



Le droit pénal, source et/ou remède au trauma colonial ? Réflexions sur la guerre d'Algérie

Malou ROUCHON

Université Jean Moulin Lyon III

Équipe de Recherche Louis Josserand

Résumé

Cet article vise à proposer quelques éléments de réflexion sur la malléabilité du droit pénal dans les contextes de guerre de décolonisation. Classiquement, le droit pénal contient deux éléments centraux, à savoir l'incrimination et la sanction, lesquels sont destinés à remplir certaines fonctions et à accomplir des objectifs précis en lien avec l'idée de justice pénale. Pour autant, face aux volontés d'indépendance, le droit pénal semble adopter une nouvelle coloration, plus politique, et destinée à pérenniser la domination coloniale. L'étude entend centrer le propos sur le cas particulier de la guerre d'Algérie, en ce qu'elle s'impose comme une guerre décoloniale récente de l'histoire française, et dont l'héritage se fait encore sentir aujourd'hui de part et d'autre de la mer Méditerranée. Il sera dès lors question d'aborder plus en détails les questions liées à la mémoire, le droit et l'oubli. La dernière partie de la présentation entendra interroger les possibilités de réconciliation et de pardon entre les deux Nations à travers le prisme de la justice transitionnelle. À défaut d'une justice pénale effective, peut-être serait-il possible d'assurer une justice transitionnelle tangible.

Mots-clés : crimes coloniaux, droit pénal, crimes internationaux, justice transitionnelle, guerre d'indépendance algérienne.

Abstract

This article offers some thoughts on the malleability of criminal law in the context of decolonization wars. Classically, criminal law contains two central elements, namely incrimination and sanction, which are intended to fulfill certain functions and objectives. However, faced with independence movements, criminal law tends to be more political meant to perpetuate colonial domination. This study will focus on the Algerian War as a recent decolonial war in French history, whose legacy is still felt today on both sides of the Mediterranean Sea. Then, issues related to memory, law and the forgetting of law will be highlighted. The final part of the presentation will explore the possibilities of reconciliation and forgiveness between the two nations through the prism of transitional justice. In the absence of effective criminal justice, perhaps it would be possible to ensure tangible transitional justice.

Keywords: colonial crimes, criminal law, international crimes, transitional justice, Algerian War of Independence.

« De l'amnistie à l'amnésie, il n'y a qu'un pas et quelques lettres. À chaque guerre, le déni se trouve rappelé à la rescousse pour dicter le texte de l'Histoire, afin qu'il ne puisse s'écrire à sa guise. Nous sommes loin du travail spontané de l'oubli, fondateur du mémoriel. Ici, la forclusion fait loi » (Lazali, K, 2018 : 212).

Si les interactions entre le phénomène de colonisation et le droit ont été appréhendées par plusieurs disciplines, à commencer par l'Histoire, le juriste est quant à lui resté à l'écart de ces questionnements. Pourtant, le processus colonial a été dénoncé comme étant un système criminel, reposant sur la domination des colonisés par les colonisateurs, avec au centre, la promotion d'un cadre normatif exceptionnel, et surtout discriminatoire (Vartanian, K, 1995 : 304 ; Thénault, S, 2004a : 29-53). Autrement dit, les normes juridiques seraient en effet devenues les moyens de pérenniser la domination coloniale, créant la scission entre la législation applicable aux colonisateurs et celle applicable aux colonisés. Plus encore, c'est le droit pénal, droit punitif par excellence, qui va servir d'instrument principal à la répression des mouvements indépendantistes. Embrigadé dans le combat de la colonisation, le droit pénal semble s'être éloigné de l'équilibre entre liberté et sécurité, favorisant la continuation d'un système en perte de sens (Vartanian, K, 1995 ; Thénault, S, 2004a). Cette inversion du droit pénal se serait même poursuivie à l'issue des guerres de décolonisation, à travers notamment le mécanisme de l'amnistie. Pourtant, et malgré l'écoulement du temps, il semblerait que la question de la colonisation soit remise au-devant de la scène, en témoigne la condamnation récente de la France par la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant des conditions d'accueil des harkis en France au moment de l'indépendance algérienne¹. Est-ce là le signe qu'il existerait encore des conséquences juridiques envisageables face aux crimes coloniaux² ?

Aimé Césaire, ancien président du conseil régional de la Martinique, a dénoncé le phénomène de la colonisation dans un discours en faisant référence à « *des sociétés vidées d'elles-mêmes* » ou encore à des « *cultures piétinées* ». C'est dire que les terres colonisées sont des terres à édifier, et que les peuples colonisés sont des peuples à civiliser. Le processus de colonisation résulterait ainsi d'une appropriation totale des colons sur les peuples autochtones, alors désignés par le terme « *d'indigènes* ». Le recours à ce vocable particulier permet de témoigner d'une véritable négation identitaire des peuples colonisés, perçus trop souvent comme dépourvus d'histoire, de langues et d'organisation sociale. Sur ce point, Mme Karima Lazali, psychologue clinicienne et psychanalyste, évoque le cas particulier de la colonisation algérienne en tant que procédé d'effacement systémique. Selon elle, « *la colonisation française comme système d'occupation des espaces et de destruction des fondations antérieures, agit ainsi sur plusieurs registres [...] : langues, l'histoire, rapport à la croyance et à la tradition* » (46).

Inversement, si la colonisation renvoie à la domination d'un peuple sur un autre, la décolonisation signe la fin de cet asservissement : elle est gage d'une liberté retrouvée des pays colonisés. La « *décolonisation*³ » désignerait le retrait des grandes puissances colonisatrices des territoires anciennement conquis et exploités. Dans le cas algérien, la guerre de libération a débuté le 1er novembre 1954 et s'est officiellement terminée le 19 mars 1962, lors de la signature des

¹ CEDH, 04 février 2024, *Affaire Tamazount et autres c./ France*.

² La question s'est notamment posée dans un colloque récent à l'Université Jean Moulin Lyon III, v. en ce sens Pin, X., Scalia, D., et Zerouki, D., (dir.), (2022). *Colloque international « Crimes français en Algérie : que dit le droit ? »* (Maison internationale des Langues et de la Culture), Lyon.

³ Le terme apparaît dans les années 1930, sous la plume de l'économiste allemand Julius Bonn. Le mot se décline sous la forme suivante : « *dekolonization* », pour désigner l'effondrement des empires coloniaux.

accords d'Évian⁴. Mais voilà que plus d'un demi-siècle après la vague d'indépendance des années 1960, les mémoires continuent à se débattre et à s'opposer (Stora, B, 2021). Que peut-on dès lors attendre du droit pour répondre à ce besoin de cicatrisation⁵ ?

Le droit pénal est un droit « *expressif* » en ce qu'il repose sur des intérêts ou des valeurs sociales, dont la violation est interdite afin d'assurer le maintien de l'ordre public (Pin, X, 2024 : 3 ; Mayaud, Y, 2021 : 26). À cet effet, le droit pénal dispose également d'une fonction répressive destinée à punir les auteurs ayant porté atteinte aux valeurs partagées par la société. Se pose alors la question de l'intérêt du recours au droit pénal comme droit venant protéger tardivement des intérêts sociaux malmenés durant les guerres coloniales. Certaines fonctions traditionnellement attachées au droit pénal pourraient ainsi être mobilisées aujourd'hui afin de constituer une sorte de réponse face aux crimes coloniaux passés. La difficulté étant de savoir si, avec le temps, la cause d'un mal peut se révéler devenir aujourd'hui la cause d'un bien⁶.

Il nous appartiendra de rappeler dans un premier temps les quelques fonctions que l'on peut attribuer au droit pénal et notamment à la peine⁷, celle-ci étant tantôt gage de réinsertion, tantôt gage d'exclusion (I). Ensuite, il s'agira de voir dans quelle mesure le contexte particulier de la colonisation a permis un usage détourné du droit pénal, à la fois au temps de la guerre d'indépendance algérienne mais également à son issue (II). Il s'agira enfin de questionner les possibilités de réponses juridiques à l'heure des revendications mémorielles multiples (III).

I. Les outils performatifs du droit pénal

Il convient de revenir brièvement sur les éléments usuels du droit pénal, à savoir l'infraction (A) et la sanction (B).

A. Les fonctions de l'incrimination

L'infraction s'impose comme une transgression à des valeurs collectives que le législateur a estimées, à un moment donné, suffisamment dignes de protection (Pin, X, 2024 : 201). Par la commission d'une infraction, l'auteur porte atteinte à l'ordre social établi, et s'expose au processus de condamnation. Un tel procédé débute grâce à l'opération de qualification juridique.

La qualification pénale repose sur l'appellation juridique d'un comportement incriminé par le législateur (Pin, X, 2024 : 203-354). Autrement dit, il est question d'identifier les éléments de l'infraction, c'est-à-dire, de façon classique, l'élément matériel et l'élément moral. L'élément

⁴ Il convient de préciser que cette date du 19 mars 1962 signe la fin officielle de la guerre, mais dans les faits les violences et massacres ont perduré dans les mois suivants les accords d'Évian.

⁵ Le droit français semble se saisir de plus en plus de la question coloniale, v. en ce sens la loi n°2022-229 du 23 février 2022 « portant reconnaissance de la Nation envers les harkis et les autres personnes rapatriées d'Algérie anciennement de statut civil de droit local et réparation des préjudices subis par ceux-ci et leurs familles du fait de l'indignité de leurs conditions d'accueil et de vie dans certaines structures sur le territoire français » (souligné par nous).

⁶ La formule est empruntée à Mme le Professeur Mireille Delmas-Marty, v. Cartuyvels, Y, et al. (2007), *Colloque « Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ? »*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles – F.U.S.L.

⁷ Dans cet article, la question de la peine de prison est abordée selon la vision du code pénal français. Précisons ainsi que nos développements s'inscrivent uniquement dans les mécanismes de droit français. Plus encore, le terme de « prison » est utilisé ici de façon générique, en ce sens qu'il regroupe aussi les maisons d'arrêts par exemple.

matériel correspond à la réalisation de l'acte infractionnel, que cela soit par action ou abstention : il s'agit de l'aspect pratique et concret de l'infraction pénale. À cela s'ajoute l'élément moral de l'incrimination, lequel consiste dans la volonté de commettre l'infraction telle qu'elle est prévue par la loi : il est souvent fait mention de « *l'intention coupable* ». Cette nécessité de qualification découle du principe de légalité criminelle qui veut qu'il n'existe pas de peine sans loi : c'est là le gage d'une sécurité juridique.

Derrière cette opération de qualification, on cherche à défendre une valeur sociale jugée essentielle au maintien de l'ordre public. Ces valeurs essentielles résultent d'un choix opéré par le législateur en considération des intérêts à protéger selon une période donnée. Cela signifie que ces intérêts à protéger ne sont pas figés dans le temps. En effet, ces valeurs « *ont vocation à connaître des mutations liées à l'évolution sociale* » (Darsonville, A, 2020 : 36). Ainsi le droit ne semble pas seulement s'inscrire dans un discours prescriptif, mais également descriptif (Cayla, O, 1993 : 3-16), et chercherait même à s'adapter à l'évolution des mentalités. À cet égard, le sociologue M. Bourdieu (1986) évoquait la « *force de communication sociale* » du droit, et plus encore « *d'effet magique de la nomination* » (3-19). Ces valeurs particulières ressortiraient aujourd'hui dans la structure même du code pénal français à travers l'appellation de certains « titres » ou « chapitres ».

Précisons en outre que l'opération de qualification pénale trouve un retentissement particulier dans le temps du procès, à savoir, le temps de l'audience. En ce sens, Hannah Ardent évoquait les vertus du procès pénal en tant que force symbolique rappelant l'interdit face à la violence destructrice. Le procès servirait ici de caisse de résonance à ce nouveau langage, et permettrait de démasquer l'idéologie derrière les faits incriminés. Autrement dit, qualifier juridiquement le comportement criminel au sein du procès permettrait de rendre compte de réalités nouvelles.

Une telle entreprise ne sera toutefois possible qu'en présence d'un contexte sociétal favorable à l'irruption de nouvelles valeurs sociales protégées. Cela se vérifie notamment à propos du contexte particulier des guerres décoloniales où la priorité est accordée au maintien de l'ordre public et à la sûreté de l'État. Le droit a ainsi priorisé la valeur sécurité sur la valeur liberté, reflétant par là même les liens étroits entre droit, société, et politique (Thénault, S, 2004a).

Si cette adaptabilité du droit pénal peut être relevée s'agissant du contexte particulier des guerres d'indépendance, il en va de même s'agissant des fonctions de la sanction.

B. Les fonctions de la sanction

Lorsque l'on fait référence à la dimension répressive du droit pénal, la peine de prison est souvent l'élément qui vient immédiatement à l'esprit. C'est en effet en accordant la priorité à ce châtiment particulier que les colonisateurs ont pu édifier une carceralité coloniale bien particulière, basée sur l'enfermement. Reste à savoir si cet emprisonnement contient toutes les caractéristiques classiquement attachées à la notion de peine.

Le droit pénal, en tant que droit pénal répressif, a permis de légaliser et légitimer le recours aux peines. La peine peut se concevoir comme « *le châtiment édicté par la loi à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction* » (Bonis, E et Peltier, V, 2023 : 1). Dans cette conception, la peine recouvre plusieurs dimensions, chacune contribuant à atteindre les objectifs de la justice pénale (Bonis, E et Peltier, V, 2023 : 1-23 ; Pin, X, 2024 : 452-453). Parmi elles on retrouve généralement :

- Une dimension inflictive et infamante. La peine doit être source de souffrance pour celui qui a enfreint l'interdit.

- Une dimension dissuasive. La peine doit empêcher le passage à l'acte par sa fonction d'exemplarité et d'intimidation.
- Une dimension rétributive. La peine est censée favoriser l'amendement moral de la personne ayant commise une faute pénale.
- Une dimension touchant à la réinsertion.
- Une dimension sécuritaire, voire « éliminatrice ».

S'agissant plus particulièrement de la fonction de réinsertion de la peine, l'article 130-1 du Code pénal français prévoit que : « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction, 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». En ce sens, la peine de prison serait une « bonne peine » (Chantraine, G, 2009 : 99-110). C'est ce qu'on a pu nommer « le mythe fondateur de la prison pour peine⁸ ». C'est dire que la prison, plutôt que de représenter un lieu de sureté, représente le symbole d'une reconstruction morale possible. Mais c'est oublier l'une des premières fonctions de la peine, et notamment de la peine de prison. Celle-ci permet avant tout d'exclure le criminel de la société. En effet, « tant qu'un condamné est incarcéré, il ne représente aucun danger pour la population » (Bonis, E et Peltier, V, 2023 : 3). Il s'agit de la fonction dite « éliminatrice » de la peine. Or, en réalité, que l'on raisonne en temps de guerre ou en temps de paix, la prison s'impose aussi et surtout comme « un échec » (Faugeron, C et Le Boulair, J-M, 1992 : 21). Il s'agit en effet du seul outil permettant de « répondre à des problèmes sociaux que l'on ne sait résoudre d'une autre façon » (Faugeron, C et Le Boulair, J-M, 1992 : 28).

C'est dans cette lignée que s'inscrit l'usage particulier de la prison, et plus encore de ses déclinaisons, lors de la guerre d'indépendance algérienne. Cette conception de la peine a notamment été mis en exergue par Mme Sylvie Thénault, dans sa thèse intitulée « Une drôle de justice. Les magistrats dans la guerre d'Algérie ». Elle évoque en ce sens une utilisation essentiellement éliminatrice et sécuritaire de la peine de prison, prise dans le contexte de la colonisation algérienne (2012b : 301). Loin de cette idée de rachat social, la peine deviendrait même le moyen de neutraliser l'ennemi (Vartanian, K, 1995 : 90). Cela causera ainsi une véritable « inflation carcérale », qui débutera en 1956 et qui s'étendra même jusqu'à la décennie suivante (Faugeron, C et Le Boulair, J-M, 1992 : 25).

Ce bref panorama des contenus traditionnellement attachés du droit pénal contribue dès lors à établir un contexte global de la matière pénale, et de ses objectifs. Cela participe également à rendre plus visible la distinction entre l'utilisation théorique du droit pénal, et son détournement pratique, en particulier au temps des guerres de décolonisation.

II. Les déviations du droit pénal, source du trauma colonial

Le contexte particulier de la colonisation semble avoir conduit à un usage détourné du droit pénal, à la fois pendant la guerre d'indépendance (A), mais également à son issue (B).

A. Pendant la guerre

⁸ Il est fait mention de l'expression de « mythe », car il existe de nombreuses critiques relatives à la prison, et selon lesquelles celle-ci n'obéit qu'à une logique de neutralisation. Les fonctions et objectifs affichés par le législateur ne seraient qu'une façon de légitimer l'existence de la prison, laquelle sert, et n'a toujours servi qu'à neutraliser les individus. C'est donc ce que certains nomment « le mythe fondateur de la prison pour peine ».

Cet usage dévoyé du droit pénal a avant tout été rendu possible par la mise en place d'une législation dérogatoire au temps de la guerre d'indépendance algérienne. En effet, cette « *exceptionnalité* » du droit a été permise par le refus catégorique de donner à cette guerre son nom (Thénault, S, 2004a : 29). Or, admettre l'état de guerre aurait conduit à l'application de règles adaptées telles qu'issues du droit international humanitaire, et tenant notamment à la protection des civils.

Pour autant, le législateur opta pour « *une situation intermédiaire* », entre l'état de siège et le droit commun (Vartanian, K, 1995 : 36) : l'état d'urgence⁹ (par la suite « *pouvoirs spéciaux*¹⁰ »). Selon les historiens, la conséquence principale de cet état d'urgence résidait dans l'extension des pouvoirs accordés au gouvernement, aboutissant de fait à une réelle confusion des pouvoirs (Vartanian, K, 1995 : 69 ; Thénault, S, 2004a : 47). De plus, ce qui n'était pas dit par la législation laissait le champ ouvert à toutes les interprétations possibles, y compris celles contraires aux droits de l'homme (Vartanian, K, 1995 : 196 ; Thénault, S, 2004a : 129-161). À cet égard, Mme Karine Vartanian relevait que « *la législation d'exception accordant de larges pouvoirs en matière d'arrestation et de détention facilita l'emploi de la torture [...]* » (194).

Or, en apparence, les dérogations législatives mises en place lors de la guerre d'indépendance entendaient, au contraire, sauvegarder le principe de légalité. Autrement dit, on déroge au droit sous prétexte de vouloir le sauvegarder en ayant recours à l'exceptionnalité. C'est ce que développe le philosophe M. Giorgio Agamben dans son ouvrage *État d'exception*. Selon lui, ce procédé législatif s'érigerait en véritable « *technique de gouvernement* », articulée autour de mesures temporaires, prises dans des circonstances extraordinaires, et lorsque le cadre juridique ordinaire est menacé (Agamben, G, 2013 : 18). L'auteur précise cependant qu'une telle méthode serait avant et surtout paradoxale en ce qu'elle entend protéger le droit lui-même en le dénaturant.

Ces considérations trouvèrent une application bien précise dans l'organisation carcérale coloniale de la guerre d'indépendance algérienne. Selon l'historienne, Mme Sylvie Thénault, le droit mis en place pendant la guerre de libération a favorisé l'apparition de « *structures parallèles de détention* » (2012b : 99). À cet égard, elle retrace tout un système de mesures davantage préventives que répressives, destinées à affaiblir la cause indépendantiste, avec au centre, la pratique de la torture (2004a : 129-161). Citons, parmi les mécanismes analysés, le recours à l'assignation à résidence surveillée (Vartanian, K, 1995 : 95 ; Thénault, S, 2004a, 35). L'individu soumis à une telle mesure était susceptible d'intégrer un camp destiné à la surveillance d'individus considérés comme dangereux, et ce en dehors de toute condamnation pénale. Cela signifie que les individus internés ne sont pas condamnés pour avoir commis une faute pénale, mais dont on soupçonne qu'ils en commettent une. Un tel système ne repose donc pas sur la culpabilité de l'auteur d'une infraction, mais sur son simple état dangereux, à l'instar de la mesure de sûreté. Rappelons qu'en droit français la mesure de sûreté va pouvoir s'appliquer à l'agent qui a adopté un comportement jugé nuisible pour la société, mais sans que ce comportement ne soit constitutif d'une infraction pénale (Bonis, E et Peltier, V, 2023 : 33-37 ; Pin, X, 2024 : 142).

Ce raisonnement appliqué à la guerre d'indépendance algérienne conduit à dire que le système de détention mis en place est davantage le fruit d'une confusion volontaire entre la logique de prévention et la logique de punition¹¹. En effet, l'internement dans des camps au temps de la guerre de libération algérienne est assimilable au mécanisme de la peine, car il est privatif de liberté (Thénault, S, 2004a). Mais en l'absence d'une condamnation effective pour faute pénale,

⁹ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

¹⁰ Loi n°56-258 du 16 mars 1956.

¹¹ M. le Professeur Xavier Pin évoque cette idée de confusion des genres en évoquant une « *hybridation de la peine* ». V. notamment Pin, X. (2024). *Droit pénal général*, Dalloz : p.456.

le procédé prend la coloration de la mesure de sûreté. Le droit pénal s'en trouve dès lors modulé et adapté au contexte de guerre décoloniale algérienne.

Une telle conception rappelle la doctrine dite du « *droit pénal de l'ennemi* », développée par l'universitaire allemand Gunther Jacobs (Gunther, J, 2009 : 7-18). Le droit pénal est ici perçu comme un outil de neutralisation de l'ennemi par la généralisation d'un droit d'exception, reposant principalement sur des actes préventifs, et non punitifs. Ce détournement du droit revient alors à distinguer les citoyens des ennemis de la société, ces derniers ne pouvant bénéficier des garanties fondamentales du droit. Le droit pénal est ainsi dévié de sa trajectoire habituelle, pour devenir un « *droit pénal belliciste* » (Munoz Conde, F, 2009 : 24) dont la seule fonction est de « *gagner la guerre contre l'ennemi* ». Ce fut notamment constaté par un rapport des Nations-Unies qui, analysant les méfaits de la colonisation, faisait état de violences systémiques entretenues par « *un appareil juridique, institutionnel et culturel qui considère les personnes autochtones comme des délinquants (...) et qui leur refuse des droits fondamentaux tels que la propriété de leurs terres et ressources ancestrales, ainsi que l'accès à la justice, à la santé, à l'éducation et aux perspectives économiques* » (Nations-Unies – Assemblée générale, 2021).

Cet évitement du droit semble s'être poursuivi à l'issue de la guerre d'indépendance algérienne, notamment par la promotion de ce qu'une partie des auteurs nomment « *les outils de la clémence* » (Ruiz et al., 2006).

B. À l'issue de la guerre

Cet oubli du droit trouve racine dans des mécanismes tels que la prescription, l'amnistie, la grâce ou encore les immunités juridiques. Plus spécifiquement, l'amnistie va venir supprimer rétroactivement le caractère infractionnel des faits auxquels elle se rapporte (Pin, X, 2024 : 351-354).

En ce qui concerne la guerre d'indépendance algérienne, les amnisties ont débuté lors des accords d'Évian et se sont achevées en 1982 sous la présidence de Mitterrand. Ces amnisties prévoient notamment que nul ne sera poursuivi pour des faits datant d'avant le 20 mars 1962 dans le cadre des opérations du maintien de l'ordre. Il en ressort une amnistie particulièrement large, destinée à couvrir les crimes coloniaux commis en Algérie. Cette amnésie française se poursuivra pendant des décennies, que cela soit du côté du législateur, ou du côté des juges (Fouchard, I, 2019a et 2019b).

En effet, Mme Isabelle Fouchard avait pu analyser les disparités de la jurisprudence française s'agissant du traitement de crimes passés, notamment les solutions adoptées par la Cour de cassation à propos de l'effet de l'amnistie face à la qualification de crime contre l'humanité (2019b : 153-174). Ce dernier se définit aujourd'hui à l'article 212-1 du Code pénal français selon lequel « *constitue également un crime contre l'humanité et est puni de la réclusion criminelle à perpétuité l'un des actes ci-après commis en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique* ». Ainsi l'article précise que certaines infractions de droit commun, à l'instar de la torture, vont pouvoir s'élever au rang international en raison du contexte de commission des crimes. Cela permet ici de souligner le caractère particulièrement grave de l'incrimination, laquelle figure également à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

Une telle qualification se révélait dès lors intéressante pour toutes les victimes de crimes coloniaux passés, et pour cause, elle est imprescriptible¹², ce qui permettrait d'assurer une lutte effective contre l'impunité (Poncela, P, 1991 ; Fouchard, I, 2019b : 159). Cela était d'autant plus encourageant que les juges de la Haute juridiction s'étaient livrés à une interprétation assez large du régime du crime contre l'humanité en droit français avec la condamnation du tortionnaire nazi Klaus Barbie. Mme le Professeur Pierrette Poncela l'avait démontré (229), les juges avaient écarté tout obstacle juridique à la qualification de crime contre l'humanité s'agissant de la condamnation de Klaus Barbie¹³.

Tel ne fut pas le cas s'agissant des crimes contre l'humanité commis pendant la guerre d'indépendance algérienne. S'en tenant à « *une conception très légaliste* » du droit pénal, et « *variable* » du droit international (Fouchard, I, 2019a : 157), les juges affirmèrent que ce qui est imprescriptible est amnistiable (Garibian, S, 2008 : 129-149). Selon Mme le Professeur Sévane Garibian, le constat est celui d'une « *configuration juridique posant le problème de l'impunité des crimes contre l'humanité autres que les crimes nazis exécutés avant le 1er mars 1994, [ce qui souligne] la réalité d'une différence flagrante de traitement en la matière, au-delà même de la problématique de la répression des crimes coloniaux* » (Garibian, S, 2008 : 7).

Autrement dit, il existe une véritable disparité de considération entre le traitement des victimes de crimes commis pendant la seconde guerre mondiale, et le traitement des victimes de crimes coloniaux commis pendant la guerre de libération algérienne (Fouchard, I, 2019a et 2019b). Une réponse doit cependant pouvoir être donnée à ces victimes ou à leurs descendants, car les crimes passés n'acceptent plus d'être occultés.

III. Les modulations du droit pénal, remède au trauma colonial

Il importe ici d'analyser à la fois les réponses issues du droit international pénal (A), avant de se confronter aux possibilités d'innovation offertes par la justice transitionnelle (B).

A. Les réponses du droit international pénal

Le droit pénal s'impose comme une réponse indispensable face à ce que l'on a appelé les crimes de masse. Ceux-ci se matérialisent principalement à travers quatre incriminations jugées « *les plus graves* » par l'article 5 du Statut de Rome : le génocide, le crime contre l'humanité, le crime de guerre et le crime d'agression.

Dans le cas des guerres de décolonisation, on assiste à la commission d'infractions de droit commun : viols, meurtres, disparitions forcées, actes de torture etc. Pourtant, la singularité du contexte de l'infraction conduit à faire application de qualifications internationales, à l'instar du crime contre l'humanité. C'est là que réside la singularité de l'infraction internationale par nature : un acte infractionnel de droit commun va atteindre le rang international en raison du contexte de commission du crime.

On peut dès lors légitimement se demander si la structure particulière du système colonial n'aurait pas pu conduire la communauté internationale à conceptualiser une nouvelle infraction internationale spécifique aux crimes coloniaux. Cette ambition aurait d'ailleurs pu conduire à

¹² Loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité.

¹³ Crim, 3 juin 1988, n° 87-84.240 ; v. également Crim, 20 déc. 1985, n°85-95-166.

l'instauration d'une juridiction internationale spéciale, destinée à juger ces crimes d'une nature singulière. Le droit pénal aurait ici retrouvé ses fonctions symboliques et expressives, afin d'assurer sa mission de lutte contre l'impunité. À cet effet, la sanction pénale portée au rang international serait nécessairement plus stigmatisante, et aurait vocation à punir, non seulement des exécutants, mais également des hauts dirigeants.

Toutefois, il importe de se questionner au-delà de la seule répression des crimes coloniaux. En effet, la voie pénale pourrait se révéler comme un non-sens face à l'écoulement du temps. Non seulement celle-ci semble être en proie à un certain nombre d'obstacles juridiques, tels que l'amnistie, mais en plus, elle pourrait être malvenue.

En effet, plusieurs arguments semblent converger vers l'idée d'une impossibilité du droit pénal pour faire face aux crimes coloniaux. Notamment, la prise de paroles des victimes dans le cadre d'un débat contradictoire pourrait conduire à une reviviscence du traumatisme colonial. Également, des arguments plus juridiques tendent à exposer le risque d'une faible légitimité concernant d'éventuels procès pénaux pour crimes coloniaux. Ces arguments tiennent à la faiblesse des preuves, la plupart ayant potentiellement subies l'effet de l'écoulement du temps, ou encore au sens à attribuer à une éventuelle condamnation.

Ces considérations sont susceptibles de trouver une réponse à travers les mécanismes issues de la justice transitionnelle. On s'éloignerait ainsi du droit pénal classique, pour s'ancrer dans un droit plus transitionnel, œuvrant pour l'apaisement mémoriel.

B. Les réponses de la justice transitionnelle

La justice de transition s'impose comme l'un des outils privilégiés pour réparer de manière la plus complète possible les préjudices issus de la commission de crimes de masse. Elle se traduit comme « *l'ensemble des mesures auxquelles un État en transition a recours pour affronter les violations massives et/ou systématiques des droits de l'homme [...] afin de promouvoir la transformation de la société, faciliter la réconciliation et favoriser l'établissement de l'État de droit et de la démocratie* » (Tugis, N, 2014 : 4). À cet égard, elle repose sur plusieurs « piliers » jugés essentiels pour assumer la charge que représente l'idée de justice. Ces piliers s'articulent notamment autour de la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation, des garanties de non-répétition, et enfin de la mémorialisation (Nations-Unies – Assemblée générale, 2023). Ce dernier pilier, intégré plus tardivement, intéresse les possibilités remémoratives issues de la justice transitionnelle. Dans cette optique, il appartient aux États de rétablir la dignité à l'égard de l'ensemble des groupes de victimes, répondant par la même aux impératifs du devoir de mémoire.

La question se pose alors de savoir si les outils de la justice transitionnelle pourraient s'appliquer au cas particulier de la guerre de libération algérienne. À noter qu'une telle entreprise a déjà pu être réalisée à propos de crimes coloniaux plus anciens, à l'instar de l'accord trouvé entre l'Allemagne et la Namibie, et tendant à la reconnaissance du génocide des peuples Hereros et Namas au début du XXe siècle (Metenier, C, 2021).

L'un des instruments prépondérants de la justice transitionnelle touche aux commissions de vérité et de réconciliation, lesquelles sont traditionnellement destinées à récolter des témoignages et indemniser des victimes dans l'optique d'une réconciliation collective. Un tel dispositif pourrait se révéler adapté au traitement des crimes coloniaux commis lors de la guerre de libération algérienne. Certaines vertus du droit pourraient notamment être réempruntées, comme le rituel de l'audience, et ce afin d'offrir un nouvel espace mémoriel aux victimes, en dehors de la sphère pénale classique. Ce droit, pourtant largement détourné au moment et à l'issue

des guerres d'indépendance, pourrait alors s'imposer comme un début de réponse face à l'oubli. Dans cette optique, la récente remise du « *rapport Stora* » au Président de la République M. Emmanuel Macron, entendait poser la question mémorielle de la colonisation et de la guerre d'Algérie. L'historien M. Benjamin Stora recommandait ainsi la création d'une « Commission Mémoires et vérité » afin de faire toute la lumière sur le passé coloniale français. Reste à savoir les modalités précises de fonctionnement d'un tel mécanisme, et plus encore, de ses retombées réelles. À titre comparatif, la Belgique avait également entamé un travail de vérité et de mémoire sur son passé colonial, suivant notamment l'affaire judiciaire des enfants métis¹⁴, et ce à travers la mise en place d'une commission parlementaire. Malheureusement, celle-ci s'est soldée par un échec, en raison de l'absence de consensus entre les experts.

Finalement, le recours aux outils mémoriels inspirés de la justice transitionnelle se révèle être une piste intéressante s'agissant de la reconnaissance des crimes coloniaux. Il importe toutefois de préciser que cette technique doit impérativement inclure un dialogue entre l'ancienne puissance colonisatrice et l'ancienne colonie, avec au centre, la participation des victimes (Nations-Unies – Assemblée générale, 2021). Plus encore, ces mécanismes, bien que tentants, doivent connaître une part d'actualisation. En effet, la société française comme algérienne ne s'inscrivent pas à proprement parler dans un processus de transition, d'autant que les populations ne sont plus contraintes de vivre sur le même territoire. Dès lors, cette mise à jour des outils issus de la justice transitionnelle mériterait une réflexion plus longue, axée sur l'innovation¹⁵.

Précisons enfin l'utilisation de la justice transitionnelle ne doit pas s'entendre comme unique moyen de réponse face aux crimes coloniaux passés. La voie pénale pourrait être envisageable, en tant que voie complémentaire, pour assurer une justice punitive. Mais là encore, l'invention risque d'être de mise afin d'éluder les lois de l'oubli¹⁶.

« *Il faut tenir ensemble deux nécessités : le moment pénal est indispensable mais il ne doit pas se suffire à lui-même. Il ne doit pas se distendre, se gonfler à l'infini, occuper tout l'espace. Il doit au contraire laisser la place à des paroles et des actes mémoriels mais à un ensemble de mécanismes d'étayage capable de soutenir la victime.* » (Danti-Juan, M, 2011 : 279).

¹⁴ De Clippele, M-S. (2022). Le passé colonial belge, entre déni et justice. *Colloque international « Crimes français en Algérie : que dit le droit ? »* (Maison internationale des Langues et de la Culture), Lyon.

¹⁵ À noter que le 1 février 2024, l'IFJD (Institut Francophone pour la justice et la démocratie) a présenté, à l'Assemblée nationale, un rapport tenant à l'établissement d'une commission vérité réconciliation sur les homes indiens tenus en Guyane depuis les années 1930. Autre signe marquant la résurgence des mémoires meurtries des peuples autochtones.

¹⁶ V. notamment les interventions de Fouchard, I. (2022). Le jeu des qualifications juridiques au service de l'évitement du droit pénal. *Colloque international « Crimes français en Algérie : que dit le droit ? »* (Maison internationale des Langues et de la Culture), Lyon ; Gogorza, A. (2022). Lois d'amnistie et Cour européenne des droits de l'homme. *Colloque international « Crimes français en Algérie : que dit le droit ? »* (Maison internationale des Langues et de la Culture), Lyon ; Martin-Chenut, K. (2022). Lois d'amnistie et Cour interaméricaine des droits de l'homme. *Colloque international « Crimes français en Algérie : que dit le droit ? »* (Maison internationale des Langues et de la Culture), Lyon.

Références bibliographiques

Ouvrages

- AGAMBEN, GIORGIO. (2013). *État d'exception Homo Sacer*. Trans. Joel Gayraud. Seuil.
- BESSE, MAGALIE et SYLVIE THENAULT. (2019). *Réparer l'injustice : l'Affaire Maurice Audin*. Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie.
- BRANCHE, RAPHAELLE. (2001). *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie (1954-1962)*. Gallimard.
- DANTI-JUAN, MICHEL. (dir.). (2011). *La mémoire et le crime*. Paris. Cujas.
- LAZALI, KARIMA. (2018). Le trauma colonial. Une enquête sur les effets psychiques et politiques de l'oppression coloniale en Algérie. Paris : La Découverte.
- MAYAUD, YVES. (2021). *Droit pénal général*. 7^e éd. Puf.
- MISTRETTA, PATRICK, PAPILLON, SALOME, et CAMILLE KUREK. (2020). *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*. Dalloz.
- PELTIER, VIRGINIE et EVELYNE BONIS. (2023). *Droit de la peine*. Paris : Lexisnexis.
- PIN, XAVIER. (2024). *Droit pénal général*. 15^e éd. Dalloz.
- THÉNAULT, SYLVIE. (2012). *Violence ordinaire dans l'Algérie coloniale. Camps, internements, assignations à résidence*. Odile Jacob.

Thèses

- THÉNAULT, SYLVIE. « Une drôle de justice. Les magistrats dans la guerre d'Algérie ». Thèse. Université Paris 10. 2004. (version publiée).
- TURGIS, NOEMIE. « La justice transitionnelle en droit international ». Thèse. Université Paris 1. 2014. (version publiée).
- VARTANIAN, KARINE. « Le droit de la guerre d'Algérie : réflexions sur l'exceptionnalité. » Thèse. Université Paris 10, 1995.

Articles

- BOURDIEU, PIERRE. (1986). « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique » *Actes de la recherche en sciences sociales*. 64 : 3-19.
- CAYLA, OLIVIER. (1993). « La qualification ou la vérité du droit. » *Droits, revue française de théorie juridique*. 18 : 3-16.
- CHANTRAINE, GILLES. (2009). « Les savoirs des prisons : rationalité punitive et savoirs critiques. » *Tracés Revue de Sciences humaines*. n°9 : 99-110.
- GUNTHER, JACOBS. (2009). « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi ». Trans. Kris Decraler. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. 18 : 7-18.
- FAUGERON, CLAUDE et JEAN-MICHEL LE BOULAIRE. (1992). « Prisons, peines de prison et ordre public. » *Revue française de sociologie*. 33-1 : 3-32.
- FOUCHARD, ISABELLE. (2019) « Quelle justice plus d'un demi-siècle après les crimes ? » *Journée d'étude Les disparus de la guerre d'Algérie du fait des forces de l'ordre françaises*. Paris.
- FOUCHARD, ISABELLE. (2019). « Crimes contre l'humanité commis par les armées françaises durant la guerre d'indépendance algérienne : l'impunité organisée ? » In : *Réparer l'injustice : l'affaire Maurice Audin*. Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie. 153-174.

GARIBIAN, SEVANE. (2008). « Qu'importe le cri, pourvu qu'il y ait l'oubli : retour sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux crimes français commis en Algérie et en Indochine. » In : *Retours du colonial ? Disculpation et réhabilitation de l'histoire coloniale française*. Nantes : L'Atalante. p. 129-146.

GIUDICELLI-DELAGE, GENEVIEVE. (2010). « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi. » *Revue de science criminelle et de droit comparé*. n°1 : 69-80.

LAZERGES, CHRISTINE et HERVE HENRION-STOFFEL. (2016). « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi. » *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. n°3 : 649-662.

MUNOZ CONDE FRANCISCO. (2009). « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? ». *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. 18 : 19-30.

PONCELA, PIERRETTE. (1991). « L'humanité, une victime peu présentable. » *Recueil Dalloz*. 34 : 229.

RUIZ, FABRI, et DELLA MORTE, et al. (2006). « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, 28 : 237-255.

Rapports

NATIONS-UNIES – ASSEMBLEE GENERALE. (2021). Rapport Promotion de la vérité, de la justice de la réparation et des garanties de non-répétition – note du Secrétaire général, *Mesures de justice transitionnelle et approches à adopter face aux violations graves des droits humains et du droit international humanitaire commises dans les contextes coloniaux*, (76^e session, A/76/180).

NATIONS-UNIES – ASSEMBLEE GENERALE. (2023). Rapport Normes juridiques internationales formant le socle de la justice transitionnelle – Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, (54^e session, A/HRC/54/24).

STORA, BENJAMIN. (2021). *Les questions mémorielles portant sur la colonisation et la guerre d'Algérie*. Elysee.

URL : <https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/09/0586b6b0ef1c2fc2540589c6d56a1ae63a65d97c.pdf>.

Communications

PIN, XAVIER, SCALIA, DAMIEN, et ZEROUKI, DJOHEUR (dir.) (2022). *Colloque international et interdisciplinaire. Crimes français en Algérie : que dit le droit ?* Maison internationale des Langues et de la Culture, Lyon.

Page web

METENIER, CLEMENTINE. (2021). *Crimes coloniaux : la carte mondiale de la Justice*. Justiceinfo. <https://www.justiceinfo.net/fr/77657-crimes-coloniaux-carte-mondiale-justice.html>.