

Voies de la démocratie et voix de la réconciliation

Paths of democracy and the voice of reconciliation

Alessia Magliacane¹

Université Paris I Panthéon-Sorbonne, France

alessiamagliacane1@gmail.com

Résumé

La transition démocratique en Afrique du Sud démontre que le processus de vérité et réconciliation constitue une condition indispensable à la constitution de la nouvelle normativité constitutionnelle. Les phénoménologues les plus grands du siècle passé – Ricœur et Merleau-Ponty pour tous – et les philosophes militants comme Gramsci, Benjamin et Patočka ont développé une phénoménologie de la transition entre expérience, histoire et utopie. Il s'agit de dépister les fondements juridiques du pardon à partir de la relation entre responsabilité (interpellation) et imputabilité (avoue) dans le procès de "vérité et réconciliation". Ce qui nous permettra de comprendre la complexité de l'expérience de la Commission sud-africaine en tant que modèle de justice transitionnelle, entre renouvellement d'instituts traditionnels de la transition démocratique (amnistie) et établissement d'un lien inusité entre avoue et pardon à partir de la présupposition philosophique de l'idée de "peuple".

Mot clés: justice transitionnelle, Commission Sud-Africaine, vérité et réconciliation.

Abstract

The democratic transition in South Africa outlines the process of truth and reconciliation as an indispensable condition for a renewed constitutional normativity. Important philosophers like Ricoeur and Merleau-Ponty, and militant thinkers like Gramsci, Benjamin e Patočka proposed a phenomenology of transition resumed by *experience*, *history* and *utopia*. It is ours to investigate the juridical foundations of pardon as following the relation between responsibility (interpellation) and culpability (confession) throughout the "truth and reconciliation" process. This will allow us to present the experience of the South Africa Commission as a complex

¹ Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 12 Place du Panthéon, 75005 Paris.

model of transitional justice that both recognizes traditional institutes like amnesty and introduces the link confession – pardon, as grounded into the philosophical presupposition of the “people” idea.

Key words: transitional justice, South African Commission, truth and reconciliation.

Introduction

En dépit de millions de victimes, de toute institution et règle de droit, de tout accord et traité international, la guerre continue. Selon le philosophe résistant Jan Patočka (ainsi Ricœur aimait l'appeler), les “forces du jour” qui ordonnent et organisent la paix sont les mêmes que celles qui ont précipité dans la guerre des millions et des millions d'individus. Cette appropriation des victimes, ce détournement de sacrifice, n'est que l'un des deux aspects du rapport à la mort que l'interprétation des guerres du XX^e siècle (sous le signe d'une lutte à mort pour la disposition technique et énergétique de la Force) permet de mettre à jour. A savoir que les “forces du jour” nous tiennent par la crainte de la mort.

Comprendre les guerres du XX^e siècle dans les termes de Patočka c'est comprendre comment le sens du monde, imposé par la force et la puissance, est doublement lié au rapport à la mort. D'un côté il s'agit de mesurer avec lucidité le rapport entre la paix et les morts au combat, lorsque cette paix, dont ces morts ont été le prix, se les approprie en les mettant à son compte dans le partage de la force et de la puissance en vue de nouvelles guerres. De l'autre côté, il faut considérer la menace de mort sur des générations entières, auxquelles ces forces avaient promis une paix durable, qui fait de la mémoire des guerres et des ses victimes un enchaînement à la vie qui implique un certain rapport à la mort.

Cette menace constitue le paradoxe des forces du jour. En attachant chacun à sa vie par la multiplication des protections, des garanties et des assu-

rances, ces forces du jour (qui calculent la puissance et la force) font de la vie la valeur suprême en même temps que de la mort sa menace suprême.² Tant que la paix, de quelque façon fut-elle organisée, impose un calcul de cet ordre, elle se sert de la mort en tant qu'elle la nie.

Comment échapper aux craintes et aux peurs qu'aucune institution, aucun système de protection ne peut dissiper?

Ecrivant dans les années '70, l'auteur des Essais hérétiques prend courageusement la mesure de l'extraordinaire vacuité des discours qui se souscrivent, encore et toujours, aux impératifs d'un monde divisé, dont tout le sens est concentré dans cet unique partage de force et puissance.³

Au pouvoir d'aliénation qui procède de l'instrumentalisation de la mort, et donc du sacrifice de ses victimes, s'oppose son propre pouvoir de libération et d'ébranlement, qui est d'abord de restituer à la mort son caractère absolu: la supériorité de la nuit, la “transcendance” du sacrifice des victimes au partage de la force et de la puissance.⁴

Toute quotidienneté, toute image de la vie à venir pâlit face à ce sommet nu sur lequel l'homme s'est maintenant placé. Toutes les idées du socialisme et de la liberté démocratiques sont en comparaison étriquées, bornées, peu concrètes.⁵

Quel est ce “sommet” duquel toute idée de libération et émancipation procède et auquel elle ramène? C'est la solidarité des ébranlés. Cette solidarité est indissociable de ce “soin de la mort qui devient soin

² “La paix, transformée en volonté de guerre, a réussi à objectiver et à aliéner l'homme aussi longtemps qu'il a été gouverné par le jour, par l'espoir d'une quotidienneté, d'une profession, d'une carrière, bref par l'espoir de possibilités pour lesquelles il se voyait obligé de craindre et qu'il sentait menacées” (Patočka, 1999, p. 140). “Nul doute alors que si Patočka pouvait voir, d'un côté, la façon dont l'Europe se protège aujourd'hui des ses “altérités”, les remparts qu'elle construit (contre les flux migratoires) pour assurer sa sécurité et protéger son confort, et de l'autre, les tentatives toujours plus désespérées pour franchir ces barrières, il saurait y déchiffrer, mieux qu'un autre, le visage que prend aujourd'hui la “continuation de la guerre” (Crepon, 2008a, p. 102, 2006, 2008b).

³ Il a donc fallu choisir entre justice et vérité comme une alternative n'incluant pas seulement l'institution de commissions de vérité. Ainsi, l'agence German Gauck est décrite comme un hybride entre un archive public (*distributing information*) et une agence investigatrice déclenchant des peines. Voir Offe et Pope (2006). Voir aussi Häberle (2001).

⁴ “L'expérience du sacrifice est devenue l'une des expériences prépondérantes de notre époque, expérience tellement forte et déterminante que l'humanité, incapable pour la plupart de s'expliquer avec elle, se réfugie, pour y échapper, dans la compréhension technique de l'être. [...] Or, si la genèse et l'issue des conflits – guerres et révolutions – de notre siècle obéissent en effet à l'esprit d'une domination technique sur le monde, ceux qui ont à en supporter les frais ne sont pas un simple fonds de forces disponibles. Ils ne sont pas davantage réductibles à un tel fonds. Voilà ce qui se porte à la parole lorsqu'il est question de sacrifices” (Patočka, 1990, p. 272).

⁵ “Elles ont leur sens plein non pas en elles-mêmes mais dans la mesure seulement où elles procèdent de ce sommet et y ramènent. Dans la mesure où elles nous incitent à réaliser une telle transformation de toute notre vie, de toute notre existence” (Patočka, 1999, p. 140).

authentique de la vie”, car la “vie dans la vérité” n’a de sens que si elle est partagée.⁶

La solidarité des ébranlés c’est la solidarité de ceux qui comprennent.⁷ De cette solidarité, Patočka n’hésite pas à dire alors, qu’elle fait du sens du monde la responsabilité de chacun.⁸

Cette responsabilité est aussi la lutte contre l’imaginaire de la mort, la supposition que, dans l’approche de la mort, comme le dit Ricœur, ce soit la mobilisation des ressources les plus profondes de la vie à s’affirmer encore. A la responsabilité éthique qui se trouve par là même impliquée – la reconnaissance de ces ressources et le soutien qu’elles demandent – Ricœur donne le nom de “accompagnement”.

Cette responsabilité n’est pas envisageable hors des guerres du XX^e siècle :

Par la destruction des liens interhumains, l’humanité devient une *massa perdita*, où les moribonds et les morts sont presque indiscernables. [...] N’est-ce pas là qu’il faudrait voir l’essence du totalitarisme ? [...] Il y a, au principe du totalitarisme, une expérience proliférante de la mort (Ricœur, 1995, p. 165-166).

Contre cette image ultime de l’imaginaire de la mort comme personnage agissant, liée à la confusion de l’humanité en tant que *massa perdita*, la pensée doit se tourner vers ce double travail de mémoire et de deuil, indissociablement mêlés (Ricœur, 2000). Comme le dit Ricœur, il ne saurait y avoir de “bon usage de la mémoire de la mort” sans un deuil dont le soutien ultime, le soutien fraternel, est le récit de ceux qui sont revenus et qui “devenus à nouveaux des vivants” ont “fait prévaloir la vie sur la mémoire de la mort”.

Comment empêcher au désir de justice, au désir de prouver que “nous ne sommes pas comme eux” selon les mots de Vaclav Havel, d’être une contrefaçon du plus fort désir de punition? Cette tension est tellement commune qu’elle en est presque constitutive de la justice de transition.⁹

Il s’agit alors de dépister les fondements juridiques du pardon, à partir de la relation entre responsabilité (interpellation) et imputabilité (avoue) dans le

procès de “vérité et réconciliation” des commissions de transition. Cela nous permettra de comprendre la complexité de l’expérience de la Commission sud-africaine en tant que modèle de justice transitionnelle. Si d’un côté elle renouvelle des instituts traditionnels de la transition démocratique (amnistie), de l’autre établit un lien inusité entre avoue et pardon à partir de la pré-supposition philosophique de l’idée de “peuple” dans sa dignité unitaire et indivisible, comme élément constituant préalable même à son indépendance démocratique.

De la vérité à la dignité: construction d’un principe éthique

Le juste et le récit

Comme l’écrit Ricœur dans *Le juste*, la justice et son échec, le scandale intellectuel, ou bien l’échec de la justice sous sa forme judiciaire, est marqué par l’impuissance de justifier de façon convenable le droit de punir. Au total la peine se trouve condamnée à un triple exil: par rapport à la santé de l’âme du condamné (Platon), au tort souffert par l’offensé (Aristote) et à la restauration de la règle (Kant et Hegel). Une voie paraît néanmoins restée ouverte, celle d’une réduction, à défaut d’une élimination, de la pénibilité elle-même de la peine. C’est peut-être celle d’un projet de justice centré sur la reconstruction du lien social, un foyer de sens plutôt qu’un modèle alternatif à la justice retributive.

L’expérience substitutive de la Commission de “Vérité et Réconciliation” d’Afrique du Sud, dont le but était de justifier des demandes d’amnistie, court-circuite la justice pénale au prix d’une confession publique tant des préjudices que des souffrances. L’enjeu est celui d’une réévaluation de chacune des composantes du triangle de la peine judiciaire (ordre transgressé, victime, offensé) sous l’impulsion du dynamisme relationnel suscité par le projet de justice reconstructive après l’apartheid (Ricœur, 2006).

La satisfaction de ces trois composantes est réalisée par la vérité, en tant que validation d’un bien diffé-

⁶ “Cet autre partage, toujours incertain qui, parce qu’il fait autrement la part du monde, en ébranle le sens” (Crepon, 2008a, p. 111).

⁷ “La solidarité de ceux qui ont subi le choc, de ceux qui sont à même de comprendre ce dont il y a dans la vie et dans la mort, et par conséquent, dans l’histoire” (Patočka, 1999, p. 145).

⁸ “Dans les circonstances actuelles, cette compréhension ne peut se borner au plan le plus fondamental, au plan de l’esclavage ou de la liberté à l’égard de la vie ; elle implique également la compréhension de la signification de la science et de la technique, de cette Force que nous sommes en train de libérer. Ceux qui possèdent une telle compréhension détiennent potentiellement toutes les forces sur la base desquelles l’homme peut vivre” (Patočka 1999, p. 145).

⁹ “These two desires may conflict when, as is often the case, there is no clear legal basis for holding individual responsible for acts that intuitively seem to be obvious cases of wrongdoing. Usually, as noted earlier, the tension is resolved by subterfuge” (Elster, 2006, p. 12).

rent (éthique), dans l'ordre du juste. Cela déterminera la dissolution de l'idée même de peine.¹⁰

Dans une perspective de justice non violente, c'est l'amnistie elle-même à changer de sens. Ancêtre de ce droit de grâce appartenant à la problématique du droit de punir en tant que suspension du système de la rétribution (que nous dessinons avec Paul Ricœur comme le noyau dur de la justice violente: la production de violence par la justice), elle ne sera plus une amnésie institutionnalisée, mais plutôt une non-punition concluant un travail de mémoire autant que de deuil.¹¹

La figure de la suspension du droit a été reprise par Agamben, pour décrire l'institut de droit romain du *justitium*, qui semble remettre en cause la consistance même de l'espace public, par la concidence paradoxale de "privé" et "public", de *jus civile* et *imperium*, et à la limite, de "juridique" et "non juridique".¹² Comme si la suspension de la loi libérait une force ou un élément mystique, une sorte de *mana juridique*, comme l'écrit Derrida dans *Force de loi* (Derrida, 1993), la conférence qui était en fait la lecture de l'essai de Benjamin sur la critique de la violence (Benjamin, 2000).

La force-de-loi séparée de la loi, l'*imperium fluctuant*, la vigueur sans application sont autant de fictions mythiques par lesquelles le droit tente d'inclure en soi sa propre absence et de s'approprier l'état d'exception par la construction d'une zone d'indécidabilité.

C'est l'indécidabilité constitutive de la norme juridique qui consent l'exception et donc l'*auctoritas* (Benjamin, 1985).

De sorte que la rupture avec la culture de la violence, dans l'expérience de justice transitionnelle des commissions vérité et réconciliation salvadorienne et sud-africaine, qui conduit à s'abstenir de faire usage même de celle, pourtant légale, de la répression pénale, permet de lui faire face, afin de prendre totalement connaissance de la réalité passée.

L'opération de réconciliation est absolument indissociable d'un processus d'attestation, et même de construction, de la vérité nécessaire à l'opération (*enough of the truth for*). L'état de transition vers la démocratie s'oppose symétriquement à l'état d'exception (ainsi, Garapon, 2004, p. 184ss). L'état d'exception révèle le pouvoir à l'état pur: "la force de loi" demeure mais sans loi, c'est-à-dire ne subsiste qu'à l'état de force pure.

Comme président tchèque, Havel a affirmé qu'on ne pourra jamais atteindre la vérité historique si on veut en faire découler constamment des conséquences juridiques.

On a écrit que la vengeance a pu fonctionner et fonctionne encore dans nos sociétés, en tant que transaction entre un offensé et un offenseur, on se reconnaissant partenaires d'un échange qui se fait de méfiât à contre méfiât. Dans ce contexte, l'institution du procès est exigée en tant que schème d'une répétition symbolique (dans l'ordre de la parole) de la scène effective de la violence. Son accomplissement aboutira à la fin de la violence.¹³

Mais cette institution formelle – le procès – pré-suppose plusieurs conditions structurales à partir de celle de l'autorité d'un sujet qui détienne la violence légitime par un corps de lois écrites. (Celui) qui punit est (le) souverain, figure visible du tiers, instance séparée et autorisée dans une relation verticale asymétrique.¹⁴

Le scandale de la peine se trouve ainsi comme exalté par la tentative même de la justifier comme rétribution, à savoir par la question de sa mesure, en invoquant le principe de l'égalité entre la gravité de l'infraction et la lourdeur de la peine, et en respectant sa proportionnalité.

Dans les mots de Ricœur: qu'est-ce que signifie faire souffrir légalement un être rationnel, dès lors que la punition ne frappe l'être criminel qu'en frappant l'homme empirique?¹⁵

¹⁰ Comme le démontre l'expérience de justice transitionnelle à El Salvador.

¹¹ Dans ce contexte, le lien amnistie/aveu devient essentiel. L'amnistie est individuelle et conditionnelle, à l'inverse des amnisties générales octroyées en Amérique latine sous la pression des militaires. Par l'aveu elle est liée à la parole (en tant que *speech acts*) et à son juste pacte avec la vérité, et non au silence du non-dire, comme dans la justice violente, où s'efface la frontière entre amnistie et amnésie commandée. Ainsi Ricœur (2004, p. 170).

¹² Par la célèbre description de la mort d'Auguste (dans le chapitre *Fête, deuil, anomie*), la correspondance entre anomie et deuil ne devient compréhensible qu'à la lumière de la tentative du vieux prince de s'approprier l'état d'exception en le transformant en une affaire de famille. "C'est comme si le souverain, qui avait concentré sur son "auguste" personne tous les pouvoirs exceptionnels et était devenu en quelque sorte un *justitium* vivant, montrait à l'instant de sa mort son caractère anémique immanent et voyait le tumulte et l'anomie se libérer hors de lui-même dans la cité" (Agamben, 2006, p. 115-116).

¹³ Le terme "vengeance" représente un concept juridique ancien. En se référant à la peine publique comminée par les tribunaux, Kant parle de "vengeance" ou même de "se venger". L'usage du terme rejoint ici l'interprétation originellement neutre de *rétorsion*: le crime mérite une réponse capable de le stigmatiser en tant que tel. Le terme *Vergeltung* (rétorsion) a la même racine de *Geld* (argent) et renvoie étymologiquement à la forme base du trafic interhumain, l'échange. *Vergeltung* signifie proprement "prestation correspondante", "payement".

¹⁴ Voir Lefranc (2002), en particulier la troisième partie.

¹⁵ "Mais comment ne pas avouer alors que le puni de fait est autre que l'action punissable en tant qu'infraction, laquelle partage l'altérité de la loi au regard de l'homme empirique? C'est le franchissement de cette distance entre l'action punissable et la pénibilité de la peine qui fait l'inhumanité de la peine. Mais celle-ci ne peut être dénoncée que du point de vue des autres référents de la peine: la victime et le condamné lui-même en tant, l'un et l'autre, qu'êtres de chair [...]" (Ricœur, 2004, p. 166).

Le destinataire de la justice reconstructrice n'en serait alors ni la loi seule (comme dans le système de la rétribution), ni la victime principalement (comme dans le système de la vengeance), ni l'accusé (comme dans la conception thérapeutique de Platon et de son héritière, la réhabilitation), mais le lien organique qui fait tenir ensemble une communauté humaine.

La thèse selon laquelle le vrai et le juste sont des grandeurs de même rang, s'impliquant mutuellement, ne saurait pas alors démontrée aussi longtemps qu'il n'est pas montré que la vérité n'achève le parcours constitutif de son sens qu'avec le secours de la justice.

La dimension véritative dans le juste est celle des présupposées anthropologiques en vertu desquelles l'homme est tenu pour un être susceptible de recevoir l'injonction du juste, donc pour un être responsable. Il s'agit d'assertions portant sur l'imputabilité (Kant).¹⁶

Le vrai est inséparable de la recherche du vrai, qui est un projet pratique, celui d'une pratique théorique, et à ce titre elle met en jeu des discours offerts à la discussion. C'est la discussion qui appelle une éthique de la discussion. Quelle serait donc l'imbrication du juste dans la vérité?

Ça serait l'imbrication de la fragilité. Si l'autonomie est bien l'apanage du sujet de droit, c'est la vulnérabilité qui fait que l'autonomie reste une condition de possibilité, et une tâche toujours à remplir. L'autonomie et la vulnérabilité se croisent paradoxalement dans le même univers de discours, celui du sujet de droit.

On se limitera ici à dégager les deux corollaires de base que nous mettrons sur la voie des composantes éthiques du paradoxe autonomie/vulnérabilité développé par Ricœur:

(a) L'identité narrative. Disons dès maintenant qu'est autonome un sujet capable de conduire sa vie en accord avec l'idée de cohérence narrative, à savoir du model narratif du personnage qui, dans les récits ordi-

naires, les récits de fiction ou les récits historiques, est mise en intrigue en même temps que l'histoire racontée ; qui combine la concordance de l'intrigue directrice et la discordance due aux péripéties, ou, en d'autres termes, la dialectique entre l'ipse et l'idem.¹⁷

(b) L'identité personnelle. Le paradoxe ici ne tient pas à la dimension temporelle, mais à la confrontation avec d'autres perspectives, à l'épreuve de l'altérité. La capacité d'impartialité, en tant que figure de l'autonomie, est un complètement au principe de compréhension partagée des symboles d'un ordre éthico-juridique. En ce sens l'autorité attachée à un ordre symbolique a d'emblée une dimension dialogique. La capacité d'impartialité ne peut-il se passer de l'appui que chaque sujet moral peut trouver dans les partages des valeurs d'un même univers symbolique.¹⁸ Toutefois, cette position n'empêche pas de se situer en quelque sorte après la fondation, et d'assumer le phénomène de l'autorité.

Il s'agit de méditer, en revanche, sur la fragilité de l'ordre symbolique : l'autorité de l'ordre symbolique est le lieu même de la plus grande force du lien entre le soi et la norme et le principe même de sa fragilité, dans la difficulté qu'il y a pour chacun à inscrire son action et son comportement dans un ordre symbolique, et, principalement, dans l'impossibilité de comprendre le sens et la nécessité de cette inscription par tous ceux qui sont exclus du système dominant et du monde de la vie en vigueur.¹⁹

La dignité des victimes et la méthode de la libération

L'Éthique du Discours de Habermas considère la raison discursive communautaire comme de nature symétrique synchronique, se déroulant selon les règles de reconnaissance de l'Autre dans le système, en tant que différence dans l'identité.

¹⁶ Aux trois figures de l'imputabilité correspondent trois modalités de la vérité: (i) à l'idée de capacité comme première figure d'imputabilité, en tant que proposition existentielle (le *conatus* spinozien), correspond la dimension véritative de l'*attestation* dont relèvent les pouvoirs qui spécifient l'idée générale de capacité humaine. L'affirmation de pouvoir faire, à savoir de se tenir soi-même par l'auteur véritable des actes (ce qui est le cœur de l'idée de imputabilité), présente déjà le trait épistémologique remarquable qu'il peut être seulement attesté. (ii) l'assertion de la capacité d'impartialité est encore une vérité d'attestation, avec son double caractère de créance opposée à la suspicion et de confiance opposée au scepticisme. (iii) dans l'aspect épistémologique de procédures d'application des normes au cas particulier (la vérité du fit, selon le vocabulaire de Dworkin, la vérité n'est plus formulable en termes de capacité mais de convenance. C'est la vérité dans la *convenance* du jugement à la situation. Ainsi Ricœur (2001).

¹⁷ L'identité narrative donne au paradoxe capacité/incapacité une dimension nouvelle due à l'introduction du temps dans la description. L'identité narrative est revendiquée en termes de puissance, ainsi que déclarée en termes d'attestation, mais c'est aussi en termes d'impuissance qui l'aveu est fait de tous les signes de la vulnérabilité qui menace l'identité narrative. Les contradictions de l'identité narrative relèvent d'une mise en rapport critique entre la mémoire et l'histoire. Comme le dit Ricœur, apprendre à raconter la même histoire autrement, apprendre à la laisser raconter par d'autres que nous-mêmes, soumettre le récit de vie à la critique de l'histoire documentaire, c'est avoir regard à autant de pratiques susceptibles de prendre en charge le paradoxe de l'autonomie et de la fragilité.

¹⁸ Sous le terme de "ordre" se dissimule la plus grande difficulté de la philosophie du droit, à savoir le statut de l'autorité attachée à cet ordre symbolique, cela même qui fait que c'est un ordre. Plusieurs penseurs contemporains remettent à la procédure la tâche écrasante de combler le vide de la fondation.

¹⁹ Contre ce background, imbriquée dans la critique continue à la fois de la force et fragilité des normes juridiques, se pose ainsi la réflexion sur la transition constitutionnelle liée à cette dimension reconstructive, dialogique des normes constitutionnelles elles-mêmes s'adressant à son propre passé.

La communauté de communication devient fonction du système autoréférentiel, en tant que moment partiel (nécessaire mais pas suffisant) de la reconnaissance de l'Autre comme personne. Autrement dit avec Dussel: il n'y a pas des dominés dans la communauté de communication idéale et réelle où tous les participants se reconnaissent comme égaux.²⁰ C'est ce factum qui manifeste la fonction dans le système.

La reconnaissance de l'Autre dans le vis-à-vis de Levinas, ou dans la relation pratique de Ricœur et la proximité de Dussel (proximité que Habermas appelle le moment illocutionnaire de l'acte de parole performatif) (Habermas, 1987), est la condition préliminaire pour que cet acte soit un acte communicationnel, et cette reconnaissance est une condition préscientifique et préréflexive.

L'éthique formelle ne peut s'achever qu'au troisième niveau d'une Architectonique de la libération, construite sur la fondation d'une éthique matérielle (où l'esclave, la femme, le noir est reconnu maintenant en tant qu'être humain nié dans sa dignité: dominé, exploité par le système)²¹.

Pourtant de tel factum ne dérive pas automatiquement la validité intersubjective en vue de son élaboration théorique et de sa réalisation pratique: telle validité est aussi le produit de l'utilisation de la médiation scientifique et d'un processus communautaire argumentatif.

Étant donné l'existence d'une communauté de communication hégémonique et dominante, la validité éthique de la procédure discursive relative à la validité intersubjective du factum (ex: la pauvreté des exploités) ne peut subsister que parmi les mêmes dominés. On peut ici simplement annoter comment le sujet présumé par Kelsen ait plusieurs points de contact avec le sujet dominé. A savoir: le sujet déviant, méconnu, les-intégrés en morceaux normatifs.

L'acte de parole des victimes à partir de l'intuition de Levinas de l'Autrui, source originaire de tout discours éthique possible, concrétise la rencontre du "principe responsabilité" (Jonas, 1990), pour la fondation d'une nouvelle métaphysique, dans laquelle, en dernière instance, toute éthique doit être fondée, avec le "principe espérance" (Bloch, 1991) de l'ontologie du "ne-pas-être-encore".

Il peut s'énoncer dans les termes suivants:

Je t' "interpelle" pour l'acte de justice que tu devais accomplir avec moi.²²

Dans cette perspective, la théorie de la justice de Rawls (1976) et la théorie discursive du droit de Habermas (2001) tombent les deux dans l'horizon du monde de la vie, dans l'institutionnalisation donnée, et naturalisée.²³ Le présupposé transcendantal de leurs théories est l'a priori de la communauté de communication (idéale et réelle); mais seulement si l'on admet le moment négatif en tant que détermination ultérieure de la définition de la communauté de communication, en explicitant l'extériorité de tous les participants potentiels, peut s'ouvrir une brèche dans la normativité, pour la reformulation d'un pacte social plus juste.²⁴

La réduction du traitement du droit par la réconciliation préserve le temps et l'espace occupés par la loi dans la société, une location que Sousa Santos caractérise comme the national state time-space, et qui ne configure pas seulement l'action de l'Etat mais aussi les pratiques sociales en général (Sousa Santos, 2004, p. 449-450).

Tout comme la justice pénale réduit le "crime dans sa spécificité", la réconciliation réductrice du droit dans sa fonctionnalité efface son histoire d'oppression et la possibilité d'une transformation

²⁰ La véritable re-connaissance de l'Autre comme personne présuppose en effet la reconnaissance de l'esclave comme outil ou chose, de la femme comme inférieure, des noirs comme exclus, à savoir: en tant que partie fonctionnelle au système (l'ouvrier salarié dans le système capitaliste, la femme exploitée dans le régime patriarcal, les noirs dans le système de l'apartheid) où le *factum* empirique, que Apel accepte comme une évidence d'exigence éthique, exige par contre une réflexion pour se transformer en acte éthique, la reconnaissance de l'autre nié dans sa dignité de personne se situant déjà au deuxième niveau de cette *Architectonique de la libération*. Ainsi Dussel (in Apel et Dussel, 1999, p. 233).

²¹ Les conditions d'égalité des participants à la discussion sont atteintes sur la base de l'*auto-compréhension du sujet dans sa qualité de victime*, c'est-à-dire sur la base d'un principe moral matériel qui peut être fondé universellement: le principe de *vulnérabilité*. A la différence de l'Éthique du Discours qui est toujours l'expression d'une éthique particulière, l'éthique de la libération considère comme critère et point de départ la corporité souffrante des pauvres, des marginaux et exploités du système: l'altérité de l'Autre niée dans sa dignité.

²² "Te "interpelo" por el acto de justicia que debiste cumplir conmigo" (Dussel, 1994, p. 62). Pour interpellation, en effet, il faut entendre "un enunciado performativo *suus generis* que lo hemite alguine (H) que se encuentra, con respecto a un oyente (O), "fuera" o "más allá" (trascendental en este sentido) al horizonte o marco institucional, normativo del "sistema", de la *Lebenswelt* husserliana-habermasiana o de la *Sittlichkeit* hegeliana, que funguen como la "totalidad" de un Levinas "Car "la no-normatividad de la interpelación es exigida por encontrarse en un momento fundacional u originario de *nueva* normatividad – la institucionalidad futura donde el "interpelante" tendrá derechos vigentes que ahora no tiene" (Dussel, 1994, p. 64, 71).

²³ "Dussel souligne le fait que la position originnaire de Rawls émerge de la dé historicisation (naturalisation) de la structure de domination. Rawls place la " désobéissance civile " entre constitution et loi promulguée, tandis que l'acte d'*interpellation* se situe nécessairement dehors de l'institutionnalité, en tant qu'acte *trans-institutionnel*, entre la *norme éthique fondamentale et la constitution*. Voir Dussel (1994).

²⁴ Le paradigme de l'intersubjectivité demeure, malgré tout, dans les apories qui accablent la philosophie de la conscience. La réduction du droit à simple capacité technique dans le processus de réconciliation ne parvient pas à offrir une alternative ou de nouveaux points de départ, fortifiant plutôt l'héritage de lois oppressives, par le biais de la superposition de la politique de réconciliation, espace monopolisant la définition du conflit. Ainsi McGregor (2006, p. 121).

future. Ce processus de réconciliation (voir les commissions de réconciliation en Amérique latine) exclut le droit, mais aussi ses sujets qui ont souffert aux mains de la loi: en lieu de localiser le rôle du droit dans la narration de l'histoire, la réconciliation protège la loi en tant qu' "État émissaire" et préserve ainsi l' "équilibre des pouvoirs" (Guha, 1986, 1997, p. 142).

L'irruption de l'extériorité de l'Autre, en tant qu'autre de la Totalité (système ou monde de la vie), s'oppose, en revanche, au consensus en vigueur, à l'accord formulé intersubjectivement dans le passé qui l'exclut (Dussel, 1994, p. 69), puisque ces sont dites normes la source de leur misère et souffrance.

La relation pratique communicationnelle avec l'Autre ne se limite pas au seul acte communicatif-linguistique, mais met en jeu ce qui était implicite, supposé dans l'acte-de-parole de l'interpellant: sa corporalité souffrante (Dussel, 1994, p. 81).

Le présupposé transcendantal de l'interpellation est a priori de la communauté de producteurs/consommateurs, présupposé transcendantal de chaque acte de travail et de consommation, car la victime est exclue de la communauté de communication si bien, et tout d'abord, de la communauté des producteurs.²⁵

L'acte de l'interpellation présente donc un statut épistémologique différent des autres actes-de-parole, tel que "commander", "exiger", "prier", qui sont tous des actes inter systémiques.²⁶

Pourtant ce différent statut épistémologique de l'interpellation ne lui empêche d'être "acte-de-parole". C'est-à-dire de répondre aux prétentions de validité, si comme formulées par Habermas dans sa reprise de l'acte illocutionnaire de Austin (Habermas, 1987; Austin, 1962), qui constituent la "force obligatoire" du langage humaine, par laquelle une "coordination communicative" des actions humaines pourra venir au jour (à la différence de la coordination stratégique).²⁷

Pour ce qui concerne la première condition de validité de l'acte, la vérité, qui se réfère à la partie propositionnelle de l'énoncé (ou à ses présupposés existentielles), l'interpellation étant un énoncé performatif et pas constatatif, n'a pas comme prétention primaire celle d'être véridique. Cependant, son contenu propositionnel et pragmatique plein²⁸ nous permet de le développer en tant qu'acte constatatif veritier, dans la formule suivante:

J'affirme que je t' "interpelle" pour l'acte de justice que tu devais accomplir avec moi.²⁹

Pour ce qui concerne la deuxième condition de validité, la veridicité ou sincérité, qui se réfère à l'intention de l'énoncé, il s'agit du moment caractérisant l'essence de l'acte de l'interpellation.

En effet, l'unique validation normative de l'acte interpellatif, pour que soit accepté avec force illocutrice par l'autre, n'est ni la pleine intelligibilité, ni la vérité, vue la difficulté de justifier la validité de vérité d'un énoncé qui s'oppose à tout ce qui était tenu comme veritier ou justifié dans la normativité du monde de la vie et du système hégémonique précédent. De même, la référence aux normes ne pourra pas être appelée ici, l'interpellation visant à les mettre en question.³⁰

Celui qui est interpellé n'a donc pas d'autres possibilités de communiquer avec l'interpellant qu'en acceptant, ou croyant, à la sincérité de l'interpellation de l'autre comme 'Autre du système', c'est-à-dire selon une conception plus radicale que la sincérité découlant de la simple dichotomie entre actes locutionnaire et illocutionnaire.

Le dit est un acte valide intersubjectivement parce qu'il est un énoncé fruit d'un acte sincère dans les termes de Levinas: il est le fruit du dire 'pur', qui témoigne, en le découvrant, l'espace d'intersubjectivité

²⁵ La découverte de l'altérité passe à travers une méthode *analeptique* de totalité et de praxis de libération, qui n'est pas seulement fondation épistémologique, mais aussi choix éthique, car par elle se manifeste la nécessité de la mise en discussion du système en vigueur (institutions, état, pédagogie, érotique). Voir Reich (1998).

²⁶ Dans le mandat, le parlant est l'autorité et l'autre doit obéir; dans la prière, le parlant est dans une position de dépendance, tandis que l'entendant a maintenant un pouvoir de décision; dans l'acte de l'exiger, le parlant se trouve dans le système institutionnel en vigueur, ayant droit à l'accomplissement de l'acte de justice.

²⁷ D'ailleurs, il est connu que les termes "acte illocutionnaire" et "effet illocutionnaire" ne couvrent pas le seul point de départ, comme en Austin, ou la *compréhension* de l'acte du langage, mais aussi l'être accepté sur la base de sa force obligatoire. Voir Habermas (1987).

²⁸ Pour contenu propositionnel et pragmatique plein on entend, en suivant Apel, l'interrelation entre les trois concepts de signification qui ne peuvent pas être dissociés entre eux, à savoir : l'*extensionnalité*, l'*intensionnalité* et l'*intentionnalité*. Voir Apel in Dussel (1994, p. 254). Toutefois il faut déjà souligner ici la difficulté pour la victime, en tant qu'exclu du système de signification et de symboles dominants de rendre pleinement intelligible son acte-de-parole.

²⁹ "Afirmo que yo te "interpelo" por el acto de justicia que debiste cumplir conmigo". On peut rejoindre ainsi Ricœur, puisque le sujet interpellant, toute victime du système dominant, peut essayer de justifier intersubjectivement, par le biais du discours argumentatif, la justice de sa prétention d'arriver à un accord, qui maintenant ne peut plus se fonder sur les droits et sur les responsabilités du système juridique en vigueur, sinon sur des principes éthiques qui transcendent le système lui-même. Cela constitue la différence fondamentale avec tout acte *intrasystémique*, car celui qui interpelle, en tant qu'extérieur au droit en vigueur, et n'ayant aucun droit dans celui-ci, s'oppose par définition.

³⁰ Des quatre prétentions de validité signalées par Habermas la sincérité est la plus difficile à montrer de façon argumentative, parce qu'il n'y a pas d'exercice proprement discursif ou rationnel, en demeurant simple attribut gnoseologique du dit, concordance entre mots et actions.

originaire dans lequel nous nous retrouvons tous. La phénoménologie du dire, en fait, est plus discrète que celle de l'acte illocutionnaire: elle se découvre, pour le dire ainsi, dans l'absence du dit (Levinas, 2006, p. 225).

Cette acceptation de la sincérité constitue le produit de la force illocutionnaire de la proximité, ainsi que l'effet perlocutionnaire découlant de sa force obligatoire de prétention de validité. Cette acceptation est rationnelle en tant que résultat d'une pratique discursive, où l'altérité du dire par rapport au dit est le corrélat linguistique de la pluralité ontologiquement irréductible des êtres.

La troisième condition de la validité de l'acte, la rectitude normative, se réfère à l'acte communicationnel en tant que partie de l'action sociale. Ne pouvant s'appuyer sur les normes, la rectitude normative découle de la dignité des victimes, à savoir d'un principe transcendantal, c'est-à-dire transculturel et trans-systémique, de vulnérabilité.

Quant à la dernière prétention, celle de la signification publique de l'acte illocutionnaire, d'un côté, c'est bien le point critique de l'interpellation, parce que partager la signification publique est la pré-condition de validité d'un acte du langage, pour que les prétentions susdites soient satisfaites; de l'autre côté, cette impossibilité renvoie à la force normative et émancipatrice de la vérité.³¹

La vérité ne constitue pas la simple reconnaissance de ce qui s'est passé, mais la validation d'une éthique différente que celle (déjà) existante de la communauté de communication.

La vérité réconciliée

Interpellation des dominés et morale juridique universelle

L'interpellation des dominés représente bien plus qu'un jugement moral, puisque il s'agit d'actions linguistiques qui renvoient par leur même contenu au-dehors d'elles-mêmes et exigent une transformation de la réalité. La compréhension de significations occasionnelles de signes linguistiques ad hoc, en tant que significations publiques et intersubjectivement valides, ne serait pas possible sans des règles constitutives de ce langage, par lesquelles les intentions de significations puissent être articulés publiquement (Apel, 1981, p. 103).

La Constitution sud-africaine provisoire de 1993 constitue cette convention ad hoc: ses trente-quatre principes relatifs aux droits fondamentaux énoncent les termes de la paix civile rétablie et à maintenir, et normeront à leur tour la Constitution définitive.³²

La Constitution provisoire et la démarche de vérité et réconciliation qu'elle promeut par son fameux Epilogue jouent le rôle de fondement du droit constitutionnel.³³ Ainsi, le présent de la Constitution provisoire consiste à poser un point d'origine, un moment de transition entre un "jamais plus" et un "pas encore", mais le nous invoqué dans le texte ad intérim se réalise seulement à travers la démarche de vérité.

Forgée par le travail de vérité et réconciliation de la Commission et assujettie par la Cour constitu-

³¹ En effet, son *intelligibilité* est dans les faits compromise, car la "intersubjectivité publique" est celle de la communauté de communication réelle, *Lebenswelt* structurée par une autre culture, autres systèmes des valeurs, autre langue, où la signification de l'intention communicative prétendue par l'interpellant dans un sens *pragmatique* plein se révèle difficile à saisir. Son 'intentionnalité référentielle' (*referential intentionality*) se dirige vers un *denotatum* historique possible, "pas-encore-existant", un projet de libération, dont la validité publique ne pourra jamais être correctement interprétée au sein de la totalité institutionnelle.

³² Ces principes, au service du maintien de la réconciliation par le fait qu'ils garantissent les respects des droits civils et politiques, économiques et sociaux, forment le nouveau cadre épistémologique qui s'impose au constituant: le peuple souverain sud-africain (*how to do things with constitutional words*). Ces principes constitutionnels furent les principes directeurs sur lesquels les parties, principalement ANC (*African National Congress*) et PN (*National Party*), avec un rôle de médiateur confié au PD (*Democratic Party*), s'accordèrent pour l'écriture de la Constitution provisoire puis de la Constitution définitive. Ils constituent l'ossature des textes de 1993 et de 1996 et figurent en annexe IV de la Constitution de 1993. On ne trouve aucune référence précise à la question des responsabilités passées ou d'une possible amnistie. La question de la justice transitionnelle apparut seulement avec l'adoption de l'Epilogue de la Constitution, qui fonctionne comme une charnière entre le compromis des négociations et du *negotiated settlement* et le développement de la Commission Vérité et Réconciliation. Voir De Villiers (1994) et Doxtader (2004, p. 253), qui décrit les négociations constitutionnelles comme une forme de réconciliation. L'examen de la législation entre 1990-1993 permet de relever que le parlement de l'apartheid avait adopté trois lois immunisant contre les poursuites les auteurs de certains actes commis durant la période d'apartheid. Ces lois furent critiquées et abrogées ultérieurement, mais démontrent que la question était bien au centre de la réflexion menée aussi par le Parti national (Loi 35/1990, *Indemnity Act*, complétée par la loi 124/1992, *Indemnity Amendment Act*, et la loi 151/1992, *Further Indemnity Act*). L'espérance du PN n'était peut-être pas seulement de se maintenir, mais aussi de continuer à jouer un rôle important sur la scène politique dans le nouvel ordre démocratique. Sur ce point (Asmal et al., 1996, p. 30). Le Parti communiste faisait publiquement valoir que la transition exige une sorte d'amnistie modifiée, amnistie selon laquelle les candidats révéleraient la nature et l'étendue de leurs crimes. Ainsi Slovo (1992). Au mois d'août suivant, l'ANC sembla se rapprocher de la position de Joe Slovo. L'idée d'une "amnistie légale constitutive" au sens où elle rétablit les conditions sous lesquelles la force de loi peut opérer et prétendre incarner la justice est reprise en (Rwelamira, 1996).

³³ La valeur constitutionnelle du postambule fut consacrée par la Constitution elle-même par le texte de l'article 232 (4) et immédiatement soulignée par plusieurs commentateurs. A la différence du *préambule* qui se réfère aux principes développés dans la Constitution, l'Epilogue impose au législateur une obligation de mise en œuvre des principes de réconciliation et de l'amnistie. Il s'agit d'une "habilitation-obligation" qui sera concrétisée dans la loi n. 34 du 26 juillet 1995, sur la promotion de l'unité nationale et la réconciliation (Basson, 1994, p. 339).

tionnel au respect des principes relatifs aux droits fondamentaux inscrits dans la Constitution provisoire, la souveraineté du peuple sud-africain va se construire sa forme tout à fait originale, jaillie de la parole constituante. Le respect des droits de l'homme dans l'exercice de sa volonté constituante la prémunisse contre toute régression vers l'apartheid, lui évitant la désunion et la désagrégation. La Commission se pose alors comme la véritable Grundnorm légitimant le nouveau système constitutionnel.

Dans ce contexte, la Constitution n'est pas conçue en termes purement de procédures et règles disciplinant le conflit, mais comme un acte performatif par lequel "un peuple constitue soi-même dans un corps politique"³⁴.

La garantie constitutionnelle de la justice transitionnelle confère au processus une dimension permettant de marquer une rupture. La reconstruction de la société sud-africaine ne peut s'opérer sans l'établissement de ce lien avec son passé, qui permettra ultérieurement une meilleure garantie des droits fondamentaux.³⁵

Il est symptomatique sur ce point que la Cour constitutionnelle interprète la charte des droits en utilisant systématiquement cette dimension historique des droits fondamentaux, en situant les droits nouveaux par rapport à leurs violations passées. La Cour constitutionnelle n'a pas hésité dès le début de son activité³⁶ à marquer son attachement à une cul-

ture des droits fondamentaux conçue par différence vis-à-vis du passé, que ce soit dans l'interdiction des châtimens corporels³⁷ ou la politique éducative³⁸. Egalement et de façon significative toute la jurisprudence développée en matière des droits économiques et sociaux fait preuve d'un dynamisme étonnant que peu de juridictions constitutionnelles sont capable d'afficher.³⁹

C'est là un fruit mûr du travail de mémoire et deuil de ceux qui – dans les mots de Ricœur – "devenus à nouveaux des vivants ont fait prévaloir la vie sur la mémoire de la mort", constituant le véritable rempart contre toutes dérives autoritaires du droit, bien connues dans les démocraties occidentales.⁴⁰

La légalité de la Commission a été contestée devant la Cour suprême, qui a rejeté le recours au terme d'une argumentation serrée.⁴¹ La Cour suprême reconnaît simultanément la prééminence du collectif sur l'individuel, parce qu'il n'y a des garanties des droits que dans une cité qui a retrouvé la paix, et la subordination de la politique au respect des droits fondamentaux de l'individu.⁴²

L'objectif assigné à la Commission sud-africaine, plus précisément au comité chargé des atteintes graves aux droits de l'homme (Human rights Violation Committee), lequel entend les dépositions publiques en audition (hearings) des perpetrators et des victimes, n'était ni la réparation matérielle des crimes du passé ni la punition des auteurs, mais de donner corps à une

³⁴ En suivant Hannah Arendt, la possibilité de sa constitution dérive de son actualisation par l'action publique et l'acte de parole. Il ne peut y avoir de sujet collectif qui préexiste à cet acte de constitution, la seule constitution légale ne garantissant pas la communauté (Arendt, 1965, p. 203). Ainsi la constitution éthique de la collective dérive de la bonne volonté "to live together with others in the mode of acting and speaking" (Arendt, 1998, p. 246). De même Ackerman définit la révolution "a successful attempt to transform the governing principles and practices of a basic aspect of social life through an act of collective and self-conscious mobilization" (Ackerman, 1992, p. 5-6).

³⁵ Autrement dit, la dynamique constitutionnelle ayant permis la création du processus de justice transitionnelle s'est enrichie elle-même lors du déroulement de ce processus.

³⁶ Cour constitutionnelle 23/94, *Shabala and Others vs. Attorney-General of the Transvaal and Another, S. vs. Makwanyane and Another*, en *Butterworths Constitutional Law Review*, 1995, n. 6, 665. Notamment, la première décision d'homologation de la Constitution de 1996: Cour constitutionnelle, 23/96, *Certification of The Constitution of The Republic of South Africa*.

³⁷ *Ex Parte Gauteng Provincial Legislature: In re Disputing the constitutionality of certain provisions of the Gauteng Education School Bill of 1995*, South Africa Law Report, 1996, n. 3, 751.

³⁸ Cour constitutionnelle, S. vs. *Williams*, South Africa Law Report, 1995, n. 3, 632.

³⁹ Le débat historique sur la valeur du libéralisme se poursuit en Afrique du Sud. Les documents sur le sujet sont très nombreux et couvrent aussi bien le nationalisme afrikaner que la conception de la lutte de l'ANC. Voir Heribert et Giliomee (1979); Rich (1976, p. 229); Mandela (1953).

⁴⁰ Il ressort que la constitutionnalisation de la justice transitionnelle emporte une conséquence importante quant à la hiérarchie des normes: son insertion dans le processus constituant favorise une amélioration de son efficacité et une garantie de son existence, permettant de mettre à l'abri principes et valeurs si chèrement acquis des décisions ultérieures des gouvernants, qui pourraient être tentés, quelques années après la fin du processus, de contourner ses résultats. L'hypothèse ne pas purement théorique, car au début de l'année 2002, le Président de la République a accordé son pardon à un certain nombre de personnes qui n'avaient pas témoigné devant la Commission Vérité et Réconciliation ou qui n'avaient pas sollicité l'amnistie. Cette mesure de clémence fait partie des attributions présidentielles, mais elle porte atteinte au processus de vérité et réconciliation, mis en place à la fois par l'Épilogue de la Constitution provisoire de 1993 et par la loi sur la promotion de l'unité nationale et réconciliation de 1995. Une telle mesure pourrait faire l'objet du contrôle de constitutionnalité, vu que la Cour constitutionnelle sud-africaine a déjà accepté par le passé de soumettre le pouvoir de grâce présidentiel (*President of the Republic of South Africa vs. Hugo*, en *South Africa Law Review*, 1997, n. 4, 1).

⁴¹ Dans le fameux arrêt AZAPO, la Cour met en balance des droits individuels et des droits collectifs et estime que les entorses au *due process of law* (pas de *cross-examination*, pas de *rule of evidence* et, surtout, pas de condamnation), déterminées par certaines dispositions de la loi de 1995 relatives à l'amnistie, sont justifiées par la quête d'un bien supérieur. L'appel à l'amnistie de l'Épilogue était une nécessité constitutionnelle, une *action publique* et un *bien public*, même si l'amnistie porte indéniablement atteinte aux droits fondamentaux. Ainsi la Cour a analysé la législation au regard de l'habilitation offerte par le constituant au législateur de mettre en place un système d'amnistie compatible avec les objectifs de vérité et réconciliation.

⁴² Le juge Mahomed ainsi écrit: "Le résultat, à tous les niveaux, est de réaliser un équilibre difficile, délicat, peut-être même angoissant, entre le besoin de justice pour les victimes des crimes du passé et le besoin de réconciliation et d'une rapide transition vers un nouvel avenir; entre encourager les auteurs d'injustices pour permettre la découverte de la vérité et apporter des réparations aux victimes de cette vérité; entre une correction au sein de l'ancien et la création du nouveau. Il s'agit d'un exercice d'une difficulté immense, à l'interaction d'un vaste réseau de considérations politiques, émotionnelles, éthiques et logistiques. Il s'agit de l'appel à un jugement portant de manière substantielle sur le domaine de ceux à qui il fut confié de légiférer dans la période précédente et au cours de la période de transition" (*The Azanian people organization (AZAPO) and others vs. the President of the Republic of South Africa*, 25 juillet 1996, Cour constitutionnel, 17/96, § 21).

communauté politique sur de nouvelles bases après la violence de masse de l'apartheid, à travers la diffusion d'une culture démocratique.⁴³

Cette expérience constituante rend manifeste la différence profonde qui passe entre la "morale juridique universelle critique", car se réfère, en dernière instance, à un principe universel transculturel de vulnérabilité, et les principes politiques de l'Etat de droit constitutionnel, qui sont communautaires au sens de Habermas, ayant toujours caractère local.⁴⁴

La morale juridique soumet l'ordre juridique à l'idée d'une réglementation qui s'oppose à l'arbitre et à la violence, qui se réalise universellement et qui rend ainsi possible un avantage pour tous les individus concernés. Une telle réglementation peut être définie comme "raison juridique pratique" et se concrétise à travers trois paliers de reconnaissance:

- morale en tant que constitution et légitimation du droit
- morale en tant que réalisation du droit
- morale qui donne norme au droit (Höffe, 2001b, p. 38-39).

Au premier niveau sont introduites des règles déterminées⁴⁵; au deuxième, on agit rigoureusement en conformité de celles-ci⁴⁶; au troisième palier les règles juridiques morales sont elles-mêmes sujet aux principes juridiques morales⁴⁷.

Le principe de vulnérabilité, justifiable indépendamment de l'appartenance culturelle, soit pour sa composante descriptive, soit pour celle normative, se manifeste ainsi sur le plan historique par l'interdiction de punir, sur le plan philosophique par le scandale de la punition, mais sur le plan théorique sa reconnaissance est atteinte seulement à travers un intérêt théorique à la vérité, en tant que principe pratique (éthico-politique) de libération.

La justice est ici liée au discours et à la subversion des grands récits, toujours en alerte devant la possibilité du différend et de l'aporie à l'origine de chaque acte de langage (Lyotard, 1979; 1983).

Cette Commission, en donnant la parole aux victimes de l'apartheid, a annulé plutôt la force même du discours de l'apartheid, son mandat et ses procédures ont prêté attention aux différends imposés par l'apartheid. La Commission de vérité et réconciliation a opéré un hiatus au sein du discours politico-juridique sans lequel cette nouvelle république n'aurait jamais pu naître.

Cette justice est donc plurielle, non pas parce qu'elle réserve une place à ceux qui ont commis des crimes pendant l'apartheid, mais parce qu'elle est à l'écoute de ce qui pourrait avoir lieu (Charland, 2004, p. 205)⁴⁸. L'acte juste ne sera pas déterminé par une herméneutique conventionnelle, mais plutôt par une herméneutique de l'absence.

La dimension radicale de l'altérité, la reconnaissance de l'Autre en tant qu'exclu du système, peut être saisi seulement par une pensée du dehors, c'est-à-dire fondée sur une ontologie du manque.

Ce type de pensée se traduit nécessairement dans l'affirmation de la responsabilité collective, à travers laquelle poser la dignité de peuple comme dimension universelle de la dignité humaine, où le particulier ne disparaît pas, mais au contraire est-il reconnu dans sa particularité.⁴⁹

La Commission et l'archè de la communauté juridique

En effet, ce qui spécifie le discours constitutionnel sud-africain de 1993 est que sa réussite illocutoire est supposée ne rien devoir au déploiement

⁴³ Il s'ensuit que les problèmes juridiques issus du caractère spontané de la négociation de la transition vers la démocratie – commencée avec la libération de Nelson Mandela et d'autres prisonniers politiques, et la levée de l'interdiction de l'*African National Congress* et d'autres partis politiques en février 1990 - et de son absence de légitimité juridique au regard des normes applicables (n'ayant tiré sa légitimité d'une quelconque consultation globale de la population), équivaut à oublier le fait que les constituants, quelle que soit leur légitimité, avaient une responsabilité face à la majorité du peuple sud-africain. La participation massive aux premières élections libres du 27 avril 1994, par lesquelles le peuple sud-africain s'est approprié du processus (une sorte de régularisation à *posteriori*), nous montre que la justice transitionnelle, même si elle est l'œuvre d'un petit groupe de penseurs de l'ANC (et non du NP), qui avait déjà expérimenté ce type de structure dans le cadre de son organisation interne, a reçu le soutien populaire, parce qu'elle correspondait à une aspiration de tous. Par ailleurs, après l'adoption de la Constitution provisoire de 1993, la forme des commissions, ses missions, structures et procédures furent débattues au cours de différents séminaires et conférences avant de prendre corps dans la loi de juillet 1995.

⁴⁴ Sur le plan normatif s'exprime cette "morale juridique universelle", ou "justice politique", dont nous parle Otfried Höffe, c'est-à-dire une morale dont la reconnaissance n'est pas seulement objet d'espoir ou d'atteinte, mais au contraire est-elle réclamée en tant que droit, par lequel pouvoir se concrétiser au sens positif (Höffe, 2001b).

⁴⁵ Les principes de la Constitution de 1993.

⁴⁶ La Commission Vérité et Réconciliation investie par le constituant provisoire de 1993.

⁴⁷ A travers le mécanisme d'un contrôle de constitutionnalité assuré par la Cour constitutionnelle, la Constitution définitive de 1996 est subordonnée à la Constitution provisoire de 1993.

⁴⁸ Cette justice s'apparente ainsi au principe de "natalité" chez Hannah Arendt qui reconnaît en tout moment la possibilité que surgisse du *jamais-vu* ou du *jamais-entendu*.

⁴⁹ Il s'ensuit que la morale juridique universelle est tout à fait différente d'une morale du système de droit pénal. La morale juridique n'est pas une morale 'du droit' (intraisemblablement, il faudrait avoir aussi... un droit du droit !), mais un secteur précis de l'épistémologie. Une justice rétributive aurait alors été impraticable, non pas simplement pour des contraintes militaires, politiques, juridiques, économiques, et le risque de relancer la violence à cause de procès mal préparés (menace réelle en Argentine après la chute de la dictature), mais, tout d'abord, parce qu'elle aurait été injuste envers le *devenant*.

d'une force matérielle de coercition, à la mise en œuvre d'une violence étatique répressive. La rencontre physique entre l'agent (perpetrator) et la victime dans l'enceinte de la Commission n'a rien à voir avec l'accord qui dans une perspective contractuelle découle des volontés convergentes des parties ayant visé l'entente sur le mode pacifique de la négociation. Si la reconnaissance des ses crimes par l'agent est nécessaire pour ne pas avoir à répondre juridiquement de ses actes, le pardon de la victime ne l'est pas.⁵⁰ Celle-ci est dessaisie d'un pouvoir de 'pardonner efficacement' qui est prise en charge par l'Etat et exercé pour son compte, par la médiation de la Commission prononçant l'amnistie.

La parole des victimes n'a donc pas d'effet juridique.

Cela est considéré une anomalie par des auteurs qui, en faisant découler la frustration des victimes, qui n'ont pas eu leur mot à dire dans la distribution de la grâce amnistiante, n'ont pas reconnu la reconnaissance mutuelle à la base de la réconciliation. Selon ces auteurs, loin de se penser en radicale opposition à la logique rétributive du droit pénal, la procédure de vérité et réconciliation ne ferait au contraire que la conforter (Cayla, 2004)⁵¹.

Paradoxalement, dans la logique du proces pénal, alors que l'Etat manifeste sa puissance par la justice, par le monopole de la faculté de punir, la victime sort de sa condition d'infériorité en retrouvant, lors du procès pénal, la capacité de réclamer vengeance (agency).⁵²

Par contre, la collectivité (même dans sa forme d'Etat) se décharge ici de la faculté de punir. Exemplaire à ce jour est la justice de transition mise sur pied à El Salvador, dont le premier acte fut l'abolition de la peine de mort⁵³, peut-être, en atteignant ici le plus haut niveau d'échange transcendantal, dû à la renonciation de la violence par et pour une pratique de reconnaissance mutuelle des droits fondamentaux dans un système de réciprocité, le seul à permettre de démonter le rôle de l'Etat, ou de la collectivité, en tant que prescripteur de peines.⁵⁴

Le centre de gravité de ces Commissions n'est donc pas à rechercher du côté des équations juridiques, de la rétorsion-Vergeltung, de l'intérêt politique ou des bénéfices individuels, mais de celui d'une relation libérée de toutes ces dimensions. L'aveu est offert à la victime mais il peut être refusé. A différence de l'amnistie de droit, le pardon est d'une autre nature et renvoie le sujet à sa liberté absolue (Derrida, 2004).

La reconnaissance procède d'un échange particulier fait d'un don (l'aveu de sa faute) et d'un possible contredon (le pardon), le tout garanti par un tiers qui assure en revanche l'amnistie sous certaines conditions. Cette reconnaissance, pour reprendre les mots de Ricœur, est une reconnaissance qui ne se reconnaît pas elle-même: elle ne procède pas d'un sentiment moral mais d'un geste, un geste qui porte en lui-même sa signification et donc protège d'un engagement trop grand.⁵⁵

Ainsi cette reconnaissance mutuelle renvoie à l'archè, non pas de l'humanité, mais de la communauté juridique, qui relève plus profondément de la constitution de la cité, lieu de concrétisation historique de la morale juridique universelle.⁵⁶ Le crime amnistiable

⁵⁰ Yasmin Sooka, membre de la Commission, l'explique très clairement aux victimes, comme le montre le film d'André Van In, *La Commission de la vérité*.

⁵¹ Pour l'auteur le processus sud-africain de vérité et réconciliation est un dispositif juridique "destiné à fonder le droit, c'est-à-dire à opérer un contrat social empirique de type hobbesien, pour tout dire, résolument moderne" (Cayla, 2004, p. 107).

⁵² Pourtant il ne faut pas oublier le *différend* entre la dimension existentielle du procès et sa dimension organisationnelle, cette dernière s'exprimant à travers une *épistème* de vérité objective, par le seul moyen de la preuve des faits. Cet écart entre langage crée une zone secrète, destinée à rester cachée (Lyotard, 1983); sur la vérité en tant qu'*épistème* scientifique, est obligatoire le renvoi à Foucault des Cours au Collège de France. Sans aucun doute, comme nous dit l'un des principaux commissaires de la Commission, "nous avons été à même d'en apprendre beaucoup sur les victimes prises une par une et sur la manière dont le système fonctionnait dans le détail" (Sooka, 2003).

⁵³ "In 1997 extrajudicial confessions were invalidated through a constitutional amendment. Torturing suspects to force them to confess and then using that confession against them in court was no longer allowed. In addition, the structure of appointment and review of judges was overhauled: an independent Council of the Judiciary took over the oversight and removal of judges, and functioned under a new broad and democratic system for the election of judges. [...] A new Criminal Procedures Code was passed in late 1997 to better protect the procedural rights of defendants and victims. These reforms were a direct outcome of recommendations made by the El Salvador truth commission, although they did not come easily. According to its terms of reference, the recommendations of the truth commission were mandatory [...]. According to Jeff Thale, a researcher on El Salvador for the Washington Office of Latin America, the new Criminal Procedures Code, which contains many of these basic reforms, "wouldn't have happened without the truth commission's recommendations. It was the truth commission's calling for these judicial reforms which gave the UN the mandate to push for them" (Hayner, 2001, p. 166).

⁵⁴ Comme le remarque Garapon, cet échange avait d'autant plus de chances de réussir que le bien échangé n'était pas la souffrance comme dans la peine ou la vengeance, mais la liberté, mieux: la *libération*. Cet échange positif rend chacun partenaire d'une même émancipation. (Garapon, 2004, p. 181, 2002, 1996).

⁵⁵ Cela en opposition à beaucoup qui ont insisté sur cette prégnance des émotions ainsi que sur l'intrusion de la religion dans le domaine civil (Kiss, 2000).

⁵⁶ Ainsi Garapon, Hoffe, Balibar.

n'est pas le crime contre l'humanité, mais le crime contre l'unité nationale et la pratique démocratique.⁵⁷

Un problème de compatibilité entre l'octroi d'une possible amnistie par la Commission Vérité et Réconciliation et les normes internationales, ou même les standards internationaux imposant l'obligation de poursuivre les responsables de violations graves aux droits fondamentaux a été formulé dans ces termes: si l'amnistie peut se concevoir, elle doit être écartée notamment pour les crimes contre l'humanité.⁵⁸

Dans cette logique, cependant, s'il y avait une violation d'une obligation internationale par la reconnaissance du processus d'amnistie et de justice transitionnelle, elle était susceptible d'engager avant tout la responsabilité internationale de l'Etat, mais se détachait du choix opéré par les constituants (Philippe, 2004, p. 231). La Commission interaméricaine des droits de l'homme, bien que cette analyse ne lie pas les constituants sud-africains, s'était prononcée en 1986 sur la validité des lois d'amnistie adoptées dans différents pays de l'Amérique latine : tout en rappelant le besoin inéluctable de justice, elle considéra que cette question devait être renvoyée aux autorités nationales en tenant compte notamment de leurs efforts en faveur de la réconciliation nationale et de la pacification sociale.⁵⁹

On ne veut pas s'attarder ici (plus qu'on puisse le faire dans le cadre de cette intervention) sur le débat relatif à la place que la Constitution provisoire de 1993 fait au droit international (jamais connue auparavant) ou sur l'analyse menée par la Cour suprême sur cette question.⁶⁰

Car ce type de débat ne permet pas d'examiner le processus de justice transitionnelle au regard de son

apport dans la reconstruction de l'Etat de droit et de la démocratie.

En particulier que

- (i) se vérifie un échange de plus haut niveau logique, puisque – en suivant Höffe – les droits existent non pas purement parce que l'être humain possède des intérêts de plus haut niveau – “ transcendants ” – à la vie et à l'intégrité physique, mais dans le moment où les intérêts peuvent être réalisés seulement réciproquement, et dans le “ système de réciprocité ” chacun exige déjà une prestation – la renonce à la violence – de la part des autres, ayant lieu exclusivement à la condition de la prestation réciproque, c'est-à-dire sa propre renonce à la violence (Höffe, 2001b, p. 64);
- (ii) qu'au contraire il allait fournir une autre manière d'impliquer les victimes – une manière qui prendrait en compte leur douleur et leur souffrance;
- (iii) si bien que de tel type de débat ne se dégage pas un regard plus approfondi sur la compatibilité de l'Epilogue de la Constitution de 1993 avec les principes de référence du droit international conventionnel et coutumier (Dugard, 1997, p. 267).

Enfin, on oublie souvent la prise en charge des victimes par l'Etat, élément fondamental de la transition constitutionnelle à travers un parcours de vérité et réconciliation, car le seul à pouvoir la caractériser comme une architecture beaucoup plus complexe,

⁵⁷ Ainsi, “refuser d'amnistier, souhaiter le maintien de la sanction, le contrôle de l'autre, la situation de dominance, c'est refuser de courir le risque d'accepter l'autre, celui qui est différent” (Gacon, 2002, p. 354). Dans l'esprit de l'*ubuntu*, que l'Epilogue de la Constitution provisoire rappelle expressément, c'est le corps social dans son ensemble qu'il s'agit de guérir. Comme l'explique Tutu, le mot *ubuntu* exprime le fait de se montrer humain. “C'est assez différent du “Je pense donc je suis”. Cela signifie plutôt: “Je suis humaine parce que je fais partie, je participe, je partage”. [...] L'harmonie, la convivialité, le sens de la communauté sont des biens précieux. Pour nous, l'harmonie sociale est le *summum bonum*, le souverain bien. Tout ce qui est susceptible de compromettre cette harmonie doit être évité comme la peste. La colère, le ressentiment, le désir de vengeance, et même le succès obtenu au prix d'un affrontement agressif, ont le pouvoir de corroder cette harmonie. Pardonner, ce n'est pas seulement se montrer altruiste, c'est aussi se soucier au plus haut point de son propre intérêt. Ce qui vous déshumanise me déshumanise fatalement. Le pardon confère aux hommes une capacité de résistance qui leur permet de survivre à certaines situations, et de demeurer humains en dépit de tous les efforts déployés pour les déshumaniser” (Tutu, 1999, p. 38).

⁵⁸ Toute une littérature publiée depuis de la fin des années '80 militait en ce sens, en reconnaissant des normes développées et dégagées dans ces conventions (dont l'Afrique du Sud n'était partie aucune à l'époque de l'apartheid) caractère de principe de droit public international qui ne peut pas être dérogé. Ainsi May, *Crimes Against Humanity* (2005); Feinberg, *Harm to Others* (1984); Bassiouni, *Crimes Against Humanity* (1999); McDougal et al., *Human Rights and World Public Order* (1976); Tunkin, *Jus Cogens in contemporary international law* (1971); Parker et Neylon, *Jus Cogens: Compelling the law of human rights* (1989); Malamud-Goti, *Transitional governments in the breach: Why punish state criminals?* (1990); Orentlicher, *Settling Accounts: The duty to prosecute Human Rights violations of a Prior regime* (1991); Paust, *Universality and the responsibility to enforce international criminal law: No US sanctuary for Alleged Nazi War Criminals* (1989); Roth-Arriaza, *State responsibility to investigate and prosecute violations in international law* (1990).

⁵⁹ En 1992 une commission reprenant le raisonnement de la Cour interaméricaine dans l'affaire *Velasquez Rodriguez*, considéra que les droits fondamentaux garantis par la Convention avaient été méconnus dans les lois d'amnistie mises en place par l'Argentine, l'Uruguay et le Chili.

⁶⁰ La Constitution reconnaissait au droit international conventionnel un statut officiel en l'intégrant comme norme interne, par transposition ou par le seul accord du Parlement à sa ratification. Le droit international coutumier était lui aussi reconnu par la Constitution mais, tout comme le droit conventionnel, restait soumis à la supériorité hiérarchique de celle-ci. Voir l'article 231 de la Constitution provisoire de 1993. De nouveau la décision AZAPO allait donner l'occasion à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur cette question. Pour une synthèse (Philippe, 2004, p. 232-233). Pour la critique de la décision de la Cour (Dugard, 1997).

matérielle et réelle, que Dussel appelle significativement d'Éthique de la libération.⁶¹

Une réconciliation réelle doit s'attaquer à l'inégalité structurelle et aux besoins matériels; le changement doit être matériel parce que la pauvreté et l'inégalité interdisent la dignité, ce qui n'exclut pas les poursuites judiciaires, mais accepte que les poursuites et la justice pénale aient pour limites la manière dont elles peuvent réparer la vie des victimes.⁶²

Le processus de réconciliation s'achève par le processus de restitution des terres spoliées, à travers la Commission de rétrocessions des terres (Commission on Restitution of Land Rights)⁶³, assorti d'une juridiction spéciale (Land Claims Courts), laquelle comprend des procédures de justice restitutive, et par le processus de réparations et de réhabilitation, à travers le comité de réparation et réhabilitation (Reparation and Rehabilitation Committee)⁶⁴.

Le Comité des réparations et de réhabilitation souligne la nécessité impérieuse des réparations individuelles à l'égard des victimes qui, du fait de l'amnistie, ont perdu, qu'elles le veuillent ou non, toute la possibilité de faire valoir leur droit contre ceux qui leur ont fait tort. La réhabilitation et les mesures de réhabilitation sont nécessaires pour contrebalancer le processus d'amnistie en Sud Afrique. Or, ces réparations, recommandées par le Comité, n'ont cessé de se faire attendre. Ce retard a effacé profondément les résultats d'une réconciliation réelle, sans considérer les difficultés à venir si l'on ne trait pas ces problèmes de façon avisée.⁶⁵

Comme le témoigne le commissaire Sooka, durant toute cette période s'est développée une culture de la violence qui n'a pas été canalisée de manière à construire positivement l'avenir, vivant rappel de la manière dont la société n'a pas assumé sa responsabilité en les aidant à progresser du passé vers le futur (Sooka, 2003, p. 314)⁶⁶.

La " morale juridique universelle " nous apparaît finalement comme moment secondaire, dérivant de la responsabilité éthique originaire solidaire (Nagy, 2002; Chinapen et Vernon, 2006). Coupée de cette racine éthique la justice ne saurait être qu'une trêve nécessaire au partage des forces du jour. Si des milliers de personnes continuent à éprouver un sentiment d'injustice, on considérera que la réconciliation a échoué.

Références

- ACKERMAN, B. 1992. *The future of the liberal revolution*. New Haven, Yale University Press, 152 p.
- AGAMBEN, G. 2006. *État d'exception. Homo sacer*. Paris, Seuil, 151 p.
- ARENDT, H. 1998. *The human condition*. 2^e ed., Chicago, University of Chicago Press, 349 p.
- ARENDT, H. 1965. *On Revolution*. London, Penguin, 350 p.
- APEL, K.O.; DUSSEL, E. 1999. *Etica della comunicazione ed etica della liberazione*. Napoli, Editoriale Scientifica.
- APEL, K. O. 1981. Intentions, conventions and references to things: Dimension of understanding meaning in hermeneutics and in analytic philosophy of language. In: H. PARRET; J. BOUVERESSE (dir.), *Meaning and understanding*. Berlin, W. De Gruyter, p. 79-111.
- ASMAL, K.; ASMAL, L.; ROBERTS. 1996. *Reconciliation through the Truth: A reckoning of apartheid's criminal Governance*. Cape Town, David Philip, 231 p.

⁶¹ Le préambule de la loi sur la promotion de l'unité nationale et la réconciliation de 1995 stipule que l'un des objectifs est "la mise en œuvre de mesures visant à l'allocation d'une réparation, et à la réhabilitation et au rétablissement de la dignité humaine et civique des victimes des violations des droits de l'homme". Ainsi l'article 4 (f) et 25 (b).

⁶² Mamdani suggère que la focalisation sur les criminels attise l'exigence de l'option "justice pénale". Une focalisation sur les bénéficiaires déplace l'objectif vers une idée de la justice comme justice sociale pour les victimes. Ainsi, si la réconciliation sociale n'est pas possible sans la réconciliation politique, la réconciliation politique ne saurait jamais être durable sans une réconciliation sociale (Mamdani, 2001). Voir aussi, Hayner (2001); Botha (2004). Or, selon le Président de la République, Thabo Mbeki, "le meilleur moyen de réparer les torts causés par l'apartheid est de susciter l'investissement et la croissance économique". Il désapprouve les poursuites judiciaires engagées contre de grandes banques et des grands groupes pétroliers devant un tribunal de New York. En revanche, le prix Nobel pour la paix, Desmond Tutu, affirme que le versement de compensations est bel et bien à même de "promouvoir la réconciliation" et qu' "il n'est pas encore trop tard". Voir *Le Monde* du 3 février 2004, 32. Jusqu'au présent, la réponse du gouvernement a consisté à parler de réparations en faveur de la communauté, sans toutefois avancer aucune définition claire. Comme il a été souligné, on peut certes considérer comme autant des manières de compenser les torts du passé nombre d'initiatives du gouvernement, comme l'attribution de logements, de service de santé, d'avantages sociaux, de l'électricité, de l'eau, ainsi que les suppressions des injustices raciales dans le domaine de l'éducation et des offres d'emploi. Mais il faut quelque chose de beaucoup plus immédiatement tangible pour ceux qui demeurent les plus pauvres et les plus désavantagés. Ainsi Villa-Vicencio et Doxtader (2004).

⁶³ Créé dès novembre 1994, soit huit mois avant la Commission de Vérité et Réconciliation, a terminé ses travaux en 2003, avec des remarquables résultats : rétrocession de propriétés, de droits miniers, de zone rurales et urbaines comme le fameux *District six* du Cap (programme de reconstruction et de relogement de 4000 familles métisses, de 2004 à 2007, pour réparer le déplacement forcé de 60000 personnes, en 1967, quand ce quartier du Cap fut déclaré blanc et entièrement rasé). Les archives de la Commission de rétrocession des terres sont disponibles sur www.server.law.wits.ac.za/lccl/.

⁶⁴ *Rapport*, I, 10. Son mandat consiste à faire des recommandations au gouvernement : pour y parvenir il lui faudrait entamer des vastes discussions et mener des enquêtes approfondies. En janvier 1996, un Comité d'amnistie (*Amnesty Committee*) est chargé d'instruire les demandes recevables, de les admettre ou non en audition publique (sinon, elles sont traitées *in camera*, en chambre du conseil) et, en fin de parcours, de recommander ou non l'amnistie. A la différence des deux autres, il comporte des juges de profession et décrit la procédure en cinq phases d'examen d'une demande d'amnistie. Voir *Rapport*, I, 10, "Amnesty Committee", § 18-29.

⁶⁵ Comme pour le Chili et l'Argentine (et désormais le Brésil), dont les gouvernements doivent après des décennies affronter de nouveau la pression de l'opinion publique pour trouver des mécanismes susceptibles de réparer le passé.

⁶⁶ Au nombre des laissés-pour-compte de la transition, se trouvent les jeunes recrues qui ont appartenu aux groupes paramilitaires, beaucoup entre eux sans qualification ni éducation, n'ayant d'autre choix que d'utiliser les agressions de rue, allant jusqu'au crime, pour gagner leur vie. Voir aussi, Lollini (2011).

- AUSTIN, J. 1962. *How to do things with words*. Oxford, Oxford University Press, 166 p.
- BASSON, D. 1994. *The interim Constitution*. Pretoria, Juta.
- BASSIOUNI, M.C. 1999. *Crimes against Humanity in international criminal law*. Boston, Kluwer Law International, 610 p.
- BENJAMIN, W. 2000. Critique de la violence. In: G. FLAUBERT; R. DUMESNIL; A. THIBAUDET, *Œuvres I*. Paris, Gallimard, p. 210-243.
- BENJAMIN, W. 1985. *Origine du drame baroque allemand*. Paris, Flammarion, 264 p.
- BLOCH, E. 1991. *Le principe espérance*. Paris, Gallimard, tome 3, 564 p.
- BOTHA, H. 2004. Equality, dignity and the politics of interpretation. *South African Public Law*, 19(2004):724-751.
- CAYLA, O. 2004. Aveu et fondement du droit. In: B. CASSIN; O. CAYLA; P. SALAZAR (dir.), *Vérité, Réconciliation, Réparation*. Paris, Seuil, p. 89-110
- CHARLAND, M. 2004. Prudence plurielle? In: B. CASSIN; O. CAYLA; P. SALAZAR (dir.), *Vérité, Réconciliation, Réparation*. Paris, Seuil, p. 205-215.
- CHINAPEN, R.; VERNON, R. 2006. Justice in transition. *Canadian journal of political science*, 39(1):117-134.
<http://dx.doi.org/10.1017/S0008423906060070>
- CREPON, M. 2008a. *Vivre avec. La pense de la morte et la mémoire des guerres*. Paris, Hermann.
- CREPON, M. 2008b. *La culture de la peur, identité, sécurité, démocratie*. Paris, Galilée, 120 p.
- CREPON, M. 2006. *Altérités de l'Europe*. Paris, Galilée, 204 p.
- DERRIDA, J. 2004. Versöhnung, ubuntu, pardon: quel genre? In: B. CASSIN; O. CAYLA; P. SALAZAR (dir.), *Vérité, Réconciliation, Réparation*. Paris, Seuil, p. 111-156.
- DERRIDA, J. 1993. *Force de loi*. Paris, Galilée, 159 p.
- DEVILLIERS, B. (dir.) 1994. *Birth of a Constitution*. Pretoria, Juta, 432 p.
- DOXTADER, E. 2004. La réconciliation avant la réconciliation. In: B. CASSIN; O. CAYLA; P. SALAZAR (dir.), *Vérité, Réconciliation, Réparation*. Paris, Seuil, p. 243-259.
- DUGARD, J. 1997. It is the Truth and Reconciliation Process Compatible with International law? *South African Journal of Human Rights*, 13:258-268.
- DUSSEL, E. (dir.) 1994. *Debate en torno a la ética del discurso de Appel: Diálogo filosófico Norte-Sur desde América Latina*. Mexico/Madrid, Siglo XXI.
- DUSSEL, E. 1994. La razón del Otro. La "interpelación" como acto-de-habla. In: E. DUSSEL (dir.), *Debate en torno a la ética del discurso de Appel: Diálogo filosófico Norte-Sur desde América Latina*. Mexico/Madrid, Siglo XXI.
- ELSTER, J. 2006. *Retribution and Reparation in the transition to democracy*. Columbia University, Cambridge University Press, 341 p.
<http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511584343>
- FEINBERG, J. 1984. *Harm to Others*. New York, Oxford University Press, 269 p.
- GACON, S. 2002. *L'Amnistie. De la Commune à la guerre d'Algérie*. Paris, Seuil, 423 p.
- GARAPON, A. 2004. La justice comme reconnaissance. In: B. CASSIN; O. CAYLA; P. SALAZAR (dir.), *Vérité, Réconciliation, Réparation*. Paris, Seuil, p. 181-203.
- GARAPON, A. 2002. *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*. Paris, Odile Jacob, 348 p.
- GARAPON, A. 1996. *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 281 p.
- GUHA, R. 1986, 1997. *Subaltern Studies*. Delhi/Minneapolis, University of Minnesota Press, 303 p.
- HÄBERLE, P. 2000. *Diritto e verità*. Torino, Einaudi, 119 p.
- HABERMAS, J. 2001. *Morale, diritto, politica*. Torino, Ed. Comunità, 158 p.
- HABERMAS, J. 1987. Théorie de l'agir communicationnel. Tome 1. Rationalité de l'agir et rationalisation de la société. In: J. HABERMAS, *Critique de la raison fonctionnaliste*, Paris, Fayard, tome 2.
- HAYNER, P. 2001. *Unspeakable truths. Confronting state terror and atrocity*. New York London, Routledge, 340 p.
- HERIBERT, A.; GILIOME, H. 1979. *Ethnic Power Mobilized: Can South Africa Change?* New Haven, Yale University Press, 308 p.
- HÖFFE, O. 2001a. Il principio dignità umana. *Iride: Filosofia e discussione pubblica*, 2:243-252.
- HÖFFE, O. 2001b. *Globalizzazione e diritto penale*. Torino, Edizioni di comunità, 155 p.
- JONAS, H. 2005. *Le principe responsabilité*. Paris, Flammarion, 128 p.
- KISS, E. 2000. Moral ambition within and beyond Political Constraints: Reflection on restorative justice. In: E. ROTHBERG; D. THOMPSON (eds.), *Truth vs. Justice. The morality of truth commissions*. Princeton, Princeton University Press, p. 68-98.
- LEFRANC, S. 2002. *Politiques du pardon*. Paris, PUF, 363 p.
- LEVINAS, E. 2006. *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*. Paris, Livre de Poche, 286 p.
- LOLLINI, A. (ed.) 2011. *Constitutionalism and transitional justice in South Africa*. Oxford-New York, Berhahn Books-SEPS, 221 p.
- LYOTARD, J-F. 1983. *Le Différend*. Paris, Minuit, 279 p.
- LYOTARD, J-F. 1979. *La condition postmoderne*. Paris, Minuit, 128 p.
- MALAMUD-GOTI, J. 1990. Transitional governments in the breach: Why punish state criminals? *Human Rights Quarterly*, 12(1):1-16.
<http://dx.doi.org/10.2307/762163>
- MAMDANI, M. 2001. *When victims become killers*. Princeton, Princeton University Press, 364 p.
- MANDELA, N. 1953. *The Shifting Sands of Illusion*. Liberation, juin.
- MAY, L. 2005. *Crimes against Humanity: a normative account*. Cambridge, Cambridge University Press, 310 p.
- MCDOUGAL, M.; LASSWELL, H.; CHEN, L-C. 1976. *Human Rights and World Public Order*. New Haven, Yale University Press, 1016 p.
- MCGREGOR, L. 2006. Reconciliation: where is the Law? In: S. VEITCH, *Law and the Politics of Reconciliation*, Edinburgh Centre for law and society, Aldershot/Burlington, Ashgate, p. 111-128.
- NAGY, R. 2002. Reconciliation in post-Commission South Africa. Thick and thin accounts of solidarity. *Canadian Journal of Political Science*, 35(2):323-346. <http://dx.doi.org/10.1017/S0008423902778268>
- OFFE, C.; POPPE, U. 2006. Transitional justice in the German Democratic Republic and in Unified Germany. In: J. ELSTER (ed.), *Retribution and Reparation in the transition to democracy*. Columbia University, Cambridge University Press, p. 239-274.
<http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511584343.015>
- ORENTLICHER, D. 1991. Settling Accounts: The duty to prosecute Human Rights violations of a Prior regime. *Yale Law Journal*, 100(8):2537-2615. <http://dx.doi.org/10.2307/796903>
- OSIEL, M. 1997. *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*. Nes Brunswick, Transaction publishers, 317 p.
- PARKER, K.; NEYLON, L. 1989. Jus Cogens: Compelling the law of human rights. *Hastings international law and comparative law review*, 12(2):411-463.
- PATOCKA, J. 1999. *Essais hérétiques sur la philosophie de l'histoire*. Paris, Verdier, 204 p.
- PATOCKA, J. 1990. *Liberté et sacrifice. Ecrits politiques*. Grenoble, Jérôme Million, 390 p.
- PAUST, J. 1989. Universality and the responsibility to enforce international criminal law: No US sanctuary for Alleged Nazi War Criminals. *Houston Journal of International Law*, 11:337-344.
- PHILIPPE, X. 2004. Commission Vérité et Réconciliation et droit constitutionnel. In: B. CASSIN; O. CAYLA; P. SALAZAR (dir.), *Vérité, Réconciliation, Réparation*. Paris, Seuil, p. 219-241.
- RAWLS, J. 1976. *A theory of Justice*. Oxford, Oxford University Press, 607 p.
- REICH, W. 1998. *Psychologie de masse du fascisme*. Paris, Payot, 340 p.
- RICCEUR, P. 2006. *Le juste, la justice et son échec*. Paris, L'Herne, 76 p.
- RICCEUR, P. 2004. Avant la justice non violente la justice violente. In: B.

- CASSIN; O. CAYLA; P. SALAZAR (dir.), *Vérité, Réconciliation, Réparation*. Paris, Seuil, p. 159-171.
- RICŒUR, P. 2001. *Le juste 2*. Paris, Éditions Esprit, 297 p.
- RICŒUR, P. 2000. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris, Seuil, 676 p.
- RICŒUR, P. 1995. *Le juste*. Paris, Éditions Esprit, 221 p.
- RICH, P. 1976. Liberalism and Ethnicity in South Africa Politics 1921-1948. *African Studies*, **35**(3-4):229-251.
<http://dx.doi.org/10.1080/00020187608707476>
- ROTH-ARRIAZA, N. 1990. State responsibility to investigate and prosecute violations in international law. *California law review*, **78**(2):449-513. <http://dx.doi.org/10.2307/3480726>
- RWELAMIRA, M.; WERLE, G. 1996. *Confronting past injustices: Approaches to amnesty, punishment, reparation and restitution in South Africa and Germany*. Durban, Butterworths, 138 p.
- SOUSA SANTOS, B. 2004. *Vers un nouveau sens commun juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*. Bruxelles, LGDJ, 703 p.
- SLOVO, J. 1992. Negotiations: What Room for Compromise. *African Communist*, 3/4: 36-40.
- SOOKA, Y. 2003. Apartheid's victims in the midst of amnesty's promise. In: C. VILLA-VICENCIO; E. DOXTADER (dir.), *The provocations of amnesty: Memory, Justice and Impunity*. Cape Town, David Philip Publisher, p. 309-314.
- TUNKIN, G.I. 1971. Jus Cogens in contemporary international law. *Toledo Law Review*, 1(2):107-118.
- TUTU, D. 1999. *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*. Paris, Albin Michel, 283 p.
- VILLA-VICENCIO, C.; DOXTADER, E. 2004. *To repair the irreparable: reparations and reconstruction in South Africa*. Cape Town, David Philip Publishers, 426 p.

Submetido: 29/07/2011

Aceito: 31/08/2011