



## ENTRETIEN AVEC LOUIS JOINET

---

**Paru dans l'Annuaire de Justice transitionnelle 2015**

Réalisé par le Pr Jean-Pierre Massias et le Dr Magalie Besse en décembre 2014 et actualisé en juin 2015.

> **Jean-Pierre Massias**

**Vous avez été un précurseur de la Justice dite transitionnelle à travers votre fonction de rapporteur spécial chargé de rédiger un rapport sur la lutte contre l'impunité à l'ONU. Quelle est l'origine de cette initiative et comment en évaluez-vous l'évolution depuis que vous avez quitté vos fonctions et que vous avez publié aux éditions de La Découverte *Lutter contre l'impunité : Dix questions pour comprendre et pour agir* ?**

> **Louis Joinet**

Fin août 1991 à l'ONU à Genève, nous sommes à la veille de la clôture de la session de la Sous-Commission des droits de l'Homme dont j'étais membre en tant qu'expert indépendant. Je suis approché par quatre ONG : la FIDH (Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme), Amnesty International, la LIDLIP (Ligue internationale pour les Droits et la Libération des Peuples) et la CIJ (Commission Internationale de Juristes). Elles me demandent de présenter et soutenir un projet de résolution proposant la nomination d'un Rapporteur spécial sur la lutte contre l'impunité des auteurs des violations des droits civils et politiques. Après réflexion, j'ai décliné l'offre en faisant valoir qu'un tel mandat me semblait prématuré car il entrerait inévitablement en concurrence, voire en conflit de compétence, avec les mandats des rapporteurs spéciaux existants, qu'il s'agisse de mandats thématiques (Rapporteur spécial sur la torture, sur les exécutions sommaires...) ou géographiques (ex : Rapporteurs indépendants sur la situation des Droits de l'Homme dans tel ou tel pays, mandat que j'ai exercé de 2000 à 2007 en Haïti), car tous sont confrontés à des situations d'impunité.

J'ai en revanche suggéré qu'un tel rapporteur ait pour mandat de présenter des Principes directeurs à l'intention des États et des ONG pour les inciter à élaborer des stratégies convergentes de lutte contre l'impunité.

En effet, à un moment ou un autre de leur histoire, tous les États, même ceux qui s'estiment démocratiques, y compris la France - je pense à la guerre d'Algérie - sont ou ont été confrontés à ce problème. Cette proposition alternative a finalement été acceptée et la résolution adoptée. Selon la procédure applicable à l'ONU, le rapport, donc les Principes pour la lutte contre l'impunité, auraient dû être approuvés successivement par la Sous-Commission et la Commission des Droits de l'Homme, puis par le Conseil Economique et Social et, en dernière instance, par l'Assemblée générale. Or, plus on monte dans la hiérarchie décisionnelle des instances onusiennes, plus il y a de la « perte en ligne ». Le politique l'emportant progressivement sur le juridique, les textes en sortent souvent affadis. La question de l'impunité étant à l'époque très

politique, j'ai convaincu mes collègues de renoncer à l'onction de l'Assemblée Générale pour ne m'en tenir qu'à celle de la Commission des Droits l'Homme (devenue Conseil des Droits de l'Homme) pour limiter les risques d'affaiblissement du texte. J'avais en effet perçu dans les conversations de couloirs avec les délégations des États que ce rapport deviendrait, dans le contexte de la guerre froide finissante, une séquelle d'enjeu politique.

L'idée qui sous-tendait cette stratégie était que ces Principes directeurs deviennent la matrice d'un droit international coutumier de la lutte contre l'impunité et de son corollaire, la justice transitionnelle.

**“ J'avais en effet perçu dans les conversations de couloirs avec les délégations des États que ce rapport deviendrait, dans le contexte de la guerre froide une séquelle d'enjeu politique. ”**



> **Jean-Pierre Massias**

**À l'époque sentiez-vous des oppositions fortes ?**

> **Louis Joinet**

Oui, dès le début les réticences, pour ne pas dire les résistances, ont été d'abord d'ordre politique. N'oublions pas que si le mur de Berlin est tombé en 1989, l'évolution de l'URSS de Gorbatchev vers la Russie d'Eltsine a demandé près de dix longues années. Les oppositions les plus fortes sont d'abord venues de la délégation de transition russe que je qualifierais de soviéto-russe, puis plus modérément de la Chine et progressivement de certains pays du monde arabe. Les démocraties occidentales, quant à elles, y com-

pris les États-Unis n'ont fait preuve que d'un appui mitigé. Même réaction de la France, du moins au tout début, de crainte de réactualiser le drame de la guerre d'Algérie.

Lorsque l'année suivante (1992) j'ai présenté un rapport préliminaire sur les stratégies envisageables de lutte contre l'impunité, suivi en 1993 du rapport définitif qui commença à évoquer la Justice transitionnelle, des oppositions encore plus vives se sont manifestées.

Certaines délégations ont interprété le mandat avec une mauvaise foi évidente liée à la guerre froide finissante que je viens d'évoquer. Elles s'opposèrent à cette initiative au motif, soutenaient-elles, qu'elle allait consacrer une primauté inadmissible des droits civils et politiques au détriment des droits économiques et sociaux. Elles ont alors conditionné leur appui à l'exigence de la désignation d'un Rapporteur distinct, en charge de la lutte contre l'impunité des auteurs de violations des droits économiques et sociaux.

Il s'en est suivi des discussions tendues au terme desquelles j'ai fait valoir à mon principal contradicteur, l'expert soviétique Sofinski, que la défense de ces deux catégories de droits implique des stratégies qui ne sont pas nécessairement les mêmes, notamment parce que les premiers sont des droits « justiciables », c'est-à-dire dont la violation est susceptible de sanctions en justice, ce qui n'est pas le cas des droits économiques et sociaux.

Pour tenter de le convaincre, j'avais pris pour exemple un conflit de la terre auquel j'avais été confronté lors d'une mission d'Amnesty international dans l'Araguaia

(Nord du Brésil), conflit provoqué par un détournement de la réforme agraire conquise de haute lutte contre les latifondiaires. J'en avais tiré l'enseignement suivant : si prima facie un tel conflit relève effectivement des droits économiques et sociaux, je notais, lors de mes contacts avec les paysans emprisonnés que c'est en s'appuyant sur la lutte pour l'exercice de leurs droits civils et politiques - et nombres d'entre eux avaient été persécutés pour cela au péril de leur vie - qu'ils avaient récupéré leurs terres. J'ai également constaté par la suite qu'ils durent continuer la lutte contre l'exécutif avec les mêmes moyens juridiques pour conserver ces acquis économiques car, lors de la mise en œuvre de ses réformes, l'État a trop souvent tendance à reprendre de la main droite ce qu'il a concédé de la main gauche.

Finalement, après de longues discussions, un compromis a été trouvé pour que soient rédigés deux rapports distincts. J'ai été chargé de la rédaction du premier tandis que celui relatif aux droits économiques et sociaux a été confié à mon collègue sénégalais El Hadj Guissé.

> **Jean-Pierre Massias**

**Quelle a été la base de votre rapport ?**

> **Louis Joinet**

Les grands axes de la lutte contre l'impunité, préconisés dans mon rapport, ont pour origine l'expérience de terrain acquise tout au long des luttes menées sous la dictature militaire brésilienne (1964/1985) lorsqu'a commencé, au début des années 80, l'amorce d'un processus transitionnel vers la démocratie.

La dictature commençant à fléchir, il devenait possible d'en accélérer la chute. Difficulté : l'opposition au régime était politiquement très divisée, éparpillée entre le PCB, le PCD-DO, le PCBR, AP-ML... incarnant des courants pro-soviétiques, pro-maoïstes, pro-castristes, ou catholiques progressistes inspirés de la théologie de la libération.

Ces divisions étaient un boulevard pour la dictature. Il fallait sinon les unifier, tâche impossible tant les divergences étaient exacerbées, à tout le moins s'ef-

forcer de les faire converger. J'avais un grand ami à la fibre démocrate, Miguel Arraes, ancien gouverneur de Pernambuco respecté de tous, que nous avions soutenu lorsque, persécuté dans son pays, la France lui avait refusé l'asile politique, ce qui l'avait contraint à se réfugier... en Algérie !

Lors d'une rencontre à l'ONU, à Genève, nous avons eu une longue discussion sur le thème « Que faire pour que tous ces mouvements convergent afin d'accélérer la transition vers le retour de la démocratie ? ». C'est à cette occasion qu'a été retenu le thème mobilisateur « Amnistie pour tous les prisonniers politiques ». Nous avons contacté la fondation Lelio Basso à Rome, dont j'étais membre, et avons organisé sur ce sujet un colloque de haut niveau au Parlement italien. Furent conviés nombre de brésiliens et leurs leaders en exil quelle que soit leur appartenance politique.

**“ Les grands axes de la lutte contre l'impunité, préconisés dans mon rapport, ont pour origine l'expérience de terrain acquise tout au long des luttes menées sous la dictature brésilienne [...] ”**

Qui aurait pu être contre ce maître mot de libération des prisonniers politiques ! Si bien que toutes les oppositions ont soutenu cette initiative, ce qui a permis de créer, d'abord à l'international puis ultérieurement au plan national, un front unifié de transition contre la dictature.

Désigné comme Rapporteur général du colloque, le rapport a servi de base à mon futur rapport sur la lutte contre l'impunité. Il fut d'autant mieux accepté par les militants brésiliens de toutes tendances que je l'avais rédigé à partir d'expériences de militants de terrains et non de juristes à la manière universitaire. Puis l'idée est venue de mobiliser l'opinion à l'intérieur même du pays à partir du rapport, ce qui a permis là encore de renforcer sur place ce front uni pour la transition.

Le jour de la présentation du rapport à San Paolo, dernier soubresaut autoritaire de la dictature, la police a interdit la réunion. La grande Ruth Escobar, militante progressiste, comédienne et directrice de l'un des plus importants théâtres de San Paolo, est venue à notre secours. Elle a annulé

la représentation prévue en soirée pour nous accueillir en demandant aux spectateurs de renoncer à la représentation par solidarité.

Ils ont accepté ! Merci Ruth !

Sous la pression de ces mobilisations, la dictature, sentant que le vent commençait à tourner, a initié un processus d'auto-amnistie dans le but de se blanchir préventivement. Ce revirement nous a contraints à prendre un virage à 180 degrés. De la lutte pour l'amnistie en faveur des prisonniers politiques, nous avons dû nous mobiliser contre l'amnistie manipulée en faveur... des militaires violateurs et donc détecter les artifices et manipulations juridiques imaginés par des juristes galonnés qui s'efforçaient de mettre à profit le flou de la transition pour organiser leur impunité.

C'est l'inventaire critique de ces manipulations du droit (obéissance due, abus des effets de la prescription, de l'amnistie...) qui a servi de matrice à mon rapport.

**“ Désigné comme Rapporteur général du colloque, le rapport a servi de base à mon futur rapport sur la lutte contre l'impunité. ”**



> **Jean-Pierre Massias**

**Finalement, avec le recul que vous avez par rapport à la période à laquelle vous avez déposé ce rapport, quel bilan faites-vous et quel regard portez-vous sur la situation de l'impunité aujourd'hui ?**

> **Louis Joinet**

Les Principes énoncés dans le Rapport ont permis d'acculturer le concept de lutte contre l'impunité dans le droit international des droits de l'Homme. Au départ, l'idée était d'inciter les États, tout autant que les ONG d'ailleurs auxquelles les Principes s'adressent conjointement, à élaborer des stratégies convergentes. Finalement, pari réussi. Progressivement, ces Principes (communément appelés « Les Principes Joinet ») ont inspiré au plan international, tant la doctrine que la jurisprudence, voire même des législations internes (cf. la loi organique tunisienne du 24 décembre 2013 relative à la justice transitionnelle ou l'étude de l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) sur Les processus de transition, justice, vérité et réconciliation dans l'espace francophone coordonnée par notre regrettée Martine Anstett qui, fonctionnaire à l'ONU à l'époque, m'avait assisté dans la rédaction des Principes). Quant aux ONG, je tiens à souligner le rôle de pionnier joué par la juriste Priscilla Hayner, cofondatrice de l'ICTJ (International Center for Transitional Justice).

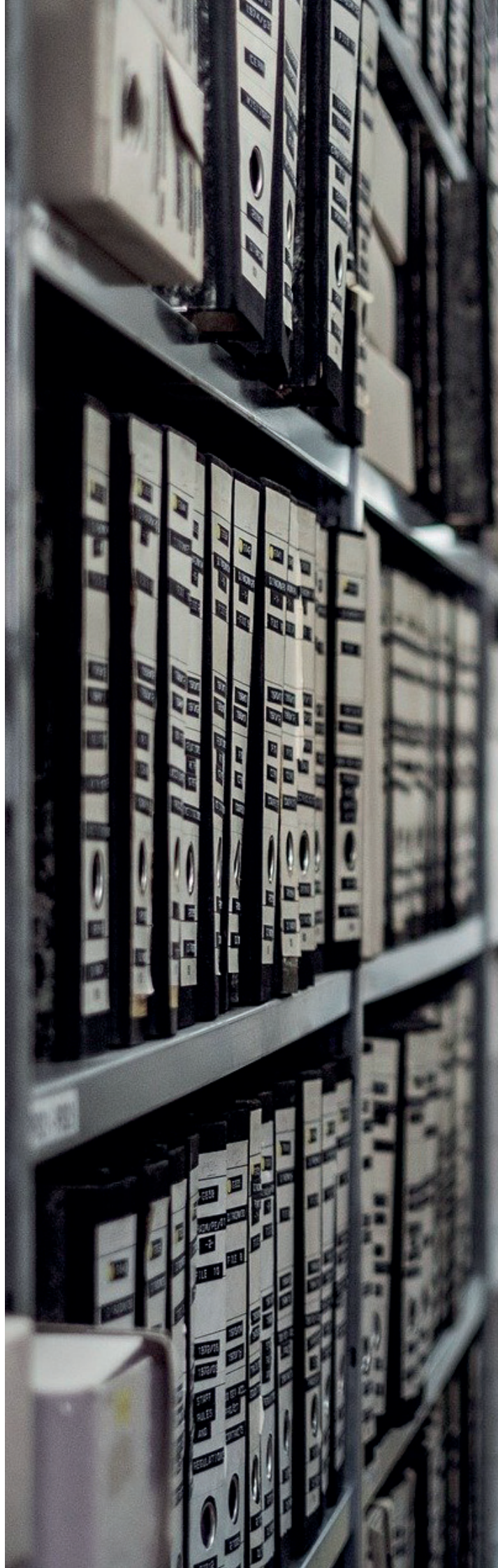
Le rapport a en outre permis de prendre conscience de l'importance de la préservation et de l'utilisation des archives dans la lutte contre l'impunité tant droit à la mémoire et droit à la vérité sont intimement liés, les archives étant leur matière grise, ainsi que le soulignent :

❖ **Les Principes 13 à 17 du Rapport, concernant la « Préservation et l'accès aux archives »**

❖ **Et surtout le Principe 3 consacré au devoir de mémoire de l'État :**



*La connaissance par un Peuple de l'histoire de son oppression appartient à son patrimoine et, comme telle doit être préservée par des mesures appropriées au nom du devoir de mémoire qui incombe à l'État. Ces mesures ont pour but de préserver de l'oubli la mémoire collective, notamment pour se prémunir contre le développement de thèses révisionnistes et négationnistes.*



Inspiré de ce Principe, l'article 5 de la loi organique précitée dispose que « La préservation de la mémoire nationale est un droit garanti à l'ensemble des générations successives de tunisiennes et de tunisiens, et un devoir confié à l'État et à toutes les institutions qui en dépendent ou celles qui sont sous sa tutelle, l'objectif étant d'en tirer les enseignements et de perpétuer le souvenir des victimes ».

C'est dans ce contexte que la partie du Rapport consacrée au rôle des archives dans la lutte contre l'impunité a retenu l'attention du Conseil International des Archivistes aux activités duquel j'ai été associé (colloque aux Nations Unies à Genève sur le thème « Archives et Droits de l'homme : traiter le passé et préparer le futur », le 11 décembre 2006 à Lyon sur « Archives, Justice et Droits de l'Homme » ou encore à Buenos Aires avec l'ONG Memoria abierta. Finalement, ce n'est qu'au terme de cette longue période d'acculturation qu'a pu être envisagée la nomination d'un Rapporteur spécial dont le premier titulaire a été le Colombien Pablo de Greff. Je me souviens qu'au cours de la négociation de son mandat est apparu un point de désaccord avec la délégation argentine. Était en cause le droit à la vérité. Mon rapport propose une stratégie de lutte contre l'impunité reposant sur quatre piliers : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à

**“ Mon rapport propose une stratégie de lutte contre l'impunité reposant sur quatre piliers : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à réparation et le droit au non renouvellement des violations. ”**

réparation et le droit au non renouvellement des violations. Or mes amis argentins souhaitaient substituer à l'expression « droit de savoir » l'expression « droit à la vérité ».

J'ai fait valoir que, lors des consultations auxquelles j'avais procédé au début de mes travaux, la question des disparitions forcées était devenue centrale suite à la chute progressive des dictatures latino-américaines.

Les familles ne parlaient que du « droit de savoir » (Où sont-ils - donde estan ? - Que s'est-il passé ?...) tandis que le droit à la vérité, plus rigoureux, implique que soient réunies des preuves. Or c'est précisément le rôle de la justice que de les réunir pour établir la vérité.

J'ai donc pensé à cette époque que le droit à la vérité relevait plus du deu-

xième pilier (droit à la justice) que du premier (droit de savoir). Cet excès de cartésianisme de ma part - je le reconnais bien volontiers - compliquant le processus en cours, je me suis finalement rallié au concept de « droit à la vérité ».

C'est la raison pour laquelle le mandat du Rapporteur spécial, reprenant à un mot près les quatre piliers du rapport, est intitulé : Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, la justice, le droit à réparation et la garantie de non répétition.

#### > Jean-Pierre Massias

**Pensez-vous que l'impunité a régressé depuis cette période ?**

#### > Louis Joinet

Que vous dire ? La situation créée par Daesh n'est certes pas - ou pas encore - aussi grave que la Shoa ou - ne l'oublions pas - que les crimes d'État commis des décennies durant par le régime stalinien, en particulier lors de la « Grande terreur » avec ses quelques 2 millions de citoyens arrêtés, persécutés, torturés, psychiatisés, déportés dans des goulags, exécutés sommairement au terme d'une comédie de procès ou tout simplement morts de faim : 6 à 8 millions de morts lors des famines provoquées au début des années trente... Certes, comparaison n'est pas raison, mais enfin...!

Ce qui est nouveau est la nécessité de prendre cons-

science de l'exigence d'adapter à l'ère nouvelle les pratiques de défense et de promotion des droits de l'Homme et de lutte contre l'impunité encore très connotée par l'après-guerre froide. Nous devons désormais faire également face à des violations d'une violence de masse extrême, qui plus est d'origine non étatique.

Je ne me vois pas, par exemple, si j'étais Rapporteur spécial sur la lutte contre l'impunité, me rendre à Daesh pour enquêter sans être pris en otage puis assassiné à une époque où même les humanitaires se font tuer.

> **Jean-Pierre Massias**

**Pour vous, l'intensité contemporaine de la violation des droits de l'Homme montre-t-elle les limites de la justice transitionnelle et même de la justice internationale ?**

> **Louis Joinet**

Je ne pense pas que l'on puisse classer la justice transitionnelle et la justice internationale dans une catégorie commune, sauf à considérer les quelques cas dans lesquels la justice internationale a servi d'étape transitionnelle, le temps que la justice nationale prenne le relais avec les garanties d'un État de droit. (exemple des tribunaux internationaux géographiques sur l'ex-Yougoslavie ou le Rwanda). En réalité, ces tribunaux à compétence géographique ont été institués pour apporter - dans l'urgence - une réponse à la commission de crimes de masse commis dans ces deux pays, dans l'attente tant souhaitée mais constamment différée à l'époque, de la création de l'actuelle Cour pénale internationale.

La justice internationale a par ailleurs ses limites, avec ses lenteurs extrêmes qui constituent l'une des principales critiques dont elle est l'objet, lenteurs fréquemment liées - de mon point de vue - à la prédominance du caractère accusatoire et non inquisitoire de la procédure anglo-saxonne. Il reste que quand la justice faillit à sa tâche et que tourne la roue de l'histoire, les historiens finissent toujours par prendre le relais des juges défaillants ainsi qu'en attestent les récents débats provoqués par la commémoration du centenaire de ce crime de masse que fut le génocide arménien.

**“ Je ne pense pas que l'on puisse classer la justice transitionnelle et la justice internationale dans une catégorie commune. ”**



> **Jean-Pierre Massias**

**La transition démocratique est une période complexe, très chaotique. À votre avis, quelles priorités pour la justice transitionnelle faut-il privilégier : le droit de savoir, les réparations, les sanctions ? Faut-il y répondre simultanément ou établir un séquençement ?**

> **Louis Joinet**

Une remarque préalable d'ordre méthodologique. La justice transitionnelle n'est pas un « en soi » mais un sous-ensemble - celui de l'administration de la justice - constituant l'une des composantes d'un processus de transition politique globale.

Sont en effet également concernés, outre le pouvoir judiciaire, les pouvoirs exécutif et législatif. D'où ma préférence pour l'expression plus large de « processus transitionnel » plutôt que celle, pour le moins réductrice, de « justice transitionnelle ».

En termes de priorités, un tel processus est effectivement rapidement confronté - ainsi que je viens de le souligner - à trois fortes demandes sociales : le droit de savoir (alias droit à la vérité), le droit à la justice et le droit à réparation. Or, la réponse à apporter à ces trois demandes est étroitement liée à l'administration de la justice provisoirement défaillante, d'où l'importance de la justice transitionnelle pour pallier

**“ Le justice transitionnelle n'est pas un « en soi » mais un sous-ensemble [...] constituant l'une des composantes d'un processus de transition politique globale. ”**

ces déficiences lorsque s'amorce un tel processus.

La première priorité est - je le souligne à nouveau - de répondre au besoin qu'a la société de « savoir », avant même que ne passe la justice. D'où l'importance de

la création, dans un premier temps, de Commissions non judiciaires d'enquête dites « Commissions Vérité-Réconciliation » (Principes 5 à 12). Puis une haute priorité doit ensuite être donnée à la réforme de la justice pour qu'elle soit en mesure de prendre le relais de la justice transitionnelle. Encore faut-il qu'une fois la justice restaurée,

les lois dont héritent les juges ne demeurent pas une cause majeure d'impunité.

Voici, tirées de mon expérience, quelques-unes des solutions transitionnelles faisant appel à la théorie « des garanties de substitution » auxquelles nous avons eu recours pour faire face à ces situations dans l'attente espérée du retour à l'État de droit.

## PREMIÈRE DIFFICULTÉ

**Que faire lorsque le nouveau pouvoir hérite d'un appareil judiciaire inopérant ?**

Au Timor par exemple, lors du départ des troupes indonésiennes d'occupation, j'ai constaté, au cours d'une mission du PNUD sur la reconstruction de la justice, que toutes les infrastructures judiciaires avaient été sabotées (palais de justices vandalisés voire incendiés, archives judiciaires, état civil, cadastre détruits...). En ce qui concerne l'état civil, il fallut, à titre provisoire, le reconstituer sommairement à partir des registres paroissiaux de baptême, de mariage et de décès qui, curieusement, avaient été négligés par les vandales. Quant au cadastre, il n'y eut d'autre solution, là encore provisoire, que d'admettre un régime de preuve par tous moyens pour le reconstituer façon puzzle.

Autre exemple : en Haïti, de nombreux commissariats et prisons avaient été saccagés en réaction au départ « forcé », pour ne pas dire « à l'exfiltration » vers les États Unis, du Président Aristide. Les standards internationaux concernant, par exemple, la garde à vue et

la détention provisoire, étant de facto inapplicables faute de locaux légaux, leur strict respect aurait été contraire au principe « d'effectivité de l'application de la loi ». Il fallut donc, là encore à titre transitoire, réquisitionner provisoirement des locaux dont ce n'était pas légalement la destination (gymnase, parkings souterrains etc...) en faisant application de la théorie précitée « des garanties de substitution » dites aussi « garanties d'équivalence », c'est-à-dire, en l'espèce, à assortir ces réquisitions des quatre garanties minimales suivantes :

- Que la liste de ces locaux soit rendue publique par médias interposés ;
- Qu'un responsable soit désigné par un écrit fixant avec précision son mandat ;
- Qu'un registre des détenus soit tenu à jour ;
- Que ces locaux soient accessibles à des mesures de contrôles à déterminer.



## DEUXIÈME DIFFICULTÉ

**Que faire si le personnel judiciaire est inexistant ?**

Sous la dictature indonésienne, les timorais étaient interdits d'accès à la magistrature. Après l'indépendance, les tribunaux - ou ce qu'il en restait - se sont donc retrouvés du jour au lendemain sans juges ni procureurs alors que la vie continuait avec ses actes de délinquance à poursuivre et ses litiges à juger en matière civile. Il fallut donc, dès le début, assurer un minimum de continuité de l'administration de la justice. D'où le recours, à titre transitoire, à un programme de formation accélérée d'étudiants en droit combiné à un échevinage faisant temporairement appel à des juristes étrangers siégeant à titre de juges-formateurs dans les juridictions nationales pour consolider la transition.

## TROISIÈME DIFFICULTÉ

**Que faire lorsque le nombre de personnes à juger est tel qu'il n'est pas possible de les juger dans le strict respect des normes internationales (droit à un procès équitable, exigence d'un délai raisonnable, etc.) ?**

Tel fut le cas au Rwanda. D'où le recours à des formes transitoires d'administration de la justice en faisant appel à des juridictions coutumières, les gacacas, bien qu'elles ne fussent pas rigoureusement conformes, en de nombreux points, aux standards internationaux. Mais dans une telle situation de crise j'estime que mieux vaut une justice imparfaite qu'un déni de justice.

## QUATRIÈME DIFFICULTÉ

**Que faire pour concilier le principe d'inamovibilité des juges lorsque s'imposent des opérations de vetting ou de lustration ?**

Dans un État de droit, le principe de l'inamovibilité des juges, en tant que garant de leur indépendance, est intangible. Peut-il en être de même lorsqu'il s'agit de rendre la justice en période transitionnelle sans courir le risque - les mêmes causes produisant les mêmes effets - de voir se développer une jurisprudence de rejet du changement sous l'influence réactive des juges in-féodés à l'ancien régime ?



Comment concilier inamovibilité et épuration, pour appeler les choses par leur nom ? L'une des solutions - peu satisfaisante j'en conviens, mais y en a-t-il d'autres...? - s'inspire du principe issu du droit romain dit « du parallélisme des formes » selon lequel tout acte administratif devant être pris selon un certain formalisme, il ne peut être défait que par un acte respectant les mêmes formes. En d'autres termes, les juges qui ont été nommés dans la forme légale du temps de l'État

de droit peuvent être maintenus dans leurs fonctions. En revanche ceux qui ont été nommés postérieurement, illégitimement, autoritairement, voire sous serment de facto ou de jure d'allégeance, c'est-à-dire investis par « un fait du prince », peuvent être démis d'autorité au nom du parallélisme des formes, quitte à être réintégrés, garanties à l'appui, après enquête au cas par cas sur leur comportement sous l'emprise du régime autoritaire illégitime.

### > Jean-Pierre Massias

#### Qu'entendez-vous par légalité transitionnelle ?

### > Louis Joinet

La Justice transitionnelle doit toujours être resituée dans le contexte de son corrolaire, la légalité transitionnelle. Dans un tout premier temps la justice transitionnelle est presque toujours astreinte à appliquer la législation de l'opresseur - souvent

injuste voire liberticide - faute d'existence d'un Parlement apte à abroger cette législation et à promouvoir la loi nouvelle. Dans cette attente, pour neutraliser ces législations liberticides, il peut être procédé comme suit.

#### Première étape

Une première étape est dite « abrogationniste ». Elle consiste en l'abrogation, tout d'abord par décret ou autre acte réglementaire, des principales lois liberticides et juridictions d'exception, voire de la peine capitale, quitte à valider certaines de ces abrogations ultérieurement lorsqu'est restauré le pouvoir législatif. Cette phase est prioritaire pour éviter que s'organisent les lobbies hostiles à la transition.

#### Deuxième étape

La deuxième étape vise à neutraliser ces primes à l'impunité que sont la prescription et l'amnistie en interprétant la loi nationale à la lumière des normes internationales et de leur évolution récente.

Sur la prescription, on constate, à la lumière de cette évolution, le développement en droit international de mécanismes tendant à l'imprescriptibilité des crimes de masse (crimes contre l'humanité, crimes de guerre, infractions graves aux Conventions de Genève, statut de Rome...). Que faire en attendant que le législateur soit en mesure de consacrer cette évolution dans la nouvelle loi interne ? C'est là que prend - ou en tout cas devrait prendre - toute sa place la jurisprudence transitionnelle, c'est-à-dire l'interprétation de la loi encore inchangée à la lumière des principes et valeurs des normes internationales pour combler les lacunes les plus criantes en attendant que devienne opérationnel le législateur.

On citera parmi ces « antidotes » jurisprudentiels à la prescription, celui inspiré par l'originalité de la jurisprudence sur les disparitions forcées initiée par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme et reprise depuis

dans certaines législations nationales avant de l'être dans la Convention internationale de l'ONU contre les disparitions forcées.

La Cour qualifie ces violations de « crimes continus ». Autrement dit, la prescription ne peut courir que du jour où le cas est élucidé. Cela signifie, par exemple, que si une personne a été portée disparue en mai 1980 et que son corps n'a été retrouvé et identifié qu'en mars 1992, la prescription ne commencera à courir qu'à compter de cette dernière date.

En outre, même à compter de cette date, le départ de la prescription peut encore être retardé, à titre transitionnel, de la durée correspondant à la période pendant laquelle les conditions d'un procès équitable ne sont pas encore réunies, c'est-à-dire tant que la justice ne présente pas de garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance.

La question de l'amnistie est plus délicate car elle est d'ordre politique plus que juridique, lorsque se manifeste légitimement l'aspiration à la réconciliation. Certes, cette dernière est fondamentale mais pas à n'importe quel prix. C'est là que réside la principale difficulté.

On ne peut admettre sous prétexte qu'il s'agit d'un processus transitionnel, - ne serait-ce que par respect pour les victimes - que des auteurs de crimes contre l'humanité puissent bénéficier d'une amnistie. Il existe

toutefois une exception, celle de la voie transitionnelle empruntée par l'Afrique du Sud sur la base de la Convention sur l'élimination de l'apartheid du 30 novembre 1973, bien qu'elle le qualifie de « crime contre l'humanité ». Cette réconciliation a été rendue possible parce que les auteurs de ces violations graves ont dû faire acte de repentance - qui plus est en audiences publiques retransmises par les médias - ce qui a permis de « lire la page avant de la tourner ».

### Troisième étape

La troisième étape pose le délicat problème, évoqué ci-dessus, de la légalité future qui viendra prendre le relais des lois liberticides ou d'exception. En l'absence d'un législateur, les autorités de transition sont le plus souvent obligées - nous venons de le souligner - de « légiférer » par décrets ou actes assimilés. Faute de Parlement, une garantie de substitution consiste à prendre ces décrets dans la transparence donc, autant que faire se peut, en procédant à de larges consultations de la société civile organisée (associations, ONG, Églises etc.) jouant transitionnellement le rôle d'une sorte de « Parlement citoyen de facto ».

Vient ensuite, en sortie de crise, l'opération « légalisation » par le Parlement nouvellement et démocratiquement élu des décrets maintenus. La solution la plus conforme à un État de droit voudrait que le Parlement procède à cette régularisation décret par décret, comme s'il s'agissait à chaque fois de débattre d'une loi nouvelle.

Inconvénient : cette procédure requiert de très longs délais. alors que l'opinion demande des signes ra-

pides de changement. Dans ce cas, la moins mauvaise solution me paraît être le recours à la technique dite des lois de validation qui régularisent l'ensemble des textes listés comme ne posant pas de graves questions de principe. Cette option permet un gain de temps appréciable tout en conservant, au plan parlementaire, un minimum d'équivalence de garanties. C'est la solution finalement appliquée à titre transitionnel en France en 1944 à la Libération.



> **Jean-Pierre Massias**

**Qu'entendez-vous « jurisprudence transitionnelle » ?**

> **Louis Joinet**

Il est rare, ainsi que nous venons de le souligner, que la loi scélérate puisse être changée à bref délai. Raison la plus fréquente : le temps, souvent fort long, nécessaire à la mise en place d'un processus électoral permettant d'aboutir à l'élection d'un Parlement apte à légiférer (près de trois ans au cours de mon mandat en Haïti) alors que la volonté du corps social comme acteur du changement doit être prise. D'où l'importance du thème « L'État et le droit dans un régime de transition » et l'intérêt de sensibiliser sur ce sujet universitaires, juges et avocats pour qu'ils se familiarisent et trouvent des modalités imaginatives d'interprétation transitionnelle de la loi antérieure tant qu'elle demeure applicable. Il importe dans ce cas, dans un souci d'homogénéité, de prendre comme référent la norme internationale pour

**“ Il est rare, ainsi que nous venon de le souligner, que la loi scélérate puisse être changée à bref délai. ”**

éviter que la fluctuation des interprétations n'engendre l'insécurité juridique au lieu de la surmonter.

Mais qu'en est-il si le pays qui est engagé dans une période de transition n'est pas lié par des instruments internationaux ratifiés auxquels se référer ? Rappelons que, si les conventions internationales n'ont un effet contraignant qu'à l'égard des États parties qui les ont ratifiées, elles conservent un effet déclaratif à l'égard de ceux qui ne les ont pas (encore) ratifiées. Cela signifie que le juge peut s'en inspirer légitimement (effet déclaratif) à défaut de le faire légalement et pratiquer ainsi une sorte d'interprétation alternative ou plus exactement une « jurisprudence transitionnelle » qui tend, à la lumière de la norme internationale, à interpréter la loi antérieure encore applicable dans le sens de la légalité future.



> **Jean-Pierre Massias**

**En conclusion, peut-on en déduire qu'il existe des « Principes et standards internationaux de la Justice transitionnelle » ?**

> **Louis Joinet**

Au gré des soubresauts de l'histoire, on constate que les initiatives prises au titre de la justice transitionnelle sont de plus en plus nombreuses et très diversifiées en raison des spécificités de chaque situation, tant dans le cadre de la lutte contre l'impunité que du rétablissement progressif de l'État de droit.

S'enrichissant mutuellement, leur sédimentation donne progressivement naissance à ce droit international coutumier souhaité lors de la rédaction des Principes, dont la trame repose - en l'état - sur les concepts opérationnels « d'équivalence de garanties » ou « de garanties de substitution ».

Il serait donc prématuré de soutenir qu'existent en l'état des « Principes et Standards » tant qu'une réponse n'aura pas été apportée à la question de fond mise en évidence par l'expérience : que faire lorsque, pour des raisons essentiellement pragmatiques (absence de lieux légaux de détention, tribunaux hors d'état de fonctionner...) et non par absence de volonté politique, il n'est de facto pas possible, au cours d'un processus de transition, de strictement respecter les standards internationaux applicables ?

Doit-on alors admettre une certaine flexibilité (droits indérogeables exceptés) quant à l'application desdits standards ou bien faut-il s'en tenir - en toutes circonstances - à leur stricte respect par intégrisme légaliste alors que l'institution judiciaire entièrement à reconstruire n'en a pas encore les moyens ?

De même qu'il existe des « états d'exception » réglementés par l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne pourrait-on admettre qu'existent parallèlement des « états de transition » dont la finalité serait la mise en place, à titre provisoire, des « garanties de substitution » précitées, sous réserve de mieux les structurer et de les assortir de restrictions adaptées pour limiter les risques de dérives et donc en baliser l'application rationetemporis sur la base du principe de proportionnalité. En d'autres termes, ces restrictions admissibles transitoirement auraient pour finalité non plus de limiter - comme dans les « états d'exception » - les risques de régression des droits et libertés fondamentaux, mais au contraire de les rétablir progressivement pour faciliter un retour graduel à l'État de droit. La question est à débattre !



Autre difficulté dans ces situations de transition : le pouvoir politique est constamment contraint de choisir entre l'idéalement souhaitable et le pratiquement possible, choix difficile mais constant, le pire étant l'immobilisme par excès de légalisme. « Summum jus, summa injuria » (trop de droit, trop d'injustice) disaient les Romains.

Ces mesures de transition ne sont admissibles - nous l'avons souligné - qu'à la double condition d'être strictement limitées dans le temps (principe de proportionnalité ratione temporis) et surtout de toujours tendre à ce que le pratiquement possible à un moment donné rejoigne progressivement l'idéalement souhaitable et non l'inverse (principe de l'effet utile). Cette règle d'interprétation, antidote de l'immobilisme, nous vient, elle aussi, du droit romain. Elle a été consacrée par Cicéron dans son *De officiis* par le cé-

**“ Ces mesures de transition ne sont admissibles qu'à la double condition d'être strictement limitées dans le temps [...] ”**

lèbre adage « Actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat » (l'acte doit être interprété de façon à lui donner vie plutôt que de le laisser sans effet).

Il serait donc prématuré d'énoncer des Principes et Standards que devrait respecter la justice transitionnelle car, stricto sensu, ils n'existent pas ou du moins pas encore. Le concept de

justice transitionnelle est d'apparition trop récente pour qu'il puisse être corseté dans une démarche normative. Il doit, notamment par la doctrine et le droit comparé, conserver toute sa créativité d'adaptation à chaque situation. De ce point de vue, la création de l'Annuaire francophone de justice transitionnelle apporte à cette question une réponse encourageante tout en contribuant opportunément à combler un espace en grande partie occupé par la littérature juridique anglo-saxonne.

