

Distr.
GENERALE

E/CN.4/Sub.2/1993/6
19 juillet 1993

Original : FRANCAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
Sous-Commission de la lutte contre
les mesures discriminatoires et
de la protection des minorités
Quarante-cinquième session
Point 10 a) de l'ordre du jour provisoire

L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE ET LES DROITS DE L'HOMME
DES DETENUS

LA QUESTION DES DROITS DE L'HOMME DANS LE CAS DES PERSONNES
SOUMISES A UNE FORME QUELCONQUE DE DETENTION
OU D'EMPRISONNEMENT

Rapport intérimaire sur la question de l'impunité des auteurs
des violations des droits de l'homme, établi par MM. Guissé et Joinet,
en application de la résolution 1992/23 de la Sous-Commission

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
INTRODUCTION	1 - 14	4
A. Origines et objet de l'étude	1 - 6	4
B. Sources	7	5
C. Champ d'application de l'étude	8 - 13	5
D. Plan de l'étude	14	7

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
I. LA SOCIETE CIVILE ET LA PROBLEMATIQUE DE LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITE	15 - 43	7
A. Les victimes comme source du droit .	15 - 28	7
1. Les tribunaux d'opinion	18 - 23	7
2. Les instances internationales .	24 - 25	9
3. Progression de la capacité des victimes à s'organiser	26 - 28	9
B. Le droit contre les victimes	29 - 43	10
1. Les mécanismes de l'impunité de fait	30 - 36	10
2. Les mécanismes de l'impunité par le droit	37 - 43	12
II. L'ETAT ET LA PROBLEMATIQUE DE LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITE	44	14
A. La prise de conscience par les Etats de leurs responsabilités	45	15
B. Les obligations auxquelles s'engagent les Etats, au regard des normes de droit international pour lutter contre l'impunité	46 - 59	16
1. La Déclaration universelle des droits de l'homme	47	16
2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques . .	48	16
3. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	49	17
4. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide	50 - 51	17
5. La Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid	52	17
6. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité	53	18

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
7. La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées	54	18
8. Les quatre Conventions de Genève et leurs Protocoles I et II . . .	55 - 58	18
9. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité	59	19
C. Les contradictions entre le besoin de justice, les impératifs de la mémoire collective et les contraintes politiques de la réconciliation	60 - 126	19
1. Le besoin de justice	61 - 84	20
a) Les réponses au plan national	62 - 73	20
b) Vers un tribunal international	74 - 84	22
2. Les impératifs de la mémoire collective	85 - 101	25
a) Tout faire pour que la justice puisse passer compte tenu de l'extrême gravité des violations	86 - 89	25
b) Prévenir le retour des crimes contre l'humanité	90	26
c) Lutter contre le révisionnisme	91 - 100	26
d) Restituer au droit à la mémoire ses dimensions historiques et culturelles	101	29
3. Les contraintes juridiques et politiques des processus impliquant une réconciliation	102 - 126	29
a) La problématique de l'amnistie	105 - 118	30
b) La problématique de l'épuration	119 - 126	33
CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	127 - 131	36
POSTFACE.	132 - 134	39

PROMOTION ET PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME :
ETUDE SUR LES EFFETS NEFASTES DE L'IMPUNITÉ
ET LES MOYENS DE LA COMBATTRE

INTRODUCTION

A. Origines et objet de l'étude

1. Des origines de l'humanité à l'époque contemporaine, l'histoire de l'impunité est celle d'un perpétuel conflit et d'un étrange paradoxe : conflit opposant l'opprimé à l'opresseur, la société civile à l'Etat, la conscience humaine à la barbarie; - paradoxe de l'opprimé qui, libéré de ses chaînes, assume à son tour la responsabilité de l'Etat et se trouve pris dans l'engrenage de la réconciliation nationale venant relativiser son engagement initial contre l'impunité.

2. Consciente de la complexité des problèmes posés et de leur gravité, l'Organisation des Nations Unies a renforcé progressivement son rôle dans la lutte contre l'impunité. Par l'élaboration tout d'abord de normes internationales de promotion et de protection des droits de l'homme qui, toutes, comportent des dispositions en ce sens et qui seront analysées ci-après. Par la mise en place - outre les organes de suivi ou de surveillance des conventions tels que le Comité des droits de l'homme - de procédures spéciales, dans le cadre de la Commission des droits de l'homme, sous forme de rapports présentés par les groupes de travail ou les rapporteurs spéciaux par pays et par thème, dont les premiers furent le Groupe de travail sur les disparitions forcées, puis les Rapporteurs spéciaux sur les exécutions sommaires et sur la torture. La question de l'impunité a enfin fait l'objet de plusieurs études présentées à la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités dans le cadre du point de l'ordre du jour consacré à l'administration de la justice et les droits de l'homme, en particulier l'étude de M. Joinet sur le rôle des lois d'amnistie dans la promotion et la protection des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1), les rapports de MM. Chernichenko et Treat sur l'habeas corpus et le droit à un procès équitable (E/CN.4/Sub.2/1992/24 et Add.1 à 3 et de M. van Boven sur le droit à l'indemnisation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/1992/8).

3. En conséquence, la Sous-Commission, à sa quarante-deuxième session, par sa décision 1991/110, a demandé à deux de ses membres, MM. El Hadji Guissé et Louis Joinet, d'élaborer un document de travail approfondissant la question de la lutte contre l'impunité. Ce document (E/CN.4/Sub.2/1992/18) a été présenté à la Sous-Commission à la quarante-troisième session le 12 août 1992. Il contient, entre autres, une ébauche d'analyse des mécanismes juridiques et des pratiques qui favorisent l'impunité et propose des orientations jetant les bases d'une réflexion sur la lutte contre ce fléau. Par sa résolution 1992/23 du 27 août 1992, la Sous-Commission a pris note avec satisfaction du document de travail établi par MM. Guissé et Joinet et a décidé de les charger "de rédiger une étude sur l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme" et de "proposer des mesures pour lutter contre cette pratique".

4. Au paragraphe 4 du dispositif de cete résolution, la Sous-Commission avait en outre invité les gouvernements, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées, les organisations intergouvernementales régionales et les organisations non gouvernementales à fournir des renseignements sur la question. Par note verbale du Secrétaire général en date du 10 décembre 1992, les réponses ont été sollicitées au plus tard pour le 15 mars 1993. Enfin, au paragraphe 5 du dispositif de la résolution, la Sous-Commission avait décidé d'examiner le rapport préliminaire à sa quarante-cinquième session.

5. Par ailleurs, à sa quarante-neuvième session, la Commission des droits de l'homme, par sa résolution 1993/43, a entériné la décision prise par la Sous-Commission dans sa résolution 1992/23 précitée; enfin, le Conseil économique et social a fait sienne la requête de la Commission.

6. Conformément aux nouvelles méthodes de travail de la Sous-Commission, le présent rapport intermédiaire fait suite au document de travail présenté l'an dernier (E/CN.4/Sub.2/1992/18); il a pour objet, en vue de la rédaction du rapport final, d'analyser les mécanismes de l'impunité pour mieux les maîtriser et de réfléchir aux moyens qui pourraient être mis en oeuvre pour réduire les effets néfastes de l'impunité.

B. Sources

7. Les rapporteurs ont utilisé les informations reçues en réponse à la note verbale du 10 décembre 1992, les rapports des rapporteurs spéciaux par pays ou par thème et la volumineuse documentation recueillie à l'occasion des Rencontres internationales sur l'impunité 1/.

C. Champ d'application de l'étude

8. Pour délimiter le champ de l'étude, les auteurs ont pris en considération les trois critères exposés ci-après.

Premier critère

9. Ne sont visées que les violations commises par l'Etat ou ses agents, que ce soit directement ou indirectement (mercenaires, formations paramilitaires, escadrons de la mort, milices privées, etc.). Si la Sous-Commission le souhaite, l'étude pourrait être étendue à des catégories de violations non étatiques, lors de la rédaction du rapport final. Deux raisons pourraient militer en ce sens :

a) D'une part, l'absence d'Etat (Somalie) ou son affaiblissement (Bosnie-Herzégovine) peut favoriser l'accomplissement d'atrocités et d'actes de barbarie;

b) D'autre part, à l'occasion de certaines luttes armées, notamment dans le cadre de conflits non internationaux, des violations graves peuvent être commises par des personnes privées ou des groupes particuliers tels que des mouvements de guérilla ou de libération nationale 2/. Il reste que dans l'immense majorité des cas, les violations graves et massives proviennent de l'Etat 3/.

Deuxième critère

10. Les résolutions 1993/23 de la Sous-Commission et 1993/43 de la Commission, qui font référence aux "auteurs de violations des droits de l'homme", ne visent pas expressément la lutte contre l'impunité des auteurs d'atteintes graves aux droits économiques et sociaux. S'agissant d'un rapport intérimaire, la présente étude est donc consacrée - sous réserve des débats qu'aura la Sous-Commission à sa quarante-cinquième session - aux atteintes aux droits de l'homme au sens du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

11. Il conviendra donc, lors de la rédaction du rapport final :

a) Soit de traiter directement la question, auquel cas le titre de l'étude deviendrait : "Promotion et protection des droits civils et politiques ainsi que des droits économiques et sociaux : étude sur les effets néfastes de l'impunité";

b) Soit d'opter pour une étude en deux temps dont le présent rapport serait la première partie suivie, après le rapport final, d'une deuxième partie consacrée aux auteurs de violations des droits économiques et sociaux.

12. Les corapporteurs penchent plutôt en faveur de la deuxième solution compte tenu de ce que cette question, si elle a été amplement étudiée sous l'angle du droit au développement, n'a que rarement été abordée sous l'angle de la lutte contre l'impunité. Le seul précédent concerne un aspect particulier, abordé lors du huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane du 27 août au 7 septembre 1990 (voir A/CONF.144/28/Rev.1, chap. I, sect. C) et repris par la Commission des droits de l'homme dans sa résolution 1992/50 intitulée : "Enrichissement frauduleux des responsables de l'Etat au détriment de l'intérêt public, facteurs qui en sont responsables et agents qui, dans tous les pays, sont impliqués dans cet enrichissement". L'étude, si elle était étendue aux droits économiques et sociaux, devrait tenir compte de cette approche car il existe une relation évidente entre tyrannie et corruption, violations des droits de l'homme et pillage économique et financier à des fins personnelles (Duvalier, Marcos, Noriéga sont quelques exemples). Il conviendra enfin d'étudier dans quelle mesure la lutte contre l'impunité dans le domaine des droits économiques et sociaux, droits qui sont relatifs et évolutifs, peut reposer sur une approche pénale qui, elle, est d'interprétation stricte, et s'il convient de réfléchir à d'autres modes de sanctions.

Troisième critère

13. Enfin ne sont traitées que les situations concernant des violations graves et massives présentant un caractère de systématisation. Sont donc hors du champ de l'étude - bien qu'ils constituent des violations des droits humains - les cas d'impunité consécutifs à des mauvais traitements ou des comportements répréhensibles isolés ou non prémédités.

D. Plan de l'étude

14. Reprenant les orientations données dans les précédents documents présentés à la Sous-Commission et notamment le document de travail présenté à la quarante-quatrième session de la Sous-Commission (E/CN.4/Sub.2/1992/18), le plan retenu comporte, outre la présente introduction, deux chapitres analysant successivement la problématique de la lutte contre l'impunité, en ce qui concerne d'une part les victimes et plus généralement la société civile, d'autre part l'Etat, et une conclusion consacrée aux recommandations.

I. LA SOCIETE CIVILE ET LA PROBLEMATIQUE DE LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITE

A. Les victimes comme source de droit

15. Si - en l'état - on ne peut considérer stricto sensu que les victimes prises en tant que catégorie juridique sont une source du droit, elles ont joué et continuent à jouer, par l'intermédiaire de leurs organisations non gouvernementales (ONG), un rôle déterminant dans l'élaboration et l'évolution des moyens juridiques de la lutte contre l'impunité tant au plan des normes (projet de déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, par exemple) que des mécanismes (Rapporteur spécial sur la torture ou Convention relative aux droits de l'enfant); dans ces deux cas, le rôle actif des ONG a été déterminant.

16. Leur rôle est tout aussi déterminant en ce qui concerne la prise en considération des droits des victimes. Si la lutte contre l'impunité trouve ses racines dans le besoin de justice, elle ne saurait être ramenée à ce seul objectif : punir les coupables. Elle doit répondre à trois impératifs : la sanction des responsables, mais aussi satisfaire le droit qu'ont les victimes de savoir et d'obtenir réparation et, par ailleurs, permettre aux autorités de remplir leur mandat en tant que puissance publique garante de l'ordre public. Même si parfois leur volonté politique n'est pas en doute, l'impossibilité pour les autorités de faire juger les coupables en fuite ne doit pas empêcher ou différer au-delà d'un délai raisonnable la possibilité pour les victimes d'obtenir réparation par des voies de droit appropriées.

17. Cette contribution des "victimes organisées" à l'évolution du droit a été marquée par trois importantes étapes : i) la première a emprunté la voie des tribunaux d'opinion, ii) la deuxième celle des instances internationales et iii) la troisième qui a été franchie avec la progression de la capacité des victimes à s'organiser.

1. Les tribunaux d'opinion

18. La première étape a emprunté la voie des tribunaux dit "d'opinion" saisis par des représentants des victimes qui, en l'absence d'une juridiction internationale à l'étude aux Nations Unies depuis 1946, venaient combler un vide institutionnel 4/. En 1967, le chef de l'Etat français s'opposa à la tenue, en France, d'une session du Tribunal Russel au motif que ses initiateurs n'étaient "investis d'aucun pouvoir, ni chargés d'aucun mandat international et qu'ils ne sauraient donc accomplir aucun acte de justice". Pour légitimer leurs initiatives, les organisateurs se contentèrent de répondre par un constat; le Tribunal ne se substituait à aucun tribunal

existant car, s'il existait bien une loi internationale, il n'y avait pas de tribunal pour veiller à son application 5/.

19. Cette carence de la communauté internationale a été à l'origine de nombreuses autres initiatives de même nature. La première date de 1959 avec la création à Athènes, par E. Aroneanu, d'un tribunal d'opinion à l'occasion du procès de Manolis Glezos, un héroïque résistant grec qui, en 1944, avait arraché en présence de l'occupant le drapeau nazi qui flottait sur l'Acropole.

20. Le Tribunal Russel sur le Viet Nam tint ultérieurement des sessions sur d'autres pays. Devenu "Tribunal permanent des peuples", il siégea pour se prononcer sur l'application du droit international dans une quinzaine de pays, spécialement sur la question de l'impunité en Amérique latine 6/. A noter également la réunion à Lisbonne, en 1978, du Tribunal civique Humberto Delgado sur les crimes de la PIDE, la police politique issue du salazarisme.

21. Ces tribunaux n'avaient pas pour but de faire condamner les coupables à des peines effectives; d'ailleurs ils n'en avaient pas les moyens institutionnels ou simplement matériels. Leur raison d'être était simplement de se prononcer sur le respect du droit international. Dégagés des contraintes de la sanction pénale, ces tribunaux ont pu faire preuve de créativité et contribuer de manière intéressante à faire progresser le droit international, notamment en ce qui concerne la reconnaissance de la portée universelle des textes fondamentaux (tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme) et donc de leur opposabilité aux gouvernements dont le tribunal avait à connaître. Cela en développant deux thèses.

Première thèse

22. La thèse dite de l'effet déclaratif des instruments "simplement concertés" (par contraste avec l'effet normatif des instruments conventionnels). Il en est ainsi des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, les déclarations diverses et autres ensembles de principes auxquels on peut assimiler les textes des conventions à l'égard des Etats qui ne les ont pas encore ratifiées. Cette thèse consiste à distinguer, parmi les instruments concertés, ceux qui sont déclaratifs de droits préexistants et comme tels opposables aux Etats par les victimes ou leurs représentants (par exemple, les Déclarations sur l'asile territorial ou contre la torture) de ceux qui, simplement déclaratifs, ne visent pas des droits préexistants ou ne concernent que la procédure (par exemple, une résolution de l'Assemblée générale instituant une décennie thématique) 7/.

Deuxième thèse

23. Lorsqu'un Etat est accusé de tolérer la torture, de se livrer à des parodies de procès ou de procéder à des arrestations arbitraires, il répond généralement en niant ces tortures, en affirmant que les procès sont tout à fait réguliers, et en soutenant qu'il n'y a que des arrestations légales, bref, en soutenant explicitement, ou en tout cas implicitement, que la Déclaration universelle des droits de l'homme, par exemple, n'est pas violée. Ce faisant, cet Etat reconnaît a contrario - en quelque sorte par l'aveu -

la valeur obligatoire des principes contenus dans la Déclaration puisqu'il nie les avoir violés. Par conséquent, qu'elle se manifeste par une référence positive ou négative, cette reconnaissance vient conforter le caractère universel du respect des principes concernés 8/.

2. Les instances internationales

24. La deuxième étape a emprunté la voie des instances internationales en suscitant des solutions novatrices, notamment lors de requêtes présentées devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) 9/. Sur une première question de principe, la CIDH a estimé qu'une loi qui confère à l'Etat (le parquet) le monopole des poursuites est critiquable car, "dans les systèmes qui le permettent, la victime de l'infraction a accès aux tribunaux en vertu du droit fondamental du citoyen, qui revêt une importance particulière en tant que force motrice de l'action pénale". La CIDH ne semble toutefois pas se prononcer explicitement sur le point de savoir si ce droit reconnu comme fondamental est protégé par le droit international des droits de l'homme ou en tout cas par la Convention américaine relative aux droits de l'homme dont aucune disposition en ce sens n'est visée.

25. Mais surtout, dans l'affaire précitée, ainsi que dans un cas similaire concernant l'Argentine 10/, la CIDH a estimé que toute loi qui mettait un terme à la possibilité de poursuivre en justice les auteurs de violations des droits de l'homme, que ce soit sous forme d'une amnistie ou sous toute autre forme (mais elle ne précise pas clairement ce qu'il en est de la prescription), produit des effets qui lèsent le droit qu'a toute personne "à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi [...] qui déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité..." et le texte ajoute : "ou dans tout autre domaine" (Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 8, par. 1). La CIDH déclare, en conséquence, que les victimes peuvent se prévaloir de cette disposition de manière intangible, c'est-à-dire sans que des limitations ne viennent s'y opposer alors que le gouvernement estime que sa portée concerne la seule garantie des droits des personnes poursuivies en tant qu'auteurs et non celle des droits des victimes (voir au chapitre II, le paragraphe 109).

3. Progression de la capacité des victimes à s'organiser

26. La troisième étape a été franchie avec la progression constante de la capacité des victimes à s'organiser. Initialement, elles faisaient entendre leur voix par l'intermédiaire des grandes organisations non gouvernementales "généralistes". A partir des années 70, en réaction au drame des disparitions forcées en Argentine, des familles de victimes se sont regroupées dans des ONG spécifiques (les Mères de la place de Mai, par exemple). Cette initiative, après s'être étendue à de nombreux pays d'Amérique latine, a donné naissance au plan régional à un regroupement sous forme fédérative au sein de la Fédération latino-américaine des associations de familles de détenus-disparus (FEDEFAM) qui s'est plus spécialement consacrée à la lutte contre l'impunité.

27. Nous reviendrons, dans la conclusion, sur l'opportunité d'encourager cette évolution compte tenu du rôle déterminant des ONG de victimes dans l'élaboration des politiques de lutte contre l'impunité. Si l'on excepte le cas de la Grèce, après la chute de la dictature des colonels, il est rare en effet qu'un gouvernement prenne spontanément l'initiative de faire juger les responsables en l'absence de toute pression de la société civile.

28. Mais l'action de ces organisations non gouvernementales n'est pas limitée à ce seul rôle traditionnel de pression. En s'introduisant comme troisième partenaire dans le conflit qui très souvent oppose le pouvoir civil à l'ancien pouvoir militaire et aux forces armées, elles modifient le rapport des forces en présence; les nouvelles autorités peuvent alors, s'appuyant sur les revendications des victimes, mieux résister aux pressions des militaires lorsqu'ils tentent d'échapper à leurs responsabilités. Encore faut-il qu'elles en aient la volonté politique.

B. Le droit contre les victimes

29. Par un patient travail de collecte des faits et d'analyse des mécanismes juridiques utilisés, les victimes, relayées par les ONG puis, aux Nations Unies, par les rapporteurs spéciaux par pays ou par thèmes ou par les organes de suivi, ont permis de mieux déceler comment s'élaborent les politiques d'impunité. Elles empruntent deux voies qui, le plus souvent, se complètent : d'une part, l'impunité de fait qui résulte du dysfonctionnement des institutions concernées, directement ou indirectement encouragé, voire organisé, par les autorités; d'autre part, l'impunité juridiquement légitimée par des règles empruntées à l'Etat de droit et détournées de leur finalité.

1. Les mécanismes de l'impunité de fait

30. Après les services de police, l'autorité judiciaire feint d'ignorer ou dissimule les faits de violation et l'identification des auteurs, que ce soit au niveau de l'ouverture des poursuites, de l'enquête, du jugement ou de l'exécution de la peine. Cette situation s'aggrave lorsque l'on passe du régime de la justice ordinaire à celui de la justice d'exception, le plus souvent rendue par des tribunaux militaires.

a) Sous le régime de la justice ordinaire

31. Les mécanismes de l'impunité varient selon les différentes phases de la procédure.

i) La phase des poursuites

32. La mise en oeuvre des poursuites était expressément restreinte au monopole d'Etat : le parquet peut seul intenter des poursuites. Les victimes ou leurs proches, bien que pouvant normalement justifier d'un intérêt pour agir sont, de par la loi, irrecevables à se constituer partie civile. Elles ne peuvent donc lutter contre l'inertie complice des pouvoirs publics.

ii) La phase de l'enquête

33. Divers facteurs viennent compromettre son déroulement. A la fréquente passivité des enquêteurs, vient s'ajouter la difficulté rencontrée pour identifier les auteurs qui, bénéficiant souvent de la complicité bienveillante des autorités (escadrons de la mort, milices privées, organes paramilitaires, mercenaires) agissent dans l'anonymat (voitures dépourvues de plaque d'immatriculation, absence d'uniforme, de signe distinctif, visage cagoulé, etc.), puis suite à l'arrestation, détiennent les victimes dans un lieu secret. Dans certains cas, si les auteurs risquent d'être identifiés, ils font l'objet d'une mutation éloignée, de préférence à l'étranger. Quelques "actions" bien ciblées sur quelques témoins et entourées d'une habile publicité, dissuaderont à l'avenir tous les témoins en toutes affaires de contribuer à la recherche de la vérité 11/. En cas de décès de la victime, l'absence délibérée d'autopsie ou une autopsie bâclée sont souvent à l'origine de l'échec des enquêtes 12/.

iii) La phase du jugement

34. En raison de l'absence de garanties d'indépendance suffisantes pour permettre aux juges de résister aux pressions, le détournement de la justice passe par la partialité, l'intimidation et à un moindre degré, la corruption.

a) La partialité : En usant d'un subterfuge de procédure qui consiste, pour le pouvoir exécutif, à "choisir son juge", c'est-à-dire un magistrat politiquement sûr ou idéologiquement proche du pouvoir qui, dans certains cas, aura même fait allégeance en prêtant serment, les récalcitrants étant expulsés du corps judiciaire ou affectés à des contentieux sans aucune incidence politique.

b) L'intimidation : Il peut s'agir d'agressions physiques ou, le plus souvent, de menaces anonymes, y compris contre les proches. Dans la grande majorité des cas, ce type de pression s'exerce plus subrepticement en maniant la carotte et le bâton, faute d'un minimum de garanties, sur le déroulement des carrières des magistrats, voire des enquêteurs.

c) La corruption : Sauf à assimiler à la corruption les avantages de carrière accordés par le pouvoir en place, elle est peu fréquente dans ce domaine, les deux procédés précédents étant de loin les plus répandus.

On notera que l'une des manipulations constatées lors de la phase du jugement consiste, malgré l'évidence des preuves de culpabilité, soit à éviter la sanction en ayant recours à la relaxe ou à l'acquiescement, notamment en prétextant systématiquement le doute, soit à prononcer une peine dérisoire ou automatiquement assortie du sursis.

iv) La phase de l'exécution de la peine

35. Le stratagème consiste, faute d'avoir pu éviter le procès, de donner le sentiment que "la justice est passée", puis de reprendre en main la situation lors du prononcé de la sanction ou de sa mise à exécution soit en s'abstenant de faire exécuter la peine, soit en organisant son exécution dans des locaux

d'un confort tel ou d'un régime si peu contraignant qu'il s'agit plus d'un lieu de villégiature que d'un pénitencier.

b) Sous le régime de la justice d'exception

36. Outre les rapports annuels de M. Leandro Despouy sur les états d'exception 13/, l'étude de Mme Nicole Questiaux sur les Conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception (E/CN.4/Sub.2/1982/15) et, plus récemment, le rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires (E/CN.4/1991/20) ont souligné le rôle néfaste des juridictions d'exception, notamment des tribunaux militaires, en tant que facteurs d'impunité. Les juges composant ces derniers relèvent, en tant que militaires, du ministère des forces armées et donc d'une autorité hiérarchique peu compatible avec l'exigence d'indépendance. Il en résulte, d'une part, un fort esprit de corps qui tend à justifier les violations, voire à les légitimer au nom d'un intérêt supérieur ou de l'accomplissement d'une mission (préservation de l'ordre social, lutte contre la subversion, etc.), dont les forces armées seraient investies, d'autre part, une propension à faire du "secret défense" la règle et non l'exception, ce qui permet la dissimulation des preuves et la préservation de l'anonymat des auteurs des violations.

2. Les mécanismes de l'impunité par le droit

37. La méthode consiste à donner à l'impunité une façade légale soit en promulguant - en général sans vote du parlement - des lois de circonstance, soit en détournant de leur finalité les lois existantes. Les procédés les plus fréquemment utilisés font appel tantôt à des mesures de clémence telles que l'amnistie, la grâce ou la grâce amnistiante, tantôt à des règles de droit commun telles que la prescription ou les circonstances atténuantes. Quels en sont les principes et comment sont-ils détournés ?

a) Le recours à des mesures de clémence à des fins d'impunité

38. Rappelons quels sont les principes normalement applicables :

L'amnistie. Elle a pour conséquence d'ôter aux faits visés leur caractère délictueux de même que la peine est censée n'avoir jamais été exécutée, que l'auteur ait ou non fait l'objet de poursuites, qu'il ait ou non été condamné, que la peine ait ou non été exécutée; seuls perdurent les droits des tiers 14/.

La grâce. D'origine coutumière, elle est prononcée en vertu d'un pouvoir régalien relevant des prérogatives du seul chef de l'Etat; individuelle, elle dispense le bénéficiaire, en totalité ou en partie, de l'exécution de la peine mais, au contraire de l'amnistie, n'efface par la condamnation.

La grâce amnistiante. Combinaison des deux mesures précédentes, elle produit les effets de l'amnistie (effacement de la condamnation) et de la grâce (mesure personnelle indépendante de la nature des faits délictueux).

39. Ce rappel permet de mieux comprendre comment s'opère la manipulation : elle consiste à respecter la lettre mais non l'esprit de ces mesures de clémence. Dans le cas de l'amnistie, elle fait l'économie du Parlement, ce qui permet aux auteurs de violations de s'auto-amnistier. En ce qui concerne le droit de grâce, il est exercé, dans ce contexte, par un chef d'Etat autoproclamé, ce qui enlève toute légitimité à ce pouvoir qui est déjà - en soi - exorbitant et lui confère un véritable droit de vie et de mort sur autrui lorsque la peine capitale est prévue dans l'échelle des peines comme c'est hélas trop souvent le cas dans les situations troublées.

40. Sous prétexte d'équilibre, un autre procédé dit "de l'amnistie réciproque" favorise en réalité l'impunité. On amnistie les anciens opposants d'opinion pour mieux amnistier les oppresseurs qui eux ne l'étaient pas. Cette manoeuvre est évidente lorsque la pseudo-loi, toujours sous couvert d'équilibre, impose le silence à la victime pour mieux faire oublier le tortionnaire. Elle organise une sorte de "conspiration du silence" qui, par des mesures dites d'application, ôte toute possibilité pour les victimes d'obtenir les réparations pécuniaires ou simplement morales auxquelles elles peuvent prétendre selon le droit commun. L'objectif est alors moins d'éviter le coût budgétaire d'indemnités réparatrices que d'empêcher toute forme d'enquête pouvant donner lieu, ne serait-ce qu'à l'occasion d'une audience de jugement, fut-elle de simple indemnisation, à une forme quelconque de publicité.

b) Le recours à des règles de droit commun détournées à des fins d'impunité

41. Quelles sont ces règles selon le droit commun ?

La prescription. Elle vise soit l'action publique, soit l'exécution de la peine. Dans la première hypothèse, passé un certain délai que fixe la loi, l'action publique est éteinte, ce qui rend caduque la possibilité d'ouvrir des poursuites ou de continuer celles en cours, quelles que soient les infractions commises; la prescription opère en effet in rem; tous les auteurs, coauteurs ou complices en sont donc les bénéficiaires à compter du jour des faits alors même que les agissements des uns et des autres se situent à des périodes différentes. Dans la seconde hypothèse, la peine ne pourra plus être mise à exécution même si la personne qui, par définition a déjà été jugée (évasion, jugement in absentia), venait à être arrêtée.

Les circonstances atténuantes. Le procédé le plus répandu fait appel au principe dit "de l'obéissance due" en vertu duquel la peine prononcée est symbolique, voire inexistante. L'auteur des violations, ne faisant qu'exécuter des ordres émanant d'un supérieur hiérarchique, serait libéré de sa responsabilité pénale. La question ne se pose en principe que dans les institutions étatiques strictement hiérarchisées (essentiellement l'armée et la police), fondées sur une stricte discipline. Le refus d'obéissance à un supérieur est alors érigé en infraction disciplinaire, voire pénale, de sorte que la marge de liberté de l'exécutant est institutionnellement réduite, voire annihilée 15/.

42. Quels sont les détournements opérés ? C'est précisément pour combattre les manipulations des règles de la prescription et des circonstances atténuantes que les associations de victimes et les organisations non gouvernementales de droits de l'homme revendiquent :

a) D'une part, que les violations les plus graves soient qualifiées de crime contre l'humanité afin qu'elles soient imprescriptibles par nature ou, à tout le moins, que certains de ces crimes (par exemple des disparitions forcées) soient qualifiés de crimes continus afin que le point de départ de la prescription soit reporté au jour où le cas est élucidé, c'est-à-dire la personne étant réapparue ou la preuve de son décès étant rapportée. On se référera à ce propos à l'article 17 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées 16/.

b) D'autre part, que l'obéissance due ne puisse être invoquée pour de tels crimes (voir le paragraphe 1 de l'article 6 de la Déclaration précitée. Voir aussi le paragraphe 3 de l'article 2 de la Convention contre la torture selon lequel "L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture"; à noter que cette rédaction laisse ouverte la question de savoir si un tel ordre peut être invoqué comme circonstance atténuante).

43. Les statuts du Tribunal de Nuremberg faisaient en revanche explicitement référence aux circonstances atténuantes : "Le fait qu'une personne ait agi conformément aux ordres de son gouvernement ou d'un supérieur ne la dégage pas de la responsabilité d'un crime, mais peut être considéré comme circonstance atténuante". Dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission du droit international semble aller dans le même sens, mais seulement de manière implicite :

"Article 11

Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique

Le fait qu'un individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité pénale s'il avait la possibilité de ne pas se conformer à cet ordre compte tenu des circonstances 17/."

Mais si elle n'a pas eu cette possibilité, doit-on a contrario, exclure sa responsabilité ou n'accorder que des circonstances atténuantes ? Là encore, la question reste ouverte.

II. L'ETAT ET LA PROBLEMATIQUE DE LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITÉ

44. Jusqu'à une date récente, la lutte contre l'impunité était essentiellement prise en compte par l'action des organisations non gouvernementales. Les Etats, pour des motifs tenant à l'actualité nationale ou pour éviter le rappel de "certains traumatismes" de leur histoire, étaient peu enclins à accepter que cette question fut mise à l'ordre du jour. D'où l'importance, en ce qu'elle encourage la Sous-Commission dans sa démarche, de la résolution 1993/43 précitée de la Commission des droits de l'homme,

démarche que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, dans son Document final, vient d'encourager à son tour en ces termes : "La Conférence mondiale s'inquiète de la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme et appuie les efforts que déploient la Commission des droits de l'homme et la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités pour examiner tous les aspects de ce problème".

A. La prise de conscience par les Etats de leurs responsabilités

45. Cette prise de conscience peut être grandement facilitée par une approche non sélective du problème, fondée sur les constatations suivantes :

a) Les pratiques qui conduisent à l'impunité ne sont pas le "monopole" d'un pays ou d'un continent, mais peuvent prendre racine dans toute culture; tout pays peut, à un moment ou à un autre de son histoire, être confronté à ce fléau;

b) La thèse selon laquelle l'impunité serait inversement proportionnelle au niveau de démocratie réelle (les auteurs de violations graves et massives auraient peu de chance de rester impunis dans un pays se considérant de longue tradition démocratique) doit être relativisée; elle omet, en effet, de tenir compte - là encore - de la dimension historique du phénomène en faisant abstraction, par exemple, des atrocités commises par de nombreux pays d'Europe de l'Ouest pendant les guerres coloniales, anciennes ou récentes, atrocités demeurées impunies dans la quasi-totalité des cas. A cet égard, la commémoration en 1992 dite de la "Découverte des Amériques" ou, plus encore, la proclamation par l'Assemblée générale de l'année 1993 "Année internationale des populations autochtones" auront été l'occasion d'approfondir cette prise de conscience, qu'il s'agisse du génocide des Indiens ou de la traite négrière vers les Amériques 18/;

c) La connaissance de plus en plus précise que l'on a des mécanismes des violations massives - notamment grâce au développement de la procédure des rapporteurs spéciaux par thème ou par pays, des comités, organes de suivi des conventions, ainsi que des plans de paix de type de celui qui a été élaboré par la Mission d'observation des Nations Unies en El Salvador (ONUSAL) - montre qu'ils ne sont ni une fatalité, ni la conséquence d'une quelconque incompétence, mais la manifestation d'une volonté politique délibérément conçue et appliquée et que, comme tels, ces mécanismes sont réversibles;

d) La fin de la guerre froide a apporté une dimension nouvelle et - complémentaire - à la problématique de l'impunité, avec l'apparition de processus originaux de démocratisation, de retour à la démocratie ou de remise en cause de certaines conceptions de la démocratie. Au-delà de l'échec ou de la réussite, ces processus ont permis, avec le recul du temps, de faciliter cette prise de conscience au niveau étatique; après l'Amérique latine, le Sud-Est asiatique et plus récemment l'Afrique, la chute du mur de Berlin a précipité l'est de l'Europe dans cette voie pleine de risques avec la montée des nationalismes à l'Est et du racisme à l'Ouest, mais aussi pleine d'espoir. Dans la plupart des cas, les violations massives des droits de l'homme qui

avaient été niées avec fermeté et constance dans les enceintes des Nations Unies se sont révélées vraies et parfois encore plus graves qu'on le croyait.

B. Les obligations auxquelles s'engagent les Etats au regard des normes de droit international pour lutter contre l'impunité

46. Les instruments internationaux consacrant cette impérative obligation sont de plus en plus nombreux, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'ils soient de mieux en mieux appliqués. Dans les paragraphes ci-dessous nous mentionnerons l'essentiel des normes de droit international qui concernent la lutte contre l'impunité.

1. La Déclaration universelle des droits de l'homme

47. Les articles 7 et 8 de cet instrument fondamental disposent ce qui suit :

Article 7 - Tous sont égaux devant la loi et ont droit, sans distinction, à une égale protection de la loi.

Article 8 - Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.

Toute personne doit donc pouvoir, au quotidien, jouir de ses droits et les exercer sans entrave et sous la protection, si nécessaire, d'institutions judiciaires et administratives prévues à cet effet.

2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

48. Ce Pacte réaffirme le principe suivant en son article 2 :

"1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leurs compétences les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune [...].

3. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à :

a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;

b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnels;

c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié."

3. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

49. L'article 4 de cette Convention stipule que "Tout Etat partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture". L'article 5 établit en outre une clause de compétence universelle qui fait obligation à chaque Etat partie de juger ou d'extrader les auteurs de tels crimes qui seraient en sa possession.

4. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide

50. Adopté par l'Assemblée générale le 9 décembre 1948, cet instrument qualifie le génocide de "crime du droit des gens", ce qui lui confère les mêmes attributs qu'à un crime contre l'humanité. A noter que l'article VI prévoit que les responsables pourront être traduits "devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction". Cette disposition est restée lettre morte, de même que celle prévue par l'article VIII selon lequel "Toute Partie contractante peut saisir les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide ou de l'un quelconque des actes énumérés à l'article III".

51. Rappelons enfin qu'à son article II, la Convention énumère de manière limitative les groupes victimes : destruction, "en tout ou en partie, [d']un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel". Le "groupe politique" qui figurait dans l'avant-projet ne fut finalement pas retenu. Cette lacune est d'autant plus regrettable que cette deuxième partie du XXème siècle a connu des massacres ayant toutes les caractéristiques du génocide (tel que celui commis par les Khmers rouges), mais ne pouvant être reconnus comme tels parce que visant un groupe en tant que groupe politique. Il conviendra, lors du rapport final, de réexaminer cette question à la lumière de l'étude de M. Benjamin Whitaker sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide (E/CN.4/Sun.2/1985/6).

5. La Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid

52. Pour mémoire, rappelons que cette Convention énonce ce qui suit à son article V :

"Les personnes accusées des actes énumérés à l'article II de la présente Convention peuvent être jugées par un tribunal compétent de tout Etat partie à la Convention qui pourrait avoir juridiction sur lesdites personnes, ou par un tribunal pénal international qui serait compétent à l'égard de ceux des Etats parties qui auront accepté sa compétence."

Ce tribunal international lui aussi n'a jamais vu le jour; quant à la Convention, si elle a permis des effets incantatoires, elle n'a jamais donné

lieu à application effective étant le plus souvent invoquée par les organisations non gouvernementales et ignorées par les Etats parties.

6. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité

53. Cette Convention est complétée par la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 3 décembre 1973 relative aux Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité qui dispose dans son paragraphe 1 :

"Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis et quel que soit le moment où ils ont été commis, doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés."

Dans ce but, ils s'engagent à se porter mutuellement leur concours en coopérant sur une base tant bilatérale que multilatérale.

7. La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées

54. Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution A/47/133 du 18 décembre 1992, cette Déclaration comporte des dispositions qui en font l'un des textes les plus avancés dans le domaine de la lutte contre l'impunité. On citera parmi les principales dispositions en ce sens :

a) Le préambule (al. 4) qui constate que la pratique systématique des disparitions forcées "est de l'ordre du crime contre l'humanité";

b) Les articles 3 et 6 qui écartent les circonstances atténuantes et donc excluent le bénéfice du principe de "l'obéissance due" sauf pour l'auteur qui scelle son repentir en communiquant des informations permettant d'élucider des cas de disparition forcée;

c) L'article 14 qui crée les conditions d'une clause de compétence universelle;

d) L'article 17 qui qualifie les disparitions forcées de crimes continus, ce qui les rapproche de la catégorie des crimes imprescriptibles en retardant le point de départ de la prescription au jour de la réapparition du disparu ou de la preuve de son décès.

8. Les quatre Conventions de Genève et leurs Protocoles I et II

55. Le droit international humanitaire tel que codifié par ces instruments constitue l'un des moyens les plus contraignants pour les Etats. L'article premier, commun aux quatre Conventions, stipule en effet que "Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter [souligné par l'auteur] la présente Convention en toutes circonstances".

Chaque Etat partie s'engage donc non seulement vis-à-vis de lui-même - ce qui est la règle - mais également - ce qui est tout à fait exceptionnel - vis-à-vis des autres, que ces derniers ou lui-même soient ou non parties au conflit en cause.

56. Cette incitation à l'universalité est encouragée par l'existence d'une clause de compétence universelle de même nature que celle qui est prévue par la Convention contre la torture (voir par. 49). Là encore, il conviendra d'examiner dans le rapport final pourquoi il en est fait si peu usage alors que cette clause est commune aux quatre Conventions (I, art. 49; II, art. 50; III, art. 129; IV, art. 146), de même que sont communes celles qui concernent les mécanismes prévus pour la poursuite et la répression des infractions graves (I, art. 50 à 52; II, art. 51 à 53; III, art. 130 à 132; IV, art. 147 à 149; Protocole I, art. 85 et 86).

57. Fin 1992, 175 des 178 Etats Membres des Nations Unies avaient ratifié les Conventions de Genève. Il s'agit donc - fait sans précédent - de normes conventionnelles de portée quasi-universelle, ce qui en fait l'un des instruments les plus efficaces pour lutter contre l'impunité pour peu qu'existe une véritable volonté politique de les appliquer. Mais existe-t-elle ? Il conviendra, là encore, d'analyser dans le rapport final pourquoi il est si peu tiré parti des dispositions pertinentes des quatre Conventions et de leurs Protocoles pour le combat contre l'impunité.

58. Telles sont, pour l'essentiel, les normes de droit international concernées par la lutte contre l'impunité. Cet inventaire non exhaustif montre l'importance d'un examen vigilant, pays par pays, de la conformité des normes internes par rapport aux normes internationales et de l'interprétation qu'en donnent les institutions chargées de leur mise en oeuvre, faute de quoi l'impunité risque de continuer à régner sur le droit.

9. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

59. Pour terminer cet inventaire, il faut citer le projet de code élaboré par la Commission du droit international (CDI), qui, dans la deuxième partie traitant des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, contient l'article 21 intitulé "Violations systématiques ou massives des droits de l'homme". Cet article vise l'homicide intentionnel, la torture, le fait de placer ou de maintenir des personnes en état d'esclavage, de servitude ou de travail forcé, la persécution pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels et la déportation ou le transfert forcé de populations.

C. Les contradictions entre le besoin de justice, les impératifs de la mémoire collective et les contraintes politiques de la réconciliation

60. Ces contradictions évoluent en fonction du rapport, à un moment donné, des forces sociales en présence, qui, elles-mêmes, évoluent en fonction du temps qui passe. Ces contradictions peuvent être réactivées avec le recul du temps, le besoin de savoir l'emportant alors sur le besoin de justice. C'est dans ce contexte qu'il revient à l'Etat de prendre sa part de responsabilité

- et elle est essentielle - dans l'organisation de la lutte contre l'impunité conçue comme un projet politique en ce qu'elle concerne le passé, mais détermine aussi le futur du pays.

1. Le besoin de justice

61. Opposants politiques ou dissidents, opposants d'opinion, membres de mouvements belligérants ou simples citoyens, les victimes, en demandant justice, sont le levier de la lutte contre l'impunité. C'est en leur nom que la communauté internationale se mobilise. Ce besoin de justice peut se manifester selon des priorités différentes liées à l'histoire propre à chaque pays. En Amérique latine, par exemple, la sensibilité des organisations de victimes est plus spécialement mobilisée pour obtenir le jugement des oppresseurs, l'épuration de l'armée et l'élucidation du sort des personnes victimes de disparitions forcées. En Europe de l'Est, l'opinion - tout en demandant justice contre les principaux responsables - est plus préoccupée par la réhabilitation des victimes, d'une part, notamment au plan moral dans la mesure où les opposants étaient souvent assimilés à des asociaux, des aliénés ou tout simplement à des criminels de droit commun, et d'autre part, par l'épuration de l'administration avec les risques d'excès que cela comporte. Il incombe tout d'abord à l'institution judiciaire nationale de répondre à ce besoin de justice; mais en cas de défaillance se pose la question de la compétence d'un tribunal international 19/.

a) Les réponses au plan national

62. De l'idéalement souhaitable au relativement possible, il existe toute une gamme d'options. Nous retiendrons celles qui sont les plus fréquemment rencontrées : le recours aux tribunaux nationaux, d'une part, la création d'une commission nationale d'enquête sur les violations graves commises sous le régime précédent, d'autre part.

i) Le rôle des tribunaux nationaux

63. La compétence juridictionnelle nationale doit rester la règle, l'action répressive relevant du monopole des Etats. C'est d'ailleurs pour cette raison que les conventions prévoient l'engagement pour les Etats parties d'adapter leur cadre juridique et d'incorporer dans leur droit interne les normes conventionnelles (procédures de réception) 20/. L'éventuelle compétence d'une juridiction internationale ne saurait donc être que subsidiaire. Les deux catégories de mesures qui peuvent être prises sont étudiées ci-après.

64. La première mesure consiste à abroger les lois et juridictions d'exception (ou à tout le moins de dessaisir ces dernières) qui ont servi d'instrument ou de caution aux violations dont ont été victimes ceux qui manifestent leur besoin de justice. Le document final de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 14-25 juin 1993) insiste particulièrement sur ce point; on y lit que les Etats devraient abroger les lois qui reviennent à assurer l'impunité aux personnes responsables de violations graves des droits de l'homme telles que les actes de torture, et qu'ils devraient poursuivre les auteurs de ces violations, asseyant ainsi la légalité sur des bases solides (voir A/CONF.157/22, deuxième partie, sect. B.5, par. 60).

65. En application du principe dit du "parallélisme des formes", la voie de l'abrogation par décret semble pouvoir être empruntée, du moins pour les textes promulgués en dehors de tout contrôle parlementaire ou sous le contrôle d'un parlement alibi dont les membres sont désignés par l'autorité exécutive et ne sont pas élus conformément aux règles élémentaires de la participation populaire.

66. La deuxième mesure concerne les juges composant les juridictions compétentes. A supposer adoptée - ou en tout cas applicable - une législation interne contre l'impunité, comment vaincre la réticence des juges en fonction dès lors qu'ils ont cautionné l'ancien régime - voire coopéré activement avec lui ? On sait combien cette sorte de connivence proche de la complicité, explicite sous l'ancien régime, peut ultérieurement persister de manière implicite 21/. Changer purement et simplement ces juges est, dans les situations les plus dégradées, la seule mesure envisageable 22/; mais à chaque fois qu'une solution de compromis est possible, il convient de rechercher le maximum de compatibilité avec le principe d'inamovibilité considéré comme l'une des garanties essentielles de l'indépendance. Deux possibilités sont alors offertes.

67. La première possibilité consiste à distinguer entre, d'une part, les magistrats nommés conformément à un Etat de droit, d'autre part, ceux qui sont désignés en application d'un statut ne comportant pas l'essentiel des garanties fixées par les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature 23/, surtout lorsqu'ils ont été purement et simplement nommés par le pouvoir exécutif. Dans cette deuxième hypothèse, il peut être fait appel, là encore, à la règle du parallélisme des formes légitimant la possibilité, par simple décision du pouvoir exécutif, de muter ces magistrats (pour ne pas dire ces pseudo-magistrats) ou de les révoquer sous réserve que soit respecté, conformément au paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, le droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue.

68. La seconde possibilité consiste à créer une juridiction qui aurait une compétence d'attribution au plan national et dont les juges seraient nommés en conformité avec les Principes relatifs à l'indépendance de la magistrature en tenant compte, si possible, dans la composition collégiale, du pluralisme des sensibilités. Pour éviter que cette juridiction n'encourt le grief de tribunal de circonstance ou d'exception, ses règles de procédure et de fonctionnement devraient être celles de la justice pénale ordinaire ou, en tout cas, respecter les garanties de procédure prévues au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

69. En outre, il peut y avoir d'autres causes - objectives - qui favorisent l'impunité, notamment l'absence de formation et le manque de moyens. On a cité le cas d'un pays dans lequel, faute de ressources, moins de 25 % des magistrats ont une formation juridique.

ii) Le rôle des commissions nationales d'enquête et d'établissement de la vérité

70. L'Argentine a été le premier pays à prendre une telle initiative en créant le 15 décembre 1983 une commission nationale sur les personnes

disparues (CONADEP) qui a remis en 1984 un rapport très détaillé, sous le titre de "Nunca Mas". Le Chili a pris, en avril 1990, une initiative qui mérite d'être soulignée, avec la mise en place de la Commission nationale "Vérité et réconciliation" qui s'est non seulement efforcée d'enquêter sur les faits, mais a aussi analysé, catégorie par catégorie, le comportement, faits de résistance ou de compromission de la société chilienne (partis politiques, syndicats, associations caritatives, presse, églises, etc.) pendant le régime dictatorial. Son volumineux rapport 24/, outre qu'il tente de faire la lumière sur les cas de violations les plus graves, propose des mesures en faveur des victimes et des actions pour prévenir de nouvelles violations. Autre initiative devant être particulièrement soulignée : la création, en El Salvador, lors des Accords de paix de Mexico du 27 avril 1991, de la Commission de la vérité qui a rendu public son rapport le 15 mars 1993 (S/25500, Annexe). A la différence des deux précédentes, elle est composée de personnalités internationales.

71. Ces commissions ont une première fonction insuffisamment soulignée : elles permettent de démontrer ce que fut le "mensonge d'Etat" dans la mesure où elles révèlent comme étant vrais des faits et des exactions constamment démentis à l'époque par les plus hautes autorités.

72. Elles ont surtout pour objet d'établir les faits; mais lorsque leur mandat porte également sur l'établissement des responsabilités, il s'agit le plus souvent de celles des entités de l'Etat qui sont concernées, notamment celles qui ont supervisé, commandé ou exécuté les actes de violations graves, mais non de la responsabilité personnelle de leurs auteurs. A fortiori, elles n'ont pas de pouvoirs juridictionnels. Les informations et témoignages recueillis sont cependant précieux dans l'hypothèse où le dispositif de lutte contre l'impunité mis en place combine l'intervention tant des tribunaux que des commissions d'établissement de la vérité, les éléments recueillis par ces dernières facilitent d'autant le travail des premiers.

73. Mais il se peut qu'un tel dispositif soit ou inefficace ou inexistant. Inefficace lorsque, faute d'une volonté politique suffisante (ou d'avoir les moyens d'une telle politique), les tribunaux ne répondent pas de manière satisfaisante au besoin de justice; inexistant lorsqu'en raison de l'affaiblissement, voire de la désagrégation de l'Etat, les tribunaux sont dans l'impossibilité de fonctionner. Se pose alors, à titre subsidiaire, l'éventualité de transmettre le relais à une juridiction internationale. Il est très important que cette mesure alternative repose sur ce "principe de subsidiarité" pour qu'une telle initiative, surtout s'il s'agit d'un tribunal ad hoc, ne puisse être ressentie comme une forme d'ingérence intérieure ou une atteinte à la souveraineté nationale.

b) Vers un tribunal international ?

74. A la suite du procès de Nuremberg, l'idée d'une juridiction pénale internationale a été reprise dans la Convention de 1948 contre le génocide puis dans celle de 1973 contre l'apartheid. Bien qu'expressément prévues par ces deux instruments, ces deux juridictions n'ont finalement jamais vu le jour.

75. Là encore, de l'idéalement souhaitable au relativement possible, il existe toute une gamme d'options :

a) L'idéalement souhaitable serait un tribunal pénal international permanent institué par une convention multilatérale. Cette hypothèse implique plusieurs années de difficiles négociations pour un instrument qui risque finalement de n'être ratifié que par les Etats estimant avoir peu de probabilité d'être un jour confrontés à sa juridiction.

b) Le relativement possible, dans un délai raisonnable, nous ramène à l'hypothèse de la création de tribunaux "ad hoc" du type de celui dont le Conseil de sécurité a décidé la création, le 25 mai 1993, par sa résolution 827, pour juger les crimes graves commis dans l'ex-Yougoslavie. Le caractère ad hoc de telles juridictions ne devrait pas hypothéquer l'avenir d'une juridiction permanente, ni être un prétexte pour en différer sine die la création. Cette initiative devrait, au contraire, servir de socle au futur projet conventionnel. D'où la nécessité de serrer au plus près les garanties légales d'un état de droit.

76. Il conviendrait donc 25/, en ce qui concerne les règles de procédure, d'avoir une réponse crédible au grief de "juridiction de circonstance" (voire "d'exception") que peut susciter le caractère "ad hoc" de la juridiction, en retenant, par référence à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, les garanties de procédure prévues au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte relatif au droits civils et politiques (présomption d'innocence, principe de légalité des délits et des peines). Cette référence est d'autant plus importante, en l'espèce, que la jurisprudence du Comité se réfère précisément à cet article pour apprécier dans quels cas le caractère d'exception d'une juridiction peut être ou non admis. Le principe "non bis in idem" ne pourrait être opposé puisque, toujours selon la jurisprudence du Comité, il concerne la phase de jugement et non les poursuites d'une part, ne produit effet qu'au plan interne et non au plan international multilatéral, d'autre part.

77. Par ailleurs, éviter le grief de juridiction d'exception conduira à dépasser la conception qui avait prévalu au Tribunal de Nuremberg, dont certaines règles, pour admissibles qu'elles fussent à une époque où le droit international des droits de l'homme était insuffisamment élaboré, ne sauraient être reconduites (absence de double degré de juridiction, rétroactivité relative, etc.).

78. Pour éviter ce grief de rétroactivité au regard des infractions servant de fondement aux poursuites et aux éventuelles condamnations, il conviendrait de s'appuyer autant que faire se peut sur les incriminations prévues par les Conventions de Genève puisque, nous l'avons vu, ces instruments ont été ratifiés par la quasi-totalité des Etats parties. Une réserve toutefois, la pratique du viol n'est pas expressément visée par les Conventions de Genève.

79. Leur application combinée avec la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés présenterait, en outre, un intérêt non négligeable pour lutter efficacement contre l'impunité dans la mesure où selon cette dernière Convention, le caractère politique de ces infractions ne pourrait être invoqué

par la personne en fuite. En effet, la section F de l'article 1 écarte, pour l'intéressé, la possibilité d'obtenir le statut de réfugié politique :

"F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

b) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés;

c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies."

80. Par ailleurs, hormis le cas d'un tribunal créé après la victoire et chargé de juger les vaincus, la comparution - du moins à court terme - des personnes poursuivies est aléatoire; il conviendrait donc de ne pas écarter la possibilité d'user de la procédure par "contumace", précédée d'une invitation solennelle à se présenter spontanément et suivie, en cas de condamnation, de la diffusion d'un mandat international par les soins de l'OICP-INTERPOL. Cette procédure serait en outre compatible avec les statuts de cette organisation puisque - nous l'avons vu - le caractère politique ne pourrait être opposé. Ce mandat "condamnerait" l'intéressé à une sorte d'assignation à résidence dans son pays (principe de non-extradition des nationaux) ou à vivre en hors-la-loi (clandestinité, fausse identité, chirurgie esthétique, etc.) sur le reste de la planète ce qui, pour une personnalité prétendant à une stature internationale - par exemple d'homme d'Etat - est un handicap sérieux.

81. On ne saurait certes sous-estimer les réticences des pays dont le système juridique, d'inspiration anglo-saxonne, ne connaît pas la procédure de jugement in absentia. Un compromis doit être recherché car - faut-il le répéter ? - sauf hypothèse d'un tribunal jugeant des vaincus (encore que nombre d'entre eux peuvent être en fuite, ce qui laisse subsister l'utilité de la procédure par contumace), les auteurs des violations graves ne se présenteront pas spontanément. Cette situation risque, aux yeux de l'opinion, de décrédibiliser gravement l'image d'un tribunal faisant l'objet d'une forte publicité et créé à grands frais... pour finalement ne pas rendre la justice.

82. Une suggestion de compromis a été proposée, à l'initiative de M. Alain Pellet, membre de la Commission du droit international : elle consiste à prévoir dans les règles de procédure du tribunal que, passé un certain délai, l'invitation à se présenter suivie de la défaillance du prévenu dûment constatées, l'acte d'accusation serait rendu public en audience puis, le cas échéant, l'inculpation prononcée à cette occasion, solennellement, et, dans ce cas, un mandat d'arrêt international diffusé dans les conditions précitées.

83. Enfin, la vigilance des Etats parties aux Conventions de Genève devrait être appelée, d'une part, sur l'article premier, commun aux quatre Conventions, par lequel ils s'engagent non seulement à respecter, mais aussi à

"faire respecter" les conventions en toutes circonstances, d'autre part sur la clause de compétence universelle commune aux quatre Conventions (I, art. 49; II, art. 50; III, art. 129; IV, art. 146).

84. Dans son commentaire sur les Conventions de Genève, Jean Pictet, se référant aux articles précités, souligne que la portée de la compétence universelle exclut nullement la remise des inculpés à une juridiction internationale dont les Parties contractantes auraient reconnu la compétence.

2. Les impératifs de la mémoire collective

85. Préserver juridiquement le droit à la mémoire a été l'un des objectifs fondamentaux des auteurs du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg lorsqu'ils ont forgé le concept de crime contre l'humanité dont l'un des attributs essentiels est l'imprescriptibilité. Il vise à reculer à l'infini les limites de l'oubli qui, lui, est organisé juridiquement par les mécanismes de la prescription. Cette importante étape du droit international répond aux quatre aspirations explicitées dans les paragraphes ci-dessous.

a) Tout faire pour que la justice puisse passer compte tenu de l'extrême gravité des violations

86. La barbarie des faits est telle qu'elle exige l'imprescriptibilité afin que le cours de la justice ne puisse être détourné. La répression de droit commun ne saurait suffire : il faut - dit-on - que "passe la justice", que "justice soit faite". Cette situation d'exception - elle-même grave, puisqu'elle tient en échec l'un des plus anciens principes juridiques, la prescription - ne doit donc être réservée, pour reprendre la formule de l'alinéa 4 du Préambule de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité qu'aux "crimes de droit international les plus graves" 26/. Diverses formules sont utilisées pour qualifier cette extrême gravité; il doit s'agir d'une "pratique massive" cumulant des caractéristiques qui la définissent comme un "ensemble" et un "système" ou, selon la formule plus rigoureuse de la Cour de cassation française, d'une "politique d'hégémonie idéologique".

87. Mais la qualification de crime contre l'humanité comporte d'autres effets également en relation avec le caractère barbare des actes. On aurait pu concevoir un système qui considère l'imprescriptibilité comme une sorte de circonstance aggravante attachée à l'extrême gravité d'actes réprimés selon le droit commun. En retenant le principe d'une qualification spécifique, les Etats parties à l'Accord de Londres du 8 août 1945 ont voulu conférer au crime contre l'humanité non seulement un caractère imprescriptible mais aussi un caractère infamant. Si le but recherché eut été seulement l'imprescriptibilité en tant que telle, point n'était nécessaire de donner une qualification spécifique au crime contre l'humanité. Il eut suffi de donner une liste de crimes de droit commun (...) réputés imprescriptibles dès lors qu'ils seraient commis au nom d'une politique d'hégémonie idéologique pour reprendre la formule précitée. Les auteurs de l'Accord de Londres ont voulu prendre en compte non seulement l'homme atteint dans sa vie ou par la mort,

mais surtout l'infamie de l'atteinte qui est faite à la condition humaine tout entière par "la négation de l'humanité chez des membres d'un groupe d'hommes en application d'une doctrine" 27/.

88. La tentation est forte, en raison notamment de la pression bien compréhensible des victimes ou de leurs proches, de qualifier de crimes contre l'humanité de nombreuses violations en raison de leur intensité ou de la gravité de leurs conséquences sur la société. Mais l'interprétation stricte doit prévaloir, si l'on ne veut pas "banaliser" ce concept. C'est ainsi que l'idée a été avancée de qualifier de crime contre l'humanité le narcotrafic pour ne plus permettre aux auteurs de se réfugier habilement derrière la prescription. Cette banalisation peut être évitée tout en tendant vers l'objectif recherché : il suffit de déclarer ces infractions spécifiquement imprescriptibles, sans nécessairement les qualifier de crimes contre l'humanité, voire plus simplement de crimes continus, ce qui retarde le point de départ de la prescription au jour où la justice est en mesure de "passer", ce qui est l'objectif à atteindre.

89. Le procès par lui-même, indépendamment de sa vocation répressive, est un des éléments de la mémoire collective. Il permet de soumettre publiquement les faits, les preuves et les témoignages à la rigueur d'un débat contradictoire et ensuite d'en verser les actes aux archives qui, elles, sont la vraie mémoire. De ce point de vue, on peut dire qu'à Nuremberg, l'important fut moins le prononcé d'une condamnation que le fait même que le procès ait eu lieu avec sa puissance de mémorisation.

b) Prévenir le retour des crimes contre l'humanité

90. Lutter contre l'oubli par l'imprescriptibilité, c'est aussi suspendre une épée de Damoclès au-dessus de tout auteur de crime contre l'humanité. Le fait pour un tortionnaire d'avoir la conviction qu'il pourra être appelé un jour à rendre des comptes est le plus efficace moyen de prévention de la torture par la dissuasion. A tout le moins, cela évite-t-il qu'il ne revienne - narguant la victime - occuper le devant de la scène après la chute du régime dont il était complice.

c) Lutter contre le révisionnisme

91. Cette dernière décennie a vu progresser les thèses révisionnistes qui tentent de remettre en cause des faits historiques ou la manière dont ils se sont déroulés afin de mieux les nier ou, plus habilement, de les relativiser (thèse du massacre venant se substituer à celle du génocide, par exemple). Cette relativisation vise, entre autres, à leur enlever leur caractère d'extrême gravité afin de les exclure de la catégorie des crimes contre l'humanité. Etant alors soumis à la prescription ordinaire, avec le temps, le procès pourra être évité.

92. Au-delà des archives judiciaires, ce sont donc toutes les archives publiques qui doivent être préservées pour endiguer efficacement cette montée des thèses révisionnistes qui souvent n'émergent qu'après une très longue période de latence. Nous nous attacherons plus spécialement à l'examen de deux

catégories d'archives : d'une part, celles des lieux de détention, d'autre part, les fichiers des services de sécurité, de renseignements et de police politique.

i) Les archives des lieux de détention

93. Sont concernées les archives de tous les lieux de privation de liberté, qu'il s'agisse de prisons, y compris les prisons non officielles, ou d'hôpitaux psychiatriques. Elles permettent aux victimes de faire valoir leurs droits, notamment en raison d'éléments de preuve irremplaçables pour fixer les responsabilités (identification des personnels d'encadrement et de surveillance). Faut-il rappeler qu'en France, ce sont les déportés regroupés dans le camp de Drancy pour être acheminés vers les camps de concentration qui, lors de leur libération, se sont opposés à la destruction des fichiers par leurs propres gardiens ? Mais surtout, elles permettent de mieux détecter soit les lieux clandestins de détention, soit, dans les prisons officielles, les cas de détention secrète. Toute gestion d'un groupe humain, fut-ce dans de telles circonstances, suppose, pour toute administration, la tenue d'un minimum d'archives : le constat, par exemple, d'un déséquilibre significatif entre le nombre élevé des rations alimentaires et l'effectif réduit des personnes réputées être détenues peut être un indice important de détention clandestine.

ii) Les fichiers des services de renseignements et de la police politique

94. En cas de changement de système politique, le sort de ces fichiers fait problème dès les premières heures qui suivent la chute de l'ancien régime. Le principe de la conservation doit prévaloir sur celui de la destruction, quitte à prévoir une stricte réglementation de leur utilisation. Paradoxalement, le réflexe de destruction peut être partagé tant par les oppresseurs que par les ex-victimes. Pour les uns, il s'agit de faire disparaître les traces de leur implication (cas des collaborateurs de la STASI dans l'ex-République démocratique allemande), pour les autres, c'est la crainte de voir l'utilisation de ces fichiers, - considérés comme infâmes - se perpétuer (cas des fichiers dressés en France contre les juifs par le gouvernement de Vichy entre 1940 et 1944). Une troisième hypothèse particulièrement douloureuse est, hélas, à prendre en compte : celle de la victime qui, parce qu'elle a coopéré sous la torture, s'efforce d'en faire disparaître la trace afin de pouvoir préserver l'intimité de son secret vis-à-vis de ses proches ou surtout, de ceux - souvent amis - qui furent indirectement ses victimes.

95. Pour toutes ces raisons, la décision d'ouvrir ou non au public ces archives est d'une particulière gravité car la sensibilité de leur contenu complique tout processus de retour à la tolérance en vue d'une éventuelle conciliation ou réconciliation nationale. De ce point de vue, on se félicitera de la position prise au Paraguay après la découverte, en février 1993, de plusieurs tonnes d'archives de la garde de sécurité du dictateur Alfredo Stroessner; elles contiennent notamment les archives de l'Opération Condor lancée à partir du Chili du général Pinochet et confirmant

l'information (toujours démentie antérieurement) de l'existence d'un réseau de coordination des services de sécurité unissant l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Paraguay et l'Uruguay 28/.

96. D'où l'importance d'une réglementation stricte des archives pour assurer leur conservation, organiser leur accès et garantir les droits des personnes qu'elles mettent en cause.

Assurer la conservation des archives

97. Il s'agit moins de fixer des garanties techniques que de lutter contre un phénomène d'apparition récente, le trafic international d'archives par leurs anciens responsables. En Russie, par exemple, le vol de documents à des fins commerciales semble avoir pris une ampleur telle que le Président de la Commission parlementaire pour le transfert des archives à la Russie, ainsi que son adjoint, ont écrit au chef de l'Etat pour lui faire part de leur inquiétude à propos de la vente de documents d'archives, notamment du KGB, à des éditeurs étrangers 29/.

Organiser l'accès aux archives

98. Cette question recouvre deux situations : l'accès ouvert aux chercheurs et historiens et le droit individuel d'accès aux informations la concernant qui devrait être ouvert à toute personne mise en cause. Sur le premier point, il est indispensable de donner une base juridique, car la plupart des régimes autoritaires ne connaissant pas même un minimum de transparence, tous les documents sont classés "secrets". Sur le deuxième point, aucun secret ne devrait pouvoir être opposé à l'exercice du droit individuel d'accès. Toute personne mise en cause doit en effet avoir le droit :

a) "à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi" (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14, par. 1), au moins à titre de recours;

b) à se prévaloir, dans certains cas (vie familiale, vie sentimentale) sans lien avec les faits répréhensibles de son droit à la protection de sa vie privée au sens de l'article 17 dudit Pacte selon lequel :

"1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes."

99. Compte tenu de la complexité de la tâche et pour éviter l'encombrement des tribunaux, il paraît raisonnable d'admettre que, dans un premier temps, les demandes d'accès aux fichiers comme les contestations relatives aux informations qu'ils contiennent puissent être soumises à l'appréciation d'une commission ad hoc dès lors qu'elle présenterait des garanties suffisantes d'impartialité et sous réserve qu'un recours devant un tribunal au sens du paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte précité soit possible. Ces garanties

sont d'autant plus importantes qu'il s'agit de fichiers constitués sans aucun contrôle légal, alimentés par des sources suspectes pouvant comporter des erreurs, y compris d'homonymies, souvent utilisés à des fins de chantage ou de manipulation comme par exemple celle qui consiste à accréditer la thèse selon laquelle tel responsable d'un mouvement dissident ou opposant est un "indicateur de police", un agent de renseignement ou un infiltré ou que tel autre a parlé sous la torture alors qu'en réalité il a résisté et en est mort. Car l'objectif est non seulement de supprimer la vie ou de mutiler le corps, mais aussi de tuer l'honneur pour mieux discréditer la victime et déstabiliser le mouvement.

100. Pour ces raisons, dans la mesure où les fichiers sont conservés et non détruits, le droit d'accès doit être complété par un droit de rectification en cas d'erreur partielle, avec faculté de demander l'effacement en cas d'erreur totale (par exemple, inexistence du fait allégué, erreur sur la personne). On retiendra comme un précédent intéressant la nouvelle Constitution du Paraguay qui reconnaît aux citoyens le droit d'accéder aux informations les concernant qui figurent dans les archives accumulées par la dictature d'Alfredo Stroessner.

d) Restituer au droit à la mémoire ses dimensions historiques et culturelles

101. Le temps passant, les archives de toute nature ne sont plus utilisées pour poursuivre les auteurs de violations, procéder à l'épuration de l'administration ou faire valoir les droits des victimes. L'hypothèse de la destruction se pose à nouveau, la conservation pouvant être interprétée comme une sorte de "légalisation" de l'infamie. Tel fut le cas, en France, pour certains des fichiers précités concernant la communauté juive au motif qu'ils reposaient sur une réglementation manifestement inconstitutionnelle; ils furent détruits dans les années 50 sur instructions gouvernementales après leur utilisation par les juridictions compétentes pour mener les procédures d'épuration ou de poursuites contre les auteurs et complices de violations; d'où les légitimes protestations, a posteriori, des chercheurs et historiens. De même, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a estimé que toute société a le droit inaliénable de connaître la vérité sur des événements passés ainsi que le motif pour lequel et les circonstances dans lesquelles des crimes aberrants ont pu être commis, afin de prévenir une répétition de tels agissements à l'avenir 30/. Cette dimension historique et culturelle a été particulièrement soulignée dans la résolution finale adoptée lors des Rencontres internationales sur l'impunité : les participants rappellent "qu'en toutes circonstances s'impose le devoir de vérité; que l'avenir d'un peuple ne peut être construit sur l'ignorance ou la négation de son histoire, de même que la connaissance par un peuple de l'histoire de sa souffrance appartient à son patrimoine culturel et comme telle doit être préservée" 31/.

3. Les contraintes juridiques et politiques des processus impliquant une réconciliation

102. Entre l'exigence intransigeante de justice et d'inévitables aspirations à une solution politique impliquant un processus de réconciliation nationale, il existe, là encore, une grande marge d'options, compte tenu de la diversité des

situations. Témoignent de cette constante adaptation à la géométrie variable des réalités les solutions intervenues, par exemple, dans les situations suivantes :

a) En Espagne, le spectre de la guerre civile des années 30, l'aspiration au changement, l'habile et progressive marginalisation de l'ancien régime expliquent sans doute qu'en ce qui concerne les auteurs franquistes de violations graves, la page ait été tournée sans débat, sans formalisme juridique, pas même suite à une amnistie. Cette évolution correspondait à une aspiration populaire essentiellement soucieuse de la réhabilitation des républicains qui, postérieurement à la guerre civile, restaient marqués par des peines accessoires à celles prononcées à l'époque pour sédition. La seule loi d'amnistie votée l'a été en leur faveur;

b) En France, il aura fallu plus de 20 ans et plusieurs lois d'amnistie pour que les pages noires de la guerre d'Algérie passent de la violence à la politique et de la politique à l'histoire qui, elle, reste à écrire.

103. De plus en plus fréquemment, la question se pose dans le contexte non seulement d'un processus de démocratisation, mais aussi de paix. La question de l'amnistie est alors au centre des accords de paix. En témoignent, là encore, ceux qui ont mis fin au conflit en Nouvelle-Calédonie, et qui ont failli être rompus, lors des négociations, faute d'accord sur la question de l'amnistie; ou encore ceux en cours d'application en El Salvador dans le cadre des Accords de paix précités signés à Mexico sous l'égide des Nations Unies le 16 janvier 1992.

104. L'analyse des expériences passées ou en cours montre à quel point il est difficile de parvenir à une solution idéale. Toutefois, au vu de ces expériences, deux constats s'imposent : d'une part, aucun intérêt supérieur, fut-ce la réconciliation nationale, ne peut légitimer "l'impunité absolue"; d'autre part, les conditions d'une politique ferme et généralisée permettant d'assurer la répression de la totalité des auteurs de violations n'ont jamais été historiquement réunies. Faut-il en conclure - du moins pour les besoins de l'exposé - qu'une certaine "impunité relative" peut être acceptée dans certaines circonstances ? Dans ce cas, quel doit être le noyau dur auquel il ne saurait être dérogé, sauf à pervertir la lutte contre l'impunité ? A titre exceptionnel, certains assouplissements peuvent-ils être admis ? Deux questions de première importance se posent dans la pratique : celle de l'amnistie et celle de l'épuration.

a) La problématique de l'amnistie

105. Elle repose sur l'admissibilité ou non de l'amnistie au regard de l'imprescriptibilité d'une part, c'est la première thèse, et au regard du droit qu'a toute personne à ce que sa cause soit entendue, d'autre part, et c'est la deuxième thèse.

i) Première thèse

106. Il y a incompatibilité entre imprescriptibilité et amnistie dans la mesure où la seconde viendrait vider de toute portée l'essence même de l'imprescriptibilité qui est de permettre que "passe la justice". Tout au plus

pourrait-on admettre ce qui suit : l'imprescriptibilité ayant pour but d'éviter l'extinction de l'action publique, afin de tenir en échec l'impunité, dès lors que les poursuites ont eu lieu, que la peine est devenue définitive et qu'elle a été totalement exécutée, l'amnistie deviendrait alors compatible avec l'imprescriptibilité car la justice serait passée.

107. Certains objectent qu'admettre dans ce cas l'amnistie serait accorder une sorte de réhabilitation, ce qui ne peut être admis, car l'imprescriptibilité est consubstantiellement liée à la notion de crime contre l'humanité; or cette qualification, nous l'avons vu, confère à la peine un caractère infâmant, ce qui interdit toute réhabilitation même à titre posthume. Dans cette interprétation, l'imprescriptibilité tend à l'éternité.

108. Réfutant cette interprétation, d'autres font valoir que la prescription et l'amnistie procèdent de fondements différents. L'une est liée à l'oubli, l'autre au pardon. La prescription induit des effets automatiques dès que le temps a produit son oeuvre; elle suppose que la justice a persévéré dans l'inaction pendant un délai défini à l'avance, au-delà duquel les preuves risquent d'être dénaturées ou d'avoir disparu. L'amnistie est la manifestation expresse de la volonté du législateur (ou du peuple, en cas de référendum) d'ôter tout caractère délictueux à certaines catégories de faits dans le but de renforcer la cohésion sociale. En d'autres termes, la prescription dresse un obstacle à d'éventuelles poursuites, l'amnistie prive l'infraction qu'elle vise de l'élément légal qui la rend délictueuse. Enfin, le principe d'imprescriptibilité édicté pour les crimes contre l'humanité constitue une dérogation à un principe général du droit telle qu'elle doit être interprétée d'autant plus restrictivement. Les partisans de cette position en concluent qu'on ne peut donc, par un raisonnement analogique, déduire de l'exception d'imprescriptibilité un principe équivalent d'exclusions de l'amnistie. Telle est la solution adoptée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt toumi du 12 mars 1986 : "l'amnistie, acte souverain du législateur s'étend à toutes les infractions sans distinction ni réserve selon leur nature, leur qualification légale ou leur degré de gravité (...) et notamment aux infractions dénoncées comme crimes contre l'humanité".

ii) Deuxième thèse

109. La solution préconisée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) qui, nous l'avons vu (par. 25) est défavorable à l'amnistie, repose sur une toute autre argumentation. Elle estime qu'il y a incompatibilité, non point tant en raison du caractère imprescriptible ou non du crime, et par conséquent de sa plus ou moins grande gravité, mais parce que les effets de l'amnistie violent un droit considéré comme fondamental par la Commission : le droit qu'a toute personne - en l'espèce la victime - "à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant ou impartial" (Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 8, par. 1) 32/. En d'autres termes, tant que la justice n'est pas passée, l'amnistie est incompatible avec la lutte contre l'impunité, quelle que soit la gravité des faits; après, devient-elle possible ? La Commission ne se prononce pas explicitement sur ce point, mais cette possibilité est la conséquence logique de son argumentation.

110. Le raisonnement de la CIDH suppose acquis au débat que le droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal, ainsi qu'il est prévu au paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, appartient à la catégorie des droits indérogeables selon le droit international des droits de l'homme 33/, c'est-à-dire à la catégorie des droits qui ne peuvent faire l'objet d'aucune suspension, restriction ou limitation, que ce soit en période de crise (état d'exception) ou ordinaire.

La situation sous un état d'exception

111. La règle est la suivante. Prenons exemple sur le Pacte relatif aux droits civils et politiques : les droits protégés par le Pacte peuvent être suspendus ou limités sous réserve que l'état d'exception soit établi en respectant certaines garanties de procédure et de fond (il doit être proclamé selon une procédure spécifique, être limité dans le temps et les mesures prises doivent être proportionnelles à la gravité du péril). Toutefois, par exception à cette règle, certains droits essentiels expressément visés et limitativement énumérés (Pacte, art. 4; Convention européenne, art. 15, Convention américaine, art. 27) ne peuvent être ni suspendus, ni même limités; ils sont indérogeables.

112. Quels sont ces droits ? Une première liste est commune aux trois instruments précités; elle comporte : le droit à la vie, la prohibition de la torture, de l'esclavage et le principe de non-rétroactivité en matière pénale. A ce "noyau dur", deux de ces instruments ajoutent 34/ : a) le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique (Pacte, art. 16; Convention américaine, art. 18) et b) la liberté de conscience et de religion (Pacte, art. 18; Convention américaine, art. 12). La Convention américaine étend en outre sa protection absolue aux droits suivants : droits de la famille (art. 17), droit à un nom (art. 18), droits de l'enfant (art. 19), droit à une nationalité (art. 20), droit de participer à la vie publique (art. 23).

Première conclusion

113. Sous un état d'exception, aucune disposition des instruments cités ci-dessus ne confère l'indérogeabilité absolue au droit garanti par le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme sur lequel se fonde la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

La situation en période ordinaire (hors état d'exception)

114. Le dispositif est inversé : dans leur totalité, les droits garantis, par exemple par le Pacte, ne peuvent être suspendus. Ils ne peuvent non plus faire l'objet de limitations sauf dans quelques cas et à titre tout à fait exceptionnel; mais la limitation doit répondre aux conditions suivantes :

a) Etre expressément autorisée par l'article garantissant le droit concerné (par exemple, Pacte, art. 12 : libre circulation des personnes; art. 18 : liberté de conscience et de religion; art. 19 : liberté

d'expression; art. 21 : liberté de réunion; art. 22 : liberté d'association) 35/.

b) Respecter la clause dite "d'admissibilité démocratique" qui pose les conditions de forme et de fond suivantes : i) les restrictions doivent être prévues par la loi et ii) elles doivent constituer "une mesure nécessaire, dans une société démocratique, pour assurer la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui".

Deuxième conclusion

115. En ce qui concerne la thèse de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, le paragraphe 1 de l'article 18 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme qui garantit le droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue, pas plus d'ailleurs que les articles correspondants du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14), de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6) ou de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 7) ne prévoient une telle dérogation sous forme d'une "clause d'admissibilité démocratique" autorisant des limitations (telles que l'amnistie).

116. On peut donc considérer que la CIDH était fondée à considérer que toute mesure tendant à supprimer le droit de la victime à ce que sa cause soit entendue - en l'espèce une mesure d'amnistie - constituait une violation du paragraphe 1 de l'article 8 précité, que ce soit en période ordinaire ou en période d'exception.

117. L'argumentation inverse considère que la partie de cet article est consacrée au domaine pénal; elle ne concerne donc que la protection de la personne de l'accusé; ce qui explique sa rédaction : "le tribunal décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre toute personne en matière pénale"; pour le reste, l'article ajoute qu'il "déterminera (les) droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité ou de tout autre domaine". Selon cette interprétation, il suffirait, pour que l'amnistie puisse être admise en respectant le paragraphe 1 de l'article 8, que la victime ait la possibilité de rechercher la responsabilité de l'Etat devant la juridiction civile ou administrative compétente et/ou d'obtenir en justice la réparation matérielle et morale du préjudice subi. Reste le point de savoir si une indemnisation allouée sur décision d'une commission administrative pourrait être admise ?

Troisième conclusion

118. Il conviendra, dans le rapport final, de mieux cerner la portée du droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue en précisant plus avant le caractère absolu ou relatif de l'indérogeabilité de ce droit.

b) La problématique de l'épuration

119. Nous avons vu, lors des développements consacrés au "besoin de justice" le contexte dans lequel se posait cette question dans le domaine de l'institution judiciaire. Au-delà du pouvoir judiciaire, c'est toute

l'administration qui, à des degrés divers, est concernée et, en priorité, les forces armées et la police.

120. Traiter d'épuration dans une étude concernant les droits de l'homme peut paraître paradoxal. La question est particulièrement sensible et complexe; les auteurs ont cependant préféré ne pas l'é luder, car elle se pose toujours en termes aigus dans les périodes de profond changement. Lorsqu'il s'agit de gérer l'existant - ce qui est le propre d'une démarche conservatrice -, la question ne se pose pas. En revanche, lorsqu'il s'agit de créer le changement, l'administration, soit par réflexe idéologique, soit tout simplement par routine, tend à freiner gravement le processus, voire à s'y opposer en "entrant en résistance" lorsqu'il s'agit des forces armées. Lorsque le changement répond à une profonde aspiration populaire manifestée par un vote régulier (élection, référendum, etc.), il devient nécessaire que les moyens d'action dont disposent les nouvelles autorités, à savoir l'Etat, soient aptes à produire le changement. Pour traiter de cette question, il est proposé que le rapport final s'inspire plus particulièrement des expériences européennes ^{36/} qui ont suivi la fin de la seconde guerre mondiale et, pour la période contemporaine, des expériences récentes des pays de l'Europe de l'Est d'une part et spécialement de la Tchécoslovaquie, pour ce qui concerne l'administration civile, du Salvador, d'autre part, pour le cas des forces armées.

i) Le cas de l'administration civile

121. L'expérience tchécoslovaque est intéressante en ce qu'elle permet d'analyser d'un point de vue pratique les questions de principe suivantes :

a) L'épuration doit-elle se faire sur la base de la législation existante, quitte à en réorienter l'interprétation (jurisprudence) ou en promulguant une législation nouvelle, voire d'exception ?

b) Doit-elle avoir pour seul objectif la répression ou également la suppression des obstacles à la mise en oeuvre d'une politique nouvelle, ce qui implique de privilégier les mesures administratives telles que la mutation d'office, la révocation, la mise à la retraite anticipée, l'édiction de certaines incompatibilités, plutôt que des mesures pénales ?

c) Quelle est la nature et la portée des garanties qui doivent être apportées au processus d'épuration, notamment au regard du principe selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue ?

ii) Le cas de l'épuration des forces armées et de la police

122. L'expérience salvadorienne repose sur l'Accord de paix de Mexico et spécialement les chapitres I et II qui concernent la redéfinition des missions des forces armées et leur épuration, puis la mise en place d'une police nationale civile. La nature des garanties entourant ces mesures d'épuration méritent, en tant que précédent, une analyse approfondie, car elles ont été d'une part négociées (Accord de paix), alors que le plus souvent il s'agit de la prérogative d'un vainqueur imposée à un vaincu, d'autre part arrêtées et mises en oeuvre sous l'égide du Secrétaire général de l'ONU. Les grandes orientations sont résumées ci-dessous.

123. Les décisions sont prises par une commission ad hoc, composée de trois personnalités reconnues pour leur impartialité et leur sens démocratique, désignées après des consultations menées à bien par le Secrétaire général de l'ONU. Deux officiers ayant un passé professionnel irréprochable, désignés par le Président de la République, se joignent à la Commission lors de la phase délibérative. La Commission de la vérité (voir par. 70 et 71) peut désigner un observateur.

124. L'évaluation de la Commission doit prendre en considération, pour chaque officier :

- . ses antécédents en matière de respect de l'ordre juridique et des droits de l'homme tant en ce qui concerne sa conduite personnelle que sa rigueur à prévenir ou sanctionner les violations;

- . sa compétence professionnelle;

- . son aptitude à promouvoir la nouvelle dynamique de paix, à garantir le respect des droits de l'homme, à favoriser la démocratisation du pays et à réunifier la société salvadorienne.

. La Commission se prononce après audience préalable des personnes concernées et fait des recommandations; celles-ci ont porté sur la mise à l'écart ou la mutation de 102 officiers. Pour la mise en oeuvre de cette décision, voir le rapport du Secrétaire général du 21 mai 1993 (S/25812 - par. 4).

iii) Le cas de l'épuration des forces paramilitaires

125. Ainsi que le montre l'expérience salvadorienne, cette épuration se distingue de la précédente en ce qu'il s'agit plus d'une élimination ou éradication de ces unités de l'ombre que sont les escadrons de la mort, les groupes paramilitaires ou mercenaires, les milices privées dont le propre est d'être liés secrètement à des structures de l'Etat et du secteur privé (latifundiaires, entrepreneurs). Extirper "cet infâme phénomène" répond à un double impératif selon la Commission de la vérité d'El Salvador :

- a) Le maillage de leur réseau 37/, leur connexion clandestine avec les services de renseignements et le secteur privé des propriétaires terriens ou des entreprises rend difficile leur déstructuration. Ils risquent donc d'être réactivés, d'où l'importance d'une attitude ferme et en profondeur;

- b) De par leur structure, leur organisation et leur dotation en armes, il y a de graves dangers que les escadrons de la mort débouchent, comme cela s'est déjà vérifié, sur des activités délinquantes telles que le trafic de stupéfiants, le trafic d'armes et les séquestrations pour extorsion de fonds.

126. Les mesures à prendre doivent au minimum porter sur les points suivants :

- a) Reconstitution de l'organigramme des exécutants avec leur état civil et leur éventuelle fonction dans l'armée ou la police afin de les identifier;

b) Reconstitution de l'organigramme des liaisons occultes entretenues par ces exécutants avec leurs commanditaires actifs ou passifs dans les forces de sécurité;

c) Reconstitution des liens existants avec les propriétaires terriens ou les entrepreneurs apportant le financement voire la logistique.

d) Mener une enquête approfondie sur le fonctionnement des services de renseignements en vue de la réorientation de leurs missions;

e) Coopération au plan international, notamment avec les pays tiers ayant contribué activement (par exemple, découverte, à l'occasion de la réunification allemande, du soutien apporté par l'ex-République démocratique allemande à des commandos terroristes ou encore, selon la Commission de la vérité, la tolérance par les Etats-Unis des agissements d'exilés salvadoriens ayant financé et téléguidé des escadrons de la mort entre 1979 et 1983).

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

127. La réconciliation nationale ne peut être acceptée que lorsqu'il devient possible de faire la part du pardon et de l'oubli. C'est pourquoi à court ou moyen terme, nous préférons employer l'expression "conciliation", plus respectueuse de la douleur des victimes. Il conviendra, là encore, dans le rapport final, de définir ce que pourrait être le "noyau dur" qui devrait être respecté dans tout processus de conciliation nationale. La discussion pourrait porter sur les six principes directeurs suivants :

I. Etre guidé par le seul objectif de la paix civile dans le but de garantir prioritairement la sécurité des plus défavorisés, l'injustice sociale étant le plus souvent à l'origine des troubles qui engendrent l'impunité (voir ci-dessus la notion de violations graves des droits économiques et sociaux).

II. Décider l'abandon des poursuites et la libération immédiate des prisonniers d'opinion (et non leur amnistie, car ce serait reconnaître le caractère délictueux de leur action alors qu'ils n'ont fait qu'exercer un droit légitime, le vrai délinquant étant l'auteur de la détention arbitraire).

III. Ne pas encourager l'impunité, ce qui suppose que les instigateurs et responsables de haut niveau aient été déférés à la justice et jugés.

IV. Création d'une Commission pour l'établissement de la vérité afin de préserver pour les victimes "le droit de savoir" et d'intégrer la dimension historique de la conciliation qui est prise de conscience et non oubli.

V. Jugement des auteurs autres que ceux qui sont visés au principe No III ou à tout le moins mesure d'épuration à leur égard.

VI. Mesures en faveur des victimes :

a) Indemnisation pour le préjudice subi;

b) Réintégration dans leur emploi des personnes révoquées pour motif politique;

c) Droit au retour pour les exilés et mesures en vue de leur réinsertion.

128. Ce n'est qu'au terme de ce long parcours que peut être envisagée la réconciliation nationale et encore, sous réserve que les auteurs des violations, spécialement s'ils n'ont pas été jugés, consentent à manifester leur repentir, acte sans lequel on ne peut demander aux victimes de participer à un processus impliquant le pardon. Sans un minimum de repentir, toute mesure de clémence peut être interprétée comme une caution. On notera qu'un tel processus est facilité lorsque le repentir émane de toutes les parties concernées. (Pour l'importance de cet aspect, voir, dans le cas salvadorien, l'autocritique publique effectuée par le FMLN afin de faciliter la conciliation dans le cadre de la Commission nationale pour le raffermissement de la paix (COPAZ) 38/.) D'autant plus que selon les Accords de paix, les auteurs de violations graves appartenant au FMLN ne pourront accéder à des responsabilités dans la fonction publique. Cette clause d'épuration acceptée mériterait d'être reconnue de manière tout aussi responsable par la Partie étatique afin de faciliter l'épuration dans les forces armées.

129. Le présent rapport, sans être exhaustif, a tenté de mieux cerner les multiples facettes de l'impunité organisée dans le but de faciliter l'élaboration d'une stratégie en fonction de la période historique que traverse le pays; cette stratégie doit donner priorité, tantôt à la prévention par la formation et les services consultatifs, tantôt à la répression prise en tant que moyen, non seulement de punir, mais également de mémoriser l'histoire telle qu'elle a été vécue et non telle que le révisionnisme veut toujours la réécrire.

130. La lutte contre l'impunité doit employer des moyens multiples, s'organiser dans la durée, en se fixant les quatre objectifs complémentaires suivants :

- a) Juger les auteurs de violations graves;
- b) Assurer aux victimes le droit de savoir et d'obtenir réparation;
- c) Se prémunir, notamment par les archives, contre l'oubli et le révisionnisme;
- d) A un moment donné, tenir compte des aspirations à la réconciliation nationale tout en respectant certaines limites en deçà desquelles la réconciliation nationale deviendrait complice de l'impunité.

131. En ultime conclusion de ce rapport intérimaire sur l'impunité, les auteurs formulent les recommandations suivantes :

1. Il faudrait mieux prendre en compte dans le rapport final les suggestions faites par M. Theo van Boven dans son étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales 39/.

2. Il est à prévoir que la présente étude sera suivie d'un rapport spécifique sur la lutte contre l'impunité des violations graves commises contre les droits économiques et sociaux.

3. Il faudrait approfondir le rôle des organisations non gouvernementales dans la stratégie de lutte contre l'impunité.

4. Il faudrait mieux cerner la portée de l'obéissance due au regard de la théorie des circonstances atténuantes, afin d'en limiter les effets.

5. Il faudrait faire une étude comparative des différentes expériences des commissions d'établissement de la vérité pour apprécier la possibilité et l'intérêt d'en tirer quelques principes directeurs.

6. On devrait rechercher les voies et moyens permettant de surmonter les obstacles que pose la procédure in absentia devant un éventuel tribunal international.

7. Il faudrait élaborer des principes directeurs pour assurer la conservation et réglementer l'accès aux fichiers et archives des services de sécurité et de renseignements.

8. On devrait établir une étude spécifique, en liaison avec le Comité des droits de l'homme et les commissions et cours régionales, sur la portée du droit qu'a toute personne à ce que sa cause soit entendue, notamment sur le caractère indérogeable ou non de ce droit.

9. Il faudrait faire une analyse comparative des différentes politiques d'épuration mises en oeuvre au cours des dernières décennies pour en tirer d'éventuels principes directeurs en ce qui concerne les causes pouvant légitimer de telles politiques et les garanties à apporter.

10. Il faudrait étudier les voies et moyens permettant d'éradiquer la pratique des escadrons de la mort.

11. On devrait élaborer des principes directeurs pour l'application des politiques de réconciliation nationale comportant notamment un noyau intangible quelles que soient les circonstances.

12. Il faudrait élaborer un programme d'action pour une optimisation de la mise en oeuvre des dispositions des Conventions et Protocoles de Genève permettant de lutter contre l'impunité.

Les premiers bénéficiaires de ces normes conventionnelles sont d'abord les victimes, puis les Etats en tant que chargés de leur mise en oeuvre, sans oublier, bien entendu, le concours spécifique que peut apporter le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) en application des dispositions communes aux quatre Conventions. Renforcer l'efficacité de ces normes implique donc que soient prises certaines initiatives, à savoir :

a) Lancement d'une campagne de sensibilisation en direction des Etats parties pour qu'ils incorporent dans leurs lois pénales les dispositions répressives prévues par les Conventions;

b) Réalisation d'une étude pour approfondir les deux points ci-après afin de mieux cerner les raisons du manque d'efficacité :

i) Tirer les enseignements des quelques cas dans lesquels des auteurs de crimes graves ont été effectivement condamnés sur la base des Conventions de Genève (exemple des Etats-Unis où les crimes de guerre sont également des infractions au Code uniforme de justice militaire des Etats-Unis (Uniform Code of Military Justice), dont la poursuite est confiée à la Criminal Investigation Division. Entre 1965 et 1973, 36 accusations pour crimes de guerre contre le personnel de l'armée ont été portées devant la Cour martiale; 20 de ces cas aboutirent à des condamnations.

ii) Tirer les enseignements en ce qui concerne l'usage qui a été fait (ou non) de la clause de compétence universelle prévue par les Conventions.

c) Développement de l'action coordonnée des organisations non gouvernementales auprès des Etats parties pour que ces derniers - au cas par cas - donnent plein effet à l'article 1 précité, commun aux quatre Conventions, par lequel ils s'engagent non seulement à les respecter mais également à les faire respecter, même s'ils ne sont pas parties au conflit.

d) Approfondissement du rôle que pourraient jouer les victimes et leurs organisations non gouvernementales en vue de faire appliquer les Conventions, notamment par une interprétation renouvelée de la notion "d'intérêt pour agir" tenant mieux compte de l'esprit - voir de la lettre - des Conventions de Genève, pour permettre à certaines ONG de déclencher des poursuites devant les juridictions nationales compétentes, voire internationales 40/. Il conviendrait à cette occasion de prospecter les possibilités offertes par les sociétés nationales de la Croix-Rouge, au nom des victimes, par une interprétation combinée des statuts de la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge d'une part; des Conventions d'autre part (exemple : Convention IV, art. 142 et surtout Protocole I, art. 81, par. 3).

e) Promotion de l'utilisation des moyens offerts par la Commission internationale d'établissement des faits, organe d'enquête prévu par l'article 90 du Protocole I.

POSTFACE

132. Nous aimerions terminer ce rapport intérimaire sur une note d'espoir. Lutter contre l'impunité en rendant la justice est possible sans que soient compromises les possibilités de réconciliation nationale ainsi qu'en atteste la décision récente de la Cour suprême de Bolivie (21 avril 1993) qui a permis de rétablir la confiance en l'un des pouvoirs clefs de toute démocratie : le pouvoir judiciaire. Après sept années d'engagement contre l'impunité, les associations de droits de l'homme et les organisations démocratiques ont qualifié cette sentence de "jugement du siècle" ainsi que l'a souligné le juge Gualberto Davalos pour qui cette décision "constitue un précédent important pour le renforcement de la démocratie et une mise en garde en

Bolivie comme dans les autres pays d'Amérique latine" à l'intention des auteurs de coups d'Etat 41/.

133. Les responsables des violations les plus graves, qui avaient destitué le gouvernement constitutionnel de Lydia Gueiler, ainsi que 44 de leurs collaborateurs, ont été condamnés comme suit : l'ex-dictateur Luis Garcia Meza à trente années de prison sans possibilité de mesure de grâce. L'ex-ministre de l'intérieur, Luis Arce Gomez, principal responsable de l'appareil répressif, Guido Benavidez, ancien responsable de la Direction nationale d'investigation, Freddy Quiroga, ancien responsable du Service spécial de sécurité et son adjoint Tito Montano ont également été condamnés à trente années de prison.

134. Il était juste qu'au terme d'un rapport sur "les effets néfastes de l'impunité", un hommage soit rendu aux auteurs d'une telle décision qui, bien au-delà des frontières de la Bolivie, honorent la justice de ce pays, redonnent espoir à toutes les victimes, à leurs proches et montrent que la justice peut l'emporter sur l'impunité.

* * *

Notes

1/ Les "Rencontres internationales sur l'impunité pour les auteurs de violations graves des droits de l'homme" ont été organisées sous les auspices du Centre pour les droits de l'homme des Nations Unies, conjointement par la Commission internationale de juristes (CIJ) et la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH-France) du 2 au 5 novembre 1992 au Palais des Nations à Genève. Les actes de ces Rencontres ont été publiés par la CIJ sous le titre Non à l'impunité, oui à la justice (Genève, 1993).

2/ Par courrier du 16 mars 1993 adressé au Centre pour les droits de l'homme à l'attention de la Commission des droits de l'homme, des parlementaires colombiens membres de l'association "Esperanza, Paz y Libertad" qui regroupe les ex-guérilleros qui rejoignent la lutte démocratique (Alianza Democratica), indiquent que 165 membres de l'Armée populaire de libération (Ejercito Popular de Liberación - EPL) ont été exécutés sommairement par leurs anciens compagnons, hostiles aux accords de paix en vue d'enrayer par la terreur l'abandon de la lutte armée en Colombie.

3/ En El Salvador, selon la Commission de la vérité, les responsabilités, presque toujours citées dans les dénonciations, sont attribuées pour 85 % des cas aux agents de l'Etat, aux formations paramilitaires liées à celui-ci et aux escadrons de la mort et pour 5 % seulement des cas au Front Farabundo Martí de libération nationale (FMLN) (cité par l'agence d'informations Diffusion de l'information sur l'Amérique latine DIAL, bulletin No 1678, Paris, 16 avril 1992).

4/ Louis Joinet "Les tribunaux d'opinion", dans Marxisme, démocratie et droit des peuples. Hommage à Lelio Basso, Milan, éditions Franco Angeli, Milan, 1979, p. 821.

5/ Léo Matarasso "Brève contribution à l'histoire du Tribunal Russel sur les crimes de guerre au Viet Nam", dans op. cit., p. 831.

6/ Ligue internationale pour les droits et la libération des peuples (Impunity-Impunidad), Genève, février 1993, p. 9 et 11.

7/ Voir également dans le Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire (E/CN.4/1993/24, par. 20), la délibération 02.

8/ Léo Matarasso cité par Joinet dans "Les tribunaux d'opinion" (voir note 4/ ci-dessus).

9/ CIDH, Rapport No 29/92, approuvé le 2 octobre 1992 (cas No 10.029, 10.036, 10.045, 10.305, 10.372, 10.073, 10.074 et 10.075, Uruguay, OEA/Ser.L./V/II/82, doc. 25; voir les paragraphes 41 et suivants. Voir également Robert K. Goldman, "Lois d'amnistie et droit international : un cas spécifique", dans Non à l'impunité, oui à la justice, actes des Rencontres internationales sur l'impunité organisées par la CIJ à Genève en novembre 1992 (voir note 1/ ci-dessus); dans cette communication, R.K. Goldman traite de la décision de la CIDH selon laquelle la loi d'amnistie de l'Uruguay de 1986 violait la Convention américaine des droits de l'homme.

10/ CIDH, Rapport No 28/92, approuvé le 2 octobre 1992 (cas No 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 et 10.311, Argentine, OEA/Ser.L./V/II.82; voir les paragraphes 43 et suivants.

11/ A ce propos, voir les paragraphes 3 et 5 de l'article 13 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1992, dans sa résolution 47/133.

12/ Voir le document présenté au Groupe de travail de session sur la détention de la Sous-Commission par John Carey intitulé "Normes internationales garantissant la réalisation d'une enquête et d'une autopsie appropriées en cas de décès suspect en détention" - (E/CN.4/Sub.2/1988/WG.1/WP.1), où est cité notamment le Protocole du Minnesota daté de juin 1987; ce protocole, élaboré par le Minnesota Lawyers International Human Rights Committee, traite de la prévention des exécutions extralégales, arbitraires et sommaires.

13/ "Rapport annuel et liste d'Etats qui, depuis le 1er janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception"; ce rapport est mis à jour chaque année; les quatrième et cinquième rapports portent la cote E/CN.4/Sub.2/1991/28 et E/CN.4/Sub.2/1992/23/Rev.1.

14/ Pour plus de détails sur l'amnistie, voir "Etude sur la législation d'amnistie et sur son rôle dans la protection et la promotion des droits de l'homme" (E/CN.4/Sub.2/1985/16, rapport de M. Louis Joinet, Rapporteur spécial.

15/ Voir Roland Bersier "Les circonstances atténuantes selon le principe de l'obéissance due", dans Non à l'impunité, oui à la justice, actes des Rencontres internationales sur l'impunité organisées par la CIJ à Genève en novembre 1992 (voir note No 1 ci-dessus).

16/ Résolution 47/133 de l'Assemblée générale du 18 décembre 1992.

17/ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément No 10 (A/46/10), chap. IV, sect. D.2, p. 279 et 280).

18/ UNESCO, Colloque sur le rôle de l'Afrique et ses répercussions dans la rencontre des deux mondes. Commémoration du cinquième Centenaire, Praia (Cap-Vert), 4-8 mai 1992. Voir notamment le document de travail, partie III.

19/ Louis Joinet, "L'amnistie : le droit à la mémoire entre le pardon et l'oubli" dans Communications, Paris, 1989, No 49.

20/ Sauf lorsqu'il s'agit de conventions dites "self-executing", c'est-à-dire dont les dispositions de fond sont directement applicables dans l'ordre juridique interne.

21/ Etienne Bloch, "L'épuration", dans Non à l'impunité, oui à la justice, actes des Rencontres internationales sur l'impunité organisées par la CIJ à Genève en novembre 1992 (voir note No 1 ci-dessus).

22/ Telle est la solution proposée en El Salvador dans le cadre de la mise en oeuvre du plan ONUSAL. Voir à ce propos le rapport de la Commission de la vérité (S/25500, Annexe, chap. V, sect. I.D.a)).

23/ Voir les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985. Voir aussi les Principes de base relatifs au rôle du barreau et les Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane du 27 août au 7 septembre 1990.

24/ Sous le titre Para crear en Chili (Croire au Chili), une ONG chilienne, la Commission chilienne des droits de l'homme, en a publié une synthèse dans le cadre d'une campagne nationale d'éducation pour la vérité et les droits de l'homme.

25/ Louis Joinet, "Options pour la constitution, à partir des mécanismes existants, d'un tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie" (texte non publié).

26/ Voir aussi le document de travail présenté par S. Tchernichenko sur l'élaboration d'une déclaration reconnaissant comme un crime international les violations flagrantes et systématiques des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/1992/51).

27/ Pierre Truche, "Le crime contre l'humanité". Communication présentée au Séminaire de philosophie du droit organisé à Paris, le 2 décembre 1991, par l'Institut des hautes études sur la justice.

28/ Pour une synthèse, voir le bulletin No 1767, du 5 avril 1993 de l'agence Diffusion de l'information sur l'Amérique latine (DIAL).

29/ Nadine Marie-Schwartzberg, Le KGB, Paris, Presses universitaires de France, collection "Que sais-je ?", 1993. Au chapitre VI, on peut lire que des agents du KGB ont cherché à vendre à des éditeurs occidentaux des documents d'archives extrêmement précieux et que l'Agence fédérale de sécurité - qui a succédé pendant un bref laps de temps au KGB - a conclu un marché avec une société américaine qui projette de réaliser une série télévisée sur la base de dossiers ultrasecrets de l'ancien KGB. Le Service des renseignements extérieurs de Russie, quant à lui, organiserait une spéculation commerciale à partir d'une société-écran, l'Association des vétérans des services de renseignements (AVR).

30/ Commission interaméricaine des droits de l'homme, Rapport annuel 1985/86 (OEA/SER.L/V/II.68; doc.8, rev.1; 26 septembre 1986).

31/ Voir note 1/ ci-dessus.

32/ Voir aussi la Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 10; la Convention européenne des droits de l'homme, art. 6, par. 1; et la Convention africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 7.

33/ Voir Nicole Questiaux, "Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception" (E/CN.4/Sub.2/1982/15, par. 36 et suiv.).

34/ L'interdiction de l'emprisonnement pour dette n'est visée que par le Pacte (art. 11).

35/ Voir aussi la Convention européenne, art. 8, 9, 10 et 11; la Convention américaine, art. 12, 13, 15, 16, 22, 30; et la Charte africaine, art. 11 et 12.

36/ Voir Herbert R. Lottman, L'épuration (1943-1953), Paris, Editions Fayard, 1986, 534 pages. Voir notamment le chapitre III.

37/ Exemple du réseau Orden (Organización Democrática Nacionalista) fondé en 1963 à l'échelon de tout le territoire, avec des représentants dans chaque commune, canton et communauté, et totalisant au moins 50 000 membres. Voir à ce propos le rapport de la Commission de la vérité (S/25500, note 418).

38/ Cité par l'agence d'informations Diffusion de l'information sur l'Amérique latine (DIAL), Bulletin No 1678, Paris, 16 avril 1992.

39/ Le deuxième rapport intérimaire présenté par M. van Boven sur ce sujet porte la cote E/CN.4/Sub.2/1992/8.

40/ Olivier Russbach, "Le procès humanitaire", dans Actes No 67 et 68, Paris, 28 septembre 1989, p. 92 : "La meilleure garantie pour que les infractions au droit international public et humanitaire soient jugées est peut-être que les citoyens eux-mêmes invoquent, devant les juridictions qui leur sont accessibles, les dommages que leur causent de telles infractions et réclament la réparation de ces dommages".

41/ Servicio Paz y Justicia en América Latina (SERPAJ-AL), Bulletin No 26, avril-mai 1993, p. 3.