histoire ». Comme l'indique Fronza, « le législateur exerce (alors) une fonction *identificatrice*, de *qualification des faits* et *déclarative*, en lieu et place du juge »⁵³. L'État, conscient de la force du droit pour imposer une narration consensuelle, vient donc délimiter le champ d'application du concept en déterminant sa vision de l'histoire. L'histoire, sa remise en question, devient maintenant passible de crime. Encore une fois, assistons-nous à une dynamique interactive entre la justice et l'histoire comme évoquée dans la partie théorique.

En France, une telle démarche a suscité une réaction vive auprès d'un groupe de dix-neuf historiens qui ont dénoncé cette tendance « totalitaire » à vouloir contrôler l'histoire dans un manifeste publié dans les médias français le 12 décembre 2005, intitulé « Liberté pour l'Histoire »⁵⁴. Ce manifeste est intéressant à plus d'un point de vue pour notre sujet d'étude. Il fait apparaître un autre paradoxe propre à ce rapport si complexe entre la justice et l'histoire : on veut combattre sur le plan pénal le déni, mais en figeant l'histoire, on vient ouvrir le flanc à cette même critique qui à la fois « commet » l'acte de déni et dénonce l'existence d'une « propagande officielle », donnant du même coup paradoxalement crédit à ces mêmes « négationnistes », ce qui va donc à l'encontre de l'objectif initial qui est de discréditer la négation. Afin de clarifier le débat, les historiens associés au manifeste rappellent les principes ci-dessous qui sont tous pertinents pour la problématique de la conciliation histoire-justice dans le cadre de procès pour crimes contre l'humanité lorsque ces derniers veulent aussi « écrire une page d'histoire ». Ces principes, qui précisent des distinctions importantes, nous ramènent aux réflexions traitées dans la partie théorique, ce qui démontre que dans l'étude des cas réels, ces questions théoriques sont bien sous-jacentes. Parmi ces principes, il y a :

⁵³ *Ibid.* à la p.73.

⁵⁴ Voir <http://www.aidh.org/hist-mem/petitions02.htm> . Parmi ces historiens, on retrouve des noms cités dans notre mémoire comme Pierre Nora, Pierre Vidal-Naquet et des noms bien connus comme Elizabeth Badinter, Alain Decaux et Françoise Chandernagor.

- 1) « **L’histoire n’est pas la morale.** L’historien n’a pas pour rôle d’exalter ou de condamner, il explique.
- 2) **L’histoire n’est pas l’esclave de l’actualité.** L’historien ne plaque pas sur le passé des schémas idéologiques contemporains et n’introduit pas dans les événements d’autrefois la sensibilité d’aujourd’hui.
- 3) **L’histoire n’est pas la mémoire.** L’historien, dans une démarche scientifique, recueille les souvenirs des hommes, les compare entre eux, les confronte aux documents, aux objets, aux traces, et établit les faits. L’histoire tient compte de la mémoire, elle ne s’y réduit pas.
- 4) **L’histoire n’est pas un objet juridique.** Dans un État libre, il n’appartient ni au Parlement ni à l’autorité judiciaire de définir la vérité historique. La politique de l’État, même animée des meilleures intentions, n’est pas la politique de l’histoire.»⁵⁵

Malgré cet appel à préserver l'historiographie des intrusions du politique et du juridique, les enjeux entourant la formation d'une histoire nationale sont trop liés aux questions d'identité collective pour espérer une distinction aussi claire des rôles. Tant à Nuremberg, Jérusalem, Bordeaux que La Haye et Arusha, la question des crimes contre l'humanité interpelle les peuples autant que les individus devant la cour.

⁵⁵ *Ibid.*

CHAPITRE IV

Le Tribunal militaire international de Nuremberg : l'appel à la justice à écrire l'histoire

4.1 Introduction

On peut dire que ce tribunal vient inverser une phrase philosophique célèbre de Schiller que Hegel aimait utiliser : *Weltgeschichte ist Weltgericht* (l'histoire du monde est le jugement du monde). Nous assistons, à partir de Nuremberg, à la judiciarisation de l'histoire. La justice est / raconte l'histoire des crimes contre l'humanité. Plus encore, comme explicité dans la partie théorique, à partir de Nuremberg, c'est une remoralisation de l'histoire à laquelle nous assistons. Alors que l'historiographie s'était détachée de ce type d'école et qu'il est même contraire à la démarche scientifique de l'historien de porter un jugement moral, l'avènement du jugement des crimes contre l'humanité amorce une inversion sur ce plan. L'appel à la mémoire, au souvenir, au nom des victimes se fera entendre depuis cette date jusqu'à nous.

L'héritage de Nuremberg est considérable. C'est à partir de Nuremberg qu'est formulé pour la première fois sur le plan juridique ce qui existait en coutume, comme on l'a vu dans la partie théorique, à savoir le crime contre l'humanité. De même, pour la première fois formule-t-on la responsabilité pénale internationale de l'individu. Nuremberg est aussi le premier vecteur de la mémoire du génocide juif. Malgré les critiques qui seront faites à l'égard de la place accordée à la Shoah dans le cadre de ce procès, ce dernier fera tout de même état de la démarche délibérée du régime nazi à vouloir éliminer le peuple juif. Mais, comme on le verra, la naissance juridique du concept de crime contre l'humanité s'est faite dans un cadre limitatif, associé en grande partie aux crimes de guerre, ce qui, finalement, aura des répercussions importantes sur l'historiographie de cette période et en particulier celle de la Shoah. Comme l'exprimera plus tard Hausner

dans le procès Eichmann présenté plus loin, le génocide juif n'a pourtant rien à voir avec les crimes de guerre.

Malgré tout ses travers, Nuremberg, sera à la fois théâtre juridique et historique. À partir de cette date, en effet, l'histoire et la justice se croiseront à travers les procès pour crime contre l'humanité dont Nuremberg aura la paternité.

4.2 Contexte et droit à Nuremberg

Il faut signaler dès le départ que les crimes contre l'humanité n'ont pas été au cœur du procès. Cette place fut occupée par les crimes contre la paix et les crimes de guerre, telle que précisée par le Statut⁵⁶ qui indique que les personnes qui seront jugées sont des criminels de guerre⁵⁷. Comme son nom l'indique, il s'agit d'un tribunal militaire. La place occupée par la question des crimes contre l'humanité est donc secondaire. Le tribunal est toutefois soucieux de laisser sa marque dans l'histoire. Plus encore, d'écouter l'appel de Jackson et d'écrire l'histoire, celle du régime nazi et de ses crimes. C'est dans cette volonté d'établir une narration à la fois juridique et historique que survient le concept de crime contre l'humanité.

Pour que l'histoire retienne ce procès comme "la marque des nations vivant sous le règne de la justice et du droit" (Jackson), il importait que ce procès démontre la plus grande impartialité possible. Ceci n'était pas des plus simples en raison du fait qu'il existait et existe toujours une différence de systèmes juridiques entre le pays d'origine des accusés, l'Allemagne avec le droit civil, et la Common Law des pays anglo-saxons et que le rapport à la coutume, base même du crime contre l'humanité comme on l'a vu, n'est pas le même. Ce problème va se poser pour les autres procès internationaux comme on le verra. À titre illustratif, un point essentiel est celui de la non rétroactivité. En effet, comme le crime contre l'humanité a été défini après les actes commis, ce principe de non rétroactivité propre aux deux systèmes juridiques n'est toutefois pas interprété de la

⁵⁶ *Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire*. Londres, 8 août 1945, déjà cité *supra* note 3.

⁵⁷ Ce qui n'enlève rien au fait que 18 des 22 accusés seront aussi poursuivis pour crimes contre l'humanité.

même manière dans les deux cas. Pour le droit civil, ce principe est beaucoup plus rigide que dans la Common Law où la coutume, de par le fait que ce type de droit donne une plus grande place à la jurisprudence, trouve un environnement plus favorable. Cette distinction aura un impact important dans les tribunaux *ad hoc* de l'ex Yougoslavie et du Rwanda sur la question, entre autres, des procédures relatives aux témoins experts (les historiens dans le cas qui nous occupe) et dans les règles de présentation des preuves. Tant à Nuremberg qu'à La Haye ou Arusha, les avocats de la défense adopteront cet angle d'attaque comme quoi l'accusation ne respecte pas ce principe essentiel du droit civil qui affirme qu'il n'y a pas de règle s'il n'y a pas d'écrit. La partialité dénoncée à Nuremberg était à la fois dans le fait que les juges provenaient des nations victorieuses, mais aussi que la cour appliquait un droit créé pour la circonstance. En fait, pour contrer cette critique de la non-représentativité de la cour vis-à-vis la communauté internationale, le tribunal spécifie dès le deuxième paragraphe de la première page du jugement que « les Gouvernements des Nations-Unies, ci-après désignés, ont notifié leur adhésion (à l'Accord de Londres du 8 août 1945 portant Statut du Tribunal) comme l'article 5 en prévoyait la possibilité : Grèce, Danemark, Yougoslavie, Pays-Bas, (...) »⁵⁸.

Le Statut de Nuremberg prévoyait quatre chefs d'accusation : crime de guerre, crime contre la paix, crime de complot et crime contre l'humanité. Les deux premiers existaient déjà en droit international, tandis que le crime de complot a fait l'objet de débats, certains doutant de son existence en droit international⁵⁹. Aucun accusé n'a été condamné uniquement pour ce crime, par ailleurs. Notre intérêt porte évidemment sur l'article 6c du Statut, à savoir les crimes contre l'humanité. On a vu dans la première partie de ce mémoire sur l'évolution du concept que la norme sous-jacente remonte à des temps bien antérieurs au procès, apparaissant à différents moments que ce soit lors des traités de Sèvres et de Versailles qu'à travers la Clause Martens⁶⁰. Le procès Nuremberg est venu

⁵⁸ Cité dans Annette Wieworka, *Les procès de Nuremberg et Tokyo*, Bruxelles, Édition Complexe, 1996 à la p.159.

⁵⁹ La notion de crime contre la paix était aussi controversée. Donnedieu de Vabres, cité plus bas, représentant la France au TMI, s'opposa à l'accusation de crimes contre la paix lors du procès, estimant cette accusation trop vague.

⁶⁰ Le Traité de Sèvres consacre la paix signée entre les Alliés et la Turquie. Le traité, non ratifié, fut remplacé par celui de Lausanne. La Clause Martens provient du préambule de la Convention de La Haye (II) (*Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*) de 1899. La clause stipule : " (...)

exprimer juridiquement cette norme. Ceci signifie entre autres que dans le droit coutumier, les crimes nazis commis dès l'arrivée au pouvoir de Hitler en 1933 ne peuvent se réclamer d'une absence de règle. Par contre, comme on l'a vu au début, à l'époque du procès, le concept de crime contre l'humanité ne s'est pas encore libéré de la tutelle de crime de guerre. Ceci aura des implications sérieuses sur l'historiographie de la période, comme on le verra plus loin.

Pourtant, malgré cette dimension coutumière, le droit de Nuremberg va s'avérer limité dans sa portée temporelle de manière telle que cela aussi aura un impact décisif sur l'historiographie de la période. En effet, le jugement ne viendra sanctionner que les crimes contre l'humanité commis à partir de 1939. Dans l'article 6c du Statut, on fait référence à des crimes avant ou pendant la guerre sans plus de précision⁶¹. Il se présente comme suit :

« Article 6(c) ' Les Crimes contre l'Humanité ' : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre

les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique". Pour un portrait de l'émergence de cette norme avant Nuremberg, voir Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.

⁶¹ En fait, cette question a fait l'objet d'un malentendu de type « lost in translation »... L'article 6 (c) cité en français à la page suivante, se présentait en anglais comme suit :

CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

Au départ, les versions anglaise et française avait un point virgule après le mot « war », tandis que la version russe avait une virgule. On changea, pour fins d'homogénéisation avec la version russe, le point virgule pour une virgule. L'objectif était de créer un lien clair entre la partie « in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal » et la partie « political, racial or religious grounds » en plus de la partie listant les crimes (murder, etc.) et le fait que ces crimes se soient produits avant ou pendant la guerre. Le résultat de ce changement subtil fut de renforcer le lien entre les crimes contre l'humanité et la guerre comme telle, c'est-à dire avec les deux autres accusations, soient crime contre la paix et crime de guerre. Le crime contre l'humanité ne serait pas traité comme catégorie totalement autonome. Le jugement de Nuremberg confirmera cette vision. Du même coup, le concept se voyait restreint à la période de guerre. Les conséquences de tout cela font partie de l'analyse qui suit dans le mémoire.

toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan »⁶².

La seule contrainte de temps est le fait de lier le crime contre l'humanité aux autres crimes de guerre, de complot et contre la paix. Or ces derniers sont tout aussi imprécis : si on peut situer le début de la guerre, à quand remonte le complot nazi ? Ici pourrait-on imaginer l'entrée en la matière de l'historien au cœur des débats. Pour les crimes contre l'humanité, l'historien pourrait appuyer l'idée que des crimes ont bien été commis avant 1933 en décrivant les attaques répétées des nazis sous l'œil indifférent du régime d'alors, une attitude criminelle de l'État. Seulement, cela impliquait de détourner le procès de sa cible, soit le régime nazi. À tout le moins, il était clair qu'une fois le parti national-socialiste au pouvoir en 1933, des crimes contre l'humanité étaient en cours. Le tribunal reconnaissait la chose en accusant la S.A. de crime contre l'humanité, malgré sa dissolution dès 1934. Mais, étonnamment, par un retour de situation, le jugement est venu restreindre les crimes reconnus à ceux commis pendant la guerre, laissant de côté la S.A, les lois de Nuremberg et la Kristallnacht dans les limbes. Que s'était-il passé ? Selon de Vabres, juge français à Nuremberg, le tribunal ne voulait pas aller trop à l'encontre du principe *nulla poena sine lege*⁶³. En effet, comme on estimait que la notion de crimes contre l'humanité était nouvelle, et donc fragile, on ne voulait pas trop s'écarter du chemin des principes légaux essentiels.

Parmi les principes sacro-saints, il y a évidemment celui de la souveraineté; mais dans le cas de l'Allemagne nazi vaincue, pouvait-on encore parler d'un État ? En droit international, sans aucun doute. Et pourtant, cela n'empêcha nullement le Tribunal

⁶² *Supra* note 3.

⁶³ Donnedieu de Vabres, «Le Procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit international» (1947) Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye aux pp.526-527.

d'avoir accès à l'ensemble des archives, depuis celles de la police secrète, jusqu'aux décisions politiques internes⁶⁴, sans que ce principe ne soit soulevé. Reculer plus loin que la guerre voulait peut-être dire juger non seulement le gouvernement, mais le peuple allemand tout entier. Une lecture historique pourrait indiquer que la société allemande, en temps de guerre, était sous l'emprise de la propagande et de la menace extérieure appelant à joindre les rangs et accepter tous les abus au nom de la nation en armes, ce qui fut effectivement l'angle choisi par le procureur Jackson, mais quelle lecture pourrait expliquer les abus commis avant la guerre sous les yeux approbateurs de la population ? L'objectif était probablement politique, on voulait que l'Allemagne puisse retrouver la paix, avec la menace bolchévique qui pointait à l'horizon. Ainsi, l'histoire serait écrite autrement, les Allemands étaient aussi victimes de ce régime et les crimes contre l'humanité avaient été commis à l'intérieur d'une logique de guerre.⁶⁵ Dans la volonté de rendre le jugement plus en accord avec le droit civil, car ce dernier, on l'a dit, est inconfortable avec la rétro-activité propre au droit coutumier, on a écrit une histoire des crimes s'arrêtant à la guerre.

Du même coup, cette décision soulevait la question non seulement de la responsabilité juridique, mais aussi historique. Jaspers, Arendt et d'autres ont réfléchi sur cette question fondamentale⁶⁶. Le droit formulé à Nuremberg sur ce point constitue en soi un moment historique pour le droit international. En effet, en raison de la nature particulière du crime contre l'humanité, tel qu'expliqué au début du mémoire, la question de la responsabilité dans ce cas est à la fois fondamentale et complexe. Le crime relève d'une double responsabilité, à la fois individuelle et collective puisque associée de près à la logique d'une politique étatique tout aussi criminelle. Tout est question de degré : à quel moment l'abstention devient complicité ? Quelle responsabilité du citoyen face aux actes de son gouvernement dans un contexte politique présentant aussi des degrés variables de marge

⁶⁴ Pourtant, avec, à sa disposition, l'invitation de Heydrich pour la Conférence de Wannsee, le tribunal de Nuremberg avait en main la pièce maîtresse dans l'organisation de la Solution finale. Or cet élément ne fera pas partie des pièces à conviction pour faire valoir le crime de génocide. Cette pièce se trouve aujourd'hui au musée Yad Vashem, à Jérusalem.

⁶⁵ Il faudra attendre jusqu'en 1996, avec le livre de Daniel Jonah Goldhagen, *Hitler's Willing Executioners : Ordinary Germans and the Holocaust*, New-York, Alfred Knopf, 1996 pour qu'une autre histoire soit racontée.

⁶⁶ Voir Karl Jaspers, *La culpabilité allemande*, Paris, Éditions de Minuit, 1990. Arendt, *supra* note 47 et Finkelkraut, *supra* note 42.

de manœuvre ? Qu'en est-il de la position du Tribunal sur cette question ? Nuremberg choisit de trancher de façon originale et ce de deux manières.

Premièrement, dans son jugement, Nuremberg déclare criminelle les organisations de l'État nazi, à savoir les chefs du parti, les S.S., le service de sécurité SD et la Gestapo. Mais, du même coup, on exclut, et, comme on le verra, absout sur le plan historique, des organisations et leurs membres qui, indéniablement, ont aussi commis des crimes contre l'humanité comme les S.A.⁶⁷.

Deuxièmement, le Tribunal, dans sa charte, retire les immunités des dirigeants. Nuremberg ne remet pas en cause le principe de l'égalité des États et la nécessité de protéger les dirigeants d'un État contre un autre État. C'est plutôt que Nuremberg confirme qu'en droit international pénal, c'est la communauté internationale qui juge, la relation n'est donc plus d'égal à égal, la communauté seule peut punir les dirigeants criminels d'un État extérieur⁶⁸. Finalement, Nuremberg rejette aussi l'excuse habituelle de l'obéissance aux ordres supérieurs, qui sera invoquée à tous les procès pour crime contre l'humanité. Si seul le grand chef devait répondre de ses actes, alors le droit

⁶⁷ L'article 6 stipule :

« Le Tribunal établi par l'Accord mentionné à l'article 1er ci-dessus pour le jugement et le châtement des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants. » *Supra* note 3.

L'article 9 ajoute :

« Lors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupe ou d'une organisation quelconques, le Tribunal pourra déclarer (à l'occasion de tout acte dont cet individu pourrait être reconnu coupable) que le groupe, ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle. » *Supra* note 3.

De même, l'article 10 précise :

« Dans tous les cas où le Tribunal aura proclamé le caractère criminel d'un groupe ou d'une organisation, les autorités compétentes de chaque Signataire auront le droit de traduire tout individu devant les tribunaux nationaux, militaires, ou d'occupation, en raison de son affiliation à ce groupe ou à cette organisation. Dans cette hypothèse, le caractère criminel du groupe ou de l'organisation sera considéré comme établi et ne pourra plus être contesté. » *Supra* note 3.

⁶⁸ L'article 7 du Statut : « La situation officielle des accusés, soit comme chef d'État, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de diminution de la peine. » *Supra* note 3.

international pénal ne servirait à rien. L'article 8 du Statut fait sien cette logique en soulignant que « le fait que l'accusé ait agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le tribunal décide que la justice l'exige »⁶⁹.

Voilà donc, de manière sommaire, comment le droit de Nuremberg mit en règle juridique la norme coutumière de crime contre l'humanité. Comme le procureur Jackson l'avait indiqué au début de sa plaidoirie, le procès avait aussi pour but d'écrire l'histoire des crimes nazis. Voyons maintenant comment le procès s'accomplit de cette tâche.

4.3 Justice, historiographie et représentation de la Shoah à Nuremberg

Le procureur en chef britannique, Sir Hartley Shawcross, déclara que « the Nuremberg tribunal would provide... an authoritative and impartial record to which future historians may turn for truth ».⁷⁰ Ce fut effectivement le cas puisque les archives impressionnantes accumulées pour le procès servirent de sources pour des historiens comme Raul Hilberg pour son livre phare, "*The Destruction of European Jews*"⁷¹. Nuremberg se voulait l'occasion de marquer l'histoire, celle du droit international, mais aussi l'histoire de la Deuxième guerre. L'exercice judiciaire et historiographique venait aussi garantir à la postérité que la cause des Alliés était celle de la justice et du droit. La mise en scène de la cour servirait à démontrer la force du droit et offrir au monde une tribune où l'histoire des crimes les plus horribles que l'humanité ait rencontrés soit dite et écrite. Des *individus* (des chefs d'état) devraient répondre des crimes commis (article 6 de la charte).

⁶⁹ Article 8, *supra* note 3.

⁷⁰ Cité dans Lawrence Douglas, *The Memory of Judgment : Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven, Yale U. Press, 2001 à la p.4.

⁷¹ Raul Hilberg, *The Destruction of the European Jews*, Chicago, Quadrangle Book, 1961.

4.4 Histoire écrite et mémoire des témoins

Les sources choisies visant à appuyer la preuve furent celles des archives plutôt que des témoignages. Le procureur Jackson estimait que la meilleure manière de lutter contre un éventuel déni des faits dans l'avenir était d'appuyer les accusations avec des preuves matérielles plutôt qu'à travers des témoignages. Comme les nazis avaient été particulièrement méticuleux dans leur administration et que la cour avait accès à l'ensemble des archives allemandes, cette démarche fut celle choisie.

“We will not ask you to convict these men on the testimony of their foes. There is no count in the Indictment that cannot be proved by books and records. The Germans were always meticulous record keepers, and these defendants had their share of the Teutonic passion for thoroughness in putting things on paper. Nor were they without vanity. They arranged frequently to be photographed in action. We will show you their own films. You will see their own conduct and hear their own voices as these defendants re-enact for you, from the screen, some of the events in the course of the conspiracy”⁷².

4.5 Narrations juridiques, historiques et représentations: l'omission du drame juif

Nous avons souligné que la justice devait concevoir un nouvel outil pour prendre la pleine mesure du caractère extrême des crimes nazis. Pour l'historien, le défi posé par Nuremberg est aussi de pouvoir *représenter* ce caractère. Nous avons fait part de ce défi dans la partie théorique. Comment situer les actes dans l'histoire du nazisme, de l'Allemagne, de l'Occident ? Pour que la justice de Nuremberg fasse le portrait des événements, elle devait prendre acte du fait que le passé n'existe qu'à travers nos représentations. Afin de représenter ce qui s'était passé dans les camps, le film *Nazi Concentration Camp* fut présenté comme preuve devant la cour. Tourné par les troupes américaines à la sortie des camps, il eut l'effet d'un coup de massue sur l'auditoire et fit une grande différence dans le déroulement du procès. Une chose qui frappe lorsque l'on regarde ce film aujourd'hui, c'est le fait qu'à chaque nouveau camp visité, on présente

⁷² Le discours d'ouverture de Jackson est publié dans le texte officiel du procès, ainsi que dans son livre *The Nürnberg Case*, New York, Alfred Knopf, 1947. Voir son site officiel : <http://www.roberthjackson.org/the-man/speeches-articles/speeches/speeches-by-robert-h-jackson/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/>

l'origine des rescapés : ici des Français, là des Polonais, puis des Ukrainiens ou autres. À chaque fois, la narrateur présente ainsi les camps en question. Cette description nous paraît étrange à nous qui « savons » aujourd'hui, car le film ne remarque pas qu'il existe en fait un lien important entre ces « morts vivants » échappés de ces différents camps de la mort : ils ont tous pour explication, pour raison d'être là, le fait d'avoir été juifs. C'est comme si l'évidence échappait à tous. La *représentation* n'est pas la bonne. La réalité du génocide juif, manifeste dans tant de preuves documentaires et de témoignages, échappe à la narration du film au même titre qu'elle échappe à celle du jugement qui, tel que mentionné, s'exprime à travers les accusations d'agression et de complot. Raul Hilberg fait remarquer que la sélection même des chefs nazis accusés reflétait l'emphase sur ces deux angles. Or, souligne Hilberg, la vaste majorité d'entre eux avaient été fortement impliqués dans des actions criminelles visant spécifiquement les ⁷³.

Malgré les critiques qui laissent croire qu'aucune mention ne fut faite sur le drame des à Nuremberg, la réalité est plutôt à mi-chemin. C'est plutôt le jugement qui laisse dans le noir toutes les actions commises avant 1939. Jackson, dans son discours d'ouverture, consacre en fait une longue partie de ce dernier à décrire les « crimes contre les Juifs », il déclare :

« The most savage and numerous crimes planned and committed by the Nazis were those against the Jews. Those in Germany in 1933 numbered about 500,000. (...) Let there be no misunderstanding about the charge of persecuting Jews. (...) It is my purpose to show a plan and design, to which all Nazis were fanatically committed, to annihilate all Jewish people » ⁷⁴.

Jackson était convaincu que le génocide faisait parti d'un plan concocté dès le début, une dynamique inexorable conçue par Hitler. Dans cet esprit, la présentation qu'il fera du régime nazi portera beaucoup sur comment le pouvoir nazi était structuré. Le génocide, selon la vision Nuremberg, avait été "politisé" (au sens "policy") et "bureaucratisé".

⁷³ Hilberg, *supra* note 71 à la p.688.

⁷⁴ Jackson, *supra* note 72.

"The conspiracy or common plan to exterminate the Jew was so methodically and thoroughly pursued, that despite the German defeat and Nazi prostration this Nazi aim largely has succeeded. Only remnants of the European Jewish population remain in Germany, in the countries which Germany occupied, and in those which were her satellites or collaborators. Of the 9,600,000 Jews who lived in Nazi-dominated Europe, 60 percent are authoritatively estimated to have perished. (...) History does not record a crime ever perpetrated against so many victims or one ever carried out with such calculated cruelty"⁷⁵.

À cause de la structure judiciaire où l'histoire racontée suit une ligne ininterrompue de causes à effets sans que des zones d'ombre puissent apparaître, Jackson a construit une narration faisant appel à une conception téléologique de l'histoire où les événements s'enchaînent les uns aux autres de manière logique. Cette vision déterministe du génocide imposée par Nuremberg laissera des traces permanentes chez des historiens comme Hilberg. Ce dernier écrit :

«When in the early days of 1933 the first civil servant wrote the first definition of "non aryan" into a civil ordinance, the fate of European Jewry was sealed»⁷⁶.

Hilberg laisse entendre dans son livre de référence que le processus de destruction des est le résultat inexorable de siècles d'antisémitisme. Ceci n'est pas sans rappeler le commentaire du premier ministre Ben Gurion lors du procès Eichman pour qui le procès Eichmann devait servir à juger l'antisémitisme à travers les âges, une tâche qui ne pouvait relever d'un procès.

4.6 L'histoire racontée par la justice à Nuremberg

L'histoire racontée durant le procès en est une clairement dichotomique. Le procureur Jackson situe le tout avec son célèbre discours d'ouverture où la morale et la certitude historique sont d'un seul côté. C'est au nom de la "civilisation" qu'il débute sa plaidoirie, se référant même à Grotius pour indiquer qu'il existe des guerres justes et d'autres injustes. Jackson s'efforce ensuite de séparer le peuple allemand des accusés, distinguant

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Hilberg, *supra* note 71 à la p. 305.

le régime nazi et ses crimes de la population, soulignant l'équivalent d'un coup d'état avec l'incendie du Reichstag, la propagande et la répression de toute opposition qui suivirent. Ainsi, l'histoire racontée apparaît clairement comme celle d'une organisation sans légitimité politique. Selon cette lecture, la première des victimes sera le peuple allemand, puis l'Autriche et les autres.

Parmi les éléments de l'histoire que le procès ne fera pas valoir, on peut penser à la complicité entre Staline et Hitler avec le pacte de non-agression, le massacre de Katyn, le bombardement de Dresde, etc. En fait, pour Staline, Nuremberg est justement l'occasion de réécrire l'histoire. Dans la narration historique mise en valeur par la rhétorique grandiloquente de Jackson, le silence est complet sur ce qui vient de se passer au Japon : Hiroshima et Nagasaki... Mais les plus grandes omissions sont celles qui suivirent le procès.

4.7 Le legs de Nuremberg post-1945 : Le silence des historiens après le procès

Nous avons vu dans la partie théorique comment s'articule la relation mémoire – histoire-justice. Il s'agit d'une relation qui, à la suite de Nuremberg, s'est complexifiée. Nuremberg a mis l'accent sur l'histoire⁷⁷ à travers l'utilisation de preuves documentaires, tandis que la mémoire repose sur les témoignages. La narration faite lors de Nuremberg a dès lors généré une représentation issue du jugement comme tel. Selon Stone (2003), le fait le plus marquant dans l'historiographie qui a suivi Nuremberg est celui des "silences". Comme pour faire suite à ceux du jugement rendu en 1945, l'historiographie de la période d'après guerre ne traitera pas du génocide juif :

« In the building of a West Germany for the age of cold war, it was apparently not acceptable to discuss the Nazi massacres, not even to compare them to those of the gulag, which were becoming known. This silence over the victims of the Nazis constitutes a

⁷⁷ Mais le concept de crime contre l'humanité a donné un outil à la mémoire pour qu'elle soit entendue dans toutes ses revendications afin que l'histoire soit revue. Voir les parties suivantes sur les procès nationaux.

terrible indictment of the historical profession, one whose effects are still apparent in developments in Holocaust historiography »⁷⁸.

Ce n'est pas avant 1961, avec la publication de « *The Destruction of European Jews* », de Hilberg, que l'Holocauste ne devienne un sujet d'étude en soi pour les historiens. Marquée par la guerre froide et l'histoire racontée par Nuremberg, l'historiographie s'attardera plutôt à établir des rapports entre nazisme et stalinisme. L'Holocauste était un sujet qui n'intéressait que certains intellectuels juifs tout au plus.

Depuis le jugement de Nuremberg, mais aussi dès le discours d'ouverture de Jackson, une volonté s'exprimait de dissocier les crimes de la société allemande et de faire porter le blâme uniquement sur le parti nazi :

« We would also make clear that we have no purpose to incriminate the whole German people. We know that the Nazi Party was not put in power by a majority of the German vote. We know it came to power by an evil alliance between the most extreme of the Nazi revolutionists, the most unrestrained of the German reactionaries, and the most aggressive of the German militarists »⁷⁹.

Dans l'historiographie qui découlera de Nuremberg, un même message sera véhiculé : le Nazisme était l'affaire des conspirateurs nazis, et non de la société allemande, ou même européenne. Le degré de culpabilité de chacun était avant tout affaire d'acquiescence. L'essentialisme dominait, c'est-à-dire que, somme toute, des "fous" avaient pris le contrôle du pays, du monde et l'extermination des était un phénomène à la marge, une dérive. Les victimes de l'Holocauste n'avaient pu se faire pleinement entendre à Nuremberg et l'histoire, à la remorque de la justice, avait aussi marginalisé le génocide. En Allemagne, l'historiographie revint à ses méthodes weimariennes, la période nazi, une aberration historique sans racines dans la culture allemande, la nouveauté historiographique étant plutôt en Allemagne aussi l'étude des totalitarismes.⁸⁰ L'antisémitisme était vu comme un avatar ou plutôt un symptôme du mal plus profond

⁷⁸ Dan Stone, *Constructing the Holocaust · A Study in Historiography*, Londres, Valentine Mitchell, 2003 à partir du chapitre 3.

⁷⁹ Discours d'ouverture du procureur américain à Nuremberg, Robert Jackson, déjà cité *supra* note 72.

⁸⁰ Un texte d'intérêt sur ce sujet précis: M. Henningsen, "The Politics of Memory: Holocaust and Legitimacy in Post-Nazi Germany", dans Y. Bauer, *Remembering for the Future*, Oxford, Pergamon Press, 1992.

qu'est le totalitarisme. Ce faisant, on éludait toute la question de l'enracinement de l'antisémitisme dans la culture allemande et plus largement européenne, enracinement qui, au même titre que la période des actes de crimes contre l'humanité non considérée par Nuremberg, s'étendait bien au-delà de la période de guerre ou même de 1933.

Dans un contexte politique d'une société fragile, en reconstruction, divisée et dont la mémoire est entachée, il était peut-être vital d' "oublier" un certain temps, comme dans la France d'après guerre. De plus, il importait aux nations alliées de serrer les rangs alors qu'un autre totalitarisme menaçait à l'Est. La narration juridique de Nuremberg qui rejetait la faute sur l' "autre" convenait donc à bien des gens.

Aussi étrange, et terrifiant peut-être, que cela puisse paraître, le silence imposé sur l'histoire du génocide, silence découlant de l'historiographie issue de Nuremberg, n'est pas sans rappeler l'appel au silence par Himmler au sujet des crimes qui étaient commis :

« La plupart d'entre vous savent ce que c'est que de voir un monceau de cent cadavres, ou de cinq cents, ou de mille. Être passés par là, et en même temps, sous réserve des exceptions dues à la faiblesse humaine, être restés corrects, voilà ce qui nous a endurcis. C'est là une page de gloire de notre histoire, une page non écrite et qui ne sera jamais écrite » (4 octobre 1943)⁸¹.

4.8 L'effet Nuremberg sur l'historiographie : Archives allemandes plutôt que témoignages juifs, l'écrit plutôt que la parole, l'histoire au lieu de la mémoire

La dichotomie entre l'histoire du nazisme et le sort des *dura* quelques vingt ans. À partir des années soixante, on assiste toutefois à un tournant, des historiens resituant la question

⁸¹ *Discours du Reichführer-SS Himmler devant des officiers supérieurs SS à Poznan, les 4 et 6 octobre 1943* [Trials of War Criminals Before the Nurnberg Military Tribunals - Washington, U.S Govt. Print. Off., 1949-1953, Vol. XIII, p. 323, and Himmler, *Reichsführer-SS* - P. Padfield, Henry Holt and Co, NY, 1990, p. 469]. Disponible à différentes sources, dont celle-ci : http://www.jeuneafrique.com/Article/LIN23015auschrelmmi0/auschwitz-l-aveu-d-himmler.-Actualite_Info.html

juive au cœur de l'histoire du nazisme⁸². Les universités prendront ensuite le relais, mais c'est vraiment le Procès Eichmann qui sert de bougie d'allumage de la conscience historique de la Shoah.

La narration juridique, pour fins d'effets, simplifie à outrance la narration historiographique qu'elle cherche à établir. À titre d'exemple, la narration de Nuremberg sur la persécution des Juifs laisse entendre une aggravation continue de la politique de persécution nazie envers les Juifs. Or les historiens, à partir des années soixante, remettent en question cette vision sans nuance développée par Hilberg qui, lui, s'était grandement inspiré de Nuremberg. Michman nous en fait part :

«(...)L'historien américain Karl Schleunes, l'historien israélien Eliahu Ben-Elissar et l'historien allemand Uwe Dietrich Adam sont tous trois parvenus, dans leurs travaux, à la conclusion que la politique anti-juive des nazis n'était pas clairement tranchée dès l'instant où Hitler était arrivé au pouvoir en 1933 et qu'elle ne s'était pas aggravée selon un schéma de progression simple (comme l'avaient pensé Hilberg et Tenenbaum dans les années cinquante).»⁸³

Cette question d'une possibilité de revoir l'histoire n'est pas neutre. Nuremberg a proposé une histoire où les rôles (identités) de chacun étaient entendus. À cette révision de la partie allemande s'ajoute maintenant celle des Alliés. Ainsi, les historiens dans les années soixante, ayant maintenant accès aux archives des Alliés, découvrent que les "bons gars", les Alliés, la partie accusatrice à Nuremberg, s'est croisée les bras alors qu'elle pouvait à plusieurs occasions sauver des milliers de Juifs⁸⁴...

⁸² Les historiens réfléchissent alors aux causes expliquant le déclenchement de la Deuxième guerre. Parmi ces dernières, on fait état de la politique de *pureté raciale* et d'*espace vital* de Hitler, d'où l'émergence de la question juive dans l'historiographie. Cette réflexion survient lors de la controverse issue de la publication de l'oeuvre de A.J.P. Taylor, *The Origins of the Second World War*, Londres, 1961, dans laquelle l'auteur affirme que Hitler n'était qu'un dirigeant allemand comme les autres, mais que les conditions externes (la faiblesse de ses adversaires européens) sont à la base des événements. Les historiens vont alors travailler à défaire cette thèse aujourd'hui répudiée. Voir R.Henig, "The Origins of the Second World War", *New Perspectives*, vol.3, no1, 1997 à l'adresse suivante: <http://www.users.globalnet.co.uk/~semp/origins.htm> . L'auteur traite de la position de Taylor et du débat entre historiens à l'époque sur cette question.

⁸³ Dan Michman, *Pour une historiographie de la Shoah*, Paris, éditions In Press, 2001.

⁸⁴ Voir Arthur Moore, *While Six Millions Died: A Chronicle of American Apathy*, New-York, 1967. Aussi : David Wyman, *The Abandonment of the Jews: America and the Holocaust, 1941-1945*. Ce dernier raconte comment Roosevelt savait en détails la politique d'extermination des Juifs qui avait cours.

C'est à partir des années 70-80 qu'on assiste au clivage "intentionnalistes" versus "fonctionnalistes" au sein de la communauté des historiens, surtout allemands. Les premiers estiment que la "Solution Finale" a été concoctée par Hitler et ses sbires, qu'elle a été conçue très tôt. Les seconds affirment que c'est la bureaucratie totalitaire, le contexte militaire, les circonstances qui ont conduit les autorités à adopter cette voie. La majorité d'entre eux adoptera plutôt un mélange des deux écoles. Une autre école inspirée de l'approche sociohistorique viendra mettre de l'avant le rôle joué par les populations ce qui soulèvera les questions de responsabilité plus distante et de la résistance en général, sujet dont on traitera à travers l'étude du procès Eichmann dans la partie suivante et dans les procès français. Globalement, à mesure qu'on s'est éloigné de l'influence de Nuremberg, l'historiographie a détourné son attention portée surtout sur les Allemands et les Juifs comme victimes pour se concentrer sur la société juive dans son ensemble et l'impact de la Shoah. Le terme même de Shoah, sa compréhension au sein de la communauté des historiens, est le reflet de l'impact de la lecture historique faite à Nuremberg. Ainsi, selon Michman,

«La plupart des scientifiques *européens*, en particulier les Allemands, considèrent la Shoah comme étant "l'extermination des Juifs", limitant ainsi sa période aux années 1940 et se concentrant sur les aspects non juifs (antijuifs) de cette période. Les chercheurs *israéliens* et de nombreux chercheurs américains considèrent la Shoah comme couvrant «tout l'éventail des persécutions subies par les Juifs dans le Troisième Reich»⁸⁵.

Nous assistons donc à un clivage selon l'identité. Nuremberg, son jugement et sa lecture de l'histoire, interpellent le scientifique juif autrement. Il en sera de même pour les juges israéliens devant juger Eichmann, dont la défense mettra en cause l'impartialité.

⁸⁵ Michman, *supra* note 83 à la p.432.

CHAPITRE V

Le Procès Eichmann : historiographie, affirmation nationale et crimes contre l'humanité

"For it was history that, as far as the prosecution was concerned, stood in the center of the trial" (Hanna Arendt, Eichmann in Jerusalem)⁸⁶

5.1 Introduction

Cette partie ne vise pas à raconter dans le détail l'ensemble des enjeux autour du procès Eichmann. Nous voulons plutôt faire ressortir la relation entre l'histoire et la justice à l'intérieur d'un procès national, comment ce dernier a voulu à la fois prendre acte des éléments juridiques issus de Nuremberg, mais aussi des éléments historiographiques absents. On fera donc part des points de loi et débats qui ont émergé du procès. On a vu que le concept de crime contre l'humanité est né juridiquement à Nuremberg et a connu un développement à travers les conventions qui ont suivies et à l'intérieur du droit interne des États jusqu'à la création des tribunaux internationaux *ad hoc* (TPIY, TPIR). Dans le cas de l'affaire Eichmann, la démarche était différente à bien des égards, mais disons que, fondamentalement, l'événement a voulu compenser les manquements de Nuremberg sur le plan de l'historiographie de la Shoah. Le procès a fait appel maintes fois à l'histoire non seulement du cadre dans lequel œuvrait l'accusé, mais plus globalement celle du peuple juif au XXe siècle jusqu'à la réalité politique d'Israël. À travers son utilisation de l'histoire, le procès était censé marquer la mémoire du peuple juif et réécrire une page d'histoire nationale. L'événement juridique se voulait à la fois historique et historiographique, comme le fut Nuremberg, mais cette fois avec une perspective différente : le procès Nuremberg avait pour cible un régime criminel et cruel comme centre d'intérêt pour l'histoire à narrer et écrire, tandis que le procès Eichmann mettait

⁸⁶ Arendt, *supra* note 47 à la p.19.

l'accent sur les victimes. Il s'agira, pour Feldman⁸⁷, de l'expression d'une philosophie de l'histoire et du droit qui conçoit les victimes comme étant au centre de la narration historique, établissant du même coup un lien entre l'histoire et le droit. Cette histoire, que les nazis ont voulu effacer en même temps qu'effacer le peuple juif, ne peut, selon les autorités israéliennes, être racontée que par ce même peuple, par la voix des victimes dans un cadre légal. Ce lien sera clairement établi par le maître d'œuvre du procès, le premier ministre Ben Gurion :

«Eichmann's acts alone are not the main point in this trial. Historic justice and the honor of the Jewish people demand this trial. Historic justice and the honor of the Jewish people demand that this should be done only by an Israeli court in the sovereign Jewish state.⁸⁸»

Dans cette partie, nous allons étudier comment s'est exprimé ce rapport entre un jugement pour crime contre l'humanité (plus spécifiquement "contre le peuple juif") et la représentation historique du génocide à l'intérieur d'une cour nationale. Ce procès, peut-être plus que tout autre lié aux jugements de crime contre l'humanité, s'est ouvertement déclaré voulant faire œuvre juridique et historiographique. Pour notre étude, nous allons faire appel à une spectatrice "engagée" lors du procès, Hanna Arendt, qui fut directement impliquée dans le débat entourant le procès. Elle va nous accompagner tout au long de notre analyse en raison de son regard critique vis-à-vis le procès.

5.2 Procès nationaux et héritage de Nuremberg

Le procureur Hausner débute l'acte d'accusation en racontant pendant plus de dix heures la tragédie des Juifs, de 1933 à 1945. L'histoire est l'acte d'accusation. Hausner précise le fait que la tragédie des Juifs n'a rien à voir avec des actes de guerre. C'est donc une réponse à Nuremberg dont on parle. Le procès se construira d'ailleurs de la même manière qu'à Nuremberg alternant documents et récits, mais cette fois en mettant l'accent sur ces derniers.

⁸⁷ Shoshana Feldman, *The Juridical Unconscious: Trials and Traumas in the Twentieth Century*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

⁸⁸ David Ben Gurion, "Israel: A Personal History", p. 575, cité par Feldman à la p.113.

Il faut rappeler qu'au lendemain de Nuremberg, les États furent confrontés à la nécessité de juger les nazis et leurs crimes suite à la Déclaration de Moscou. La question se posait sur le comment on pouvait intégrer cette démarche dans le droit interne de chacun. Parmi les solutions trouvées, la première était de créer des tribunaux spéciaux. La Roumanie, la Tchécoslovaquie, la Pologne et d'autres pays directement touchés par la présence nazie adoptèrent cette voie. Une autre voie était celle de créer des tribunaux militaires spéciaux, voie adoptée par le Canada, l'Australie, la Grèce et autres pays. Finalement, la troisième était de déférer les criminels nazis aux tribunaux nationaux ordinaires, ces derniers ayant intégré dans leur droit des éléments pouvant juger les criminels en question. Cette voie fut celle qu'adopta Israël. Comme le clama Ben Gurion, ce procès serait le *Nuremberg du peuple juif*.

« À Nuremberg, ce sont les procureurs américains, anglais ou français qui ont prononcé les réquisitoires et les représentants juifs n'ont été que des témoins passifs. Aucun châtement ne pourra jamais être à la mesure des crimes d'Eichmann, mais celui-ci nous servira à faire toute la lumière sur le fameux plan de Hitler de 'résoudre' le problème juif par le génocide»⁸⁹.

Ainsi, l'objectif n'était pas que d'écrire une histoire différente de celle de Nuremberg. En jugeant Eichmann à Jérusalem, c'est le peuple juif qui rendrait justice aux victimes, c'est le peuple juif, celui qui a souffert, qui raconterait au monde son histoire, et ce à travers l'État d'Israël. Lorsque la controverse internationale et diplomatique éclate suite aux conditions entourant l'enlèvement de Eichmann, certains intellectuels estiment qu'il serait préférable qu'un tribunal international juge Eichmann⁹⁰, mais c'était oublier le sens explicite ci-haut de la démarche voulue par Ben Gurion.

⁸⁹ Entrevue accordée au journal *Le Monde*, 11 juin 1960, citée par A. Wieworka, *Le procès Eichmann*, éditions Complexe, Paris, 1992 à la p.32.

⁹⁰ C'est dans le cadre de leur correspondance s'étendant sur plusieurs années que Hannah Arendt et Karl Jaspers vont débattre de la légalité de ce procès. Jaspers est celui qui, dans les mois entourant le procès, en appelle au transfert à une cour internationale en raison de la notion de crime contre l'humanité. Arendt, à la fin de son livre sur le procès, doute quant à elle de la possibilité d'une cour pénale internationale. Jaspers fait état de sa position dans une entrevue en 1962 au journal *Der Monat*, reproduite dans: « Who Should Have Tried Eichmann? », 4 *Journal of International Criminal Justice* (2006) à la p.853. Disponible à : <http://jicj.oxfordjournals.org/content/4/4/853.full>

5.3 Points de droit du procès Eichmann

Nous avons mentionné dans la partie présentant le concept de crime contre l'humanité que son application internationale s'est faite lors du TMI, du TPIY et du TPIR. Les procès nationaux ont suivi le TMI selon leurs juridictions. Le cas d'Israël est toutefois particulier en ce que l'État n'existait pas lors des crimes commis. Israël s'est reconnu le droit de juger les criminels de guerre en fonction du principe de l'universalité de la répression des crimes contre l'humanité. C'est ainsi que Eichmann a été jugé selon une loi établie en 1950, *Loi 5710 sur le jugement des nazis et leurs collaborateurs*⁹¹.

Les articles d'intérêt de cette loi pour notre étude se présentent comme suit⁹² :

L'élément matériel de la loi (art.1) se dit : "crime contre le peuple juif" et comprend des éléments de génocide physique et culturel envers les (meurtre, atteinte à l'intégrité physique ou mentale, transfert forcé de population, profanation, etc.). Les actes doivent avoir pour visée d'"entraîner la destruction totale ou partielle du peuple juif". On retrouve aussi l'élément matériel du crime contre l'humanité : meurtre, extermination, mise en esclavage, etc. contre toute population civile, etc. Les infractions sont passibles de mort, ce qui n'est réservé en Israël qu'aux crimes nazis. L'article 2 présente la particularité d'incriminer des actes commis dans un "territoire ennemi" pendant le règne nazi, soit les pays de l'Axe et pays occupés par ces derniers. L'article 3, s'inspirant de l'article 9 de la Charte du TMI, criminalise toute participation à une organisation ennemie. L'article 5 s'attaque aux personnes ayant livré des victimes de persécution aux pays ennemis. L'article 17 établit qu'un acte commis sous la pression d'une contrainte morale n'est pas illégal, à l'exception du meurtre et crimes contre l'État. Finalement, l'article 19 stipule qu'une personne qui a commis un crime sous l'ordre d'un supérieur ne peut se soustraire de la responsabilité qui en découle.

⁹¹ «Loi 5710/1950 concernant le châtement des nazis et collaborateurs nazis», *Annuaire des droits de l'homme*, 1950; 211-213. Aussi : «The Crime of Genocide» (Prevention and Punishment). Law, 5710-1950., dans "Laws of the State of Israel, vol.1, Ordinances, 5708-1948, Jerusalem, 1950.

⁹² La présentation de ces éléments tire sa source de Pierre Papadatos, *Le Procès Eichmann*, Genève, Librairie Droz, 1964.

5.4 Principaux points litigieux du procès et historiographie

Crimes contre l'humanité

Pour Arendt, le caractère nouveau des crimes nazis ne faisait pas de doute et la justice devait reconnaître cette nouveauté. Selon elle, les juges de Nuremberg avaient bien compris la chose puisque, bien que voulant s'arrimer à des précédents comme la notion de crimes contre la paix, ils condamnèrent à la peine de mort seulement les criminels ayant été trouvés coupables d'un crime qui ne reposait sur aucun précédent, le crime contre l'humanité⁹³. Lors du procès Eichmann, l'historiographie souhaitée par la poursuite allait s'immiscer dans cette logique. Les juges cherchèrent à inscrire les crimes commis à l'intérieur des lois existantes, mais en même temps affirmer le caractère unique de l'Holocauste. La cour en vint donc à définir la notion de manière très large comprenant des gestes divers de manière à lier ces derniers à des précédents légaux. Mais en même temps, la cour souligna la motivation démoniaque derrière chacun. Pour Arendt, la volonté d'inscrire ces crimes dans l'histoire comme tirant leur origine de l'antisémitisme était erronée. La conception de crime contre l'humanité présentée dans le cadre du procès Eichmann ne reflétait pas sa véritable nature, selon elle. En effet, ce crime s'attaquait à l'essence même de l'homme et sa diversité. Même si le crime vise un ou des groupes précis à travers des actes barbares, c'est parce qu'il constitue une attaque contre la pluralité humaine qu'il est crime contre l'humanité⁹⁴.

Crimes contre le peuple juif

Nous avons vu que Nuremberg choisit comme voie d'attaque pour l'accusation celle de la « conspiration afin de mener une guerre d'agression ». Certains pensèrent que cet angle pouvait aider l'accusation lors du procès Eichmann, mais cette voie fut rejetée afin de favoriser celle sur laquelle l'histoire, voulue, reposerait : tous les actes seraient considérés comme faisant partie de la Solution finale, de sorte que les gestes criminels ne

⁹³ Arendt, *supra* note 47 à la p.294.

⁹⁴ *Ibid.* aux pp.268-269.

seraient pas individualisés selon les victimes, mais seraient considérés comme des gestes contre le "peuple juif". Pour ce faire Israël changea une loi qui permettait aux parties civiles de poursuivre, l'État prendrait dorénavant le contrôle complet de la narration afin d'éviter les dérives auxquelles le procès Kastner avait conduit⁹⁵. Ici encore, l'historiographie voulue avait un impact direct sur la lecture juridique.

Le lien entre le concept de crime contre l'humanité et celui de crime contre le peuple juif serait explicité dans le jugement :

« It is superfluous to add that the "crime against the Jewish people", which constitutes the crime of "genocide", is nothing but the gravest type of "crime against humanity" (and all the more so because both under Israel law and under the Convention a special intention is requisite for its commission, an intention that is not required for the commission of a "crime against humanity"). Therefore, all that has been said in the Nuremberg principles about "crimes against humanity" applies a fortiori to "crime against the Jewish people" »⁹⁶.

La rétroactivité

Parmi les points soulevés par la défense lors du procès, il y a celui invoqué à Nuremberg, à savoir le caractère rétroactif de la loi israélienne. Les actes commis par Eichmann selon l'accusation se sont passés bien avant l'existence de la loi, ce qui va à l'encontre d'un principe fondamental en droit. Or, le droit international pénal, comme on l'a vu au début du mémoire, repose avant tout sur la coutume et les conventions. Ce droit en est encore à ses premières formulations écrites. Le principe de non rétroactivité n'est pas un principe universellement reconnu. Nous avons mentionné que dans les pays anglo-saxons, le droit s'accommode mieux de la coutume que dans les systèmes de droit écrit. Ce point sera déterminant dans les procès internationaux, comme on le verra avec le TPIY dans la dernière partie du mémoire. En fait, si ce principe était appliqué, il n'y aurait à peu près

⁹⁵ Ce point sera à nouveau mentionné plus loin avec plus de détails quant au procès Kastner.

⁹⁶ *Attorney-General of the government of Israel vs Adolf Eichmann*, District Court of Jerusalem, 12 décembre 1961, ILR, 1968, Vol.36, pp.18-276, et décision de la Cour Suprême de l'État d'Israël, 29 mai 1962, *ibid.*, p.277-342. (*Eichmann*)

pas de droit international pénal tant celui-ci est nouveau. Le procureur Jackson avait bien exprimé la chose dans son rapport au Président Truman, le 7 juin 1945 :

«(...) unless we are prepared to abandon every principle of growth in International Law, we cannot deny that our own day has its right to institute customs and to conclude agreements that will themselves become sources of newer and strengthened International Law. (...) (International Law) grows as did the Common Law, through decisions reached from time to time in adjusting settled principles to new situations»⁹⁷.

Arendt a réfléchi à ce point mentionné lors du procès⁹⁸. Elle estima que cette règle reposait sur la prémisse comme quoi le législateur connaissait la nature du type de crime commis. Pour des crimes dont la nature est sans référence préalable, cette prémisse ne tient plus la route. Seuls les actes connus par le législateur peuvent faire l'objet du respect de la règle de non rétroactivité. La cour rejeta cette objection en statuant que l'interdiction de la rétroactivité des lois n'était pas un principe de droit international et ne s'appliquait pas aux crimes graves comme ceux commis par Eichmann.

L'acte d'État

La défense a fait valoir que Eichmann était seulement un agent de l'État et qu'en ce sens, c'est l'État lui-même qui devait répondre des actes commis. Aucun autre État ne pourrait châtier l'agent sans l'autorisation de son État. En fait, il s'agit là d'une des principales contributions de Nuremberg au droit international pénal : la reconnaissance de la responsabilité pénale individuelle, de même que la réfutation de la doctrine de l'"acte d'État". La doctrine n'est pas acceptable si elle n'est pas délimitée. Même avant la Deuxième guerre, les crimes de guerre ne pouvaient être excusés au nom de cette doctrine. La Charte de Londres (art.7) et le Jugement du TMI ont tout deux établi que le rejet de cette "excuse" faisait partie des principes du droit international pénal⁹⁹.

⁹⁷ Reproduit de *l'American Journal of International Law*, 39, 1945, cité dans Papadatos, *supra* note 92 à la p.68.

⁹⁸ *Ibid.* à la p.254.

⁹⁹ Article 7 : «La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'États, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine. ». Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, *supra* note 3.

La loi 5710 avait adopté ce principe qui fut exprimé dans le jugement :

« L'argument, même selon lequel la destruction systématique de peuples entiers sans défense par un gouvernement et une police puisse constituer un "acte d'État" dont les auteurs échapperaient à toute responsabilité, est un défi au sens commun et un outrage à la justice et à la loi »¹⁰⁰.

Ce point soulève des questions importantes qui interpellent aussi l'historien. La défense invoque le fait que les normes sociales, le droit en cours sous le régime nazi cautionnent le comportement de Eichmann qui est même récompensé pour ses bons services. L'État nazi était-il un État de droit ? À quel moment peut-on parler d'une dictature ? La Cour suprême d'Israël soutient que le droit nazi n'est pas du droit puisqu'il ne repose pas sur des principes acceptés universellement comme relevant du droit.

« Les lois de discrimination et de rapine de l'État-brigand et les ordres meurtriers de l'autocrate qui présidait à ses destinées, n'étaient pas de vraies lois aux yeux du droit international et rien n'est capable de valider, en quoi que ce soit, les crimes affreux, objets de ce procès »¹⁰¹.

L'ordre reçu

Dans le même esprit que le point précédent, la défense avança comme argument que l'accusé ne faisait que répondre aux ordres et s'en tenir aux questions de logistique de transport. La jurisprudence de Nuremberg fut ici déterminante en ce que l'ordre hiérarchique ne dégage pas la personne de la responsabilité vis-à-vis un crime commis. Écouter les ordres d'un État criminel est maintenant jugé criminel, car l'obéissance d'un subordonné s'arrête là où la conscience humaine dicte de le faire. Bien que Nuremberg admette comme critère de culpabilité la "faculté de choisir", la loi 5710 rejette pour le cas des crimes nazis toute défense en ce sens. De plus, l'accusation démontrera que Eichmann avait fait preuve à de multiples occasions d'initiatives personnelles excluant le caractère contraignant de l'autorité.

¹⁰⁰ Jugement *Eichmann*, *supra* note 96 au no 28.

¹⁰¹ Jugement *Eichmann*, *supra* note 96 au no 14. Selon cette conception, on voit qu'un grand nombre de régimes militaires dans le monde seraient considérés exclus...

Mais pour la poursuite, ce point posait tout de même problème. La façon qu'elle trouva à contourner ce dilemme fut de faire référence au fait que Himmler avait ordonné, à la veille de la défaite imminente, la fin des déportations, mais que Eichmann avait continué, contre les ordres, à ordonner les déportations vers Auschwitz, ce qui démontrait pour la cour tout son fanatisme et sa haine des Juifs. Mais, selon Arendt¹⁰², Eichmann affirmait justement qu'il avait suivi la loi plutôt que les ordres d'un supérieur. Encore une fois, la vision d'Arendt reposait sur l'idée que c'était la machine totalitaire qui tournait les hommes en bêtes sans conscience ni âme. Pour elle, les crimes étaient «légaux» et donc encore plus inhumains.

La neutralité des juges

La défense a avancé l'argument comme quoi les juges, étant juifs, ne pouvaient rendre un jugement équitable envers l'accusé, argument avancé aussi lors de Nuremberg. Serviatus, avocat de la défense, a fait valoir que puisqu'il s'agit d'un procès présentant un caractère « politique », l'État d'Israël n'est pas neutre non plus. La cour n'allait pas reconnaître cette "évidence", bien que, comme explicité plus bas dans cette partie du mémoire, le procès présente effectivement plusieurs caractéristiques propres aux procès politiques dits "procès spectacle". Cette question passe, en fait, à côté de l'essentiel : Israël a voulu écrire l'histoire de la Shoah à travers ce procès. Son peuple ayant été la victime désignée du génocide, elle s'estimait en droit de juger l'accusé. Mais puisqu'il s'agit bien d'un cas de génocide, ce crime relevait du droit des gens et c'est donc la communauté internationale, comme l'avaient préconisé plusieurs intellectuels, qui aurait dû prendre en main ce procès. Seulement, comme il n'y avait pas de tribunal international à l'époque, il revenait aux juridictions nationales, comme on l'a vu dans la partie présentant le crime contre l'humanité, de juger Eichmann, ce que fit Israël. Là résidait sa compétence établie suite à la Charte de Nuremberg, de même qu'à la suite de conventions telles que celle de

¹⁰² Arendt, *supra* note 47 aux pp.294-295.

1948, *Convention sur la prévention et la répression du génocide*¹⁰³, qui appuient l'idée comme quoi les crimes contre l'humanité interpellent la communauté internationale parce que relevant du droit des gens.

Pour Arendt, l'affirmation selon laquelle seule une cour juive pouvait rendre un jugement équitable sur les crimes liés à la Shoah la confrontait au même titre que la question de l'accusation de "crime contre le peuple juif". Cette "ethnisation" de la justice, la notion de "justice nationale", bien en accord avec la démarche voulue par Ben Gurion, était pour elle une contradiction avec les principes de neutralité de la justice. S'il y a compétence universelle, il y a donc crime dont la répression est à caractère international. Mais l'histoire que voulait raconter les autorités israéliennes en était une "nationale".

La juridiction

La défense affirmait que puisque les crimes avaient été commis en-dehors d'Israël, cette dernière n'avait pas la juridiction pour mener ce procès. La cour appuya sa position sur la doctrine de la personnalité passive selon laquelle un État acquiert juridiction sur des crimes commis en dehors de son territoire s'il peut démontrer un lien spécial avec la victime. Mais comme Israël n'existait pas, le lien devait reposer sur le caractère ethno-religieux du fait d'être Juif. La cour préféra alors la doctrine de la juridiction universelle qui découle de l'obligation faite à chaque nation de poursuivre en justice les responsables de crimes contre l'humanité.

“We have said that the crimes dealt with in this case are not crimes under Israeli law alone, but are in essence offences against the law of nations. Indeed, the crimes in question are not a free creation of the legislator who enacted the law for the punishment of Nazis and Nazi collaborators, but have been stated and defined in that law according to a precise pattern of international laws and conventions which define crimes under the law of nations.”¹⁰⁴

¹⁰³ *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U 277, R.T. Can. 1949 no27 (entrée en vigueur le 12 janvier 1951). Voir : <http://www2.ohchr.org/french/law/genocide.htm>

¹⁰⁴ *Eichmann, supra* note 96 au no 16.

Arendt estimait que la juridiction d'Israël à juger Eichmann s'exprimait autrement, à travers une conception tout à fait innovatrice du territoire. Ce "territoire" duquel Israël pouvait se réclamer est un espace qui réunit les membres d'un peuple, une langue commune, une religion, une histoire, des coutumes. Puisque la Solution visait à détruire le peuple juif, c'est l'espace même que cette politique d'extermination visait, espace éventuellement matérialisé en l'État d'Israël¹⁰⁵. Cette juridiction s'étendait à travers l'histoire du peuple juif. Arendt rejoignait donc Hausner ici.

5.5 Représentations juridique, historique et identité

Comme le souligne Shoshana Feldman dans *The Juridical Unconscious* :

« (...) prior to the Eichmann trial, what we call the Holocaust did not exist as a collective story»¹⁰⁶.

En fait, cette histoire existait bien sûr, mais en parallèle à l'histoire officielle écrite lors de Nuremberg, du côté de la mémoire. Le procès *Eichmann* s'est présenté comme une tribune pour donner voix à des victimes de l'Holocauste qui n'avaient pu se faire entendre lors de Nuremberg. On parle donc plutôt de la mémoire des victimes, et même celle du bourreau. Dans le cadre de ce procès, on ferait appel à la voix, au témoignage plutôt qu'aux archives.

À partir du débat soulevé par Arendt sur le rôle des dans l'exercice de leur propre destruction, nous pouvons étudier comment un procès qui se veut « didactique » sur le plan historique, et « unificateur » sur le plan politique, s'expose, si ce procès se fait dans un cadre libéral, comme l'entend Osiel (voir plus bas), à devoir revoir des points de la mémoire collective qu'on n'avait pas envisagés, qui ne vont pas nécessairement dans la direction politique souhaitée au départ et qui peuvent mettre en cause plus que le procès en question. Ce débat mené par Arendt est au cœur des questions relatives au rapport

¹⁰⁵ Arendt, *supra* note 47 aux pp.262-263.

¹⁰⁶ Feldman, *supra* note 87 à la p.127.

histoire-justice dans le cadre de procès nationaux des crimes contre l'humanité, car il interpelle chacun et tous ensemble, il mérite donc qu'on s'y attarde.

Arendt, en soulevant la question du rôle des conseils juifs dans l'organisation de la structure administrative qui a mise en place la Solution Finale, interpelle les historiens. Elle souligne avant tout que l'histoire racontée pendant le procès fait encore défaut, comme on a pu critiquer celle racontée à Nuremberg. De nombreux historiens sont venus critiquer Arendt, indiquant qu'en URSS il n'y avait pas de conseils juifs et que les crimes furent tout aussi nombreux, mais l'intérêt, pour nous, se situe ailleurs, dans le fait que l'histoire racontée à Jérusalem n'est pas le fruit de recherches, mais tient plutôt de la mémoire des victimes, qu'elle ne peut se réclamer, comme l'affirme Hausner, de l'historiographie juive¹⁰⁷. Le point d'Arendt portait sur le sens même du procès. Il s'agissait d'un débat entre Juifs visant à comprendre ce qui s'était passé. Tout au long du procès, Hausner posait continuellement la question : « mais pourquoi ne vous êtes-vous pas révoltés ? » On questionnait du même coup le rôle de la résistance. Ceci n'est pas sans rappeler les procès qui suivront en France et ailleurs où chacun devra répondre du rôle qu'il a joué en ces temps où les repères moraux et légaux étaient incertains. On voulait, dans le cas du procès *Eichmann*, une narration claire, sans ambiguïté : des êtres habités par une idéologie haineuse, antisémite avaient commis des gestes d'une cruauté inégalée contre une population sans défense. Pour la résistance, ce serait celle offerte par le nouvel État d'Israël. On ne voulait pas s'aventurer dans les méandres d'un procès antérieur, celui de Kastner, où des questions de choix avaient été plus ambiguës¹⁰⁸. En

¹⁰⁷ À moins qu'on ne se réfère à la conception présentée par Yarushelmi dans "Zakhor", comme quoi les n'ont pas d'histoire, mais plutôt une mémoire. Explication : la Bible et les textes talmudiques constitueraient les références historiographiques de l'évolution et du destin du peuple juif. Cette mémoire transmise de génération en génération d'une culture pourtant chargée d'histoire n'est pas l'histoire du peuple comme on l'entend normalement (chute du temple, création de diasporas, etc.). Selon l'auteur, cette histoire n'intéresse pas le peuple juif, c'est plutôt celle de la mémoire transmise qui constitue son référent existentiel. Il s'agit d'une histoire-récit : Moïse, les tables de la loi, Abraham, la terre promise, etc. L'appel au souvenir (Zakhor) est celui de cette mémoire. Pour Yerushalmi : « (...) l'historiographie n'est pas une tentative pour restaurer la mémoire, mais représente un genre réellement nouveau de mémoire ». On comprend alors combien il est difficile pour Israël, en cette époque de culte historiographique, de donner un sens rationnel à sa démarche nationale lorsque fondée sur cette mémoire, plutôt que sur les circonstances historiques connues. Le procès *Eichmann* est traversé par cette problématique. Voir : Yerushalmi, *Zakhor. Histoire juive et mémoire juive*, Paris, La Découverte, 1984.

¹⁰⁸ Rudolf Kastner était responsable d'une petite organisation en Hongrie qui négociait directement avec les SS pour le transfert de vers la Suisse moyennant de l'argent. Avait-il sauvé des Juifs ou vendu son âme en

France aussi, comme on le verra dans la partie suivante, l'historiographie qui suivit Nuremberg, sous la pression du général De Gaulle, se devait de trancher, pour fins d'épuration, entre les vilains collabos et les résistants. Les procès modernes des années 90, habilités par le concept de crime contre l'humanité, allaient remettre en question certaines lectures historiques. À partir de tout cela, on voit combien ces procès interpellent aussi l'identité nationale. Ben Gurion avait bien saisi cette dimension.

Le procès *Eichmann*, comme à Nuremberg, a généré de nouvelles recherches historiographiques pour comprendre ce point précis de la responsabilité de chacun¹⁰⁹. Que l'interprétation de Arendt soit exact ou non ne change donc rien au fait qu'elle questionne au moins l'histoire racontée par ce procès et par tous les procès en fait. La justice serait vue ici non plus comme historiographique, mais plutôt « génératrice » de questions que l'historiographie devra ensuite traiter.

Le problème de fond pour beaucoup, c'était qu'une Juive, allemande de surcroît, mette en doute l'histoire nationale voulue par l'État en formation qu'était Israël à l'époque, un État alors menacé par tous les pays voisins. Un sentiment national, pour les Juifs en Israël et ceux dans la diaspora, devait naître de cette narration partagée, c'était le but avoué de Ben Gurion. Le procès avait un but politique déclaré. Les Juifs devaient apprendre ce qu'il leur en avait coûté de ne pas avoir un État pour les protéger alors que l'Europe et l'Amérique avaient fermé leurs yeux, leurs cœurs et leurs portes.

La démarche visait à créer un sentiment national à travers l'indignation suscitée par le procès d'un monstre qui incarnerait toutes les forces qui ont cherché à détruire le peuple juif à travers l'histoire. Mais le procès ne généra pas l'effet voulu. Le personnage apparut insignifiant, toujours à rappeler des clichés sur son devoir de fonctionnaire. Deux images issues du procès étaient donc présentées aux historiens : celle voulue par

participant au "marché du génocide" ? Après la guerre, il occupe de hautes fonctions politiques et fait l'objet d'un procès qui au départ le blâme puis l'innocente. Il est finalement assassiné. Son rôle ambigu incarne les dilemmes auxquels devaient faire face les organisations juives pendant la guerre. Les autorités politiques étaient déterminées, lors du procès *Eichmann*, à ce que le "message" qui sortirait du procès soit clair et édifiant cette fois-ci. Cette histoire constitue la trame de fond politique du procès *Eichmann*.

¹⁰⁹ Voir Annette Wievorka (« Le procès Eichmann »), *supra* note 89 à la p.131.

Hausner d'un être démoniaque et celle présentée par Arendt d'un petit bureaucrate sans envergure qui agit avec conscience du mal qu'il faisait, avec zèle, mais une conscience étouffée par la conviction qu'il ne faisait que suivre les procédures administratives et les ordres d'un système, criminel au demeurant.

Parce qu'elle critiquait l'histoire racontée dans le cadre du procès, on accusait Arendt de n'être pas solidaire avec la cause juive. Trop détachée. Ceci n'est pas sans rappeler l'accusation de la défense quant à la nationalité des juges, de l'incapacité pour eux d'être neutre. Trop près. Quelle est alors la "juste" distance face à de tels crimes lorsqu'on est juif ?

5.6 Procès nationaux, procès politiques et « procès spectacles »

Le procureur Hausner, comme bien d'autres, a clairement indiqué au début du procès que sa raison d'être était « pédagogique ». Arendt a dénoncé cette démarche en l'accusant de « procès spectacle ». En fait, tout procès présente toujours une dimension pédagogique. Dans le cas des procès pour crime contre l'humanité, cette leçon est avant tout historique en raison des caractéristiques propres à ce type de crime, comme on l'a vu. La question est de savoir si cet élément pédagogique occupe une place telle dans un procès qu'il en fait un travesti de justice, comme on l'a vu dans les célèbres procès sous l'ère de Staline.

Dans le cadre d'un procès, deux histoires sont forcément en jeu. Pour un procès de crimes de masse, l'État veut établir son récit. Koskenniemi fait part du problème :

« This is the paradox : to convey an unambiguous historical 'truth' to its audience, the trial will have to silence the accused. But in such case, it ends up as a *show trial* »¹¹⁰.

Selon ce dernier, les enjeux politiques, dans le cadre d'un tel procès, sont trop importants pour laisser place à une histoire alternative. On verra dans les cas nationaux, comme Eichmann mais aussi français, que cette lecture est assez juste. C'est, entre autres, sur ce

¹¹⁰ Marti Koskenniemi, *Between Impunity and Show Trials* (2002) 6 Max Planck Yearbook of United Nations Law à la p.88.

point où les procès internationaux comme ceux des TPIY et TPIR se séparent des procès nationaux.

Peterson¹¹¹ a établi une grille pour déterminer le caractère « procès spectacle » d'un procès. Pour lui, ces procès présentent deux éléments propres. Un procès est susceptible d'être qualifié de « procès spectacle » si : 1) la probabilité que l'accusé soit trouvé coupable augmente en raison de la planification et du contrôle du procès par l'État. Ceci s'exprime comme le facteur risque pour l'État. Le risque est celui de l'acquiescement de l'accusé et/ou la narration d'une histoire contraire à celle voulue par l'État. Un procès équitable devrait accepter ce risque. Si l'acquiescement ou une histoire alternative sont exclues au départ, alors on peut parler de « procès spectacles »; 2) l'intérêt de la cour se porte plutôt sur l'audience que sur l'accusé. Ceci veut dire qu'assurer un cadre pour permettre à l'accusé de se défendre n'est pas l'objectif du procès qui se veut tribune et message pour l'extérieur de la cour. Pour Peterson, c'est le croisement de ces deux éléments qui déterminent le degré de « spectacle » du procès. Un procès complètement orchestré, manipulé, mais tenu secret, ne serait pas un « procès spectacle », par exemple. Au même titre, un procès pour lequel l'État n'aurait pas de risque et ne chercherait du même coup pas à contrôler l'issue, mais qui serait présenté complètement au grand public ne serait qu'un procès normal se tenant devant un grand auditoire. Ceci ne signifie pas qu'un « procès spectacle » soit forcément illégitime, comme l'étaient les procès staliniens. Un procès peut être dit « juste » tout en ayant pour fonction « supplémentaire » celle d'éduquer ou d'établir une version de l'histoire. Il s'agit toutefois d'un équilibre très difficile à atteindre.

Dans le cas des procès nationaux en Israël et en France, nous avons définitivement à la fois un contrôle et un risque. En fait, en général, l'appellation est vue comme péjorative, mais pour certains, elle présente une connotation positive. Ainsi, pour Douglas, Arendt a tort de dénoncer le caractère « pédagogique » du procès Eichmann. Selon lui, un procès entourant les crimes contre l'humanité, en particulier ceux de génocide, ne peuvent se

¹¹¹ Jeremy Peterson, *Unpacking Show Trials : Situating the Trial of Saddam Hussein* (2007) 48, Harvard International Law Journal, à la p.260 et suivantes.

restreindre à des questions pénales, la cour doit aussi permettre aux victimes de témoigner afin qu'un historique soit établi pour la société. Douglas :

« Law is always used for political purposes. The question is : What are the political uses and how can the more detrimental ones be contained? »¹¹²

Pour Osiel¹¹³, s'inspirant d'un concept weberien, ce type de procès présente aussi comme vertu de créer des liens dans la communauté à travers la mise en scène d'un rituel juridique. Dans ce cadre, un « procès spectacle *libéral* » permet à la communauté d'échanger sur les questions du passé, de remettre en question certains éléments de la mémoire collective. Pour Osiel, il importe alors aux juges de mettre l'accent sur la dimension narrative, délibérative (démocratique), du procès, cette dimension étant plus importante pour la communauté que celle strictement pénale, d'où l'intérêt de commissions de vérité pour certains, un sujet assurément propre aux débats. Dans le cas présent, pour le procès *Eichmann*, on a mentionné combien la discussion autour de ce procès était en fait un débat entre avant tout pour comprendre ce qui s'était passé, comment il se faisait qu'une telle chose fut possible et quel rôle avait joué chacun dans la communauté (les résistants, les collabos, les victimes, etc.). Que les bourreaux soient les nazis n'intéresse personne, on veut aller plus loin et comprendre pourquoi. Quoi qu'il en soit, nous avons vu dans la partie théorique que même dans l'hypothèse où nous accepterions la conception d'Osiel des mérites de procès spectacles façon libérale, les risques inhérents au fait d'associer une démarche historiographique à celle de rendre justice demeurent toujours en place puisque la justice suit une logique méthodologique et épistémologique autre que l'historiographie.

¹¹² Cité dans Daphne Eviatar, « The Show Trial : A Larger Justice ? », New York Times, 20 juillet 2002, p. B7 : <http://www.nytimes.com/2002/07/20/books/the-show-trial-a-larger-justice.html> . Voir L. Douglas, *The Memory of Judgment : Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven, Yale U. Press, 2001 à la p.258. Judith Shklar affirmait la même chose au sujet de Nuremberg, à l'effet qu'il importait de tenir compte de l'utilité politique de l'exercice juridique. Voir : Bernard Yack, *Liberalism Without Illusion : Essays on Liberal Theory and the Political vision of Judith Shklar*, Chicago, U of Chicago Press, 1996 à la p.17.

¹¹³ Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, New Brunswick, N.J., Transaction Publishers, 1997.

Pour le cas *Eichmann*, Arendt estimait que la narration racontée lors du procès s'écartait trop du procès en lui-même et des actions commises par l'accusé, rendant ce procès absurde¹¹⁴. Par ailleurs, pour Arendt, Jaspers et autres penseurs comme Gershom Scholem, ce procès, en condamnant une personne, risquait de donner l'impression que la chose était réglée. Condamner, à mort de surcroît, le symbole qu'était devenu Eichmann, c'était tourner la page, amener la fin, par définition prévisible, du « spectacle ». Scholem :

« L'exécution de la peine de mort a faussé la signification historique de ce procès en créant l'illusion qu'il était possible de trouver une conclusion à cette affaire en pendant un être humain, ou inhumain. Illusion très dangereuse, car elle peut engendrer le sentiment d'avoir trouvé un moyen pour expier l'inexpiable. (...) On dira : les Israéliens ont capturé le principal organisateur du massacre; qu'ils le pendent et qu'on n'en parle plus »¹¹⁵.

Que vaut une histoire dont la conclusion est déjà évidente ? Encore une fois, on refuse à la mémoire à passer à autre chose. Mais revenons à la grille de Peterson afin de valider le caractère « procès spectacle » du procès Eichmann. Peterson fait valoir qu'une des caractéristiques propres aux procès spectacles est celle qui consiste soit à ne pas limiter la présentation de preuves ou encore d'accepter des preuves non pertinentes.

« The defendant must be able to present evidence relevant to his or her defense, and must be protected from evidence not relevant to the charges at issue »¹¹⁶.

Dans le cas du procès Eichmann, comme l'indique Arendt¹¹⁷, la cour, selon la loi, était en droit d'accepter des preuves non reliées directement à l'accusé si des raisons valables étaient invoquées. C'est ainsi que la cour permit d'entendre les témoignages -une majorité parmi le lot- de Polonais, Lituaniens sans rapport avec Eichmann dont le rayon d'action ne couvrait pas ces pays. La cour a repris à plusieurs reprises le procureur

¹¹⁴ Arendt, *supra* note 47 à la p.232.

¹¹⁵ Gershom Scholem, *Fidélité et Utopie. Essai sur le judaïsme contemporain*, Paris, Calman-Levy, 1978 à la p. 213, cité par Wieworka ("Eichman"), à la p. 114.

¹¹⁶ Peterson, *supra* note 111 à la p.273. Il peut arriver que cette tactique soit utilisée plutôt par la défense. On verra dans les procès français que ce phénomène se produira à nouveau avec l'évocation par la défense des crimes du colonialisme comme preuve d'hypocrisie de l'État à vouloir juger les crimes contre l'humanité.

¹¹⁷ Arendt, *supra* note 47 aux pp.200-205.

Hausner sur ce point de non pertinence, mais l'audience s'est faite tout de même. On a montré encore une fois le film *Nazi Concentration Camps*, comme à Nuremberg, sans qu'un lien direct soit fait avec l'accusé. Pour Peterson, le procès Eichmann, en raison de cette caractéristique, présentait un caractère « procès spectacle » plus marqué que le TMI de Nuremberg. La question des règles de présentation de preuve surgira à nouveau dans notre analyse à la fin du mémoire sur les procès internationaux. Ces nouvelles règles furent développées, lors du TPIY, justement pour mieux encadrer cet aspect que beaucoup jugeait problématique lors de Nuremberg.

Pour Feldman, le procès Eichmann se présente plutôt comme une confrontation entre la justice et l'État. Arendt, à travers sa critique sur le caractère inapproprié du procès à s'ériger comme tribune de l'histoire de l'antisémitisme, en appelle à la justice à s'en tenir à sa stricte raison d'être qui est de juger Eichmann. L'État, à travers son leader Ben Gurion, cherche à construire une narration qui viendra appuyer la position d'Israël comme terre d'asile face aux voisins arabes qui la menacent. Arendt raconte sa vision des choses :

«And Ben Gurion, rightly called the "architect of the state", remains the invisible stage manager of the proceedings. Not once does he attend a session; in the courtroom, he speaks with the voice of Gideon Hausner, the Attorney General, who, representing the government, does his best, his very best, to obey his master. And, if fortunately, his best turns out not to be good enough, the reason is that the trial is presided by someone who serves Justice as faithfully as Mr. Hausner serves the State of Israel. Justice demands that the accused be prosecuted, defended, and judged, and all the other questions of seemingly greater import be left in abeyance. And Justice, though perhaps an "abstraction" for those of Mr. Ben Gurion's turn of mind, proves to be a much sterner master than the Prime Minister with all his power»¹¹⁸.

Arendt se voyait donc défendre la position *juridique* et non *historico-politique* de Hausner. Mais en même temps, Arendt reconnaissait que le cadre légal ne pouvait prendre la mesure historique de l'événement.

¹¹⁸ *Ibid.* à la p.6

5.7 Impacts du procès Eichmann sur la mémoire collective juive et sur l'identité israélienne

L'État d'Israël a ceci de particulier qu'il s'est créé tardivement, en 1948, à partir de concepts occidentaux propres à des décennies antérieures : nationalisme, droit à l'auto-détermination, droits des minorités et démocratie. Dans les sociétés traditionnelles, celles avec une longue histoire, la mémoire collective et l'identité sont formées à travers des rituels communs qui n'ont rien à voir avec la justice. Pour Israël, l'objectif était de créer un nouvel État à partir des immigrants venant d'Europe et les populations arabes en place. La formation de l'identité et de la mémoire collective nationale devait se faire à travers le nouvel État. Pour une auteure comme Leora Bilsky¹¹⁹, les procès Eichmann et Kastner (non traité ici) ont eu un impact important sur cette mémoire collective. Ces procès ont duré plusieurs mois, ont fait appel à des centaines de témoins qui ont raconté leurs drames personnels caractéristiques d'un drame plus collectif. Ces procès ont été télévisés, ils ont saisi l'imagination du public et fait l'objet de débats importants au sein de la société israélienne. Ils sont devenus ce que Pierre Nora appelle des *lieux de mémoire*¹²⁰ à travers lesquels une lutte pour l'interprétation du passé passe par l'arène politique.

Le procès se veut un pont entre le passé, le génocide, et le futur, l'État d'Israël comme terre refuge pour le peuple juif. De manière à établir un monde "vivable" après l'Holocauste, une narration humaine doit être faite autour des témoignages des victimes dans le cadre d'un procès. Nuremberg a permis d'écrire la norme légale, le procès Eichmann permet, selon la vision voulue de Ben Gurion, la véritable narration légale, historique, de la tragédie.

¹¹⁹ Leora Bilsky, *Transformative Justice: Israeli Identity on Trial*, Ann Arbor, MI, University of Michigan Press, 2004.

¹²⁰ Pierre Nora, *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, 1984.

5.8 *Choc de deux visions quant au rôle du procès à écrire l'histoire : Arendt vs Hausner*

Pour beaucoup, raconter l'histoire de cette période présente un défi considérable en ce qu'il y a discontinuité entre le passé pré nazi et la période nazie comme telle où de nouvelles normes sociales, légales entrent en ligne de jeu. Pour la justice, comme on l'a vu à Nuremberg, un nouveau concept légal a dû être développé, celui de crime contre l'humanité. Un précédent fut alors établi, une nouvelle base. Pour l'historiographie, le défi était tout aussi grand. Arendt et Hausner représentent justement deux visions antagonistes de l'historiographie exprimée dans le cadre du procès Eichmann. Hausner cherche dans l'histoire juive une façon de combler la discontinuité de la Shoah en l'inscrivant dans l'histoire des persécutions subies par le peuple juif depuis la chute du temple et l'exode, réaffirmant du même coup la raison d'être de l'existence de l'État moderne d'Israël. Arendt, au contraire, voulait souligner le caractère moderne du crime, son exceptionnalité. Elle fait part du rôle possible joué par les conseils juifs afin de démontrer combien le totalitarisme conduit à la perte de tout repère. Arendt déclare donc l'Holocauste unique, hors norme en tant qu'événement historique, parce qu'irréductible, au même titre que la justice dut concevoir le concept de crime contre l'humanité.

“(...) the physical extermination of the Jewish people was a crime against humanity, perpetrated upon the body of the Jewish people”¹²¹.

Ce faisant, elle indique que la seule continuité historique est celle de la victime, mais la nature du crime est nouvelle, et a-historique. En détachant cette nature du crime de son caractère raciale ou ethnique, Arendt critique à la fois la définition apportée par le législateur israélien au concept de crime contre l'humanité, ce dernier l'ayant ramener à “crime contre le peuple juif”; et à la fois le caractère passéiste de la vision de Hausner, celle de Arendt s'ouvrant sur la possibilité que le crime se répète dans d'autres circonstances sur d'autres peuples, ce qui, on le sait, fut le cas.

¹²¹ Arendt, *supra* note 47 à la p.269.

Arendt voudrait que le procès établisse une narration historique liée à la criminalité des actes commis par Eichmann, tandis que Hausner travaille à écrire une narration historique centrée sur les victimes. Tous deux ont une vision particulière du rôle que doit jouer la cour comme scène : Hausner veut faire parler les victimes, comme on peut le voir dans le cadre de commissions de vérité. La scène se veut dramatique et émotionnelle. Pour Arendt, le pathos n'a pas sa place dans ce type d'arène, elle y voit une manipulation politique.

“Justice insists on the importance of Adolph Eichmann,(...) the man in the glass booth built for his protection (...) On trial are his deeds, not the sufferings of the Jews, not the German people or mankind, not even anti-semitism or racism.”¹²²

Pour Feldman¹²³, la position de Arendt se présente de deux façons : elle est conservatrice sur le plan juridique, comme on peut le constater à son refus à déroger du procès classique qui doit s'attarder strictement aux crimes commis par l'accusé; et révolutionnaire sur le plan historiographique. Précisons ce dernier point. Arendt rejette la tentative de Hausner d'écrire à travers le procès Eichmann l'histoire du nazisme et de ses crimes comme la culmination de siècles d'antisémitisme. Le procès répète de manière lancinante les terribles histoires des victimes et les inscrit dans l'histoire des crimes commis contre les Juifs. Pour Arendt, cette vision passe à côté de la nécessité d'exprimer au contraire le caractère exceptionnel de l'Holocauste dans l'histoire. Cet événement n'est pas la culmination de crimes dans l'histoire, mais quelque chose hors histoire. C'est en cela qu'elle appelle à une vision *révolutionnaire* historiographique de l'Holocauste. La répétition incessante du traumatisme à travers l'histoire empêche le procès de saisir combien la Shoah n'est pas une cumulation de drames, mais un tout unique, sans précédent dans sa nature. La justice travaille avec les précédents, mais on a vu avec le concept de crime contre l'humanité qu'elle a dû sortir de cette logique. L'historiographie, selon Arendt, doit faire de même. On reconnaît bien la pensée de Arendt, le concept de “desk murderer” nouveau genre, ce qu'elle appelait la “banalité du mal”, l'a-moralisation des masses dans les systèmes totalitaires, etc. Rien dans la vision historiographique de Hausner ne permet de saisir ces concepts nouveaux. Pour Feldman,

¹²² *Ibid.* à la p.5

¹²³ Feldman, *supra* note 87.

le procès Eichman est justement à l'inverse de la position d'Arendt, à savoir conservateur sur le plan historique et révolutionnaire sur le plan juridique. Ce qui frustre la philosophe, c'est le fait qu'à travers cette historiographie, rien est appris.

“In the eyes of the Jews, thinking exclusively in terms of their own history, the catastrophe that had befallen them under Hitler, in which a third of the people perished, appeared not as the most recent crimes, the unprecedented crime of genocide, but on the contrary, as the oldest crime they knew and remembered. This misunderstanding... is actually at the root of all failures and the shortcomings of the Jerusalem trial. None of the participants ever arrived at a clear understanding of the actual horror of Auschwitz, which is of a different nature from all the atrocities of the past... Politically and legally,... these were “crimes” different not only in degree of seriousness but in essence.”¹²⁴

Le malaise éprouvé par Arendt devant l'approche choisie par Hausner de présenter les preuves sous forme de témoignages plutôt qu'à travers des documents comme à Nuremberg s'explique par le fait que les documents, la "paperasse" administrative, illustre mieux le caractère bureaucratique de l'horreur, appuyant de nouveau sa thèse de la banalité. Par contre, le témoignage exprimait mieux l'étendue, la profondeur des crimes, ce que voulait Hausner. Ce qu'on savait de manière théorique, l'Holocauste, serait dit devant tous, transformant les récits en une narration commune. Nuremberg, selon Hausner, avait failli dans la tâche de transmettre la mémoire de l'Holocauste. Ainsi, la justice, la cour plus précisément, devait servir à exprimer et communiquer cette mémoire. Nuremberg avait ordonné les preuves de manière telle que celles offertes par les bourreaux (les documents administratifs) valaient plus que les témoignages des victimes aux yeux des historiens. Le procès à Jérusalem devait changer cette situation.

Hausner concédait sur un point : Nuremberg marquerait le droit international, mais le procès Eichmann la mémoire collective. Arendt, de son côté, souhaitait un procès non juif, un procès sur la nature du mal dans lequel chaque humain serait interpellé. L'un voulait l'histoire de la persécution des Juifs par les Nazis, l'autre l'histoire du totalitarisme. L'un voulait juger les crimes commis, l'autre doutait que ces crimes puissent être jugés à l'intérieur du cadre choisi. Dans sa volonté d'écrire une histoire différente de celle proposée par Hausner, Arendt met en doute le portrait des bourreaux,

¹²⁴ Arendt, *supra* note 47 à la p.267.

trop simplement présentés, et celui des victimes, trop dociles. Ce que rejette la philosophe plus que tout, c'est avant tout la mise en scène du procès : les victimes qui perdent conscience pendant leur témoignage, les multiples récits sans lien avec l'accusé, les témoins choisis expressément pour leur éloquence; etc. Le procès, selon elle, devrait être l'antithèse de la narration dramatique, avec ses coupures incessantes, ses procédures, ses questions encadrées, son rejet des éléments non directement liés à la cause. À l'image du conflit entre l'historiographie scientifique et la mémoire, le procès était déchiré entre la forme juridique, rationnelle, méthodique et l'effet dramatique, impressionniste.

Nous assistons alors à un choc des narrations lié à des conceptions différentes du rôle de la justice. Hausner voulait utiliser au maximum les oublis de Nuremberg vis à vis l'Holocauste pour justifier les écarts qu'il prenait par rapport à la présentation de preuves. La « réconciliation avec le passé », objectif de l'historien, serait possible. Il importait aussi que le procès se tienne en Israël puisque la Loi sur les crimes nazis permettait d'étendre la période d'étude (depuis 1933) au-delà de celle présentée par Nuremberg. De plus, en même temps, pour Hausner, il fallait aussi contrôler la narration. Contrairement à ce qu'on verra lors du procès Barbie, la partie civile ne pourra se joindre à la cause et Hausner sera le seul à mener l'accusation. Dans le procès Barbie, on verra que l'implication d'autres parties à l'accusation conduira à des dérives sur le plan narratif. L'État, dans le cas de Eichmann, devait démontrer sa force à défendre le peuple juif, les six millions de victimes que Hausner prétendait représenter. Ainsi, bien que le procès se voulait celui de la voix des victimes, ces dernières étaient pré sélectionnées, et représentées uniquement par l'État. Le gouvernement israélien ira jusqu'à amender une loi qui permettait aux parties civiles de mener des actions judiciaires au criminel¹²⁵. La voix des Juifs serait celle de l'État moderne d'Israël. Le « crime contre le peuple juif », comme explicité plutôt, s'articulerait dans l'accusation unique formulée par l'État d'Israël. Bilsky fait état du paradoxe :

¹²⁵ Bilsky, *supra* note 119 aux p.108-110.

“(...) the legal struggle reveals a deep ambivalence about the proper role of the survivors’ trial. On the one hand, in order to justify the jurisdiction of the Israeli court over Eichmann, the prosecution emphasized the fact that many of the survivors lived in Israel and played an important role in the trial. On the other hand, in order to enhance the Zionist moral of the trial it was crucial to assure the state prosecution’s exclusivity (through the amendment of the law)”¹²⁶.

Chacun arrive à une conclusion différente: Hausner affirme qu'à partir de la narration historique de l'Holocauste telle que présentée dans le procès Eichmann, les Juifs du monde entier (et les Arabes autour) comprendront que la persécution millénaire des Juifs culminant avec l'Holocauste appelle à la protection par un État juif, Israël. Plus encore, l'historiographie proposée par l'État juif en serait une où le fait de témoigner serait un acte de résistance en soi. Car c'est là le problème : comment expliquer que tant de millions de gens furent éliminés sans résistance ? L'histoire devait finir avec un acte de résistance, le procès, à travers la narration faite par l'État issu de la volonté de résistance du peuple juif. Arendt fut choquée par cette manipulation de l'histoire, d'où le fait qu'elle questionna le rôle des conseils juifs (judenrat), un sujet déjà connu, mais, selon Arendt, volontairement étouffé. Pour elle, la démarche n'était pas sans rappeler celles propres justement aux régimes totalitaires qui contrôlent la vérité.

5.9 Derniers points de réflexion sur le procès Eichmann

a) L'acte d'accusation révélait une incohérence. On voulait juger un homme pour crime contre le peuple juif et ainsi faire état sur le plan historiographique des dessins de la Solution Finale, mais l'acte mentionne quatre chefs d'accusation traitant du traitement infligé à des populations non-juives (déportation d'un million et demi de Polonais, meurtres de Slovénes et de Tziganes, déportation d'une centaine d'enfants tchèques).

b) Le concept de crime contre l'humanité dénonce en son essence la discrimination. Le concept de crime contre le peuple juif repose sur une discrimination. Cela veut-il dire qu'Israël ne se sent pas tenu, contrairement à ce qu'exige la norme coutumière telle

¹²⁶ *Ibid.* à la p.110.

qu'explicitée au début, de juger pour crime contre l'humanité des individus qui n'auraient pas ciblé des juifs ?

En tant que premier procès national étudié dans ce mémoire, le procès Eichmann est venu démontrer la place qu'occupe la narration dans le cadre d'un procès pour crime contre l'humanité. Ce sont les histoires racontées, personnelles, puis intégrées dans un tout collectif, celui de la mémoire nationale qui laissent leur marque et non seulement le jugement final comme tel. C'est la démarche narrative, qui n'est pas sans rappeler celle des commissions de vérité, qui compte. Arendt, aussi critique fut-elle de cette même démarche mettant de l'avant les témoignages des victimes, fait aussi partie, ironiquement, à travers son propre rapport du procès avec tous ses détails et observations, de l'histoire des narrations associées à ce procès.

CHAPITRE VI

Les procès Barbie, Touvier et Papon : Confrontation histoire nationale et justice

6.1 Introduction

Comme nous l'avons évoqué dans la partie présentant le concept de crime contre l'humanité, la responsabilité des États à procéder à l'arrestation et au jugement des criminels de la Deuxième guerre mondiale fut prévue dès 1943 à travers la Déclaration de Moscou, de même que les résolutions 827 et 955 du Conseil de Sécurité octroyaient la compétence aux États pour arrêter les criminels des conflits en Ex-Yougoslavie et au Rwanda.

L'étude des procès pour crime contre l'humanité qui eurent lieu en France de 1987 à 1994 est d'intérêt pour notre analyse à plus d'un point de vue. En effet, ces procès illustrent les défis que rencontrent les États à intégrer au sein de leur droit interne le concept de crime contre l'humanité. Ces défis, juridiques au départ, deviennent politiques par le rôle qui revient à l'historiographie à revoir les faits avec un recul de plusieurs décennies. En France, deux problèmes juridiques se présentaient : il y avait d'abord l'absence dans le droit interne de la reconnaissance de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, alors que deux conventions internationales sur ce point avaient déjà été établies, mais non signées par la France : la Convention de l'ONU du 28 novembre 1968¹²⁷ et la Convention européenne du 25 janvier 1974¹²⁸. Confrontée à l'inacceptable prescription pour ces crimes, la France adopta, au début des années soixante, une loi qui vint interpréter le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg pour rendre

¹²⁷ *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, 26 novembre 1968, 754 R.T.N.U. 73. Disponible à http://www2.ohchr.org/french/law/crimes_de_guerre.htm

¹²⁸ *Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, 25 janvier 1974, 3 S.T.E. (Strasbourg, pp.213-216).
Disponible à : http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Europ/autres02.htm

imprescriptibles ces crimes¹²⁹. Le deuxième problème était le fait que les États en général n'avaient pas encore pleinement intégré le concept de crime contre l'humanité dans le droit interne, le pénal s'exprimant à travers la répression des crimes de guerre, ce qui, on l'a vu, est le résultat de l'interprétation faite par le TMI des crimes nazis.

À ces problèmes s'ajoutait le traumatisme d'une mémoire qui n'était pas en paix avec elle-même face à des événements qui avaient déchiré la nation. Le traumatisme de l'Occupation était toujours présent. Est-ce que simplement continuer à vivre comme d'habitude, sous l'Occupation, c'était "collaborer" ? Où se situait la frontière entre collaboration / résistance passives et actives ? Ce type de questionnement propre à chaque individu était encore plus délicat pour les dirigeants politiques et militaires français qui devaient trouver un équilibre dans la collaboration avec les politiques nazies, dont celles de déportation, qui ne portaient pas nécessairement ce nom, mais dont les conséquences étaient les mêmes. Il est bon de rappeler le contexte qui entoura les crimes contre l'humanité pour lesquels on jugera trois hauts dirigeants, Barbie, Touvier, Papon et celui qui précède et suit le procès en ce que les débats justice-histoire découlent de ces contextes.

Nous allons voir dans cette partie que c'est l'interprétation même du concept de crime contre l'humanité qui sera au coeur du débat sur le rôle de la justice à réécrire l'histoire. Ainsi, alors que nous avons vu des exemples où la justice est appelée à écrire une page d'histoire, les procès français demanderont aux historiens de participer à la justice à un degré encore plus avancé que ce qui sera demandé aux experts historiens lors des TPIY et TPIR. Et du même coup, l'histoire, à travers la relecture historique amenée par la cour, se verra interpellée à son tour, le tout opérant dans une dynamique où les identités s'en verront potentiellement affectées.

¹²⁹ *Loi n°64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité*. Version consolidée au 29 décembre 1964 . Voir http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=1E4DEF72C42D57FE3F15AB5588DA5F32.tpdjo03v_3&dateTexte=?cidTexte=JORFTEXT000000684761&categorieLien=cid

La répression contre les crimes contre l'humanité en France présente donc l'intérêt, pour notre sujet d'étude, de mettre en lumière les conflits associés à la réécriture de l'histoire nationale à travers les procès pour crimes contre l'humanité. Il s'agissait, en tout état de cause, non seulement de jugements historiques, mais de jugements de l'histoire. Au même titre que dans le cas du procès Eichmann, les procès Barbie, Touvier et Papon représentaient l'occasion pour le peuple français de revoir une partie douloureuse de son histoire. Les hommes accusés devaient servir une cause "pédagogique", celle d'une nouvelle lecture de l'histoire de la France de Vichy, une démarche qui n'est pas sans rappeler celle du procès Eichmann. Encore une fois, un conflit entre l'histoire des victimes et celle voulue par le pouvoir était à prévoir. Que ce soit les représentants de la résistance, les représentants de la communauté juive ou les gouvernements français et même israélien, tous s'accordait toutefois pour dire que le premier des grands procès, celui de Barbie, représentait une occasion unique de réécrire une page d'histoire incomplète aux yeux de plusieurs.¹³⁰

6.2 Le procès Barbie : Interprétation de la définition de crime contre l'humanité et historiographie.

"Ce devait être un procès entre la France issue -- bien lointainement-- de la résistance et le policier nazi, livreur d'enfants et d'adultes juifs, tortionnaire et assassin de résistants, ce fut un procès à parties multiples, puisqu'il(Vergès) y introduisit la France de Vichy et celle de la guerre d'Algérie, l'État d'Israël posé en symbole du mal, au même titre que l'État hitlérien, la « collaboration » juive et l'Occident tout entier coupable de colonialisme, sans parler d'une résistance dont il déformait, à coup d'accusations parfaitement monstrueuses, les tensions et éventuellement les trahisons."

(Pierre Vidal-Naquet, *Les Assassins de la mémoire*, le Seuil, 1995)

Sans s'attarder trop sur les détails entourant l'accusé, il est nécessaire de rappeler certains faits historiques et de présenter le contexte général pour comprendre l'interaction entre la justice et l'histoire pendant le procès. Barbie, connu sous le nom de "Boucher de Lyon", était chef de la Gestapo à Lyon qui était alors le coeur de la Résistance. Responsable de l'exécution de plus de 4000 personnes, de la déportation de plus de 7 500 innocents vers

¹³⁰ Voir : « The Trial of Vichy France », *The Economist*, 12 février 1983, p. 55. Aussi, « French Hope Barbie Trial Will not Become Trial of their History », *United Press International*, 12 mai 1987 et « Israeli Offer to Help Prosecute Barbie », *American Press*, 6 février 1983.

les camps de la mort et autres crimes du genre, Barbie était avant tout connu pour être responsable de deux événements marquants de la mémoire collective française : la déportation des écoliers du village de Izieu, près de Lyon; et l'arrestation et l'exécution du héros désigné de la résistance, Jean Moulin. Le procès débuta en mai 1987 et réunit 40 procureurs - représentant les victimes et leurs familles- qui se joignirent au procureur d'État pour mener l'accusation contre Barbie. Il fut trouvé coupable sur tous les chefs d'accusation et condamné à la prison à vie en juillet de la même année.¹³¹

6.2.1 Contexte

Au lendemain de la guerre, la France procéda à une vaste campagne d'épuration conduisant au jugement de près de 50 000 citoyens dont le but était de tracer une ligne entre la France véritable, celle de de Gaulle, et la France qui avait erré, celle de Pétain¹³². Une volonté claire d'écrire une histoire différente de celle de l'Occupation, plus édifiante, venait soutenir cette démarche. Cette épuration s'étendit de 1944 à 1953. Aucun de ces procès ne faisait appel à la notion pourtant établie de crime contre l'humanité, en dépit de la participation de nombres de personnes à des crimes très graves. On cherchait plutôt à séparer collaborateurs et résistants. Somme toute, la justice suivait un agenda politique et historiographique. Il faut dire que dans l'imaginaire collectif marqué par la guerre, les crimes de trahison et de collaboration avec l'ennemi étaient beaucoup plus présents que le souvenir des persécutions faites envers les Juifs de France. Dans l'esprit de Nuremberg où l'on singularisa le régime nazi du peuple allemand, une distinction fut faite entre le régime de Vichy et la France véritable. Mais, toujours dans l'esprit de Nuremberg et de l'exemple du film *Nazi Concentration Camp* où l'on ne remarquait pas le caractère juif des prisonniers, l'histoire de la France vichyssoise racontée par la France républicaine post-guerre est celle de la lutte de la résistance et non celle des crimes contre l'humanité. Les victimes sont toutes les mêmes, les déportés vers les camps sont les "victimes de la guerre", sans distinction, alors que c'est justement par distinction qu'elles furent ciblées.

¹³¹ Ces données sont tirées de Guyora Binder, « Representing Nazism : Advocacy and Identity at the Trial of Klaus Barbie » 98 (1998-1999) Yale Law Journal.

¹³² Chiffre cité par Katy Hazan, « Les représentations de la persécution des Juifs dans les procès de l'épuration en France », dans « La mémoire, le procès et le crime » 156 janvier-avril (1996) Le monde juif.

La France, co-instigatrice du TMI, ne jugeait ses criminels qu'en fonction de crimes de guerre à travers une loi de 1944 qui pré datait le concept de crime contre l'humanité pourtant établi à Nuremberg¹³³. Cette aberration fut corrigée lorsque l'Assemblée nationale française vota en 1964 pour l'intégration du concept tel qu'il avait été défini dans la Charte de Londres¹³⁴. Mais les législateurs avaient en tête, avec cette loi, les criminels *nazis*, de sorte que lorsque des tentatives furent faites dans les années 70 pour inculper Touvier, elles firent face à des obstacles importants. Il faudra attendre le procès de Barbie pour qu'une relecture soit faite sur les distinctions qu'apporte le concept de crime contre l'humanité avec en toile de fond la Shoah. Le régime de Vichy faisait du même coup face à l'accusation de génocide propre au concept.

Avec l'instauration du crime contre l'humanité au sein du droit français, les crimes commis par Barbie pouvaient être jugés, puisqu'imprescriptibles, mais tous les crimes de guerre tels que ses actes contre la résistance, y compris l'assassinat de Jean Moulin, le chef de la résistance et héros mythique, ne pouvaient plus faire l'objet de poursuites. Du même coup, ceci voulait dire que les mythes nationaux associés à la mémoire, ceux de la Résistance, ne pourraient être reconnus, consacrés à l'intérieur de l'enceinte juridique qui faisait office de "lieu de sacre de la vérité historique officielle". Pour la première fois, la nation ferait face à son passé, les crimes associés à la Solution Finale seraient mis à jour, mais les exploits de la résistance ne feraient pas partie de l'histoire racontée, ce qui signifiait une réécriture de l'histoire de la France sous l'Occupation, mais aussi des silences qui suivirent.

Pour Finkielkraut¹³⁵, la situation antérieure tenait du refoulement où, à travers, la construction des mythes nationaux de résistance, on rejeta la notion de crime contre l'humanité pour celle plus acceptable de crime de guerre. En fait, ce que ne dit pas Finkielkraut, c'est que cette confusion, comme on l'a vu dans le mémoire, n'est pas

¹³³ Ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre. Disponible à : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070700&dateTexte=20100830>

¹³⁴ Loi no 64—1236, votée le 26 décembre 1964. La loi comprend un seul article : « Les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature ».

¹³⁵ Finkielkraut, *supra* note 42.

propre aux "névroses" de l'histoire de France, mais origine de Nuremberg. C'est l'impact du jugement de Nuremberg sur l'historiographie. L'interprétation selon la France d'après-guerre est en accord avec celle qui caractérisa les démarches d'autres nations : le génocide juif n'avait pas eu lieu. Mais dans le cas de la France, cette interprétation était d'autant plus convenable qu'elle évitait de poser des questions graves sur les responsabilités de chacun vis-à-vis les politiques associées à la Solution Finale.

L'intégration du caractère imprescriptible strictement réservé aux crimes contre l'humanité au sein du droit interne signifiait qu'une relecture historique était en cours, ce qui ne pouvait, selon les parties civiles représentant les familles des résistants, se faire sans ces derniers. Encore une fois, comme on l'a vu avec *Eichmann*, l'accusé avait peu à voir avec les enjeux traités devant la justice. C'était bien l'histoire, nationale, qui était convoquée à la barre.

La défense, menée par Jacques Vergès, saisit l'occasion de ce conflit entre la mémoire et les débats politiques qui, forcément, entraient en jeu, un phénomène vu lors de *Eichmann* et que déplorait Arendt. Au même titre que Arendt qui, lors de *Eichmann*, voulut parler de la coopération des comités juifs, Vergès était déterminé aussi à changer le "script" de l'histoire *officielle* censée être racontée pendant le procès pour inclure les crimes contre la Résistance au sein de la catégorie crime contre l'humanité afin de démontrer la collaboration de Français résistants dans la livraison de Jean Moulin aux Allemands. En fait, il voulait aller beaucoup plus loin, jusqu'à appeler à la barre toute l'histoire du colonialisme français. La Cour de cassation décida le 20 décembre 1985 d'inclure les crimes commis contre les résistants au sein de l'appellation crime contre l'humanité¹³⁶. Du même coup, la justice permettait de revoir l'ensemble des points d'histoire de cette période trouble.

¹³⁶ Arrêt, Cour de Cassation, 20 décembre 1995, Chambre criminelle, numéro de pourvoi 85-95166 publié dans le *Journal de droit international*, 1986, pp. 129 à 142, cité dans L.S.Wexler, « The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again » (1994) 32 *Columbia Journal of International Law* à la p. 342. Aussi cité dans Pierre Vidal-Naquet, « Les Assassins de la mémoire » (1995), Paris, Le Seuil, à la p.178.

6.2.2 Révision historique à travers l'interprétation juridique du crime contre l'humanité

En fait, ce n'est pas seulement l'histoire que revisitait la Cour, mais le concept de crime contre l'humanité comme tel. En effet, la Cour innova en avançant que ce concept devait se comprendre comme quoi l'acte criminel devait être appuyé par une idéologie sous-jacente. La nouvelle définition du crime contre l'humanité, selon la Cour de cassation, se présentait maintenant comme suit :

« (...) constituent des crimes contre l'humanité, au sens de l'art. 6 c du Tribunal militaire international de Nuremberg, les actes inhumains et les persécutions qui, **au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique**, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une communauté raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, **quelle que soit la forme de leur opposition**»¹³⁷.

Ainsi, la Cour mettait sur le même niveau victimes de la Shoah et résistants. L'impact des mythes nationaux venait se faire sentir jusque dans l'interprétation du concept né à Nuremberg. Mais cette lecture juridique revoyait du même coup plusieurs points de l'histoire toute récente de la France. En effet, cette redéfinition du crime contre l'humanité entraînait des conséquences considérables sur l'historiographie française. Vergès voyait, à travers cette nouvelle définition, l'occasion d'en appeler à la mise en place d'un « Nuremberg pour l'Algérie ». Le crime contre l'humanité est-il restreint aux Juifs ou cette définition s'applique-t-elle aussi aux crimes commis par le colonialisme français ? Ce type de défense n'est pas sans rappeler celle utilisée lors du TPIY et dont on avait cherché lors de Nuremberg à se prémunir, la défense « *Tu quoque* »¹³⁸. Il s'agit

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Lors de Nuremberg, on exclut ce type de défense. Voir Telford Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials : A Personal Memoir*, New-York, Knopf, 1992. Mais, selon Vidal-Naquet : « (...) le principe du *Tu quoque*, officiellement interdit, l'emporta parfois dans les faits, par exemple lorsque les amiraux allemands purent démontrer que la flotte américaine de l'amiral Nimitz avait fait très exactement ce qu'on leur reprochait » dans Pierre Vidal-Naquet, « Un Eichmann de papier », chapitre 5 tiré du livre du même auteur, *Les assassins de la mémoire*, Paris, Points Seuil, 1987. Pour la Yougoslavie, voir Richard Wilson, « *A Window on the Past: Historians and Social Scientists as Expert Witnesses at the ICTY* », conférence faite à New-York, NY, le 15 février 2009. http://www.allacademic.com/meta/p311685_index.html. Pour voir un exemple de ce type de défense, voir : Slobodan Milosevic. (n.d.) « *The Defense Speaks : For History and the Future : Yugoslav President Slobodan Milosevic's Opening* ».

de retourner l'accusation vers les accusateurs en invoquant d'autres événements historico-politiques, souvent à travers l'expertise d'autres historiens qui viendront contredire l'accusation. Il s'agit d'une démarche qui relativise les accusations en appelant l'histoire à la barre. En fait, la stratégie de Vergès ne visait pas à disculper son protégé, mais bien à marquer des points politiques, l'accusé étant un prétexte pour les deux parties. Vergès, d'origine à moitié vietnamienne, entendait faire le procès du colonialisme français. Il convoqua pour ce faire deux avocats, un Algérien et un Congolais, pour l'appuyer dans cette démarche. Tout comme dans le cas de *Eichmann*, la cour allait servir d'arène pour une joute politique dont l'histoire française depuis l'Occupation était l'enjeu.

Vidal-Naquet présente la situation ainsi :

« (...) Me Vergès s'était bruyamment réjoui de cet arrêt: selon lui, il donnait en effet la possibilité de soutenir que la France, elle aussi, avait commis, en Indochine, à Madagascar, en Algérie, des crimes parfaitement identiques à ceux que réprimait le texte instituant le tribunal militaire international de Nuremberg. Et dès lors, il fallait être logique : si l'on poursuivait Barbie, il fallait aussi poursuivre les responsables français des crimes coloniaux, tout aussi imprescriptibles que ceux du tortionnaire nazi; mais si l'on refusait d'admettre que les crimes de l'armée française étaient des crimes contre l'humanité, imprescriptibles, alors il fallait également renoncer à juger Barbie..., au moins pour les crimes équivalents»¹³⁹.

La défense s'activa donc à mettre sur un même plan des drames totalement distincts. Chaslot, journaliste au magazine *Lyon Capitale*, nous fait part des manœuvres en cours pendant le procès :

« (...) 1er juillet 1987. La parole est à la défense. Jacques Vergès a convoqué à ses côtés Nabil Bouïta et Jean-Martin M'Bemba, avocats au Barreau d'Alger pour le premier, de Brazzaville pour le second. Le message est clair. Au cours de cette journée, il n'est plus question du procès Barbie mais de celui du colonialisme et de la France. Nabil Bouïta parle du sort "*de tous les damnés de la terre*". Il se déclare antisioniste. "*Tous les arabes le sont*" affirme-t-il. Il se défend bien sûr d'être antisémite, mais parle de "*nazification du peuple élu*". L'incident était inévitable avec certains avocats de la partie-civile lorsqu'il compare les enfants de Sabra et Chatila aux enfants d'Izieu, ajoutant "*je ne vois pas la*

¹³⁹ Pierre Vidal-Naquet, *Les Assassins de la mémoire*, Paris, Le Seuil, 1995 à la p.178.

différence entre un four crématoire et une bombe au phosphore". Les propos deviennent nauséabonds. Nous ne sommes plus dans la défense mais dans l'idéologie. La barre devient une tribune. L'Avocat ne plaide pas pour l'accusé, dont on se demande s'il l'a jamais rencontré, mais pour son propre compte. Jacques Vergès est "aux anges".

C'est à présent lui qui prend la parole sur le registre de l'indignation. *"Le racisme figurez-vous, nous savons ce que c'est. Nous nous inclinons devant le martyr des enfants d'Izieu car nous portons le deuil des enfants algériens... Le crime contre l'humanité ne force-t-il l'émotion, ne mérite-t-il la commémoration que lorsqu'il frappe des européens ?"*¹⁴⁰

Le tribunal, de par sa nature conflictuelle, oppose deux visions. Le débat ne peut se faire autour d'une seule, celle des actes commis, mais parce que l'histoire est interpellée, le contexte est aussi en cause et non seulement les actions qui s'y rattachent. Koskenniemi explique bien que pour Vergès, dans l'esprit d'un concept développé par François Lyotard, accepter le terrain de l'accusation, à savoir quels sont les gestes et personnes à extraire du contexte historique, c'est déjà accepter l'accusation¹⁴¹. La stratégie de Vergès en est une plutôt de rupture. Milosevic fera de même devant le TPIY en faisant de la cour une tribune pour exposer sa vision historique, celle qui vient contextualiser les crimes commis. Pour ce dernier, tout le TPIY n'est en fait qu'une alternative politique à la démarche militaire de l'OTAN¹⁴².

Sur cette question des comparaisons entre crimes, Vidal-Naquet souligne une différence de grande importance : alors que les crimes, rapportés par Vergès et d'autres, de la République envers les colonisés, qu'ils soient africains ou autres, étaient, d'après eux, illégaux selon les lois de la République, ceux commis par les nazis étaient en accord avec les lois nazis. Cette distinction fondamentale situe le concept de crime contre l'humanité comme étant le fruit d'une politique étatique visant un groupe ethnique, culturel ou religieux précis, comme on l'a vu précédemment dans le mémoire¹⁴³.

¹⁴⁰ Philippe Chaslot, "Klaus Barbie est coupable", Lyon Capitale, 5 juillet 2007, voir :

<http://www.lyoncapitale.fr/lyoncapitale/journal/univers/Actualite/Divers/Klaus-Barbie-est-coupable>

¹⁴¹ Martti Koskenniemi, *supra* note 110 à la p.17. Le concept de *rupture* chez F. Lyotard se retrouve dans son livre, *Le différend*, Paris, Éditions de Minuit, 1983.

¹⁴² Un texte sur ce point précis : David Forsyth, "Politics and the International Tribunal for the Former Yugoslavia" (1994) 5 Criminal Law Forum. Première phrase du texte donnant le ton : "Those who would draw a clear distinction between law and politics are to be found more in ivory towers than in corridors of power.", à la p.401.

¹⁴³ Vidal Naquet, note 131 aux pp.168-180. Toutefois, cette « politique » peut s'exprimer dans l'action sans qu'une loi spécifique s'y rattache. Ainsi, les crimes de torture auxquels se sont prêtés les forces françaises

Le procès Barbie est donc venu établir une sorte de hiérarchie de la mémoire. Il y aurait la mémoire de la résistance, puis celle de l'occupation et du rôle des dirigeants. La Shoah ne serait plus séparée légalement des crimes commis envers les résistants, tous victimes du régime nazi. Cette conclusion découle directement de ce que Rousso a appelé, le "Syndrome de Vichy", une incapacité pour la France de regarder en face un passé déchirant. Paradoxalement, ce syndrome, se référant à la période d'occupation et les années qui suivirent, se coupla à l'incapacité de reconnaître les crimes contre l'humanité commis en Algérie par les forces françaises au nom de la France. Pourtant, la nouvelle définition du concept de crime contre l'humanité permettait, en la détachant de la démarche de Vergès, de revisiter aussi cette partie de l'histoire. Une double occultation historique découla donc du procès. Ce procès allait aussi avoir des répercussions importantes sur les deux autres procès qui suivirent.

6.3 *Le procès Touvier*

Encore une fois, le contexte, bien que long, est essentiel pour comprendre le procès. En voici donc un portrait¹⁴⁴.

6.3.1 *Contexte*

Le procès Touvier est qualifié par plusieurs comme le "procès pour la mémoire." Ce procès, considéré comme l'ultime épisode de l'« épuration », se conclut le 20 avril 1994 avec la condamnation de l'ex-milicien par la Cour d'assise à la réclusion à perpétuité pour complicité de crime contre l'humanité. La particularité du procès Touvier par rapport au procès précédent, c'est que contrairement à Barbie - un officier allemand qui parlait bien

en Algérie étaient associés à une politique de répression (certainement qualifiée autrement sur le plan officiel) sans qu'une loi en appelle à commettre les gestes criminels aujourd'hui connus. On verra dans la partie sur le TPIY que le crime contre l'humanité se distancera de la présence nécessaire d'un État.

¹⁴⁴ Cette narration, tout comme celles des autres procès français, tire en partie son inspiration des livres de H. Rousso, *Le Syndrome de Vichy, de 1944 à nos jours*, Paris, Seuil, 1987, et S. Chalandon et P. Nivellet, *Crime contre l'humanité : Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*, Paris, Plon 1998.

français- Touvier est bien Français, ce qui faisait de lui l'incarnation même de la collaboration.

Pour Rouso, Touvier représentait l'exemple extrême du collabo alors qu'il oeuvrait au sein d'un commando mis en place spécifiquement pour combattre la résistance.¹⁴⁵ Accusé de multiples crimes contre la population juive de Lyon, il fut à deux reprises, après la guerre, condamné à mort *in absentia* pour crimes de guerre. Il bénéficia de la protection du clergé pendant les années qui suivirent jusqu'en 1967 alors que les crimes de guerre devinrent prescrits. En 1971, le président Pompidou accorda le pardon présidentiel à Touvier. Malgré cela, les démarches se poursuivirent pour conduire Touvier devant la justice. Sa condamnation dépendait toutefois de la possibilité de démontrer que ses crimes étaient bien "contre l'humanité", donc imprescriptibles. C'est par l'entremise d'une accusation – la première relative au crime contre l'humanité faite à un citoyen français - menée envers Jean Leguay¹⁴⁶, homme de main du chef de la police de Vichy, René Bousquet, que Touvier se retrouva lui-même accusé de crime contre l'humanité. Seulement, il demeurait introuvable. En 1992, il est finalement arrêté et formellement accusé de crime contre l'humanité. Toutefois, la Chambre d'accusation de Paris déclara que cinq des six charges étaient irrecevables en raison d'un manque de preuves et que la sixième - le meurtre de sept otages juifs à Rillieux-la-Pape- ne pouvait être considérée comme un crime contre l'humanité, mais plutôt un crime de guerre. La cour déclara donc un non-lieu générant du même coup l'indignation générale et la controverse au sein de la population. Comment en était-on arrivé à une telle conclusion ? Encore une fois, la faute reposait sur l'interprétation toujours insaisissable du crime contre l'humanité.

6.3.2 *Interprétation du crime contre l'humanité et historiographie*

La Chambre d'accusation avait fait reposer son analyse sur la définition du crime contre l'humanité apportée par la Cour de Cassation lors du procès Barbie. Nous avons

¹⁴⁵ Henri Rouso, *Le Syndrome de Vichy, de 1944 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 1987 à la p.215.

¹⁴⁶ Ce dernier fut accusé de crimes contre l'humanité en 1979 pour son rôle dans la rafle du Vel' d'Hiv où 13 000 Juifs furent arrêtés. Il mourut en 1989 avant son jugement.

mentionné comment cette interprétation avait eu un impact important sur l'historiographie des victimes. Cette interprétation allait encore une fois « sévir ». La définition requérait la condition suivante, à savoir que le crime devait avoir été commis : « (...) au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique (...) »

Comme Touvier agissait au nom du régime de Vichy, la question revenait donc à déterminer si ce régime était motivé par une telle politique et si le massacre à Rilleux s'inscrivait dans le cadre d'un programme concerté. Pour Barbie, ce fut différent, la question de son adhésion à l'idéologie nazie ne faisait pas de doute, de sorte que l'accent fut mis sur ses actions contre les Juifs et les résistants. On demanda donc à la cour de donner ce qui n'était rien de moins qu'une interprétation de l'histoire du régime de Vichy. Encore une fois, une histoire controversée allait émerger en raison de l'interprétation de la Cour de Cassation.

Les juges s'improvisèrent donc historiens. Ils déclarèrent que Vichy n'avait jamais identifié les Juifs comme « ennemis de l'État », que les actes commis envers les Juifs étaient le fruit d'initiatives de miliciens zélés comme Touvier et que la Milice elle-même, une organisation indéniablement répressive, n'était qu'une organisation parmi d'autres au sein du régime. Pour la Chambre d'accusation, le régime de Vichy était composé de fonctionnaires opportunistes, ses politiques non idéologiques, de sorte que les gestes reprochés à Touvier ne découlaient pas d'une motivation à caractère idéologique. Paradoxalement, la même redéfinition du crime contre l'humanité par la Cour de Cassation qui avait permis la condamnation de Barbie venait exonérer Touvier, un agent de Vichy dont les crimes contre les Juifs étaient pourtant reconnus. Mais à nouveau, cette définition écrivait une histoire faisant outrage aux victimes juives. Incohérences juridique et historiographique.

6.3.3 *Nouvelle interprétation du crime contre l'humanité*

Face à cette situation jugée par tous inacceptable, le procureur général Pierre Truche demanda à la Cour de Cassation de revoir la décision de la Chambre d'accusation pour

vices de procédures. La Cour de Cassation fit alors appel à une autre stratégie. Elle invoqua une clause de l'article 6 de Nuremberg spécifiant que

*«Le Tribunal établi par l'Accord mentionné à l'article 1er ci-dessus pour le jugement et le châtement des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants»*¹⁴⁷.

Touvier allait donc pouvoir être accusé en raison du fait qu'il avait commis ses crimes contre les Juifs de Rillieux, selon son propre aveu, suite à une demande du chef de la Gestapo. La Cour se concentra donc sur la complicité de Touvier avec les nazis, plutôt que sur la nature idéologique de Vichy, évitant du même coup de devoir interpréter l'histoire du régime. Clairement, on avait compris que cette démarche ou bien relevait des historiens ou alors était trop risquée politiquement. Mais en même temps, on retournait sous le tapis les histoires de Vichy soulevées par la polémique. Les historiens continueraient à débattre du caractère idéologique de Vichy, mais cette dimension ne serait pas traitée juridiquement, ce qui viendrait exonérer les fonctionnaires associées aux politiques vichyssoises. Le cas Touvier était réglé, mais on éteignait du même coup tous les autres cas possibles. Ceci n'allait certainement pas satisfaire les victimes. Le silence était dorénavant requis pour les revendications légales. Eut-il (Touvier) assassiné des dizaines de milliers d'innocentes personnes de son propre chef, Touvier n'aurait pas été trouvé coupable. Seule son association avec les nazis permit de le condamner. La condamnation de Touvier était le fruit d'une volonté avant tout politique, de sorte que tant l'histoire que la justice s'en trouvèrent laissées pour compte.

¹⁴⁷ "Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire. Londres, 8 août 1945", déjà cité supra note 3.

6.4 *Le procès de la continuité de l'État : Maurice Papon*

6.4.1 *Contexte*

Le procès de Maurice Papon en 1997 touche encore plus directement le rôle qu'ont joué les autorités françaises dans la déportation des Juifs, parce que Maurice Papon, contrairement à Paul Touvier qui était un personnage politique insignifiant, occupait un poste de premier plan en tant que secrétaire général de la préfecture de Gironde pendant la guerre et ministre du budget sous le gouvernement Barre à la fin des années 70. Il fut accusé d'avoir apporté un 'concours actif' aux arrestations, déportations et meurtres durant l'Occupation lors de la mise en place de la Solution finale en France par les forces allemandes. Une dizaine de convois de déportés de Drancy vers Auschwitz l'impliquait. Parmi les chefs d'accusation, on en retrouvait deux qui touchaient directement la définition de crime contre l'humanité : 1) il avait personnellement ordonné l'arrestation de Juifs sur la base des politiques anti-juives des Nazis; 2) il avait agi en pleine connaissance du sort qui attendait les déportés.

Si beaucoup estimait que le procès irait de soi tant la culpabilité de Papon était évidente, il s'avéra, à mesure qu'on avança dans le procès, que ce ne serait pas le cas. Comme l'indique Conan dans sa chronique dans l'Express¹⁴⁸, l'héritage juridique du procès Touvier venait compliquer la tâche des juristes face au cas Papon. Car ce dernier, bien en accord avec le flou entourant la période Vichy, avait aussi été récompensé pour avoir aidé la Résistance. Héros ou vilain ? L'histoire de Papon était un peu celle de l'évolution de bien des Français à mesure que la fin de la guerre approchait.

L'ambiguïté entourant Papon reposait sur le fait que les crimes dont on l'accusait ne pouvaient reposer sur la présence d'une conviction idéologique ou en réponse à un ordre des nazis. On estimait qu'il avait agi purement sur une base opportuniste pour faire

¹⁴⁸ Eric Conan, « Le casse-tête juridique » (1997), L'Express, 2 octobre, à la p.54. La narration du procès Papon s'inspire de cet article et plus globalement, de son livre *Le Procès Papon : un journal d'audience*, Paris, Gallimard, 1998. Aussi, Jean-Michel Dumay, *Le procès de Maurice Papon*, Paris, Fayard, 1998. Il s'agit d'un recueil des chroniques du journaliste dans le journal Le Monde.

avancer sa carrière, un peu dans l'esprit de Eichmann. Un autre cas de « desk murderer » comme les appela Arendt. Du coup, il s'avérait impossible de juger Papon sur la base établie par la décision de la Cour d'appel en 1994, soit la complicité intentionnelle avec une des forces de l'Axe. Les risques d' « échapper » Papon étaient réels. Ainsi, la pression politique qui conduisit la Cour à arriver à une telle interprétation du crime contre l'humanité pour condamner Touvier devait une fois de plus se faire sentir pour Papon. Conan explique alors comment le ministre de la Justice, Jacques Toubon, fit pression auprès du procureur général pour qu'une solution soit trouvée.¹⁴⁹ Cette pression publique, politique, fait dire à un des avocats :

« Les magistrats ne changent pas : sous l'Occupation, ils faisaient ce que Pétain leur demandait; aujourd'hui, ils font ce que l'opinion leur demande ! Mais l'important, c'est que Papon soit renvoyé en Cour d'assises »¹⁵⁰.

Le procureur tente alors en décembre 1995 d'établir une association entre Papon et les mesures antijuives décrétées par les Allemands afin de démontrer la complicité de Papon. De par sa position d'autorité en tant que secrétaire général de la préfecture de la Gironde, il devait savoir que les prisonniers juifs seraient déportés à l'Est sans pour autant nécessairement connaître l'existence d'un plan global d'extermination. En acceptant les promotions au sein de l'administration, on affirme qu'il était en accord et en connaissance des projets de l'occupant. La démarche n'est pas très solide. Après renvoi à la Chambre d'accusation, cette dernière décide, le 18 décembre 1996, d'adopter une autre stratégie : Papon était plutôt en connaissance des conséquences des politiques d'extermination allemandes avant même sa prise de poste en 1942. À partir de là, la question de la connaissance des politiques génocidaires nazis était au centre du débat.

L'avocat de Papon, Jean-Marc Varault, un expert du procès de Nuremberg, avança alors que la cour n'avait toujours pas réussi, selon sa propre définition établie après Touvier, à démontrer que l'accusé avait fait preuve d'une motivation à être complice des politiques nazies. Placée une fois de plus devant ses incohérences, (« coincée » selon Conan), la Cour dut une fois de plus changer l'interprétation du crime contre l'humanité... La Cour

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

d'appel indiqua, le 23 janvier 1997, qu'il n'était plus nécessaire que « le complice du crime contre l'humanité ait adhéré à la politique d'hégémonie idéologique des auteurs principaux »¹⁵¹. Alors que la Cour avait demandé cette condition pour Touvier, elle la retirait maintenant pour Papon.

« (...) Attendu que la Chambre d'accusation énonce que les arrestations et séquestrations ainsi que les transferts massifs de personnes en vue de leur déportation à Auschwitz ont eu pour victimes des personnes choisies en raison de leur appartenance à la « race » juive ou la religion israélite, et que ces mesures aient été décidées par les services du SIPO-SD, organisation de l'État national-socialiste déclarée criminelle par le jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg (...)

(...) Attendu que la Chambre d'accusation conclut que le concours actif qu'aurait, *en connaissance de cause*, apporté Maurice Papon par ses agissements personnels à l'exécution de faits criminels par les services précipités, s'inscrivait dans le cadre d'un plan concerté pour le compte de l'Allemagne nazie, pays de l'Axe pratiquant une politique d'hégémonie idéologique.

(...) Que le dernier alinéa de l'article 6c du Statut du TMI *n'exige pas que le complice* du crime contre l'humanité *ait adhéré à la politique d'hégémonie idéologique* des auteurs principaux, *ni qu'il ait appartenu* à une des organisations déclarées criminelles par le Tribunal de Nuremberg »¹⁵².

D'une certaine manière, on revenait à la définition de Nuremberg du crime contre l'humanité, l'accent était mis sur la nature des crimes commis envers des catégories précises de victimes alors que la tendance française jusqu'alors cherchait à établir un lien de complicité avec l' « idéologie hégémonique » des nazis. Si cette exigence d'adhérence à la politique d'extermination était enlevée, l'accusation présentait toujours un élément de connaissance. On jouait donc entre « intention » et « connaissance ». Il fallait démontrer deux éléments : la complicité de l'accusé et sa connaissance de la finalité des gestes pour lesquels on l'accusait¹⁵³. Comme l'indique Gandini, la complicité relevait maintenant du crime d'intérêt.¹⁵⁴

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Arrêt Papon, 23 janvier 1997, cité dans Jean-Jacques Gandini, « Le Procès Papon : histoire d'une ignominie ordinaire au service de l'État », Paris, Libro, 1999 à la p.21. Aussi <http://astree.ifrance.com/jpchoisies/papon/arretcedh.htm>

¹⁵³ La complicité en droit français, en ce qui a trait au crime contre l'humanité défini par l'article 6 (c) de la charte du TMI, est régie par les articles 60 de l'ancien Code de procédure pénale, et de l'article 121.7 du nouveau code :

Article 60 : « (...) seront punis comme complices d'une action qualifiée de crime ou délit, ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits. »

La table était mise pour le procès de Bordeaux. Le défi était maintenant de démontrer que Papon avait participé, en tant que complice, à des crimes en même temps qu'avoir été pleinement conscient de la finalité des actions commises. Comme ce dernier point fait encore aujourd'hui débat entre historiens quant à la connaissance de la Solution Finale de toute personne associée aux crimes de l'époque, cette exigence additionnelle au crime contre l'humanité devait appeler les historiens à la barre.

6.4.2 Entrée des historiens dans le débat juridique

Les historiens devaient préciser le degré de connaissance d'un fonctionnaire de Vichy quant aux plans d'extermination. Après l'expérience du procès Touvier durant lequel des historiens avaient dû témoigner, plusieurs d'entre eux (dont Conan et Rouso), vexés par l'expérience du témoignage contraignant de la cour, mettaient en doute la capacité d'un tribunal à établir une vérité historique et refusaient de se prêter à nouveau à cet exercice. La partie théorique a fait état de certaines des raisons expliquant ces frustrations. Le procès Papon était encore plus « contraignant » pour un historien que ne l'était le procès Touvier, car la démonstration hors de tout doute de la connaissance de la finalité des déportations - l'extermination des Juifs- ne pouvait que faire débat et placer l'historien expert sous les projecteurs au risque d'entacher profondément sa réputation.

Rouso a bien résumé le problème de l'écart entre savoir juridique et historique :

« (On) voulait absolument établir si l'accusé 'savait', même si cette question ne peut être formulée ainsi. Que veut dire 'savoir' ? À quel point ? On peut très bien être en possession d'une information et ne pas l'assimiler »¹⁵⁵.

Article 121.7 : « (...) est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui, sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. » Cité dans Gandini, *supra* note 152 à la p.20. L'auteur précise : « Le complice, c'est donc celui qui provoque, qui donne des instructions pour la commission de l'infraction. » (même page). Il serait intéressant, l'espace permettant, de comparer cette compréhension de la complicité avec celle définie plus tard dans le cadre du TPIY (l'Entreprise criminelle commune).

¹⁵⁴ Gandini, *supra* note 152 à la p.22.

¹⁵⁵ Henri Rouso, « Le Tribunal de l'Histoire a jugé Vichy depuis longtemps » *Le Monde*, 7 avril 1998.

Ceci nous ramène à l'impossibilité de 'représenter' dans son ensemble la Shoah, traitée plus tôt. On peine à prendre acte de ce fait sur un plan collectif, comment assigner alors cette « connaissance » à un individu ? Les témoignages des historiens traitaient du contexte général, mais la justice s'assurait de tirer des conclusions sur la culpabilité d'une personne, d'où les critiques d'historiens comme Rousso. En fait, l'accusé, dernier symbole vivant de cette période, n'était pas comme Barbie (allemand, nazi convaincu) ou Touvier (français, antisémite zélote). Papon représentait bien le fonctionnaire vichyssois qui avait décidé de « fermer ses yeux et sa conscience ». Pour un historien comme l'américain Robert Paxton – la *référence* sur l'histoire de Vichy- appelé à la barre, c'est la volonté d'assurer l'autonomie du gouvernement français qui conduisit de hauts fonctionnaires vers l'« engrenage » de la Solution Finale. Tout à fait dans l'esprit, du côté militaire, de « *on a suivi les ordres* », la culture de la fonction publique en est une d'obéissance aux directives. Ceci n'est pas sans rappeler *Eichmann*, de même que les concepts "arendtiens" mentionnés plus tôt autour de la « banalité du mal ».

Le 2 avril 1998, Papon est condamné à dix ans de prison pour « complicité de crime contre l'humanité », la cour estimant que la preuve n'avait pas été faite quant à sa connaissance de l'extermination des Juifs¹⁵⁶. Seules les accusations de complicité d'arrestation et de séquestration sont retenues. Il est donc acquitté pour toutes les charges de complicité d'assassinat. Une fois le verdict tombé sur la base de sa participation à l'envoi de convois vers les camps de la mort, des questions subsistaient. Si Papon avait été condamné pour ses actions en tant que haut fonctionnaire détaché des conséquences de ses actes, combien d'autres fonctionnaires se qualifieraient pour le même crime ? La condamnation d'un individu venait-elle accuser tous les autres ou les absoudre ? C'est là où la justice se distance de l'histoire. Juger des « cas exemplaires » est parfois tout ce que peut faire la justice face à des crimes de masse, les coupables étant trop nombreux,

¹⁵⁶ Gandini : " (...) le procureur général, au terme d'un décortilage minutieux, a retenu la responsabilité de Maurice Papon pour les huit convois mais, ayant un doute sur sa connaissance de la Solution Finale, n'a requis que vingt ans de réclusion criminelle (...)." Gandini, *supra* note 152, à la p.101. Les derniers mots de Papon devant la cour sont à citer, car très liés à nos questionnements sur la responsabilité des agents de l'État : " Soyez attentifs... aux conséquences d'une mise en cause abusive de la responsabilité des fonctionnaires et des magistrats sur les fonctions de l'État..."(*ibid.* à la p. 101). Il sera ensuite libéré le 4 septembre 2002 pour raisons de santé, assigné à résidence. Il sera enterré le 21 février 2007, la Légion d'honneur à la boutonnière...

trop « parmi nous ». Pouvait-on être à la fois au sein du gouvernement de Vichy et résistant ? À quel moment parle-t-on de complicité ? Pour Conan, qui a couvert le procès pour l'Express, la question du caractère de résistant ou non de Papon importe peu, la vraie question étant : « Comment traduire en termes pénaux son comportement, celui d'un fonctionnaire qui est resté à son poste ? »¹⁵⁷ Comme le mentionnent Rousso, Bedarida et autres à plusieurs reprises, la justice ne peut prendre la place de l'histoire.

6.5 La "nouvelle historiographie" française post-justice

- L' "oubli", historique, de Vichy fut voulu dès le départ par le politique qui utilisa la justice pour rayer ce moment de l'histoire. En effet, le gouvernement provisoire de la République française (de Gaulle) émit une ordonnance le 9 août 1944 :

"Art. 1^{er}. – La forme du gouvernement de la France est et demeure la République, En droit, celle-ci n'a pas cessé d'exister.

Art.2.- Sont, en conséquence, nuls et de nul effet tous les actes constitutionnels, législatifs ou réglementaires (...) promulgués (...) postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la République"¹⁵⁸.

- Comme l'indique Rousso, en quelques phrases, Vichy avait ainsi été rayé de la carte. De Gaulle déclarait illégal tout le régime de Vichy. Pourtant, comme l'affirme Dominic Rousseau¹⁵⁹, du point de vue d'un juriste, la légalité du gouvernement Pétain ne fait pas de doute et l'article 1^{er} de l'ordonnance du 9 août 1944, "ne veut rien dire sur le terrain du droit.". Il y a donc disjonction entre le droit et le politique quant à cette période de l'histoire. L' « oubli » tire son origine de ce clivage. Qui doit répondre des crimes commis par Vichy ? Qui doit donc *reconnaître* ces crimes et au nom de qui ? La mémoire des victimes demeurait gardée sous silence par volonté politique, mais la justice, grâce au concept de crime contre l'humanité, permettait d'espérer son émergence sur la scène publique.

¹⁵⁷ Chronique du 5 mars, 1998. Eric Conan a écrit un journal du procès qui rassemble ses différentes chroniques publiées dans l'Express, un peu comme le fit Arendt : Eric Conan, *Le procès Papon : un journal d'audience* (1998), Paris, Gallimard.

¹⁵⁸ Éric Conan et H. Rousso, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris, Gallimard, 1994 à la p.70.

¹⁵⁹ Dominic Rousseau, "Vichy a-t-il existé ?" Le Monde des débats, novembre 1992.

- Les procès Barbie, Touvier et Papon ont tout de même permis de réinscrire la mémoire de Vichy dans la continuité historique. Comme l'indique Rousso : « Depuis une vingtaine d'années, il ne fait plus aucun doute que 'le régime de Vichy a existé ' »¹⁶⁰...

6.6 Conclusions

- Comme on l'a vu, le crime contre l'humanité est au cœur des procès français qui n'ont cessé d'en changer la définition. Nous avons eu la définition Barbie, la définition Touvier et la définition Papon. Chacune réécrivant différemment l'histoire de Vichy. En voici l'évolution :
 1975 : « les crimes contre l'humanité sont des crimes de droit commun commis dans des circonstances particulières ».
 1985 : les crimes contre l'humanité sont des crimes commis « de manière systématique, au nom d'un État pratiquant une idéologie politique hégémonique ».
 1988 : dans ses derniers mots du jugement Barbie, la Cour de cassation ajoute que l'accusé doit avoir démontré qu'il appuyait un « plan commun » d'un État pratiquant l'idéologie politique hégémonique.
 1992 : les crimes contre l'humanité sont ceux restreints aux individus ayant agit « dans les intérêts des pays de l'Axe ».
- L'avantage des procès français, sur un plan légal, fut tout de même de conduire à préciser la nature du concept de crime contre l'humanité. Ainsi, à travers les débats historiographiques, la justice à son tour, s'en est vue transformée.
- L'autre silence sur lequel les historiens - et pourquoi pas la justice ?- devront se pencher est celui du support apporté par le politique ainsi que le clergé à des criminels de guerre notoires et collaborateurs génocidaires... On a fermé ce dossier au nom de la paix sociale, mais avec les années qui passent, les personnes directement impliquées viennent à disparaître et les pressions politiques à étouffer ces non-dits se font moins sentir. Par contre, qui prendra le relais des victimes pour corriger ces "oublis" ? Dans tous les procès français, ce sont les parties

¹⁶⁰ Conan, Rousso, *supra* note 158 à la p.69.

civiles représentant les victimes qui ont mené la charge et secoué l'Histoire officielle. Quand ces victimes seront parties, qui interpellera à son tour l'histoire des crimes contre l'humanité ?

- Encore une fois, comme dans les autres procès traités dans ce mémoire, les victimes faisaient valoir, à travers leurs témoignages, une vérité différente- celle de la mémoire- de celle voulue sur le plan juridique ou même historique.

CHAPITRE VII

Procès internationaux et historiographies nationales : Expertise historique et procédures dans le cadre du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

"The history of the disintegration of the former Yugoslavia and the fratricidal conflicts of another age which it brought about is a complex process which must be written by many people. This Tribunal will write only one chapter, the most bloody one, the most heart-breaking one as well; the chapter of individual responsibility of the perpetrators of serious violations of international humanitarian law."¹⁶¹

7.1 Introduction

Nous avons fait état dans les parties précédentes des risques inhérents aux procès nationaux dans leurs efforts à vouloir écrire l'histoire et rendre justice; efforts découlant de l'intégration du concept de crime contre l'humanité dans le droit interne. En raison du lien étroit entre la mémoire collective, l'identité nationale et les luttes politiques intestines, les procès nationaux pour crimes contre l'humanité ont fait l'objet de critiques quant au caractère biaisé de leur démarche vue globalement comme un règlement de compte politique jumelé à une volonté de réécrire l'histoire nationale selon la vision du pouvoir régnant. La mise en place de ces procès nationaux est particulièrement délicate dans le cadre de sociétés fragiles en situation de justice transitionnelle, d'où l'intérêt souvent pour les commissions de vérité qui relèvent plus de compromis politiques que d'une démarche véritablement pénale. Même Nuremberg et Tokyo, pourtant vu comme des procès internationaux, ont fait l'objet de ce type de critique puisqu'ils n'étaient pas

¹⁶¹ Mot d'ouverture du procureur lors du procès de Slobodan Milosevic dans le cadre du TPIY, le 12 février 2002. Discours d'ouverture, 5, Procureur c. Milosevic, IT-02-54-T, le 12 février 2002.

vraiment distincts de procès nationaux en ce qu'ils ne réunissaient que les parties impliquées dans le conflit. Il s'agissait, en tout état de cause, du procès fait aux nations vaincues par celles victorieuses, quelque forme qu'on ait pu chercher à développer pour diminuer cette impression de « justice des vainqueurs ».

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et celui du Rwanda (TPIR) représentent les premières démarches en droit international depuis Nuremberg et Tokyo en vue de poursuivre des individus pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide. Créés en 1993 et 1994, ces procès se sont donnés comme prémisse, dans l'esprit de Nuremberg, l'idée qu'en désignant des individus et non des groupes il sera possible alors aux sociétés marquées par d'effroyables drames de tourner la page et de ne pas identifier la source de leur souffrance à un groupe, mais bien à des individus. La démarche prétend donc trancher le débat sur ce qui relève de la culpabilité collective et celle individuelle. Le pari est qu'il n'existe que des responsabilités individuelles. En écrivant une page juridique, l'histoire retiendra que les atrocités commises furent l'œuvre d'individus avant tout. On espère, une fois ces procès terminés, qu'une « fermeture historique » soit possible. Un choix est donc fait au nom de la logique inhérente à la justice transitionnelle (narration juridique, ensuite marquage de la mémoire collective, historique, suivi de la réconciliation nationale à travers le partage d'un récit commun).

On estime donc nécessaire le fait d'associer la justice à l'historiographie pour mettre fin aux cycles perpétuels des récriminations ethniques qui ont marqué la mémoire et l'histoire de la région. Tel qu'évoqué dans la partie "Les procès nationaux versus internationaux", le fait que l'histoire serait écrite non par une des parties au conflit, mais par une voix externe, internationale, neutre, garantirait l'acceptation de la narration par les parties impliquées et par la communauté internationale. Par ailleurs, la nécessité de faire appel à une contextualisation afin de traiter les crimes contre l'humanité s'avère tout aussi présente dans une cour internationale que nationale puisque cela est propre au concept, mais cette contextualisation va évoluer avec les nouvelles définitions du crime.

Des leçons tirées des expériences de Nuremberg et Tokyo, on a donc créé des entités internationales sous l'égide du Conseil de sécurité, de l'Assemblée générale et du Secrétaire général des Nations Unies¹⁶². Les tribunaux traiteraient des crimes commis par toutes les parties sans égard à la nationalité ou l'origine ethnique. Les juges seraient aussi « internationaux »; les procédures feraient appel à celles de la Common Law où les contre-interrogatoires sont possibles; il y aurait droit à l'appel, etc.

Comme pour les procès nationaux, nous assistons à des attentes réciproques entre la justice et l'histoire. On veut écrire l'histoire à travers la justice rendue et rendre justice grâce aux témoignages des historiens qui mettent en contexte les actes pour établir une culpabilité liée à la définition des crimes contre l'humanité, telle que cela a été explicité dans la partie théorique sur ce concept. Nous avons vu dans les procès nationaux que des experts historiens étaient convoqués par chaque partie et qu'une lutte pour établir une narration *officielle* était au cœur des débats. Les systèmes de procédures nationaux, qu'ils fassent appel à la Common Law ou au droit civil, jouent un rôle décisif dans cette lutte à travers la détermination des règles entourant les présentations de preuves, le déroulement des procès, les préparatifs qui les entourent, etc. Chaque partie connaît toutefois les règles et le terrain est le même pour les deux côtés. Pour les procès internationaux, cette situation est radicalement différente, les TPIY et TPIR ayant développé leurs propres systèmes de procédures, les parties se trouvent placés devant un système hybride nouveau. Ceci signifie que ces règles joueront un rôle non négligeable dans le déroulement des procès et de l'histoire qui en découlera.

En plus des règles de procédure, d'autres facteurs distincts caractérisent les procès internationaux. Contrairement aux procès nationaux tels qu'on a étudiés qui ciblent une personne précise, les procès internationaux visent à juger des crimes commis par plusieurs personnes et se retrouvent du même coup à faire comparaître, un à la fois, une série d'accusés. Les procès internationaux peuvent s'étirer non pas sur des mois, mais des années. On peut alors se poser les questions : à quel moment arrêtons-nous les procédures? Et comment garder le cap ? Wald fait état des défis qu'impose une telle

¹⁶² Pour le TPIY : Rés. CS 827, Doc. Off. CS, 25 mai , 3217^e séance (1993).

démarche et des impacts sur le caractère équitable des procédures au bout du compte. L'historique qui ressort du procès n'est pas le fruit du jugement de quelques personnes. Au contraire, une équipe composée de centaines de gens travaille à sa production :

« Reading some of the several-hundred-pages-long, format-stylized judgments of the ICTY, one can guess that many of the judgments are the work of a committee rather than an individual judge or judges. Indeed, sometimes judgments are parceled out to different judges, sometimes the staff assistants prepare first drafts with guidance from the judges who then review, revise and approve the judgment »¹⁶³.

Le contraste est on ne peut plus frappant avec le rôle joué par le procureur Hausner dans le cas Eichmann où nous avons une personnalisation de la narration. Dans le cas des tribunaux internationaux ad hoc, l'histoire juridique est écrite par une bureaucratie¹⁶⁴.

D'une certaine manière, on peut penser que les procès internationaux, de par l'étendue de leurs mandats, seront en meilleure position pour tracer un portrait historique d'une période trouble marquée par des crimes contre l'humanité. Toutefois, le portrait d'ensemble qui émerge du TPIY, par exemple, apparaît encore plus confus à travers des jugements qui touchent à la fois des personnages historiques complètement insignifiants comme Dusko Tadic et d'autres dont l'importance transcende l'ensemble du conflit comme Slobodan Milosevic. On remarquera aussi que le procès d'un simple militant est venu marquer plus significativement la jurisprudence du crime contre l'humanité que celui du plus haut dirigeant du conflit¹⁶⁵, illustrant encore une fois les difficultés du droit international à circonscrire la responsabilité criminelle de hauts dirigeants politiques¹⁶⁶.

¹⁶³ Patricia Wald, «The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Comes of Age: Some Observations on Day to Day Dilemmas of an International Court» (2001) 5 Washington Journal of Law and Policy à la p. 93.

¹⁶⁴ Selon Wald, les TPIY et TPIR comptent pour rien de moins que 10% du budget annuel des Nations unies. *Ibid.* à la p. 102.

¹⁶⁵ Il faut dire que Milosevic est décédé avant la conclusion de son procès, qui dura tout de même quatre ans.

¹⁶⁶ Peut-être que si Milosevic avait vécu jusqu'à son jugement, la situation eut été différente, car la preuve de sa culpabilité quant à tout le moins l'article 7.3 du Statut du TPIY sur sa responsabilité en tant que supérieur hiérarchique était bien établie, voir TPIY, Procureur c. Milosevic, IT-02-54-T. Aussi : Jared Holanef, « Holding Head of State Liable for War Crimes : Command Responsibility and the Milosevic Trial » (2003-2004), 27 Suffolk Transnational Law Review.

Dans cette partie, nous allons nous attarder spécifiquement au cas du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). Mais avant cela, il faut comprendre comment le concept de crime contre l'humanité a évolué à travers les procès internationaux depuis Nuremberg. On soulignera alors que l'histoire qui émerge ne peut plus être la même que dans les procès précédents puisque le concept va évoluer considérablement sur des points qui ont un impact sur l'historiographie comme le contexte (armé ou non), le rapport au pouvoir étatique, etc. De même, nous nous attarderons sur des points essentiels des procès pour crimes de masse, ceux de la complicité des différents acteurs et de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques. Le TPIY innovera sur ces questions à travers le concept d' « Entreprise criminelle commune ». L'historiographie de la région ne pourra qu'être influencée par l'intégration de ces concepts à la narration juridique dans le cadre du TPIY.

Au contraire des procès nationaux présentés jusqu'à maintenant, le TPIY est un ensemble de procès s'étendant sur plusieurs années. Certains viendront marquer le droit international plus que d'autres, tels que ceux de *Tadic* pour le développement du concept d'Entreprise criminelle commune¹⁶⁷; *Delalic* pour son impact sur la notion de « responsabilité du supérieur hiérarchique » (Command Responsibility)¹⁶⁸; d'autres sur des questions plus techniques comme *Halilovic* (sur la question de la délivrance de *subpoena*)¹⁶⁹. Certains procès traiteront de l'histoire générale, comme *Tadic* qui, en tant que premier procès, mit la table pour une présentation de l'histoire des Balkans par les experts historiens, d'autres de l'histoire d'un moment particulier, comme *Krstic* avec celle de Srebrenica¹⁷⁰. Plutôt que d'aborder l'étude d'un cas précis comme dans le cas des procès nationaux, il nous faut traiter de manière générale les rapports entre le juriste et l'historien dans le cadre de plusieurs procès traitant des crimes contre l'humanité au sein

¹⁶⁷ *Le Procureur c. Tadic*, IT-94-1-A, jugement (7 mai 1997) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

¹⁶⁸ *Le Procureur c. Delalic*, IT-96-21-T, jugement (16 novembre 1998) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance).

¹⁶⁹ *Le Procureur c. Halilovic*, IT-01-48-AR73, jugement (16 novembre 2005) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance).

¹⁷⁰ *Le Procureur c. Krstic*, IT-98-33-T, jugement (2 août 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance).

du TPIY. Nous allons donc faire état des éléments propres au TPIY qui ont un impact sur l'historiographie.

Cette partie, procédant du général au particulier, se structurera donc comme suit :

- 1) L'impact des tribunaux internationaux sur la définition du crime contre l'humanité;
- 2) Les procédures du TPIY et la recherche de vérités juridique et historique;
- 3) L'expertise historique dans le cadre du TPIY;
- 4) La complicité définie juridiquement à travers le concept d'Entreprise criminelle commune (JCE) et son impact sur l'historiographie;
- 5) Conclusions

7.2 Tribunaux internationaux et définition du crime contre l'humanité

La plupart des auteurs conviennent pour dire que les tribunaux *ad hoc* ont eu un impact majeur sur l'évolution de la définition de crime contre l'humanité pour conduire aujourd'hui à la définition de la CPI. Il s'agissait, après tout, de la première jurisprudence internationale pénale post-Nuremberg. Nous ne ferons pas une étude trop approfondie ici de cet impact -car trop large- nous nous contenterons plutôt d'en tracer les grandes lignes. Nous voyons deux apports principaux issus des tribunaux internationaux post Nuremberg.

Le premier élément significatif est celui du détachement progressif du concept par rapport au contexte armé, jusqu'à la coupure complète qu'on retrouve dans la définition de la CPI. Nous avons vu dans la partie Nuremberg combien cette question est venue influencer grandement l'historiographie de la Deuxième guerre jusqu'au années 60, la définition de la Charte de Nuremberg liant le crime contre l'humanité à soit un crime contre la paix ou un crime de guerre. L'évolution sur ce point se fera quelque part entre le TPIY, qui dans son Statut s'arrime très près de Nuremberg- car on voulait bien asseoir la légalité du tribunal dans un contexte politique non résolu- et le TPIR dans lequel la

coupure est faite. Le Statut du TPIY, à travers son article 5, exige que les crimes contre l'humanité, pour qu'ils soient définis ainsi, « aient été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit »¹⁷¹. À partir du TPIR, le contexte armé, comme exigence, est laissé de côté pour celui d'« une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse »¹⁷², une tendance confirmée et même encore plus soutenue par l'article 7 de la CPI puisque ce dernier détache même les deux caractéristiques de l'attaque : « commis dans le cadre d'une attaque généralisée *ou* systématique »¹⁷³.

Pour l'historien, ce détachement de la démarche juridique par rapport au contexte armé est tout autant une contrainte de moins. Tant les crimes en ex-Yougoslavie qu'au Rwanda ou en Sierra Leone surviennent dans un contexte de grands bouleversements politiques. L'historien ne saurait quoi faire d'une lecture juridique des crimes au Soudan, par exemple, qui affirmerait que parce qu'il n'y a pas conflit armé, il n'y a pas crime contre l'humanité.

Le deuxième élément significatif apporté par les tribunaux internationaux porte sur le lien entre le crime contre l'humanité et l'État, une question qui a traversé tant Nuremberg que tous les procès nationaux. La situation fut ainsi en raison du fait que le crime contre l'humanité, comme on l'a mentionné, résulte d'une entreprise systématisée, incarnée le plus souvent par un État. Le TPIY reconnaît cette dimension : « Étant donné les éléments structurels et les capacités organisationnelles et militaires qu'elle requiert, une 'attaque contre une population civile' est *le plus souvent* commise sur l'ordre d'un État »¹⁷⁴. Toutefois, le TPIY souligne aussi que si c'est généralement une démarche officielle, ce n'est pas *nécessairement* le cas. Le procès *Tadic* a précisé ce point : « Bien qu'une

¹⁷¹ *Statut du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie*, Rés. S/RES/827(1993), article 5.

¹⁷² *Statut du Tribunal pénal international du Rwanda*, adopté le 8 novembre 1994, résolution 955, article 3.

¹⁷³ *Statut de Rome*, article 7. Le Statut du Tribunal pénal pour la Sierra Leone confirmera cette lecture dans son article 2. Voir *Statut du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone*, 16 janvier 2002, résolution 1315 (2000). Disponible à <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/605?OpenDocument>

¹⁷⁴ *Le Procureur c. Fatmir Limaj et al.*, IT-03-66-T, *Jugement*, 30 novembre 2005, 191. Cité dans Mireille Delmas-Marty, *Le crime contre l'humanité*, Paris, Presses universitaires de France, 2009 à la p.21.

politique doit exister pour commettre ces actes, il n'est pas nécessaire que ce soit la politique d'un État »¹⁷⁵.

La définition du crime contre l'humanité se distancie donc de celle antérieure qui ne concevait la commission des crimes qu'à travers la volonté d'un État. On voit bien combien cette définition est fortement influencée par la situation sur le terrain en ex-Yougoslavie où des groupes armés agissaient au nom d'une politique non déclarée, issue du contexte¹⁷⁶. Toutefois, dans les faits, une telle séparation n'est pas si évidente. On conçoit qu'elle survient dans un contexte où l'État, justement, est en complète déliquescence, comme c'était le cas en Bosnie. Voilà un débat certes pour historiens, mais aussi juristes pour qui cette question peut aussi relever de la notion de responsabilité supérieure, (« Command Responsibility »).

Pour l'historien, cette question de la responsabilité des représentants de l'État est fondamentale. Nous avons traité dans les procès français des débats entourant la responsabilité des fonctionnaires dans la mise en œuvre des politiques génocidaires des occupants. De même, on a vu comment Eichmann invoquait constamment ses responsabilités administratives pour lesquelles il était récompensé. La représentation historique demande de situer les acteurs, mais dans un contexte de guerre civile – on peut penser à la Somalie par exemple- la définition plus ouverte du lien entre « politique » et « État » ne peut que rendre la situation encore plus floue.

7.3 Les procédures du TPIY et la recherche de vérités juridique et historique

Le TPIY s'est donné une série d'objectifs dont celui d'assigner à des individus la responsabilité pour des crimes graves commis au nom d'une politique criminelle. Parmi

¹⁷⁵ *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, *Jugement*, 7 mai 1997, 655. Cité dans Delmas-Marty à la p.22.

¹⁷⁶ Absence de politique *officielle* ne veut pas dire absence de volonté politique par ailleurs. Le procès Milosevic viendra démontrer que l'accusé avait le contrôle sur ces groupes armés. Voir le témoignage de Wesley Clark, par exemple, quant au fait que Milosevic aurait pu empêcher le massacre de Srebrenica dans *Le Procureur c. Milosevic*, IT-02-54-T, 12 février 2002 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

les objectifs, il y a celui, directement lié à notre objet d'étude, « de rassembler une documentation complète et authentique afin de développer un historique des événements »¹⁷⁷. Cette démarche est faite de manière indépendante, hors parties, à travers des règles "apolitiques". Elle fut entreprise avec beaucoup de sérieux à ses tout débuts alors que le premier jugement consacra plusieurs chapitres au contexte historique. Par la suite, les juges demandèrent de plus en plus l'expertise pour des points plus précis, considérant les premiers témoignages experts comme acquis.

Le TPIY avait parmi ses objectifs celui d'établir un tableau historique des événements entourant les crimes commis suite à l'éclatement de la fédération yougoslave. Toutefois, les procédures judiciaires ne permettent pas qu'un tel objectif puisse se faire facilement. Dans le cadre des différents procès, on fit appel à des experts historiens pour contextualiser les crimes et déterminer ainsi rôles et responsabilités. De plus, à travers les témoignages des victimes et la présentation de preuves documentaires, on pouvait construire une narration historique des événements. Mais le TPIY est une institution *sui generis* avec ses propres règles de présentation de preuves¹⁷⁸ et cela a un impact direct sur les conditions de production de cette narration. En effet, ces règles sont un hybride des systèmes anglo-saxons (à caractère conflictuel – "adversarial") et continental (avec juge qui mène le procès). Au début du TPIY, le mode compétitif de la Common Law était prédominant, mais à mesure que les procès avançaient, le modèle anglo-saxon, fort à résoudre des disputes, se révéla peu adapté pour atteindre les autres objectifs de la cour, dont celui d'établir un portrait historique. C'est pourquoi on assista à une présence plus grande des règles de procédure associées au régime de droit écrit. Ces règles auront un impact important sur l'objectif historiographique déclaré du procès.

Parmi les règles pertinentes à notre sujet d'étude, il y a celles déterminant l'appel à une expertise. Chaque partie peut appeler ses témoins experts (règle 85 (A)). Chaque partie

¹⁷⁷ Le TPIY a même déclaré l'objectif d'établir un portrait historique comme un de ses principaux objectifs. Voir le 5^e rapport annuel du Tribunal international pour la poursuite de personnes responsables de violation du droit humanitaire international commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, Nations unies, 53^e session, agenda item 48, PP 297, 299, U.N. Doc. A/53/219-S/1998/737 (1998), www.un.org/icty/rappanu-e/1998/index.htm

¹⁷⁸ Voir Ron Dixon, « Developing International Rules of Evidence for the Yugoslav and Rwanda Tribunals » (1997) 81 *Transnational Law and Contemporary Problems*.

choisit et prépare ses témoins. Confronté à une lenteur excessive de traitement des dossiers, on favorisa, de 1994 à 1998, le système continental de droit écrit estimant qu'il s'agissait de la méthode la plus expéditive. Ceci signifia que c'était au juge de déterminer le besoin en expertise historique. La partie qui appelle un expert témoin est celle qui mène l'interrogatoire. La partie adverse peut contre-interroger, de même que les juges. En général, lorsqu'un expert est appelé par une partie, cette dernière prépare le témoin à l'avance, s'assurant que ce dernier adaptera ses interprétations de manière cohérente à la plaidoirie. Les experts historiens appelés à témoigner devant le TPIY ne font pas exception à cette réalité. Les témoignages appelés par les parties sont des constructions établies en fonction de l'intérêt soit de l'accusation ou de la défense. L'expert en vient à s'identifier à la cause qui l'a convoqué.

Chaque partie fournit à l'expert les données plaidant en faveur de la cause, ce qui signifie que deux experts appelés par les parties opposées peuvent arriver à des conclusions différentes. Chaque partie développe, avec l'expert choisi, une narration convenue des événements. De même, l'expert est préparé aux questions susceptibles d'être posées en cour. L'expert ne doit pas s'attendre à pouvoir nécessairement « expliquer » sa position. L'interrogatoire suit des règles qui peuvent apparaître frustrantes pour un historien à qui on demande parfois de répondre simplement par oui ou non. Dans le cas du TPIY, cet aspect est quelque peu atténué en ce que les experts doivent soumettre à la chambre un rapport écrit avant leur comparution. Néanmoins, le cadre des tribunaux internationaux ne fait pas exception au fait qu'on assiste à une bataille d'expertises non neutres. Mais pour des juges confrontés à des narrations historiques divergentes, comment faire la part des choses ? En fait, comme les réalités présentées se réfèrent à une période de conflit, les récits experts convoqués par chaque partie risquent forcément de diverger. Les juges, non familiers avec les raisonnements d'historiens, seront tentés d'aborder le différent de manière pragmatique en cherchant une vision mitoyenne qui peut s'éloigner de la vérité historique. Le cas *Tadic* est particulièrement révélateur, la chambre ayant statué que, dans le cas où les opinions des historiens divergeraient, le problème serait réglé par

l'utilisation d'un langage neutre; un compromis politique qui ne va pas nécessairement dans le sens de l'écriture d'une histoire collée à la réalité¹⁷⁹.

Ceci dit, on ne peut affirmer que les parties se trouvent en situation d'égalité devant la cour. En effet, dans le cadre du TPIY, la défense, peu familière avec le mode de la Common Law (les avocats sont surtout originaire de l'Ex-Yougoslavie) se trouve mal préparée aux procédures de contre-interrogation. Pour Wald, ceci a fait en sorte que la défense n'a pas pleinement profité de la possibilité de contre-interroger les experts présentés par le procureur et, du même coup, la vérité historique s'en est trouvée potentiellement affectée¹⁸⁰. La défense a aussi beaucoup moins de ressources que le Bureau du procureur (OTP). En fait, les accusés sont la plupart du temps démunis tandis que le OTP bénéficie d'une vaste équipe d'experts et de moyens de toutes sortes¹⁸¹. Ceci peut présenter potentiellement un problème en ce qui a trait à la sélection et préparation des experts et la qualité en général de la réalité présentée. Le procureur, comme on l'a vu lors de Nuremberg, peut littéralement inonder la défense de documents devant lesquels la défense ne peut que se trouver dépassée. Pour l'expert historien, la sélection de preuves et les règles d'exclusion d'évidence peuvent aussi s'avérer problématiques. Certains éléments jugés essentiels par l'historien peuvent être rejetés par le juge. Dans le cas du TPIY, selon la règle 89 des règles de procédures, les juges peuvent rejeter une information si la crédibilité de cette dernière est questionnable. Selon Damaska, ils arrivent souvent, dans le cas du TPIY, que les juges attendent la fin du procès pour décider de la crédibilité d'une information lorsqu'ils formulent le jugement final. Or avec les mois et le nombre impressionnant de témoins qui défilent, on peut questionner la capacité des juges à pouvoir faire preuve au bout du compte d'un tel discernement.¹⁸²

¹⁷⁹ *Procureur v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Jugement, mai 1997, 54, www.un.org/icty/tadic/trailc2/judgement/index.htm.

¹⁸⁰ Patricia Wald, *supra* note 163 à la p. 104.

¹⁸¹ L'exception à cette observation sera le procès Milosevic où ce dernier, bien que se défendant seul, bénéficiera dans les faits du support d'une équipe d'experts depuis Belgrade. Voir : Sabrina Ramet, «Martyr in his Own Mind :The Trial and Tribulations of Slobodan Milosevic» (2004) 5 *Totalitarian Movements and Political Religions* à la p.117.

¹⁸² Mirjan Damaska, *Evidence Law Adrift* New Haven, Yale University Press, 2007 aux pp.47-52.

Avec ces considérations procédurales en tête, nous pouvons maintenant aborder le cas précis de l'utilisation de l'expertise historique au sein du TPIY. Cette dernière a joué un rôle très important pour situer le contexte d'un conflit qui s'étendit sur plusieurs années, qui, à bien des égards du côté de la Bosnie et du Kosovo, n'est pas réglé et qui donna lieu à des crimes dont le degré d'horreur n'avait pas été vu en Europe depuis le temps des camps de concentration nazis. Cette expertise sera aussi importante pour situer les responsabilités des parties.

7.4 *L'expertise historique dans le cadre du TPIY*

Nous avons illustré, à travers l'analyse des procès nationaux, que l'histoire nationale était un enjeu politique important lorsque la justice doit traiter de crimes contre l'humanité. L'expertise historique joue un rôle significatif dans le déroulement de ces procès. Ceci s'entend bien dans ce contexte précis. Pourtant, il s'avère que dans le cadre des procès internationaux comme le TPIY, c'est aussi le cas.

Loin de simplement aider à la compréhension des enjeux politiques, la lecture apportée par l'expertise historique dans le cadre du TPIY fut déterminante pour le procès. Comme les crimes sont survenus à partir du moment où la Yougoslavie a éclaté en morceaux, il importait de comprendre les événements à partir de cette période. Mais la juridiction même de la cour dépendait de la lecture historique de cette période. En effet, la question à savoir si nous avions affaire à une guerre civile ou un conflit entre peuples était de grande importance. Si c'était une guerre civile, alors le droit national *a priori* s'appliquait, tandis que si nous avions une situation internationale, alors le TPIY se trouvait sur une base plus solide. La défense lors du procès Tadic fit valoir que la constitution de Tito parlait de groupes ethniques et non de nations souveraines, de sorte que le conflit devait relever des lois yougoslaves et non du droit humanitaire international¹⁸³. La constitution de 1974 accordait un droit d'auto-détermination aux

¹⁸³ Procès *Tadic*, transcriptions, (10 septembre, 5594-5597). Cette analyse se retrouve chez R. Wilson, « Judging History: The Historical Record of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia » 27 (2005) *Human Rights Quarterly* à la p. 927. L'auteur fait valoir à nouveau ce point dans le cadre d'une conférence intitulée "The Role of Expert Witnesses in International Criminal Tribunals" à la

peuples, mais cela voulait-il dire « groupes ethniques » ou « nations » ? La position de l'expert historien appelé par le procureur, James Gow, soutenait qu'il s'agissait bien de « républiques » habitées par des nations souveraines. C'est cette position qui eut la faveur de la cour, de sorte que le conflit entre la Bosnie Herzégovine et la République fédérale de Yougoslavie fut bien considéré comme un conflit inter-nations¹⁸⁴. L'expertise historique joua un rôle significatif dans cette interprétation par la cour.

C'est là où l'on constate une différence significative entre le TPIY et le TPIR, en ce que le premier mentionne dans son statut les violations des lois et coutumes de la guerre, que le second ne mentionne pas, car le conflit au Rwanda est vu comme un conflit purement interne¹⁸⁵. Ceci confirme ce dont nous avons fait état plus tôt à savoir que le TPIY est encore sous l'influence de Nuremberg pour ce qui est de l'interprétation des crimes contre l'humanité, tandis que le TPIR se détache du lien avec le conflit armé international et les crimes de guerre. L'historien, lors du TPIY, portera son expertise du côté des relations internationales, tandis que celui du TPIR, comme Alison Desforges, avec l'aide d'anthropologues, concentrera son propos sur l'histoire du colonialisme belge et de son impact sur les relations entre les communautés ethniques. Les questions identitaires seront alors traitées de manière différente, celle de la Yougoslavie dans un contexte international depuis la chute de l'Empire ottoman, celle du Rwanda en rapport avec le colonialisme.

p.4. « *A Window on the Past: Historians and Social Scientists as Expert Witnesses at the ICTY* », conférence faite à New-York, NY, le 15 février 2009.

Voir : http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/3/1/1/6/8/p311685_index.html

¹⁸⁴ Jugement *Tadic*, 65. Cette position fut maintenue par la cour d'appel qui rappela que l'article 2 du Statut du TPIY sur les « infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 » s'applique seulement dans le cas d'un conflit armé international. « S'agissant du champ d'application de l'article 2 du Statut : a) un conflit est international lorsqu'un État exerce un contrôle global sur des forces armées subordonnées, des milices ou des unités paramilitaires engagées dans un conflit armé avec un autre État. ». Supplément judiciaire 6, arrêt du 15 juillet 1999. Voir : http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp6-f/tadic-f.htm . De plus, le récent jugement de la Cour internationale de justice (juillet 2010) sur la légalité de l'indépendance du Kosovo va dans le même sens.

¹⁸⁵ Voir Alain Pellet, « La juridiction pénale internationale de Nuremberg à La Haye », dans « La mémoire, le procès et le crime » 156 (1996) *Le monde juif* à la p.102.

Tel qu'expliqué auparavant, les parties convoquent à leur tour l'expert en fonction des buts que chacune vise. Mais les deux côtés font face au même problème qui est propre aux crimes contre l'humanité, celui d'établir la preuve. En effet, contrairement à la recherche de preuve dans le cas de crimes de droit interne, les crimes contre l'humanité présentent un caractère plus difficile à circonscrire. Ils s'étendent souvent sur une période longue et peuvent survenir dans des territoires difficiles d'accès en raison de la guerre, des États associés à ces crimes qui peuvent retenir des éléments clés ou conduire les enquêteurs vers de fausses pistes. Plus difficile encore est le fait d'établir des liens entre les crimes et les autorités politiques et militaires, la preuve de l'ordre donné étant souvent manquante, comme on l'a vu dans les procès qui ont suivis la Deuxième guerre mondiale¹⁸⁶. De plus, la question de la preuve se complique pour les tribunaux internationaux en raison de la neutralité internationale qui jette une certaine distance par rapport aux événements et aux lieux. Quoiqu'il en soit, l'expert historien peut aussi contribuer dans ce même cadre à établir la preuve cruciale pour les crimes contre l'humanité en faisant état de l'existence d'un plan, d'une politique d'agression contre la population civile, de même qu'établir la preuve de la présence essentielle d'une *mens rea* dans le cas du génocide. Sur ce dernier point, on peut souligner le fait que la situation lors du TPIR fut assez différente de celle du TPIY. L'analyse faite par des experts historiens des nombreux discours nationalistes serbes n'a pas réussi à démontrer la *mens rea* autant que le fit l'analyse des appels aux massacres formulés à travers la Radio Télévision Libre des Mille Collines au Rwanda.

La présence de l'expertise historique dans le cadre du TPIY se fera par gradation, à savoir très présente au début du procès pour ensuite venir de manière ponctuelle, les juges voulant s'en tenir aux questions juridiques une fois le contexte établi. Le premier procès, *Tadic*, dut faire état de l'histoire des Balkans remontant jusqu'au Moyen Âge. Ce

¹⁸⁶ D'où l'intérêt de l'article 7.3 du Statut du TPIY sur la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique (Command Responsibility). *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, adopté le 25 mai 1997, résolution 827, article 7(3).

procès consacra pas moins de 127 paragraphes sur un total de 765 à la présentation du contexte historique¹⁸⁷.

Donia explique comment s'articule la contribution de l'historien dans le cadre du TPIY. Le juge écoute les différents témoignages des victimes, chacun constituant une micro histoire en soi, pour ensuite en faire un tout cohérent. L'histoire construite est alors qualifiée par Donia (et Wilson) de « historical essentialism », soit un assemblage des éléments nécessaires pour la cour afin de comprendre les crimes commis.

Donia précise :

« Historical essentialism has become the operative principle in various trial chambers as they consider contending historical accounts. The historical narrative is employed to account for relevant atrocities and transpose those events from the realm of the utterly irrational and incomprehensible into a context that renders them plausible even if not justifiable »¹⁸⁸.

Les jugements sont eux-aussi tout autant de micro histoires, ce que l'auteur qualifie alors de « forensic history », une histoire qui s'attarde avant tout à « qui a fait quoi à qui ». Ces micro-histoires vont assurément constituer de précieuses archives pour l'historiographie de la région, pour autant qu'on prenne en compte comment elles ont été produites et dans quel contexte; des réserves dont on fait état dans les conclusions de cette partie.

7.5 Culpabilités individuelle et collective : la contribution du TPIY (Entreprise criminelle commune)

Si l'objectif avoué de détacher la dimension collective des responsabilités afin de sortir du cercle de la haine raciale est associé à la démarche des procès internationaux, l'histoire pourrait retenir au bout du compte des responsabilités plus collectives

¹⁸⁷ Chiffre cité par l'expert historien qui intervint à plusieurs reprises dans le cadre de *Tadic*, Robert Donia, « Encountering the Past : History at the Yugoslav War Crimes Tribunal » 11 (2004) *Journal of the International Institute* à la p.5. Disponible à <http://hdl.handle.net/2027/spo.4750978.0011.201>

¹⁸⁸ *Ibid.* à la p.6.

néanmoins, car c'est le propre de l'historiographie de chercher à comprendre les forces sous-jacentes plutôt que le fait individuel propre au pénal. Madelaine Albright déclarait :

“ (...)the wounds opened by this war will heal much faster if collective guilt for atrocities is expunged and individual responsibility is assigned”¹⁸⁹.

Mais vient-on à bout d'éliminer complètement l'assignation du blâme à une collectivité donnée ? Comme on l'a vu, le crime contre l'humanité appelle à identifier une victime associée à un groupe ciblé pour des raisons ethniques, raciales, religieuse ou politique.

Nous avons traité à plusieurs reprises des questions relatives aux responsabilités individuelles et collectives. En fait, ce sujet pourrait être grandement approfondi, car il pousse encore plus loin la réflexion sur les rapports entre la justice et l'histoire (car il n'y a véritablement d'histoire que collective), mais ceci dépasserait le cadre de ce mémoire. On a mentionné, entre autres, le fait que Jaspers et Arendt ont réfléchi sur cette question fondamentale découlant des crimes contre l'humanité¹⁹⁰. Qualifier de crime de génocide le meurtre d'une personne a peut-être un sens juridique, mais le « bon sens » en questionne la possibilité. La démarche voulue tant par le TPIY que Nuremberg dénote indéniablement un paradoxe : on veut individualiser la responsabilité, mais comme le dit bien Cassese :

« International crimes such as war crimes, crimes against humanity, genocide, torture, and terrorism share a common feature : they tend to be expression of collective criminality, (...) »¹⁹¹

Le TPIY fut la première institution à développer un concept innovateur propre à un procès international : l'Entreprise criminelle commune (Joint Criminal Enterprise, JCE). Le développement d'un tel concept eut été impensable dans le cadre d'un procès national tel que présenté dans ce mémoire, c'est-à-dire au sein d'une société marquée par des crimes contre l'humanité et dont la mémoire collective quant aux responsabilités liées aux

¹⁸⁹ Madelaine Albright, "Bosnia in Light of the Holocaust: War Crime Trials", State Department Dispatch, disponible à http://findarticles.com/p/articles/mi_m1584/is_n16_v5/ai_15282479/

¹⁹⁰ Jaspers, *supra* note 66.

¹⁹¹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2^e édition, Oxford, Oxford U. Press, 2008 à la p.189.

crimes n'est pas en paix. En raison des enjeux politiques et de la fragilité de la paix sociale entourant ces événements, ce type de doctrine aurait été associée à un règlement de compte politique, voire une purge. Pour qu'une accusation « de masse » se fasse dans un cadre national, de surcroît si elle touche l'autorité ou l'État, seule une commission de vérité peut en permettre à tout le moins l'audition, mais il ne s'agit plus alors d'une démarche pénale. Le JCE représente une compréhension audacieuse de la responsabilité criminelle dont les répercussions sur l'historiographie ne sont pas négligeables.

7.5.1 *L'Entreprise criminelle commune (JCE) : présentation du concept*

Comme le cas Papon nous l'a montré, un crime ne se résume pas à l'action. La question de la complicité, sa gradation, est particulièrement problématique tant pour le juriste que pour l'historien. Les tribulations du procès Papon, sa durée exceptionnelle – le plus long procès de l'histoire de France-, sont le reflet de la difficulté inhérente à aborder cette question et surtout à trancher de manière claire. À ce moment du mémoire, nous pouvons affirmer le constat suivant : nous touchons là le cœur de notre sujet. La complicité entoure le crime contre l'humanité comme l'histoire enveloppe l'événement; une zone dont les limites deviennent floues à mesure qu'on s'éloigne du centre...

Le JCE fut en grande partie développé lors du procès *Tadic*. En fait, la notion apparaît dans divers procès nationaux suivant la Deuxième guerre sous différentes formes¹⁹², mais il s'agit avant tout des procès faits par les forces alliées occupant l'Allemagne au lendemain de la guerre, en particulier les cas liés aux gardiens des camps de concentration¹⁹³. Même avant cela, à Nuremberg, fut traité un cas faisant appel aux principes de la responsabilité collective, celui des *Einsatzgruppen*¹⁹⁴, mais c'est vraiment

¹⁹² Pour un sommaire historique du concept, voir : Jasmina Pjanic, *Joint Criminal Enterprise*, article publié sur le site du ministère de la Justice de la Bosnie Herzégovine, disponible à http://www.okobih.ba/files/docs/Jasmina_Pjanic_ENG_i_BHS.pdf. Un article d'intérêt sur la question : Allison Marston Danner et Jenny S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law* janvier (2005) *California Law Review*.

¹⁹³ Pjanic, *supra* note 192 à la p.2.

¹⁹⁴ Pour Nuremberg, Cassese mentionne le cas suivant: « (...) in *Einsatzgruppen*, with regard to common design, the Prosecutor T. Taylor, in his closing statement noted that 'the elementary principle must be borne in mind that neither under Control Council Law No. 10 nor under any known system of criminal law is guilt for murder confined to the man who pulls the trigger or buries the corpse. (...) not only are

Tadic qui articula de manière structurée pour la première fois le concept en droit international. Sans vouloir aller trop en profondeur - car ce concept aurait pu en soi faire un mémoire - on peut présenter le JCE selon ses grandes lignes et voir dans quelle mesure il est significatif pour l'historiographie aussi.

Globalement, le JCE se résume au fait qu'il faut que l'accusé ait pris part, à tout le moins en partie, à un plan criminel concocté par un groupe et qu'il partageait la visée de ce plan. Il revient à la partie accusatrice de démontrer ces éléments. Tout crime s'inscrivant dans ce plan commun, ou même découlant de ce plan commun, peut alors être attribué à l'accusé.

On retrouve des traces de cette notion dans deux conventions ayant le support d'un grand nombre de pays :

- 1) La *Convention internationale pour la suppression des attentats terroristes à la bombe*¹⁹⁵, qui vient préciser la notion de plan commun en indiquant à son article 2 (3)(c) :

« c) Contribue de toute autre manière à la commission de l'une ou plusieurs des infractions visées aux paragraphes 1 ou 2 par un groupe de personnes agissant de concert; sa contribution doit être délibérée et faite soit pour faciliter l'activité criminelle générale du groupe ou en servir les buts, soit en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre l'infraction ou les infractions visées. »¹⁹⁶

- 2) Le Statut de la CPI, à l'article 25, paragraphe 3 (d)¹⁹⁷ :

« Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :

d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :

principals guilty but also accessories, those who take a consenting part in the commission of crime or are connected with plans or enterprises involved in its commission, those who order or abet crime, and those who belong to an organization or group engaged in the commission of crime. » Cassese, *supra* note 191 à la page 190.

¹⁹⁵ *Convention pour la répression des attentats terroristes à la bombe*, 15 décembre 1997, 2149 R.T.N.U. 284. Disponible à <http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/french-18-9.pdf>

¹⁹⁶ *Ibid.* article 2 (3) (c).

¹⁹⁷ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3, article 25 (3) (d).

- i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour; ou
 - ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime. »

Le Statut du TPIY vient apporter la première reconnaissance formelle du JCE dans son statut à l'article 7 (1) où il est dit :

« Quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent statut est individuellement responsable dudit crime. »¹⁹⁸

Le JCE n'est donc pas explicitement mentionné dans le statut du TPIY. Néanmoins, la cour d'appel, dans sa décision du 15 juillet, 1999¹⁹⁹, relative à *Tadic*, a affirmé que la participation au JCE était comprise dans le Statut sous la forme de 'commission' dans l'article 7(1). La cour d'appel a fait sienne une interprétation très large comme quoi toute personne impliquée dans la commission d'actes contraire au droit humanitaire international, doit faire face à la justice. Selon cette interprétation, toute personne contribuant à la commission de crimes par un groupe de personnes, selon un plan concerté, peut être tenue criminellement responsable.

Il existe trois catégories de JCE, selon la cour d'appel pour *Tadic*, dans le cas de crimes de masse²⁰⁰.

- 1) La première catégorie – et aussi la plus commune- est celle où tous les accusés, agissant selon un plan commun, possèdent la même intention criminelle. Tous sont également responsables, quelles que soient leurs positions ou rôle dans la réalisation du plan criminel. Ce peut être aussi indirect que le fait de voter en faveur de l'instauration d'une politique criminelle. Comme critères, nous avons :

¹⁹⁸ *Statut du TPIY*, article 7 (1), adopté le 25 mai 1993. Résolution 827.

¹⁹⁹ *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Arrêt, (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) en ligne TPIY «<http://www.icty.org>»

²⁰⁰ *Ibid.*

a) l'accusé doit participer volontairement à un des aspects du plan commun; b) l'accusé, même sans qu'il commette personnellement le crime, doit à tout le moins en posséder l'intention. La responsabilité peut aussi découler indirectement, c'est-à-dire que des conséquences néfastes prévisibles ou non surviennent suite au plan commun.

- 2) La deuxième catégorie est celle d'une responsabilité à mener des actions en accord avec le plan criminel commun à l'intérieur d'une institution de type, centre de détention ou camps de concentration. Elle est similaire à la première, mais fut attribuée à différents jugements entourant des gardiens des camps. La responsabilité requiert que l'accusé soit au fait des abus commis; qu'il ait pris part au fonctionnement de l'institution; qu'il ait contribué à aider l'institution à atteindre ses objectifs criminels. Cette catégorie n'exige donc pas l'existence d'un plan commun.

Cassese donne l'exemple du conducteur de la locomotive qui menait les prisonniers à Auschwitz. Ce dernier aurait été tenu coupable s'il avait été conscient du sort qui attendait les prisonniers, s'il avait partagé le projet d'extermination en continuant volontairement à remplir son rôle.²⁰¹ L'accusé doit avoir apporté une contribution au plan criminel. Cassese souligne ensuite que cette catégorie n'est pas sans rappeler la manière dont Nuremberg a pu établir le degré de responsabilité au fait d'appartenir à une organisation déclarée criminelle.²⁰² Seulement, la différence repose sur le fait que l'institution n'est pas jugée *a priori* criminelle dans le cas du JCE.

- 3) La troisième catégorie est celle où des participants ont accepté le principe d'un plan criminel commun (Cassese cite l'exemple de ce qu'on appelle le nettoyage ethnique). Ainsi, tous peuvent convenir de mener une opération de nettoyage ethnique, mais certains peuvent décider d'aller jusqu'au meurtre de certains

²⁰¹ Cassese, *supra* note 191 à la p.195. À la lumière de cette définition, comment ne pas y voir un lien avec les débats qui ont entouré le procès Eichmann et les procès français ?

²⁰² TMI, article 9-11. Mentionné par Cassese, *supra* note 191 à la p.196.

villageois, par exemple. Tous seront alors responsable de ce crime. Cette catégorie de responsabilité implique que l'accusé, même s'il n'a pas commis le meurtre, était tout de même en position pour en prévoir la commission et a quand même pris le risque de mener l'opération.

7.5.2 *L'Entreprise criminelle commune et l'historiographie*

Le TPIY a cherché à concilier à la fois la nature collective des crimes contre l'humanité et son mandat essentiel consistant à assigner à des individus la responsabilité criminelle. Le JCE permet à l'historien de comprendre mieux les relations entre acteurs, mais, dans le fait que la justice rende un verdict, ceci pose le problème de la *vérité* pour l'historien. Le concept présente des contours assez flous, de sorte que le caractère définitif du jugement impliquent bien sûr de graves conséquences légales, mais aussi certaines problématiques pour l'historiographie. Il faut dire que le concept demeure controversé malgré le fait que plus de dix ans sont passés. Laughland fait état des critiques qui peuvent être faites au concept :

«Successive rulings of the ICTY Appeals Chamber have allowed this doctrine to get wildly out of hand. According to the rulings of the Appeals Chambers (...) “A participant in a joint criminal enterprise need not physically participate in any element of any crime.” The judgement in Kvočka ruled that “JCE responsibility does not require any showing of superior responsibility, nor the proof of a substantial or significant contribution.”. In Brđjanin, it ruled that “The third category of joint criminal enterprise does not require proof of intent to commit a crime.” This evidently applies even to the most serious crimes like genocide: in a ruling by the ICTY Trial Chamber, it is stated that “It is not necessary for the Prosecution to prove that the Accused possessed the required intent for genocide before a conviction can be entered on this basis of liability” (3rd category JCE). Kvočka ruled that “There is no specific legal requirement that the accused make a significant contribution to the joint criminal enterprise.” “The contribution of the Accused need not have been either substantial or necessary to the achievement of the JCE’s objective.” An accused may be found guilty even if his acts or omissions do not “assist, encourage or lend moral support” to the commission of the underlying offence. JCE is therefore looser than, and not the same as, aiding and abetting. Participation in a JCE can be “passive rather than active”. In other words, JCE allows convictions for crimes which a defendant did not perpetrate, participate in, know about, order, bear superior responsibility»²⁰³

²⁰³John Laughland, «Conspiracy, Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility in International Criminal Law», 14 novembre 2009. Texte disponible à l'adresse suivante :

En somme, plusieurs critiques estiment que le JCE s'avère trop incertain et sujet à tous les abus. Carlson souligne le caractère politique de l'outil:

«Bold in scope and formation when it was first articulated in *Tadic*, JCE has become a catch-all, a jack-of-all-trades which provides a useful tool for the Prosecution, a seemingly indefensible rationale wherein the Court and Prosecution work together, part of the ad hoc standards that enable the Tribunal to convict»²⁰⁴.

La nature « ouverte » du concept, conforme avec la démarche aussi ouverte de l'historien, contraste avec la dimension « fermée » du jugement. L'historien se doit de comprendre les subtilités de cet outil et les objectifs juridiques, mais aussi politiques, avant de pouvoir utiliser les conclusions qui sont associées au JCE.

Inversement, l'historien, de son côté, apporte son expertise pour la détermination du JCE puisque ce dernier exige un plan commun (c'est ce qui distingue le JCE d'une simple complicité (« aider and abettor »). Dans un « crime ordinaire », il y a l'agent principal et les complices. Dans le JCE, tous sont agents principaux (« perpetrators »))²⁰⁵. L'historien peut donc contribuer à démontrer l'existence de ce plan. Ce n'est pas un hasard si l'expertise historique fut particulièrement recherchée dans le procès qui vint définir le JCE : le procès *Tadic*. Ce procès d'un militant tout à fait insignifiant n'aurait pas été possible sans le JCE. Pour démontrer l'intention et la connaissance de Tadic vis-à-vis le plan de nettoyage ethnique et la formation d'une Grande Serbie, l'expertise historique devait se faire entendre.²⁰⁶

http://www.heritagetpirdefense.org/papers/John_laughland_Conspiracy_joint_criminal_enterprise_and_command_responsibility.pdf . Pour un autre point de vue : Allison Danner et Jenny Martinez, «Guilty Associations, Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law» 93 (2005) California Law Review aux pp. 75 – 170.

²⁰⁴ Kerstin Carlson, "Joint Criminal Enterprise : The ICTY's Contentious Addition to International Criminal Law», dans T. Kruesman, *ICTY : Towards a Fair Trial?*, Vienne, Éditions Recht, 2008 à la p.99.

²⁰⁵ Cette notion a évolué avec le jugement *Kvočka*. Selon ce dernier, un complice peut devenir co-agent principal sous certaines conditions. Voir : *Le Procureur c. Kvočka et al.*, IT-98-30/1, jugement (2 novembre 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, chambre de première instance). Cette dimension fait partie des critiques formulées par Laughland, *supra* note 203.

²⁰⁶ La cour d'appel trouva Tadic coupable de la mort de cinq villageois sur la base : de son intention à mener un nettoyage ethnique de la région de Prijedor; du fait que des morts associés à cette initiative étaient prévisibles; et que son groupe armé serait amené à commettre des meurtres et qu'il alla de l'avant

Malgré les critiques formulées par certains, le JCE présente des avantages certains pour les procès tant nationaux qu'internationaux. Un des avantages est qu'il permet d'incriminer autant des personnes haut placées que de simples exécutants. Le meilleur exemple est celui du procès Milosevic. Ce dernier fut accusé sur la base du JCE et de sa référence à l'article 7 (1) du Statut pour les trois charges relatives aux crimes commis au Kosovo, en Bosnie et en Croatie.²⁰⁷ Pour l'historiographie, ceci est des plus intéressants, car le procès va s'attarder à déterminer les liens qui unissent le pouvoir au crime. Le JCE permet d'associer des groupes de personnes, conciliant du même coup criminalités individuelle et collective. Cette ouverture vers le collectif rapproche le JCE vers la lecture historique, une plus grande contextualisation prend alors place.

Le procès Milosevic va démontrer un autre point d'intérêt du JCE pour l'historiographie. En effet, le procureur du procès, Carla del Ponte, accusa au départ l'ex-président pour trois procès distincts selon les zones géographiques (Kosovo, Bosnie, Croatie) puis choisit la stratégie de faire un seul procès avec les trois. La Cour d'appel devait décider de la possibilité de procéder ainsi. Elle arriva à la décision suivante:

« A joint criminal enterprise to remove forcibly the majority of the non-Serb population from areas which the Serb authorities wished to establish or to maintain as Serbian controlled areas by the commission of the crimes charged remains the same transaction notwithstanding the fact that it is put into effect from time to time and over a long period of time as required. (...) the Appeals Chamber is satisfied that the events alleged in all indictments do form part of the same transaction »²⁰⁸.

Le JCE vient donc permettre non seulement de joindre des personnes au sein d'un même plan, mais aussi des événements (des crimes en l'occurrence) au sein d'un même événement plus grand (le nettoyage ethnique découlant du plan d'une Grande Serbie),

quand même. Voir *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-AR72, Arrêt, (2 octobre 1995) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), para.232.

²⁰⁷ Il fut aussi accusé sur la base de l'article 7 (3). *Le Procureur c. Milosevic*, IT-02-54-T (12 février 2002) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

²⁰⁸ TPIY, « Reasons for decision on prosecution interlocutory appeal from refusal to order joinder », Cour d'appel, *Le Procureur c. Milosevic*, IT-99-37-AR72.

une démarche de reconstitution d'un cadre, avec acteurs et motivations, qui n'est pas sans rappeler celle de l'historien.

7.6 Conclusions : *Limites du TPIY à raconter l'histoire du conflit*

Les points traités dans cette partie ont fait état du rôle crucial joué par les historiens dans le cadre des procès internationaux. Des carences historiographiques au sein des récits juridiques transmis dans ce même cadre méritent aussi d'être mentionnés à titre de conclusion :

- 1) L'absence de la notion de crime contre la paix, présente à Nuremberg, au sein des statuts des tribunaux internationaux créés par le Conseil de sécurité, signifie une justice incomplète et une histoire tronquée. En effet, lors de Nuremberg, la notion de crime contre la paix avait permis de désigner l'Allemagne nazi comme l'agresseur. Simplement identifier des individus responsables de crimes, c'est faire abstraction du fait que 30% de la Croatie et 50% de la Bosnie ont fait l'objet d'une agression menée par la République yougoslave d'alors, c'est-à-dire la Serbie²⁰⁹. Si détacher le crime de l'État en désignant les individus permet de rendre justice sur des crimes graves, l'histoire s'en voit tout de même mal servie. Zaoui poursuit cette critique :

« Par une sorte de retournement saisissant, le crime contre l'humanité devient donc un alibi de la bonne conscience politique internationale, un paravent servant par ailleurs à masquer le refus de l'ONU de désigner l'agresseur, même par l'intermédiaire d'une juridiction pénale internationale »²¹⁰.

À s'en tenir à sanctionner strictement des individus, le TPIY répond à son objectif véritable qui est de *restaurer la paix*, en accord avec le souhait de Madeleine Albright exprimé plus tôt, mais est-ce là le rôle d'un tribunal ? La justice ira-t-elle jusqu'au bout ? Prendra-t-elle le risque de rendre instable une région en jugeant

²⁰⁹ Chiffres avancés par Michel Zaoui, « Malaises autour des procès », dans « La mémoire, le procès et le crime » 156 (1996) *Le monde juif* à la p. 88.

²¹⁰ *Ibid.* à la p.90.

des personnes bénéficiant d'un support populaire ? La difficulté à mettre aux arrêts de hauts gradés yougoslaves tels que Mladic reflète la réalité politique associée à l'exercice de la justice. Certains membres du Conseil de sécurité ne voient peut-être pas d'un bon œil le fait de faire pression sur la Serbie. La justice veut s'inscrire dans la durée, la politique est beaucoup plus immédiate. L'histoire racontée par le procès pour crime contre l'humanité ne prend pas en compte toutes ces considérations politiques entourant le jugement. On comprend dès lors que les procès pour crime contre l'humanité sont aussi des exercices politiques auxquels se prêtent les historiens, que le cadre soit national ou international.

- 2) Les tribunaux TPIY et TPIR sont dits « *ad hoc* ». Ceci n'est pas sans avoir un impact évident sur l'historiographie. L'histoire est continue, les procès prétendent à l'intérieur d'un temps fini écrire une page d'histoire. Les procès internationaux visent à éliminer les distorsions historiographiques qu'entraînent les débats identitaires nationaux, mais ces procès génèrent aussi leur lot de distorsions. Ce qui distingue ces procès de celui de Nuremberg, c'est que, contrairement à ce dernier, les procès *ad hoc* se font alors que la situation politique sur le terrain n'est pas réglée. Du coup, comment écrire l'histoire d'un conflit en cours ? Le paradoxe alors n'est-il pas dans le fait qu'il n'y a justement pas de "victors' justice" ?

- 3) L'historien est ici aussi appelé à corroborer une version édulcorée, politisée de l'histoire. Comme quoi les risques dénoncés par Rousseau pour les procès nationaux s'appliquent aussi aux tribunaux internationaux. Loin d'être neutre, ces derniers répondent aux objectifs de leur créateur, le Conseil de sécurité. Une histoire qui ne favoriserait pas la fermeture (Alvarez²¹¹) ne serait pas acceptable dans ce cadre précis.

²¹¹ Jose Alvarez, «Rush to Closure: Lessons of the Tadic Judgment» (1997) 96 Michigan Law Review.

- 4) Comme mentionné, dans son cinquième rapport, le TPIY déclarait qu'une de ses fonctions les plus importantes était d'établir des faits juridiques devant servir à écrire l'histoire des conflits de l'Ex-Yougoslavie. Effectivement, tout à fait dans l'esprit de ce qu'accomplit Nuremberg, le TPIY vient offrir aux historiens une mine d'informations sur la période considérée. Cependant, beaucoup de ces archives présenteront des problèmes évoqués dans les parties précédentes du mémoire. Par exemple, il est à penser que les preuves accumulées lors des procès ne correspondront pas à ce qu'on peut appeler "une information objective" en raison des contraintes imposées par la cour, les règles de présentation de preuve et la dimension antagoniste du procès qui oblige l'expert à « choisir son camp ». De plus, les décisions seront rendues définitives, marquant du même coup l'historiographie alors que de nombreux éléments manquant au portrait d'ensemble arriveront plus tard. Les historiens devront donc développer des grilles d'analyse qui tiendront compte du traitement particulier qu'ont subi les archives ainsi accumulées. De même, les historiens devront garder en tête la discordance entre l'objectif visé par la cour (établir une vérité juridique et historique) et les objectifs des deux parties (établir une vérité historique en fonction de leurs intérêts).
- 5) Un problème propre au TPIY est sa très longue durée. Cette dernière fait en sorte que les objectifs initiaux peuvent être perdus de vue en cours de route. Ainsi, nous avons mentionné que l'objectif d'établir un portrait historique (historic record) faisait partie des objectifs du TPIY, comme le mentionnait Albright. Or le TPIY, parce que s'étendant sur plusieurs années, plusieurs cas, et plusieurs juges, fut forcément inconstant sur cette question. Scheffer fait état d'un exemple :

«I find it shortsighted how the Trial Chamber in the *Stanisic* case simply concluded that "the Tribunal was established to administer justice, and not to create a historical record." Tell that to the victims and to later generations of Bosnians, Croatians, and Serbs. There has traditionally been a balancing act in the ICL tribunals to ensure that a reasonable record of historical value is recorded while rendering justice fairly, including protection of the rights of the defendant under international standards of due process. Being cavalier about the historical record, which the prosecution has the ability to bring to the forefront of the trial

for good reason, undercuts those judges in the ICL tribunals who acknowledge the historical record's unique value»²¹².

²¹² David Scheffer, «Atrocity Crime Litigation in 2008» (2009) 7 *Northwestern University Journal of International Human Rights*. Voir, <http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v7/n2/1/>

CONCLUSIONS DU MÉMOIRE

Quelques observations finales...

La Cour pénale internationale, le crime contre l'humanité et l'historiographie

La CPI est maintenant l'institution reconnue par une majorité de pays dans le monde pour juger des crimes contre l'humanité dans les cas où les cours nationales n'auraient pas déjà intégré au sein de leur droit interne la notion ou alors dans la situation où les autorités n'auraient pas la volonté ou la capacité d'agir. Mais, comme on l'a vu avec le TPIY, l'impact d'un jugement relatif au crime contre l'humanité sur la mémoire nationale et éventuellement son histoire peut s'exprimer différemment selon que nous avons un processus national ou international. La CPI est un tribunal international au même titre que le TPIY, de sorte que le processus pourrait apparaître trop externe, imposé, pour qu'il y ait intégration de la narration issue de l'exercice. Chaque justice est née d'un contexte national comme l'histoire. On juge ses pairs. Ceci questionne la possibilité même d'une justice internationale. Les nations se sont entendues sur un nombre de principes qu'on retrouve dans les chartes internationales. Mais l'histoire d'un conflit comme celui de l'Ex-Yougoslavie est traversée de zones grises. On ne peut aujourd'hui imaginer un Jackson s'écriant que le TPIY racontera l'histoire du conflit. Le TPIY peut tout au plus juger certains crimes de guerre et contre l'humanité et transmettre la narration contextuelle de ces crimes, mais même cette histoire précise des crimes commis reste largement incomplète.

L'article 7 du Statut de Rome vient définir le crime contre l'humanité de manière beaucoup plus large que ne l'ont fait les cours nationales, en particulier en France. Elle statue que ces crimes sont commis "dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre toute population civile et en connaissance de l'attaque"²¹³. Le débat sur sa véritable nature n'est pas terminé.

²¹³ Statut de Rome, art.7 Disponible en ligne : http://www.admin.ch/ch/f/rs/0_312_1/index.html

La mémoire, un enjeu politique

La justice est une forme de mémoire et la mémoire, une justice envers le passé. La mémoire nous habite, l'histoire nous suit. Ces trois thèmes s'entrecroisent naturellement. Par contre, nous avons vu au cours de ce mémoire combien ils ont vu leurs rapports s'approfondir avec l'arrivée du concept de crime contre l'humanité. Alors que l'oubli a toujours fait parti de la mémoire, il a aujourd'hui pris une connotation négative. Oublier, c'est amnistier et l'amnistie/amnésie est manque de justice. Lorsque des drames de très grande gravité frappent des nations, c'est toute la mémoire collective qui s'en voit marquée et qui appellent à la reconnaissance. Car la mémoire est aussi identité. Les crimes contre l'humanité ont justement voulu effacer une ou des identités.

La démarche associée au concept de crime contre l'humanité consiste à assigner une responsabilité individuelle à des crimes commis dans un contexte historique particulier. Le contexte joue un grand rôle dans la détermination des responsabilités. Koskeniemi situe le problème :

«If individual criminality always presumes some context, and it is the context which is at dispute, then it is necessary for an accused (...) to attack the context that his adversaries offer to him. This is where a trial becomes inevitably a history lesson, and the dispute at the heart of it a political debate about the plausibility of the historical "interpretations"»²¹⁴.

Le contexte a toujours fait parti du discours juridique pour situer les faits. Seulement, dans le cas du crime contre l'humanité, cette contextualisation est beaucoup plus large, elle est souvent historique. Nous avons vu dans les cas étudiés que les historiens participent à contre cœur à un exercice qui est à bien des égards contraire à l'essence même de leur métier puisqu'on parle de « jugement ». Le cadre juridique entraîne des distorsions qui sont accentuées par le fait que la mémoire est déjà en soi distorsion, car sélective. Écrire l'histoire à partir d'une telle démarche demeure une entreprise incertaine.

²¹⁴ Koskeniemi, "Between Impunity and Show Trials", *supra* note 110 à la p.17.

Fondamentalement, il s'agit toujours d'une guerre politique pour contrôler la mémoire. On a vu combien ces procès mémoriels sont associés à des manipulations intéressées. La mémoire est un enjeu politique et l'émergence du concept de crime contre l'humanité a entraîné cette lutte dans l'arène juridique. La mémoire et l'histoire sont des thèmes beaucoup trop importants pour les laisser dans les mains des historiens, diront certains. Foucault dirait que nous sommes devant une lutte pour établir un régime de vérité :

« Chaque société a son régime de vérité, sa « politique générale » de la vérité, c'est-à-dire les types de discours qu'elle accueille et fait fonctionner comme vrais »²¹⁵.

Le rapport mémoire-histoire-justice s'est donc ajouté un nouvel élément : le politique. Voilà qui ne facilitera en rien l'oubli nécessaire pour vivre en paix...

²¹⁵ David Couzens Hoy, *Michel Foucault, lectures critiques*, Bruxelles, Éditions Universitaires, 1989 à la p.113.

BIBLIOGRAPHIE

MONOGRAPHIES

C. Antonissen, "The Language of Remembering and Forgetting", dans *Discourse and Human Rights Violations*, Amsterdam, John Benjamins Publ. Co., 2006.

Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme*, Paris, Gallimard, 2002.

Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem, A Report on the Banality of Evil*, New York, Penguin Books, 1992.

François Bédarida, *Histoire, Critique et Responsabilité*, Bruxelles, Éditions Complexes, 2003.

Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2^e édition, Leiden, Kluwer Law International, 1999.

Yehuda Bauer, *Remembering for the Future*, Oxford, Pergamon Press, 1992.

Leora Bilsky, *Transformative Justice : Israel Identity on Trial*, Ann Harbor, University of Michigan Press, 2004.

Donald Bloxham et Tony Kushner, *The Holocaust: Critical Historical Approaches*, Manchester, Manchester U Press, 2005.

Donald Bloxham, *Genocide on Trial : War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*, New York, Oxford Press, 2001.

Peter Brooks et Paul Gewirtz, *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, Yale University Press, 1996.

Christopher Browning, *Collected Memories: Holocaust History and Postwar Testimony*, Madison, U of Wisconsin Press, 2003.

Robert Burns, *A Theory of the Trial*, Princeton, Princeton U. Press, 1999.

Kerstin Carlson, «Joint Criminal Enterprise : The ICTY's Contentious Addition to International Criminal Law», dans T. Kruesman, *ICTY : Towards a Fair Trial?*, Vienne, Recht, 2008.

Michel de Certeau, *L'Écriture de l'histoire*, Paris, le Seuil, 1975.

Sorg Chalandon et Pascale Nivellet, *Crime contre l'humanité : Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*, Paris, Plon, 1998.

James Chandler et Arnold Davidson, *Questions of Evidence: Proof, Practice and Persuasion across the Disciplines*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.

Audrey Chapman, «Truth Finding in the Transitional Justice Process» dans «*Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*», United States Institute of Peace Press, 2009.

Eric Conan, *Le procès Papon : un journal d'audience*, Paris, Gallimard, 1998.

Eric Conan et Henri Rousso, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris, Gallimard, 1994.

Mirjan Damaska, *Evidence Law Adrift*, New Haven, Yale University Press, 2007.

Cristina Demaria et Colin WRIGHT, *Post-Conflict Cultures : Rules of Representation*, Londres, Zoilus Press, 2006.

Lawrence Douglas, *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven, Yale U. Press, 2001.

Jean-Michel Dumay, *Le procès de Maurice Papon*, Paris, Fayard, 1998.

Brian Fay, Philip Pomper et Richard Vann, *History and Theory: Contemporary Readings*, Oxford, Blackwell, 1998.

Shoshana Feldman, *The Juridical Unconscious: Trials and Traumas in the Twentieth Century*, Cambridge, Harvard Press, 2002.

Alain Finkielkraut, *La mémoire vaine. Du crime contre l'humanité*, Paris, Gallimard, 1989.

Saul Friedlander, *Probing the Limits of Representation: Nazism and the Final Solution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

André Frossard, *Le crime contre l'humanité*, Paris, Laffont, 1987.

Stéphane Gacon, «L'oubli institutionnel» dans *Oublier nos crimes. L'amnésie nationale, une spécificité française?*, Paris, Autrement, 1994.

Jean-Jacques Gandini, *Le Procès Papon*, Paris, éditions Librio, 1999.

Carlo Ginzburg, *Le Juge et l'historien*, Paris, Lagrasse Verdier, 1997.

Richard Golsan, *The Papon Affair: Memory and Justice on Trial*, éd. R. Golsan, 2001.

Richard Golsan, «History and the Duty to Memory in Postwar France: the Pitfalls of an Ethics of Remembrance» dans *What Happens to History: the Renewal of Ethics in Contemporary Thought*, 23, Londres, éd. Howard Marchitello, 2001.

Richard Golsan, *Vichy's Afterlife : History and Counterhistory in Postwar France*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2000.

Gerhard Grundler et A. Manikowsky, *Nuremberg, la justice des vainqueurs*, Paris, Laffont, 1969.

Marouf Masian, *Rhetorical Vectors of Memory in National and International Holocaust Trials*, East Lansing, Michigan State U. Press, 2006.

Brian Havel, « Public Law and the Construction of Collective Memory », dans *Post-Conflict Justice*, ed. Cherif Bassiouni, Transnational Publishers, 2001.

Patricia Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Londres, Routledge, 2000.

Manfred Henningsen, « The Politics of Memory : Holocaust and Legitimacy in Post-Nazi Germany », dans Y. Bauer, *Remembering for the Future*, Oxford, Pergamon Press, 1992.

Raul Hilberg, *The Politics of Memory: The Journey of a Holocaust Historian*, Chicago, Ivan R. Dee Publisher, 1996.

Raul Hilberg, *The Destruction of European Jews*, New York, Harper and Row, 1961.

Iwona Irwin-Zarecka, *Frames of Remembrance. : The Dynamics of Collective Memory*, Piscataway, NJ, Transaction Publishers, 1994.

Robert Jackson. *The Nürnberg Case*, New York, Alfred Knopf, 1947.

Karl Jaspers, *La culpabilité allemande*, Paris, Éditions de Minuit, 1990.

Yann Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.

Orna Kenan. *Between Memory and History: The Evolution of Israeli Historiography of the Holocaust, 1945-1961*», New York, Peter Lang, 2003.

Dominick Lacapra, *Writing History, Writing Trauma*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2001.

Dominick Lacapra. *History and Memory after Auschwitz*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1998.

Dominick Lacapra, *Representing the Holocaust : History, Theory, Trauma*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1994.

John Laughland, *Conspiracy, Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility in International Criminal Law*, 14 novembre 2009. Texte disponible à l'adresse suivante : http://www.heritagepirdefense.org/papers/John_laughland_Conspiracy_joint_criminal_enterprise_and_command_responsibility.pdf.

Jacques Le Goff, *Histoire et mémoire*, Paris, Folio, 1986.

Primo Levi, *Les Naufragés et les Rescapés*, Paris, Gallimard, 1986.

Deborah Lipstadt, *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*, New York, Free Press, 1993.

Nicole Loraux, *La Cité divisée : L'Oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris, Éditions Payot, 2005.

François Lyotard, *Le différend*, Paris, Éditions de Minuit, 1983.

Michael Marrus, *The Nuremberg War Crimes Trial, 1945-46: A Documentary History*, Boston, Bedford Books, 1997.

Dan Michman, *Pour une historiographie de la Shoah*, Paris, Éditions In Press, 2001.

Slobodan Milosevic, (n.d.) *The Defense Speaks: For History and the Future : Yugoslav President Slobodan Milosevic's Opening*.

Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide and Mass Violence*, Boston, Beacon Press, 1998.

Arthur Morse, *While Six Millions Died: A Chronicle of American Apathy*, New York, Random House, 1967.

Friedrich Nietzsche, *Par delà le bien et le mal*, Paris, Éditions Flammarion, 1992.

Ernst Nolte, *Three Faces of Fascism*, New York, 1966.

Pierre Nora, *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, 1984.

Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, Piscataway, NJ, Transaction Publishers, 1997.

Pierre Papadatos, *Le Procès Eichmann*, Genève, Librairie Droz, 1964.

Jasmina Pjanic, *Joint Criminal Enterprise*, article publié sur le site du ministère de la Justice de la Bosnie Herzégovine, disponible à http://www.okobih.ba/files/docs/Jasmina_Pjanic_ENG_i_BHS.pdf

Plutarque, *La vie des hommes illustres*, la vie de Solon, partie 27, édition Didier, 1843.

Paul Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000.

Paul Ricoeur, *Temps et récits*, Paris, Seuil, 1983.

Dominique Rousseau, *Vichy a-t-il existé ?*, Paris, Le Monde des Débats, novembre, 1992.

Henri Rousso, *Le Syndrome de Vichy, de 1944 à nos jours*, Paris, Seuil, 1987.

Henri Rousso, *La Hantise du Passé*, Paris, éditions Textuelles, 1998.

Henri Rousso, *Vichy. L'événement, la mémoire, l'histoire*, Paris, Gallimard, 2002.

Dan Stone, *Constructing the Holocaust: A Study in Historiography*, Londres, Valentine Mitchell, 2003.

Eric Stover et H. Weinstein, *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004.

Alan Taylor, *The Origins of the Second World War*, Londres, Hamilton, 1961.

Telford Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*, New-York, Knopf, 1992.

Ruti Teitl, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford Press, 2000.

Tzvetan Todorov, *Mémoire du mal. Tentation du bien. Enquête sur le siècle*, Paris, Robert Laffont, 2000.

Tzvetan Todorov, *Les abus de la mémoire*, Paris, Arléa, 1998.

Tzvetan Todorov, «The Touvier Affair», dans *Memory, the Holocaust and French Justice: The Bousquet and Touvier Affairs*, éd. Richard J. Golsan, 1996.

Pierre Vidal-Naquet, *Les assassins de la mémoire*, Paris, Le Seuil, 1995.

Zoe Waxman, *Writing the Holocaust : Identity, Testimony, Representation*, New York, Oxford University Press, 2006.

Annette Wieworka, *Le procès de Nuremberg*, Paris, Liana Levi, 2006.

Annette Wieworka, *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Paris, Complexe, 1996.

Annette Wieworka, *Le procès Eichmann*, Paris, Complexe, 1992

Paul Williams et Michael Sharf, *Peace with Justice? : War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, Rowman and Littlefield, 2002.

Nancy Wood, *Vectors of Memory: Legacies of Trauma in Postwar Europe*, New-York, Berg, 1999.

David Wyman, *The Abandonment of the Jews: America and the Holocaust*, New York, New Press, 1941-1945.

Bernard Yack, *Liberalism Without Illusion: Essays on Liberal Theory and the Political vision of Judith Shklar*, Chicago, U of Chicago Press, 1996.

Vladimir Yankélévitch, *L'imprescriptible*, Paris, Le Seuil, 1986.

Yoseph Yerushalmi, *Zakhor : Histoire juive et mémoire juive*, Paris, La Découverte, 1984.

James Young, *Writing and Rewriting the Holocaust: Narrative and the Consequences of Interpretation*, Bloomington, Indiana University Press, 1998.

PÉRIODIQUES

Jose Alvarez, «Rush to Closure: Lessons of the Tadic Judgment» (1997) 96 Michigan Law Review.

Jennifer Balint, «The Place of Law in Addressing Internal Regime Conflicts» (1996) 59 Law and Contemporary Problems.

François Bédarida, «La mémoire contre l'histoire» (1993) 193 (Juillet), Esprit.

Leora Bilsky, «In a Different Voice: Nathan Alterman and Hannah Arendt on the Kastner and Eichmann Trials» (2000) 509 Theoretical Inquiries in Law.

Leora Bilsky, «When Actor and Spectator Meet in the Court Room : Reflections on Hanna Arendt's Concept of Judgment» (1996) 8, no2 History and Memory.

Guyora Binder, «Representing Nazism: Advocacy and Identity at the Trial of Klaus Barbie» (1989) 98 Yale Law Journal.

Gideon Boas, «Developments in the Law of Procedure and Evidence at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Court» (2001) 12 Criminal Law Forum.

William Booth, «The Unforgotten Truth: Memories of Justice» (2001) 95, no 4, The American Political Science Review.

Allison Danner et Jennifer Martinez, «Guilty Associations, Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law» (2005) 93 California Law Review.

Henri Donnedieu de Vabres, «Le Procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit international» (1947) Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye.

Robert Donia, «Encountering the Past: History at the Yugoslav War Crimes Tribunal» (2004) 11 Journal of International Institute, University of Michigan.

Lawrence Douglas, «Film as Witness : Screening Nazi Concentration Camps Before the Nuremberg Tribunal» (1995) 105 Yale Law Journal.

Richard Evans, «History, Memory, and The Law: The Historian As Expert Witness» (2002) 41 History and Theory.

Daniel Farber, «Adjudication of Things Past: Reflections on History as Evidence» (1997) 49 Hastings Law Journal.

David Forsyth, «Politics and the International Tribunal for the Former Yugoslavia» (1994), 5 Criminal Law Forum.

Brandon Hamber et Richard Wilson, «Symbolic Closure Through Memory, Reparation and Revenge in Post-Conflict Societies» (2002) 1 Journal of Human Rights.

Ruth Henig, «The Origins of the Second World War» (1997) 3 New Perspectives.

Karl Jaspers, « Who Should Have Tried Eichmann? » (2006) 4 Journal of International Criminal Justice.

Martti Koskeniemi, «Between Impunity and Show Trials», (2002) 6 Max Planck Yearbook of United Nations Law.

Matthew Lipman, «The Trial of Adolf Eichmann and the Quest for Global Justice» (2002) 8 Buffalo Human Rights Law Review.

Michel Massé, «Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français» (1994) juin, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.

Lawrence McNamara, «History, Memory and Judgment: Holocaust Denial, The History Wars and Law's Problems with the Past» (2004) 353 Sydney Law Review.

Jared Holanef, « Holding Head of State Liable for War Crimes : Command Responsibility and the Milosevic Trial » (2003-2004), 27 Suffolk Transnational Law Review.

Mark Osiel, « Ever Again: Legal Remembrance of Administrative Massacre » (1995) 144 University of Pennsylvania Law Review.

Jeremy Peterson, «Unpacking Show Trials: Situating the Trial of Saddam Hussein» (2007) 48 Harvard International Law Journal.

Sabrina Ramet, «Martyr in his Own Mind : The Trial and tribulations of Slobodan Milosevic» (2004) 5 Totalitarian Movements and Political Religions.

Vera Ranki, «Holocaust History and the Law: Recent Trials Emerging Theories» (1997) 17 Cardozo Studies Law and Literature.

Darryl Robinson, «Defining Crimes Against Humanity at the Rome Conference» (1999) 93 American Journal of International Law.

Denis Salas et Jean-Paul Jean. «Barbie, Touvier, Papon : Des procès pour la mémoire» (2002) 83, Autrement.

Austin Sarat et Thomas Kearns, «Rhetoric and Legal Remembrance: Trials, Transcription and the Politics of Critical Reading» (1995) 23 Legal Studies Forum.

David Scheffer, «Atrocity Crime Litigation in 2008» (2009) 7 Northwestern University Journal of International Human Rights.

Helen Silving, «In Re Eichmann: A Dilemma of Law and Morality» (1961) 55 American Journal of International Law.

Gerry Simpson, «Didactic and Dissident Histories in War Crimes Trials» (1992) 60 Albany Law Review.

Nora Strejilevich, «Testimony and Language of Truth» (2006) 28 Human Rights Quarterly.

Paul Tavernier, « Comment surmonter les obstacles constitutionnels à la ratification du Statut de Rome », (2002) Revue trimestrielle des droits humains.

Patricia Wald, «To Establish Incredible Events by Credible Evidence: The Use of Affidavit Testimony in Yugoslav War Crimes Tribunal Proceedings» (2001) 42 Harvard International Journal of Law.

Patricia Wald, «The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Comes of Age: Some Observations on Day to Day Dilemmas of an International Court» (2001) 5 Washington Journal of Law and Policy.

Leila Wexler, «Reflections on the Trial of Vichy Collaborator Paul Touvier for Crimes Against Humanity in France» (1995) 20 Law and Social Inquiry.

Leila Wexler, «The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again» (1994) 32 Columbia Journal of Transitional Law.

Richard Wilson, «Judging History: The Historical Record of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia» (2005) 27 Human Rights Quarterly.

Richard Wilson, « *A Window on the Past: Historians and Social Scientists as Expert Witnesses at the ICTY* », conférence faite à New-York, NY, le 15 février 2009. Voir: http://www.allacademic.com/meta/p311685_index.html>

MÉMOIRES ET THÈSES

Julien Danlos, « *De l'idée de crimes contre l'humanité en droit international* », thèse de doctorat en philosophie, Université de Caen-Basse Normandie, octobre 2010, disponible à l'adresse suivante:

http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/54/18/33/PDF/De_l_idee_de_crimes_contre_l_humanite_Danlos_2010.pdf

DOCUMENTS OFFICIELS

Accord concernant la poursuite et le châtimeut des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire. Londres, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 281. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.icrc.org/dih.nsf/INTRO/350?OpenDocument>

Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 30 novembre 1973, 1015 R.T.N.U.243, . rés.3068. Disponible à l'adresse suivante : http://www.aidh.org/Racisme/T_Discrim_03.htm

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U 277, R.T. Can. 1949 no27 (entrée en vigueur le 12 janvier 1951).

Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, 26 novembre 1968, 754 R.T.N.U. 73 (entrée en vigueur : 11 novembre 1970) adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2391 (XXIII). http://www2.ohchr.org/french/law/crimes_de_guerre.htm

Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907, 249 R.T.N.U. Disponible à <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/195?OpenDocument>

Convention pour la répression des attentats terroristes à la bombe, 15 décembre 1997, 2149 R.T.N.U. 284. Disponible à <http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/french-18-9.pdf>

Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, 25 janvier 1974, 3 S.T.E. Disponible à : http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Europ/autres02.htm

Déclaration de Moscou sur les atrocités (1er novembre 1943) : http://www.ena.lu/declaration_moscou_atrocites_1er_novembre_1943-010005200.html

Discours du Reichführer-SS Himmler devant des officiers supérieurs SS à Poznan, les 4 et 6 octobre 1943 [*Trials of War Criminals Before the Nurnberg Military Tribunals - Washington, U.S Govt. Print. Off., 1949-1953, Vol. XIII, p. 323, and Himmler, Reichsführer-SS - P. Padfield, Henry Holt and Co, NY, 1990, p. 469*].

Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 décembre 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946).

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3 en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

Statut du Tribunal pénal international du Rwanda, adopté le 8 novembre 1994, résolution 955.

Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, adopté le 25 mai 1997, résolution 827.

Statut du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002, résolution 1315 (2000). Disponible à <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/605?OpenDocument>.

5^e rapport annuel du Tribunal international pour la poursuite de personnes responsables de violation du droit humanitaire international commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, Nations unies, 53^e session, agenda item 48, PP 297, 299, U.N. Doc. A/53/219-S/1998/737 (1998).

Ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre. J.O., date n.d. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070700&dateTexte=20100830>

Loi n°64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité. Version consolidée au 29 décembre 1964. Voir http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=1E4DEF72C42D57FE3F15AB5588DA5F32.tpdjo03v_3&dateTexte=?cidTexte=JORFTEXT000000684761&categorieLien=cid

Loi 5710/1950 concernant le châtement des nazis et collaborateurs nazis, *Annuaire des droits de l'homme*, 1950; 211-213. Aussi : «The Crime of Genocide» (Prevention and Punishment). Law, 5710-1950., dans "Laws of the State of Israel, vol.1, Ordinances, 5708-1948, Jerusalem, 1950.

ARTICLES ET COMMUNIQUÉS DE PRESSE

Philippe Chaslot, «Klaus Barbie est coupable» *Lyon Capitale* (5 juillet 2007).

«The Trial of Vichy France» *The Economist* (12 février 1983).

«French Hope Barbie Will Not Become Trial of Their History» *United Press International* (12 mai 1987).

«Israelis Offer to help Prosecute Barbie» *American Press* (6 février 1983).

Henri Rousso, « Le tribunal de l'Histoire a jugé Vichy depuis longtemps » *Le Monde* (7 avril 1998).

Daphne Eviatar, « The Show Trial : A Larger Justice ? » *New York Times*, (20 juillet 2002) B7. : <http://www.nytimes.com/2002/07/20/books/the-show-trial-a-larger-justice.html>

Eric Conan, « Le casse-tête juridique» *L'Express* (2 octobre 1997) 54.

JURISPRUDENCE

Le Procureur c. Blaskic, IT-94-14, Jugement (le 3 mars 2000) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1-AR72, Arrêt, (2 octobre 1995) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1-T, Jugement, (7 mai 1997) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II).

Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1-A, Arrêt, (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel)

Le Procureur c. Delalic, IT-96-21-T, Jugement (16 novembre 1998) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

Le Procureur c. Fatmir Limaj et al., IT-03-66-T, Jugement, (30 novembre 2005) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

Le Procureur c. Halilovic, IT-01-48-AR73, Jugement (16 novembre 2005) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de la première instance).

Le Procureur c. Krstic, IT-98-33-T, Jugement, (2 juin 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

Le Procureur c. Kvočka et al., IT-98-30/1, Jugement, (2 novembre 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

Le Procureur c. Milosevic, IT-02-54-T, (le 12 février 2002) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

Paris, 9 juillet 1986, Gazette du Palais de justice, 1986, 2.

Arrêt, Cass., 20 décembre 1995, Chambre criminelle, numéro de pourvoi 85-95166 publié dans le *Journal de droit international*, 1986.

Attorney-General of the government of Israel vs Adolf Eichmann, District Court of Jerusalem, 12 décembre 1961, *International Law Review*, 1968, Vol.36, pp.18-276, et décision de la Cour Suprême de l'État d'Israël, 29 mai 1962.

Procès des grands criminels devant le Tribunal Militaire International de Nuremberg (14 novembre 1945 – 1^{er} octobre 1946), 42 volumes, Nuremberg, 1947, Texte officiel en langue française, Service d'information des crimes de guerre, Office français d'édition, Paris.

RÉSOLUTIONS

Résolution 827, 25 mai 1993, R.T.N.U. S/Res .827 (1993).

Résolution 855, novembre 1994, R.T.N.U. S/Res 955 (1994).