Race et droit aux États-Unis : l'ombre de Nuremberg

Guillaume Mouralis

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/11628>

DOI : [10.4000/revdh.11628](https://doi.org/10.4000/revdh.11628)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Guillaume Mouralis, « Race et droit aux États-Unis : l'ombre de Nuremberg », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 19 | 2021, mis en ligne le 12 mars 2021, consulté le 31 mars 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/11628> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.11628>

Ce document a été généré automatiquement le 31 mars 2021.

Tous droits réservés

Race et droit aux États-Unis : l'ombre de Nuremberg

Guillaume Mouralis

- 1 « Quelle ironie ! Les États-Unis signent un accord [qualifiant] les « persécutions raciales » de crime contre la société internationale. » C'est ainsi que le *Pittsburgh Courier*, important quotidien africain-américain, accueille la signature de l'Accord de Londres auquel est annexé la Charte du Tribunal Militaire International (TMI) de Nuremberg, chargé de juger 24 des principaux dignitaires nazis. L'article 6 (c) de cette Charte mentionne en effet les « persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux » comme constitutifs du crime contre l'humanité¹.
- 2 Dans ce bref éditorial, l'auteur anonyme pointe l'ironie d'une situation où le gouvernement étatsunien se réclame, en dehors des frontières du pays, de principes qui ne sont pas observés à l'intérieur de celui-ci, dans un contexte où règne un système de sujétion des citoyens de couleur extrêmement sophistiqué (dont la ségrégation raciale est l'élément central, mais pas unique). Les Noirs américains sont par ailleurs régulièrement soumis à des formes ritualisées de violence encouragées ou tolérées par les autorités locales. Le point de vue du *Pittsburgh Courier* est alors partagé par bien des intellectuels minoritaires, qu'ils soient africains-américains ou issus des empires coloniaux européens. Dans son célèbre *Discours sur le colonialisme*, Aimé Césaire écrira cinq ans plus tard, « ce que [le bourgeois humaniste] ne pardonne pas à Hitler, ce n'est pas le crime en soi, le crime contre l'homme, ce n'est pas l'humiliation de l'homme en soi, c'est le crime contre l'homme blanc, c'est l'humiliation de l'homme blanc et d'avoir appliqué à l'Europe des procédés colonialistes »².
- 3 Reprenant les intuitions de ces observateurs aussi avisés qu'invisibles (du moins à l'époque où ils s'exprimaient), plusieurs auteurs se sont livrés, depuis une vingtaine d'années, à un examen critique de l'histoire du droit international au sens large, en particulier dans la première moitié du XXe siècle. Inspirés par des courants de recherche identifiés sous des labels variés (notamment « *Third World Approaches to International Law* » et « *Critical Race Theory* »), suivant les logiques académiques anglo-

saxonnes, ces travaux ont mis en évidence les présupposés impériaux, coloniaux et raciaux des normes et institutions internationales³.

- 4 Cette littérature s'est surtout focalisée sur les droits de l'homme, qui, depuis la Charte des Nations Unies, réprouvent expressément les discriminations fondées sur la race. Ces travaux ont montré que, derrière leur apparent universalisme, ces textes trahissaient un certain « internationalisme impérial » dans la mesure où ils ne s'appliquaient, dans l'esprit de ses concepteurs, comme le maréchal sud-africain Jan Smuts, qu'à une « humanité » singulièrement limitée, d'extraction essentiellement européenne. En étaient de fait exclus une grande partie des habitants de la planète.⁴ Pour autant, les travaux de sciences sociales ou juridiques consacrés à l'après-guerre s'intéressent peu à manière dont, au même moment, le racisme a pu être constitué en crime à l'occasion du procès international de Nuremberg (1945-1946). Ceci tient sans doute à une certaine déconnexion entre développement des droits de l'homme et du droit pénal international au lendemain de la Seconde Guerre mondiale⁵. Cette déconnexion transparait également dans la recherche sur ces questions, comme en attestent les généalogies récentes de la prohibition internationale des discriminations raciales, qui le plus souvent ignorent le moment Nuremberg⁶.
- 5 Dans ce contexte, le cas des États-Unis est particulièrement instructif, car il cristallise et révèle des processus contradictoires affectant les rapports entre race et droit, tant au plan national qu'international. D'une part, on le verra, les experts américains jouent dès 1944 un rôle majeur dans la définition des « persécutions » pour des motifs « raciaux ». Dans le même temps, ils déploient des trésors d'inventivité pour restreindre la portée de cette innovation. Pour cette raison, elle ne joue qu'un rôle marginal dans les luttes contre le racisme « domestique » et, en dernière analyse, le cadre juridique édifié à partir des années 1950 pour garantir les droits civiques ignore purement et simplement — jusqu'à ce jour — le précédent de Nuremberg. D'autre part, malgré l'existence d'un courant de recherche dynamique qui se consacre à l'examen du sous-texte racial dans les normes juridiques⁷, les rapports entre droit et race aux États-Unis sont rarement envisagés sous l'angle pénal. Autrement dit, la possible répression pénale des crimes racistes, c'est-à-dire motivés par une idéologie raciale, a été peu discutée et la législation en ce domaine reste à ce jour très limitée. Il y a là, précisément, un point relativement aveugle qui mérite qu'on s'y arrête.
- 6 Les analyses qui suivent s'inspirent, tout en les prolongeant, d'une recherche récente, fondée sur une ample enquête empirique conduite dans une vingtaine de fonds d'archives. Faisant l'hypothèse que l'objectivation des propriétés sociales des acteurs pouvait éclairer leurs pratiques, j'ai souhaité, au cours de cette recherche socio-historique, croiser deux types de trajectoires : celle, sociale et professionnelle, de quelques 500 juristes alliés, membres du TMI et d'organisations connexes de 1943 à 1946, et celle des idées, arguments et savoir-faire juridiques.⁸ Dans cet article, nous verrons d'abord comment la définition pénale des persécutions pour des motifs raciaux a été singulièrement restreinte au cours du procès international des dignitaires nazis et dans sa phase préparatoire. Toutefois, comme nous le montrons ensuite, la neutralisation de cette innovation juridique n'a pas empêché intellectuels et militants, aux États-Unis, de s'approprier le legs de Nuremberg pour lutter contre le racisme structurel et porter la cause des droits civiques dans des arènes internationales. Malgré le succès mitigé de ces mobilisations et le prisme quelque peu déformant des approches

critiques de cette question, on notera pour finir combien l'ombre de Nuremberg ne cesse de planer sur les rapports entre droit et race aux États-Unis.

1. Les crimes au motif de la race : une innovation neutralisée :

- 7 L'histoire de la catégorisation des crimes racistes — en droit national comme international — commence en grande partie à Nuremberg, ou peu avant, à Londres lorsqu'est défini le « crime contre l'humanité », qui inclut expressément les « persécutions pour des motifs raciaux. » Mais cette définition est plus limitée qu'on l'imagine. En réalité, ce crime fait l'objet d'un patient travail de neutralisation de 1944 à 1946 et au-delà.
- 8 Le procès international de Nuremberg a certes donné lieu à des innovations majeures en droit international, mais elles ont été soumises à de fortes contraintes, d'ordre à la fois socio-professionnel, bureaucratique et racial, qui ont contribué à en restreindre la portée, compromettant leur universalisation au-delà du cas précis des crimes nazis qui étaient jugés à Nuremberg.⁹ Dans mon travail, j'ai d'abord cherché à resituer l'imagination et, surtout, l'innovation juridiques — laquelle implique ici une transformation d'idées plus ou moins nouvelles en catégories pénales opérationnelles — dans leur contexte socio-professionnel. L'enquête prosopographique que j'ai menée le confirme : ce sont des praticiens du droit nationaux, notamment des avocats ou *lawyers* américains, qui dominèrent le procès et sa préparation depuis 1944, les professeurs ou juristes jouant ici un rôle périphérique (alors qu'ils avaient jusqu'alors sur les crimes de guerre). Une part importante des innovations de Nuremberg s'éclaire à la lumière de l'espace d'expérience spécifique des avocats d'élite américains, un groupe multipositionné dans les espaces de l'État, de la politique et des affaires. Séduit par le « réalisme juridique » des années 1930, ce groupe cultive un rapport distant, teinté de méfiance, au savoir académique. Dans ses grandes lignes, la Charte du TMI a été élaborée au sein du War Department américain de septembre à décembre 1944 par des *lawyers* chevronnés, mobilisés comme officiers et affectés comme experts dans l'administration fédérale. Ces avocats puisèrent largement dans leur boîte à outils professionnelle. C'est ce dont atteste le projet initial, un long mémorandum rédigé par Murray Bernays, un avocat d'affaires new-yorkais, qui suggère de recourir à deux notions jusqu'alors absentes des discussions entre juristes alliés, celles de complot criminel (*conspiracy* ou plan concerté) et d'organisation criminelle¹⁰.
- 9 L'analyse qui précède m'a paru insuffisante pour comprendre l'une des innovations les plus notables du procès de Nuremberg, la répression des atrocités et persécutions commises pour des motifs « raciaux », expressément prévue par la charte du TMI au titre des « crimes contre l'humanité ». On le sait, cette définition était cependant très restrictive, dans la mesure où il ne s'agissait pas d'un crime autonome : le crime contre l'humanité était subordonné à la commission de crimes de rang supérieur, un « plan concerté » visant à déclencher des « guerres d'agression ». En pratique, la charge de la preuve s'en trouvait alourdie puisqu'il fallait démontrer par exemple que le génocide des Juifs européens par le Troisième Reich découlait du projet d'agression militaire mis au point par le régime. Les juges de Nuremberg ont ainsi estimé que les persécutions antérieures à 1939 n'étaient pas du ressort du Tribunal.

- 10 Dans son mémorandum déjà mentionné, où il esquisse un projet de procès des leaders nazis, Murray Bernays estime que la répression des crimes racistes pose ce qu'il appelle le « problème des minorités » :

Qualifier les atrocités [raciales] de crimes de guerre, écrit-il, créerait un précédent en droit international, permettant de juger la conduite des différents États envers leurs propres ressortissants. Cela aurait des conséquences incalculables et soulèverait de graves problèmes politiques¹¹.

- 11 Il propose donc de ne punir ces atrocités raciales que dans la mesure où elles servent directement le complot nazi pour une domination mondiale. Dès lors, l'opérationnalisation du futur crime contre l'humanité correspond à une innovation sous contrôle, soucieuse de ne pas créer de catégorie universelle à même d'être utilisée contre les accusateurs eux-mêmes. Bernays, en effet, n'est pas le seul à exprimer de telles craintes. Au contraire, elles affleurent tout au long du long processus interne de révision du projet initial, comme en attestent les archives américaines. Il s'agit en quelque sorte d'une petite musique en sourdine, dont le motif est soit explicite — quoique rarement exprimé publiquement — soit, plus fréquemment, euphémisé. Avant de prendre connaissance du plan Bernays, le ministre Stimson confiait à son journal éprouver « une grande difficulté » : « il y a, écrit-il, un terrain sur lequel, je le crains, des tribunaux étrangers ne pourraient s'aventurer. Ils seraient incompetents pour juger ceux qui se sont rendus coupables de lynchage ou les ont cautionnés dans notre pays »¹². William Chanler, un autre *lawyer* inventif du War Department, craignait, pour sa part, que malgré son effort de neutralisation, le plan Bernays « nous expose aux objections de tous les nationalistes, (...) au motif que nous créerions un précédent pour juger, par exemple, le lynchage ou les lois Jim Crow »¹³. Mais c'est sans doute Robert Jackson qui exprima avec le plus de clarté l'argument lors des négociations de la Charte du TMI à Londres, en juillet 1945. Il mit les points sur les « i » en déclarant à ses homologues alliés :

« La manière dont l'Allemagne traite ses habitants, ou tout autre pays traite ses habitants, n'est pas plus notre affaire que ce n'est l'affaire d'un autre gouvernement de s'interposer dans nos problèmes. (...) Des circonstances regrettables font que des minorités sont parfois injustement traitées dans notre propre pays. Nous pensons que notre intervention (...) pour punir des individus ou des États n'est légitime que dans la mesure où les camps de concentration et les déportations se sont inscrits dans un plan (...) concerté visant à mener une guerre injuste ou illégale »¹⁴.

- 12 L'anticipation de possibles poursuites internationales contre les auteurs de lynchage et autres « circonstances regrettables » est curieuse : elle révèle un internationalisme pour le moins clivé, combinant croyance dans le droit et souci de le neutraliser. Et, de fait, pendant près de deux ans, de la formulation du plan Bernays le 15 septembre 1944 au jugement des « grands criminels de guerre » le 1er octobre 1946, on observe un processus continu de neutralisation et de restriction de la définition des crimes raciaux.
- 13 Comment expliquer ce processus ? La question raciale américaine oscille, d'une part entre impensé naturalisé et secret public (tout le monde le connaît, mais personne n'en parle publiquement). Le diplomate Herbert Pell, qui lutta en vain, en 1944, pour élargir la définition traditionnelle des crimes de guerre aux persécutions contre les ressortissants de l'axe, en particulier les Juifs allemands, prononce ainsi en 1946 un discours où il assimile lutte contre le nazisme et défense de la race blanche. L'intériorisation de la rigide *color line* se conjugue d'autre part, chez les juristes au

service du gouvernement fédéral, à un rapport à l'État relativement classique chez les légistes, qu'on pourrait qualifier de *double bind* ou double dépendance et qui consiste à échanger de l'autonomie contre de la légitimité : ces juristes théorisent et justifient la souveraineté de l'État, qui, en contrepartie, garantit l'autonomie de leur activité.¹⁵

- ¹⁴ C'est ainsi, il me semble, que la défense de la souveraineté est indissociable de la préservation de la sphère domestique — au double sens anglo-saxon du terme : le racisme est une histoire de famille à régler en famille ; une affaire intérieure jalousement soustraite aux regards extérieurs, c'est-à-dire qui ne peut faire l'objet d'un examen international. Ceci invite du même coup à interroger la notion même de souveraineté, une de ces abstractions de juristes qui masque en partie, comme l'a montré Foucault, des pouvoirs disciplinaire (sur les corps) et biologique (sur la vie en masse).¹⁶ Or la pratique intransigeante de la régulation raciale aux États-Unis relevait clairement de ce type de pouvoir et s'articulait à des savoirs spécifiques qui justifiaient et produisaient des différences naturelles entre les êtres humains. Par la suite, cette conception de la souveraineté comme préservation de la sphère domestique conduira le Sénat à ne pas ratifier les deux grandes conventions d'après-guerre sur le génocide et les droits de l'homme et à enterrer purement et simplement les « principes de Nuremberg » au sein de la Commission du droit international des Nations Unies.
- ¹⁵ En définitive, le paradoxe était saisissant entre la réprobation du racisme à l'extérieur et son existence légale à l'intérieur. Le système de sujétion raciale était en effet particulièrement sophistiqué aux États-Unis : séparation spatiale, physique et sexuelle (*de jure* dans le sud, *de facto* dans le nord) ; classification raciale intransigeante basée sur le *one drop rule* ; violence endémique et ritualisée, certes en déclin au cours du XXe siècle, mais qui connaît des regains réguliers comme en 1945-46, lors du retour des soldats africains-américains dans leurs foyers. Ce paradoxe était une source de contorsions permanentes au cœur même de l'État et du gouvernement, notamment au sein du War Department. Ainsi l'Assistant Secretary of War John McCloy, en charge de la politique des crimes de guerre et, à ce titre, favorable au plan Bernays, s'opposait cependant à la déségrégation des forces armées, en sa qualité de président du « *Advisory Committee on Negro Troop Policy* ». McCloy, dont la carrière d'avocat d'élite se confond avec le fameux « *système Cravath* », cumula des positions juridique, politique et économique éminentes. Sa carrière politique le conduisit du Ministère de la Guerre à la zone d'occupation américaine en Allemagne. Après en avoir été, brièvement, le dernier Gouverneur militaire, il exerça les fonctions de Haut-Commissaire (1949-1952). On retiendra notamment, dans cette carrière politique, un fort tropisme blanc anglo-saxon : fermement opposé aux projets de sauvetage des juifs hongrois en 1944, il s'impliqua directement dans le gouvernement racial des forces armées et, *last but not least*, fit preuve d'indulgence à l'égard des criminels nazis.

2. Appropriations subversives du moment Nuremberg

- ¹⁶ On vient de le voir, des contraintes d'ordre culturel et racial ont fortement pesé sur la définition du crime contre l'humanité. Les *lawyers* américains, en accord avec leurs collègues alliés, ont veillé à en faire un crime accessoire, subordonné à d'autres infractions, neutralisant ainsi sa possible universalisation. On peut se demander, dans ces conditions, si — et dans quelle mesure — le droit pénal de Nuremberg a pu servir de ressource dans les mobilisations, aux États-Unis, contre le racisme domestique.

- 17 Il faut distinguer ici deux types de mobilisations : les premières se déployaient classiquement dans le cadre judiciaire national. Les avocats militants de la NAACP ont mis au point à partir des années 1930 une stratégie consistant à sélectionner des affaires tests (*test cases*), puis à les porter, après épuisement des recours, devant la Cour suprême. Dans leurs mémoires juridiques en faveur des victimes de la ségrégation, ces avocats invoquent fréquemment, à partir de 1945, outre la constitution américaine, les traités internationaux signés par le gouvernement fédéral et, dans le cas de la Charte des Nations Unies, ratifiés par le Sénat. Si les articles de cette Charte proscrivant les discriminations raciales sont abondamment cités, en revanche, le statut et le jugement du TMI le sont beaucoup moins. Par conséquent, dans l'immédiat après-guerre, les droits de l'homme semblaient plus ajustés à la stratégie judiciaire nationale que le droit de Nuremberg, en particulier le crime contre l'humanité, dont les *civil rights lawyers* connaissaient la pertinence limitée.
- 18 C'est ce qu'illustre bien une affaire précoce, où trois avocats, dont le jeune Thurgood Marshall, contestèrent devant la Cour suprême la ségrégation raciale des passagers dans les transports *inter-États* (1946). Irene Morgan, une Africaine-Américaine, avait été condamnée en première instance sur la base d'une loi ségrégationniste de Virginie, pour avoir refusé de céder son siège à un passager blanc dans un autobus de la compagnie Greyhound. Marshall et ses collègues déposèrent leur mémoire en faveur d'Irene Morgan auprès de la Cour Suprême le 2 mars 1946, à une date, donc, où le procès international de Nuremberg entraînait dans son troisième mois. Citant la Charte des Nations Unies, ils concluaient leur mémoire en ces termes :
- « Aujourd'hui, nous sortons à peine d'une guerre où tous les habitants des États-Unis se sont rassemblés dans une lutte à mort contre les apôtres du racisme. Nous avons déjà reconnu par adhésion solennelle à la Charte des Nations Unies (...) notre devoir de rejeter le racisme dans notre vie nationale... »¹⁷.
- 19 À une majorité de sept contre un, les juges de la Cour suprême donnèrent raison à Irene Morgan, dans leur arrêt du 3 juin 1946. Comme indiqué sobrement dans le texte, Robert Jackson, en congé de la Cour pour exercer les fonctions de procureur en chef à Nuremberg, « ne prit aucune part à l'examen ou à la décision de cette affaire »¹⁸. Dans ce cas, comme dans d'autres, les avocats ont jugé la grammaire des droits de l'homme plus efficace que celle du droit pénal international pour contester la ségrégation. Le précédent de Nuremberg et le crime contre l'humanité ont été néanmoins invoqués par la défense dans plusieurs recours contre des clauses raciales contenues dans des contrats de propriété : la Cour Suprême trancha en faveur des plaignants en 1948.
- 20 Cependant, les appropriations militantes du procès de Nuremberg ont largement débordé l'enceinte des prétoires : dans le cadre d'une stratégie visant à globaliser la lutte pour les droits civiques, plusieurs pétitions sont présentées aux Nations Unies par des organisations africaines-américaines. Parmi ces pétitions, celles de 1947 et de 1951 s'appuient nettement sur le droit international pour dénoncer les discriminations et violences systémiques dont sont victimes, aux États-Unis, les minorités de couleur, en particulier les Africains-Américains. Ces documents sont remarquables à deux titres au moins : ils attestent, d'une part, d'une forme d'action plus radicale par changement d'échelle et appropriation autonome du droit international. Les tenants de ce mode d'action n'en sont pas moins legalistes que les *cause lawyers* nationaux : leurs auteurs prennent au contraire au sérieux le droit international et, même s'ils ne se font guère d'illusion sur les suites de leur démarche, ils croient en quelque sorte à la force et au potentiel subversif de ce droit. D'autre part, ces pétitions, surtout celle de 1951,

s'inspirent directement de l'accusation américaine à Nuremberg, et embrassent résolument la forme procès internationale inaugurée par le TMI.

- 21 La pétition de 1951 fut mise au point par William Patterson (1891-1980), avocat africain-américain et secrétaire national du *Civil Rights Congress* (CRC), une organisation de juristes proches du parti communiste des États-Unis. En 1951, les débats au Sénat sur la ratification de la Convention internationale sur le génocide attirent l'attention de Patterson : il réfléchit alors à une mise en accusation du gouvernement fédéral pour génocide des Africains-Américains. Rappelons que la définition de ce crime proposée par Raphael Lemkin en 1944 comme celle qui fut finalement retenue en 1948 sont plus ouvertes qu'on le pense souvent et ne se limitent pas à l'élimination physique des membres d'un groupe « national, ethnique, racial ou religieux. »
- 22 Par sa composition et sa forme, ce document de 273 pages, intitulé *We Charge Genocide*¹⁹, s'apparente à un acte d'accusation : elle s'ouvre par un rappel de la Convention de 1948, suivi d'une introduction de William Patterson. La première partie — « The Opening Statement » — prend explicitement modèle sur le discours d'ouverture de Robert Jackson à Nuremberg, qui est abondamment cité. Les auteurs de la pétition détaillent ensuite avec précision les crimes qui, selon eux, relèvent d'une politique délibérément génocidaire, sur la base des articles de la convention de 1948.
- 23 On notera que cette pétition officiellement remise aux Nations Unies en décembre 1951 a donné lieu à un échange — privé puis public — entre William Patterson et Raphael Lemkin. Le père de la convention internationale rejette avec vigueur l'accusation de génocide des Afro-américains par le gouvernement américain, estimant qu'elle détourne l'attention du vrai génocide commis par les Soviétiques contre les peuples d'Europe centrale et orientale. De manière générale, Lemkin semble largement myope au racisme américain — qu'il ne voit pas à Duke University — et son manque d'empathie pour la cause noire américaine est manifeste (il est inversement proportionnel à l'idéalisation de sa patrie d'adoption). Lemkin, dans le cas des Africains-Américains, retient une définition plus restrictive du génocide que celle qu'il a pourtant lui-même élaborée. L'aversion de Lemkin pour les appropriations « non conformes » du génocide (à sa vision du monde social) et qui contrarient, en outre, son agenda international explique donc son rejet de la pétition présentée par Patterson et le CRC en décembre 1951.
- 24 L'exemple de cette initiative souligne la vitalité des mobilisations du droit pénal international en dehors des institutions officielles. Elle montre que le procès de Nuremberg a bien été une ressource militante, en particulier dans la lutte contre le racisme institué aux États-Unis. Si ces mobilisations ont contribué à internationaliser la cause africaine-américaine, leur impact a été cependant très limité — pour ne pas dire inexistant — au plan national.

3. Droits civiques et lutte contre le racisme aux États-Unis : l'ombre de Nuremberg

- 25 On observe, en effet, une double disjonction dans la lutte contre le racisme dans ce pays depuis l'après-guerre : entre droits civiques et droit pénal d'un côté ; entre sphère interne et ordre international de l'autre. Il en découle une situation paradoxale. Du point de vue de l'État, des politiques publiques fédérales et de la Cour Suprême, cette

lutte est surtout passée par le démantèlement, au nom des principes constitutionnels, de la ségrégation et l'adoption d'une législation garantissant les droits civiques, étoffée par des dispositions destinées, avec un succès mitigé, à rendre effective l'égalité (discrimination positive)²⁰.

- 26 En revanche, le racisme structurel du passé (esclavage et ségrégation) et ses manifestations présentes (violences policières et incarcération de masse)²¹ n'ont presque jamais été saisis en termes de crimes et de droit pénal. Jusqu'à ce jour, le Code pénal fédéral ignore superbement le crime contre l'humanité et, par conséquent, les « persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux » : si la Constitution américaine reconnaît théoriquement le droit international coutumier comme faisant partie du droit interne, en pratique, les crimes définis dans la Charte du TMI n'ont été que partiellement et tardivement reçus en droit fédéral (Title 18 of the US Code)²². Les mobilisations en faveur d'une qualification pénale du racisme n'ont guère débouché sur des avancées substantielles, surtout lorsqu'elles se fondaient sur des normes internationales. Le recours au droit pénal reste donc très limité en ce domaine, sauf dans le cas particulier des « *hate crimes* »²³. Toutefois, le laborieux parcours du projet de loi « Emmett Till » (2019), du nom d'une jeune victime sauvagement assassinée en 1955, visant à faire du lynchage un crime fédéral « haineux », souligne les difficultés persistantes à aborder le racisme structurel dans les termes du droit pénal²⁴.
- 27 Par ailleurs, les analyses critiques elles-mêmes prennent rarement la mesure de la double disjonction évoquée plus haut. Pas plus les tenants du courant « *Law and Society* » que les chercheurs se réclamant des « *Critical Race Theory* » n'ont abordé cette question frontalement. Portant avant tout leur regard sur les mobilisations pour les droits civiques ou sur l'implicite racial dans la pratique juridique, ils sont restés peu attentifs, il me semble, au hiatus entre droit interne et international, entre droits civiques et promesses de Nuremberg, entre lutte contre le racisme domestique et contre l'idéologie nazie. En témoignent les analyses du fameux arrêt *Brown v. Board of Education* (mai 1954), par lequel la Cour Suprême déclare inconstitutionnelle la ségrégation raciale dans les écoles publiques. Sans revenir ici sur les multiples interprétations de cet arrêt crucial, on notera cependant qu'elles font souvent l'impasse sur les enjeux abordés précédemment. Les principales controverses ne portent pas sur ce point : le sociologue du droit Michael McCann conteste ainsi le diagnostic pessimiste de son collègue Gerald Rosenberg, qui voyait dans l'attente placée dans les décisions de justice un « vain espoir » (*hollow hope*) pour les mouvements sociaux. Selon lui, malgré leurs limites, des arrêts tels que *Brown v. Education* ont néanmoins contribué à fortifier la conscience juridique des militants comme des victimes de la ségrégation²⁵.
- 28 Une décennie plus tôt, Derrick Bell, considéré comme l'un des fondateurs des « *Critical Race Theory* » proposait pour sa part une lecture de l'arrêt *Brown* en termes néo-marxistes de stratégie d'intérêts. Récusant tout idéalisme naïf, il interprétait l'arrêt comme un moment particulier où les juges de la Cour suprême, par leur positionnement stratégique, reconnaissaient une « *convergence d'intérêts* » provisoire entre majorité blanche et minorité noire en faveur d'une remise en question partielle de la ségrégation, dans un contexte international où l'élite au pouvoir redoutait « l'emprise » communiste sur les organisations africaines-américaines²⁶.
- 29 Il est intéressant de noter que Bell critique l'affirmation de principes constitutionnels abstraits par la Cour Suprême, non seulement d'un point de vue théorique, mais aussi à

partir de son expérience pratique d'avocat des droits civiques. Il reprenait curieusement à son compte une analyse du constitutionnaliste Herbert Wechsler (1909-2000), qui me paraît ambiguë, compte tenu précisément de l'implication de ce juriste dans le procès de Nuremberg et sa préparation. Dans son appréciation critique de l'arrêt *Brown* publiée en 1959, Wechsler approuve la décision de 1954 mais conteste le raisonnement juridique qui la sous-tend²⁷ : il perçoit, nous dit Bell, que *Brown* n'est pas fondé sur des principes constitutionnels « neutres » tels que l'égalité de protection des citoyens garantie par le XIV^e amendement (1868) ; car en pratique, selon Wechsler, la déségrégation scolaire nécessite que les Blancs consentent à s'associer librement aux Noirs, condition réalisée s'il y a « *convergence des intérêts* », au moins temporairement, entre majorité blanche et minorité noire. Contrairement à Wechsler, qui ne se satisfait pas d'un tel raisonnement, Bell regrette que les juges suprêmes taisent ce « *principe (objectif) de convergence des intérêts* ». Car l'assumer serait prendre acte de sa fragilité et de la nécessité de travailler concrètement à cette convergence²⁸.

- 30 Bell souligne combien la lutte pour les droits civiques est asymétrique et tributaire des compromis arrachés à une majorité hostile ; il, évoque aussi, en termes généraux, les distorsions entre principes généraux et pratiques discriminatoires révélées avec force par la Seconde guerre mondiale. Toutefois, il ne perçoit sans doute pas les effets de ces distorsions sur le champ juridique américain. Il ne mentionne pas, en particulier, le rôle crucial joué à Nuremberg par deux protagonistes (l'un direct et l'autre indirect) de l'arrêt *Brown* : le juge à la Cour Suprême Robert Jackson, chef de l'accusation américaine au TMI et Herbert Wechsler lui-même, associé de près, en qualité d'Assistant Attorney General à l'élaboration du cadre juridique du procès international, puis conseiller du juge américain Francis Biddle à Nuremberg. Tous deux ont été à ce titre directement impliqués dans la définition des persécutions raciales en droit international.
- 31 Le cheminement de Nuremberg à *Brown* est, dans le premier cas, particulièrement tortueux — initialement opposé à la déségrégation, Jackson finit par voter la décision sans enthousiasme — et révèle un habitus pour le moins clivé²⁹. Si le parcours de Wechsler paraît inverse — il rallia la cause des droits civiques — il n'en reste pas moins que son argumentation ne craint pas les contorsions entre l'universel et le particulier, les principes constitutionnels et la prise en compte des privilèges et intérêts des blancs, à tel point que la lecture qu'en fait Bell paraît plutôt généreuse.
- 32 De plus, Wechsler estime lui-même que sa critique de *Brown* se situe dans la continuité de ses interventions dans la phase préparatoire du procès de Nuremberg. Son « histoire orale » conservée à l'Université Columbia est à ce titre instructive³⁰. Il se félicite ainsi, rétrospectivement, de la définition limitée des persécutions raciales visées par ce qui deviendra, dans la Charte du TMI, le crime contre l'humanité : « *il y avait une grande agitation, dit-il, pour essayer d'inclure les (crimes contre) les Juifs allemands dans le périmètre de l'accusation* »³¹. Or, comme je l'ai signalé plus haut, ce point est crucial : tout l'effort de neutralisation des persécutions raciales de septembre 1944 à juillet 1945 a précisément consisté à les arrimer fermement au contexte de guerre. Il ne fallait en aucun cas, selon les légistes gouvernementaux, instituer un droit de regard universel sur la manière dont un État « traite » ses minorités, y compris Allemagne nazie avant le déclenchement de la guerre. « *Ce que j'ai écrit à propos de Nuremberg, ajoute-t-il (...)* traduit bien mon attachement à des principes [constitutionnels] neutres dès cette époque. Tout mon effort (...) a été de persuader [le juge Biddle] qu'en rendant un jugement à Nuremberg, seules les normes auxquelles nous étions prêts à nous soumettre devraient prévaloir. Dans mes

mémoranda, j'insistais sans cesse sur ce point »³². Tel est le sens du travail auquel Wechsler a directement participé à partir de l'hiver 1944 : restreindre en quelque sorte préventivement les normes auxquelles les États-Unis étaient « prêts à se soumettre »³³.

- 33 Par ailleurs, les interventions de Wechsler trahissent les tensions entre praticiens et professeurs qui caractérisent le champ juridique étatsunien : quoique situé lui-même à l'intersection des deux univers, celui-ci adopte une posture professorale délivrant en 1944 comme en 1959 une leçon de droit constitutionnel aux experts juridiques comme Bernays, puis aux juges suprêmes quinze ans plus tard.³⁴ Pris dans le « *double bind* » évoqué plus haut, Wechsler se pose, dans les deux cas, surtout le premier, en gardien de l'interprétation légitime des intérêts souverains de l'État, veillant à les préserver soigneusement de toute interférence normative internationale.
- 34 Pour toutes ces raisons, la lecture critique que Derrick Bell fait de l'arrêt *Brown*, malgré son indéniable originalité, reste semble-t-il captive d'une approche interne du racisme américain, qui réplique, dans le geste critique lui-même, l'effort continu de dissociation entre sphère « domestique » et ordre international.³⁵

Conclusion

- 35 En définitive, les contraintes analysées dans cet article ont largement entravé la rationalisation du droit de Nuremberg : si l'on reprend les distinctions wébériennes, ce droit comporte des éléments d'irrationalité formelle - le crime contre l'humanité crée un droit particulier pour un cas particulier - et nombre d'éléments de rationalité matérielle - dus, entre autres, aux enjeux politique et diplomatique qui ont présidé à son élaboration.³⁶ Ces traits ont été renforcés par l'échec ultérieur d'une codification internationale et par la réception très inégale du droit de Nuremberg au plan national.
- 36 Si on la resitue dans son contexte, la définition de Nuremberg se meut dans un cadre idiosyncrasique. Ainsi les rares analyses du droit raciste national-socialiste et de ses imitations, produites dans les pays alliés avant 1945, ne le comparent le plus souvent qu'avec lui-même.³⁷ Seuls les intellectuels minoritaires (ou presque) suggèrent, à l'époque, une parenté entre ce racisme et celui qui prévaut alors aux États-Unis ou dans les empires coloniaux. Redonnons ici la parole à Aimé Césaire :
- « Et c'est là le grand reproche que j'adresse au pseudo-humanisme : d'avoir trop longtemps rapetissé les droits de l'homme, d'en avoir eu, d'en avoir encore une conception étroite et parcellaire, partielle et partielle et, tout compte fait, sordidement raciste. (...) La société capitaliste, à son stade actuel, est incapable de fonder un droit des gens, comme elle s'avère impuissante à fonder une morale individuelle »³⁸.
- 37 Bien que largement « neutralisée », l'innovation que représente la constitution du racisme en crime international a été maintes fois invoquée dans le contexte de la lutte pour les droits civiques aux États-Unis. Certes, les mobilisations en faveur d'une qualification pénale des crimes du présent comme du passé sont rarement couronnées de succès. En attestent le débat récurrent sur d'hypothétiques réparations consécutives à l'esclavage et à la ségrégation ou encore le projet récent visant à faire du lynchage un crime fédéral.³⁹ Cependant, on l'a vu, l'ombre de Nuremberg n'a cessé de planer sur la lutte contre le racisme dans ce pays, même si la disjonction entre ordre international et sphère « domestique » est rarement thématisée, y compris par les analystes les plus critiques des rapports entre droit et race.

NOTES

1. L'article réagit à une conférence de presse donnée à Londres par le chef de l'accusation américaine à Nuremberg, Robert H. Jackson, qui, à l'issue d'une réunion des représentants du parquet international, souligne la nouveauté des principes découlant de la Charte du TMI. « What Irony ! », *The Pittsburgh Courier*, 29 sept. 1945, p. 1.
2. A. Césaire, *Discours sur le colonialisme*, Paris, Présence Africaine, 1955 (1950), p. 11.
3. Voir notamment : B. Rajagopal, *International Law from Below. Development, Social Movements, and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 ; A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 ; G. Simpson, *Great Powers and Outlaw States. Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 ; R. Burke, *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010 ; S. Moyn, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2010 ; N. Berman (ed.), *Passion and Ambivalence. Colonialism, Nationalism, and International Law*, Leiden, Brill, 2011 ; A. Becker Lorca, *Mestizo International Law. A Global Intellectual History. 1842-1933*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 ; B. A. Coates, *Legalist Empire. International Law and American Foreign Relations in the Early Twentieth Century*, New York, Oxford University Press, 2016 ; L. Eslava, M. Fakhri et V. Nesiah (eds.), *Bandung, Global History, and International Law. Critical Pasts and Pending Futures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
4. M. Mazower, *No Enchanted Palace. The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009 ; E. Borgwardt, « Race, Rights, and Nongovernmental Organizations at the San Francisco Conference : A Contested History of 'Human Rights... without Discrimination' », in K. M. Kruse, S. Tuck (eds.), *Fog of War : The Second World War and the Civil Rights Movement*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 188-207.
5. Il existe, il est vrai, quelques passeurs discrets entre les deux domaines comme Hersch Lauterpacht. Voir à ce sujet, notamment : P. Sands, *East West Street. On the Origins of "Genocide" and "Crimes Against Humanity"*, New York, Penguin Random House, 2016. Sur la relative déconnexion entre droits de l'homme et droit pénal international, cf. Samuel Moyn, *Human Rights and the Use of History*, Londres et New York, Verso, 2014 ; G. Mouralis, *Le moment Nuremberg. Le procès international, les lawyers et la question raciale*, Paris, Presses de Sciences Po, 2019.
6. Voir par exemple : A. S. Bradley, « Human Rights Racism », *Harvard Human Rights Journal*, 2019, vol. 32, p. 1-58.
7. Cette approche est indissociable du contexte étatsunien qui l'a vu naître. Cf. Hourya Bentouhami et Mathias Möschel (dir.), *Critical Race Theory. Une introduction aux grands textes fondateurs*, Paris, Dalloz, 2017. On retrouve des préoccupations de recherche similaires dans les travaux de sciences sociales, qui mettent au jour l'implicite racial dans le droit français de la nationalité ou de l'indigénat ou dans la pratique américaine des recensements. Cf. E. Saada, *Les enfants de la colonie. Les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*, Paris, La Découverte, 2007 ; L. Blévis, « L'invention de l'« indigène », Français non citoyen » in A. Bouchène et al. (dir.), *Histoire de l'Algérie à la période coloniale*, Paris, La Découverte, 2014, p. 212-218 ; P. Schor, « Statistiques de la population et politique des catégories aux États-Unis au XIXe siècle. Théories raciales et questions de population dans le recensement américain », *Annales de démographie historique*, 2003, n° 105, n° 1, p. 5-22.
8. G. Mouralis, *Le moment Nuremberg*, op. cit.,
9. Ibid.

10. « Memorandum. Subject : Trial of European War Criminals (by Colonel Murray C. Bernays, G-1), September 15, 1944 », in Bradley F. Smith, *The American Road to Nuremberg : The Documentary Record, 1944-1945*, Stanford, Hoover Institution Press, 1982, p. 33-37.
11. *Ibid.*, p. 34.
12. H. L. Stimson, « Memorandum for the President », 9 septembre 1944, p. 3, in *Morgenthau Presidential Diaries*, Hyde Park (N. Y.), Franklin D. Roosevelt Presidential Library & Museum, p. 1437-1442.
13. W. C. Chanler, « Memorandum to John J. McCloy », 1^{er} décembre 1944, College Park (Md.), National Archives at College Park, RG 107, Entry 180, Box 3, p. 1. Sur les lois « Jim Crow », organisant la ségrégation dans les États du Sud des États-Unis, voir : T. Leslie V., *Jim Crow Laws*, Santa Barbara, Greenwood Press, 2012.
14. « Minutes of Conference Session of July 23, 1945 », dans : *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials, London, 1945. A Documentary Record*, Washington (D. C.), Office of Public Affairs, Division of Publications, 1949, p. 331 et 333.
15. Pierre Bourdieu, *Sur l'État. Cours au Collège de France, 1989-1992*, Paris, Raisons d'agir-Seuil, 2012, p. 504-507.
16. Michel Foucault, *Il faut défendre la société*. Cours au Collège de France, 1975-1976, Paris, Éd. de l'EHESS-Gallimard-Seuil, 1997, p. 32 et suiv. ; *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France, 1977-1978*, Paris, Éd. de l'EHESS-Gallimard-Seuil, 2006, p. 101 et suiv.
17. « Brief for Appellant, filed by William H. Hastie, Leon A. Ransom and Thurgood Marshall on March, 2, 1946 », dans *Irene Morgan v. Commonwealth of Virginia*, 328 U. S. 373 (3 juin 1946), p.
28. Voir aussi Charte des Nations unies, 26 juin 1945, article 55-c.
18. *Ibid.*
19. W. L. Patterson et CRC (eds), *We Charge Genocide. The Historic Petition to the United Nations for Relief from a Crime of the US Government Against the Negro People*, New York, Civil Rights Congress, 1951.
20. D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003.
21. M. Alexander, *The New Jim Crow. Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, New York, New Press, 2010.
22. Seuls les crimes de guerre (*war crimes*) y font leur apparition, assortis de réserves, dans les années 1990. B. Van Schaack, « Crimes against Humanity : Repairing Title 18's Blind Spots », *Stanford Public Law Working Papers*, 2705094, 2015, p. 1-28.
23. Introduits par le « Civil Rights Act » de 1968 dans le code pénal fédéral, les « crimes de haine » sont des infractions commises contre une personne en raison de son appartenance réelle ou supposée à un groupe racial, religieux ou national. Cette définition initiale a par la suite été précisée afin de prendre en compte d'autres types d'appartenance (de genre ou d'orientation sexuelle notamment). Brian Levin, « The long arc of justice : Race, violence, and the emergence of hate crime law », in B. Perry et B. Levin (eds.), *Hate Crimes. vol. 1. Understanding and Defining Hate Crime*, Westport, CT, Praeger & Greenwood Press, 2009, p. 1-22.
24. G. Mouralis, « Nuremberg, La Haye, Minneapolis – sur l'état précaire de la justice internationale comme dispositif », AOC, 22 juin 2020. URL : <https://aoc.media/analyse/2020/06/21/nuremberg-la-haye-minneapolis-sur-letat-precaire-de-la-justice-internationale-comme-dispositif/>
25. Cf. G. N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change ?*, Chicago, University of Chicago Press, 2008 (1991) ; M. W. McCann, « Reform Litigation on Trial », *Law & Social Inquiry*, 1992, vol. 17, n° 4, p. 715-743. Cette controverse est analysée par : L. Israël, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, p. 27-28.

26. D. A. Bell, « Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma », *Harvard Law Review*, 1980, vol. 93, n° 3, p. 518-533 ; voir aussi : Hourya Bentouhami, « le droit : une question de principes ? Vers une approche matérialiste des décisions juridiques », in Hourya Bentouhami et Mathias Möschel (dir.), *Critical race theory*, op. cit., p. 33-39.
27. Herbert Wechsler, « Toward neutral principles of constitutional law », *Harvard Law Review*, 1959, p. 1-35.
28. Selon lui, le principe sur lequel se fonde l'arrêt Brown (et les décisions ultérieures) est éminemment défavorable à la minorité noire : « *The interest of blacks in achieving racial equality will be accomodated only when it converges with the interest of whites* », Bell, « Brown v. Board of Education », op. cit., p. 524. On peut supposer que l'expression « convergence des intérêts » n'a pas exactement le même pour Bell et pour Wechsler.
29. « Robert H. Jackson de Nuremberg à Brown », in : G. Mouralis, *Le moment Nuremberg*, op. cit., p. 132-135.
30. N. Silber et G. Miller, « Toward "Neutral Principles" in the Law : Selections from the Oral History of Herbert Wechsler », *Columbia Law Review*, 1993, vol. 93, n° 4, p. 854-931.
31. *Ibid.*, p. 896.
32. *Ibid.*, p. 930.
33. Voir aussi : H. Wechsler, Memorandum for the Attorney General (Francis Biddle), 29 décembre, 1944, reproduit in : Smith, B., *American Road...*, op. cit. p. 84-90.
34. Wechsler estime en effet, en décembre 1944, que Murray Bernays maîtrise mal la notion juridique de « conspiracy », in : *ibid.* Le ton est assez proche 15 ans plus tard, au sujet de l'arrêt Brown : « Toward neutral principles... » (1959), op. cit.
35. Il serait intéressant de vérifier cette hypothèse en étudiant l'ensemble des travaux de Derrick Bell et en examinant avec précision ses activités d'avocats et son engagement politique.
36. M. Weber, *Sociologie du droit*, préface de P. Raynaud, traduction et introduction de J. Grosclaude, Paris, PUF, 2013 [1922] p. 286-287.
37. J. Maritain et al., *Le Droit raciste à l'assaut de la civilisation*, New York, Éditions de la Maison française, 1943.
38. Aimé Césaire, *Discours sur le colonialisme*, op. cit., p. 11.
39. Voir notamment : Ta-Nehisi Coates, « The Case for Reparations », *The Atlantic*, juin 2014 ; Magali Bessone, *Faire justice de l'irréparable. Esclavage colonial et responsabilités contemporaines*, Paris, Vrin, 2019 ; G. Mouralis, « Nuremberg, La Haye, Minneapolis », op. cit.,

RÉSUMÉS

Dans les rapports entre droit et race aux États-Unis, on note l'existence d'un point relativement aveugle : ces rapports sont rarement envisagés sous l'angle pénal. La possible répression pénale des crimes motivés par une idéologie raciale a été peu discutée et la législation en ce domaine est très limitée. Ce sont pourtant des juristes étatsuniens qui sont à l'origine de la définition du « crime contre l'humanité », qui inclut expressément les « persécutions pour des motifs raciaux. » Mais cette définition est plus limitée qu'on l'imagine. En réalité la nouvelle catégorie fait l'objet d'un patient travail de neutralisation de 1944 à 46 et au-delà : les experts gouvernementaux souhaitent à tout prix éviter de créer une catégorie universelle, un instrument pénal sanctionnant les persécutions raciales. Cette définition corsetée n'empêche pas les

militants pour les droits civiques de s'emparer du legs de Nuremberg, à l'intérieur comme à l'extérieur des arènes judiciaires, pour combattre le racisme structurel aux États-Unis. En dépit du succès mitigé de ces initiatives et de la disjonction durable entre sphère domestique et ordre international, l'ombre de Nuremberg ne cesse de planer sur l'histoire de la lutte contre le racisme dans ce pays.

One observes a relatively blind spot in the relationship between law and race in the United States: it is rarely considered from a criminal perspective. There has been little discussion of the possible criminalization of racially motivated crimes and very little legislation in this area. The definition of "crime against humanity", which expressly includes "racially motivated persecution", was partly developed by American jurists. But this definition is more limited than one might imagine. In reality, the new category was the object of patient neutralization work from 1944 to 1946 and beyond: government experts wanted at all costs to avoid creating a universal category, a penal instrument sanctioning racial persecutions generally. This narrow definition did not prevent civil rights activists from seizing on the Nuremberg legacy, both inside and outside the judicial arena, to fight structural racism in the United States. Despite the mixed success of these initiatives and the enduring disjunction between the domestic sphere and the international order, the shadow of Nuremberg continues to loom over the history of the struggle against racism in this country.

INDEX

Mots-clés : droit pénal international, tribunal militaire international, procès de Nuremberg, racisme, persécutions raciales, crimes de haine.

Keywords : international criminal law, International Military Tribunal, Nuremberg Trial, racism, racial persecution, Hate crimes.

AUTEUR

GUILLAUME MOURALIS

Guillaume Mouralis est Directeur de recherche au CNRS, Institut des sciences sociales du politique, UMR 7220, (Nanterre), Centre Marc Bloch (Berlin)