

La notion de « justice transitionnelle » a-t-elle un sens ?

Fabrice Hourquebie

Professeur de droit public
Université des sciences sociales de Toulouse

La justice est inhérente au concept même de démocratie selon les termes des organisateurs de la table ronde. Obéissant à un double mouvement, d'ascension puis d'émancipation, la justice tend à redonner, dans les grandes démocraties, ses lettres de noblesse à la fameuse « puissance de juger » de Montesquieu. De « nulle » dans les écrits du Baron de la Brède, la justice, désormais érigée en authentique pouvoir, est dotée d'une charge positive qui lui permet d'être le véritable pouvoir régulateur du pouvoir majoritaire. L'Etat de droit constitutionnel moderne, dans son volet politique, c'est-à-dire démocratique, appelle donc la construction d'une justice suffisamment forte pour être le rempart contre l'arbitraire et le pouvoir modérateur des autres pouvoirs constitutionnels. Les textes ne traduisent pourtant pas toujours cette réalité, de sorte qu'il existe parfois un décalage entre l'état du droit constitutionnel et la pratique. Tantôt, le texte est en retard, voire en retrait (la fameuse « autorité judiciaire » française résiste, en dépit d'une tentative de modification du titre VIII au profit du « pouvoir juridictionnel » lors de la récente révision constitutionnelle, alors même que dans les faits, la montée en puissance de la justice tend à en faire un véritable pouvoir constitutionnel) ; tantôt le texte est en avance, voire dans l'excès, (ainsi en est-il de la plupart des constitutions des pays d'Europe centrale et orientale qui, fortes de consacrer plusieurs articles au « pouvoir judiciaire » ou « juridictionnel » multiplient les garanties d'indépendance alors que la réalité du pouvoir des juges est bien en-deçà de l'idéal constitutionnel).

Quoiqu'il en soit, et en dépit des décalages constatés, il est possible d'affirmer que, de manière générale, la question du positionnement (théorique) de la justice au regard de la constitution semble, plutôt résolue en ce qui concerne les juges ordinaires ou constitutionnels des Etats de droit stabilisés. Mais la multiplication aujourd'hui des Etats en crise ou en sortie de crise conduit à compléter la problématique de la « justice dans l'Etat » en s'interrogeant sur un autre volet de celle-ci : la justice transitionnelle. Car à côté de la justice « traditionnelle-institutionnelle », régulatrice et sanctionnatrice du « quotidien », émerge une justice « transitionnelle » régulatrice et sanctionnatrice de « l'exceptionnel ». Si la première est facilement identifiable, la seconde est plus difficilement saisissable. Preuve en est, la définition retenue par les Nations-Unies dans le Rapport du Secrétaire général présenté devant le Conseil de sécurité : « [la justice transitionnelle est] l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par

une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation »¹.

Cette communication tentera donc de réfléchir à *la notion de justice transitionnelle*, qui loin de faire l'unanimité en doctrine ou au sein des organisations internationales suscite beaucoup de divergences d'appréciations. Car dans un contexte international de lutte contre l'impunité et de sanction attendue des violations à grande échelle des droits fondamentaux, la justice transitionnelle bénéficie d'un statut dérogatoire qui la fait coexister avec une Justice au statut déjà spécifique.

La préhension de la justice transitionnelle par le système constitutionnel conduit alors à soulever plusieurs questions qui conditionnent sa recevabilité et partant, son efficacité dans la construction ou la consolidation de l'Etat de droit auquel aspire la société en transition.

Sous cet angle, s'interroger sur le statut de la justice transitionnelle, c'est-à-dire sur sa dimension institutionnelle, semble être un préalable nécessaire à une approche plus substantielle et matérielle de cette justice dans l'Etat. Car comme pour la justice « traditionnelle », l'acceptation d'un processus de sanction-réparation repose avant tout sur son intériorisation, tant par les auteurs que par les victimes, autrement dit sur sa légitimité. Or en matière de justice transitionnelle comme en matière de justice ordinaire ou constitutionnelle, la légitimité repose sur deux fondements : en amont, le statut des organes (et plus largement leur « stature ») ; et en aval la fonction de ces organes (leur « activité »).

C'est sur le premier pilier de cette légitimité que nous insisterons davantage aujourd'hui à travers quelques brèves réflexions sur le concept même de justice transitionnelle dont la délimitation **(I)** conditionne son articulation avec les (autres) composantes du pouvoir juridictionnel **(II)**

I - Signification

Si la question de la délimitation du champ de la justice transitionnelle est évoquée ici et non en introduction, comme les us universitaires devraient le suggérer, c'est que la notion même de justice transitionnelle est discutée, dans ses fondements et dans sa pertinence **(A)**, de sorte qu'il n'est pas aisé de s'accorder sur une définition unanimement acceptée, même si un certain nombre de principes forts guidant l'exercice de la justice en période de transition semblent émerger et recueillir une certaine adhésion collective **(B)**.

¹ Rapport du Secrétaire général des Nations-Unies devant le Conseil de sécurité, « Rétablissement de l'Etat de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit », Doc. S/2004/616, 2 août 2004, p. 7 parag. 8.

A - L'existence de la justice transitionnelle

L'alternative est simple : la notion de justice transitionnelle est-elle véritablement opératoire ou s'agit-il d'un outil sémantique sans véritable contenu, d'un « gadget » politique utilisé notamment par les organisations internationales à des fins de légitimation du déploiement de leurs actions en faveur de la restauration de la démocratie ? De prime abord, la notion semble contenir dans sa formulation un paradoxe. D'un côté, la justice. Le terme renvoie à l'idée de stabilité, de modération. Autrement dit, la justice symbolise cette recherche de la paix sociale à travers la continuité et sérénité de sa mission. Les écrits sur la fonction symbolique de la justice se sont d'ailleurs multipliés ces dernières années et l'ont bien montré² : la figure du juge est celle de l'apaisement et de la pacification dans le temps ; la permanence et la transcendance étant deux caractéristiques traditionnellement associées à la justice. D'un autre côté, la transition. Elle est un moment clef qui permet de passer de la contestation des pouvoirs dictatoriaux fortement personnalisés, à laquelle est bien souvent associée la remise en cause des politiques économiques, à un régime politique stable de liberté et d'Etat de droit, garantissant le renouvellement de la classe dirigeante et la moralisation de la vie publique. En tant qu'étape dans un processus de sortie de conflits armés ou de crises politiques, la transition comporte deux dimensions : une dimension structurelle qui tient au cadre choisi pour mener le dialogue et aux règles adoptées pour gérer les tensions ; et une dimension formelle qui fixe la durée de la transition³. On le constate, la temporalité est une condition essentielle de la transition. Par essence la transition ne peut être permanente, elle est nécessairement temporaire. Elle est un processus qui permet de réaliser l'aspiration de revendication et de changement et à ce titre, ne peut souffrir une institutionnalisation dans le temps. Auquel cas elle cède la place à une période d'enlisement due, par exemple, à la difficulté à identifier et mobiliser les parties représentatives pour amorcer le dialogue national ; à l'impossibilité de trouver un accord sur la nature des enjeux en discussion etc... .

Dans ces conditions, n'y a-t-il pas un paradoxe à allier à l'idée de permanence et de stabilité (justice) l'idée de discontinuité, de rupture, de temporaire et d'exceptionnalité (transition) ? La justice, destinée à perdurer, peut-elle s'accommoder de dispositifs transitoires ? Non, si ces mécanismes transitoires sont dépourvus de garanties. Oui, si la justice transitionnelle

² Par exemple, P. DRAI, Le rôle et la place du juge en France aujourd'hui, *RRJ*, n° 3, 1991, pp. 595-603 ; F. OST, Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juges ; in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Esprit, Paris, 1991, 241-272 ; O. CAYLA, Les deux figures du juge, *Le Débat*, n° 75, 1993, pp. 164-173 ; D. SALAS, Le juge aujourd'hui, *Droits*, n° 34, 2001, pp. 61-71

³ Pour plus de détails, v. le deuxième rapport de l'Observatoire à l'attention du Secrétaire général de la Francophonie, *Etat des pratiques, de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone*, Organisation internationale de la Francophonie, 2006, pp. 614-634.

repose sur un principe de proportionnalité *rationae temporis* ainsi que sur un certain nombre de garde-fous... notamment juridictionnels. Ce qui pose alors la question de l'articulation de la justice transitionnelle à la justice ordinaire et constitutionnelle, voire de l'ancrage de la justice transitionnelle *dans* la justice traditionnelle⁴.

Sous un angle plus pragmatique maintenant, ce débat de fond sur la signification de la justice transitionnelle a accompagné les réflexions menées au sein des organisations internationales depuis les années quatre vingt dix. Confrontées aux limites de la justice ordinaire et sous l'impulsion des pays anglo-saxons (ce qui explique en partie la réticence des organisations de coopération intergouvernementale de l'espace francophone à intégrer ce concept), les organisations internationales, et notamment les Nations-Unies⁵, ont cherché à construire un cadre juridique pour leurs stratégies visant à accompagner les reconstructions des structures de l'Etat, après des abus massifs de violation des droits de l'homme, et en vue de restaurer la démocratie et une paix durable. Ainsi la notion est-elle au service de politiques spécifiques de gestion de crises et de prévention des conflits et est admise à ce titre comme concept opérationnel du droit international. D'où une interrogation sur le champ couvert par la justice transitionnelle et sur l'identification d'un plus petit dénominateur commun de principes d'action, acceptables par la diversité des acteurs concernés.

⁴ Voir les développements pp. 7 et s.

⁵ Si l'Union européenne demeure en retard en matière de justice transitionnelle, des efforts ont été accomplis. Elle a toujours financièrement soutenu les processus de transition démocratique, les projets de renforcement de la justice ou les tribunaux internationaux. De plus, dans son programme de 18 mois des présidences allemande, portugaise et slovène, adopté en décembre 2006, la présidence de l'UE a affirmé son engagement à promouvoir la justice transitionnelle : « Les trois présidences veilleront à ce que l'UE continue de promouvoir efficacement la paix et la stabilité, notamment via sa coopération avec l'ONU et l'OTAN. Elles mettront l'accent sur l'assistance dans les domaines de la prévention des conflits, de la reconstruction, de la stabilisation après les conflits et de la justice transitionnelle », in H. FLAUTRE, La justice transitionnelle dans le prisme de l'Union européenne, in A. LIPIETZ et H. PLAUTRE (dir.), *Amnistie, amnésie, impunité : problèmes de la justice transitionnelle*, Colloque Assemblée nationale, 6 décembre 2007, <http://lipietz.net/spip.php?article2134>. Quant à la France, la Secrétaire d'Etat chargée des affaires étrangères et des droits de l'homme a eu l'occasion de préciser la manière dont le pays participait aux processus de justice transitionnelle en réponse à une question parlementaire posée par M. Le Fur (Question publiée au JO le : 20/11/2007, p. 7155 ; réponse publiée au JO le : 08/04/2008, p. 3022). La Ministre a apporté la réponse suivante : « La France s'est engagée dans des projets de coopération en lien avec la justice transitionnelle. Une coopération active sur la question a été engagée avec le Département fédéral des affaires étrangères suisse avec lequel a été organisé un premier colloque à Yaoundé (en coopération avec le Centre sous-régional des Nations unies en Afrique centrale basé au Cameroun) du 4 au 6 décembre 2006 sur « la justice transitionnelle dans le monde francophone » (plus d'une cinquantaine de participants). Notre coopération passe également par le soutien au Centre international pour la justice transitionnelle (ICTJ), une ONG spécialisée sur la question. Partenaire du séminaire de Yaoundé, elle a également organisé un séminaire régional à Bogota du 17 au 21 juin 2007 que la France et la Suisse ont soutenu ».

B - La consistance de la justice transitionnelle

En raison de son utilité immédiate et de sa mobilisation sur le terrain, la justice transitionnelle doit répondre à une définition suffisamment englobante pour couvrir la plupart des expériences de transitions ; mais aussi suffisamment consensuelle et donc resserrée pour permettre une meilleure appropriation du concept par ses protagonistes, même les plus réticents.

Même si chaque transition est unique et doit inventer ses outils, procédés et procédures appropriés à la sortie de crise, un cadre général des transitions peut être établi et à l'intérieur de celui-ci un certain nombre de traits convergents identifiés, le tout permettant de circonscrire les exigences minimales en matière de justice transitionnelle. De là à dégager des standards et principes internationaux de la justice transitionnelle, il y a un grand pas que nous nous garderons de franchir, tant en raison de la jeunesse du concept que de la fluidité de ses lignes de démarcation. Reste qu'à travers la trentaine d'expériences de justice transitionnelle recensées à travers le monde⁶, de la Colombie au Timor, du Pérou à l'Afghanistan, de la Bosnie-Herzégovine au Ghana en passant par l'Irak ou le Maroc⁷, il est possible de mettre en évidence un corpus de principes et règles, soumis à interprétation et emprunts d'une flexibilité nécessaire, constituant le socle d'un droit coutumier de la justice transitionnelle en formation⁸. Ainsi, la justice transitionnelle peut se réaliser à travers cinq axes majeurs : poursuite en justice des auteurs des crimes ; initiatives en faveur de la recherche de la vérité en vue d'appréhender les violations commises par le passé ; réconciliation ; octroi de réparation aux victimes de violations des droits de l'homme ; et réforme des institutions judiciaires et politiques. Les poursuites judiciaires, d'abord, sont bien sûr au fondement du processus de justice et de surcroît de justice transitionnelle. Il n'y a pas de réparation ni de réconciliation sans poursuites. Mais celles-ci marquent aussi la limite de l'action de la justice « ordinaire » et justifient l'instauration de la phase transitionnelle, c'est-à-dire d'une justice capable d'intervenir au-delà de la seule logique rétributive, en obéissant à une conception plus large de la justice. D'où, dans un second temps, l'exigence de recherche de la vérité. Là encore, la quête de vérité est au cœur du fonctionnement de la justice traditionnelle ; mais elle prend une importance toute particulière dans la justice transitionnelle au regard des violations massives des droits de l'homme qui ont été commises. Les Commissions Vérité

⁶ X. PHILIPPE, Brèves réflexions sur les relations entre justice transitionnelle et constitution, *in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, p. 373.

⁷ Sur l'actualité des expériences de justice transitionnelle, voir en ligne les rapports annuels du Centre international pour la justice transitionnelle, www.ictj.org.

⁸ Louis JOINET parle de à ce sujet des « initiatives de justice transitionnelle qui s'enrichissent les unes les autres » et dont « la sédimentation et la créativité donnent naissance à un droit de la justice transitionnelle en cours de formation », *in* L. JOINET, Justice transitionnelle : principes et standards internationaux ; un état des lieux, *in Justice transitionnelle dans le monde francophone*, Séminaire international de Yaoundé, 4-6 décembre 2006.

et réconciliation participent de cette démarche en se fondant sur le contexte politique, social et économique dans lequel les exactions ont été commises, bien plus que dans le processus de recherche de la vérité judiciaire. Le troisième principe auquel l'expression de la vérité doit aboutir est celui de la réconciliation ; le droit de savoir conduit au pardon possible. Celui-ci peut prendre diverses formes : discussions lors des négociations ; adoption d'une nouvelle constitution garante des droits et libertés ; tenue d'élections libres et transparentes, à tout le moins conformes aux standards internationaux ; libération de prisonniers politiques ; réintégration de certains fonctionnaires de l'ancien régime... Il importe, en toutes hypothèses, de ne pas compter au titre des moyens de réconciliation les techniques de l'impunité et de l'amnistie qui, utilisées de manière abusive et sous couvert d'assurer l'efficacité et la crédibilité des premiers temps de la justice transitionnelle, auraient pour effet d'effacer l'histoire et de nuire paradoxalement à la recherche de la vérité. Les réparations accordées aux victimes arrivent alors en quatrième temps du processus et se présente comme la conséquence mécanique de la démarche de vérité et réconciliation. Mais elles sont bien souvent difficiles à mettre en œuvre car elles reposent sur un équilibre délicat entre intérêt de la victime, stabilité démocratique de l'Etat, et quantification des vérités révélées⁹. Enfin, et il convient de ne pas les oublier, si la justice transitionnelle place les individus au centre du processus, les institutions de l'Etat sont aussi les sujets, par ricochet, de la démarche. En effet, les réponses apportées par des mécanismes spécifiques aux exactions passées et la recherche de vérité qui en découle n'auront de validité qu'à partir du moment où elles pourront s'inscrire dans un Etat de droit et une légalité restaurée. Autrement dit, les réformes institutionnelles, de la justice mais pas seulement, sont partie prenante de la réussite de la phase transitionnelle. Le rétablissement de l'Etat de droit renvoie alors à la question du relèvement et du renforcement des capacités des institutions judiciaires et de leurs personnels, tout comme il suggère la question de la nécessité du développement d'une stratégie d'assainissement (*vetting*) et de réforme des institutions. Ainsi, les pays en situation de transitions sont-ils amenés à établir des procédures d'assainissement de la fonction publique devant leur permettre de se séparer des agents qui, lors de la période de crise, n'auraient pas exercé correctement la pleine mesure de leurs attributions. Sans être totalement suffisante, cette démarche constitue une phase importante dans la réhabilitation à effectuer de la justice dans les Etats en sortie de crise¹⁰. Car des institutions qui demeurent inchangées et un personnel qui reste en place sont autant de facteurs de fragilisation à rebours de la phase transitionnelle.

⁹ Sur les difficultés suscitées par l'octroi de réparations dans la problématique globale de la justice transitionnelle v. A. BORAINÉ, La justice transitionnelle : un nouveau domaine, in *Réparer les effets du passé : réparations et transitions vers la démocratie*, Colloque, Ottawa, 11 mars 2004, in www.idrc.ca/uploads/user-S/10899187131Discours_d'Alex_Boraine.doc

¹⁰ « Justice, transitions et consolidation de la paix », Note interne, Délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'Homme, Organisation internationale de la francophonie, octobre 2007.

Le périmètre matériel d'action de la justice transitionnelle ainsi établi, il importe d'envisager ses mécanismes institutionnels. Non *in abstracto* et de manière isolée, mais bien dans leur articulation avec les structures existantes de la justice de l'Etat. Ce qui conduira à s'interroger sur l'autonomie de la justice transitionnelle ou sur ses possibles interactions avec le pouvoir juridictionnel. L'Etat de droit n'en tire pas les mêmes bénéfices dans les deux hypothèses.

II - Articulation

L'Etat de droit se caractérise non par l'indépendance des pouvoirs mais bien par leur interdépendance¹¹. Le pouvoir juridictionnel, tout en cultivant l'indépendance nécessaire à son office, se situe à distance optimale tant des individus que des autres pouvoirs constitutionnels pour mieux les « empêcher », les réguler voire les sanctionner. La justice transitionnelle échappe-t-elle à ce dialogue des institutions ? Plus précisément, est-il possible d'identifier des points de connexion et de jonction entre elle et le pouvoir juridictionnel en place ? La question redouble alors d'intérêt dans un contexte d'internationalisation des juridictions d'une part et d'émergence de juridictions internationales d'autre part, contexte qui donne aussi sa raison d'être à la justice transitionnelle. Ainsi, envisagerons-nous les relations qu'entretient la justice transitionnelle tant avec le pouvoir juridictionnel national (**A**) qu'avec les juridictions internationales (**B**).

A - Justice transitionnelle et juridictions nationales

La force de la justice transitionnelle réside certainement dans sa mission. C'est, nous l'avons vu, une définition plutôt fonctionnelle ou finaliste qui permet de circonscrire la justice transitionnelle ; ce qui, *a contrario*, laisse pendante la question organique. Autrement dit, contrairement à la justice traditionnelle, qui *stricto sensu*, ne peut être rendue que par des juridictions (avec les questionnements que l'on sait sur les critères d'identification de ces dernières), la justice transitionnelle ne repose pas uniquement sur le rôle des juridictions. Ainsi alors que la justice ordinaire est rendue par des juridictions qui disent le droit et tranchent les litiges, la justice transitionnelle repose sur une pluralité de mécanismes qui ne disent pas seulement le droit mais cherchent la vérité ; qui n'ont pas forcément pour but de condamner mais de déterminer les responsabilités et de traiter les exactions commises par le régime passé. La justice en période de transition s'identifie donc plus par le but recherché que par les organes, et finalement les moyens, pour l'atteindre.

¹¹ Y compris, de manière surprenante, celle du pouvoir juridictionnel ; sur cette question pour davantage de détails voir F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruylant, 2004, pp. 451 et s.

La justice en période transitionnelle peut donc être rendue non seulement par des mécanismes judiciaires mais également non judiciaires ; et c'est cette double compétence qui incite à raccrocher, dans certaines hypothèses, la justice transitionnelle à la justice nationale institutionnelle. Au titre des premiers mécanismes, on trouvera des juridictions nationales ordinaires, la plupart du temps juridictions pénales, en raison du rôle assigné au droit pénal dans les droits nationaux. Ces juridictions, qui appartiennent au pouvoir judiciaire ou juridictionnel national, pourront recevoir une compétence spéciale pour traiter de certains crimes commis dans le passé. Toujours dans le cadre du droit national, certains Etats préféreront mettre en place des juridictions extraordinaires ou spéciales. Ainsi en est-il de la Chambre spéciale des crimes de guerre en Bosnie ou du Tribunal spécial irakien. Ou, un peu différemment, de la désignation comme au Guatemala ou au Mexique, d'un procureur spécial chargé de développer les enquêtes relatives aux crimes commis. D'autres préféreront instaurer des juridictions mixtes ; mixtes tant en raison du droit applicable - souvent une articulation entre le droit national et le droit international -, qu'en raison de leur composition ou de la procédure suivie. Ainsi en est-il des procès relevant de la compétence du Tribunal spécial du Sierra Leone, ou du Timor Leste¹². Au titre des seconds mécanismes, les mécanismes para ou extra judiciaires, on mentionnera à titre principal les Commissions dites Vérité (et réconciliation pour certaines d'entre elles). Elles remplissent une fonction restauratrice que la justice ordinaire, au vu de la limitation de ses moyens et de l'ampleur des exactions commises, est incapable de remplir. De telles commissions ont été créées en Afrique du sud, au Burundi, en République démocratique du Congo, au Ghana, en Irak, au Kenya, au Libéria, en Sierra Leone, au Paraguay, au Pérou, en Indonésie, au Timor Leste, en Algérie ou encore au Maroc. En pratique, la plupart des processus de justice transitionnelle complètent donc la solution juridictionnelle par une solution non judiciaire. Ce qui montre bien la nécessaire articulation entre les différents mécanismes de justice transitionnelle entre eux et entre ces derniers et la justice institutionnelle.

La justice transitionnelle doit ainsi se positionner par rapport aux autres pouvoirs constitutionnels et notamment le pouvoir judiciaire ou juridictionnel national. D'abord parce que la justice transitionnelle, comme tout autre Justice, doit veiller à garantir l'effectivité du droit au juge. L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme rappellent bien que tout homme a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal impartial et indépendant. Il est donc nécessaire que dès le début de la transition, une priorité soit donnée à la réforme de la justice et de son administration¹³ afin que la justice ordinaire prenne son rythme de travail et qu'il soit dès lors possible d'y « arrimer » la justice transitionnelle. Ensuite, et c'est une

¹² Pour la justice transitionnelle assurée par les juridictions internationales, voir *infra*, p. 10.

¹³ L. JOINET, préc.

conséquence, parce qu'un processus judiciaire transitionnel, qui tend à ériger une légalité dérogatoire et donc « a-normale », ne peut être accepté que s'il se ressource, pour partie, à la légitimité des pouvoirs institués par la nouvelle constitution. S'il semble alors difficile de raisonner en terme de respect de la séparation des pouvoirs dans le cas de la justice transitionnelle c'est moins en raison d'un empiètement potentiel sur les compétences des autres pouvoirs établis, qu'en raison de la diffraction des compétences à l'intérieur même non du pouvoir juridictionnel, mais plus largement de ce que certains ont appelé le « phénomène juridictionnel »¹⁴.

Aussi, loin de s'ériger en justice de substitution, les mécanismes de justice transitionnelle doivent s'envisager dans une logique de complémentarité avec ceux existant. Complémentarité avec la justice pénale ordinaire d'abord. En effet, la justice transitionnelle repose sur une vision plus vaste et plus profonde de la justice, qui n'est pas basée sur la seule fonction punitive. Ainsi, si les Commissions Vérité et Réconciliation émettent des recommandations, c'est dans l'optique de jouer un rôle à côté des poursuites judiciaires et non dans le but de remplacer les poursuites et la responsabilité judiciaires. De la même manière, lorsqu'une juridiction extraordinaire ou mixte est créée dans un Etat, elle présente le double avantage d'être irriguée par le droit international tout en gardant une assise nationale et donc un « potentiel d'acceptabilité » renforcé auprès des acteurs impliqués. Mais complémentarité aussi (et surtout ?) avec la justice constitutionnelle. La question peut paraître incongrue tant la justice transitionnelle est une justice de l'exception et la justice constitutionnelle une justice de garantie absolue des droits fondamentaux. Reste que, derrière le paradoxe apparent, les deux justices visent à la protection des droits, l'une de manière rétroactive et l'autre par anticipation. C'est pourquoi il n'est pas incongru de penser que la justice transitionnelle doit être saisie par la Constitution, soit que les mécanismes transitionnels s'insèrent dans une constitution élaborée simultanément ; soit qu'ils s'insèrent dans un cadre constitutionnel déjà existant¹⁵. Dans les deux cas, la constitutionnalisation de la justice transitionnelle permettra de renforcer le processus en obligeant la justice transitionnelle à respecter les prescriptions de la Constitution et de la Cour (la Cour constitutionnelle de Bolivie a ainsi annulé d'importants aspects de la loi Justice et Paix de 2005 orientée sur un processus de démobilisation des combattants irréguliers tout en laissant de côté les questions de vérité et de poursuite des crimes¹⁶ ; la Cour suprême d'Argentine a annulé les deux lois d'amnistie ; les fondements de la loi établissant la commission Vérité et Réconciliation en Afrique du sud se trouvent en fin de constitution

¹⁴ B. GOUDOTE, *Cours d'introduction à la science juridique*, Unité universitaire d'Abidjan.

¹⁵ V. pour davantage de détails sur les rapports entre justice transitionnelle et constitution, la belle démonstration de Xavier PHILIPPE, préc., pp. 377 et s.

¹⁶ Cette annulation a malheureusement été contournée par le gouvernement en adoptant une série de décrets.

intérimaire¹⁷ ; la Cour constitutionnelle sud-africaine a du connaître de contentieux dont l'un, important, concernait la remise en cause par les victimes de violations importantes des droits de l'homme, de la loi d'amnistie¹⁸ etc...); en permettant au juge constitutionnel une évaluation de la compatibilité des réparations proposées par le processus de justice transitionnelle ; ou, plus largement, en facilitant l'appropriation des conclusions de la justice transitionnelle par le juge constitutionnel.

A l'analyse, il apparaît donc que la justice transitionnelle, sans rentrer *stricto sensu* dans la grille de lecture classique de la théorie de la séparation des pouvoirs, ne la heurte pas non plus forcément, à condition d'appréhender le « pilier » Justice dans sa dimension fonctionnelle et non simplement organique. Loin d'être une justice « hors de la constitution », comme à première vue son caractère dérogoire le laisserait supposer, la justice transitionnelle est bien une justice « dans la constitution », en raison de la multiplicité de ses points de connexion avec le pouvoir judiciaire national. Et même si en matière de justice transitionnelle, il convient de privilégier les juridictions nationales en raison de leur plus grande proximité notamment, la spécificité de cette justice réside aussi dans le fait qu'elle dépasse bien souvent le cadre national pour déployer ses moyens au plan international.

B - Justice transitionnelle et juridictions internationales

Le droit de la justice transitionnelle repose entièrement ou pour partie, sur le droit international et particulièrement sur le droit international des droits de l'homme, tant en ce qui concerne les juridictions et procédures mises en œuvre qu'en ce qui concerne les interprétations des juges.

Les juridictions internationales sont en effet partie prenante du processus de justice transitionnelle. Elles font partie de ces mécanismes judiciaires, au plan international, qui font écho aux juridictions nationales spécialement mandatées, ou à la création de juridictions spéciales ou mixtes. On distinguera alors les juridictions pénales internationales *ad hoc*, c'est-à-dire spécialement créées *rationae materiae*, pour traiter des exactions dans le cadre d'un conflit particulier (ainsi en est-il du Tribunal pénal international pour la Yougoslavie ou pour le Rwanda) ; des juridictions pénales permanentes comme la Cour pénale internationale. Dans ces deux hypothèses, la mise en œuvre du volet international de la justice transitionnelle ne dispense pas les

¹⁷ « Unité et réconciliation : la constitution apporte un pont historique entre le passé d'une société profondément divisée caractérisée par la discorde, le conflit, les souffrances non dites et l'injustice, et un futur basé sur la reconnaissance des droits de l'homme, la démocratie, la coexistence pacifique ainsi que les opportunités de développement pour tous les sud africains, quels que soient leur couleur, leur race, leur classe, leur croyance ou leur sexe. La poursuite de l'unité nationale, le bien-être de tous les citoyens sud africains et la paix requièrent la réconciliation du peuple d'Afrique du sud et la reconstruction de la société ».

¹⁸ Affaire AZAPO (Azanian People Organisation) c. Président de la République sud-africaine, du 25 juillet 1996, 1996 (4) SA 671 (CC).

Etats de rendre justice eux-mêmes pour les crimes commis sur leur territoire et ce, en considération du droit international¹⁹. En effet, la compétence de la Cour pénale internationale, par exemple, est subsidiaire et s'articule à ce titre sur celle des mécanismes transitionnels nationaux. La Cour ne reprend ainsi sa prééminence que si la procédure devant la juridiction interne « a eu pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la Cour pénale internationale [ou] n'a pas été menée de manière indépendante ou impartiale, dans le respect des garanties d'un procès équitable prévues par le droit international, mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec le motif pour lequel l'intéressé a été traduit en justice »²⁰. Du coup, les juridictions internationales en matière transitionnelle ont un rôle davantage dissuasif qu'authentiquement répressif, sauf en ce qui concerne un certain nombre de « grands » criminels de guerre. Ce qui, contre toute attente, fait de la justice nationale « la justice transitionnelle de droit commun » et de la justice internationale « la justice transitionnelle d'exception ».

Cette articulation entre les deux niveaux, via le droit international, se confirme au vu des techniques d'interprétation que doivent utiliser les juges en période transitionnelle. La légalité transitionnelle étant une légalité dérogatoire et temporaire, la question se pose de savoir sur quel type de norme fonder une interprétation judiciaire en phase de transition ? Sur le corpus juridique du passé ? Non car il s'agit de celui duquel les acteurs de la transition veulent s'affranchir ; ou alors en l'interprétant dans le sens de la légalité future, ce qui peut aboutir à un exercice délicat de projection. Pas plus sur le corpus juridique à venir en cours de discussion et d'élaboration. Reste l'ensemble des règles de la transition élaborées par le législateur transitionnel. Mais leur validité étant conditionnelle et leur durée limitée, il convient de trouver une référence invariante qui permette une interprétation conforme aux standards universels de la démocratie et de l'Etat de droit. Ainsi, l'interprétation par les juges de la transition peut-elle se faire à la lumière des principes du droit international et particulièrement des prescriptions contenues dans les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Ce type d'interprétation en période de transition permet de forger les concepts fondateurs du nouveau régime, avant d'en opérer à l'avenir une interprétation plus substantielle, en s'appuyant sur les nouvelles normes nationales de référence. C'est ainsi tout le sens de la section 35 de la constitution intérimaire d'Afrique du sud du 27 avril 1994, qui dispose que pour interpréter les dispositions constitutionnelles de transition et particulièrement celles relatives à la protection des droits de l'homme, les juges doivent notamment prendre en considération le droit international (« have regard to public international law »)²¹.

¹⁹ L. JOINET, préc.

²⁰ Statut de Rome de la CPI, A/CONF.183/9, art 20, 17 juillet 1998.

²¹ Section 35 : « In interpreting the provisions of this chapter a court of law shall promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality and

A la question que nous posons en titre de cette communication « la notion de justice transitionnelle a-t-elle un sens ? », on peut répondre sans trop d'hésitations par l'affirmative. On le sait, le droit constitutionnel aime classer les concepts ; celui de justice transitionnelle n'échappe pas à la règle et peut, sous certaines réserves, être inclus dans la trilogie de Montesquieu en raison de ses multiples rattachements au pouvoir juridictionnel. Mais la force de la notion est peut-être ailleurs ; et pourquoi pas dans sa fluidité et sa capacité à s'adapter à la diversité des situations qu'elle entend saisir. C'est alors bien sous cet angle que la justice transitionnelle pourra apporter à la théorie des pouvoirs dans l'Etat.

shall, where applicable, have regard to public international law applicable to the protection of the rights entrenched in this chapter, and may have regard to comparable foreign case law ». L'obligation concernant le droit international est alors reprise et renforcée en intensité ("must consider international law") dans la section 39 de la constitution définitive du 8 mai 1996.