HAL
open science

Une justice en transition

Pauline Guelle

To cite this version:

Pauline Guelle. Une justice en transition : Les mesures de grâce et la torture au Pays basque. Hubert ALCARAZ et Olivier LECUCQ. L'exécution des décisions de justice, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, pp.49-62, 2020, Colloques & Essais, 978-2-37032-271-5. hal-03944599

HAL Id: hal-03944599

https://univ-pau.hal.science/hal-03944599

Submitted on 24 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Une justice en transition
Les mesures de grâce et la torture au Pays basque

Pauline GUELLE

Pourquoi l'étape de l'exécution des décisions de justice est-elle déterminante ? Sans exécution des décisions de justice, la réalité de l'État de droit est compromise. Ainsi, en analysant le cas de l'État espagnol et plus particulièrement celui du Pays basque, il apparaît que l'application du droit et notamment celle de l'exécution des décisions du juge pour des faits de tortures et de mauvais traitements n'a pas toujours été appliquée. Si l'on se place dans une perspective doctrinale, la justice est idéalement fidèle aux principes développés par Rawls ; tout en se révélant être une hypothèse théorique irréalisable dans une société sans l'existence « *d'un critère éthiquement neutre de coexistence légitime entre individus* »[1]. Alors, en tant que fonction la justice peut être définie comme « *le 'pouvoir de faire le droit'* […]*, le ministère de juger, c'est-à-dire de résoudre les litiges sur la base du droit. La justice désigne ainsi une institution formée d'un ensemble d'organes chargés, au sein de l'État, d'exercer cette activité* »[2]. Pourtant, dans l'histoire espagnole l'absence d'application du droit n'a pas toujours engendré la mise en place d'une « mauvaise justice ». Cette justice, s'opposerait à une « bonne justice » rendue conformément aux normes juridiques et judiciaires classiques.

1 Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 896.

2 *Ibid.*, p. 896-897.

Dans les Communautés autonomes basque et de Navarre qui composent quatre provinces historiques basques de l'État espagnol, plusieurs tortionnaires ont échappé à leurs sanctions pénales suite à l'octroi de mesures de grâce. Afin de mettre ces décisions en contexte, il est indispensable de prendre connaissance de l'histoire violente au sein de laquelle la torture a été pratiquée par les forces de l'ordre au Pays basque. La torture a été pratiquée sous le régime franquiste et pendant la période de transition démocratique en Espagne. Cette dernière phase de mutation du régime s'est déroulée durant la période comprise entre 1975 et 1982[3]. Ainsi, l'utilisation de la torture précède le moment de la transition et celui de l'État de droit, car sa pratique constitue l'apanage des régimes autoritaires dont l'Espagne franquiste est un archétype selon le Professeur Philippe Raynaud[4]. Aussi, l'historien Paul Preston nomme les crimes de la guerre civile (1936-1939) et de la période post-guerre comme un holocauste espagnol[5], et mentionne les actes de tortures qualifiés par l'historien Alberto Gomez Roda de « *pratique habituelle* » dans son recueil de témoignages des victimes de tortures durant le franquisme[6].

Ainsi, en ce qui concerne la seule Communauté autonome basque, 4 113 cas de tortures ont été recensés durant la période comprise entre 1960 et 2014[7] par le gouvernement basque. Plus encore, en élargissant le spectre d'analyse si les données issues des sept provinces historiques basques sont comptabilisées, un total de 5 654 cas de tortures a été dénombré par la fondation *Euskal Memoria* ; cette fondation effectue un travail de collecte depuis l'année 1960[8]. Alors, si au lendemain de la disparition du *Caudillo* l'État espagnol connaît un moment transitoire avant de constituer un État de droit, la pratique de la torture n'est pas enrayée par la transformation du régime comme l'illustrent les chiffres recueillis dans le rapport de la Communauté autonome basque[9], et ceux de la fondation *Euskal Memoria*[10] susmentionnés.

Ce contexte violent, amène la réflexion sur la question de la justice et de son application. Durant la période antérieure à l'année 1977 qui se situe au cœur de la transition, aucun tortionnaire n'est inquiété par les autorités

3 Sophie BABY, *Le mythe de la transition pacifique : violence politique en Espagne (1975-1982)*, Casa de Velázquez, 2012.

4 Olivier DUHAMEL et Yves MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, 1re éd., p. 60.

5 Paul PRESTON, *El holocausto español: Odio y exterminio en la Guerra civil y después*, Debate, 2019.

6 Alberto GOMEZ RODA, « La tortura en España bajo el franquismo: testimonios de tortura durante la dictatura y la transición a la democracia », *Revista de pensamiento contemporáneo*, nº 17, p. 49-67.

7 Francisco ETXEBERRIA *et al.*, *Proyecto de investigación de la tortura y malos tratos en el País vasco entre 1960-2014*, Instituto Vasco de Criminologia - Kriminologiaren Euskal Institutua, 2017, p. 5.

8 EUSKAL MEMORIA, site internet, en ligne : http://www.euskalmemoria.eus/es/db/torturatuak, page consultée le 13 août 2019.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

politico-judiciaires espagnoles. En effet, cette date est celle du vote de la loi d'amnistie[11] par les parlementaires nouvellement élus au suffrage universel direct, pour la première fois depuis la mort du dictateur Francisco Franco. Cette loi d'amnistie a pour principales conséquences la libération des prisonniers politiques, la suppression des poursuites judiciaires des crimes perpétrés sous le régime franquiste ainsi que ceux qui ont eu lieu pendant la transition. De cette sorte, postérieurement à la transition démocratique espagnole – traduisant le passage d'un État autoritaire à un État démocratique – cette pratique de la torture continue d'exister au Pays basque. Pourtant son utilisation post-transitionnelle ne peut théoriquement plus échapper aux tribunaux avec l'instauration de l'État de droit sur le territoire espagnol. Néanmoins, des mesures de pardon seront appliquées par l'exécutif afin d'alléger – et même annuler – les sanctions pénales infligées aux bourreaux. En effet, certains tortionnaires condamnés à des sanctions pénales après l'établissement de l'État de droit seront pardonnés par le gouvernement espagnol. Ainsi depuis la ratification par référendum populaire de la Constitution de 1978, la moitié des agents des forces de l'ordre condamnés pour tortures aux Pays basque seront graciés. Au total, vingt condamnations seront appliquées durant la période comprise entre 1979 et 1992[12], et ce, envers 49 agents reconnus oupables de tortures. Donc, la moitié des agents sanctionnés ont bénéficié de mesures de grâce.

Cette observation est à mettre en parallèle avec les crimes de tortures précédant la loi d'amnistie du 15 octobre 1977 qui ne pourront faire l'objet d'enquêtes judiciaires. Aussi, certains des actes de tortures sanctionnés après cette date seront pardonnés par les autorités politiques espagnoles par l'application de mesures de grâce. Cette observation porte attention à deux mécanismes juridiques spécifiques visant à remettre en cause l'exécution des décisions de justice. Premièrement, cette observation interroge les mesures d'amnisties (collectives) octroyées pendant la transition, et deuxièmement elle questionne les mesures de grâce individuelles prises postérieurement à l'établissement du nouvel État de droit.

Malgré la similarité apparente de ces mécanismes, l'application de mesures de grâce sous la Constitution de 1978 en Espagne, à la faveur d'agents sanctionnés pour tortures, et la loi d'amnistie générale du 15 octobre 1977 auront des conséquences différentes. Alors que les mesures de grâce individuelles appliquées aux bourreaux dans l'État de droit sont assimilées à une « mauvaise justice » pour les victimes de tortures par les forces de l'ordre, la loi d'amnistie collective de 1977 durant la transition est davantage associée à une « bonne justice » au regard des victimes du franquisme. Cette justice

11 LEY 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. *BOE* de 17 de octubre de 1977.

12 Francisco ETXEBERRIA *et al.*, *op. cit.* (n. 7), p. 9.

du moment transitionnel est caractérisée par les Nations Unies comme « [l'] *administration de la justice durant une période de transition* »[13] et ce dernier comprend :

> [...] ***l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation. Peuvent figurer au nombre de ces processus des mécanismes tant judiciaires que non judiciaires, avec (le cas échéant) une intervention plus ou moins importante de la communauté internationale, et des poursuites engagées contre des individus, des indemnisations, des enquêtes visant à établir la vérité, une réforme des institutions, des contrôles et des révocations, ou une combinaison de ces mesures.***[14]

Ainsi, les deux mesures renonçant à l'exécution des décisions de justice, dans deux contextes différents visant des crimes similaires, semblent pouvoir aboutir à des résultats opposés.

Pourquoi l'absence d'exécution des décisions de justice ne s'apparente pas *de facto* à une « mauvaise justice » ?

L'application des décisions de justice est tributaire du contexte dans lequel elles sont prises : le moment de la transition est un moment particulier, qui ne permet pas l'application de mesures classiques ; durant cette période transitoire des instruments exceptionnels sont mobilisés ne correspondant pas aux normes judiciaires classiques.

Au Pays basque, la transition espagnole a été marquée par un processus amnistiant collectif perçu comme « juste » car il mettait fin à l'application d'une justice (d'un État) autoritaire (**I**). À l'inverse, en l'absence de garanties de non-répétitions, l'État de droit espagnol a permis l'octroi de grâces individuelles en compromettant ainsi sa réalité démocratique; pour aboutir à appliquer une « mauvaise justice (**II**).

I. L'amnistie, une justice de transition

Critiquée pour ses conséquences permettant une impunité de certains acteurs l'application de mesures d'amnistie dans le contexte transitionnel interroge. Pierre Hazan définit l'approche amnistiante comme une gestion

13 Rapport du Secrétaire général, *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, S/2004/616, 23 août 2004, § 8.

14 *Ibid.*

traditionnelle des crimes de masse. Il associe cette forme de justice ayant recours à l'amnistie comme un pacte de l'oubli fondé sur « *l'oubli juridique et sur l'oubli social, les deux étant tendus vers l'objectif de la 'réconciliation'* »[15]. Toutefois, l'amnistie a été la mesure privilégiée pendant la transition espagnole. Dans un premier temps, cette phase amnistiante a mis fin à une justice injuste pour les victimes du franquisme (***A***), mais elle s'est révélée incomplète en répondant – de manière imparfaite – à une justice de l'instant pour ces mêmes victimes (***B***).

A. La fin d'une justice injuste

Au lendemain de la mort du dictateur Francisco Franco (*El Caudillo*) en 1975, une transition vers un État démocratique s'instaure en Espagne. Cette transition constitutionnelle instaure de nouvelles institutions démocratiques basées sur une Constitution ratifiée par référendum par le peuple espagnol en 1978. La transition constitutionnelle est « *un processus tendant à remplacer la Constitution dictatoriale ou totalitaire par une Constitution démocratique via une ou plusieurs révisions et/ou l'adoption d'un nouveau texte constitutionnel* »[16]. La transition démocratique qui chapeaute le processus transitionnel global durera jusqu'à la première alternance politique à la tête du gouvernement espagnol, en 1982[17].

Cette transition a pour objectif de mettre un terme au régime autoritaire franquiste qui s'étale sur une période comprise entre 1939 et 1975. Ce régime autoritaire a perpétré de multiples violations des droits de l'homme. Malgré l'objectif de démocratisation des institutions et de mutation du régime, ces violations des droits humains ne cesseront pas durant la transition espagnole, notamment au Pays basque. Bien que ces violations prennent diverses formes, la pratique de la torture est une des violations des droits humains qui est questionnée. En effet, selon les chiffres recueillis concernant les dénonciations pour tortures dans la Communauté autonome basque la première année de la transition (1975) a été la plus violente en matière de torture car plus de 300 cas y ont été répertoriés[18]. Ensuite, ce même rapport[19] indique que l'utilisation de la torture demeurera plus que sporadique jusqu'en 2014, date de fin de l'étude.

15 Pierre HAZAN, « Les dilemmes de la justice transitionnelle », *Mouvements*, n° 53, 2008, p. 42.

16 Magalie BESSE, *Les transitions constitutionnelles démocratisantes : analyse comparative à partir de l'expérience du Bénin*, thèse droit, Université Clermont Auvergne, 2017, p. 20.

17 Olivier DUHAMEL, *Les démocraties : histoire, régimes, exigences*, Éd. du Seuil, 1993, chap. 7.

18 Francisco ETXEBERRIA *et al.*, *op. cit.* (n. 7), p. 9.

19 *Ibid.*

Cette violence durant la transition est paradoxale car d'une part elle entraînera une réforme politique de l'État espagnol vers un régime rétablissant les libertés publiques ; d'autre part cette réforme se déroulera elle-même dans un climat de violence. Et ce, malgré l'évolution des normes fondamentales matérialisée par la *Ley 1/1977* (LRP) donnant des garanties démocratiques aux citoyens espagnols. Cette loi fondamentale est tantôt considérée comme la dernière loi du régime, tantôt comme la première de la transition démocratique. Ainsi, elle est interprétée par l'universitaire et homme politique Iñigo Cavero Lataillade comme la *Ley Constitucional de transacción para la transición*[20]. Cette loi est déterminante car elle inscrira la nature démocratique de l'État espagnol à son article premier, ainsi que l'inviolabilité des droits fondamentaux. Également, cette loi fondamentale créera de nouvelles institutions politiques à son second article par la disposition suivante : les *Cortes* se composent du Congrès des députés et du Sénat. De plus, cette transition sera principalement marquée par *el pacto de olvido*. En réalité, ce pacte politique entre les différents partis connaît son expression normative dans le vote de la loi d'amnistie générale du 15 octobre 1977 : la *Ley de Amnistia 46/1977*. À cet effet, hormis le groupe *Alianza Popular* composé d'anciens franquistes, la proposition de loi et son vote réuniront les parlementaires fraîchement élus par le peuple espagnol autour d'un consensus collectif sur une amnistie générale. Cette loi d'amnistie collective aboutira à la libération des prisonniers politiques, sans oublier les prisonniers basques qui n'avaient pas tous bénéficié des précédentes mesures d'amnistie collective appliquées, elles, par décret du gouvernement.

À cet effet, la transition a connu un processus amnistiant complexe. Ainsi, dès 1976 le gouvernement mené par Adolfo Suárez applique un *Real Decreto Ley 10/1976*[21] qui libère 287 prisonniers politiques dans tout l'État espagnol en excluant certains crimes dont ceux portant atteinte à l'intégrité physique et à la vie. Cette mesure est complétée à deux reprises en 1977 par le *Real Decreto Ley 19/1977*[22] relatif aux mesures de grâce et par le *Real Decreto 388/1977*[23] concernant l'*indulto general*. Ces premières mesures amnistiantes prises par le gouvernement Suárez au moment de la transition, seront exécutées au nom du vivre-ensemble comme décidé par ce décret du roi dès

20 Iñigo CAVERO LATAILLADE, « Soberania popular y elecciones para constituyentes », *Informaciones políticas*, nº 69, 18 de septiembre de 1976, *in* Oscar ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Marcial Pons, 2016, segunda edición, p. 29.

21 Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía, *BOE* nº 186, de 4 de agosto de 1976, p. 15097-15098.

22 Real Decreto Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia, *BOE* nº 65, de 17 de marzo de 1977, p. 6201-6202.

23 Real Decreto Ley 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general, *BOE* nº 66, de 18 de marzo de 1977, p. 6301-6302.

1976[24]. En effet, cette volonté de réinventer une forme de vivre-ensemble en Espagne sera un objectif majeur de la transition. En définitive, ces mesures d'amnistie répondront à cet impératif, dans la perspective de pouvoir transformer le régime en un État de droit démocratique. Et ce, afin de mettre fin à une justice injuste pratiquée par l'État autoritaire jusqu'à la transition.

Cependant, certaines résistances au gouvernement espagnol persisteront du côté des prisonniers politiques basques, qui ne seront pas tous amnistiés par les décrets de Suárez. Alors, durant l'année 1977 le gouvernement Suárez, *via* son Conseil des ministres à la veille des élections parlementaires exécutera une ultime mesure de grâce. Cette dernière – cette fois-ci individuelle – visera à apaiser la crise provoquée par les manifestations du mouvement pro-amnistie qui se cristallise principalement au Pays basque. Cette ultime décision du président du gouvernement Adolfo Suárez ne suffira pas à apaiser l'opposition politique face à son gouvernement ; et, lorsque le nouveau Parlement sera en place il offrira la voie de l'amnistie à tous les prisonniers politiques par le biais de la *Ley de Amnistia 46/1977* votée par les *Cortes generales*. Si cette dernière loi d'amnistie est critiquée pour les obstacles qu'elle a produits en tant que loi d'amnistie-amnésie[25], elle est généralement perçue comme une mesure « juste » au sortir de la dictature pour palier à la violence de la transition, et aux crimes du passé en libérant (tous) les prisonniers politiques. Malgré ce processus amnistiant général, cette justice n'a pas totalement rempli sa fonction transitionnelle.

B. Une justice de l'instant

En contexte transitionnel, l'amnistie doit être complétée par d'autres instruments issus de la justice transitionnelle. Cette justice transitionnelle, précédemment définie par le Secrétaire général des Nations Unies a pour fonction de réparer les violations des droits de l'homme commises par le passé *via* l'utilisation de diverses mesures judiciaires et non judiciaires. Ces mécanismes précités mis en place par le Secrétaire général des Nations Unies ont plusieurs objectifs : l'établissement des responsabilités, l'application de la justice et la réconciliation des acteurs. Ainsi, la mention d'une possible pluralité des mécanismes à utiliser afin de résoudre la question de violations graves des droits humains contribue à expliquer l'absence d'efficacité de certaines mesures prises durant la transition espagnole. Dans le cas du Pays basque, la persistance de la pratique de la torture après la

24 Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía, *BOE* nº 186, de 4 de agosto de 1976, p. 15097-15098.

25 Pierre HAZAN, art. cit. (n. 15), p. 42.

transition démontre une faille liée à l'utilisation partielle des mécanismes issus de la justice transitionnelle.

En effet, la dernière mesure d'amnistie adoptée durant la transition, celle de l'amnistie générale du 15 octobre 1977 permet aux opposants politiques du régime franquiste d'être libérés au nom de leurs luttes en faveur du rétablissement des libertés publiques et des peuples d'Espagne[26]. D'une part, cette loi aura pour conséquence immédiate de permettre la libération, en ce qui concerne notre étude, les derniers prisonniers basques. D'autre part, cette norme législative empêchera l'ouverture d'enquêtes judiciaires sur les crimes antérieurs au vote de cette même loi. Cette dernière conséquence est confirmée dans les années 2000 par l'épopée juridique qu'a connu la question de la « mémoire historique » en Espagne, amenée devant les tribunaux par l'*Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica*. Selon l'historienne Sophie Baby, le juge Baltasar Garzón chargé d'instruire ce dossier s'est rapidement confronté aux blocages normatifs notamment produits par les mesures d'amnistie issues de la transition[27]. Les faits sont ainsi rappelés par Amane Gogorza et Marion Lacaze :

> ***Le 14 décembre 2006, une plainte fut déposée devant l'Audiencia Nacional par des proches de personnes disparues ou décédées pendant la guerre civile et les années d'après-guerre, afin que soit déterminé ce qui leur était arrivé, le lieu où elles avaient été inhumées et les circonstances de leur décès.Au nom du droit à connaître la vérité, ils sollicitaient l'ouverture d'une information judiciaire, seule la voie pénale permettant à cette date – antérieure à l'adoption de la loi dite de Memoria historica –, la localisation et l'identification des corps dissimulés dans des fosses communes. C'est pourtant postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi, et après que le Ministère public rendit un avis défavorable à l'ouverture d'une information judiciaire, que le juge d'instruction se déclara compétent, par une ordonnance du 16 octobre 2008, pour instruire les faits de détentions arbitraires commis de 1936 à 1952.***[28]

Ainsi, la compétence que s'était reconnue le juge Baltasar Garzón consistait à instruire cette affaire qui mettait en cause les régimes précédents de détention illégale de personnes durant la période de la guerre civile et

26 Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, *BOE* nº 248, de 17 de octubre de 1977.

27 Sophie BABY, « ¿Latinoamérica: un desvío necesario? Baltasar Garzón, de Pinochet a Franco », *Amnis*, nº 2, 2011, § 17.

28 Amane GOGORZA et Marion LACAZE, « Chronique de droit pénal espagnol. La loi, le juste et le juge face au franquisme : réflexions à partir de la décision du Tribunal suprême espagnol STS 101/2012 Manos Limpias y Asociación Libertad e Identidad vs Baltasar Garzon », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 83, 2002/3, p. 597.

post-guerre. Cette notion de détention arbitraire, est comprise comme étant basée sur un plan d'élimination systématique et préméditée des opposants politiques au régime à travers diverses méthodes telles que les exécutions, la torture, l'exil ou encore les disparitions forcées. Cette affaire qualifiait un crime contre l'humanité ; donc un crime imprescriptible. Pourtant, si l'instruction a permis de recenser 114 226 personnes disparues et a ordonné l'exhumation de 19 fosses communes, le procureur général fit un recours et l'*Audiencia Nacional* ordonna l'arrêt des exhumations[29]. Malgré la déclaration de compétence du juge, il délèguera l'instruction aux tribunaux locaux après avoir déclaré l'absence de responsabilité pénale du général Franco et des autres responsables franquistes, tous décédés au moment de l'enquête.

L'absence de reconnaissance de la responsabilité des crimes franquistes par leurs auteurs et donc, par l'État ; ainsi que les obstacles des autorités judiciaires et politiques à la bonne conduite de l'instruction sont symptomatiques de la transition espagnole. Il faudra attendre la *Ley de Memoria Histórica*[30] de 2007 pour que les victimes puissent entamer de réelles démarches de reconnaissance, mais aussi de réparations liées aux crimes du franquisme et de la guerre civile. Néanmoins, si cette nouvelle législation met en place une reconnaissance et une éventuelle indemnisation des victimes, elle ne sanctionne pas par la voie judiciaire les crimes commis durant ces périodes violentes.

L'amnistie, a mis fin à une justice injuste durant la transition démocratique. Elle libère les prisonniers politiques torturés et incarcérés. À cet égard, les mesures d'amnistie ont grandement contribué à la bonne conduite de la transition vers un régime démocratique. Pourtant, les blocages juridiques qu'elle a engendrés dans le cadre des enquêtes relatives à la mémoire historique, démontrent une inefficacité partielle de cette transition et de l'absence de mobilisation d'instruments issus de la justice transitionnelle.

II. Une justice injuste dans l'État de droit

La persistance de la pratique de la torture au Pays basque, au sein de l'État de droit espagnol questionne l'application des mesures de grâce individuelles, aussi nommées *indultos*. Dans l'État de droit espagnol et pour des sanctions concernant des actes de tortures et de mauvais traitements, les *indultos* font transparaître une « mauvaise justice » laissant les bourreaux impunis (***A***).

29 *Ibid.*

30 Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, *BOE* nº 310, de 27 de diciembre 2007.

Cette impunité appliquée aux bourreaux ne garantit pas l'absence de répétition de ces violations graves des droits de l'homme (***B***).

A. De l'impunité des bourreaux

Les mesures relatives aux *indultos* sont régies par la Constitution espagnole de 1978 à son article 62-i. Cette mesure de grâce individuelle peut être décrétée après la condamnation de l'individu, elle pardonne le condamné et empêche l'exécution d'une décision de justice. L'*indulto* est délivré par le roi sur proposition du ministre de la Justice. Cette mesure de grâce peut s'appliquer sur toute la peine, ou seulement sur une partie de celle-ci. Ainsi, l'exécution de la décision de justice concernée sera annulée de manière partielle ou totale, selon les cas. Cet *indulto* prévu par la Constitution peut être proposé par toute personne, par le gouvernement, le procureur, le tribunal, le *Tribunal Supremo* sous réserve que le ministre de *Gracia y Justicia* décrète la nécessité d'ouvrir un dossier. Par ailleurs, le gouvernement peut également demander la constitution d'un dossier (sans proposition préalable, ni proposition des *Tribunales de Justicia*). Ces propositions peuvent émaner du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif comme du pouvoir judiciaire et viennent entraver l'application de sanctions judiciaires – délivrées par le pouvoir exécutifet dans ce cas précis – par décret du roi. Cette disposition constitutionnelle relative à l'*indulto* est complétée par la loi de 1870[31], postérieurement consolidée à de multiples reprises.

Ces mesures de grâce sont un héritage des années 1870, et ont été fréquemment utilisées sous le régime franquiste. En effet, le *Caudillo* se servait de cet instrument pour libérer de manière ponctuelle des opposants au régime. Cette application des mesures de grâce s'explique par l'image de « bon » dictateur cultivée par le général Francisco Franco. Au-delà de ces mesures exécutées sur ordre du dictateur une mesure de grâce générale exécutée en 1975 pose certaines questions d'interprétation. Cet *indulto general*[32] ratifié par le roi Juan Carlos de Borbón vise dans sa grande majorité des détenus de droit commun. Ainsi, cette mesure de grâce générale semble s'inscrire dans la lignée de celles appliquées par le régime franquiste. Le décret dispose dans son préambule que cette mesure de 1975, s'applique en résonnance aux traditions religieuses qui ont permis la transcendance de la justice par le *Caudillo*. Selon l'historienne Sophie Baby, la population carcérale a été

31 Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, « Gaceta de Madrid » nº 175, de 24 de junio de 1870.

32 Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad don Juan Carlos de Borbón como Rey de España, *BOE* nº 284, de 26 de noviembre de 1975, p. 24666. *BOE*-A-1975-24188.

réduite de moitié durant la période comprise entre 1975 et 1976[33]. Néanmoins, cette mesure de grâce n'inclut pas les personnes détenues pour avoir enfreint la législation contre le terrorisme, ou ayant écopé de la peine de mort ; de cette manière, cette dernière libère principalement des personnes détenues pour des délits de droit commun.

Ces *indultos* réapparaissent dans la Constitution de 1978 après l'établissement de l'État de droit en Espagne. Désormais, ces *indultos* sont délivrés uniquement de manière individuelle car les mesures de grâce ne peuvent plus être appliquées collectivement. Ainsi, la moitié des personnes condamnées pour des actes de tortures et mauvais traitements au Pays basque ont bénéficié de l'application de ces *indultos*. Selon notre étude dix-sept *Real Decretos*[34] ont été exécutés pour pardonner 22 fonctionnaires condamnés pour tortures et mauvais traitements. En complément de ce chiffre, 49 fonctionnaires ont été condamnés pour des faits de tortures au Pays basque par les tribunaux internes. La moitié d'entre eux ont été pardonnés par l'exécutif ; de ce fait, leurs peines ont été partiellement ou totalement non exécutées.

Cette pratique exécutive témoigne d'une faille de l'État de droit. En effet, si les mesures d'amnistie ont été prises durant une période transitoire, les décrets relatifs aux *indultos* des forces de l'ordre espagnols sont appliqués dans les années 1990 et 2000. L'État de droit qui soutient le régime démocratique en Espagne dès la première alternance politique à la tête du gouvernement en 1982 ne semble pas sans failles. D'une part, la torture est pratiquée par les forces de l'ordre au Pays basque[35] ; d'autre part, lorsque les bourreaux sont condamnés, l'exécutif a pardonné les auteurs de violations des droits humains.

33 Sophie BABY, *op. cit.* (n. 3), p. 242.

34 Real Decreto 242/1993, *BOE*-A-1993-5932, *BOE* nº 53, de 3 de marzo de 1993, p. 6796 ; Real Decreto 343/1995, *BOE*-A-1995-8939, *BOE* nº 87, de 12 de abril de 1995, p. 11022 ; Real Decreto 347/1995, *BOE*-A-1995-8945, *BOE* nº 87, de 12 de abril de 1995, p. 11022 ; Real Decreto 1268/1999, *BOE*-A-1999-16787, *BOE* nº 184, de 3 de agosto de 1999, p. 28874 ; Real Decreto 1272/1999, *BOE*-A-1999-16791, *BOE* nº 184, de 3 de agosto de 1999, p. 28875 ; Real Decreto 1274/1999, *BOE*-A-1999-16793, *BOE* nº 184, de 3 de agosto de 1999, p. 28875 ; Real Decreto 2949/2000, *BOE*-A-2001-110, *BOE* nº 2, de 2 de enero de 2001, p. 105 ; Real Decreto 3007/2000, *BOE*-A-2001-213, *BOE* nº 3, de 3 de enero de 2001, p. 242 ; Real Decreto 3030/2000, *BOE*-A-2001-236, *BOE* nº 3, de 3 de enero de 2001, p. 246 ; Real Decreto 3008/2000, *BOE*-A-2001-214, *BOE* nº 3, de 3 de enero de 2001, p. 242 ; Real Decreto 3009/2000, *BOE*-A-2001-215, *BOE* nº 3, de 3 de enero de 2001, p. 242 ; Real Decreto 3024/2000, *BOE*-A-2001-230, *BOE* nº 3, de 3 de enero de 2001, p. 244-245 ; Real Decreto 3035/2000, *BOE*-A-2001-241, *BOE* nº 3, de 3 de enero de 2001, p. 246 ; Real Decreto 3044/2000, *BOE*-A-2001-250, *BOE* nº 3, de 3 de enero de 2001, p. 248 ; Real Decreto 3053/2000, *BOE*-A-2001-259, *BOE* nº 3, de 3 de enero de 2001, p. 249 ; Real Decreto 2918/2000, *BOE*-A-2001-56, *BOE* nº 1, de 1 de enero de 2001, p. 51 ; Real Decreto 2960/2000, *BOE*-A-2001-121, *BOE* nº 2, de 2 de enero de 2001, p. 107 ; Real Decreto 2927/2000, *BOE*-A-2001-65, *BOE* nº 1, de 1 de enero de 2001, p. 52.

35 Francisco ETXEBERRIA *et al.*, *op. cit.* (n. 7), p. 9.

B. Absence de garanties de non-répétition

L'application des *indultos* par les différents gouvernements espagnols après la transition témoigne de l'absence de garanties de non-répétition des violations des droits de l'homme. En effet, si la transition espagnole a permis la mise en place d'un nouveau régime, la persistance de la torture et le pardon des tortionnaires interrogent. Les instruments de justice transitionnelle, définis plus haut comme pouvant relever des cadres judiciaires et non judiciaires sont originaux. Ainsi, ils diffèrent des outils classiques utilisés par la justice de par leur nature hybride et extraordinaire ; également, ils poursuivent des objectifs nouveaux. Le Secrétaire général des Nations Unies[36] invoque des outils juridiques inédits qui se démarquent des éléments classiques du procès pénal, et qui complètent les principes définis par Louis Joinet[37] comme piliers de la justice transitionnelle : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à la réparation du préjudice et le droit aux garanties de non-répétition des violations graves des droits humains. En effet, les piliers de la justice transitionnelle édictés par Louis Joinet doivent être entendus de manière holistique, et selon Magalie Besse :

> […] ***l'adoption de garanties de non-répétition efficaces implique que la vérité ait été faite sur les acteurs, les structures et les valeurs politiques et sociales ayant permis la commission des violations des droits de l'Homme, car de leur identification et de leur reconnaissance dépend leur élimination. La justice transitionnelle apparaît à cet égard conditionner la « qualité » de la transition constitutionnelle. De même, la responsabilisation des auteurs des violations des droits de l'Homme semble indispensable à un changement de la pratique du pouvoir par les acteurs. La fin de l'impunité constitue à cet égard non seulement une garantie de non-répétition, mais aussi le gage de l'institutionnalisation des règles démocratiques.***[38]

La mesure d'amnistie générale du 15 octobre 1977 précédemment citée, si elle contribue à définir la transition, demeure une mesure isolée et n'est pas le reflet d'une véritable justice de transition. En effet, les « principes Joinet » traduisent l'importance des droits invoqués par cette nouvelle forme de justice, pour mettre fin aux crimes les plus graves. Ces droits sont établis afin de protéger les victimes, et conjointement de mettre en place un régime démocratique. L'établissement de l'État de droit par l'application

36 *Ibid.*

37 Louis JOINET, *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, Rapport final en application de la décision 1996/119 de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Nations Unies, 1997.

38 Magalie BESSE, *op. cit.* (n. 16), p. 409.

d'une nouvelle Constitution n'a pas enrayé l'utilisation de la pratique de la torture au Pays basque. En effet, les garanties de non-répétition ne sont pas établies *de facto*. Ces garanties dépendent des différents droits se rapportant à la justice transitionnelle. De ce fait, ces garanties ne sont pas protégées si le droit à la vérité n'a préalablement été exercée par les victimes. Toutefois, cette carence n'est qu'un élément de compréhension concernant l'absence de garanties de non-répétition pour les victimes de tortures au Pays basque. De cette manière ce n'est pas la seule lacune, l'application d'une justice transitionnelle faisant appel à divers mécanismes enchevêtrés. Ainsi, les risques relatifs à la perpétuation du préjudice historique sont, selon Kelly Picard, plus largement liés à l'effectivité des libertés publiques dans le nouvel État démocratique[39].

Dans ce cadre développant la persistance de la torture au Pays basque après la transition et l'application de mesures de grâce individuelles à de nombreuses personnes condamnées pour tortures et mauvais traitements, le droit de savoir développé par Louis Joinet se révèle être un élément essentiel aux garanties de non-répétition. Ce premier pilier de la justice transitionnelle est, selon Magalie Besse, le « *droit inaliénable de chaque peuple ou personne à connaître la vérité sur les événements passés, leurs circonstances et leurs motifs, du devoir de mémoire de chaque peuple face à son histoire, ainsi que d'un droit spécial des victimes directes et indirectes de connaître la vérité quant aux violations subies* »[40]. L'absence d'exercice de ce droit à la vérité des victimes, trouve son fondement dans l'émergence tardive de documents officiels – institutionnels – faisant état de la réalité de la pratique de la torture au Pays basque. En effet, ce premier rapport du gouvernement de la CAB est publié en 2017[41]. Cette étude scientifique et indépendante répond à une demande du gouvernement basque et officialise ainsi plus de 4 000 cas de tortures et de mauvais traitements sur une période comprise entre 1960 et 2014. Cet exercice du droit à la vérité mené par les institutions basques met en exergue les difficultés que rencontre l'application de ce droit à la vérité dans la Communauté forale de Navarre et au-delà de la frontière pyrénéenne. Postérieurement au rapport de la CAB établissant plus de 4 000 cas de tortures, le gouvernement de Navarre a annoncé la parution d'un rapport scientifique démontrant l'utilisation systémique et généralisée de la torture durant la période comprise entre 1960 et 1978 dans cette Communauté autonome[42]. Ainsi, les chercheurs annoncent avoir vérifié et validé 169 cas

39 Kelly PICARD, *La responsabilité de l'État du fait du préjudice historique : réflexions sur la possible reconnaissance d'un dommage constitutionnel*, Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 341, § 422.

40 *Ibid.*, p. 408.

41 Francisco ETXEBERRIA *et al.*, *op. cit.* (n. 7).

42 Joxerra SENAR, « Torturaren ikerketan sakontzeko asmoa azaldu du gobernuak », *Berria*, 26 février 2020, p. 6.

de tortures se rapportant à cette époque. Néanmoins, aucun des documents émanant des institutions ne font état de cette pratique durant la période post-transitionnelle.

Cette non-mise au jour de la vérité démontre une lacune au niveau de l'utilisation de mécanismes découlant du concept de la justice transitionnelle. Ainsi, les mesures de grâce individuelles appliquées à certains tortionnaires après la transition prouvent que la justice qui a eu cours en période transitoire dans l'État espagnol a échoué. D'une part, elle a failli à enrayer les pratiques de tortures violant les droits de l'homme au Pays basque ; d'autre part, elle a permis l'impunité post-transitionnelle de certains bourreaux.