

Chronique de justice transitionnelle – Afrique australe

*Xavier PHILIPPE*¹

Sommaire de la chronique

Introduction

I. Le rapport

II. Les réparations

III. L'immunité de poursuites : sanctions ou non-sanction, telle est la question ?

Conclusion

567

INTRODUCTION

Cette première chronique de l'*Annuaire de Justice pénale internationale et transitionnelle* relative à l'Afrique australe ne répondra pas aux standards habituels d'une chronique correspondant à un panorama analytique d'une année de justice transitionnelle sur l'ensemble du territoire concerné. Nous voudrions plutôt la consacrer à une expérience de justice transitionnelle qui, sans être la

¹ Professeur de droit public à l'Université d'Aix-Marseille et Co-Président de l'Association Francophone de Justice Transitionnelle.

première¹, a marqué l'émergence de la justice transitionnelle en tant que champ d'action et d'étude. Si l'année 1994 a été celle de la commémoration de la catastrophe humaine que fut le génocide rwandais, l'année 1995 constitue celle de la célébration de la création de la Commission Vérité et réconciliation sud-africaine. Expérience innovante et atypique, la Commission sud-africaine a fait couler beaucoup d'encre et de discours tant lors de sa création que de son fonctionnement ou des appréciations qui ont pu être portées sur elle. Ses partisans ont souligné l'originalité de la réponse en termes de justice dans une société en phase post-confliktuelle alors que ses détracteurs ont souligné le caractère factice du processus et son incapacité à apporter les réponses promises. Pourtant quelles que soient les positions adoptées à son égard, cette Commission sud-africaine aura constitué un tournant dans l'ère des réponses apportées en termes de justice post-confliktuelle.

En adoptant en 1995 la loi de promotion de l'unité et de la réconciliation nationale², le législateur sud-africain a non seulement mis en œuvre une disposition de la Constitution intérimaire du 22 décembre 1993 mais a également emprunté un chemin dont il ne connaissait pas les implications à long terme. Inspirée des expériences argentine et chilienne, la Commission Vérité et réconciliation cherchait avant tout à répondre à l'impossibilité de tenir des procès et à la nécessité immédiate de répondre aux besoins des victimes. Si la Commission a espéré innover en offrant non seulement des réponses immédiates à celles et ceux qui les réclamaient, elle a également voulu innover en misant sur la cicatrisation des plaies du passé et en faisant le pari d'une réconciliation future de la société. Ce pari a-t-il été tenu ?

Cette chronique se propose, aussi objectivement que possible, d'essayer de tirer les enseignements de cette expérience vingt ans après sa création. Que reste-t-il aujourd'hui des travaux et résultats de cette Commission ? En quoi la Commission a-t-elle été un moyen de réconcilier la société sud-africaine avec elle-même ? Les victimes ont-elles retrouvé leur place au sein de la société et les auteurs des violations ont-ils, malgré leur maintien en liberté, payé néanmoins le prix du passé ? Ce regard sur soi-même a-t-il facilité la reconstruction de la nation « arc-en-ciel » ? Autant de questions auxquelles il est difficile de répondre avec certitude. Il existe cependant des traces probantes que la Commission vérité et réconciliation a laissées dans la société sud-africaine. Nous voudrions les axer autour de trois thèmes pour essayer d'évoquer en quoi elles ont essaimé auprès d'autres commissions du même genre.

1 On peut ici penser à l'Argentine ou au Chili. Les Commissions vérité et réconciliation ont été à l'origine plutôt conçues comme des commissions d'établissement des faits chargées de recueillir des informations sur un ou plusieurs événements ainsi que de qualifier juridiquement une situation. Certaines d'entre elles ont été institutionnalisées comme par exemple celle qui figure à l'article 90 du 1^{er} Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 8 juin 1977.

2 *Promotion of National Unity and Reconciliation act 34 of 1995*, disponible sur : <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-034.pdf>>.

I. LE RAPPORT

Le rapport de la Commission Vérité et réconciliation sud-africaine³ a été, reste et restera la pierre angulaire visible du système de justice transitionnelle sud-africaine. Composé de plusieurs milliers de pages, d'histoires individuelles, d'analyse et de décryptage de la situation sous le régime d'apartheid, l'ensemble du texte constitue le résultat du regard que la Commission, mais aussi et avant tout que celles et ceux qui ont témoigné devant elle ont porté sur un passé complexe et douloureux. Si l'on rapporte cette contribution aux composantes de la justice transitionnelle, le rapport est la manifestation de la vérité acceptée par les différents protagonistes. Ce n'est peut-être – et même certainement – qu'une approximation de toutes les vérités révélées car les mémoires, même les plus empreintes d'honnêteté, ne sont pas infaillibles. Toutefois, cette approximation de la vérité n'est pas seulement une succession d'histoires. Elle correspond à une acceptation de la vérité, d'une vérité qui retrace les moments les plus sombres de l'histoire de l'apartheid. Cette vérité est aujourd'hui écrite. Elle a été filmée⁴. Elle ne peut plus être remise en cause. Elle offre un panorama complet de ce que le régime d'alors a été. Le rapport cristallise la vérité et transmet à l'histoire le soin de l'analyser.

Que reste-t-il du rapport de la Commission vérité et réconciliation aujourd'hui ? Rendu public en 1998, il a été publié et mis en accès libre *via* les ressources électroniques. Il a été également diffusé auprès du grand public par la presse⁵. Le rapport reste, tout d'abord, un document unique d'un point de vue scientifique dans la mesure où il a cristallisé les témoignages des acteurs et les a rendus accessibles. Si les preuves matérielles n'ont pas manqué, les témoignages des vivants ont représenté une opportunité unique de voir et de comprendre les ressorts d'une violence quotidienne racontée par les acteurs de ce drame. Il demeure une source d'analyse et sa structure permet de continuer aujourd'hui à en faire un instrument de travail et de recherche pour les chercheurs et les acteurs de la justice transitionnelle appliquée⁶. Cet impact reste cependant limité à des cercles restreints et si seule cette trace restait, elle constituerait un appert limité à l'ensemble de la justice transitionnelle.

³ Ce rapport est intégralement disponible sur le site du ministère de la Justice sud-africain à l'adresse suivante : <<http://www.justice.gov.za/trc/report/>>. Il a également été publié en 7 volumes par l'éditeur juridique sud-africain Juta.

⁴ Les auditions de la Commission ont été intégralement filmées et restent archivées. Certaines productions cinématographiques en ont fait des documents d'étude ou des produits pédagogiques. V. par exemple « Truth, Justice, Memory » collection de 12 CD avec un guide pour l'enseignement de la justice transitionnelle : <<http://www.ijr.org.za/publications/TruthJustice-Memory.php>>.

⁵ La promesse d'une version accessible et à but éducatif n'a cependant pas été tenue engendrant une critique sur l'accessibilité et la transmissibilité du contenu du rapport. Sur ce plan, la valorisation du contenu du rapport reste à effectuer.

⁶ *Truth and Reconciliation in South Africa - The Fundamental Documents*, IJR Publications 2008.

Il serait faux d'affirmer que le rapport reste un bréviaire auquel les autorités ou la population continuent de se référer. Il n'a pas non plus vocation à demeurer un rappel permanent de ce qu'a été le passé, telle une épée de Damoclès. Lorsque la Commission Vérité et réconciliation siégeait, elle utilisait dans ses messages médiatiques la formule « *la route à suivre pour cicatriser* », signifiant par là qu'il fallait parler pour pouvoir guérir et refermer les blessures. Le but du rapport n'a donc jamais été de rappeler en permanence ces événements mais de les faire connaître au grand jour. Le Président de la Commission lui-même, l'archevêque Desmond Tutu, rappelait qu'il fallait « *refermer le livre mais après l'avoir lu jusqu'à la dernière page* ».

Néanmoins, le rapport reste un témoin de ce qui a été admis et validé. Susceptible de recours – et celui rendu par la Commission sud-africaine l'a été⁷ – le rapport reste le témoignage de cette photographie du passé qui n'est plus en soi contestable. Le rapport sud-africain a été et reste un point de repère pour les questions que la Cour constitutionnelle a eu à gérer. Il sert de témoignage et peut être considéré comme un moyen de reconnaissance des faits par les conséquences qu'il a engendrées sur les victimes et les auteurs des violations. Ce phénomène avait déjà pu être perçu en Argentine avec la CONADEP⁸. Bien que cette instance ait davantage été conçue à l'origine comme une commission d'établissement des faits destinée à élucider le sort des personnes disparues, elle demeure emblématique en ce que ses travaux, joints à d'autres éléments de preuve, ont permis la condamnation des dignitaires du régime plusieurs décennies après⁹. Les faits recueillis par les rapports des commissions demeurent des éléments factuels qui ne sont plus contestés ni contestables dès lors que les voies de recours ont été épuisées. Dans le cas sud-africain, le rapport a fait l'objet de contestations en justice sur certains points mineurs et a donné lieu à une forme de « caviardage » (phrases surlignées en noir pour les rendre illisibles) mais cela n'a pas remis en cause la substance même du rapport. On peut ainsi comparer le rapport à une forme de photographie, de document-témoin de ce qu'a été la période considérée en termes de violations graves des droits fondamentaux.

L'Afrique du Sud n'a pas été la première à rendre public son rapport mais les travaux de la Commission sud-africaine ont fait des émules. Que ce soit en

⁷ Le rapport a été rendu en octobre 1998 (à l'exception du dernier volume sur le Comité d'amnistie qui n'avait pas achevé ses travaux). Le rapport a été contesté en justice par F. W. De Klerk, par l'ANC, le *Freedom Front* démontrant ainsi qu'il n'avait épargné personne. Les contestations l'ont été pour des raisons diverses selon les requêtes. La justice en a accueilli certaines (qui ont conduit à occulter certains passages du rapport) et rejeté d'autres.

⁸ Le rapport de la Commission nationale pour les personnes disparues (CONADEP) a lui aussi été rendu public et est connu sous son sous-titre « *Plus jamais* » (*Nunca Más*). Il est disponible en anglais à l'adresse électronique suivante : <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/english/library/nevagain/nevagain_001.htm>.

⁹ V. en ce sens la condamnation de l'ancien chef de la junte militaire en 2012 Jorge Videla disponible à l'adresse suivante : <<http://www.cij.gov.ar/nota-9445-Robo-de-bebes--condenaron-a-50-anos-de-prision-a-Jorge-Rafael-Videla.html>>.

Sierra Leone¹⁰, au Pérou ou dans bien d'autres endroits, les rapports des commissions vérité et réconciliation ont été et demeurent de véritables instruments de connaissance du passé et de son traitement. Si ces commissions ne devaient réussir qu'une seule chose, le rapport serait sans aucun doute l'objectif à ne pas manquer en termes de reconstruction des victimes et de la société tout entière. Sans rapport, il ne peut pas y avoir de politique cohérente de réparations, pas plus qu'il ne peut y avoir de compréhension des responsabilités globales. L'alchimie entre les auteurs des violations et les institutions qui a permis – souvent à quelques poignées d'individus – de transformer l'État en une machine destructrice constitue souvent l'un des aspects les plus complexes et les plus mystérieux de ces formes de violence extrêmes. Les rapports des commissions vérité contribuent à cette connaissance et permet – normalement – d'en éviter le renouvellement.

Il n'est pas étonnant que ces rapports servent de matériau d'étude aux expériences nouvelles qui sont tentées dans d'autres États. Au-delà de l'intérêt que le rapport représente pour un État sur la connaissance de soi-même, il offre un terrain de réflexion pour d'autres qui se lancent dans une telle expérience. Si rien n'est reproductible en tant que tel dans la mesure où le rapport est attaché à la situation factuelle qu'il cherche à appréhender, il fournit des expériences dont il est toujours possible de tirer des enseignements.

Le rapport de la Commission vérité et réconciliation sud-africaine a donc ouvert la voie à d'autres et demeure l'emblème des travaux de cette Commission. Il reste à le valoriser et à en faire un instrument d'éducation pour que la garantie de non-répétition ne reste pas un vain mot.

II. LES RÉPARATIONS

La Commission vérité et réconciliation sud-africaine a été conçue dès le départ pour apporter une réponse aux victimes des exactions commises pendant la période d'apartheid. L'idée que cette institution ne soit pas uniquement créée pour fournir des explications ou écouter la réalité d'un degré de violence que de nombreuses personnes soupçonnaient mais ne voulaient pas voir n'était pas suffisante. L'idée d'un programme de réparations dues aux victimes s'est fait rapidement ressentir et a concentré l'attention des concepteurs du projet de commission¹¹. La Commission devait apporter des réponses aux victimes en termes de réparation. Oui, mais quelles réparations ?

Si la loi de 1995 avait prévu un comité spécial chargé de la réparation et de la réhabilitation, les conséquences de ce qu'impliquait la réalité des réparations

¹⁰ Disponible à l'adresse électronique suivante : <<http://www.sierra-leone.org/TRCDocuments.html>>.

¹¹ V. not. les articles 3 et 23 à 27 de la loi 34 de 1995.

n'a pas toujours été parfaitement perçue. Plus exactement, l'ambition des réparations ne cadrerait pas avec les moyens dont la Commission allait disposer. Si l'on questionne aujourd'hui les victimes qui ont été reconnues comme telles par la Commission, nombre d'entre elles s'estimeront insatisfaites, soit parce que les réparations ne correspondaient pas à ce qu'elles attendaient, soit en raison de l'insuffisance de ces réparations. Le but que le législateur et les auteurs du processus s'étaient fixés n'a donc pas été atteint. On peut tenter d'en évaluer les raisons.

Le programme des réparations imaginé par le législateur était ambitieux mais également assez imprécis. L'article 3 (c) de la loi 34 de 1995 prévoyait que la Commission « *devait établir et rendre publics le sort ou la destinée des victimes et restaurer la dignité civile et humaine de ces victimes en leur offrant la possibilité de relater leur propre sort en tant que victimes des violations et en recommandant les mesures de réparations qui s'y rattachaient* ». Autant dire que cette définition ne permettait pas d'avoir une idée très précise de ce que seraient ces réparations. Le texte laissait la Commission décider de ce qu'elles devraient être mais dans le même temps ne lui confiait qu'un pouvoir de recommandation. L'originalité du système sud-africain est d'être passé d'un mécanisme de réparations assez proche de celui connu dans le droit de la responsabilité civile (ou du *Law of Torts*) à un programme de réparations. Cette question peut apparaître anodine mais, en réalité, elle change le paradigme de la question des réparations. Alors que les promoteurs de la loi de 1995 avaient essentiellement envisagé des mécanismes de compensation financière au profit des victimes, le comité des réparations au fil de son activité a bâti une conception des réparations qui se focalisait non pas sur la seule compensation (qui reste à peu près impossible dans nombre de cas) mais sur la réhabilitation et la reconstruction des victimes, ce qui l'a conduit à intégrer dans les réparations l'ensemble des mécanismes qui permettaient aux victimes de sortir de leur situation de victime. L'aspect le plus original du mécanisme sud-africain élaboré au fil du fonctionnement de la Commission est d'avoir construit une forme de programme de réparations fondée sur la reconstruction humaine et psychique des victimes plus que sur une évaluation financière du coût des violations passées. Cette approche des réparations a donné lieu, à notre avis, à l'émergence d'une nouvelle théorie des réparations fondée sur la reconstruction du futur plutôt que sur l'indemnisation du passé. Ceci a généré une distinction entre les réparations directes et indirectes, entre les réparations individuelles et les réparations collectives. Sans entrer dans les détails de ces programmes de réparation, il faut reconnaître que le système sud-africain de réparations a permis de franchir un pas intellectuel qualitatif en termes de conception des réparations dans la justice transitionnelle.

La réalité a cependant été plus décevante que ne le laissaient prévoir le texte et les travaux de la Commission. Si des mesures intérimaires ont permis de satisfaire

les besoins immédiats et les plus criants des victimes¹², les mesures de réparation financières n'ont pas été à la hauteur des espérances des victimes. Plusieurs raisons expliquent cette situation : le Gouvernement n'a pas suivi les recommandations préconisées par la Commission ; il a estimé qu'il n'était pas responsable de la situation antérieure ; les victimes n'ont pas suffisamment été capables de se mobiliser en groupes de pression pour se faire entendre et faire reconnaître la légitimité de leurs réclamations ; le quotidien et la politique ont repris leurs droits... Cependant, il serait erroné de croire que le processus de réparation a été inexistant. Il s'est cependant davantage focalisé sur les réparations collectives et sur les programmes de développement. Certaines actions ont pu bénéficier aux victimes sans être perçues comme telles, comme les programmes de reconstruction et de développement, l'accès aux services publics essentiels ou encore l'aide à l'éducation dans les zones défavorisées. Le traitement des réparations dans le cadre du processus de justice transitionnelle sud-africain a permis d'envisager ce qui devait être fait pour qu'un programme cohérent de réparation soit instauré sans pouvoir être mis en œuvre complètement. Nombre d'idées et de recommandations n'ont pas été suivies d'effets ou l'ont insuffisamment été comme la question de la restitution des biens par exemple¹³.

Cette situation a généré un mouvement de frustration chez les victimes qui n'ont pas eu le sentiment d'être comprises et suffisamment entendues. Certains groupes de pression ont vu le jour et se sont lancés dans des demandes de réparation non plus dirigées contre l'État ou les autorités publiques mais contre les entreprises. Si les demandes de réparation auraient pu être formulées à l'égard des auteurs des violations¹⁴, leur insolvabilité relative les rendait inaptes à traiter à eux seuls la question des réparations. Cela ne signifie pas – loin s'en faut – qu'ils ne doivent pas y participer. Cependant, la responsabilité des personnes morales de droit privé avait été assez peu envisagée. Certains groupes de pression ont alors voulu engager la responsabilité de groupes privés qui avaient bénéficié du régime d'apartheid et d'une main-d'œuvre à bas coût. On peut à cet égard citer le travail emblématique réalisé par une organisation non gouvernementale sud-africaine dénommée *Khulumani Support Group* dont le travail a précisément consisté à mettre les autorités publiques et privées devant leur responsabilité en exigeant d'elles qu'elles mettent en œuvre les programmes de réparation. Cette association¹⁵

12 V. *Truth commission pays first reparations*, *Mail & Guardian*, 21 octobre 1998 ; Policy paper « Policy Framework For Urgent Interim Reparation Measures », <<http://www.justice.gov.za/trc/reparations/policy.htm>>.

13 « Traces of Truth : The Aftermath of the SA TRC », Université de Witwatersrand, <http://truth.wvl.wits.ac.za/cat_descr.php?cat=5>.

14 Cette question a fait l'objet de longs débats mais a été rendue impossible par la loi ce qu'a confirmé la Cour constitutionnelle dans son arrêt *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v. President of the Republic of South Africa and Others* (CCT17/96) [1996] ZACC 16 ; 1996 (8) BCLR 1015 ; 1996 (4) SA 672 (25 July 1996).

15 Le *Khulumani Support Group* est une association d'environ 85 000 victimes et survivants qui ont fait l'objet de violations de leurs droits fondamentaux en Afrique du Sud à l'époque de

a fait prendre conscience de la nécessité de poursuivre la lutte après la fin des travaux de la Commission. Elle a notamment intenté de nombreuses actions – judiciaires et non judiciaires – pour que les programmes de réparation demeurent un objectif permanent dont la réalisation doit se poursuivre au-delà de l'expérience de la Commission. Elle a également initié des poursuites dans des États tiers contre des entreprises étrangères qui avaient bénéficié du régime d'apartheid, notamment aux États-Unis dans le cadre de la loi sur l'*Alien Tort Claim*, permettant de recevoir des demandes de réparation civiles contre des actes dommageables constituant des violations des droits de l'Homme commises à l'étranger qui auraient impliqué des personnes relevant de la loi américaine. Si cette tentative s'est révélée être un échec¹⁶, elle a en revanche permis de faire connaître les revendications des victimes au-delà du cercle national et de soulever le problème de la responsabilité dans le cadre de la justice transitionnelle au-delà du cadre du seul État. Cette évolution démontre que la question des réparations est une œuvre de longue haleine et que la conceptualisation des réparations dans le cadre de la justice transitionnelle impose de penser autrement qu'en termes stricts de réparation. Vingt ans après le début du processus, c'est l'ensemble du programme de réparation qui continue de se façonner. Si, comme l'avait remarqué l'un des membres de la Commission, la réparation représente une forme de réintégration, elle implique pour la victime de retrouver une place dans la société et de sortir de son état de victime. Ni une indemnité, ni une reconnaissance ne suffisent pour que cet état se déconstruise, pas plus que le travail ne peut s'achever rapidement. L'expérience sud-africaine démontre que la question des réparations s'inscrit dans la durée de la transition et ne peut s'arrêter au moment où le rapport est rendu ou des indemnités versées.

L'expérience sud-africaine aura au moins eu cet effet de reconnaître et de faire connaître l'existence d'une voie originale de réparation au profit des victimes. L'action collective a certainement été l'une des innovations postérieures au processus de justice transitionnelle. Ce regroupement des intérêts présente également l'avantage de perdurer au-delà des seules réparations relatives au processus lui-même ; il permet également une organisation et une structuration de la société civile qui perdure pour défendre d'autres causes ou partager des expériences avec d'autres personnes confrontées aux mêmes défis.

l'apartheid. Initiée par les survivants qui ont témoigné devant la Commission vérité et réconciliation (CVR), l'association a été largement reconnue et est devenue un fer de lance des mesures de réparation et de cicatrization ainsi que de préservation de la mémoire. Elle lutte aujourd'hui pour les programmes de réparation et le développement d'une citoyenneté active dans les États en transition au sortir d'un conflit. V. <<http://www.khulumani.net>>.

16 V.Reuters, *Courthalts U.S.lawsuits vs IBM, Daimler, Ford for apartheid crimes*, 21 août 2013, <<http://www.reuters.com/article/2013/08/21/apartheid-lawsuit-idUSL2N0GM1R520130821>>.

III. L'IMMUNITÉ DE POURSUITES : SANCTIONS OU NON-SANCTION, TELLE EST LA QUESTION ?

L'expérience sud-africaine de justice transitionnelle reste assez souvent assimilée dans les mémoires à l'idée d'une amnistie des bourreaux : symbole de l'impunité pour les uns, symbole du pardon pour les autres, le système sud-africain de traitement des sanctions n'a pas suscité, loin s'en faut, l'unanimité. Il a fait payer un prix très élevé aux victimes et n'a pas généré de la part des bourreaux de reconnaissance à l'égard de celles et ceux qui avaient accepté ce traitement des responsabilités qui apparaissait comme déséquilibré. Les séances de la Commission vérité et réconciliation – notamment du Comité d'amnistie – ont révélé une dynamique de la confession qui laissait douter de la sincérité du processus. En d'autres termes, le processus de justice transitionnelle est apparu controversé sur cet aspect en raison du caractère apparemment aisé avec lequel l'immunité de poursuites pouvait être obtenue. L'article 20 de la loi n° 34 de 1995 avait organisé le processus en établissant des conditions qui apparaissaient assez formelles.

La réalité a cependant été assez différente... et le système de reconnaissance de responsabilité, s'il ne s'est pas traduit par des sanctions pénales privatives de liberté, a cependant été moins indolore qu'il n'est apparu de prime abord. En premier lieu, les chiffres des amnisties ou immunités de poursuites ont été beaucoup plus réduits que ce que le système laissait présager. Sur un peu plus de 7 000 demandes, un peu moins de 1 200 immunités de poursuites ont été accordées au regard des conditions posées par la loi¹⁷. Il est donc difficile de parler d'une amnistie automatique qui imposait seulement de venir raconter son histoire et admettre sa responsabilité. En deuxième lieu, le système, quelles que soient ses imperfections, a permis de révéler les responsabilités individuelles mais également les responsabilités collectives. Ce sont souvent les exécutants ou les organisateurs des violations qui ont témoigné devant la Commission pour demander l'amnistie, mais rarement les concepteurs de l'entreprise criminelle. Ceux qui ont pensé ou déterminé le but à atteindre – en le laissant d'ailleurs volontairement baigner dans un langage particulièrement flou – se sont bien gardés d'assumer la responsabilité de la direction des opérations en estimant que les violations commises – c'est-à-dire les crimes – ne leur incombaient pas¹⁸. Cependant, les auditions devant le Comité d'amnistie n'ont pas laissé intact ce déni de responsabilité. En faisant témoigner les organisateurs et les exécutants, les membres de la Commission savaient que les personnes auditionnées

17 Ces conditions au nombre de 7 figurent à l'article 20 § 3 de la loi et imposent notamment que l'acte criminel ait été politiquement motivé, qu'il corresponde à une action approuvée par la hiérarchie de l'organisation de laquelle se réclamait l'auteur des actes commis et enfin que ces actes soient proportionnés à l'objectif poursuivi par l'organisation. Cette dernière condition a d'ailleurs été difficile à apprécier dans la mesure où elle était la plus subjective de l'avis même des commissaires.

18 Ce fut notamment le cas de l'audition de F. W. De Klerk ou encore de celle de W. Mandela qui refusa d'endosser la responsabilité des actions criminelles de son club de football.

invoceraient l'ordre reçu de leurs supérieurs. Cependant, l'absence d'acceptation d'une responsabilité collective de la part des dirigeants ainsi que leur refus de considérer que leurs ordres impliquaient la commission des crimes ont conduit les personnes demandant l'amnistie à aller beaucoup plus loin dans leurs déclarations et à révéler des actes ou des modes opératoires que la Commission ne soupçonnait même pas. Se sentant trahis et désabusés, ils ont très largement accepté de parler et d'admettre leurs responsabilités. Leurs histoires ont démontré que les dirigeants ne pouvaient pas ne pas savoir. Si le refus d'accepter leur responsabilité ne pouvait pas être modifié, il n'a trompé personne et a conduit à comprendre que les personnes réclamant l'amnistie étaient bien les auteurs des actes mais que leur responsabilité n'était pas seule engagée. Le système dans son ensemble avait permis ces violations à grande échelle et ce sentiment d'impunité. La responsabilité morale du régime – déjà soupçonnée – ne faisait plus aucun doute après les travaux de la Commission. En troisième lieu, s'il n'y a pas eu de peine privative de liberté – à laquelle l'amnistie a été un peu trop vite assimilée – les sanctions n'ont pas été inexistantes. Elles ne se sont peut-être pas trouvées là où on les attendait mais elles ont touché les auteurs de ces violations quoi qu'ils aient pu en dire ou laisser paraître. Le témoignage oral a permis de mettre des mots sur des actes. Aussi banal que cela puisse paraître, ceci n'est pas facile et fait prendre conscience à l'auteur de l'acte (comme à la victime) de la gravité de l'acte commis. Ce qui n'était alors qu'un acte silencieux devient une histoire. Nombre de bourreaux ont changé d'attitude en passant devant la Commission, soit par le regard qui a été porté sur eux par la société, leur famille ou leurs proches, soit par cette prise de conscience que l'acte commis au nom d'un régime politique était gravissime. Il faudrait probablement s'intéresser aux vies de ces bourreaux pour comprendre qu'il y a eu un « avant » et un « après » ! De surcroît, certaines sanctions sont silencieuses et invisibles mais existent bel et bien. Que ce soit la déstructuration sociale ou professionnelle, que ce soit la nécessité de changer de vie, tous ces éléments ont eu un impact sur la vie de ceux qui ont été immunisés par la Commission. Les psychologues qui se sont intéressés à ce phénomène ont mis en exergue cette réalité : il n'existe aucune indifférence à la comparution devant la Commission ! En dépit des attitudes et des regards parfois hostiles ou dénués de regrets des bourreaux, le prix à payer a quand même été bel et bien présent malgré son manque de visibilité.

Les années qui se sont écoulées depuis le début des travaux de la Commission vérité et réconciliation ont également permis de mesurer l'effet global des sanctions ou leur absence dans le temps. Si certaines victimes ont regretté que le processus ne soit pas allé plus loin, on doit quand même souligner certains points qui relativisent la clémence de la Commission vérité et réconciliation.

D'une part, les personnes qui ont témoigné et demandé l'amnistie devant la Commission n'ont plus occupé à compter de ce moment de postes de responsabilité ou en lien avec les choix politiques du nouvel État démocratique. Si l'on mesure l'efficacité d'un système de justice transitionnelle en fonction de sa capacité à écarter les auteurs de violations graves des droits fondamentaux des choix

politiques et sociétaux, le système mis en place en Afrique du Sud a parfaitement fonctionné. Aucun des protagonistes n'a réussi à demeurer dans la situation qui était la sienne précédemment. Certes, l'absence de peine privative de liberté a permis à ceux ayant bénéficié de l'immunité de poursuites, de recommencer une activité ou une vie sociale mais sans qu'elle puisse les conduire à retrouver une quelconque position de pouvoir. Vingt ans après, si certains noms circulent encore à la une des journaux, ce n'est guère pour des abus de pouvoir mais plutôt pour rappeler que ceux qui n'ont pas accepté le principe de la Commission ont servi leur peine¹⁹.

D'autre part, les suites des décisions de la Commission vérité et réconciliation ont également démontré que le terme « *amnistie* » employé par la loi n° 34 de 1995 n'était pas approprié dans sa traduction et que le terme immunité de poursuites convenait mieux. En effet, si l'amnistie est un oubli de l'acte et de ses conséquences, le système mis en place par la Commission n'était pas un oubli, bien au contraire. Non seulement, l'immunité de poursuites impliquait une comparution personnelle et l'admission de responsabilité, mais de surcroît, le nom de l'auteur était connu, publié et officiellement reconnu comme tel. En d'autres termes, le mot oubli n'était pas à l'ordre du jour. Au contraire, la Commission acceptait de reconnaître qu'il n'y aurait pas de poursuites possibles mais intégrait en revanche l'idée que l'acte avait bien existé et était imputable à ses auteurs. Cette situation n'était cependant pas évidente à l'issue des travaux de la Commission et ce fut la Cour constitutionnelle sud-africaine qui vint à la rescousse pour préserver les acquis de la Commission. Par trois arrêts, elle confirma que l'amnistie accordée aux auteurs de violations graves n'était pas équivalente à un effacement des faits. Dans un première affaire, la justice sud-africaine refusa de réintégrer un ancien commissaire de police qui arguait de l'octroi de l'amnistie devant la Commission en l'assimilant à une absence de condamnation devant un tribunal. Les dispositions législatives prévoyaient en effet qu'un fonctionnaire accusé de crime pouvait demander sa réintégration s'il n'avait pas été déclaré coupable. Justifié par la présomption d'innocence, cet argument fut écarté par la Cour constitutionnelle au motif précis que l'amnistie n'était pas assimilable à une absence de condamnation. De ce fait, la Cour reconnaissait l'existence d'une certaine forme de *vetting* (ou épuration) dans la fonction publique qui ne disait pas son nom. Dans une deuxième affaire, la Cour eut à se prononcer sur une décision du Président de la République qui avait décidé de faire adopter par le Parlement une loi qui contenait une liste de

¹⁹ V. à titre d'exemple, la libération de Clive Derby-Lewis, meurtrier du dirigeant du SACP Chris Hani en 1993, qui a bénéficié d'une libération conditionnelle pour raison médicale après 21 ans de prison. Ironie du sort, ce sera un juge noir (que l'auteur du crime exérait) qui lui offrira cette libération. V. *Derby-Lewis walks: Hani's killer finally gets medical parole*, Quotidien *The Star*, 29 mai 2015, p. 1. V. également, l'ouvrage de Anemari JANSEN, *Eugene De Cock – Assassin for the State*, Éd. Tafelberg, 2015. Cet ouvrage est une suite d'entretiens réalisée par l'auteur avec Eugene De Cock dans sa prison. Les deux derniers chapitres de cet ouvrage illustrent cette idée de transformation et de prise de conscience de la responsabilité.

personnes pour lesquelles il serait impossible d'intenter des poursuites pour leurs activités commises à l'époque de l'apartheid. Il s'agissait d'une loi qui accordait une forme d'amnistie déguisée pour des personnes n'ayant pas témoigné devant la Commission. La Cour considéra que cette situation n'était pas admissible et qu'un tel texte revenait à réduire à néant le travail de la Commission et les droits des victimes. Elle déclara donc cette décision inconstitutionnelle. Enfin, dans une troisième affaire emblématique, la Cour constitutionnelle eut à se prononcer sur un recours en diffamation intenté par un ancien cadre de l'ANC qui avait été reconnu responsable d'une attaque à la bombe d'un bar-dancing à Durban. Ce dernier avait reconnu les faits et bénéficié d'une amnistie. Il avait été nommé dans un poste à responsabilité de la police de la région de Johannesburg. Le quotidien local avait titré : « Un meurtrier à la tête de la police ! ». Ce titre avait déplu à l'intéressé qui avait intenté un recours contre le journaliste et le directeur de la publication. La Cour constitutionnelle devait se prononcer sur le point de savoir si la qualification de meurtrier pouvait s'appliquer ou non aux hypothèses traitées devant la Commission. La Cour conclut en considérant que la qualification de meurtrier repose non sur le prononcé de la sanction mais sur la reconnaissance de la responsabilité du meurtrier. Elle estime que si l'auteur a effectivement bénéficié d'une mesure d'immunité, cela ne l'empêche pas d'avoir été reconnu comme l'auteur des faits. En conséquence, elle considère qu'il est bien l'auteur de meurtres et qu'à ce titre le journaliste et la publication ne l'ont pas diffamé²⁰. On constate ainsi que la Cour constitutionnelle est venue garantir et assurer les constatations et conclusions de la Commission. Cette situation montre au passage que la Commission n'achève pas son œuvre avec la remise de son rapport et de ses recommandations. Il appartient aux autorités publiques (et privées) de tirer les conséquences de ses travaux et de leur assurer le plein effet. Ce n'est guère une situation facile car le temps rend parfois difficile le maintien d'une situation. En son temps, l'Argentine en avait fait les frais avec la « loi du point final » et le Gouvernement sud-africain a failli retomber dans cet écueil. Préserver l'acquis de la Commission est donc un élément indispensable pour que la sanction conserve sa fonction. En réalité, l'absence de procès pénaux à grande échelle est davantage fondée sur le réalisme de l'impossibilité de mener de tels procès. En revanche, le « contrat de justice transitionnelle » implique de se tenir aux engagements que l'on a pris, au risque de vider l'ensemble du processus de sa substance.

En définitive, les questions de responsabilité et de sanction n'ont pas été – malgré les apparences – aussi anodines et légères qu'elles le paraissaient. L'enseignement du processus sud-africain repose sur une analyse globale dans le moyen, voire le long terme. On peut regretter – surtout du point de vue des

20 Sur l'ensemble de ces arrêts, voir notre étude, « L'amnistie devant le juge constitutionnel, à propos de trois décisions de la Cour constitutionnelle sud-africaine relatives aux limitations de ses effets : CCT 91/08 *Wybrand du Toit v. Minister for Safety and Security*, CCT 54/09 *Ryan Albutt v. Centre for the Study of Violence and Reconciliation and others*, CCT 23/10 *The Citizen PTY and others v. Robert John Mc Bride* », *Constitutions*, n° 2, 2013, p. 225-236.

victimes – que ce processus ne soit pas allé plus loin. Il est notamment regrettable que les recommandations de poursuites qui avaient été formulées par la Commission vérité et réconciliation n'aient pas été suivies d'effets. Alors que la Commission a recommandé la poursuite d'un certain nombre de personnes et notamment de celles ayant refusé de témoigner devant elle, la Direction nationale des poursuites publiques s'est montrée extrêmement timorée et n'a pas démontré une volonté farouche de poursuivre la logique qui avait animé la philosophie de la Commission²¹. Toutefois, la réalité est là : celles et ceux qui avaient fait l'apartheid ont aujourd'hui disparu. Leurs représentants ont soit admis leur responsabilité, soit disparu du paysage. Une génération peut paraître une éternité alors qu'en réalité, cela va très vite. Celles et ceux qui avaient fait le régime de la ségrégation ont dû quitter sans bruit leurs fonctions et n'ont pas empêché le changement de l'ère démocratique. Il faut parfois prendre du recul pour mesurer le succès ou l'échec d'un processus.

CONCLUSION

Au terme de ce rapide tour d'horizon, plusieurs enseignements ont selon nous marqué le processus de justice transitionnelle sud-africain. Le plus visible n'est pas nécessairement le plus important. Si aujourd'hui certaines images demeurent, elles n'en sont pas moins à corriger avec le recul du temps.

Le processus sud-africain n'a été ni idyllique, ni idéal. Il a simplement eu le mérite d'exister à un moment où personne n'y croyait et où aucune autre solution n'était envisageable. Il fallait de l'abnégation, du courage, un peu de folie... mais vingt ans après le processus a proliféré et offert de nouvelles perspectives. Les Sud-Africains n'ont pas été les premiers mais ils ont médiatisé et promu le processus, notamment par l'image et les images qu'ils en ont laissées.

Si le processus de vérité – malgré ses imperfections – a pu avoir lieu et a été cristallisé dans le rapport final, aucune série de procès, fussent-ils les plus nombreux, n'aurait pu parvenir à ce résultat. La conclusion du rapport est sans appel. Elle reconnaît ce qui s'est produit en essayant de l'analyser. Quel État a pu

21 Malgré la création d'une unité spéciale d'enquête auprès de la Direction nationale des poursuites publiques, il y eut très peu de poursuites d'anciens responsables de l'apartheid qui n'auraient pas témoigné ou incomplètement devant la Commission. Le cas emblématique en 2004 fut celui de Gideon Nieuwoudt accusé de disparitions et de meurtres mais il décéda en 2005 avant que le procès ne puisse se tenir. Il y eut également des poursuites contre Wouter Basson, accusé d'avoir été le cerveau du ministère sud-africain de la Défense pour le développement des armes chimiques ainsi que deux autres responsables. Les poursuites se sont ensuite arrêtées. Bien que la Cour constitutionnelle sud africaine ait en 2005 estimé que le Dr Basson pouvait être rejugé pour crimes contre l'humanité (en raison de leur imprescriptibilité) aucun procès n'a encore eu lieu à ce jour. Des sanctions disciplinaires ont en revanche été demandées à son encontre et notamment sa radiation au tableau de l'ordre (v. <http://truth.wvl.wits.ac.za/cat_descr.php?cat=5>).

aller aussi loin dans cette recherche ? Ce ne sont pas des historiens qui sont venus commenter des faits des années après mais les témoins, les acteurs et les victimes de cette tragédie. Quelles que soient les appréciations subjectives que l'on puisse formuler, ce travail a été unique et mérite le respect.

Les processus de réparation ne sont certainement pas allés aussi loin qu'ils auraient dû. Le processus de justice transitionnelle pêche certainement sur ce point. Il faut le reconnaître. Cependant, la responsabilité en incombe moins à la Commission qu'à celles et ceux qui auraient dû mettre en œuvre ses recommandations. Cette mise en œuvre n'est pas terminée et la société civile s'emploie à solder les comptes encore aujourd'hui. En revanche, l'expérience sud-africaine a fait prendre conscience à celles et ceux qui travaillent dans le domaine de la justice transitionnelle que la réparation ne devait pas et ne pouvait pas être assimilée à la responsabilité civile. La dynamique des réparations doit reposer sur la construction de l'avenir et non sur la reconstitution d'un passé qui ne pourra plus jamais exister et qu'il n'est d'ailleurs pas souhaitable de reproduire. Beaucoup de réflexions et d'expériences doivent être encore menées en la matière, mais le processus sud-africain aura permis de faire naître cette réflexion. Les réparations ne sont pas uniquement des chiffres, ce sont aussi des lettres... et un changement d'état d'esprit des générations nouvelles.

Enfin, la question de la sanction ou de l'amnistie – si médiatisée à l'origine – n'a peut-être pas – avec le recul du temps – été l'échec annoncé. Certes, le processus a davantage été fondé sur la clémence que sur la punition. De même, on doit regretter que le pouvoir judiciaire et notamment l'autorité de poursuite n'ait pas démontré de plus grande détermination dans les poursuites recommandées. Il aurait fallu une volonté politique qui faisait défaut de toutes parts, exécutif, législatif, judiciaire. Mais outre le fait qu'il était difficile qu'il puisse en être autrement, pour des raisons plus logistiques que juridiques, l'absence de peines privatives de liberté pour ceux qui admettaient leur responsabilité n'a pas signifié une absence de sanctions. Ces sanctions ont été moins visibles mais ont affecté plus durablement leurs auteurs. Au fond, un certain nombre d'entre eux ont trouvé dans leur témoignage devant la Commission une forme d'apaisement tout en prenant conscience du rôle qu'ils avaient joué ; d'autres ont refusé de jouer le jeu mais en ont été personnellement réduits à un examen de conscience avec eux-mêmes sur leur rôle et leur responsabilité : ils disparaîtront avec leurs secrets et leur conscience. Si l'on dépasse ces cas individuels, le processus a néanmoins permis de rompre avec les autorités du régime passé alors même qu'elles avaient accepté une transition négociée dans laquelle elles espéraient – au moins au départ – ne pas tout perdre. Écarter de toute responsabilité celles et ceux qui étaient responsables de l'apartheid était le but du processus de justice transitionnelle ! Sur ce point, la justice transitionnelle en Afrique du Sud a réussi son pari. Les fantômes de l'apartheid sont aujourd'hui dans les musées ! Ce qui aurait été pire que tout aurait été de les voir réapparaître dans la société !