

## CONCLUSIONS

**Louis JOINET**

Ancien Rapporteur spécial sur la lutte contre l'impunité

Ma première prise de conscience du drame que constitue une disparition forcée remonte au 29 octobre 1965. Jeune magistrat, je venais d'être affecté au cabinet du juge d'instruction Louis Zollinger lorsqu'il fut saisi du dossier de l'enlèvement à Paris, suivi de disparition, du leader marocain Medhi Ben Barka.

D'où ma stupéfaction - le mot est faible - lorsque j'ai découvert au détour d'une phrase du Rapport du Sénat sur le projet de loi d'adaptation de la Convention cette affirmation, - je cite - « *cela ne concerne... que les dictatures !* » alors que l'un des premiers cas historiques de disparition forcée comme crime d'Etat - j'en fus témoin - a été commis par la France. Mais venons-en à notre sujet.

Nous sommes réunis aujourd'hui pour réfléchir aux « *Enjeux de la mise en œuvre universelle et effective - je le souligne - de la Convention* ». C'est sur un aspect particulier de cette effectivité que j'aimerais conclure notre colloque, en explorant une piste pour nos travaux futurs par une réflexion sur: « *Les disparitions et le temps* ». Pourquoi « le temps » ? Nous savons tous d'expérience que la lutte contre les disparitions forcées, est d'abord un combat juridique contre le temps qui passe.

Suspendre le temps jusqu'à ce que le cas soit « élucidé », tel fut en effet notre objectif en adoptant les articles 5 et 8 de la convention, qui sont l'une des clef de voûte de la Convention.

Le premier stipule (Art 5) que « *La pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité tel que défini dans le droit international applicable et - je souligne - entraîne les conséquences prévues par le droit international applicable* », c'est à dire l'imprescriptibilité.

Parallèlement à cette imprescriptibilité que - pour les besoins du raisonnement on pourrait qualifier « d'absolue », la Convention prévoit à l'article 8 une prescription « relative », ou plus exactement « potentielle ». Elle vise les cas dans lesquels les disparitions ne présentent pas ce caractère de « *pratique généralisée ou systématique* ». Cet article stipule en effet, que dans ces cas « *...le délai de prescription de l'action pénale fixé par les Etats (...):*

3°) *Ne doit commencer à courir, compte tenu de son caractère continu, que lorsque le crime*

*de disparition forcée cesse»*

*5°) Et ceci seulement à partir du moment où les victimes, c'est à dire les proches, ont pu bénéficier d'un procès équitable.*

La Convention réserve donc, dans ce cas, la possibilité de recourir à un succédané d'imprescriptibilité ».

Mais, dans les deux cas, cette mesure est nécessairement limitée dans le temps. En effet, l'action pénale, fut-elle imprescriptible, s'éteint au décès de l'auteur ? En d'autres termes, ces barrières contre l'oubli tombent lorsque s'éteint par décès l'action publique ? Telle est la règle dans tout Etat de droit.

Si le « droit à la justice » se trouve ainsi « neutralisé », une question demeure : cette extinction du « droit à la justice » entraîne-t-elle, par connexité, l'extinction du « droit de savoir » ? Si oui, il ne serait donc plus possible de continuer à agir pour retrouver la trace des disparus alors que le cas n'a pas encore été élucidé.

Faute de clarifier cette question, le risque est grand de voir certains Etats peu scrupuleux, soucieux de tourner la page, y compris de l'histoire, faire du « *droit de savoir la vérité* », non un droit autonome, mais un accessoire du « *droit à la justice* ». Leur thèse : en cas d'extinction de l'action publique par décès de l'auteur, les enquêtes qui s'efforcent de répondre à la lancinante question : « *Donde estan ? Où sont-ils ?* » doivent être closes pour connexité. Est donc en jeu le droit fondamental des familles-victimes et de leurs descendants - et, dans mon esprit, sans limites de générations et donc de temps - de faire procéder à des recherches pour localiser les charniers, obtenir l'exhumation des corps, leur identification et, si l'identité est établie, leur restitution.

Je me remémore ici les fortes paroles de Nassera Dutour, porte-parole du Collectif des Familles de Disparus en Algérie, lors d'un meeting de solidarité :

*« Nous les avons mis au monde*

*Qu'ils nous rendent leurs corps.*

*Qu'on les enterre.*

*On a le droit d'avoir une tombe.*

*De se recueillir sur leurs tombes*

*Qu'on aille pleurer sur leurs tombes ».*

Elle ne faisait que traduire en des termes bouleversants, ce que reconnaît l'article 24 de la

Convention. Que dit-il ?

1°) « *Toute victime a le droit de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée, l'évolution et les résultats de l'enquête et le sort de la personne disparue (...) et - précise-t-il - en cas de décès, la localisation, le respect et la restitution de leurs restes humains.*

2°) que (...) *Le droit d'obtenir une réparation (...) couvre les dommages matériels et moraux ainsi que, le cas échéant, d'autres modalités de réparation comme a) la restitution qui devient ainsi un élément à part entière du droit à réparation.*

Or si les juristes ont su faire preuve d'inventivité pour que soit consacré « le temps suspendu », certaines technologies nouvelles renforcent cette évolution. Tel est le cas de la génétique, voire la paléogénétique qui, l'ADN aidant, permettent d'établir à partir des leurs restes, jusqu'à l'identité - ...de nos ancêtres les Pharaons !

Dans l'intérêt du « droit de savoir » tant des familles que de leurs descendants, il s'agit donc de s'appuyer sur le caractère « continu » du crime de disparition pour s'affranchir, grâce à ces technologies, de l'extinction de l'action publique par décès. Conséquence, faute de pouvoir juger les auteurs par la voie pénale demeure la possibilité de rechercher les dépouilles de leurs victimes - les disparus - par la voie d'actions administratives ou civiles.

Je cite à dessein, ici, ce que m'a appris le Professeur Clyde Snow. Ce remarquable anthropologue légiste avait intégré l'équipe du Rapporteur Spécial sur la situation en ex-Yougoslavie, Tadeusz Mazowiecki, dont j'étais l'un des rapporteurs adjoints. Lorsque nous nous efforcions de localiser des charniers, nous avons souvent discuté d'un sujet, plus philosophique que juridique, qui me passionnait : « *Comment maîtriser l'éternité du temps qui passe* » dans la lutte contre les disparitions ? Je me souviens qu'au terme d'un échange qui m'a beaucoup marqué, il m'avait dit en substance : « *Voyez-vous, Joinet, nous sommes complémentaires. Vous, avec votre droit, vous pouvez suspendre le temps mais pas au-delà de la mort de l'auteur. Nous, avec l'anthropologie légale, nous pouvons « remonter le temps » pour retrouver les victimes, ceci de générations en générations, tant que le cas n'est pas élucidé. Conséquence, il vous faudra mettre votre future Convention « en perspective », et donc avoir conscience, que lorsqu'elle sera devenue effective, bien que pénalement non rétroactive, elle demeurera effective en amont pour une durée indéterminée grâce à l'anthropologie légale et - ajoutait-il en souriant - pour les siècles des siècles... »*

La Convention est peu disert sur cet apport des nouvelles technologies dans la lutte contre

les disparitions. On note juste, à l'article 19, une brève référence faite à la collecte et à la protection des données médicales ou génétiques. J'ai pris conscience de l'importance de cette question il y a un an lorsque la Fédération Internationale des Droits de l'Homme m'a mandaté comme observateur, en Espagne, par solidarité avec mon collègue le juge Baltazar Garzon. Il était poursuivi pénalement - faut-il le rappeler - pour « forfaiture ». Que lui reprochait-on ? Tout simplement d'avoir commencé à instruire la plainte d'une ONG contre les crimes du franquisme, en particulier des cas de disparitions ce qui l'amena à enquêter sur la localisation de charniers.

Quand Franco meurt, nous sommes en 1975. Près de 40 années se sont écoulées lorsque le juge est saisi. Nombre des auteurs, en particulier les plus hauts responsables dont Franco, étant décédés, l'action publique est éteinte à leur égard. Par conséquent, la voie pénale est devenue caduque pour la recherche des cas de disparitions qui peuvent leur être juridiquement reprochés.

Autre situation complexe liée « au temps qui passe », celle de l'évolution des titres de propriété. Je m'explique. Lorsque survient le pire, les charniers sont généralement creusés à la hâte et dans l'improvisation ainsi que j'ai pu le constater lors de mes missions effectuées en ex-Yougoslavie dans le cadre de la Forpronu. L'expérience montre que, des décennies plus tard, les recherches se heurtent à des obstacles juridiques de droit civil ou administratif imprévus. Citons le cas de tel ou tel charnier qui, le temps passant et le cadastre évoluant de cessions en successions, se trouve être localisé des décennies plus tard, sur une propriété privée dont le propriétaire est, - par exemple - pro-franquiste. Il ne manquera pas de se réfugier derrière le sacro-saint droit de propriété pour entraver les recherches. La voie pénale étant devenue caduque, force est alors de recourir à une procédure contentieuse civile ou administrative pour le contraindre.

Et plus on remonte dans le temps, plus on se heurte à ce type de difficulté. Et plus le temps passera, plus les générations se succédant, plus la question se posera de « remonter » ainsi dans le temps. J'ai été frappé, en Espagne, en discutant avec les ONG spécialisées, de constater combien les générations, non pas primaires ou secondaires, car elles sont encore marquées par les séquelles de la dictature, mais de troisième génération voire plus, sont motivées par cette « *généalogie macabre générée par le franquisme* » - pour reprendre l'expression de l'un de mes interlocuteurs. D'où l'essor d'ONG se spécialisant dans de telles investigations pour aider les descendants à « les » retrouver et leur permettre de pouvoir enfin se recueillir avec dignité sur « leurs » tombes.

En raison de sa complexité alliant droit, criminologie, police scientifique et anthropologie légale, la question mérite d'être approfondie. Elle pourrait faire l'objet d'une étude de première approche, à l'initiative du Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme, avec la coopération de spécialistes de ces disciplines, en liaison avec le Groupe de travail et le Comité sur les disparitions forcées, ainsi qu'à la lumière de l'expérience de certains Etats dont la législation récente - il semble que tel soit le cas de la Colombie - paraît aller dans ce sens. Mettre droit et technique au service du « droit de savoir » pour le conforter en tant que « droit autonome » à caractère civil ou administratif lorsque le droit pénal n'est plus en mesure d'apporter une réponse, tel serait le but de cette réflexion sur « *Les disparitions et le temps* ».