

LA JUSTICE DANS  
LES CONSTITUTIONS  
DE TRANSITION : RÉGIME  
DÉROGATOIRE OU JUSTICE  
D'EXCEPTION ?

L'EXEMPLE DE LA COMMISSION VÉRITÉ  
ET RÉCONCILIATION EN AFRIQUE DU SUD

Les relations entre la Justice et la Constitution, souvent appréhendées à travers l'organisation et la structure des trois pouvoirs, connaissent en période de transition des aménagements exceptionnels qui pourraient faire douter du rétablissement de l'État de droit ! Les régimes constitutionnels transitoires admettent en effet que l'établissement de la démocratie et du respect de la règle de droit puisse s'accompagner de dérogations aux nouvelles normes constitutionnelles qui les garantissent.

L'expérience de la commission sud-africaine Vérité et Réconciliation permet d'alimenter la réflexion sur le statut de ces dérogations : dans quelle mesure des entorses aux règles constitutionnelles nouvelles peuvent-elles être perpétrées au nom de la « justice » ? L'amnistie en constitue l'un des exemples les plus frappants : au lieu d'être jugés, les auteurs d'infractions les plus graves sont amnistiés par la confession de leurs crimes

commis durant la période troublée devant un organe indépendant ne relevant pas du pouvoir judiciaire. Cette étude n'a pas pour ambition de se prononcer sur le bien-fondé de ce processus, mais cherche à analyser les rapports qu'entretient ce phénomène dérogatoire avec la Constitution. S'agit-il simplement d'une modalité de la transition ? Ou ce phénomène consacre-t-il une justice d'exception ?

Dans le cadre de la commission Vérité et Réconciliation sud-africaine, ces interrogations peuvent être analysées à travers l'examen de trois questions. Comment ont été aménagées les structures constitutionnelles pour permettre à cette justice de transition de s'exercer ? Comment le respect des droits fondamentaux a-t-il pu être concilié avec ce contexte de transition ? Quelle incidence ces dispositions de transition ont-elles eue sur le respect de la hiérarchie des normes ?

## L'AMÉNAGEMENT DES STRUCTURES DE LA JUSTICE PAR LA CONSTITUTION

La création de la commission Vérité et Réconciliation (ci-après la Commission) remonte à la Constitution intérimaire de 1993<sup>1</sup> et à une loi de 1995<sup>2</sup>. Son utilité et sa raison d'être ne peuvent être comprises que dans le contexte de transition.

Le rôle principal de la Commission consiste à établir un panorama complet des faits et exactions commis durant la période d'apartheid, que ce soit par les autorités en place ou leurs opposants, et à contribuer au processus de réconciliation nationale. Sous ce vocable, trois missions sont identifiables. La première vise à constater les faits et à établir leur corrélation avec les violations portées aux droits fondamentaux. La deuxième consiste à évaluer les mesures à prendre pour réparer les violations commises et réhabiliter les victimes. La troisième est celle d'amnistie des faits en relation avec les événements politiques qui se sont déroulés entre le 1<sup>er</sup> mars 1960 et le 10 mai 1994. Ces missions furent confiées à trois comités différents.

La tâche de la Commission visait à établir une passerelle entre « réconciliation nationale » et établissement de l'État de droit dans le contexte de transition. Le choix du constituant, concrétisé par le législateur, a consisté à créer une structure indépendante du pouvoir judiciaire chargée d'établir la réalité des faits et d'en tirer les conséquences en accordant l'amnistie à celles et ceux qui accepte-

raient par leur témoignage de contribuer à cette mission considérée comme indispensable et prioritaire. L'amnistie n'a jamais été acceptée sous une forme générale et inconditionnelle ! Seule une amnistie juridique pouvait rendre justice aux victimes de l'apartheid : elle n'a été accordée qu'en échange de la vérité comme contrepartie d'une forme de réparation morale.

### *Nature juridique de la commission Vérité et Réconciliation*

L'article 3 de la loi n° 34 de 1995 de promotion de l'unité et de la réconciliation nationale définit les missions de la Commission : elle doit établir une image aussi complète que possible des causes, de la nature et de l'ampleur des violations massives des droits de l'homme commises durant la période allant du 1<sup>er</sup> mars 1960 à la date limite<sup>3</sup>. A cet effet, la Commission doit prendre en considération le point de vue des victimes ainsi que les motivations et points de vue des personnes responsables de ces violations. La Commission est également chargée de mettre en œuvre le processus d'octroi de l'amnistie aux personnes qui révéleront complètement les faits reliés aux actes commis en relation avec un objectif politique et qui satisferont aux conditions fixées par cette loi. Elle est également chargée d'établir et de faire connaître le destin des victimes et de restaurer leur dignité humaine et civile en leur offrant la possibilité de s'exprimer personnellement et faisant des recommandations quant aux mesures de

160

1. Loi n° 200 de 1993, sous la forme d'un addendum.

2. Loi n° 34 de 1995 dénommée loi d'unité et de réconciliation nationale ; cette loi a fait l'objet de plusieurs amendements d'ordre technique.

3. Initialement fixée au 6 décembre 1993, cette date limite fut étendue au 10 mai 1994.

réparation qui pourraient leur être octroyées. Enfin, elle est chargée d'établir un rapport général aussi complet que possible des activités et constats qu'elle aura pu faire dans ces missions et qui contiendra ses recommandations sur les mesures à prendre pour prévenir de futures violations des droits de l'homme.

Trois comités ont ainsi été créés : le Comité sur la violation des droits de l'homme chargé d'établir le rapport général, le Comité de réparation et de réhabilitation chargé de formuler des recommandations sur les réparations à accorder aux victimes et le Comité chargé de l'amnistie.

Si la nature juridique de la Commission reste indéterminée, tant la composition du Comité d'amnistie que ses principes et méthodes de fonctionnement participent à l'exercice de la fonction judiciaire.

### *Composition de la Commission*

17 commissaires furent nommés le 29 novembre 1995 auprès de la Commission après un processus de sélection opéré dans la transparence, choisis pour leur indépendance, leur engagement en faveur des droits de l'homme et leurs compétences (médicales, historiques, juridiques...). Le Comité d'amnistie fut rendu presque indépendant du reste de la Commission. Il comporte 19 membres qui sont tous des juristes spécialisés, comme n'importe quelle juridiction supérieure. Seuls deux de ses membres font partie de la Commission. Le Comité d'amnistie apparaît donc structurellement autonome par rapport aux autres.

### *Mécanismes et procédures*

Les mécanismes et procédures applicables aux demandes d'amnistie devaient indiquer clairement l'acte et les motifs

pour lesquels celle-ci était demandée. A l'issue du délai limite de dépôt des demandes, les dossiers furent entièrement analysés et répartis en trois groupes : ceux relevant de la catégorie des « affaires devant faire l'objet d'une audience publique et contradictoire » ceux relevant de la catégorie des « affaires devant faire l'objet d'une audience en chambre restreinte », ceux qui « *a priori* ne répondaient pas aux exigences fixées par la loi en matière d'amnistie » parce que ne remplissant pas les conditions.

Cette phase révèle des traits communs à ceux d'une juridiction. La contradiction fut respectée et la recherche de preuves systématiquement entreprise. Les agents du Comité aidèrent les demandeurs à compléter leur dossier et identifièrent les victimes pour leur permettre de s'exprimer. Les deux autres Comités ainsi que les organes spéciaux ont apporté leur concours en fournissant au Comité d'amnistie tous les faits et preuves pouvant être reliés à de telles demandes.

La deuxième phase de la procédure concernait le « contrôle de qualité » des demandes. Trois voies étaient offertes : irrecevabilité, recevabilité et examen de la demande sans audience publique, recevabilité et examen de la demande avec audience publique et contradictoire. La distinction entre les demandes recevables reposait uniquement sur le degré et la gravité de la violation des droits fondamentaux. Ce critère peut apparaître flou, mais repose en réalité sur une définition claire de la violation grave des droits de l'homme précisée dans la loi.

La troisième phase de la procédure consistait à organiser une audience publique et contradictoire afin de déterminer si les faits rentraient dans le champ

d'application de la loi. Les règles de procédure et notamment l'instauration de délais de convocation et de réponse, le respect de l'égalité des armes, du principe du contradictoire, de la présence des parties à l'audience...<sup>4</sup> réunissent les caractéristiques d'un procès pénal.

Ces aspects de l'amnistie résultent des directives constitutionnelles. L'idée que la procédure doit respecter les droits des victimes repose sur un désir clair des constituants de conférer au processus un double caractère : incitatif à la révélation de la vérité pour les auteurs de violations ; réparateur pour les victimes.

162

#### *Définition des faits et infractions ouvrant droit à l'amnistie*

Le processus sud-africain se singularise par une définition claire des faits ouvrant droit à amnistie et la nécessité de remplir certaines conditions pour pouvoir en bénéficier. La Constitution de 1993 l'a limitée aux faits, omissions ou infractions associés à des objectifs politiques et commis dans le cadre des conflits de l'époque de l'apartheid. Cette définition écarte toutes les infractions de droit commun sans relation avec un objectif politique<sup>5</sup>. La loi précise que l'amnistie ne peut être accordée que si trois conditions sont réunies : la demande doit satisfaire les conditions fixées par la loi ; l'acte doit avoir été commis en relation avec un objectif politique tel qu'il est défini par

la loi durant la période de référence ; le demandeur doit avoir révélé complètement la vérité. En revanche ce même texte précise les critères permettant d'identifier les bénéficiaires de l'amnistie ainsi que les conditions d'appréciation du mobile politique de l'acte pour lequel l'amnistie est demandée.

Plusieurs remarques s'imposent. D'une part, les bénéficiaires des demandes d'amnistie peuvent aussi bien être rangés parmi les représentants des mouvements de libération que parmi les membres de l'appareil d'État de l'ancien régime. D'autre part, la loi indique clairement que l'amnistie ne peut être octroyée que pour un objectif politique exclusif : il ne peut y avoir d'amnistie lorsque l'acte a été commis afin d'en retirer un bénéfice personnel, que le demandeur ait agi de mauvaise foi ou encore dans l'intention de nuire personnellement à la victime et non pour le symbole qu'elle représentait. A cela s'ajoute le fait que le Comité peut refuser d'accorder l'amnistie si le demandeur ne reconnaît pas sa culpabilité pour les faits qu'il invoque.

Si le motif politique demeure un élément central du débat, son contenu a été traduit en termes purement juridiques par la Constitution et la loi pour permettre une analyse rationnelle et organisée d'un processus qui ne l'est pas ! Cet objectif a été atteint si l'on considère le

4. Cette présence peut paraître naturelle. Elle représentait cependant en pratique souvent un défi pour le Comité car celui-ci était obligé de se déplacer et de tenir les audiences sur place s'il voulait que les victimes puissent être présentes. Se posait également un problème matériel de protection des demandeurs et des victimes contre toute forme de représailles et de violences ; voir Rapport de la Commission, vol. 1, chap. 10, p. 274-275.

5. A cet égard, les statistiques fournies par le rapport de la Commission permettent de relativiser les critiques adressées au système lui-même. Sur 7 127 demandes d'amnistie, au 30 juin 1998, seules 122 demandes avaient été acceptées, 2 629 avaient été refusées (soit plus d'un quart) pour des actes répréhensibles non associés à des objectifs politiques.

fonctionnement du Comité et le nombre de décisions prononçant l'amnistie, peu élevé par rapport à celui des refus<sup>6</sup>.

*Statut des décisions prises par le Comité chargé de l'amnistie*

Au sein de la Commission, seul le Comité d'amnistie dispose d'un pouvoir de décision et non de recommandation. Deux éléments militent en faveur de la reconnaissance de son statut quasi juridictionnel. En premier lieu, les décisions du Comité déchargent de toute poursuite civile ou criminelle le bénéficiaire de l'amnistie ainsi que les personnes morales pour le compte desquelles il a pu agir. La seule indemnisation possible émanera probablement des propositions du Comité de réparation et de réhabilitation, et s'apparentera sans doute à une forme de responsabilité sans faute de l'État. En second lieu, la décision d'amnistie est insusceptible de recours devant quelque juridiction ou organe que ce soit. Ceci renforce d'autant plus le statut quasi juridictionnel du Comité d'amnistie qui possède le dernier mot. En se référant aux critères de l'autorité de la chose jugée, bien qu'il ne soit pas formellement possible de comparer la décision d'amnistie à un jugement, matériellement, elle en possède les effets<sup>7</sup>.

En définitive, le Comité d'amnistie répond aux critères matériels d'une juridiction mais non à ses critères formels. Cependant, un certain nombre d'éléments diffèrent des critères traditionnels. D'une part, le demandeur de l'amnistie est l'auteur de l'infraction et

non la victime. Il s'agit donc d'un processus juridictionnel inversé justifié par la nature même de l'amnistie. D'autre part, dans le cas où l'infraction est amnistiée, elle entraîne la complète immunité des poursuites tant pour l'auteur de l'acte que pour l'État. Le système de réparation et de réhabilitation ne peut pas être pleinement restitutif. Il est plutôt envisagé comme une sorte de garantie sociale du nouvel État.

L'amnistie en Afrique du Sud a été conçue comme un processus juridique et non comme une amnistie politique que s'accorderaient les participants à la transition démocratique. Cette dernière solution aurait été inadmissible tant sur le plan interne qu'international.

LA CONCILIATION ENTRE L'OCTROI DE L'AMNISTIE ET L'ATTEINTE AUX DROITS FONDAMENTAUX

Le processus d'amnistie a été perçu par certaines victimes non comme un processus de réconciliation mais comme une méconnaissance des droits fondamentaux garantis sur les plans interne et international. Deux questions se sont ainsi posées : la violation des droits fondamentaux nouvellement reconnus pouvait-elle être rétroactivement sanctionnée ? Quel traitement juridique la juridiction constitutionnelle pouvait-elle donner à cette question ?

*Violation des droits fondamentaux contre justice de transition*

Les violations des libertés fondamentales en période troublées revêtent souvent

6. Au 30 juin 1998, sur l'examen de plus de deux tiers des demandes, moins de 3 % de demandes d'amnistie avaient reçu une réponse positive.

7. La décision s'impose à toutes les autorités ; elle n'est opposable qu'entre les parties (effet relatif de la chose jugée).

un caractère tellement effroyable qu'elles génèrent une volonté de rendre justice aux victimes par la sanction des tortionnaires devant les tribunaux. Or, cette voie est rarement choisie par les systèmes constitutionnels en transition pour des raisons à la fois politiques et juridiques.

Politiquement, les constituants doivent souvent faire face à la nécessité de négocier la transition avec les dirigeants de l'ancien régime. Trois types de situations ont ainsi été identifiés<sup>8</sup>. La défaite qui correspond au renversement du régime autoritaire par le nouveau régime démocratique. La réforme qui correspond à l'acceptation par le régime autoritaire lui-même d'une transformation vers un régime démocratique. Enfin, le compromis qui correspond à une démarche impliquant les dirigeants de l'ancien régime en place et les forces d'opposition décidant de fonder ensemble un nouveau régime démocratique. A chacune de ces situations correspond un traitement différent des violations antérieures aux droits fondamentaux. Si, dans le premier cas, l'opportunité des poursuites est évidente en raison de la défaite du précédent régime, dans les deux autres, les excès et violations des droits sont en revanche souvent l'objet de négociations entre l'ancien et le nouveau pouvoir. La Constitution scellant cet accord représente un nouveau « contrat social » incluant le règlement des conflits portant sur ces violations.

Juridiquement, la question repose sur la notion classique de rétroactivité des incriminations. Dans la perspective de poursuites pénales comme de l'amnis-

tie, deux observations peuvent être formulées. D'une part, la rétroactivité des poursuites doit être examinée au regard de l'ordre juridique existant. Si le principe général du droit « nul crime, nulle peine sans texte » et celui de non-rétroactivité de la loi pénale sont reconnus, ils doivent donc être appliqués sans discrimination à ceux ayant commis ces violations des droits fondamentaux. D'autre part, si le principe de non-rétroactivité s'oppose à la poursuite d'infractions qui n'existaient pas au moment des faits, en revanche le caractère punissable d'un acte au moment où il a été commis peut permettre une poursuite ultérieure sur un fondement nouveau. Une violation grave des droits fondamentaux dans un régime démocratique peut également avoir constitué un acte illicite sous le régime précédent. L'absence de poursuites n'empêche pas l'illégalité. Ceci explique la crainte de poursuites des auteurs de tels actes sous le nouveau régime.

### *La conciliation entre l'octroi de l'amnistie et le respect des droits fondamentaux en Afrique du Sud*

La Cour constitutionnelle sud-africaine a été confrontée à cette controverse dans sa décision *AZAPO v. The President of the Republic of South Africa*<sup>9</sup>. Elle devait résoudre le conflit entre la protection du « droit à la justice » en tant que droit fondamental et la reconnaissance de la validité d'une « justice de transition » dérogeant aux règles générales en raison de son contexte. Elle a rejeté l'intégralité des arguments des requérants après les avoir longuement analysés.

8. G. O'Donnell, C. Philippe & L. Whitehead (dir.), *Transition from Authoritarian Rule : Prospects for Democracy*, 1986 ; L. Huyse et T. Kritz (dir.), *Transitional Justice*, vol. 1, p. 113, Washington, United States Institute of Peace, 1995.

9. CCT 117/96 du 25-7-1996, <http://www.judgements.azapo.html>.

La violation du « droit au recours juridictionnel » a retenu principalement son attention. Sous son apparente simplicité, ce moyen en recouvrait plusieurs : l'octroi de l'amnistie en matière pénale ; son octroi en matière civile ; l'impossibilité de se retourner contre l'État en cas d'amnistie. Les requérants estimaient que les dispositions de la loi violaient à la fois le droit au recours, mais également le mandat confié par la Constitution au Parlement.

La démarche de la Cour se divise en trois temps. En premier lieu, elle replace le phénomène de l'amnistie dans le contexte sud-africain et s'estime liée par le choix des constituants, reposant sur la volonté de reconstruire la société sur un État de droit en établissant préalablement un panorama complet de la vérité. La Cour examine ensuite les relations entre la recherche de la vérité menée par la Commission et l'octroi de l'amnistie. Elle accepte le choix des constituants selon lequel la révélation complète de la vérité ne pourra se faire que si les auteurs des infractions peuvent parler sans crainte de représailles. Or, un tel résultat ne peut être atteint qu'en associant ces auteurs au processus de réconciliation lui-même. Dès lors, l'amnistie ne peut être isolée de son contexte, mais doit être appréhendée comme un acte d'une opération complexe « d'unité et de réconciliation nationale ». L'immunité des poursuites ne repose pas sur une auto-amnistie des responsables gouvernementaux, mais sur un consensus constitutionnel auquel ont participé toutes les parties, y compris les victimes du régime précédent, afin de développer une démocratie constitu-

tionnelle et d'éviter la répétition de ces violations. Le choix opéré dans ce contexte de justice en transition relevait de leur seul pouvoir discrétionnaire : offrir l'amnistie aux auteurs d'infractions politiques s'ils acceptent de participer au processus de réconciliation nationale en divulguant la vérité ne méconnaît pas le droit au recours.

En deuxième lieu, la Cour examine concrètement si le processus d'amnistie conçu par le législateur respecte les conditions fixées par la Constitution. Les requérants estimaient que l'invocation du caractère politique des infractions pourrait suffire à couvrir l'infraction et octroyer l'amnistie de façon quasi automatique. L'analyse de la loi prouve au contraire que les conditions sont strictes quant à la qualité des personnes susceptibles de déposer une demande et aux conditions nécessaires pour que le caractère politique de l'infraction soit reconnu.

En troisième lieu, la Cour examine les effets de l'octroi de l'amnistie au regard des règles constitutionnelles. Pour les raisons précédemment évoquées, elle estime que l'amnistie en matière pénale participe du phénomène de réconciliation nationale et que, même si les conséquences sont dissymétriques<sup>10</sup>, elles résultent du caractère transitoire de la justice associé à l'établissement de l'État de droit. Elle aboutit au même raisonnement en ce qui concerne l'amnistie en matière civile. Un processus qui n'accorderait aux auteurs des violations qu'une immunité pénale limiterait l'efficacité de la révélation des faits. La Cour se montra en revanche plus embarrassée à l'égard du troisième type d'amnistie :

165

10. En ce que l'auteur de l'infraction se trouve immunisé de toutes poursuites alors que la victime n'aura que la satisfaction de connaître la vérité et de voir cette vérité publiée, sans pouvoir être certaine d'être indemnisée.

une décision rendue en faveur d'un individu immunisé également l'État de toute responsabilité civile. La Cour fait reposer son raisonnement sur l'idée de réparation et de réhabilitation contenue dans la Constitution. Elle estime que le choix du mode de réparation à allouer aux victimes dépend de la volonté du Parlement. L'immunité de l'État en matière de responsabilité civile ne signifie pas que les victimes ne pourront être indemnisées mais que les réparations ne seront pas nécessairement accordées aux seules victimes de violations prouvées et non prescrites. En opérant ce choix, le législateur a délibérément opté pour une réparation sociale et non pour une indemnisation intégrale des dommages subis : il a privilégié une forme de « justice redistributive » plutôt qu'une « justice compensatrice ».

166

Dans ce contexte de transition, la décision AZAPO peut être lue de deux façons. La première repose sur une interprétation littérale de la Constitution. Chargée de vérifier la constitutionnalité de la loi d'amnistie, la Cour se trouve face à des normes contradictoires : la Déclaration des droits fondamentaux et celles relatives à la réconciliation et à l'unité nationale. Appliquant le principe selon lequel « la règle spéciale déroge à la règle générale », elle estime que la loi respecte les conditions fixées par le constituant. La deuxième interprétation est plus politique. A travers cette décision, la Cour est confrontée à une opposition entre ceux favorables aux poursuites devant les juridictions ordinaires et ceux estimant que l'amnistie est un élément du processus de réconciliation nationale. Les constituants ont choisi de privilégier cette der-

nière solution à travers la recherche de la vérité ; la Cour refuse de remettre en cause ce choix du législateur. La lecture de la décision permet de penser que le cumul de ces deux interprétations a été utilisé. Ce choix devait toutefois être confronté à un autre obstacle : le respect de la hiérarchie des normes.

#### LE RESPECT DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES PAR LES DÉCISIONS D'AMNISTIE

Condamnée par la communauté internationale pour ses positions en faveur du régime d'apartheid, l'Afrique du Sud d'avant 1993 n'accordait qu'une place restreinte aux règles du droit international. La Constitution de 1993 renversa cette situation en conférant une applicabilité directe aux conventions internationales ratifiées et approuvées en droit interne ainsi qu'un rôle d'interprétation au droit international et comparé des droits fondamentaux.

#### *Compatibilité du processus de réconciliation et d'amnistie sud-africain avec les conventions internationales et la hiérarchie des normes*

L'apartheid ayant été déclaré « crime contre l'humanité » en 1973<sup>11</sup>, les requérants estimaient le processus d'amnistie incompatible avec certaines normes conventionnelles et coutumières internationales protégeant les droits fondamentaux. Toutefois dans ce cas précis, les seuls textes internationaux applicables étaient les quatre conventions de Genève de 1949 relatives au droit international humanitaire.

11. Voir Résolution 3086 du 30 novembre 1973 de l'Assemblée générale des Nations unies.



La Cour constitutionnelle répondit à cet argument de façon imparfaite. Selon elle, deux règles prévalent pour la prise en compte du droit international dans l'ordre interne : l'applicabilité des normes internationales n'est possible qu'à travers une réception du texte par le Parlement ; les règles internationales doivent respecter la hiérarchie des normes et n'être contraires ni à la Constitution ni à la loi. Elle estime donc que l'invocation des règles internationales n'est concevable qu'au regard de l'interprétation de la Constitution. Mais elle applique la même logique restrictive en ce qui concerne l'interprétation des droits fondamentaux : si le texte de la Constitution précise que toute juridiction doit prendre en compte le droit international, rien ne l'oblige à le suivre même si l'esprit de la Constitution y est clairement favorable. Ce raisonnement n'est pas entièrement satisfaisant. S'il est vrai que le texte autorise une telle interprétation, il en autorise également une autre plus généreuse à l'égard des normes internationales, compatible avec la lettre et l'esprit de la Constitution.

Cette position prudente a cependant été dictée par le sujet considéré. Si l'amnistie est conforme au droit constitutionnel de transition, en est-il de même à l'égard des instruments de protection internationale des droits de l'homme ? La Cour a préféré s'esquiver derrière une analyse stricte de la hiérarchie des normes. Ce choix n'a peut-être pas été le plus judicieux : une réponse négative claire et nette aurait été préférable à une absence de réponse !

### *Amnistie et obligation de poursuite*

Les requérants fondaient leur demande à la fois sur les conventions de Genève du 12 août 1949 et sur les règles coutumières

internationales. Or, la Cour n'a examiné la question qu'au regard du seul droit international humanitaire, laissant de côté la question des règles coutumières internationales. Cette esquivance n'était peut-être pas nécessaire. Les règles coutumières internationales imposent certaines obligations à l'État en matière de poursuites, que celui-ci n'a pas nécessairement méconnues en adoptant le processus de réconciliation nationale et d'amnistie.

Concernant les quatre conventions de Genève, l'obligation de poursuivre les criminels d'un précédent régime est circonscrite aux conflits armés internationaux. Le régime d'apartheid sud-africain pouvait difficilement être qualifié comme tel ni même comme un conflit armé.

Le second aspect concernait les règles coutumières internationales susceptibles d'être invoquées dans le cadre de la procédure de poursuites de violations des droits fondamentaux. Que le régime d'apartheid rentre dans le cadre des crimes contre l'humanité devant faire l'objet de poursuites souffre difficilement la contestation. En revanche, le droit international est de peu de secours lorsqu'il s'agit de déterminer quelle doit être la procédure à suivre pour de telles poursuites et si elles peuvent déboucher sur l'octroi d'une amnistie ? En ce sens, la Cour avait juridiquement et politiquement la possibilité de justifier le processus de réconciliation et d'amnistie sud-africain sans qu'il y ait violation des règles du droit international coutumier. Sa décision est restée en deçà des réponses attendues.

L'examen comparé d'autres processus de réconciliation nationale et d'amnistie offre des éléments de comparaison importants pour la qualification

juridique du processus sud-africain. L'Amérique latine a été le berceau des « commissions vérité et réconciliation » et l'Argentine, le Chili, l'Uruguay, le Salvador ont opté pour des mécanismes différents mais tendant au même but. Certains de ces processus n'ont pas été combinés avec l'octroi de l'amnistie<sup>12</sup>, d'autres ont eu pour fonction principale de l'accorder afin de connaître la vérité. Leur analyse permet de considérer que l'expérience sud-africaine n'était pas tombée dans les travers reprochés aux autres Commissions.

168 La Commission argentine « pour la révélation de la vérité » – Commission Sabato – fut créée en 1983. Elle fut chargée d'enquêter sur les faits ayant conduit à la disparition de milliers d'Argentins. La Commission n'était chargée que d'enquêter sur les disparitions. En aucun cas il ne s'agissait d'un organe judiciaire. Le gouvernement restait libre de déterminer les suites qu'il entendait donner à ses conclusions. La comparaison entre les situations argentine et sud-africaine permet de relever des différences importantes. En Argentine, le nouveau gouvernement a décidé seul du processus, alors qu'en Afrique du Sud l'ensemble des négociateurs constitutionnels puis le Parlement ont établi un processus unique qu'ils ont confié à un organe indépendant. En second lieu, le processus sud-africain a intégré la recherche de la vérité et le prononcé de l'amnistie à travers un seul organe indépendant du gouvernement.

L'expérience chilienne fut d'une autre nature en raison de la présence des anciens dirigeants dans les institutions existantes. La création de l'exécutif en

1990, la commission chilienne « vérité et réconciliation » – commission Rettig – créée en 1990, rendit son rapport en février 1991. Elle ne se contenta pas d'établir des faits, mais proposa également des recommandations pour la réparation des violations commises et des mesures pour prévenir les atteintes aux droits fondamentaux. Parmi ses missions, ne figurait toutefois pas celle d'octroi ou même de proposition de l'amnistie. Le rôle de la Commission chilienne se limitait aux réparations civiles à accorder aux victimes, mais ne touchait pas à la poursuite pénale des auteurs de violations. La différence entre les situations chilienne et sud-africaine repose précisément sur l'octroi de l'amnistie et la différence de statut entre les commissions.

En Uruguay fut adoptée une loi cherchant à établir une réconciliation nationale, octroyant l'amnistie aux personnels militaires et de police ayant agi pour des motifs politiques et dans l'exercice de leurs fonctions avant le 1<sup>er</sup> mars 1985. Ce texte ajoutait qu'une cour ou un tribunal, confronté à de tels faits, doit saisir l'autorité exécutive afin que soit ouverte une enquête sur la réalité des faits qui doit être communiquée aux plaignants avec l'ensemble des informations dans un délai de 120 jours. Le système uruguayen était un système inversé dans lequel l'amnistie était octroyée de façon générale sans que la gravité des faits soit prise en considération. Saisie d'une requête, la Commission interaméricaine des droits de l'homme devait reprocher aux autorités d'avoir accordé une amnistie quasi automatique sans s'interroger sur le degré de responsabilité de l'auteur des

12. Tel a par exemple été le cas de l'Argentine ou du Chili.

violations et de ne pas avoir organisé de recherches systématiques permettant d'établir la vérité. La solution uruguayenne contraste avec la situation sud-africaine où l'amnistie n'a été accordée qu'au regard de critères définis et précis et comme élément d'un processus global.

L'analyse de ces différents exemples et leur rapprochement avec la situation sud-africaine souligne le caractère autonome et complet du processus sud-africain par rapport à ceux examinés. L'une des différences majeures se trouve dans son statut constitutionnel : la Commission sud-africaine satisfait aux exigences de poursuites que les règles internationales formulent à l'égard des auteurs de violations des droits fondamentaux. Certes, la discussion peut s'engager sur la nature et le degré d'exigence de ces poursuites, mais les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales de protection des droits de l'homme s'accordent pour reconnaître que cette exigence repose avant tout sur la nécessité pour les accusés d'être soumis à un procès qui permette de déterminer clai-

rement leur culpabilité ou leur innocence. Le contenu des procédures laisse donc à l'État un pouvoir d'appréciation quant à la mise en œuvre du processus judiciaire et en ce qui concerne la sanction. Les régimes constitutionnels de transition sont des régimes convalescents. Leur administrer des remèdes trop puissants risquerait de produire l'effet inverse de celui recherché !

La différence entre la justice de transition et la justice d'exception repose sur le mot justice : dans le premier cas elle demeure une forme de justice, dans le second elle n'en emprunte plus que le nom ! Que la Constitution puisse venir apporter son aide à la réalisation d'une forme de justice dans un régime en transition représente un pari que les constituants sud-africains ont tenté ! Le processus de réconciliation et d'unité nationale sud-africain peut-il être considéré comme un succès ? Les réponses divergeront certainement, mais il témoigne en tout cas d'un certain courage et d'une maturité juridique et politique qui ne peuvent que susciter le respect.