



Assemblée générale

Distr. générale
7 septembre 2015
Français
Original : anglais

Conseil des droits de l'homme

Trentième session

Point 3 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,
y compris le droit au développement**

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

Résumé

Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition présente les principales activités qu'il a menées entre juillet 2014 et juin 2015.

Il expose en détail les principaux éléments d'un cadre pour l'élaboration de politiques publiques en matière de « garanties de non-répétition ». En clarifiant le sens de l'expression « garanties de non-répétition », il suggère d'articuler ces politiques autour de trois grands domaines d'intervention. Au niveau des organismes d'État officiels, le rapport commence par rappeler certains éléments de base, y compris la sécurité et l'identité légale, avant de proposer un éventail de mesures, notamment la ratification des instruments pertinents, la réforme des secteurs de la justice et de la sécurité, les modifications de la législation relative à la sécurité, et les réformes constitutionnelles, à savoir le principe de la séparation des pouvoirs, la suppression des dispositions discriminatoires et l'adoption d'une charte des droits. Ensuite, le Rapporteur spécial attire l'attention sur deux domaines d'intervention dont le potentiel est rarement considéré comme faisant partie des garanties de non-répétition, à savoir la société civile et les sphères de la culture et des dispositions personnelles. Dans ces parties du rapport, il met en exergue l'importance de l'autonomisation juridique et la création d'un environnement permettant à la société civile de jouer le rôle crucial qui est le sien. Enfin, il insiste sur le potentiel préventif de la réforme de l'éducation, des arts et de la culture et de la prise en charge post-traumatique.

* Soumission tardive.

** L'annexe au présent rapport est distribuée telle qu'elle a été reçue, dans la langue originale seulement.



En conclusion, il souligne que les « garanties de non-répétition » devraient être considérées non pas comme un artifice rhétorique mais comme un élément de l'élaboration des politiques. Il insiste sur le fait qu'il est nécessaire d'agir dans ces trois domaines afin de mettre au point une politique d'État efficace en matière de prévention.

L'ensemble des recommandations générales du Rapporteur spécial concernant les commissions de la vérité et les archives figure en annexe au présent rapport.

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	4
II. Activités du Rapporteur spécial	4
A. Visites de pays et consultations régionales	4
B. Communications et communiqués de presse	4
C. Autres activités	4
III. Garanties de non-répétition en tant que stratégie globale pour une justice transitionnelle.....	5
A. Fondement juridique	5
B. Questions conceptuelles.....	7
C. Considérations générales	8
IV. Interventions institutionnelles	9
A. Conditions préalables.....	9
B. Ratification des traités	11
C. Réformes juridiques.....	11
D. Réformes judiciaires	13
E. Réforme constitutionnelle.....	15
V. Interventions sociétales	18
A. Mettre fin aux attaques et aux menaces et lever les obstacles	19
B. Autonomisation juridique	19
C. Créer des environnements favorables	20
VI. Interventions dans les sphères culturelle et individuelle	21
A. Éducation	21
B. Arts et culture	21
C. Archives.....	22
D. Prise en charge post-traumatique et soutien psychosocial	22
VII. Observations et recommandations.....	23
Annexe	
Set of general recommendations for truth commissions and archives.....	27

I. Introduction

1. Le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition soumet le présent rapport en application de la résolution 27/3 du Conseil des droits de l'homme. Il y présente les principales activités qu'il a menées entre juillet 2014 et juin 2015 et aborde la question de l'élaboration d'une politique relative aux garanties de non-répétition après des violations massives.

II. Activités du Rapporteur spécial

A. Visites de pays et consultations régionales

2. Le Rapporteur spécial a effectué une visite de pays au Burundi (voir A/HRC/30/42/Add.1 ; A/HRC/30/CRP.1) et une visite de conseil à Sri Lanka¹. Il remercie les Gouvernements burundais et sri lankais pour leur invitation et leur coopération.

3. Il a le plaisir d'annoncer qu'il effectuera une visite de pays au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en novembre 2015. Le Gouvernement de la Côte d'Ivoire lui a adressé une invitation. Il attend une réponse concernant les demandes de visite qu'il a adressées au Brésil, au Cambodge, au Guatemala, à la Guinée, à l'Indonésie, au Kenya, au Népal, à la République démocratique du Congo, au Rwanda et à Sri Lanka.

4. Il engagera une consultation régionale sur la justice transitionnelle pour la région Asie-Pacifique en décembre 2015. Comme lors de consultations antérieures, la conclusion qui en aura été tirée figurera dans l'étude demandée au paragraphe 1 f) de la résolution 18/7 du Conseil des droits de l'homme.

B. Communications et communiqués de presse

5. Entre juillet 2014 et juin 2015, le Rapporteur spécial a adressé des communications au Chili, à l'Égypte, à l'Espagne, à la Fédération de Russie, au Guatemala, à l'Italie, au Maroc, au Népal, au Pakistan, aux Philippines, au Portugal et à la Serbie² ; rédigé une lettre ouverte destinée aux États-Unis d'Amérique ; et publié des communiqués de presse concernant l'Argentine, la Bosnie-Herzégovine, le Burundi, la Colombie, l'Espagne, les États-Unis et le Népal.

C. Autres activités

6. En août 2014, le Rapporteur spécial a participé en tant qu'invité à un forum national sur les victimes, organisé à Cali (Colombie), à la demande des représentants du Gouvernement colombien et des Forces armées révolutionnaires de Colombie-Armée populaire (FARC-EP) aux négociations de paix³.

7. Au cours de la période à l'examen, le Rapporteur spécial a présenté son rapport (A/HRC/27/56) sur les stratégies en matière de poursuites engagées après des atrocités massives et ses rapports de visite en Espagne et en Uruguay (respectivement A/HRC/27/56/Add.1 et A/HRC/27/56/Add.2). En outre, il a été invité à une table ronde du

¹ Voir www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15820&LangID=E.

² Voir A/HRC/28/85, A/HRC/29/50 et A/HRC/30/27.

³ Voir www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/PDeGreiff_Cali_Agosto_2014.pdf.

Conseil des droits de l'homme sur l'enseignement de l'histoire et les processus mémoriels, et a participé à des manifestations parallèles sur le genre et la justice transitionnelle, ainsi que sur des cas de mise en œuvre de mesures de justice transitionnelle. Il a rencontré des représentants de l'Arménie, du Cambodge, de la Colombie, de la Côte d'Ivoire, de l'Espagne, des États-Unis, du Guatemala, du Japon, du Népal, des Pays-Bas, de la République de Corée, de la Suède, de la Suisse et de l'Uruguay, ainsi que de plusieurs organisations non gouvernementales.

8. En septembre 2014, le Rapporteur spécial, le Comité international de la Croix-Rouge et l'organisation Swisspeace ont organisé à Genève un atelier d'experts intitulé « Archives dans le contexte du droit de savoir ».

9. En outre, en septembre 2014, le Rapporteur spécial a participé à une conférence régionale au Guatemala sur le rôle de l'appareil judiciaire dans la lutte contre l'impunité pour les crimes internationaux.

10. En octobre, le Rapporteur spécial a organisé, avec le bureau fondateur de l'Académie internationale des principes de Nuremberg, un atelier d'experts sur les garanties de non-répétition, tenu à Nuremberg (Allemagne).

11. Toujours en octobre, il a présenté à l'Assemblée générale son rapport (A/69/518) sur le droit à réparation des victimes de violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

12. En janvier 2015, le Rapporteur spécial s'est entretenu à Addis-Abeba sur le projet de cadre de justice transitionnelle de l'Union africaine avec le Commissaire à la paix et à la sécurité de l'Union africaine, l'Envoyée spéciale du Président de l'Union africaine pour les femmes, la paix et la sécurité ainsi que des représentants d'organismes donateurs et d'organisations non gouvernementales.

13. En février 2015, le Rapporteur spécial a prononcé le discours liminaire à la conférence intitulée « Commissions de la vérité et processus de paix : Expériences internationales et difficultés pour la Colombie », organisée par la Fondation Kofi Annan et le Centre international pour la justice transitionnelle à Bogota.

III. Garanties de non-répétition en tant que stratégie globale pour une justice transitionnelle

14. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial aborde la question de l'élaboration d'une politique d'État sur les garanties de non-répétition après des violations massives, dans le cadre d'une stratégie globale pour une justice transitionnelle. Il convient de lire le présent rapport en parallèle avec le rapport de 2015 du Rapporteur spécial, qui sera présenté à l'Assemblée générale à sa soixante-dixième session, dans lequel il pousse plus loin l'analyse de la justice transitionnelle et de la réforme du secteur de la sécurité.

A. Fondement juridique

15. Les normes internationales relatives aux garanties de non-répétition sont de plus en plus nombreuses depuis 1993, lorsque cette expression a été utilisée pour la première fois dans un rapport de l'ONU⁴, comme le montre notamment la mention expresse des « garanties de non-répétition » dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

⁴ Voir E/CN.4/Sub.2/1993/8, par. 47, 48 et 55; et chap. IX, Principe 11.

16. En 2004, le Comité des droits de l'homme a fait valoir qu'il « serait contraire aux fins visées par le Pacte international relatif aux droits civils politiques de ne pas reconnaître qu'il existe une obligation inhérente à l'article 2 de prendre des mesures pour prévenir la répétition d'une violation du Pacte et [qu'en] conséquence, il est fréquent que le Comité (...) mentionne (...) la nécessité d'adopter des mesures visant, au-delà de la réparation due spécifiquement à la victime, à éviter la répétition du type de violation considéré »⁵.

17. La première jurisprudence du Comité concernant des cas touchant le droit à la vie remonte aux années 1980, lorsque le Comité a demandé aux États de « faire en sorte que de pareilles violations ne se reproduisent pas à l'avenir »⁶. Le précédent Rapporteur spécial, Theo van Boven, a dit que l'examen de la jurisprudence du Comité « fait ressortir qu'il existe un lien certain entre d'une part les recours utiles dont la ou les victimes ont le droit de bénéficier, recours visant à empêcher le renouvellement de violations, et d'autre part la question des mesures prises par l'État concerné, à la suite des constatations du Comité »⁷.

18. La volonté générale de faire respecter un droit implique le fait de s'employer à mettre fin à la violation d'une obligation et d'offrir des garanties de non-répétition. Le devoir d'empêcher la répétition est donc étroitement lié à l'obligation de cessation d'une violation. Sur cette base, « les garanties ont une fonction préventive et peuvent être considérées comme un renforcement positif de l'exécution future »⁸.

19. Les cours régionales des droits de l'homme et les organes conventionnels rendent de plus en plus de décisions concernant des garanties de non-répétition. Par exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a interprété largement ses pouvoirs de réparation et ordonné des mesures de réparation non seulement en faveur des victimes mais également des communautés et de la société dans son ensemble. Parmi les importantes avancées réalisées par la Cour figure notamment le fait qu'elle demande aux États de prendre des mesures visant à préserver la mémoire de la victime ou qu'elle rende publiques certaines parties de ses arrêts à des fins éducatives⁹. En matière de réforme législative, la Cour a dit que les lois en vertu desquelles les civils relèvent de la juridiction militaire contreviennent à la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; elle a par conséquent ordonné aux États concernés de modifier la législation¹⁰. Ces injonctions ne sont pas rares dans ses arrêts. Comme elle l'a fait valoir dans son arrêt historique *Velásquez Rodríguez*, les États ont pour « obligation d'organiser tout l'appareil gouvernemental et, de manière générale, l'ensemble des structures par lesquelles s'exerce la puissance publique, de sorte qu'ils puissent garantir juridiquement le libre et plein exercice des droits de l'homme »¹¹.

⁵ Voir CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 17.

⁶ Voir communications n° 88/1981, *Larrosa c. Uruguay*, constatations adoptées le 29 mars 1983, par. 13; n° 124/1982, *Muteba c. Zaïre*, date de la décision concernant la recevabilité : 25 mars 1983, par. 13; et n° 176/1984, *Peñarrieta et autres c. Bolivie*, constatations adoptées le 2 novembre 1987, par. 18.

⁷ E/CN.4/Sub.2/1993/8, par. 55.

⁸ Voir le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, art. 30.

⁹ Voir Arturo J. Carrillo, *Justice in Context : The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past* (Oxford University Press, 2008).

¹⁰ Ibid. Voir également *Castillo Petruzzi et autres c. Pérou*, arrêt du 30 mai 1999, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 52, par. 222.

¹¹ Voir *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 4, par. 166.

B. Questions conceptuelles

20. Malgré l'augmentation importante des normes internationales en la matière, l'expression « garanties de non-répétition » appelle des précisions quant aux éléments conceptuels suivants :

- a) L'« offre », car on ne voit pas très bien ce qu'il faut entendre par « garantie » ;
- b) L'« objet », car la mention, dans les textes fondateurs¹², de la non-répétition des violations flagrantes des droits de l'homme par les États s'est élargie jusqu'à inclure la non-répétition des « crimes internationaux » commis par des acteurs étatiques et non-étatiques, la non-répétition des atrocités et même la non-répétition d'un conflit violent¹³ ;
- c) Le « sujet », ou ceux qui sont censés bénéficier de ces garanties, à savoir les victimes, un groupe plus large de victimes « potentielles » ou la société dans son ensemble ;
- d) Les « débiteurs de l'obligation », c'est-à-dire ceux qui sont censés s'acquitter de leur obligation d'accorder ces garanties.

21. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial vise à éclaircir le concept de « garanties de non-répétition » en reconnaissant qu'il s'agit d'un vaste sujet, tout en tentant de l'encadrer, sans nécessairement prétendre à l'exhaustivité, et en mettant en relief des domaines qui n'ont pas été correctement étudiés.

22. En outre, les principaux intérêts qui sont à l'origine du rapport sont pratiques et visent à montrer que l'on peut concrètement peser sur ce sujet, qu'il s'agit d'un objet rationnel de décision, y compris en matière de planification, de budgétisation et de suivi, et qu'il offre un cadre général d'élaboration d'orientations concrètes en matière de non-répétition.

23. Il existe une différence théorique entre les garanties de non-répétition et les trois autres éléments clefs d'une approche globale de la justice en période de transition, à savoir la vérité, la justice et la réparation. Alors que ces trois éléments concernent des mesures, les garanties de non-répétition sont une fonction qu'il est possible de remplir grâce à une grande diversité de mesures. Les textes fondateurs illustrent déjà cette diversité en évoquant entre autres la réforme des institutions, le démantèlement des groupes armés non officiels, l'abrogation de la législation d'urgence incompatible avec les droits fondamentaux, l'assainissement des forces de sécurité et de l'appareil judiciaire, la protection des défenseurs des droits de l'homme et la fourniture d'une formation relative aux droits de l'homme aux forces de sécurité.

24. Les garanties de non-répétition sont essentiellement d'ordre préventif. On estime que la vérité, la justice et la réparation contribueront à la non-répétition : la justice pénale, essentiellement par la dissuasion ; les commissions de la vérité par la divulgation, les éclaircissements et la formulation de recommandations à visée préventive ; et les réparations en affirmant le droit des victimes à demander réparation pour des violations passées et futures et la possibilité de faire respecter leurs droits avec plus de fermeté.

25. La visée préventive est le point commun des textes fondateurs. Afin de tenter d'éclaircir les éléments conceptuels précités, l'« offre » de garanties de non-récurrence concerne l'association d'actions délibérées et diverses qui contribuent à réduire la probabilité de la répétition de violations. L'« objet » n'est pas la prévention de violations isolées mais de violations flagrantes et de violations graves du droit international humanitaire. Ces violations présupposent des abus systémiques de pouvoir (de l'État) selon un schéma précis et s'appuient sur une certaine structure organisationnelle.

¹² E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; E/CN.4/2004/88; résolution 60/147 de l'Assemblée générale; et E/CN.4/2005/102/Add.1.

¹³ Voir S/2004/616.

26. Le présent rapport part du principe que le « sujet » des garanties est la société qui a été victime de tels actes, société considérée au sens large, et donc non limitée aux victimes directes ou indirectes¹⁴. Compte tenu de l'intérêt du Rapporteur spécial pour la réflexion sur l'élaboration de politiques de prévention, les institutions étatiques seront les principaux « débiteurs de l'obligation ». Toutefois, étant donné la diversité des éléments pouvant constituer une politique globale, ces débiteurs de l'obligation sont en définitive multiples.

27. Les garanties de non-répétition peuvent être assurées par diverses mesures. Par conséquent, il n'existe pas de politique générale de non-répétition. Une politique efficace visant à prévenir les violations généralisées devra adapter la forme à la fonction et sélectionner les mesures idoines.

C. Considérations générales

28. Il convient de poser trois observations d'ordre général. Premièrement, les programmes de justice transitionnelle ne tiennent pas suffisamment compte des différences importantes qu'il y a entre les situations succédant à un régime autoritaire, dans lesquelles le modèle de justice transitionnelle a initialement pris forme, et les situations de conflit, d'après-conflit et de fragilité dans lesquelles elle est désormais majoritairement appliquée. Le niveau d'institutionnalisation (l'État) et les types de violations, de sévices et de préjudices qui appellent une réparation constituent deux grandes différences à cet égard.

29. Les différences sont liées aux éléments suivants : les procès pénaux, les commissions de la vérité et les programmes de réparation dépendent tous de certaines conditions institutionnelles préalables qui ne sont pas toujours réunies dans tous les contextes. En outre, ces mesures sont des instruments efficaces pour réparer certains types de violations mais pas d'autres. Le transfert du modèle, du contexte post-autoritaire à une situation de conflit ou d'après-conflit, s'est fait quasiment sans analyse fonctionnelle.

30. Il en va de même pour les garanties de non-répétition : le contexte institutionnel, ses caractéristiques, ses capacités et l'histoire importent, tout comme le contexte culturel et les dispositions de chacun. La prévention des violations massives n'appelle pas les mêmes mesures spécifiques indépendamment de ces facteurs. De la même manière, la prévalence (ou le risque de prévalence) de certaines (formes de) violations devrait naturellement façonner une politique de prévention pour un pays donné.

31. En outre, les processus de transition sont dynamiques. Par conséquent, outre la possibilité d'adéquation fonctionnelle entre les moyens et les fins et l'adaptation au contexte, l'élaboration de politiques visant à mettre en œuvre des éléments de justice transitionnelle devrait tenir compte de leur utilité à un certain stade du processus. De ce fait, ce qui est nécessaire et réalisable en matière de prévention évolue au fil du temps, non seulement à mesure que les caractéristiques institutionnelles changent, mais aussi à mesure que le champ des possibles évolue.

32. En outre, le type de transformations nécessaires pour ne serait-ce qu'esquisser des garanties de non-répétition après des violations massives ne peut passer uniquement par une « ingénierie institutionnelle » ou des réformes institutionnelles. La difficulté de rendre justice de manière rétrospective et prospective n'est pas simplement technique. Des transformations sociétales durables exigent des actions dans la sphère non seulement institutionnelle mais également culturelle, ainsi qu'au plan personnel, individuel. S'il est vrai que la culture et le « caractère » jouent un rôle stabilisateur dans les relations sociales et qu'ils sont, en tant que tels, relativement imperméables au changement délibéré, ils ne

¹⁴ Voir Juan E. Méndez, « Accountability for Past Abuses », *Human Rights Quarterly*, vol. 19, n° 2, p. 261 (mai 1997).

sont pas pour autant immuables. Partant, dans le présent rapport, le Rapporteur spécial se penche sur des actions dans les sphères culturelle et personnelle, auxquelles on a comparativement accordé moins d'attention.

33. La situation économique et son lien avec la non-répétition en vue d'une transformation significative est un sujet auquel on n'accorde pas suffisamment d'attention. Comme expliqué dans les précédents rapports, on ne saurait considérer que la justice transitionnelle permettra à elle seule de venir à bout des profondes transformations politique, sociale et économique nécessaires au lendemain de violations massives.

34. Même si les causes de la violence ou des violations des droits ne peuvent être réduites à l'inégalité ou à la pauvreté – prises de manière individuelle ou conjointe –, ni à une combinaison simple d'indicateurs sociaux quels qu'ils soient, on sait bien que l'inégalité et la pauvreté sont étroitement associées à la violence et aux violations de divers droits, y compris les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels¹⁵. La plupart des conflits violents dans le monde se déroulent dans des pays qui sont ou ont été fortement touchés par de profondes inégalités et/ou par une grande pauvreté.

35. Il existe des formes d'exclusion économique qui, si elles deviennent pérennes, peuvent être particulièrement néfastes à l'exercice des droits. D'aucuns considèrent que les inégalités persistantes et durables, mais aussi certaines inégalités liées à une croissance rapide mais fortement inégale, auraient un lien tant avec le mécontentement social qu'avec la recrudescence des activités criminelles, de la violence et des conflits civils¹⁶.

36. Le maintien au pouvoir d'un régime oppressif fait qu'il est impossible de garantir que les violations ne se répéteront pas. Dans certains cas, l'absence de possibilités d'emploi en dehors des postes de fonctionnaire accroît énormément le risque de perdre le pouvoir. Cela incite au maintien des régimes oppressifs, qui passe de plus en plus par le détournement des processus démocratiques, et donc sape la possibilité d'offrir des garanties de non-répétition efficaces. Ces cas montrent bien que la prévention a une dimension qui est liée à l'économie et au développement, dimension qui ne doit plus être ignorée et devrait être analysée plus avant.

37. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial présente un éventail d'actions, qui englobe à la fois des mesures faciles à mettre en œuvre et des initiatives plus ambitieuses et exigeantes. Il ne s'agit pas d'une chaîne causale. Nulle intervention, grande ou petite, ne peut apporter à elle seule de garanties suffisamment solides dans aucun des trois domaines. La nature pluridimensionnelle du conflit et des violations des droits appelle des ripostes pluridimensionnelles. Le Rapporteur spécial montre également que l'on peut toujours faire quelque chose pour réduire la probabilité de répétition des violations. Par conséquent, ni le coût ni la complexité des interventions ne constituent une excuse légitime à l'inaction.

IV. Interventions institutionnelles

A. Conditions préalables

1. Sécurité pour tous

38. La plupart des réflexions sur la manière de remédier aux violations des droits se limitent à de simples suppositions sur ce qu'il manque dans la majorité des cas considérés, à savoir des institutions étatiques fonctionnelles. La visée première des instruments relatifs

¹⁵ Voir A/HRC/29/31. Voir également Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde 2011 : Conflits, sécurité et développement* (Washington, D.C., 2011).

¹⁶ Voir P. Justino, *Shared Societies and Armed Conflict : Costs, Inequality and the Benefits of Peace*, Institute of Development Studies (Londres, 2012).

aux droits de l'homme était de lutter contre les abus de pouvoir de la part de l'État – et d'assurer effectivement une réparation et une compensation. Or, actuellement, de nombreuses exactions sont commises dans des régions où les autorités exercent un contrôle limité et par des acteurs non étatiques. Il convient de souligner également que c'est en général les plus marginalisés qui souffrent le plus des violations ; les mieux lotis ont toujours plus de portes de sortie et peuvent se servir de leur pouvoir économique pour s'assurer un certain degré de sécurité. Ceux qui élaborent les politiques de non-répétition doivent faire en sorte que celles-ci garantissent en fait la sécurité pour tous et soient pleinement conformes aux normes pertinentes relatives aux droits, notamment l'égalité et l'équité.

2. Identité légale

39. Il est crucial de pouvoir prouver son identité légale pour exercer ses droits et avoir accès aux services de l'État. C'est en général une condition préalable pour, entre autres, participer à la plupart des procédures administratives et judiciaires, notamment celles relatives à la violation de droits fondamentaux ; régler des questions liées à l'état civil ; voter ou se présenter à des élections et être nommé à un poste ; obtenir une nationalité et un passeport ; bénéficier de la sécurité sociale ou d'autres formes d'aide de l'État ; prendre part à des transactions commerciales, y compris la conclusion de contrats ; ouvrir un compte bancaire ; et acquérir un titre de propriété.

40. Le droit régional et international des droits de l'homme reconnaît le droit à l'identité légale¹⁷ en temps de paix et en temps de conflit. Selon le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), environ un tiers des enfants de moins de 5 ans dans le monde n'a jamais été enregistré¹⁸. L'apatridie, qui concerne plus de 10 millions de personnes selon le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, ne fait qu'aggraver le problème¹⁹. Les situations de conflit ont des conséquences négatives pour l'identité légale du fait : a) de l'absence de l'État et de services publics ou de leur affaiblissement ; b) des migrations et des déplacements au cours desquels les individus perdent souvent leurs papiers et de l'impossibilité qui s'ensuit d'en obtenir de nouveaux ; c) de la peur et de l'intimidation (enfants déplacés et enrôlés de force, par exemple) ; et d) de la destruction délibérée des registres, comme lors des conflits au Guatemala, au Pérou, en Bosnie-Herzégovine et au Timor-Leste. Au Cambodge, sous le régime des Khmers rouges dans les années 1970, tous les documents relatifs à l'état civil ont été détruits. En Sierra Leone, où des milliers d'enfants ont été enlevés et contraints de combattre pendant les dix années de conflit, de nombreuses naissances n'ont pas été enregistrées et les enfants concernés n'ont maintenant pas les moyens de retrouver leur identité et d'identifier leur famille ou leur communauté²⁰.

41. Une identité officiellement reconnue, fondée sur un acte de naissance ou un autre document, est un sésame pour réaliser la plupart des droits fondamentaux. Il est important d'avoir une identité légale pour faire respecter et faire valoir ses droits ainsi que pour obtenir réparation lorsque ceux-ci ont été violés. S'attaquer aux difficultés de l'enregistrement légal des personnes au lendemain d'un conflit ou d'une période de

¹⁷ Voir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 24; la Convention relative aux droits de l'enfant, art. 7 et 8; la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 25; la Charte africaine, art. 6; et la Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 3 et 18.

¹⁸ Voir UNICEF, « Every Child's Birth Right : inequalities and trends in birth registration » (New York, 2013), disponible à l'adresse suivante : www.unicef.org/media/files/Embargoed_11_Dec_Birth_Registration_report_low_res.pdf

¹⁹ Voir HCR, *2013 Statistical Yearbook* (Genève, 2013), disponible à l'adresse suivante : www.unhcr.org/54cf99f29.html.

²⁰ Ibid.

répression donne l'occasion d'établir, de restaurer ou de renforcer les fondements d'un registre national obligatoire, universel, permanent et continu, qui assure la confidentialité des données personnelles et tient compte des caractéristiques culturelles, y compris des minorités et des groupes religieux ou autochtones. En fournissant des données statistiques, l'enregistrement légal peut aider un gouvernement à mieux planifier, mettre en œuvre et contrôler la fourniture de services et les mesures prises en vue de la réalisation des droits des personnes et des objectifs de développement. Régler les problèmes d'identité légale dans les pays qui sortent d'un conflit ou qui ont subi un régime autoritaire permet aux mécanismes de justice transitionnelle d'avoir une incidence au-delà de leur sphère d'influence directe.

B. Ratification des traités

42. Si l'identité légale est une condition préalable à l'exercice des droits, il existe des mesures qui, pour leur part, peuvent promouvoir activement les droits, tant rétrospectivement, en offrant une réparation en cas de violation, que prospectivement, en visant à prévenir les violations. Certaines de ces mesures trouvent leur expression juridique dans des instruments internationaux. Une des étapes fondamentales de l'élaboration d'une politique de non-répétition consiste donc à ratifier les traités pertinents, qui concernent les violations flagrantes des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire²¹. Les États devraient éviter ou retirer toute réserve dont la compatibilité avec l'objet et le but du traité pourrait être mise en doute.

43. Comme aucun texte n'est automatiquement applicable, la ratification seule peut, au mieux, être un signal²² et, au pire, n'être qu'une simple façade, c'est pourquoi elle peut être suivie d'une aggravation de la situation des droits de l'homme. Toutefois, la ratification, qui illustre ce que l'on a appelé « le paradoxe des promesses vides »²³, peut entraîner une meilleure application des traités si elle s'accompagne de diverses formes de sensibilisation²⁴.

44. Hormis dans le cas des systèmes juridiques purement « monistes », la ratification ne peut conduire à une plus grande conformité que si elle est suivie de l'incorporation des obligations conventionnelles dans la législation interne. Une politique de non-répétition repose donc obligatoirement, outre la ratification, sur une stratégie d'incorporation (et, idéalement, une stratégie de suivi et d'application).

C. Réformes juridiques

45. L'incorporation des obligations juridiques internationales devrait au moins couvrir les questions essentielles suivantes : définition des infractions visées ; questions liées à la prescription et à la rétroactivité ; et introduction de réformes en vue de décourager les violations, y compris en ce qui concerne la législation antiterroriste.

²¹ Voir les principaux instruments internationaux disponibles à l'adresse suivante : www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/InternationalInstruments.aspx.

²² Voir Oona A. Hathaway, « Do Human Rights Treaties Make a Difference ? », *Yale Law Journal*, vol. 111, n° 8 (2002).

²³ Voir Emilie M. Hafner-Burton et Kiyoteru Tsutsui, « Human Rights in a Globalizing World : The Paradox of Empty Promises », *American Journal of Sociology*, vol. 110, n° 5 (2005).

²⁴ Voir Tomas Risse *et al.*, *The Persistent Power of Human Rights* (Cambridge University Press, 2013).

1. Types d'infractions pénales, questions de prescription et de rétroactivité

46. L'accent est mis ici sur l'adoption de mesures qui prévoient des recours judiciaires et non judiciaires pour réparer les violations flagrantes des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire.

47. L'incorporation d'infractions pénales sur la base du droit international présente l'avantage non seulement de refléter précisément les obligations internationales, mais aussi de régler deux problèmes qui servent de plus en plus d'excuse pour ne pas réagir face aux violations systématiques ou flagrantes : la prescription et la rétroactivité.

48. Dans les systèmes de droit nationaux, les infractions de droit commun sont en général assorties d'un délai de prescription. Les crimes constitutifs d'atrocités sont quant à eux imprescriptibles premièrement parce que les enquêtes et les poursuites qu'ils requièrent sont lourdes et ne peuvent pas être réalisées dans les mêmes délais que celles menées dans les cas d'infractions de droit commun et deuxièmement parce que l'imprescriptibilité permet de signaler que ces crimes constituent une offense à l'humanité et que, en théorie, ni l'espace ni le temps ne permettront aux auteurs de se soustraire à leur responsabilité.

49. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité²⁵, qui couvre également les crimes de génocide et les crimes liés à l'apartheid, dispose que les infractions visées sont imprescriptibles quelle que soit la date à laquelle elles ont été commises. La jurisprudence internationale a fréquemment réaffirmé que ladite Convention ne crée pas de nouveaux droits ou obligations, mais qu'elle est de nature déclarative et que le principe d'imprescriptibilité des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et des génocides relève du *jus cogens*²⁶.

50. Cela permettrait de régler la question de l'application rétroactive du droit pénal ou des violations du principe de légalité, en particulier, du principe selon lequel nul ne peut être puni pour un acte qui, au moment où il a été commis, n'était pas interdit par une loi en vigueur²⁷. La jurisprudence de diverses juridictions montre les multiples façons dont les pays ont affronté certaines de ces difficultés. Quelques-uns ont engagé des procédures judiciaires pour violations flagrantes des droits de l'homme en se fondant sur les infractions pénales définies dans leur code pénal en vigueur au moment des faits, mais, en jugeant les faits comme des crimes contre l'humanité conformément aux règles de *jus cogens*, ils ont attribué à ces violations certaines des caractéristiques et conséquences des crimes internationaux, comme l'imprescriptibilité²⁸. D'autres pays ont mené des procédures judiciaires en se fondant sur des infractions pénales qui n'existaient peut-être pas dans les codes nationaux au moment des faits, en faisant valoir que cela ne constituait pas une violation du principe de légalité si au moment de la commission desdits actes ceux-ci étaient déjà considérés comme illégaux en droit international²⁹. Les juridictions nationales et internationales ont en fait trouvé des moyens de garantir simultanément le respect du principe de légalité et des normes de procédure régulière et d'équité pour les prévenus, et le respect du droit des victimes de voir les auteurs des violations traduits en justice³⁰.

²⁵ Résolution de l'Assemblée générale n° 2391 (XXIII), 1968.

²⁶ Voir par exemple *Ministère public c. Klaus Barbie* (Cour de cassation, France); *Kolk et Kislyiy c. Estonie* (Cour européenne des droits de l'homme); *Priebke et Arancibia Clavel* (Cour suprême, Argentine); *Molco* (Cour suprême, Chili); *Barrios Altos et Gelman* (Cour interaméricaine des droits de l'homme).

²⁷ Voir Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 11 2); Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 15; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 7; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 9.

²⁸ Voir *Arancibia Clavel et Simón* (Cour suprême, Argentine); et *Fujimori* (Chambre pénale, Pérou).

²⁹ Voir le Tribunal spécial pour le Liban, Chambre d'appels, STL-11-01/I, par. 132 et 133; Pérez García (Colombie).

³⁰ Voir *Scilingo et Pinochet* (Haute cour pénale nationale, Espagne); *Gelman*.

2. Législation relative à l'état d'urgence, à la sécurité et à la lutte antiterroriste

51. Une autre réforme législative capitale qui n'est pas particulièrement complexe ni même coûteuse consiste à garantir que la législation relative à l'état d'urgence, à la lutte antiterroriste et à la sécurité en général soit pleinement conforme aux normes relatives aux droits de l'homme et que, par conséquent, elle n'incite pas à violer les droits. Les régimes autoritaires, les régimes embourbés dans un conflit et, depuis plusieurs années maintenant, les États engagés dans la « guerre contre le terrorisme » adoptent presque invariablement des lois qui vont bien au-delà des besoins sécuritaires objectifs qui auraient motivé leur adoption³¹. Ces lois ont été utilisées abusivement pour justifier des violations flagrantes des droits de l'homme. Par exemple, outre le fait qu'elles autorisent la détention provisoire pour de longues périodes, qu'elles restreignent l'accès aux avocats de la défense et qu'elles tolèrent l'absence d'examen de la légalité d'un placement en détention ordonné par un tribunal, entre autres limitations des droits, ces lois promeuvent directement ou indirectement les violations des droits, voire les encouragent. C'est le cas, par exemple, avec des mesures à la fois contestables et nuisibles comme la levée des restrictions à l'utilisation d'éléments de preuve obtenus illégalement, souvent sous la contrainte, et l'affaiblissement des garanties relatives aux conditions dans lesquelles les détenus peuvent faire des aveux.

D. Réformes judiciaires

52. Étant donné qu'une magistrature indépendante et efficace joue un rôle essentiel dans la sécurisation des droits – mais qu'il importe aussi de reconnaître le rôle douteux que certains magistrats ont joué avant les périodes de transition dans plusieurs pays –, il est quelque peu surprenant que les réformes judiciaires n'aient pas occupé une place plus importante dans les débats sur les garanties de non-répétition, et ce malgré les recommandations faites par de nombreuses commissions de la vérité concernant les réformes judiciaires et le fait que de nombreux pays en transition ont réformé leur système de justice³². Cela illustre bien le manque de concentration et de stratégie dans les discussions sur les garanties de non-répétition, ainsi que la déconnexion entre la justice transitionnelle et les actions des pouvoirs publics, qui coexistent, mais interagissent rarement.

53. Au lendemain de violations massives, commises parfois avec l'appui du corps judiciaire, ou dans toute autre situation ne constituant pas un rempart suffisant contre les violations, trois points importants devraient être pris en considération pour contribuer à prévenir les violations : a) la sélection du personnel judiciaire ; b) le renforcement de l'indépendance judiciaire ; et c) le renforcement des compétences judiciaires dans les domaines particulièrement importants aux fins de la prévention.

54. Si, presque partout dans le monde, la magistrature peut parfois inspirer une certaine méfiance, dans certains pays, elle est tellement ternie par sa complicité dans les violations massives passées qu'il lui est presque impossible de gagner la confiance des citoyens sans soumettre l'ensemble de ses membres à un contrôle et à une sélection de grande ampleur. Dans les pays où les juges des juridictions supérieures sont responsables de l'administration des tribunaux, notamment de l'attribution des affaires, des carrières judiciaires et des procédures disciplinaires, et participent à la prise de décisions concernant les réformes judiciaires, un contrôle plus strict devrait être exercé à l'égard de ceux qui ont été nommés sous le régime précédent, considérés comme complices des violations massives passées.

³¹ Voir A/HRC/16/51/Add.2 et A/HRC/25/59/Add.2.

³² Voir Linn A. Hammergren, *Justice Reform and Development : Rethinking Donor Assistance to Developing and Transitional Countries* (Routledge, Oxford, 2014).

55. La vérification des antécédents des juges soulève des difficultés particulières parce que les procédures doivent respecter la séparation des pouvoirs, l'autonomie judiciaire, les garanties de procédure régulière et, s'il existe, le principe général d'inamovibilité des juges, qui ne peut être transgressé que dans des circonstances exceptionnelles³³. De plus, même dans les pays où la magistrature est sous la coupe du pouvoir exécutif, celle-ci est loin d'être impuissante. Certains pays se trouvant dans une situation relativement difficile parviennent à contrôler les antécédents des juges en respectant les principes pertinents, y compris les garanties de procédure régulière. Le dernier pays à s'être engagé dans une telle démarche est le Kenya³⁴.

56. Dans le domaine judiciaire, la formation continue devrait comporter des informations sur le rôle joué par le pouvoir judiciaire dans les violations passées ; les magistrats, plus encore que les membres des autres pouvoirs de l'État, doivent faire preuve d'une capacité d'autocritique exemplaire.

57. Les changements de personnel ne suffisent pas à transformer une magistrature inefficace ou complice en une magistrature digne de confiance, gardienne des droits. Des changements structurels sont potentiellement nécessaires, y compris des mesures visant à renforcer l'indépendance judiciaire, comme l'ont souligné de nombreuses commissions de la vérité³⁵. Sans ces réformes, la probabilité que les tribunaux osent, ne serait-ce que se pencher sur les activités du pouvoir exécutif, n'augmentera pas beaucoup et dépendra entièrement de la conscience professionnelle individuelle.

58. Il n'existe pas de réforme unique pouvant garantir que les juges agiront en toute indépendance. Les individus sont toutefois plus susceptibles d'exercer librement leur jugement s'ils bénéficient de certaines garanties, notamment le recrutement sur la base du mérite et de critères objectifs ; la sécurité de l'emploi ; des conditions d'emploi adéquates (rémunération et conditions de retraite prévisibles, par exemple) ; et des processus disciplinaires fiables et transparents, par exemple, procédures équitables, sanctions proportionnées, promotions, destitutions et transferts, et que, de ce fait, la crainte de perdre son emploi, de ne pas être promu ou d'être arbitrairement transféré à un endroit non souhaité n'influence pas leurs opinions.

59. La protection de l'intégrité physique des juges est une condition essentielle à la liberté de jugement.

60. Outre le fait de garantir l'indépendance individuelle des juges, il importe aussi de renforcer l'indépendance institutionnelle de la magistrature. Pour ce faire, les États peuvent inscrire la séparation des pouvoirs dans les textes et/ou les pratiques constitutionnels ; nommer des juges et des magistrats qui valorisent les compétences et l'indépendance plutôt que l'allégeance politique ; doter le système judiciaire de ressources suffisantes et lui assurer une autonomie budgétaire et administrative ; faire en sorte que les affaires soient attribuées sur la base de critères objectifs ; et respecter et faire respecter les décisions judiciaires, même lorsque celles-ci sont contraires aux intérêts du pouvoir exécutif ou de ses partisans, notamment lorsqu'elles portent sur des sujets importants pour le gouvernement, comme les questions électorales.

³³ Voir l'Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, Principe 30.

³⁴ Pour une vue d'ensemble des structures et des procédures de contrôle, voir la page consacrée à la Section kényane sur le site de la Commission internationale de juristes : www.icj-kenya.org/index.php/resources/publications/papers-dl.

³⁵ Pour El Salvador, S/25500 (1993), p. 172 et suiv. ; pour le Guatemala, voir www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/guatemala/informeCEH.htm, vol. 3, chap. 16 ; pour le Chili, voir www.usip.org/sites/default/files/resources/collections/truth_commissions/Chile90-Report/Chile90-Report.pdf ; et pour la Sierra Leone, voir www.sierraleonetr.c.org/index.php/view-the-final-report/table-of-contents, vol. 2, chap. 3, par. 39, 104 à 106 et 132 à 163.

61. Afin de pouvoir juger les affaires de violations massives, les systèmes judiciaires doivent mettre en place et développer des capacités spécifiques en ce qui concerne la nature généralisée et systémique des violations et l'identification des schémas et des nœuds dans les réseaux criminels systémiques, car ils supposent de modifier les techniques et pratiques en matière d'enquête, de poursuites et de jugement³⁶. Dans de nombreuses régions, la connaissance du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire est faible, voire inexistante. La connaissance des éléments constitutifs des crimes systémiques, comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, qui s'organisent autour de réseaux d'acteurs³⁷, est encore plus faible. Démanteler ces réseaux criminels, dont certains sont bien établis dans les institutions étatiques, comme dans les cas de torture, en mettant en place une stratégie appropriée appliquée de manière compétente par les procureurs et les juges est l'une des contributions les plus importantes qu'un système judiciaire peut apporter à la prévention de la récurrence des violations. Ces moyens sont parfois mieux exploités s'ils sont déployés dans des services d'enquête préalable et des cours et des tribunaux spécialisés.

E. Réforme constitutionnelle

62. On trouvera ci-dessous plusieurs mesures constitutionnelles, classées de la plus simple à la plus complexe, que les pays en transition pourraient intégrer dans leur politique de non-répétition.

1. Suppression des dispositions discriminatoires, introduction de dispositifs d'inclusion

63. La suppression des dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires susceptibles d'alimenter la discrimination, source bien connue d'agitation sociale, peut contribuer à prévenir les violations. Plusieurs commissions de la vérité et accords de paix ont fait des recommandations à cet effet. Par exemple, la Commission de réconciliation et de vérité de la Sierra Leone a recommandé que les dispositions sexistes et racistes régissant la citoyenneté soient éliminées, en faisant valoir que la citoyenneté s'acquiert par la naissance, la filiation ou la naturalisation. Au Maroc, l'Instance équité et réconciliation a plaidé en faveur d'une interdiction constitutionnelle de toutes les formes de discrimination interdites par les instruments internationaux et de toute incitation au racisme, à la haine ou à la violence. L'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation (2000), qui vise à régler le conflit au Burundi, a interdit toutes les associations politiques ou autres qui promeuvent la discrimination fondée sur l'origine ethnique, la religion ou le genre, et a posé les fondements de l'accord consensuel de partage du pouvoir, qui a été mis en place en vertu de la Constitution de 2005 et dont dépend toujours la paix au Burundi³⁸.

64. Les commissions de la vérité et les accords de paix ont prôné l'introduction de dispositifs d'inclusion dans les textes constitutionnels. Les Accords de paix pour le Guatemala par exemple ont souligné la nécessité de qualifier le pays de multiethnique, multiculturel et multilingue au plan constitutionnel. La Commission guatémaltèque chargée de faire la lumière sur le passé a formulé des recommandations concernant l'inclusion et la protection des droits des populations autochtones ; elle a notamment préconisé l'adoption de modes de gestion qui permettent aux populations autochtones d'exercer leurs droits individuels et collectifs et qui favorisent leur participation sociale et politique.

³⁶ Voir A/HRC/27/56, par. 88 à 91.

³⁷ Ibid., par. 71.

³⁸ Voir A/HRC/30/42/Add.1.

2. Adoption d'une charte des droits

65. L'efficacité d'une charte des droits dépend en grande partie de la solidité des tribunaux qui l'interprètent et de la mesure dans laquelle les autres pouvoirs de l'État se sentent tenus de respecter les décisions qu'ils prennent. Introduire une charte des droits qui énumère publiquement les droits les plus fondamentaux qu'un État cherche à sauvegarder est un puissant moyen de tracer la frontière entre le passé, caractérisé par les exactions, et un avenir différent, surtout au lendemain de violations massives. La charte des droits et l'énonciation des principes essentiels de gouvernance indiquent aux institutions et aux particuliers quelles sont les normes minimales concernant les comportements acceptables. Les chartes des droits sont une sorte de stratégie d'« engagement préalable » qui repose sur sa dimension publique, en dehors de tout jeu politique³⁹.

66. Bien souvent dans les pays qui ont connu des violations massives, ce sont avant tout les minorités qui ont été prises pour cible. La formulation, dans les chartes des droits, de garanties claires et applicables en faveur des minorités peut offrir à celles-ci une certaine protection et décourager les violences à leur égard, ainsi que dissuader les minorités de prendre des mesures préventives caractéristiques des dilemmes qui peuvent se présenter en matière de sécurité.

67. Dans le cas des pays où le gouvernement a déjà violé les droits de l'homme ou fermé les yeux sur des violations des droits de l'homme, une charte des droits permettrait aux tribunaux de repérer la législation et les pratiques gouvernementales qui peuvent conduire à la répétition de violations, et ainsi les prévenir.

3. Réforme du secteur de la sécurité

68. Les mesures essentielles suivantes font partie intégrante de toute réforme du secteur de la sécurité visant à prévenir les violations à l'avenir : a) définition des rôles respectifs de la police, de l'armée et des services de renseignement ; b) renforcement du contrôle civil sur les forces armées ; c) élimination des « prérogatives » des militaires ; et d) sélection des forces de sécurité. Compte tenu de leur complexité, le Rapporteur spécial a consacré un rapport entier à ces réformes⁴⁰.

4. Séparation des pouvoirs

69. Les abus de pouvoir commis par les forces de sécurité et le manque d'indépendance de la magistrature sont souvent les manifestations d'un même phénomène, à savoir un pouvoir exécutif excessif, sans entrave et peu désireux de rendre des comptes. Après avoir connu des violations de masse, certains pays réexaminent des points particuliers, comme la question de la séparation des pouvoirs ou les mesures visant à limiter le pouvoir exécutif. La Constitution kényane de 2010, par exemple, a restreint certains des pouvoirs accordés au Président par la Constitution de 1963 et ses modifications successives, qui avaient renforcé les prérogatives de la présidence tout en affaiblissant les pouvoirs législatif et judiciaire. Plus récemment, les autorités sri-lankaises ont présenté au Parlement le XIX^e amendement à la Constitution, qui met fin à l'époque de la « présidence exécutive » en transmettant au Parlement certains des pouvoirs que la présidence avait accumulés au fil du temps au détriment des autres branches de l'État.

³⁹ Voir Stephen Holmes, « Precommitment and the paradox of democracy » dans *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge University Press, 1993).

⁴⁰ Rapport devant être présenté à l'Assemblée générale à sa soixante-dixième session.

5. Limitation de la compétence de la justice militaire

70. Dans la plupart des pays, les militaires ont leurs propres tribunaux car l'armée est soumise à des règlements, des lois et des codes de conduite distincts dont l'application, notamment celle des procédures disciplinaires, requiert des mécanismes spéciaux. Toutefois, le droit international énonce clairement que la compétence des juridictions militaires doit être limitée aux seules infractions militaires commises par des militaires, à l'exclusion des violations des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire⁴¹. Le fait de faire juger des civils par des tribunaux militaires, ou de juger des militaires pour des infractions autres que militaires est contraire au droit international. Contrevenir à ce principe clef est l'un des moyens les plus communs de dissimuler des violations commises par l'armée et de dégager les auteurs de leur responsabilité.

6. Établissement d'une cour constitutionnelle

71. De nombreux pays en transition, dont la quasi-totalité des pays qui font partie de la « troisième vague » de démocratisation⁴², ont établi une cour constitutionnelle indépendante, à l'instar essentiellement de l'Allemagne après la Seconde Guerre mondiale⁴³. L'établissement de juridictions de ce type permet d'opérer une distinction entre le jugement des affaires ordinaires et courantes et les décisions cruciales pour les droits fondamentaux. Cette distinction permet de surmonter habilement le dilemme auquel sont confrontés les pays qui n'ont pas confiance dans les juges nommés par le précédent régime pour trancher en dernier ressort les questions les plus fondamentales liées aux droits, mais qui ne peuvent pas se permettre de vérifier les antécédents des juges.

72. Cela étant, aucune juridiction ne peut à elle seule protéger les droits si d'autres branches de l'État sont déterminées à commettre des violations ou si des acteurs non étatiques sont décidés à perpétrer des exactions. De même, aucune juridiction ne peut se charger seule de soutenir l'état de droit face aux attaques des autres pouvoirs ou face à l'indifférence des citoyens⁴⁴. Les nominations aux cours constitutionnelles peuvent être manipulées et les juges contraints⁴⁵ ou corrompus ; par ailleurs, de nouveaux moyens de bouleverser l'ordre juridique sont apparus, contre lesquels les cours constitutionnelles ne sont pas armées⁴⁶.

73. Pour qu'une cour constitutionnelle protège les droits des personnes et prévienne les violations de façon efficace, elle doit notamment être habilitée à examiner les plaintes émanant de particuliers, grâce auxquelles les personnes peuvent dénoncer les atteintes portées à leurs droits par des actes ou des omissions de la puissance publique.

⁴¹ Voir l'Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, Principe 29.

⁴² Voir Samuel P. Huntington, *The Third Wave : Democratization in the Late Twentieth Century* (University of Oklahoma Press, 1993).

⁴³ Voir Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies : Contested Power in the Era of Constitutional Courts* (Cambridge University Press, 2015).

⁴⁴ Voir Bojan Bugarić, « A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe : “Lands in-between” democracy and authoritarianism », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n° 1, p. 219 à 245 (2015).

⁴⁵ Voir, par exemple, les allégations formulées récemment contre un membre de la Cour constitutionnelle du Burundi.

⁴⁶ Voir David Landau, « Abusive Constitutionalism », *UC David Law Review* (2013).

7. Adoption d'une nouvelle constitution

74. De nombreux pays sont tentés d'adopter une nouvelle constitution immédiatement après la transition. Certains ont réussi à le faire grâce à la maturité et à la retenue de leurs parlementaires, qui ont fait la fierté de la nation, comme ce fut le cas, par exemple, de l'Espagne en 1978 et, plus récemment, du Kenya en 2010 et de la Tunisie en 2014. L'adoption d'une nouvelle constitution est sans doute le moyen le plus puissant de distinguer le présent du passé et d'introduire les garanties et les protections qui manquaient ou qui étaient inefficaces jusqu'alors. Si le pays parvient à élaborer une nouvelle constitution consacrant une charte des droits et des principes de gouvernance et à la faire respecter, cette constitution deviendra probablement l'élément central de sa politique de non-récurrence.

75. Malheureusement, les constitutions sont, hélas, plus souvent violées qu'observées. Il se peut que l'étude d'ambitieuses questions « existentielles », typiques des débats constitutionnels, se révèle être une distraction au lendemain d'une transition, dans un contexte où les institutions étatiques peuvent être appelées à établir d'urgence leur capacité pour répondre à des besoins plus immédiats. La première phase d'une période de transition peut ne pas être la période la plus appropriée pour garantir que la constitution sera suffisamment inclusive ; cela peut être dû au fait que les acteurs politiques ne sont pas assez représentatifs ou que, faute d'opportunités antérieures dans les pays où les traditions politiques nécessaires ne sont pas ancrées, les acteurs de la transition ne sont pas assez rompus au discernement subtil qui est nécessaire pour formuler une constitution suffisamment stable et inclusive. Certains de ces facteurs peuvent conduire les participants aux débats constitutionnels à se montrer inflexibles car persuadés qu'il s'agit là d'une occasion à ne pas manquer. Tous ces éléments sont des obstacles dans le processus devant aboutir à la construction de fondations durables et bénéfiques pour tous.

76. Les pays ont donc peut-être intérêt à élargir leur éventail de possibilités en termes de réforme constitutionnelle pour y inclure, par exemple, l'adoption d'accords constitutionnels transitoires ou provisoires, comme l'a fait l'Afrique du Sud, ou encore le renouvellement progressif des dispositions constitutionnelles, comme en Hongrie et en Pologne après 1989⁴⁷. L'élaboration plus progressive d'une constitution peut réduire les enjeux pour toutes les parties prenantes et ainsi offrir la possibilité d'atteindre un consensus plus large sur des questions d'importance cruciale.

V. Interventions sociétales

77. La prévention ne consiste pas simplement à modifier les textes mais suppose des changements dans la pratique. Toute réforme juridique doit donc être soutenue par des initiatives propres à modifier les « dotations factorielles », notamment les ressources disponibles et, surtout, les capacités humaines.

78. La plupart des discussions sur les garanties de non-répétition sont axées sur la nécessité de réformer les organismes publics. Or, lorsque des violations massives ont été commises, les institutions de l'État sont souvent affaiblies, inefficaces et/ou corrompues. Même si leur intégrité n'est pas en cause et même si elles sont relativement compétentes, la portée de leur action risque d'être très limitée puisque, dans certains pays, la majorité des conflits sont réglés par des mécanismes informels.

79. La contribution des organisations de la société civile aux processus de transition a été analysée sous différents angles, notamment s'agissant de leur fonction de plaidoyer, leur rôle crucial dans la collecte et la conservation des éléments de preuve, leurs fonctions de

⁴⁷ Voir Vicki C. Jackson, « What's in a Name ? Reflections on Timing, Naming and Constitution-Making », *William and Mary Law Review*, vol. 49, n° 4 (2008).

contrôle et leurs initiatives en faveur de la réconciliation. Tous ces aspects revêtent une importance cruciale. Toutefois, dans le présent rapport, le Rapporteur spécial concentre sa réflexion sur un argument davantage axé sur la prévention. Il présente, en les ordonnant selon leur portée et leur complexité, plusieurs initiatives susceptibles de renforcer le potentiel préventif de la société civile, et il s'emploie par ailleurs à démontrer comment ce potentiel est, à de nombreux égards, la manifestation d'un « pouvoir d'agrégation » qui neutralise le « pouvoir de désagrégation » de la terreur et qui a pour effet de réduire le coût des actions en justice.

A. Mettre fin aux attaques et aux menaces et lever les obstacles

80. Un des moyens les plus sûrs de permettre à la société civile de contribuer au travail de prévention est tout simplement de se garder de persécuter, d'intimider et de harceler ses représentants, notamment les défenseurs des droits de l'homme⁴⁸.

81. Une autre étape consiste à écarter bon nombre des obstacles juridiques et pratiques qui ont été dressés contre la société civile de plus en plus souvent ces dernières années. Selon un rapport, « entre 2004 et 2010, plus de 50 pays ont envisagé ou adopté des mesures restreignant les activités de la société civile. Depuis 2012, plus de 90 textes de loi limitant la liberté d'association ou de réunion ont été proposés ou adoptés »⁴⁹. Les divers types d'obstacles créés par ces textes ont pour effet, par exemple, d'entraver les activités de terrain, la liberté de parole et de plaider, les échanges et la communication, les rassemblements pacifiques et l'accès à des financements.

82. Une telle volonté des gouvernements d'entraver les activités de la société civile vient confirmer une fois de plus l'importance de celle-ci. Cet élément de consolation ne dissipe toutefois nullement les multiples risques engendrés par les obstacles créés, notamment les violations du droit à l'intégrité physique et l'affaiblissement des capacités de suivi et de sensibilisation aux fins de la prévention des violations.

B. Autonomisation juridique

83. Un moyen plus dynamique de renforcer la société civile consiste à créer des programmes communautaires à l'intention de ceux qui ont traditionnellement été exclus de la protection qu'offre le droit, en particulier les femmes, dans le but précis de faciliter l'utilisation de la loi, du système et des services juridiques par les intéressés pour défendre leurs droits, de promouvoir la responsabilité publique et de régler les différends au plan local.

84. L'autonomisation juridique peut aider à rétablir le sentiment de maîtriser sa vie quand il a été érodé par des violations massives. Les initiatives menées en ce sens ont également servi de catalyseur pour les organisations sociales et conduit au renforcement des moyens et de la volonté des particuliers et des communautés de participer aux processus sociopolitiques, notamment les mécanismes de justice transitionnelle, ainsi que de la confiance dans ces processus. De manière générale, en permettant aux acteurs de la société civile de défendre leurs droits avec davantage d'assurance, l'autonomisation se traduit aussi par une volonté plus affirmée des intéressés de prévenir les violations à l'avenir.

⁴⁸ Voir A/HRC/25/55.

⁴⁹ Voir Douglas Rutzen, « Aid barriers and the rise of philanthropic protectionism », *International Journal of Not-for-Profit Law*, vol. 17, n° 1, p. 7 (mars 2015).

C. Créer des environnements favorables

85. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial invite à une réflexion et à des études plus approfondies sur la manière dont le renforcement de la société civile peut contribuer à la prévention. Dans ses rapports précédents, il relevait que sans la participation de la société civile, peu de progrès auraient été accomplis en matière de vérité, de justice et de réparation. En effet, c'est essentiellement grâce aux activités de mobilisation menées sans relâche par les organisations de la société civile que la question de la responsabilisation demeure une préoccupation politique dans les pays où des violations massives ont été commises. Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, on peut difficilement dissocier les efforts de l'Argentine pour rendre justice de la contribution d'organisations telles que Les Mères de la place de Mai et le Centre des études juridiques et sociales ; les efforts du Chili de la contribution de Vicaría de la Solidaridad ou ceux du Guatemala de l'action résolue du Centre d'action juridique pour les droits de l'homme.

86. La « société civile » ne devant pas être réduite aux seules « organisations non gouvernementales », il importe de rappeler que diverses parties prenantes, notamment les syndicats et les organisations religieuses, ont apporté une contribution essentielle à tous les processus de transition. Ainsi, même si son rôle sous la dictature en Argentine et en Espagne, ou pendant le génocide rwandais, a suscité des interrogations, l'Église catholique a contribué de façon notable à l'établissement des responsabilités au Chili, en Uruguay et, jusqu'à présent, au Burundi. De la même manière, les syndicats ont joué un rôle crucial dans nombre de processus de transition, notamment en Afrique du Sud, en Pologne et, plus récemment, en Tunisie.

87. La plupart des processus de transition sont allés de pair avec une « libéralisation » qui a provoqué, sur le long terme, la désaffection à l'égard des syndicats et des églises, dont les contributions tendent ainsi à passer inaperçues. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial insiste toutefois sur leur importance, non seulement par souci de vérité historique, mais aussi parce qu'un tel rappel donne une bonne indication du type de société civile qu'il convient de construire si l'on croit à la prévention.

88. À l'autoritarisme, qui continue de mettre en danger les droits de l'homme, sont venues s'ajouter d'autres menaces. Bien qu'elles soient de nature très différente, ces menaces systématiques pour les droits ont un point commun : la violence ou les menaces de violence sapent la confiance civique et créent une réaction négative en chaîne qui est à la fois la cause et la conséquence de la perpétuation de la violence.

89. Il importe par conséquent de renforcer la société civile. Les rapports précédents, qui étaient davantage axés sur les questions de réparation, insistaient nécessairement sur le fait qu'une société civile forte permettait de réduire les coûts et les risques liés aux actions en justice, tant pour les particuliers que pour les groupes. Il est difficile de parler de prévention sans insister sur le fait que dans une société civile solide, où les particuliers et les groupes peuvent exercer leurs droits, il est moins probable que ces droits soient violés.

90. La société civile ne pouvant être réduite à des institutions formelles, il serait erroné de concevoir le projet de la renforcer en s'appuyant sur un processus de réforme institutionnelle type. De par sa nature même, la société civile ne relève pas de l'État et répond donc différemment aux initiatives prises par ce dernier.

91. Plusieurs éléments peuvent contribuer au renforcement et à l'amélioration du potentiel préventif de la société civile, parmi lesquels : a) la promotion active des libertés fondamentales, telles que la liberté de réunion et d'association pacifiques et la liberté de religion ; b) la création d'un système éducatif permettant non seulement d'acquérir des compétences adaptées au marché du travail mais aussi un esprit critique ; et c) la préservation, au-delà de la simple levée des obstacles au bon fonctionnement des organisations non gouvernementales, des traditions d'ouverture, de transparence et de consultation.

VI. Interventions dans les sphères culturelle et individuelle

92. Outre les interventions dans les domaines des institutions publiques et de la société civile, il faut intervenir dans les sphères culturelle et individuelle pour provoquer des changements durables et assurer, notamment, la non-répétition. La culture et les structures de la personnalité étant généralement les piliers de la stabilité et de la continuité des relations sociales, il est impossible de changer l'une ou les autres par décret de façon directe et immédiate, ce qui ne signifie pas pour autant qu'elles soient immuables.

A. Éducation

93. Dans les contextes de transition, l'éducation peut être un instrument efficace de non-répétition. Compte tenu de son potentiel de formation, l'éducation peut favoriser l'élaboration de nouvelles règles, réalisant un équilibre entre la contestation des récits du passé et la promotion d'une culture de dialogue et de citoyenneté démocratique à travers les générations. Une approche de l'éducation fondée sur la justice de transition peut grandement contribuer à adapter les buts des réformes éducatives au contexte de l'après-conflit/répression et à renforcer leur potentiel de prévention de la répétition des violations grâce, par exemple, à l'élucidation des causes types des conflits, en particulier les pratiques d'exclusion et l'autoritarisme dans les systèmes scolaires⁵⁰.

94. L'enseignement de l'histoire revêt une importance particulière : si on l'envisage comme un système de recherche et non comme un outil visant simplement à préserver des données et à s'en souvenir, on peut par cet enseignement familiariser les citoyens à l'analyse et au raisonnement critique⁵¹. Dans les contextes de transition, les faits historiques sont souvent manipulés à des fins politiques et idéologiques par la diffusion de récits qui manquent d'objectivité et écartent toute possibilité d'éclairage distinct. Les différents groupes sociaux, en particulier dans les sociétés divisées sur le plan ethnique, peuvent apprendre des versions différentes, voire antagoniques, d'une même histoire⁵². De même, le fait de gommer certains faits historiques, comme cela se pratique dans certains contextes, favorise les postures identitaires de ceux qui se sont combattus⁵³. De telles pratiques risquent de perpétuer les divisions et les conflits au lieu d'en prévenir la répétition.

B. Arts et culture

95. Les moyens d'action culturels, par exemple les musées, les expositions, les monuments et les représentations théâtrales, peuvent être utiles non seulement aux victimes, mais aussi à la population en général⁵⁴. Certains moyens d'action artistiques et culturels, propres à susciter l'empathie, sont aussi des outils parfaitement adaptés pour « assurer la visibilité » des victimes et des effets de la victimisation et pour rendre compte, surtout sur le long terme, des conséquences particulièrement complexes des violations commises pour les particuliers et les communautés. Par ailleurs, certains moyens d'expression artistique offrent aux victimes la possibilité de partager leurs expériences et y compris – ce qui illustre tout le potentiel de ces interventions – de se mettre à la place d'autrui, un plaignant par exemple.

⁵⁰ Voir Clara Ramírez Barat et Roger Duthie, *Education and Transitional Justice. Opportunities and Challenges for Peace Building* (Centre international pour la justice transitionnelle et Fonds des Nations Unies pour l'enfance, à paraître).

⁵¹ Voir A/HRC/27/56/Add.1, par. 34.

⁵² Voir A/68/296.

⁵³ Voir Harvey M. Weinstein *et al.*, « School voices : challenges facing education systems after identity-based conflicts », *Education, Citizenship and Social Justice*, vol. 2, n° 1, p. 66 (mars 2007).

⁵⁴ Voir A/HRC/25/49.

C. Archives

96. Constituer des archives répertoriant les cas de violations massives peut contribuer à la prévention. L'accès à des archives bien préservées et protégées, outre qu'il constitue un outil pédagogique de lutte contre le déni et le révisionnisme, permet d'assurer l'accès des générations futures à des sources primaires, ce qui présente un intérêt direct du point de vue de l'enseignement de l'histoire. L'ouverture par l'Allemagne, après 1989, des dossiers de la Stasi en est un exemple notable. L'ouverture des dossiers contribue directement au processus de réforme de la société.

97. On constate toutefois un manque de cohérence dans la mise à disposition des archives des mécanismes de justice transitionnelle, y compris les commissions vérité⁵⁵. Pour y remédier, le Rapporteur spécial a élaboré, à titre de première étape et à l'issue d'une série de consultations avec des experts, un ensemble de recommandations générales fondées sur le droit de savoir. Par cet ensemble de recommandations (voir l'annexe), il s'agit de donner aux commissions vérité et aux autres parties prenantes des indications sur leur futur travail d'archivage.

D. Prise en charge post-traumatique et soutien psychosocial

98. Le soutien psychosocial ou la prise en charge post-traumatique n'ont été que rarement retenus comme éléments d'une stratégie globale de non-répétition. Les violations massives peuvent être à l'origine de problèmes de santé⁵⁶, ce qui est une source de perturbations à la fois pour les particuliers et pour la société, et appelle des mesures davantage axées sur la psychologie. Des problèmes identitaires, individuels ou collectifs, de nature à compromettre les changements sociaux, comptent parmi les difficultés susceptibles de se poser. Des événements traumatiques laissés sans réponse risquent en outre d'enfermer les pays concernés dans des cycles de violence répétés.

99. Après la chute d'un régime autoritaire ou dans les contextes d'après-conflit, la confiance est souvent entamée, tant d'un point de vue vertical – entre l'État et la population – qu'horizontal – entre individus et entre communautés. Or, la confiance est le socle de la promotion d'une culture de la légalité, cadre propice à la réconciliation et condition préalable nécessaire à une véritable communication entre les victimes et les autorités et, plus généralement, entre les groupes sociaux.

100. Lorsque des abus structurels ou des violences systématiques viennent s'ajouter à des traumatismes laissés sans réponse, d'importants conflits ou de nouvelles violences risquent d'éclater. De plus, quand les inégalités, la pauvreté et le chômage sont criants, et lorsque la dignité de l'individu et l'estime de soi sont gravement bafoués au quotidien, la violence peut devenir le seul moyen pour les particuliers de reprendre le contrôle de leur vie.

101. La prise en charge post-traumatique peut être utilisée pour dépasser et transformer l'identité en tant que victime/auteur des violations, et permettre d'importants progrès dans la voie d'un règlement. La victime pourra de nouveau participer pleinement à la société et l'auteur des violations reconnaîtra et assumera ses responsabilités. Une telle évolution peut aider à briser le cercle de la violence qui, en amenant les « victimes à devenir des bourreaux », perpétue le cycle des violations massives⁵⁷.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Voir, par exemple, pour le Pérou, Lisa J. Laplante, « Linking Peacebuilding and health in post-conflict settings », à l'adresse suivante : www.frient.de/publikationen/dokumente/library/linking-peacebuilding-and-health-in-post-conflict-settings.html.

⁵⁷ Voir S. Servaes et N. Birtsch, « Engaging with victims and perpetrators in transitional justice and peace building processes », compte rendu de l'atelier publié par le « Working Group on Development

102. Tout en soulignant la nécessité de considérer la prise en charge post-traumatique comme une composante essentielle des politiques publiques visant à garantir la non-répétition, le Rapporteur spécial met en garde contre l'utilisation du soutien psychologique pour « minimiser » l'importance des réformes institutionnelles. La prise en charge post-traumatique et les efforts de la société civile devraient être considérés au contraire comme un « mécanisme d'apaisement » propre à garantir l'effet concret de ces réformes au plan individuel.

VII. Observations et recommandations

103. **Le Rapporteur spécial demande qu'une attention plus soutenue soit accordée aux problèmes soulevés par l'exercice effectif des droits dans les domaines où la gouvernance est faible et, en particulier, aux difficultés soulevées par la protection des droits des groupes et des particuliers marginalisés. Il faut redoubler d'efforts au plan normatif et dans la pratique pour assurer la protection des droits des intéressés, notamment les civils pris au piège d'échange de tirs pendant un conflit.**

Niveau institutionnel

104. **Le Rapporteur spécial appelle les États à adopter, au lendemain d'un conflit et/ou d'une période de répression, les mesures nécessaires pour permettre l'enregistrement des naissances et donner à chacun les moyens d'obtenir ou de retrouver la personnalité juridique, ainsi que pour améliorer l'accès aux mécanismes d'enregistrement, grâce à des unités itinérantes aux échelons local et communautaire et à des procédures simplifiées, adaptées aux circonstances dans lesquelles se trouvent les intéressés, par exemple, lorsqu'ils ont dû se déplacer ou sont séparés du reste de leur famille. Des mesures doivent être prises pour assurer l'accès de chacun, sans discrimination, à un système d'enregistrement des faits d'état civil pleinement opérationnel, universel, obligatoire, permanent, continu et gratuit, propre à garantir la confidentialité des données personnelles et respectueux des sensibilités culturelles, notamment les particularités religieuses ou culturelles propres aux minorités et groupes autochtones.**

105. **Le Rapporteur spécial prie également les États d'adopter des politiques de non-répétition prévoyant la ratification des traités pertinents et soulignant la nécessité d'éviter ou de retirer les réserves susceptibles de mettre en cause l'objet et le but de l'instrument concerné. Ces ratifications devraient s'accompagner de stratégies visant à transposer effectivement les dispositions en droit interne et à les mettre en œuvre. Les États devraient envisager d'accorder la priorité à la ratification des traités se rapportant précisément à des violations massives des droits de l'homme et à des violations graves du droit international humanitaire telles que la torture, la violence sexuelle et sexiste, les exécutions extrajudiciaires, la détention arbitraire, les disparitions forcées, la discrimination institutionnalisée, le déplacement et l'exil forcés et les crimes constitutifs de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre ou de génocide. Le Rapporteur spécial exhorte tous les États à ratifier la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.**

and Peace » (FriEnt) et par le « Centre for Peacebuilding » (KOFF) (octobre 2008). Disponible à l'adresse suivante : www.frient.de/nc/en/publications-service/documents/library/engaging-with-victims-and-perpetrators-in-transitional-justice-and-peace-building-processes.html.

106. Les États devraient engager les réformes nécessaires pour aligner pleinement leur législation relative à l'état d'urgence, à la sécurité ou à la lutte contre le terrorisme sur les normes internationales relatives aux droits de l'homme. Ces réformes devraient prévoir expressément que certains droits ne sont pas susceptibles de dérogation et définir les éléments des critères d'opportunité, de nécessité et de proportionnalité. Il importe que la législation soit conforme aux normes internationales, notamment le principe de légalité, le droit à une procédure régulière et le droit à un procès équitable. De plus, les activités dites terroristes devraient être définies de manière suffisamment claire et précise pour que les particuliers puissent régler leur conduite en conséquence. Par ailleurs, les définitions des infractions terroristes devraient être strictement limitées aux activités supposant l'utilisation de moyens violents ou graves contre des civils ou qui y sont directement liées.

107. Les États devraient en outre envisager des méthodes de sélection du personnel judiciaire compatibles avec la séparation des pouvoirs, l'indépendance du judiciaire et les garanties d'une procédure régulière. Un appareil judiciaire qui serait tenu pour complice de violations ou inefficace, et qui perdrait de ce fait la confiance de la population, ne serait plus en mesure de s'acquitter de ses missions de répression ou de prévention. Le fait d'engager la réflexion sur le rôle de l'appareil judiciaire dans les violations commises étant propre à favoriser à la fois la confiance et la prévention, la formation du personnel judiciaire, et les réformes judiciaires elles-mêmes, devraient porter sur cet aspect.

108. Le Rapporteur spécial appelle les États à inclure dans leurs politiques des initiatives visant à renforcer l'indépendance du judiciaire, tant au plan interne (individuelle) qu'externe (institutionnelle). Il les engage à s'assurer que leurs systèmes judiciaires sont conformes aux normes pertinentes, notamment les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature. En contrôlant les autorités de l'exécutif et en réglant les conflits de manière impartiale et indépendante, les appareils judiciaires peuvent jouer un rôle déterminant dans la prévention des violations.

109. Le Rapporteur spécial appelle en outre les États à doter leurs appareils judiciaires des compétences spéciales nécessaires pour qu'ils puissent s'attaquer de manière stratégique aux atrocités de masse et démanteler les réseaux criminels. La mise en œuvre de telles stratégies est une des principales contributions que les appareils judiciaires peuvent apporter à la prévention des violations. De même, le Rapporteur spécial exhorte les États à acquérir les compétences nécessaires pour détecter et prévenir d'autres violations massives qui sont monnaie courante dans de nombreuses régions, par exemple la torture. Même si la création d'entités spécialisées est parfois le meilleur moyen d'exercer des compétences judiciaires spéciales, aucune juridiction spéciale – militaire ou non – ne devrait avoir pour effet d'affaiblir les prérogatives visant à garantir et à appliquer les droits élémentaires.

110. Dans les contextes de transition, les États devraient envisager des modifications ou des réformes constitutionnelles visant à consacrer un ensemble de droits et de structures de gouvernance propres à jeter les bases d'un « nouvel » État. Cela peut être fait en complétant la constitution en vigueur, en la modifiant provisoirement ou en la révisant intégralement. La consécration des principes de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance du judiciaire et du rôle non partisan des forces de sécurité, et l'adoption d'une charte des droits sont les signes d'un nouveau départ. Une attention spéciale devrait être accordée à la mise en place de mécanismes solides de contrôle, de responsabilisation et de protection des droits de l'homme en créant, notamment, une cour ou une chambre constitutionnelle susceptible d'être saisie par les particuliers.

111. Les tribunaux militaires ne devraient être compétents que pour juger les militaires exclusivement accusés d'avoir commis des infractions militaires, à l'exclusion des violations des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire.

Société civile

112. Le Rapporteur spécial appelle les États à prendre des mesures visant à prévenir toute persécution, attaque, menace, intimidation et tout harcèlement à l'encontre de représentants de la société civile. Les États devraient mettre en place des mécanismes de protection en faveur des organisations de la société civile menacées, notamment des systèmes d'alerte précoce, et des mesures de protection physique, tout en veillant à ce que des enquêtes rapides et impartiales visant à établir les responsabilités soient menées en cas de violations. Cela suppose des messages clairs et convaincants de la part des plus hautes autorités sur la politique de tolérance zéro à l'égard de tels actes et attaques d'intimidation contre des acteurs de la société civile, et suppose aussi que le rôle essentiel des intéressés dans la construction de démocraties justes, inclusives et tolérantes soit publiquement reconnu.

113. Le Rapporteur spécial prie également les États d'abroger ou de modifier les dispositions excessivement contraignantes ou qui imposent des procédures bureaucratiques trop lourdes et onéreuses propres à entraver la participation de la société civile de manière significative. À cette fin, il convient notamment : a) de réformer les mécanismes d'enregistrement, de manière à exclure la possibilité que l'enregistrement soit refusé pour des motifs vagues ; b) de modifier les exigences procédurales excessives ; c) de supprimer les conditions d'autorisation préalable pour permettre la tenue spontanée de réunions pacifiques et de veiller à ce que les mécanismes de notification préalable, lorsqu'ils existent, soient légitimes et garantissent l'exercice du droit de réunion pacifique, la protection de la sécurité et de l'ordre publics, ainsi que les droits et libertés d'autrui ; d) de prévoir des règles définissant les activités illégales de manière précise ; e) de prévenir l'interprétation arbitraire des dispositions réglementaires ; f) de modifier les dispositions légales qui empêchent les organisations de recevoir l'aide de certains donateurs, par exemple des financements extérieurs ; g) de revoir les dispositions légales qui imposent des restrictions excessives à la liberté d'expression et qui incriminent les opinions dissidentes ou critiques ; h) d'empêcher les activités de surveillance arbitraire ou illégale ; i) de garantir un véritable accès aux outils de cryptage et de préservation de l'anonymat des échanges en ligne ; et j) de protéger la confidentialité des sources.

114. Les États devraient créer les conditions économiques, politiques, juridiques, sociales et culturelles propres à renforcer, de manière énergique, les compétences et les capacités nécessaires à la population pour s'engager, tant au plan individuel que collectif, dans des activités sociales et civiles et promouvoir les principes de participation, de non-discrimination, de dignité, de transparence et de responsabilité. Les conditions essentielles devant être réunies à cette fin sont notamment les suivantes : a) un environnement politique et public favorable fondé sur un cadre juridique et pratique conforme aux normes internationales relatives aux droits de l'homme ; b) l'accès aux mécanismes internationaux et régionaux de défense des droits de l'homme et la coopération effective avec des institutions nationales des droits de l'homme indépendantes ; c) l'accès à l'information ; d) des mesures et des ressources spéciales à l'intention des groupes marginalisés afin qu'ils puissent s'intégrer et participer, et que leur voix soit entendue parmi celles des autres acteurs de la société civile ; e) la possibilité pour la société civile de participer aux processus de prise de décisions ; et f) l'octroi de financement et la garantie de la stabilité financière grâce, notamment, au versement de subventions publiques.

115. Les États devraient aussi appuyer les programmes d'autonomisation juridique, en veillant à ce qu'ils soient accessibles à une part suffisamment importante de la population et à ce qu'ils s'accompagnent d'effets à long terme, susceptibles de modifier les attitudes et les comportements. À cette fin, les États devraient notamment : a) établir des partenariats entre les différents acteurs, notamment les donateurs (internationaux), les points de contact gouvernementaux et les chefs communautaires ; b) fournir un appui logistique et financier durable ; et c) créer, aux échelons local, national et international, des réseaux de particuliers et de groupes se renforçant mutuellement.

Sphères culturelle et individuelle

116. Le Rapporteur spécial appelle les États à prévoir, dans leurs politiques de non-répétition, des réformes éducatives, des interventions culturelles, notamment des commémorations, et des archives. Il exhorte les États à accorder davantage d'attention à ces questions à l'avenir et à coopérer à cette fin avec les autres procédures spéciales.

117. Le Rapporteur spécial appelle également les États à considérer l'ensemble de recommandations générales relatives aux commissions vérité et aux archives, qui figure en annexe, comme un aspect important des travaux du Conseil des droits de l'homme sur la justice transitionnelle.

118. Les États devraient veiller à ce que l'enseignement de l'histoire vise à stimuler l'esprit critique ainsi que l'apprentissage et le débat analytiques, pour faciliter une approche comparative, tenant compte des points de vue des uns et des autres, et une meilleure compréhension des défis actuels de l'exclusion et de la violence.

119. Les États devraient également veiller à ce que la prise en charge post-traumatique et l'aide psychosociale soient considérées comme des composantes essentielles de la justice transitionnelle. Ils devraient aussi en souligner l'importance cruciale pour rétablir le contrat social – c'est-à-dire la relation entre l'État et les particuliers – et la cohésion sociale – c'est-à-dire les relations entre particuliers – au sortir de périodes de violence et/ou d'oppression prolongées. Le Rapporteur spécial tient à souligner combien il importe d'atteindre ces objectifs pour offrir aux victimes et à la société les meilleures garanties possibles de non-répétition.

120. Le Rapporteur spécial appelle les États à créer une culture durable de non-répétition en veillant à ce que, dans les contextes de transition, la prise en charge post-traumatique soit axée non seulement sur l'aide aux particuliers et aux familles « au quotidien », mais également sur des interventions exploitant et renforçant la résilience et les mécanismes pertinents des communautés et de la société dans son ensemble. À cet égard, pour ce qui est des enfants, des adolescents et des adultes, la question du travail post-traumatique devrait être prise en compte dans les réformes éducatives et dans l'éducation elle-même.

121. Le Rapporteur spécial appelle aussi les États à travailler plus avant sur les initiatives psychosociales et à les soutenir de manière à atténuer l'immense souffrance des victimes et à mettre fin aux cycles de violence. Selon lui, considérer que le fardeau de la prévention peut être assumé par la seule mise en œuvre de mesures répressives revient non seulement à surestimer les capacités des systèmes de justice pénale, mais aussi à sous-estimer l'importance d'autres types d'intervention.

Annexe

[Anglais seulement]

Set of general recommendations for truth commissions and archives

Introduction

1. Many post-authoritarian and post-conflict societies are faced with enormous challenges in the preservation and disposition of records containing information on gross human rights violations and serious violations of international humanitarian law. In many cases, secrecy, national security concerns, and poor archival practice stand in the way of guaranteeing the right to know the truth.
2. Archivists have, over time, developed sophisticated technical expertise and knowledge on all relevant issues regarding archives, including preservation, accessibility, and management. However, there is a striking gap between technical archival expertise and practice. Policies and practices that fall short of international standards risk the loss of records containing an important part of a society's heritage and hence hamper the possibility of accessing documentary evidence and support for efforts to achieve truth and justice.
3. Indeed, archives are relevant and can make significant contributions to each of the pillars of transitional justice, not merely truth and justice. At the same time, transitional justice measures can contribute to a country's archival system. Beyond the fact that transitional justice measures generate records themselves, truth commissions, trials, reparations programs and other transitional justice initiatives can contribute to improving archival practice both by the way they implement relevant standards with respect to their own documents, and because some of them, particularly truth commissions, are in a good position to make comments and recommendations about archival reform in general.
4. That potential, however, has not been consistently realized. Even truth commissions, both in post-authoritarian and post-conflict settings, manifest a significant gap between expertise and actual practice. There is little consistency in the disposition of truth commission archives, in the regimes that govern subsequent access to them, and in the recommendations that truth commissions make concerning archival systems.
5. In the conviction that these gaps need to be addressed, the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence in his 2013 report to UN Human Rights Council on truth commissions (A/HRC/24/42) "calls for the development of international standards on archiving" for truth commissions. What follows is intended to contribute to the development of such standards. Part I contains recommendations *for* truth commissions pertaining to their own operations and the disposition of their archives, and Part II comprises recommendations that truth commissions *can make* regarding the establishment of national archival policies concerning

records that contain information about gross human rights violations and serious violations of international humanitarian law.⁵⁸

6. As a general point, the Special Rapporteur would like to take the opportunity to reiterate the call on States to provide full support to truth-seeking mechanisms throughout their whole life-cycle, which includes access to records containing information on gross human rights violations and serious violations of international humanitarian law, in order for them to be able to effectively and independently implement their mandate.

I. Recommendations for truth commissions

In the context of their operations, truth commissions are encouraged to:

7. *Build* provisions for the eventual disposition of their records, guaranteeing both their safety and accessibility. This needs to be done in the early stages of planning their operations; a commission needs to decide who will be responsible for managing the records, where they will be stored in the short and long term, and how access to them will be controlled.

8. *Engage* archival expertise in making and implementing those provisions during the life of the truth commission, and in this context take advantage of national (National Archives and Archival Associations) and international assistance and advice (e.g. International Council on Archives, Archivists without Borders);

9. *Plan* to deposit their archives in the country where the violations occurred and the commission operates, preferably in existing national archives, duly taking into account considerations of the security, integrity and accessibility of the archives. New and specialized archives may need to be created until such time as the national archives are able to adequately handle records of truth commissions. In the event of the possible loss, mutilation, poor preservation or destruction of the records in the country of origin, truth commissions should keep a complete, scanned and/or digitalized copy of the records in a secure facility outside the country or consider temporary preservation in a secure repository in a second jurisdiction or with an international institution;

10. *Consider* criteria having to do with preservation, accessibility, and trustworthiness of the host institution in deciding on the adequate repository.⁵⁹

11. *Stipulate* that the access policy of truth commission archives should maximize public accessibility, while respecting applicable privacy concerns, including in particular assurances of confidentiality provided to victims and other witnesses as a precondition of their testimony. Access to truth commission archives may not be denied on grounds of national security or other grounds unless the restriction is in full compliance with international human rights law;

12. *Note* that maximizing future accessibility has an impact on many operations of a commission throughout its lifetime, including, for example, on the process of taking statements and other contact with victims and witnesses who should be advised that their

⁵⁸ Both sets of recommendations build on well-established definitions on the “right to know” and on “archives” as stipulated in, among other places, the Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity; see report of the independent expert Diane Orentlicher to update the Set of principles to combat impunity, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005.

⁵⁹ For example, ISO 16363 defines a practice for assessing the trustworthiness of digital repositories.

contributions to the commissions may be accessible in the future under specified conditions;

13. *Establish* guidelines for access to truth commission records, which shall take into account:

(a) General access rules, such as what was previously public should remain public; victims, families, investigative and prosecutorial authorities, as well as legal defense teams, should have unhindered access to information on their specific case; there should be a presumption of public access to all State information with only limited exceptions; a procedure to make effective the right of access should be established; whatever access rules are determined for various categories of potential users (for example, victims, legal representatives, journalists, academics, and members of the general public) should apply to all members of the given category without discrimination;

(b) Categorization of records enabling familiar distinctions between types of documents (e.g. reports of own investigations, records of own meetings, victims' testimonies, documents obtained from other institutions, organizations, or private persons etc.) that will allow for a differentiated approach in facilitating access, in accordance with general access rules, to each type of document/collection;

(c) The need for effective mechanisms of reference services, as well as new technological advances in managing archives;

14. *Develop*, with the support of national and international expertise and assistance, provisions and measures to secure and preserve national archives, including by building effective and sustainable record management and archival systems, which includes, i.a., secure and adequate premises and clear appraisal policies;

15. *Elaborate* policies concerning relevant records and archives of non-State actors, including private businesses, so as to maximize effective management and access of these records by the truth commission.

II. Possible recommendations by truth commissions

16. Regarding their recommendations on archives and the establishment of national archival policies that concern records containing information on gross human rights violations and serious violations of international humanitarian law, truth commissions are encouraged to:

17. *Address* the issue of reform of national archival legislation and institutions to encourage the establishment of modern, accessible, and reliable archives which are essential for the long-term preservation and use of records containing information on gross human rights violations and serious violations of international humanitarian law. Recommendations should include that reform efforts ought to be conducted with the participation of public institutions, civil society, and archival experts;

18. *Make* recommendations to preserve and actively use national archives, including archives of security services;

19. *Call for* independent oversight over the archives, including of archives of formerly repressive regimes;

20. *Recommend* the creation of archival laws, freedom of information legislation, data protection legislation and transparency requirements within other laws, which take into account the right to information, the right to know the truth, and the specificity of the records dealing with human rights violations and violations of international humanitarian law;

21. *Recommend* to the responsible authorities that they increase the capacity and where necessary the resources of State and local archival actors;
 22. *Recommend* the provision by the State of information to the public on legal and practical requirements for access to archives;
 23. *Promote* the establishment of comprehensive National Archival systems, including non-governmental records, especially those that are relevant to gross human rights violations and serious violations of international humanitarian law. Improvements in the regulation, disposition, protection and access to non-governmental archives (which does not involve the centralization of *all* records) will contribute to the establishment of such comprehensive systems, in accordance with international standards;
 24. *Recommend* to the responsible authorities that they facilitate the work of civil society in the area of archives and ensure an enabling environment in this respect, in accordance with international standards;
 25. *Reiterate* that access to archives, containing records with information on gross human rights violations and serious violations of international humanitarian law, may not be denied to the public on grounds of national security unless the restriction is in full compliance with international human rights law.
-