



Assemblée générale

Distr. générale
13 septembre 2012
Français
Original : anglais

Soixante-septième session

Point 70 b) de l'ordre du jour provisoire*

**Questions relatives aux droits de l'homme :
y compris les divers moyens de mieux assurer
l'exercice effectif des droits de l'homme
et des libertés fondamentales**

Promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition

Note du Secrétaire général

Le Secrétaire général a l'honneur de transmettre à l'Assemblée générale le rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, Pablo de Greiff, présenté en application de la résolution 18/7 du Conseil des droits de l'homme.

* A/67/150.



Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition

Résumé

Dans ce premier rapport à l'Assemblée générale, le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition met en exergue les moyens par lesquels la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, conçue comme un ensemble de mesures qui se renforcent mutuellement, contribue à consolider l'état de droit. Il appelle l'attention sur les écueils d'une conception purement formelle de l'état de droit, en soulignant que les mesures de justice transitionnelle doivent être conçues et mises en œuvre d'une manière conforme à l'état de droit si l'on veut qu'elles soient des instruments durables de renforcement des droits.

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Portée du mandat	3
III. Concept d'état de droit	4
IV. Justice transitionnelle et état de droit	6
A. Pertinence	6
B. Contributions de la justice transitionnelle à l'état de droit	8
V. Effet cumulé sur l'état de droit d'une politique de justice transitionnelle globale	19
VI. La nécessaire compatibilité des mesures de justice transitionnelle avec l'état de droit	21
VII. Conclusions et recommandations	23

I. Introduction

1. Dans ce premier rapport à l'Assemblée générale, présenté en application de la résolution 18/7 du Conseil des droits de l'homme, le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition fait part de ses réflexions sur la justice transitionnelle¹ et l'état de droit dans le cadre de l'important débat sur l'état de droit aux niveaux national et international que tient l'Assemblée à sa soixante-septième session et compte tenu du fait que, au paragraphe 11 de sa résolution 66/102, l'Assemblée a engagé le Secrétaire général et les organismes des Nations Unies à accorder un rang de priorité élevé aux activités relatives à l'état de droit.

2. Le Rapporteur spécial montre comment l'application de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition après des violations flagrantes des droits de l'homme ou de graves violations du droit international humanitaire contribue à renforcer l'état de droit. S'appuyant sur l'expérience de pays qui ont pris de telles mesures, il appelle l'attention sur les lacunes d'une conception purement formelle de l'état de droit, en soulignant que les mesures de justice transitionnelle doivent être conçues et mises en œuvre d'une manière conforme à l'état de droit si l'on veut qu'elles soient des instruments durables de renforcement des droits.

II. Portée du mandat

3. Le mandat du Rapporteur spécial, établi par le Conseil des droits de l'homme dans sa résolution 18/7, est de répondre aux situations dans lesquelles il y a eu des violations flagrantes des droits de l'homme et de graves violations du droit international humanitaire. Le Conseil a mis l'accent sur les mesures de promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition et il a mentionné en particulier les poursuites individuelles, les réparations, la recherche de la vérité, une réforme institutionnelle et le contrôle des agents et des fonctionnaires publics, ou une combinaison judicieuse de ces mesures.

4. Le Conseil a souligné l'importance d'une approche globale embrassant les quatre éléments du mandat, en vue notamment de restaurer l'état de droit et d'atteindre d'autres objectifs connexes étroitement liés. Aux termes de la résolution, il s'agit entre autres d'assurer le respect de l'obligation de rendre compte, de servir la justice, d'offrir des recours aux victimes, de promouvoir l'apaisement et la réconciliation, de mettre en place un contrôle indépendant du système de sécurité et de restaurer la confiance dans les institutions de l'État, et de promouvoir l'état de droit conformément au droit international des droits de l'homme.

¹ Comme dans son premier rapport au Conseil des droits de l'homme (A/HRC/21/46), le Rapporteur spécial utilise dans le présent rapport l'expression « justice transitionnelle » pour désigner l'approche globale en matière de mise en œuvre des quatre mesures mentionnées dans la résolution créant le mandat. Il souligne que ce terme ne renvoie pas à un type particulier de justice, et encore moins à une forme de « droit indicatif » mais à une stratégie de réalisation des droits à la justice, à la vérité, à la réparation et à des garanties de non-répétition après des violations flagrantes des droits de l'homme et de graves violations du droit international humanitaire.

III. Concept d'état de droit

5. Le processus de formation des États s'accompagne de processus de consolidation du pouvoir, ce qui engendre inévitablement le risque d'un exercice prédateur ou abusif du pouvoir étatique. Au cœur de l'idée d'état de droit se trouvent donc historiquement la nécessité et les moyens de restreindre pareil exercice du pouvoir. La justification ultime de telles limites a été énoncée différemment selon les traditions, les unes faisant appel aux notions de droit, de dignité et d'autonomie, les autres à des considérations instrumentalistes comme la prévisibilité et la certitude tant pour les individus que pour les collectivités.

6. Les moyens distincts mais complémentaires de restreindre le pouvoir de l'État subsumés dans la catégorie générale d'état de droit sont maintenant bien connus. Le premier est un ensemble de conditions *ex ante* à l'exercice du pouvoir : aucun organe de l'État ne peut exercer le pouvoir si cet exercice ne se fonde pas sur des règles. Deux idées doivent ici être rappelées. La première est celle de l'étendue de cette aspiration : tous les organes et les actes de l'État doivent avoir en commun d'être réglementés. Nul n'est au-dessus des lois. En ce sens, l'état de droit diffère de ce que l'on a appelé « le règne des hommes ». La seconde idée est que le moyen à utiliser pour limiter le pouvoir de l'État est la loi. On ne saurait se contenter de gouverner par l'arbitraire.

7. Si elles sont respectées, ces conditions, bien que générales, constituent un progrès important pour la protection des personnes, car elles empêchent les dirigeants de gouverner selon leur caprice, ce qui en soi accroît considérablement la prévisibilité et donc la marge de prise de décisions des gouvernés. Ces contraintes à l'exercice du pouvoir de l'État mettent un frein à de nombreuses formes d'arbitraire. En revanche, l'idée d'état de droit, malgré ses frontières poreuses, est beaucoup plus contraignante. Les règles qui limitent le pouvoir de l'État doivent être d'application générale, promulguées publiquement, orientées vers l'avenir, intelligibles, cohérentes, pratiques ou applicables (elles ne peuvent exiger l'impossible), stables et en harmonie².

8. Le second type de contrainte à l'exercice du pouvoir est une catégorie de dispositions permettant de contester après coup l'application d'une loi. L'état de droit exige l'établissement d'un ensemble complexe d'institutions et de procédures, et notamment d'un système judiciaire indépendant et impartial qui traite les affaires semblables de la même manière et observe scrupuleusement les garanties d'une procédure régulière.

9. Les tribunaux fonctionnant sous le régime de l'état de droit ne sont pas de simples organes d'application de normes qui prennent des décisions exécutoires sur la situation juridique des justiciables, à la différence des tribunaux militaires secrets qui appliquent des lois secrètes, ne donnent à l'accusé aucune possibilité d'être entendu, ne soupèsent pas les éléments de preuve et ne sont pas tenus de motiver leurs décisions. La procédure menant à la décision (qui comprend des audiences au cours desquelles sont présentés des éléments de preuve recueillis en bonne et due forme et mis à la disposition de toutes les parties – qui peuvent contester des points de fait et de droit pertinent – et qui sont appréciés par des acteurs impartiaux et

² Pour employer la liste des caractéristiques formelles du droit proposée par Lon Fuller dans *The Morality of Law*, éd. rév., New Haven, Yale University Press, 1969.

indépendants, en vue d'aboutir à une décision motivée fondée sur des lois générales, publiques, claires et d'application non rétroactive), cette procédure est reconnue depuis longtemps comme essentielle à l'état de droit. L'état de droit met l'accent sur l'importance des tribunaux non seulement en raison de ce qu'ils produisent (des décisions exécutoires fondées sur des règles). Bien plus, il « encadre, favorise et institutionnalise » une « culture de l'argumentation » non pour l'amour de l'argumentation, mais comme manifestation de respect envers l'être humain³.

10. En réalité, l'état de droit n'est pas l'équivalent du règne de la loi. S'il est vrai que l'histoire de son émergence fait partie intégrante de la consolidation de l'autorité étatique, l'état de droit ne désigne pas simplement un modèle de contrôle social visant à susciter un certain comportement, mais plutôt un mode de gouvernance valable pour guider l'action. Les dispositifs juridiques qui sont au cœur même du concept d'état de droit visent à exprimer cette différence. Aussi les exigences de généralité, de publicité, de clarté, de systématisme et d'intégrité des lois et leur orientation vers le bien public expriment-elles les conditions d'un exercice de l'autorité qui ne fait pas abstraction de la capacité rationnelle d'agir, mais la stimule.

11. Trois idées sont donc au centre de la notion classique d'état de droit : la régulation du pouvoir, l'égalité devant la loi et l'importance du processus judiciaire. S'il demeure vrai que la loi a une dimension coercitive, surtout évidente dans les procédures pénales, jusque (ou peut-être particulièrement) dans ce type de procédure la capacité de la loi de susciter l'action rationnelle des parties est cruciale pour comprendre la nature de l'état de droit⁴.

12. Bien que la discussion théorique entre les tenants des conceptions formaliste et essentialiste de l'état de droit ait beaucoup perdu de son intensité – encore qu'elle ne soit pas close – le système des Nations Unies, dans toutes ses parties constituantes, a clairement opté pour une interprétation généreuse de la notion d'état de droit qui englobe les droits de l'homme, notamment une longue liste de droits politiques et, parmi eux, de droits démocratiques, la promotion du développement et la bonne gouvernance. Dans le Document final du Sommet mondial, les chefs d'État et de gouvernement ont renouvelé leur engagement à défendre et promouvoir activement tous les droits de l'homme, l'état de droit et la démocratie, dont ils ont reconnu qu'ils étaient interdépendants, se renforçaient mutuellement et faisaient partie des valeurs et principes fondamentaux, universels et indivisibles de l'Organisation des Nations Unies (résolution 60/1 de l'Assemblée générale, par. 119). Dans sa résolution 57/221 sur le renforcement de l'état de droit, l'Assemblée a établi un lien direct entre la gouvernance, l'état de droit, les droits de l'homme et le développement (par. 7). Plus récemment, l'Assemblée a adopté deux résolutions, 65/32 et 66/102, dans lesquelles elle a souligné l'importance de respecter l'état de droit aux niveaux national et international, et demandé aux organismes des Nations Unies d'intégrer la participation des femmes aux activités liées à l'état de droit.

13. Dans sa résolution 19/36 sur les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit, le Conseil des droits de l'homme a réitéré une interprétation ferme de l'état de

³ Voir Jeremy Waldron, « The concept and the rule of law », *Georgia Law Review*, 43:1 (2008), p. 56.

⁴ Voir également Jürgen Habermas, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, NRF Essais, 1997, 554 pages.

droit lorsqu'il a non seulement affirmé l'interdépendance entre les termes de la définition, mais également souligné, entre autres, la pertinence de l'état de droit pour la paix, le développement et la cohésion sociale (fondée sur l'égalité des sexes et l'élimination de toutes les formes de discrimination).

IV. Justice transitionnelle et état de droit

A. Pertinence

14. Le fait que la justice transitionnelle puisse apporter une contribution au renforcement de l'état de droit est devenu un lieu commun de la doctrine et de la pratique (tant locale qu'internationale) relatives à cette question. Le Rapporteur spécial souhaite préciser cette contribution, dont il relèvera quelques exemples pertinents, et renforcer son potentiel dans différentes conditions, comme l'indique la stratégie de mise en œuvre de son mandat (voir A/HRC/21/46, par. 47 à 59).

15. Pour illustrer la prévalence du point de vue selon lequel la justice transitionnelle peut contribuer à l'état de droit, rappelons que presque toutes les commissions de la vérité créées à ce jour (au Salvador, au Libéria, au Maroc, au Pérou et en Afrique du Sud) ont utilisé le concept d'état de droit à la fois dans un but pédagogique (pour expliquer que le mépris des principes de l'état de droit est l'un des facteurs à l'origine des violations des droits en cause) et comme objet de leur action (leurs recommandations ayant pour but de renforcer l'état de droit). La plupart des auteurs s'accordent aussi bien sur le caractère central de la notion de justice transitionnelle que sur l'utilité des mesures prises dans ce cadre pour restaurer l'état de droit. Le Rapporteur spécial exposera dans le présent rapport quelques-unes des contributions de la justice transitionnelle à l'état de droit.

16. L'ensemble des organismes des Nations Unies adhère à l'idée que la justice transitionnelle peut contribuer à renforcer l'état de droit, et en a fait un élément important de ses efforts dans ce domaine – témoin le nombre élevé de résolutions du Conseil de sécurité, de l'Assemblée générale et du Conseil des droits de l'homme, portant aussi bien sur des questions thématiques que sur des situations de pays, et de rapports du Secrétaire général et du Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies qui abordent ces questions.

17. Il est important de noter que la définition du concept d'état de droit la plus répandue dans les organismes des Nations Unies a justement été énoncée dans un rapport du Secrétaire général au Conseil de sécurité sur l'état de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition (S/2004/616, par. 6). Dans ce rapport, l'état de droit est conçu comme « un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme. Il implique, d'autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l'égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, de l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs ».

18. La justice transitionnelle a constamment figuré au nombre des éléments essentiels du cadre de renforcement de l'état de droit proposé par le Secrétaire général dans ses notes d'orientation en 2008 et en 2010. Cette position demeure inchangée dans son rapport le plus récent à l'Assemblée générale sur cette question (A/66/133), dans lequel les processus et mécanismes de justice transitionnelle (ainsi que l'élaboration de constitutions, la réforme du droit, l'assistance et les garanties électorales, le renforcement des institutions de justice et de sécurité et la coopération avec la société civile) sont présentés comme les éléments essentiels du cadre d'intervention de l'Organisation en matière d'état de droit.

19. Dans la résolution 1040 (1996) d'abord, sur la situation au Burundi, et depuis lors dans de nombreuses résolutions concernant des pays en période de transition, le Conseil de sécurité a demandé la restauration et le maintien de l'état de droit et établi des mandats de maintien de la paix comprenant une composante état de droit, notamment la mise en œuvre de mesures de justice transitionnelle, dans un grand nombre de pays : Afghanistan [résolutions 1401 (2002) et 2041 (2012)], Côte d'Ivoire [résolutions 1528 (2004) et 2062 (2012)], République démocratique du Congo [résolutions 1291 (2000) et 2053 (2012)], Guatemala [résolution 1094 (1997)], Iraq [résolutions 1500 (2003) et 2061 (2012)] et Libéria [résolutions 1509 (2003) et 2008 (2011)], entre autres.

20. Le Conseil de sécurité a porté une attention particulière à la question des femmes, de la paix et de la sécurité dans ses résolutions 1325 (2000), 1820 (2008), 1888 (2009), 1889 (2009) et 1960 (2010), dans lesquelles il a demandé que les femmes soient davantage représentées à tous les niveaux de prise de décisions et la création de mécanismes pour la prévention, la gestion et le règlement des conflits qui tiennent compte de l'aspect sexospécifique, notamment dans les processus de réforme de la justice et de la sécurité. De même, le Conseil a établi des procédures de suivi et de présentation des rapports sur les violations graves des droits de l'enfant dans ses résolutions 1612 (2005), 1882 (2009) et 1998 (2011).

21. Dans sa résolution 18/7, établissant le mandat du Rapporteur spécial, le Conseil des droits de l'homme a inclus la promotion de l'état de droit parmi les objectifs de l'application d'une approche globale en matière de justice transitionnelle. Dans le douzième considérant de cette résolution, le Conseil souligne l'importance « d'une approche globale, intégrant toute la gamme des mesures judiciaires et non judiciaires, à savoir, entre autres, des poursuites individuelles, des réparations, la recherche de la vérité, une réforme institutionnelle, le contrôle des agents et des fonctionnaires publics, ou une combinaison judicieuse de ces mesures, en vue, notamment, d'assurer le respect de l'obligation de rendre compte, de servir la justice, d'offrir des recours aux victimes, de promouvoir l'apaisement et la réconciliation, de mettre en place un contrôle indépendant du système de sécurité et de restaurer la confiance dans les institutions de l'État, et de promouvoir l'état de droit conformément au droit international des droits de l'homme ».

22. Dans sa résolution 19/36 sur les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit, le Conseil a affirmé à nouveau la pertinence de la justice transitionnelle pour le renforcement de l'état de droit. Au paragraphe 9 de cette résolution, le Conseil a souligné « la nécessité pour la communauté internationale d'aider et soutenir les pays qui sortent de conflits ou sont en voie de démocratisation, qui peuvent avoir des besoins particuliers pour ce qui est de remédier aux séquelles des violations des

droits de l'homme pendant leur transition et de progresser vers un système de gouvernance démocratique et l'état de droit ». Le Conseil a établi un lien direct entre la démocratie, l'état de droit et l'élimination de l'impunité, et mentionné expressément les principes de la primauté du droit et de l'égalité devant la justice.

B. Contributions de la justice transitionnelle à l'état de droit

23. La conviction que la justice transitionnelle peut contribuer à l'état de droit est profondément ancrée, ainsi que le démontrent les textes susmentionnés. Il est utile d'analyser les formes précises qu'ont revêtues ces contributions. Dans la suite du présent rapport, nous analyserons de manière exhaustive les types selon lesquels ces contributions, ou certains cas pertinents, peuvent être classés, mais uniquement dans le but d'en donner une illustration (et un début de classification). Cette présentation initiale est structurée en fonction de la contribution distincte que chacun des éléments du mandat peut apporter au renforcement de l'état de droit et, au sein de chacun de ces éléments, selon un ordre croissant de généralité. Comme l'indique le rapport, ces distinctions sont dans une grande mesure analytiques et doivent donc être prises comme un tout, étant donné que les quatre mesures prévues dans le mandat ont en commun un certain nombre d'objectifs fondamentaux et se soutiennent mutuellement, et que leurs effets se chevauchent.

1. Mécanismes de recherche de la vérité⁵

Dénonciation et révocation des membres du personnel coupables de violations

24. La contribution la plus immédiate et la plus spécifique que les mesures de justice transitionnelle peuvent apporter au renforcement de l'état de droit est de dénoncer et d'aider à révoquer les agents publics qui ont participé à des violations des droits (portant, ce faisant, atteinte au principe le plus fondamental de l'état de droit, à savoir l'idée que le pouvoir est limité par le droit).

25. Différentes commissions de la vérité ont attribué la responsabilité (à distinguer de la culpabilité au sens pénal) de violations des droits de l'homme, par action ou omission, à des agents publics de différentes branches de gouvernement et de divers niveaux hiérarchiques, et ont établi les motifs justifiant leur démission ou leur révocation. À titre d'exemple, la Commission de la vérité salvadorienne a dénoncé ce qu'elle a qualifié d'« affligeante subordination » du pouvoir judiciaire (S/25500, annexe, p. 177), et a recommandé la démission des juges de la Cour suprême.

Analyse des manquements des organes de sécurité et du pouvoir judiciaire et recommandations de réforme

26. Nombre de commissions de la vérité se sont penchées avec attention sur les insuffisances du pouvoir judiciaire, des organes de sécurité et d'autres secteurs officiels qui ont été responsables, par action ou omission, de manquements au respect de la primauté du droit qui, selon l'analyse des commissions elles-mêmes, ont entraîné de graves violations des droits de l'homme. L'indépendance des

⁵ La recherche de la vérité peut être confiée à différents organes ou membres de la société. Le Rapporteur spécial limite ici son examen aux commissions de la vérité en tant que véhicules principaux de recherche et de divulgation de la vérité en période de transition.

commissions de la vérité qui ont, jusqu'à présent, pu mener à bien leur mandat donne à leur compte rendu de la situation une crédibilité bien supérieure à celui qu'ont pu en faire des parties privées ou des partis politiques, et les circonstances particulières dans lesquelles les commissions de la vérité sont habituellement instituées – à des moments où une société s'efforce de reconstruire son contrat social – offrent une occasion unique de mettre en valeur la pertinence des principes en jeu, non seulement d'un point de vue constitutionnel général, mais dans la pratique quotidienne des institutions de sécurité et de justice.

27. En plus de signaler la présence de personnel coupable de graves manquements, les commissions de la vérité ont également fait ressortir les dysfonctionnements des institutions de sécurité et de justice et ont formulé des recommandations en vue de les réformer. Certains de ces dysfonctionnements sont structurels. Un bon exemple à cet égard est le rapport de la Commission de clarification historique guatémaltèque, qui contient non seulement un historique exhaustif des institutions étatiques, y compris de l'appareil judiciaire et des organes de sécurité, mais aussi des propositions détaillées de réforme. La Commission mentionne l'absence de budget adéquat pour l'appareil judiciaire, la bureaucratisation excessive, le nombre insuffisant de juges, le manque d'avocats de la défense, la formation insuffisante de ses membres et l'insuffisance numérique des tribunaux au nombre des facteurs qui ont entravé le bon fonctionnement du système judiciaire⁶.

Promotion de l'accès à la justice

28. Plusieurs commissions de la vérité ont recommandé de renforcer l'efficacité du système judiciaire et l'accessibilité des tribunaux. La Commission Vérité, accueil et réconciliation timoraise a relevé qu'un système judiciaire équitable, professionnel, facile d'accès et efficace était une pierre angulaire de l'état de droit⁷, et la Commission de vérité et de réconciliation du Libéria a fait des recommandations analogues⁸. Au Guatemala, la Commission a signalé que la distance géographique entre les tribunaux et la population des campagnes, les barrières linguistiques et les différences culturelles avaient aggravé les autres lacunes du système judiciaire⁹.

*Promotion de réformes pour accroître l'indépendance du pouvoir judiciaire*¹⁰

29. Les commissions de la vérité ont également formulé des recommandations concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire et notamment suggéré, pour la renforcer, de créer des pare-feu entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État. L'un des moyens permettant d'atteindre, au moins partiellement, cet objectif est d'octroyer au système judiciaire une plus grande autonomie administrative et budgétaire et de réduire la probabilité que les nominations aux postes élevés de la

⁶ Voir Comisión de Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: memoria del silencio*, vol. 3, Guatemala, F & G Editores, 1999, p. 114. Disponible à l'adresse <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/toc.html>.

⁷ *Chega! Final Report of the Commission for Reception, Truth and Reconciliation in East Timor*, 11^e partie, p. 16. Disponible à l'adresse <http://etan.org/news/2006/cavr.html>.

⁸ Voir vol. 2, p. 384, du rapport final refondu. Disponible à l'adresse <http://trcofliberia.org/reports/final-report>.

⁹ Comisión de Esclarecimiento Histórico, *Guatemala*, vol. 3, p. 116.

¹⁰ Sur les garanties d'indépendance du pouvoir judiciaire, voir aussi le rapport du Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats (A/HRC/11/41), par. 14 à 84.

magistrature soient tributaires de politiques partisans. Il n'est pas moins important d'accroître l'indépendance individuelle des juges, en particulier des juges de première instance, qui peuvent être tributaires de leurs supérieurs au sein du système judiciaire. Cette indépendance peut être favorisée par la mise en place d'une carrière judiciaire permanente où la nomination, l'avancement et la révocation des juges ne dépendent pas de leur aptitude à aller au devant des préférences qu'ils perçoivent chez les magistrats des tribunaux supérieurs. Cette réforme serait favorisée, entre autres, par des changements dans le processus d'évaluation des magistrats. Des recommandations en ce sens ont été formulées par les commissions de la vérité du Chili, d'El Salvador et du Guatemala¹¹.

30. La préoccupation face à l'indépendance de la magistrature n'est pas propre aux commissions de la vérité d'Amérique latine. La Commission de vérité et de réconciliation de Sierra Leone a dit de façon on ne peut plus limpide à ce sujet que le point de départ pour établir l'état de droit était la création d'un pouvoir judiciaire indépendant, impartial et autonome¹². Quant à la Commission Vérité, accueil et réconciliation timoraise, elle a soutenu qu'on ne pouvait faire l'économie d'un système judiciaire indépendant qui fonctionne si l'on voulait garantir l'état de droit, que l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard de la politique du Gouvernement avait été compromise et que le système judiciaire avait manqué à son devoir de protéger les droits de l'homme fondamentaux des accusés grâce à une procédure régulière.

Jeter les bases de la mise en œuvre d'autres mesures favorisant l'état de droit

31. Un grand nombre de pays dans lesquels des mesures de justice transitionnelle sont mises en œuvre, et pas seulement des pays en développement à faible revenu, souffrent d'un manque de ressources ou de capacités et de différentes lacunes institutionnelles. En raison de ces lacunes, qu'elles soient ou non liées au revenu, il est d'autant plus important d'utiliser de façon efficace les ressources judiciaires et non judiciaires qu'absorbe inévitablement la mise en place de réformes en matière d'état de droit. En tout état de cause, toutes les mesures de justice transitionnelle forcent à faire des choix difficiles, notamment quant aux enquêtes judiciaires à privilégier, aux poursuites à intenter, aux institutions à soumettre à des vérifications, aux niveaux hiérarchiques et aux types de violations sur lesquels doivent porter ces vérifications, aux violations qui donneront droit à réparation et au niveau d'indemnisation des victimes. Avoir une compréhension globale du cadre dans lequel les violations se sont produites, des forces et des faiblesses des institutions qui ont causé ou permis ces violations et du profil démographique et social des victimes, notamment de leurs besoins et de leurs préférences, permet d'élaborer des réponses plus ciblées et plus efficaces. Le travail des commissions de la vérité fournit souvent une base sur laquelle fonder une telle compréhension globale. C'est

¹¹ Voir, par exemple, Comisión de Esclarecimiento Histórico, Guatemala, vol. 3, p. 113, 114, 123 et 124, et vol. 2, chap. 4, du rapport de la Commission nationale chilienne Vérité et réconciliation, « Behaviour of the Courts Toward the Grave Human Rights Violations that Occurred between September 11, 1973 and March 11, 1990 », vol. 2, Indiana, University of Notre-Dame Press, 1993, p. 860 à 862.

¹² Voir vol. 2, par. 141, du rapport final de la Commission. Disponible à l'adresse www.sierra-leone.org/TRCDocuments.html.

là un exemple de la relation qui peut exister entre les différentes mesures de justice transitionnelle, dont il sera traité plus avant à la section V.

Visibilité et participation des victimes

32. La violence et les violations systématiques des droits s'accompagnent souvent et sont, sans exception, suivies de formes pernicieuses de marginalisation. C'est particulièrement le cas lorsque la violence et les violations visent des groupes particuliers ciblés en raison de leur sexe, de leur appartenance ethnique, nationale, religieuse ou même géographique ou de classe¹³. Dans ces circonstances, les victimes ont tendance à disparaître de la scène et des discours publics, et les violations et les conflits sont souvent présentés comme s'ils touchaient principalement l'infrastructure et les intérêts économiques des élites. Les commissions de la vérité (surtout depuis qu'elles ont commencé à tenir des audiences publiques) ont souvent été un instrument formidable pour diffuser l'expérience des victimes, éclairer certains des modes de victimisation qu'elles ont subis et faire ressortir les formes interdépendantes de marginalisation auxquelles elles sont souvent soumises. Pour résumer, les commissions de la vérité aident à donner aux victimes une voix, tant individuellement qu'en tant que groupes. La possibilité d'être entendu, en particulier dans des débats publics, n'est pas sans pertinence pour le renforcement de l'état de droit, ainsi que le Rapporteur spécial le soutiendra explicitement dans le présent rapport, au chapitre V. Cette contribution est particulièrement pertinente pour les femmes, les enfants, les minorités ethniques et les populations autochtones, qui sont souvent les cibles particulières de la violence, ou en pâtissent de façon distincte. Le Rapporteur spécial s'appliquera à renforcer les tendances en matière de justice transitionnelle qui accroissent la possibilité de réagir aux différentes formes de marginalisation.

Catalyser les échanges sur la bonne interprétation de l'état de droit

33. La divulgation de la vérité et les discussions qu'elle engendre peuvent apporter une contribution importante à l'instauration de l'état de droit précisément en mettant en cause l'interprétation de ce que l'idéal de l'état de droit lui-même exige des acteurs du système judiciaire. Au Chili comme en Afrique du Sud, par exemple, les commissions de la vérité, essayant de comprendre comment des juges par ailleurs honnêtes avaient pu manquer de façon si manifeste à leur devoir fondamental d'administration de la justice, en sont venus à critiquer la manière dont les juges interprétaient l'état de droit. Cette interprétation, qui mettait l'accent sur l'aspect formel de l'état de droit, libérait commodément les juges de la nécessité d'exercer leur jugement sur la légitimité de leur propre rôle au sein de systèmes juridiques dont la légitimité elle-même était plus que douteuse. La division du travail entre les politiques et les magistrats résultant de cette interprétation permettait aux juges de se concevoir comme de simples exécutants de lois qui n'engageaient aucunement leur responsabilité personnelle. S'il est vrai que tel était le cas en un sens (le Chili et l'Afrique du Sud maintenaient tous deux une certaine séparation des pouvoirs), jamais les juges ne sont entièrement privés de pouvoir discrétionnaire dans l'application ou dans l'interprétation du droit qu'ils sont tenus d'appliquer.

¹³ Le Rapporteur spécial intégrera l'aspect sexospécifique et les préoccupations relatives aux minorités dans l'ensemble du présent rapport, car il est convaincu que cette question est pertinente pour chacune des mesures qui y sont traitées.

34. La Commission nationale chilienne Vérité et réconciliation a reproché aux juges de concéder trop de latitude aux agents de l'administration en interprétant constamment les lois de la manière la plus favorable pour eux (par exemple, en invoquant le principe de la séparation des pouvoirs pour ne pas examiner les motifs avancés par l'exécutif pour emprisonner ou même exiler des personnes en vertu de l'état de siège), ce qui contraste avec « la rigueur excessive avec laquelle les tribunaux ont adhéré [...] à une légalité formelle dans l'appréciation de la preuve présentée contre [d'autres] auteurs d'infractions », zèle formaliste qui, selon la Commission, a parfois « empêché [les tribunaux] d'appliquer les sanctions appropriées »¹⁴.

35. Dans son rapport, la Commission sud-africaine de vérité et de réconciliation a partagé l'évaluation chilienne du rôle qu'une interprétation purement formaliste de l'état de droit avait joué dans le soutien d'un régime oppressif : « L'apparence d'indépendance judiciaire et l'adhésion au légalisme sous le couvert de "l'état de droit" servent de mécanisme puissant de légitimation pour l'exercice de l'autorité gouvernementale.¹⁵ » Cependant, la Commission a insisté sur le fait que la notion d'indépendance judiciaire devait avoir un contenu, car autrement les tribunaux risquaient d'être vus comme de simples serviteurs obéissants des autres branches du gouvernement. C'est précisément de cet « espace » dont ils disposent que les juges et les avocats peuvent se servir légitimement et légalement pour préserver l'équité et la décence fondamentales au sein du système juridique¹⁶.

36. Avant d'examiner la contribution que d'autres mesures de justice transitionnelle peuvent apporter au renforcement de l'état de droit, le Rapporteur spécial rappelle à nouveau que la réalisation des contributions potentielles des mécanismes de recherche de la vérité évoqués plus haut dépend de la mise en œuvre d'autres mesures de justice transitionnelle.

2. Assainissement et autres mesures de réforme institutionnelle tendant à garantir la non-répétition

37. Malgré l'apport des commissions de la vérité à une meilleure compréhension des lacunes des systèmes de sécurité et de justice qui ont conduit, directement ou indirectement, à des violations massives des droits de l'homme, et malgré la sagesse de certaines de leurs recommandations, il reste que compréhension ne vaut pas transformation. L'analyse doit être complétée par des actions concrètes. Les commissions de la vérité, qui sont des organes temporaires ayant des attributions et des pouvoirs limités, n'ont pas vocation à mettre en œuvre leurs propres recommandations. Le Rapporteur spécial, conformément à la résolution qui a créé son mandat – qui repose sur une approche globale de la vérité, de la justice, des réparations et des garanties de non-répétition – souligne que les mesures de recherche de la vérité, si importantes soient-elles, ne sauraient à elles seules épuiser toutes les interventions en matière d'état de droit en période de transition.

38. L'idée d'expurger les institutions des responsables d'exactions et des collaborateurs après un conflit ou la disparition d'un régime autoritaire a une longue

¹⁴ Voir vol. 1, p. 120, du rapport final de la Commission.

¹⁵ Commission sud-africaine de vérité et de réconciliation, *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, vol. 4, Londres, Macmillan Reference Limited, 1998, p. 105.

¹⁶ Ibid., p. 100.

(sinon particulièrement glorieuse) histoire¹⁷. Les purges massives qui ont suivi des périodes de conflit sont un phénomène bien connu à travers le monde, mais ce modèle ne doit pas être suivi si l'un des buts visés est de consolider l'état de droit. L'assainissement consiste à mettre sur pied des processus formels pour examiner le comportement des individus et pour évaluer leur intégrité sur la base de critères objectifs, en vue de déterminer s'ils sont aptes à occuper, ou à continuer d'occuper, des fonctions publiques¹⁸.

39. S'agissant de quelques-unes des variables cruciales qui caractérisent les processus d'assainissement¹⁹, et à l'égard desquelles les positions ont varié selon les pays, le Rapporteur spécial note ce qui suit :

a) Les processus d'assainissement ne ciblent pas tous les mêmes objets. Des choix doivent être faits en ce qui concerne tant les institutions soumises à l'assainissement que les postes au sein de ces institutions faisant l'objet de sélection²⁰;

b) Les critères de sélection diffèrent également. Il importe de bien préciser les types de violations des droits que le système vise à éradiquer²¹;

c) Les types de preuve admissibles devant les tribunaux et, élément important, le critère selon lequel le tribunal devra se déterminer varient selon les processus²²;

d) Les sanctions imposées ne sont pas non plus uniformes; la révocation elle-même peut prendre différentes formes (dont la moins sévère peut être une sanction relativement mineure qui permet à l'intéressé de démissionner sans que sa

¹⁷ Voir, par exemple, les articles de la partie II de Jon Elster, *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy*, Cambridge, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Cambridge University Press, 2006.

¹⁸ Selon le rapport du Secrétaire général sur l'état de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, l'assainissement implique habituellement un processus formel visant à identifier et révoquer les fonctionnaires responsables d'exactions, en particulier dans les services de police, les services pénitentiaires, l'armée et la magistrature (S/2004/616, par. 52). Voir aussi HCDR, *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit, Assainissement : cadre opérationnel*.

¹⁹ Voir Alexander Mayer-Rieckh et Pablo de Greiff (dir.), *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*, New York, Social Science Research Council, 2007.

²⁰ Un plus grand nombre de pays ont mis sur pied des programmes d'assainissement tant pour les secteurs des forces armées et de la police que pour le système judiciaire. La Grèce et l'Allemagne ont également opéré un processus d'assainissement des universités. On a souvent proposé d'assainir les médias d'information et d'autres professions pendant les périodes de transition en Europe de l'Est et en Europe centrale. Et bien entendu, un grand nombre de pays, notamment tous ceux qui viennent d'être cités, ont appliqué des processus d'assainissement pour certains postes électifs et d'autres fonctions gouvernementales.

²¹ À cet égard également, l'éventail est large : en Europe de l'Est et en Europe centrale, on a cherché à identifier ceux qui avaient collaboré avec les anciens services secrets (définis différemment selon les pays). Dans d'autres pays, le but était d'identifier ceux qui avaient participé à des violations des droits de l'homme. En Pologne, la loi d'assainissement ne vise pas à sanctionner la collaboration avec les services secrets mais plutôt le mensonge à ce sujet. Voir, par exemple, Roman David, *Lustration and Transitional Justice*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2011.

²² En tant que procédures administratives, les programmes d'assainissement reposent sur la prépondérance des probabilités plutôt que sur la preuve au-delà de tout doute raisonnable.

participation au comportement considéré comme contraire au droit soit divulguée). Les sanctions imposées au titre de l'assainissement peuvent être plus ou moins publiques et limiter notamment les possibilités d'emploi futur dans différents secteurs;

e) Enfin, et c'est là un aspect important du point de vue de l'état de droit, les processus varient selon les mécanismes d'examen ou les voies de recours qu'ils autorisent.

40. De toutes les mesures de justice transitionnelle, l'assainissement est celle qui se prête le plus à la manipulation politique. Différents facteurs expliquent ce fait : le processus d'assainissement porte habituellement sur un grand nombre de cas; les organes qui en sont chargés fonctionnent de façon moins publique que les commissions de la vérité et, comme il s'agit d'organes administratifs, moins publiquement que les tribunaux; l'assainissement détermine également l'accès au pouvoir et aux ressources de l'État. En conséquence, il est particulièrement important que les programmes d'assainissement soient conçus et mis en œuvre de façon scrupuleuse, en se conformant à des normes de procédures exigeantes, en consultation avec la société civile et de la façon la plus transparente possible, tout en garantissant la confidentialité de la procédure tant pour ceux qui font l'objet des vérifications que pour les victimes potentielles.

41. Les processus d'assainissement qui répondent à ces critères peuvent contribuer de façon significative à l'état de droit après des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de graves violations du droit international humanitaire. Cette contribution revêt essentiellement trois formes :

a) La révocation du personnel compromis des secteurs de la sécurité et de la justice évite aux victimes et à d'autres personnes d'avoir à faire face aux auteurs des violations qu'elles ont subies lorsqu'elles ont recours aux services de l'État qui leur sont ouverts;

b) La révocation du personnel compromis aide à démanteler les réseaux d'activité criminelle qui peuvent notamment entraver les processus de réforme;

c) En plus de reconstituer l'effectif des institutions, ce qui est certes très important, les mesures d'assainissement peuvent contribuer à l'état de droit par leur fonction symbolique : elles signalent que les institutions et leurs dirigeants s'engagent à respecter les normes des droits fondamentaux dans toutes leurs décisions en matière de nomination, de promotion et de congédiement.

42. Si les changements de personnel dans les institutions cruciales du point de vue de l'état de droit sont importants, ils ne suffisent pas à garantir la non-répétition des violations s'ils ne s'accompagnent pas de réformes structurelles plus profondes. L'assainissement doit être considéré comme une partie de cet ensemble de réformes. Dans le domaine judiciaire, ces réformes concernent l'adoption de certaines des mesures déjà mentionnées : accroissement des budgets du secteur judiciaire, implantation judicieuse des tribunaux, disponibilité d'aide judiciaire et de services d'interprétation ou inclusion d'autres langues dans le fonctionnement des tribunaux; modification de la procédure de nomination et de promotion des juges, des procureurs et des fonctionnaires judiciaires; affectation des dossiers judiciaires en fonction de critères objectifs et rationalisation des systèmes d'administration des tribunaux; renforcement des garanties d'une procédure régulière, programme de protection des témoins, limitation de la détention provisoire; amélioration de la

procédure d'obtention des éléments de preuve et limitation de l'utilisation des aveux; modernisation des codes, notamment classification des différentes formes de violations des droits de l'homme sanctionnées par le droit interne et intégration expresse des obligations découlant du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans la législation nationale. S'agissant des forces de sécurité, des réformes élargies consistent à démanteler les groupes gravement impliqués dans des activités illicites ou irrégulières, à rationaliser les forces (problème fréquent dans les pays à régime autoritaire ou sortant d'un conflit, où prolifèrent les organes sécuritaires ayant des mandats contradictoires ou se chevauchant); à renforcer les mécanismes de supervision civils; à améliorer la représentation des femmes et des groupes ethniques au sein des forces, en particulier à des postes d'autorité (question d'effectif qui dépasse les considérations relevant normalement des processus d'assainissement); à accroître la transparence des budgets de sécurité et à différencier les fonctions militaire et de police.

3. Réparations

43. Les réparations ont acquis une place particulière dans les processus de transition, en partie au moins parce que c'est sans doute la mesure de justice transitionnelle la plus susceptible d'avoir une incidence immédiate sur la vie des victimes. La plupart des pays ayant récemment connu une transition ont mis en place des programmes administratifs non judiciaires pour accorder aux victimes diverses formes de prestations (matérielles ou symboliques, individuelles ou collectives) dans le cadre de leurs politiques de justice transitionnelle²³.

44. Là encore, les programmes mis en œuvre varient fortement d'un pays à l'autre²⁴ :

a) Les programmes diffèrent d'abord par leur degré d'exhaustivité, c'est-à-dire par le type de violations ouvrant droit au versement de prestations. La plupart des programmes se limitent à un nombre assez restreint de violations de droits, qui sont essentiellement civils et politiques : les exécutions extrajudiciaires, les disparitions, les détentions illégales, les actes de torture et, de plus en plus, les violences sexuelles;

b) Les programmes diffèrent également par leur degré de complexité, c'est-à-dire par le type de prestations versées. La tendance va dans le sens de programmes de plus en plus complexes, qui prévoient non seulement des indemnisations financières et autres formes de prestations (accès à la santé, à l'éducation et au logement notamment) mais également des mesures symboliques (excuses officielles, changement du nom d'espaces et de bâtiments publics);

c) Les programmes diffèrent ensuite par les modalités de répartition des prestations, les versements étant parfois répartis entre les membres des familles. Toutes choses égales par ailleurs, l'expérience semble montrer qu'il est bon que les indemnisations soient versées sous la forme d'une pension plutôt que d'une somme

²³ Voir, par exemple, Pablo de Greiff (dir.), *The Handbook of Reparations* (New York, Oxford University Press, 2006).

²⁴ Ibid., et *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Programmes de réparation* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.08.XIV.3). Disponible à l'adresse www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammes_fr.pdf.

forfaitaire. Il semble que ce régime soit davantage bénéfique pour les femmes et les enfants²⁵;

d) Les programmes diffèrent également considérablement par leur degré de générosité, c'est-à-dire par l'ampleur et le quantum des prestations accordées.

45. Les programmes de réparation peuvent apporter les contributions suivantes au renforcement de l'état de droit :

a) Les réparations sont un moyen de reconnaître les droits des victimes et les obligations correspondantes des États. En 1928, dans l'affaire de l'usine de Chorzów, la Cour permanente de justice internationale, a affirmé que c'était un principe du droit international que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer²⁶. L'article 2, alinéa 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose également que les États ont l'obligation de garantir un recours utile à toute personne dont les droits reconnus dans le Pacte ont été violés. Autrement dit, accorder des réparations aux victimes constitue à la fois la satisfaction de l'un de leurs droits et un moyen de satisfaire une série d'obligations à la charge des États, dont celles de garantir un recours utile et d'assurer l'équité et l'égalité de traitement devant la loi;

b) Les réparations ne sont pas seulement la manifestation de certains droits particuliers mais peuvent en outre rendre possible l'exercice d'autres droits. La restauration de la citoyenneté et d'autres droits, notamment d'un statut juridique particulier, peut permettre de lever des obstacles importants à l'exercice des droits. Effacer les condamnations injustifiées peut par exemple avoir une incidence profonde sur l'avenir des personnes concernées. De même, les réparations matérielles peuvent permettre à la victime, en lui donnant la possibilité de reprendre des études ou une formation, d'échapper à une vie misérable. Il ne s'agit pas seulement de donner une qualité de vie différente (même si cet aspect est important, individuellement comme collectivement), mais également de permettre aux victimes d'exercer leurs droits en général d'une manière qui donne tout son sens au principe d'égalité devant la loi;

c) Lorsque les violations ou le conflit revêtent un caractère collectif ou de groupe, ce qui est en général le cas des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire, dont certaines visent des groupes particuliers (sexuel, ethnique, religieux ou autres), les programmes de réparation de grande ampleur peuvent avoir un effet de réparation qui renforce le principe de la généralité de la loi et les protections que celle-ci accorde.

4. Justice

46. Dans les développements qui suivent, le Rapporteur spécial souligne quelques expériences récentes, puisées dans une histoire particulièrement riche, qui illustrent la contribution que les poursuites judiciaires peuvent apporter au renforcement de l'état de droit.

²⁵ Voir, par exemple, Ruth Rubio-Marín (dir.), *The Gender of Reparations* (New York, Cambridge University Press, 2009).

²⁶ Affaire relative à l'usine de Chorzów (*Allemagne c. Pologne*), demande en indemnité, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 47.

47. Les situations dans lesquelles les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire se produisent posent des problèmes particuliers, aussi bien théoriques que pratiques, pour les poursuites. De fait, dans la majorité des cas, et pour diverses raisons tenant notamment à la pluralité des auteurs et au manque de moyens, de capacité et de volonté, mais aussi au fait que le rapport de force entre le régime antérieur et le nouveau régime est souvent tel que les poursuites menacent la transition, seule une petite partie des auteurs d'actes odieux font l'objet d'une enquête.

48. Si les poursuites devant les juridictions nationales restent en principe préférables aux poursuites devant les juridictions internationales, les coûts étant inférieurs et les répercussions sur les sociétés locales, qui peuvent y participer et se les approprier, étant supérieurs, il reste que, pour des raisons qui tiennent précisément à la fragilité des institutions dans de nombreuses situations postconflituelles ou postautoritaires, des solutions alternatives aux poursuites internes ont été adoptées avec un certain succès.

49. Les deux tribunaux pénaux internationaux ad hoc créés en 1993 et en 1994 par le Conseil de sécurité pour juger les affaires découlant des conflits en ex-Yougoslavie et au Rwanda arrivent au terme de leurs travaux. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a mis en accusation 161 personnes et mené 126 procès, qui ont donné lieu à 64 condamnations et 13 acquittements. Il a renvoyé 13 affaires devant les juridictions nationales et retiré 36 actes d'accusation²⁷. De son côté, le Tribunal pénal international pour le Rwanda a poursuivi 92 personnes et mené à bien 74 procès, ayant débouché sur 64 condamnations et 10 acquittements. Il a renvoyé quatre affaires devant les juridictions nationales et retiré deux actes d'accusation²⁸.

50. La Cour pénale internationale a prononcé sa première condamnation, à l'encontre de Thomas Lubanga de la République démocratique du Congo, le 10 juillet 2012 et rendu sa première décision sur les réparations dans la même affaire le 10 août.

51. Les juridictions hybrides, censées présenter certains avantages des juridictions nationales (proximité, héritage judiciaire, participation) et atténuer certains inconvénients des tribunaux internationaux (éloignement, coûts)²⁹, portent également leurs fruits. C'est ainsi que, le 26 avril 2012, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a condamné l'ancien Président du Libéria, Charles Taylor. L'affaire est actuellement en appel. De son côté, le 3 février 2012, la Chambre de la Cour suprême des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens a confirmé la condamnation prononcée contre Kaing Guek Eav (alias « Duch »).

52. Les juridictions de Bosnie-Herzégovine continuent de juger des affaires de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité découlant du conflit de 1992-1995. Des plaintes au pénal ont été déposées auprès des divers services de police contre 5 895 suspects. Au total, 1 285 enquêtes sont en cours, tandis que 412 criminels ont

²⁷ Voir www.icty.org/sections/TheCases/KeyFigures.

²⁸ Voir www.unictt.org/Cases/StatusofCases/tabid/204/Default.aspx.

²⁹ Voir *Les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit : Valorisation des enseignements tirés de l'expérience des tribunaux mixtes* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.08.XIV.2). Disponible à l'adresse www.ohchr.org/Documents/Publications/HybridCourtsFR.pdf.

été jugés³⁰. Même si le système judiciaire du pays est complexe et que des pressions politiques sont exercées de temps à autre, on peut espérer que la Stratégie nationale sur les crimes de guerre adoptée en 2008 sera menée à bien. Cette stratégie, dont la mise en œuvre est dirigée par la Cour d'État de Bosnie-Herzégovine – institution hybride composée de juges et de procureurs internationaux et de magistrats nationaux – prévoit que toutes les affaires auront été jugées dans les 15 années suivant son adoption.

53. Compte tenu de l'objet du présent rapport, les poursuites nationales – qui suscitent moins d'attention à l'échelle internationale, alors même que deux pays en particulier ont accompli des progrès considérables dans ce domaine – présentent un intérêt bien plus important. En août 2012, 1 932 personnes avaient été mises en cause pour crimes contre l'humanité en Argentine : 1 597 avaient fait ou faisaient l'objet d'une enquête, 319 étaient décédées et 16 avaient été déclarées inaptes à être jugées. Au total, 272 personnes ont été condamnées et 20 acquittées. Dans 76 % des cas, les tribunaux ont prononcé des peines de prison de 16 ans ou plus, voire des peines d'emprisonnement à vie.

54. Au-delà des chiffres, deux points au moins sont à retenir. Premièrement, ces affaires visent non seulement des membres de l'armée mais aussi des civils, notamment des civils des services de renseignement de l'armée et, plus important encore, des magistrats ainsi que des responsables du gouvernement de fait. Au moins 27 juges, procureurs et avocats ont ainsi été mis en cause pour s'être rendus complices de violations des droits de l'homme ou pour y avoir participé.

55. Deuxièmement, de grands progrès ont été accomplis dans l'ouverture d'enquêtes sur les crimes sexistes et sexuels, parfois contre de hauts responsables, même si ces crimes n'engagent que la responsabilité de ceux qui les commettent directement³¹.

56. De même, au Chili, les chiffres sont impressionnants. Depuis 2000, 771 responsables ont été jugés et condamnés dans des affaires de disparition et d'exécution. Trente et une personnes sont mortes avant de pouvoir être jugées. Mille quatre cent quarante-six affaires sont encore en cours. Autrement dit, 76 % des victimes de disparitions et d'exécutions, soit un pourcentage extraordinaire, ont vu des poursuites engagées en leur nom³². S'il est vrai qu'il a fallu des dizaines d'années pour en arriver là dans ces deux pays et qu'un certain nombre de problèmes persistent (retards de jugement, effectivité de l'exécution des peines notamment), ces expériences méritent assurément qu'on s'y intéresse de plus près.

57. L'idée que la répression des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire contribue à l'état de droit n'appelle guère de développements. Néanmoins, il convient de préciser que l'exercice de poursuites pénales dans ce type d'affaires vient donner corps au principe de souveraineté de la loi et à son corollaire, le principe d'égalité. Nul, quel que soit son rang ou son statut, n'est au-dessus de la

³⁰ Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, Mission en Bosnie-Herzégovine, programme d'observation des procès, statistiques sur les poursuites pour crimes de guerre, 31 mai 2012.

³¹ Voir www.cels.org.ar/wpblogs/estadisticas et Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos humanos en Argentina: informe 2012* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012).

³² Voir www.icsc.cl/observatorio-derechos-humanos.

loi. Par ailleurs, d'un point de vue plus pratique, compte tenu de la complexité des procès pour atteintes systématiques, ces procédures judiciaires permettent de développer des compétences qui peuvent être transmises et contribuer ainsi au renforcement des capacités générales des systèmes judiciaires.

V. Effet cumulé sur l'état de droit d'une politique de justice transitionnelle globale

58. Pour des raisons de clarté, le Rapporteur spécial a présenté séparément les contributions que sont susceptibles d'apporter les quatre composantes de son mandat, tout en soulignant que les distinctions étaient purement analytiques et que les fonctions des différentes mesures se chevauchaient (on a ainsi rappelé que, si les commissions de vérité pouvaient formuler des recommandations sur un large éventail de questions, ces recommandations supposaient la mise en œuvre des autres mesures relevant généralement d'une politique de justice transitionnelle globale).

59. Lors de la création du mandat du Rapporteur spécial, le Conseil des droits de l'homme a souligné qu'il importait d'en envisager les quatre éléments ensemble. Dans son premier rapport et en d'autres occasions, le Rapporteur spécial a analysé les rapports entre ces quatre composantes. Cette analyse n'est pas résumée ici. Seuls sont repris les éléments qui intéressent particulièrement l'examen du lien entre justice transitionnelle et état de droit. Il s'agit d'expliquer et de systématiser les effets attribués aux mesures décrites dans la section IV.

60. Les quatre composantes du mandat (vérité, justice, réparations et garanties de non-répétition) ne constituent pas un ensemble purement aléatoire. Elles sont liées les unes aux autres, aussi bien en théorie qu'en pratique. C'est une des raisons pour lesquelles la tendance des gouvernements à en sacrifier certaines au profit d'autres est vaine et inacceptable. Les quatre mesures peuvent se compléter, compensant ainsi les manques de chacune face à l'immensité de la tâche que constitue la réparation des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire.

61. Par ailleurs, au niveau théorique, ces composantes peuvent être envisagées comme faisant partie d'un ensemble du fait de leur unité partielle de buts. Ces buts s'avèrent importants pour la promotion de l'état de droit (qui est de fait l'un des buts ultimes de la justice transitionnelle selon cette conception) et pour les actions menées en vue de faire advenir la justice par le moyen de systèmes juridiques formels. Les quatre mesures peuvent être vues comme des moyens de permettre la reconnaissance des victimes : toutes les mesures de justice transitionnelle sont conçues pour reconnaître leur histoire et leurs souffrances mais aussi et surtout leur qualité de titulaires de droits. On peut également les considérer comme des moyens de promouvoir la confiance, à la fois horizontalement, entre les victimes et les autres, et, plus important encore, verticalement, entre les victimes et les institutions de l'État.

62. Reconnaissance et confiance sont les conditions préalables et les conséquences de l'action menée pour instaurer un système de justice formel. Par nécessité, un système juridique suppose pour fonctionner la création de sujets juridiques qui se définissent par la possession de droits (et d'obligations). De même, un système juridique ne peut fonctionner sans un certain degré de confiance : en l'absence

d'une surveillance totale (ou totalitaire), les systèmes répressifs reposent sur la conviction que les citoyens dénonceront les crimes dont ils sont témoins ou dont ils sont victimes, ce qui présuppose notamment un minimum de confiance dans les enquêtes de police, dans l'efficacité des tribunaux, dans l'honnêteté et l'indépendance des juges et dans la rigueur (mais aussi peut-être l'humanité) du système carcéral.

63. Toutefois, les systèmes juridiques ne sont pas simplement tributaires d'un niveau préexistant de reconnaissance et de confiance, ils en sont également les catalyseurs. L'histoire l'a montré, l'octroi de droits à certains sujets juridiques a été à l'origine de luttes qui ont débouché sur l'octroi de ces mêmes droits à d'autres (au nom de l'égalité par exemple) et sur l'octroi d'un ensemble de droits légalement reconnus (au nom de la légitimité démocratique notamment). De la même manière, les systèmes juridiques, en parvenant par la médiation à régler les conflits sociaux, ne se limitent pas aux attentes établies mais créent et cristallisent des attentes dans de nouveaux domaines.

64. La capacité de la justice transitionnelle à accomplir ces buts dépend de deux mécanismes sociaux fondamentaux pour bien comprendre l'état de droit : tout d'abord, la capacité des différentes mesures à réaffirmer certaines normes fondamentales, qui se trouvent être les mêmes que celles qui sont indispensables à l'état de droit. La reconnaissance consiste dans l'affirmation de droits essentiels. La confiance, quant à elle, ne signifie pas prévisibilité, car alors, les gouvernements totalement corrompus et autoritaires seraient éminemment dignes de confiance. Au contraire, elle repose sur l'espérance que les institutions agiront suivant des normes partagées.

65. Ensuite, quand les mesures de justice transitionnelle fonctionnent, c'est grâce à leur capacité à accélérer la constitution de certains groupes et la dissolution d'autres (également sur la base des normes). Que ces mesures aient un effet de dissolution ressort clairement des conséquences des procédures de vérification et de filtrage, des poursuites judiciaires et des commissions de vérité, dans la mesure où certains groupes ne peuvent œuvrer qu'à la faveur de l'ombre. Que ces mesures aient un effet de constitution est mis en évidence par la création d'une multitude d'organisations de la société civile partout où ces mesures sont inscrites dans l'action des pouvoirs publics de pays connaissant une transition.

66. L'affirmation des normes et les mesures favorisant l'organisation ou la réorganisation de la société civile sont deux mécanismes sociaux déterminants, grâce auxquels une conception globale de la justice transitionnelle contribue à l'état de droit, au sens fort où on l'entend. Ces mesures s'appuient, tout en les renforçant, sur des régimes de droits où il est entendu que les individus sont des titulaires de droits et peuvent s'organiser pour faire valoir leurs griefs les uns envers les autres mais aussi et surtout vis-à-vis des pouvoirs publics. La justice transitionnelle permet ainsi de faire passer les citoyens de l'état de simples suppliants suspendus au bon vouloir des autorités à celui de détenteurs de droits et d'acteurs participant à la définition du contenu, de l'application et de la rigueur de la loi. Traiter les crimes du passé est donc indispensable à l'état de droit.

67. Aucun pays ne peut prétendre respecter l'état de droit si ses normes les plus fondamentales peuvent être violées sans conséquence. Aussi les réformes visant à renforcer l'état de droit ne peuvent-elles être totalement prospectives et ignorer le passé. Ce n'est pas que les mesures de justice transitionnelle soient par essence

rétrospectives, mais les nouveaux commencements absolus n'existent pas. Partout où une transition se produit, l'espace politique est partagé par ceux dont les droits fondamentaux ont été violés et ceux dont les droits, par chance, ne l'ont pas été. Partout où les droits ont été systématiquement violés, il n'y a de droits, au sens strict, ni pour les anciennes victimes ni pour quiconque, ce qui montre que la question n'intéresse pas seulement les victimes. Faire confiance à l'état de droit et donner corps aux droits fondamentaux, dans toutes les sphères, suppose de garantir des moyens de réparer les violations du passé, sachant que la confiance des victimes ainsi que des autres personnes susceptibles de devenir des victimes (autrement dit, tout le monde dans un système où les violations de droit systématiques sont cachées ou considérées comme une chose du passé) repose sur la preuve que le pouvoir est bien encadré, que tout le monde est traité sur un pied d'égalité et dispose de voies de recours lorsque tel n'est pas le cas. Les institutions sont créées par des êtres humains auxquels l'histoire importe. Par conséquent, pour que l'état de droit soit solidement ancré dans le présent et le reste à l'avenir, il faut s'assurer que le passé ne soit pas oublié.

VI. La nécessaire compatibilité des mesures de justice transitionnelle avec l'état de droit

68. Pour contribuer au renforcement de l'état de droit, toutes les mesures de justice transitionnelle doivent être conçues, mises en place et exécutées dans le respect de l'état de droit et de tous ses principes, à commencer par les garanties du procès équitable.

69. On illustrera quelques-unes des difficultés saillantes en prenant les mesures dans un ordre inverse à celui dans lequel elles ont été présentées dans le présent rapport. Ainsi, la question s'est posée, lors de l'exercice de poursuites en période de transition, de l'application rétroactive de la loi, qui viole le principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (selon lequel nul ne peut être condamné pénalement pour des faits qui ne sont pas définis au préalable par la loi). L'expérience des pays semble montrer que cette difficulté peut être surmontée en faisant appel aux engagements internationaux auxquels les pays peuvent avoir souscrit, en invoquant les normes impératives du droit international (*jus cogens*) ou les lois de fond et de procédure adoptées par l'ancien régime, en demandant aux juridictions indépendantes et impartiales du nouveau régime de se prononcer sur l'abrogation des lois adoptées par les régimes autoritaires ou sur la valeur des amnisties que leurs dignitaires peuvent s'être accordé, ou encore en recherchant dans les lois du régime prédécesseur les vides juridiques qui ont rendu possibles les violations. Mais surtout, si l'on veut que les poursuites et les procès servent à renforcer l'état de droit, il ne faut pas ignorer la question de la légalité et le fait que la contribution de la justice à cette fin dépend du respect méticuleux des exigences du procès équitable, afin de montrer que tout le monde, même les personnes soupçonnées des pires violations, bénéficie d'un traitement équitable devant les tribunaux. Si le fondement juridique et les dimensions procédurales des procès individuels sont importants, la détermination des faits à poursuivre ne l'est pas moins. Le principe de l'égalité de traitement doit également être respecté dans les choix de politique pénale du parquet, a fortiori lorsque les violations ont été commises dans des contextes mettant en jeu des motivations collectives. Il ne s'agit pas tant de déterminer exactement la répartition des violations par groupe que de veiller à ce

que l'impartialité guide aussi le choix initial des affaires devant être portées devant les tribunaux.

70. Les programmes de réparation doivent également respecter le principe d'impartialité et d'équité de la procédure dans le traitement aussi bien des catégories d'affaires que des demandes individuelles. Le choix des types de violations ouvrant droit à réparation doit tenir compte de la répartition initiale des violations et des formes de victimisation (autre raison pour laquelle il est utile, aux fins des réparations, de disposer des mêmes informations exhaustives sur les violations que celles qui sont généralement recueillies par les commissions de vérité). Toute sélection discriminatoire dans ce choix, dans la détermination des types et des niveaux d'indemnisation correspondant aux différentes violations et dans le traitement des demandes individuelles de réparation, est susceptible de compromettre la contribution que les réparations peuvent apporter à l'état de droit. Si des progrès ont été accomplis dans la manière dont les programmes de réparation tiennent compte de la situation des femmes victimes de violations et de conflits, il reste néanmoins beaucoup à faire³³.

71. De la même façon, les programmes de filtrage et de vérification sont à plusieurs égards susceptibles d'aller à l'encontre des principes de l'état de droit. Ainsi, par exemple, en prenant la forme d'une purge sans poser la question de la responsabilité individuelle, ces programmes risquent de porter atteinte au principe de l'égalité d'accès aux fonctions publiques ou à la présomption d'innocence. Pour les magistrats, la question de l'inamovibilité et, partant, de l'indépendance peut également se poser. Plus généralement, les programmes de réparation doivent respecter les principes relatifs à la preuve et prévoir des voies de recours permettant la contestation des décisions prises par les organes de filtrage et de vérification³⁴.

72. Les commissions de vérité ne sont pas des organes judiciaires et ne doivent pas en usurper les attributions. Si elles peuvent déterminer les responsabilités, les commissions ne doivent pas s'arroger le pouvoir de se prononcer sur la culpabilité pénale. Malgré ces limites, il est néanmoins possible que l'équité de la procédure et le droit à la vie privée tant des auteurs présumés que des victimes elles-mêmes soient compromis. Autant que possible, l'octroi à toute personne mise en cause d'un droit de réponse avant la publication du rapport définitif doit pouvoir permettre de prémunir les commissions contre le reproche de partialité ou de non-respect d'une procédure équitable³⁵.

73. Même si plusieurs pays ont remédié à bon nombre de ces problèmes, le Rapporteur spécial rappelle au passage combien il est important de garantir que les mesures de justice transitionnelle respectent les principes de l'état de droit et souligne qu'il faut systématiser les approches afin de garantir que ce soit le cas. Tel est le sujet sur lequel porteront ses futurs travaux.

³³ Voir, par exemple, Rubio Marín (dir.), *The Gender of Reparations*, et le rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences (A/HRC/14/22).

³⁴ Voir Federico Andreu-Guzmán, « Due process and vetting », in Mayer-Rieckh and de Greiff (dir.), *Justice as Prevention*.

³⁵ Sur certaines de ces questions, voir Mark Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness* (Cambridge, Royaume-Uni et New York, Cambridge University Press, 2006).

VII. Conclusions et recommandations

74. Compte tenu des discussions qui se poursuivent à l'Assemblée générale sur la question de l'état de droit, le Rapporteur spécial souhaite souligner que les mesures de justice transitionnelle peuvent contribuer à maints égards au renforcement de l'état de droit dans les pays qui les mettent en œuvre. À la lumière de l'expérience de ces pays, il tient à mettre en garde contre l'idée que les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire peuvent être retirées du programme de réformes en faveur de l'état de droit.

75. Tout programme de réformes en faveur de l'état de droit intervient dans des sociétés ayant une histoire propre. Les pays où la question se pose avec le plus d'acuité sont généralement ceux où ont été commises des violations flagrantes des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire. Sachant que les nouveaux commencements absolus n'existent pas, l'efficacité immédiate et future de toute réforme en faveur de l'état de droit suppose de rendre digne de confiance l'appareil institutionnel de l'état de droit. L'idée que des institutions qui autorisent la violation en toute impunité des droits, même les plus fondamentaux, puissent être dignes de confiance n'est pas soutenable.

76. Comme en témoignent les exemples analysés dans le présent rapport, les dispositifs de recherche de la vérité peuvent contribuer à l'état de droit en exposant au grand jour les personnes qui se sont compromises et en les écartant de leurs fonctions, en dressant le bilan des carences des secteurs de la sécurité, de la justice et autres, tout en proposant de les réformer, en préparant le terrain à la mise en œuvre d'autres mesures visant le renforcement de l'état de droit, en rendant les victimes visibles et en permettant la participation des groupes marginalisés et des femmes, et en suscitant des débats sur la bonne compréhension de l'état de droit.

77. Les programmes de filtrage et de vérification peuvent apporter une importante contribution à l'état de droit à la suite de violations flagrantes des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire de trois manières fondamentales et connexes; en permettant une intervention spécifique et en jouant un rôle de transformation complémentaire de l'action des commissions de recherche de la vérité; en remplissant une fonction de signalisation; en manifestant l'attachement du public au respect des droits fondamentaux dans la prise de décisions en écartant les personnes qui se sont compromises et en démantelant les réseaux criminels.

78. Les programmes de réparation contribuent à l'état de droit de plusieurs manières : en reconnaissant les droits des victimes et les obligations des États; en donnant des moyens d'action aux victimes et en leur permettant d'exercer d'autres droits, notamment demander accès à différents services et prestations offerts par l'État; en créant un sentiment d'appartenance, en particulier là où les violations avaient une dimension collective ou de groupe, y compris sexuelle; enfin, lorsqu'ils sont conçus et mis en œuvre de façon équitable, en renforçant le principe de l'égalité devant la loi.

79. Les poursuites ont contribué au renforcement de l'état de droit en assurant que les auteurs de violations ne restent pas impunis, montrant ainsi à

la société que la justice est rendue, mettant en évidence la réalité des crimes sexistes et sexuels et affirmant les normes correspondantes. Comme le montre l'expérience, l'exercice de poursuites dans le contexte de la justice transitionnelle est de nature à bâtir et à renforcer les capacités des systèmes judiciaires nationaux. Cet élément est crucial si l'on veut enraciner et pérenniser les réalisations permises par les mesures de justice transitionnelle, qui sont limitées dans le temps et dans leur portée.

80. Dans la logique de son mandat, qui préconise l'adoption d'une approche globale liant les quatre piliers que sont la vérité, la justice, les réparations et les garanties de non-répétition, le Rapporteur spécial souligne qu'il faut, pour que la justice transitionnelle contribue pleinement à l'état de droit, que ces quatre éléments soient mis en œuvre de manière systématique.

81. C'est pourquoi le Rapporteur spécial appelle tous les acteurs concernés à résister à la tentation de croire que l'on peut sacrifier certaines mesures au profit d'autres ou de voir dans la justice transitionnelle une forme particulière, adoucie en l'occurrence, de justice.

82. Le Rapporteur spécial souhaite souligner que l'expérience des pays montre qu'une conception purement formaliste de l'état de droit ne suffit pas à prévenir les violations et que la conception de l'état de droit à laquelle les organes de justice transitionnelle ont cherché à contribuer est une approche solide qui fait le lien avec les droits de l'homme, la gouvernance et le développement et qui a toute son importance pour la paix et la cohésion sociale, et notamment l'égalité entre les sexes et l'absence de discrimination de toute sorte.

83. Tout en soulignant les contributions que la justice transitionnelle peut apporter à l'état de droit, le Rapporteur spécial affirme également qu'il importe que les mesures de justice transitionnelle soient conçues et mises en œuvre d'une manière compatible avec les principes qui sous-tendent l'état de droit.
