

Pauline GUELLE

Doctorante en Droit public

Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon,
CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France

L'effectivité du contrôle des droits fondamentaux : un critère de la Démocratie

Contribution à l'atelier n°5 du Congrès de l'AFDC 2023

Un État faisant usage de la torture est-il démocratique ? Manifestement, il semble que cela soit le cas. Au nom de la lutte contre le terrorisme, et plus récemment dans le cadre de contrôles des migrations, plusieurs États démocratiques ont été sanctionnés pour avoir torturé. En Europe, l'État espagnol utilise cette pratique pourtant prohibée dans les Démocraties dans l'un de ses territoires. En effet, au Pays basque, plusieurs études recensent de nombreux cas de torture à partir de l'année 1960. Tout d'abord, en 2017, le Gouvernement de la Communauté autonome basque publie un rapport scientifique dénombrant 4 113 cas de tortures entre 1960 et 2014¹. Plus tard, par l'élaboration de deux rapports officiels, le Gouvernement de la Communauté forale de Navarre dénombre 758 cas de torture entre 1960 et 2015². Les deux rapports des gouvernements régionaux participent à une démarche spécifique : celle de la recherche de la Vérité sur les violations des droits de l'Homme pendant le franquisme (1939-1975), durant la transition espagnole (1975 à 1982) ainsi que les violences à motivation politique commises sur le territoire basque après la transition démocratique espagnole.

Dans le cas de l'Espagne, cette permanence de la torture s'explique notamment par la continuité du conflit armé au Pays basque malgré la transition démocratique espagnole. Ce conflit se matérialise par l'usage de la violence par plusieurs groupes armés opposants aux États français et espagnol comme ETA³ ou *Iparretarrak*⁴ ayant pour objectif l'indépendance ou l'autonomie du Pays basque et l'utilisation de moyens illégaux par l'État espagnol pour contrer cette violence entre 1967 et 2011. Si ce conflit armé prend racine en 1967 durant le franquisme, le processus de pacification est entamé en 2011 tandis que la transition démocratique espagnole s'achève dès 1982. Pour autant, la continuité du conflit ne semble pas remettre en cause le caractère démocratique de l'État au regard de la continuité des dénonciations de torture au Pays basque jusqu'au début des années 2010. Or, l'Espagne a été sanctionnée à huit reprises par la Cour EDH pour absence d'enquête sur le volet procédural de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés et des droits fondamentaux concernant la prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants ; et une fois sur son volet matériel concernant des violations commises au Pays basque. Malgré la récurrence de ces sanctions, la

¹ Gouvernement basque, Francisco ETXEBERRIA *et al.*, *Proyecto de investigación de la tortura y malos tratos en el País Vasco entre 1960-2014*, Instituto Vasco de Criminología – Kriminologiaren Euskal Institutua, décembre 2017.

² Gouvernement de Navarre, *Investigación sobre la tortura y otros malos tratos en Navarra desde 1979 a la actualidad*, Instituto Vasco de Criminología – Kriminologiaren Euskal Institutua, décembre 2022, p. 137.

³ *Euskadi ta Askatasuna (ETA)* signifie Pays basque et Liberté. Cette organisation créée en 1959 sous le franquisme use de la violence armée durant la période comprise entre 1967 et 2011 se réclame d'une dimension « nationale » puisqu'elle agit sur l'ensemble des sept provinces historiques basques à la fois sur l'État français et espagnol.

⁴ Ce groupe armé créé en 1973 sur le territoire français, dit du « Pays basque Nord » concentre son action sur les trois provinces historiques de cet État.

nature démocratique de l'Espagne n'est pas remise en cause. De la même manière, les multiples entorses des États-Unis aux droits de l'Homme en pratiquant la torture à la fois en période de guerre et dans ses prisons ne semblent pas interroger la nature démocratique du régime au regard de son rôle de « gendarme du monde ».

Dans le cas espagnol, le contrôle du respect de la prohibition de la torture est soumis à une protection juridictionnelle importante à partir de l'adoption de sa nouvelle Constitution en 1978. Au-delà de la protection interne des droits fondamentaux par le Tribunal constitutionnel espagnol, la Cour EDH sanctionne l'absence de respect à la Convention européenne des droits de l'Homme qui inclut la violation des droits fondamentaux⁵. En soit, le manquement des États à leurs obligations en matière de protection des individus contre l'utilisation de la torture ne paraît pas altérer la nature démocratique de l'État⁶. Il semble alors que la remise en cause du régime par l'analyse des violations des droits de l'Homme requiert un caractère massif ou systémique.

Cette problématique pose le paradoxe existant entre État de droit et Démocratie. En philosophie morale, Michel Terestchenko brise les principes de l'État de droit, le rendant illégitime s'il pratique la torture⁷. Alors, quelle définition caractérise l'État de droit ? L'État soumis au droit, n'est pas *de facto* démocratique. En droit européen des droits de l'Homme, selon Pierre-Henri Imbert, la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple, apparaît comme un moyen de contribuer au caractère démocratique des États membres, car elle garantit un contrôle du respect de ces droits⁸. En droit constitutionnel et selon la Professeure Marie-Anne Cohendet, « [e]n démocratie les droits de l'homme sont à la fois le fondement, le but et la limite du Gouvernement du peuple »⁹. Pour l'auteure les droits de l'Homme sont le fondement et la limite du pouvoir des démocraties ; alors, le gouvernement par le peuple et pour le peuple a pour objectif la garantie de ces droits.

Or, si cette dernière définition correspond à notre idée de l'État de droit démocratique, il est intéressant de noter que cette garantie est un but, et non un critère inamovible. De ce fait, il

⁵ L'Espagne ratifie la Convention européenne des droits de l'Homme dès 1979, soit un an après l'adoption de sa nouvelle Constitution.

⁶ Au-delà de l'ensemble des États partie, les États de l'Union européenne sont régulièrement sanctionnés pour de tels manquements par la Cour EDH v. Cour européenne des droits de l'Homme, *Violations par article et par État (1959-2022)*, [En ligne], consultée le 30/05/2023, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2022_FRA.pdf

⁷ Michel TERESTCHENKO, *Du bon usage de la torture ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, Paris : La Découverte, 2008.

⁸ Pierre-Henri IMBERT, *Convention européenne des droits de l'homme de 1950 et ses protocoles*, JCL Libertés, fasc. 80.

⁹ Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris : LMD, édition 2015, p. 29, 30 s.

semble possible que des violations des droits de l'Homme aient cours dans une Démocratie, mais celles-ci doivent être soumises à un système effectif de protection. Cependant, si ces violations sont répétées, massives ou se situent de façon constante sur un même territoire ou envers une même catégorie de personnes, le simple objectif démocratique paraît caduc.

Suivant la définition de la démocratie précédemment présentée, cet idéal devrait guider les processus de démocratisation. Ce processus de transformation d'un État totalitaire ou autoritaire vers un État démocratique repose sur plusieurs phases. Le cas de la transition démocratique espagnole (1975-1982), en tant que modèle transitionnel pacté ou négocié¹⁰, sert d'objet d'étude concernant la démocratisation de l'État. Néanmoins, ce pacte conduit à une transition démocratique non pacifiée au regard de la continuité des violences contestataires (d'extrême droite, d'extrême gauche et indépendantistes), étatiques ou encore relatives au coup d'État militaire manqué du 23 février 1981, sur l'ensemble du territoire espagnol entre les années 1975 et 1982¹¹. Aussi, la loi d'amnistie générale adoptée par les Cortes durant la transition en 1977 permet à la fois aux personnes ayant combattu pour la liberté durant le franquisme et aux responsables du régime autoritaire d'échapper aux poursuites pénales¹². L'impunité des bourreaux et la pérennité des violences durant la transition démocratique conduit à déliter le mythe de la transition pacifique espagnole.

Dans le cadre de la transition démocratique, la disparition de la torture apparaît comme un critère de démocratisation. En effet, comment envisager l'État démocratique sans protection effective de cette violation des droits de l'Homme ? En ce sens, l'ineffectivité du droit fondamental à ne pas être torturé remet en cause la consolidation démocratique.

Tout d'abord, il convient d'appréhender la protection effective des droits fondamentaux en tant que pierre angulaire du processus de démocratisation **(I)**. Ensuite, le processus de sanction se propose à mesurer l'effectivité de la consolidation démocratique de l'État **(II)**.

¹⁰ Bénédicte BAZZANA, « Le “modèle” espagnol de transition vers la démocratie à l'épreuve de la chute du mur de Berlin », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 30, n° 1, 1999, p. 107.

¹¹ Sophie BABY, *Le mythe de la transition pacifique : violence politique en Espagne (1975-1982)*, Madrid : Casa de Velázquez, 2012.

¹² Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, BOE n° 248, de 17/10/1977.

I- La Démocratie consolidée : un idéal de protection des droits fondamentaux

Lorsque l'on se place dans une transition démocratique, le développement de l'État de droit est complété par l'établissement d'un régime démocratique respectant les droits fondamentaux. Le développement d'un nouvel État de droit en Espagne et l'achèvement de sa transition démocratique en 1982 ont théoriquement établi un nouvel État démocratique. Ce passage de la dictature vers la démocratie se déroule dans le cadre du processus de démocratisation (A). Or, l'épuisement de la transition démocratique est insuffisant pour établir la protection effective des droits fondamentaux dont la garantie se traduit par l'établissement d'une Démocratie consolidée (B).

A- Une consolidation *via* la démocratisation

L'établissement, ou le rétablissement de l'État de droit démocratique après une dictature, est un enjeu majeur des transitions démocratiques. Si le processus de transition démocratique des États comprend à la fois des aspects juridiques et politiques ainsi que des implications économiques, sociales et culturelles¹³ ; le processus de démocratisation, dans notre étude, se rapporte essentiellement aux critères juridiques et politiques menant à rendre effectif l'établissement de la Démocratie au sein de laquelle les droits fondamentaux sont effectivement garantis. Il convient alors de distinguer la transition démocratique du processus de démocratisation dans son ensemble.

Au gré des changements de régime politiques, la démocratisation est un phénomène observé à l'échelle mondiale. À ce titre, Samuel Huntington définit plusieurs « vagues de démocratisation ». La troisième vague de démocratisation identifiée par le chercheur, dont fait partie l'Espagne, se déroule entre les années 1974 et s'étend jusqu'aux années 1990¹⁴. Depuis l'étude de Samuel Huntington, la question de la démocratisation se développe et conduit notamment à l'émergence de courants : la transitologie qui comprend l'étude politique des transitions, ou encore la question de la Justice transitionnelle qui mobilise à la fois le juriste et le politologue. À partir de ce courant, la structure de la transition démocratique espagnole et son développement vers la Démocratie consolidée sont entendus dans ce travail.

Le processus de démocratisation encadre la totalité de la transition vers l'établissement effectif de la démocratie. Celui-ci se décline en trois phases caractérisées par leur interdépendance et leur chronologie. La première est nécessairement la phase autoritaire (ou totalitaire), suivie par

¹³ Nada YOUSSEF, *La transition démocratique et la garantie des droits fondamentaux : esquisse d'une modélisation juridique*, Paris : Publibook, 2011, p. 24.

¹⁴ Samuel HUNTINGTON, *The third wave – Democratization in the late twentieth century*, London : University of Oklahoma Press, 1991, pp. 21-26.

la transition démocratique et enfin celle de la consolidation de la Démocratie¹⁵. En ce sens plusieurs phases d'avancement du processus déterminent les balises permettant d'évaluer le développement de l'État de droit et de la démocratie dans le cadre d'une transition démocratique. D'abord, la chute du régime autoritaire marque le point zéro de ce processus. Il est à l'origine de la transition et se matérialise, en droit constitutionnel, par le déclenchement d'un processus déconstituant. Le processus de démocratisation, indépendant du processus déconstituant, est observé à partir de la phase suivante qui se matérialise par la phase reconstituante. Si transition constitutionnelle il y a, l'élaboration puis l'adoption d'une nouvelle Constitution marquent ensuite deux étapes distinctes de la transition démocratique. Dans notre cas, l'adoption de la nouvelle Constitution en 1978 achève la phase reconstituante en Espagne après la chute du régime franquiste provoqué par la mort du général Franco en 1975. En effet, cette dernière commence lors de la phase constitutionnelle reconstituante et se termine lorsque la Constitution est effective.

Les droits fondamentaux sont donc au cœur de ce processus, car la nouvelle Constitution, si celle-ci est bien démocratique, garantit ces droits. Le processus reconstituant doit donc prendre en considérant ces droits et les inscrire dans la nouvelle Constitution. Puis, ceux-ci doivent être applicables dans le nouveau régime post-transitionnel. Enfin, leur effectivité est requise dans le cadre de la Démocratie consolidée précédent la transition démocratique.

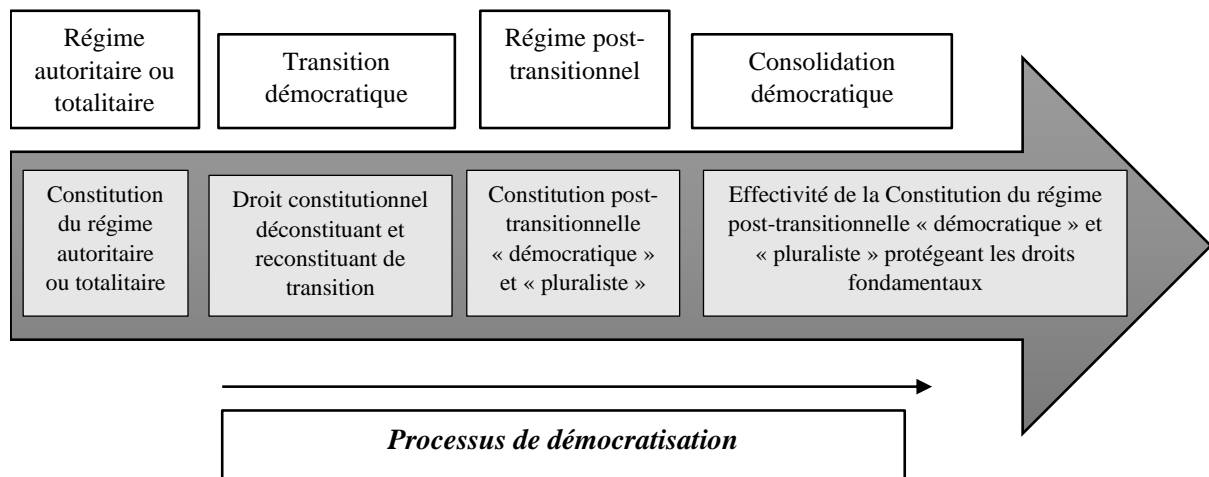
Pourtant, cette question est parfois mise au second plan dans les modèles encrant les processus transitionnels. Andreas Schedler comme Juan J. Linz et Alfred Stepan posent le critère de l'alternance politique comme indicateur de l'achèvement de la phase de la transition démocratique. Ils considèrent que l'adoption d'une nouvelle norme suprême ne suffit pas à épuiser cette phase transitionnelle. Selon les chercheurs, les règles du jeu politique établies par la Constitution adoptée durant la transition démocratique par les acteurs autrefois illégitimes deviennent effectives si celles-ci permettent l'alternance des gouvernants. Si la Constitution espagnole est adoptée en 1978, la première alternance politique intervient en 1982 avec la prise de pouvoir des socialistes au gouvernement. Si ce critère est utile pour définir la fin de la transition démocratique, il ne suffit pas à épuiser la consolidation démocratique puisque l'effectivité de la protection des droits fondamentaux disposés par la Constitution n'est pas garantie par la transition démocratique.

¹⁵ Jean-Pierre MASSIAS, « Le contrôle des processus constituants et du contenu des constitutions : faut-il un gardien des processus constituants ? », *Annuaire international de justice constitutionnelle 2014 — Juges constitutionnels et doctrine, constitutions et transitions*, Paris : Economica, 2015, p. 605.

B- Une consolidation démocratique sous conditions

Le processus de démocratisation s'achève de manière concomitante à celle de la phase de consolidation démocratique du régime. Cette dernière étape essentielle à l'établissement du nouvel État de droit démocratique et pluraliste est conditionnée par l'effectivité des normes établies par la nouvelle Constitution. Les caractéristiques de la Démocratie consolidée englobent donc celles des étapes précédentes de démocratisation et forment un système constitutionnel effectif dans lequel le gouvernement par le peuple et pour le peuple, respectant les droits fondamentaux et s'inscrivant dans une démocratie pluraliste est instauré.

Figure 1 : *La consolidation démocratique dans le processus de démocratisation*¹⁶



L'applicabilité d'une Constitution mettant en place de nouvelles règles du jeu démocratique, autorisant la participation de l'ensemble des acteurs politiques, est requise pour que la consolidation démocratique soit. Cette démocratie pluraliste s'inspire de la démocratie libérale élaborée par Slobodan Milacic¹⁷. Au centre de l'exigence de pluralisme réside le critère de respect des minorités, permettant de contrebalancer celui de la démocratie du nombre définie par un système représentatif majoritaire. En conséquence, la Constitution en tant qu'instrument de protection des droits de minorités contribue à la consolidation de régime démocratique.

¹⁶ Figure élaborée à partir des modèles de Jean-Pierre MASSIAS et Magalie BESSE v. Jean-Pierre MASSIAS, *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, Paris : PUF, 2ème édition entièrement revue, novembre 2008, p. 19 et Magalie BESSE, *Les transitions...*, op. cit., p. 40.

¹⁷ Slobodan MILACIC, « "Peut-on se passer de Constitution ?" La réponse est non, mais quelle est la question ? », *Constitutions : revue de droit constitutionnel appliqué*, 2017, p. 359, § 35.

Cette pondération du gouvernement majoritaire s'observe également par l'applicabilité des droits fondamentaux dans le nouveau régime. Si l'élaboration d'une Constitution protégeant les droits fondamentaux de manière théorique est essentielle à la transition démocratique, il reste à rendre ces droits applicables et effectifs. En effet, la mise en place des nouvelles règles du jeu politique par le nouveau système constitutionnel implique la mise en place d'un système pluraliste au sein duquel les acteurs politiques bénéficient d'une reconnaissance qui leur permet de concourir par la voie démocratique notamment lors de l'élection pour les partis politiques ou par le biais de mobilisations sociales concernant les syndicats. De plus, l'établissement d'un tel système requiert la veille de l'effective protection des droits fondamentaux disposés dans la Constitution.

Or, le processus de démocratisation qui mène à la consolidation démocratique est rarement distingué de celui de la transition démocratique. Cette absence de différenciation entre la fin de la transition démocratique et celui de la consolidation démocratique conduit à occulter la mesure de l'effectivité de la Constitution. L'État en transition connaît de nombreuses transformations normatives de nature politique, juridique, économique, sociale et culturelle ; cela ne signifie pourtant pas que sa transition aboutisse à une effective application de la nouvelle Constitution. Par exemple, Juan J. Linz et Alfred Stepan considèrent l'Espagne comme une Démocratie consolidée dès la première alternance au pouvoir matérialisée par la mise en place d'un gouvernement socialiste en 1982¹⁸. Ils basent leur analyse sur les trois critères suivants, complétés par cinq arènes d'interactions¹⁹ :

« Le comportement des acteurs ne doit pas les mener à user de ressources à des fins non démocratiques [...]. La majorité des citoyens doit croire dans l'adéquation du système démocratique pour gouverner la vie en société, tant dans ses procédures que dans ses institutions, en s'assurant que l'appui pour les alternatives antisystème est isolé. Constitutionnellement, un régime constitutionnel est consolidé quand les forces gouvernementales et non gouvernementales [...] sont sujettes et habituées à résoudre leurs conflits *via* des lois, procédures et institutions spécifiques sanctionnées par le système démocratique »²⁰.

¹⁸ En outre, les chercheurs avancent que la consolidation démocratique de l'Espagne peut être actée au lendemain du coup d'État manqué de 1981 (23-F) et au regard des sanctions appliquées au colonel Tejero et au général Miláns del Bosch pour avoir organisé le soulèvement militaire. V. Juan J. LINZ & Alfred STEPAN, *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore and London : The John Hopkins University Press, 1996, p. 108-110.

¹⁹ Partant de la prémisse selon laquelle l'État fonctionnel est établi, une société civile libre relativement autonome, un État de droit permettant les garanties légales des libertés des citoyens ainsi qu'une vie associative indépendante. Le système administratif doit permettre le fonctionnement du gouvernement démocratique et une société économique doit être institutionnalisée sans être totalement soumise à la loi du marché ni totalement contrôlée. V. *Ibid.*, pp. 7-8.

²⁰ *Ibid.*, p. 6.

Cette théorie ne distingue pas complètement la transition démocratique de la phase de consolidation. Dans le cas de l'Espagne, l'ensemble de ces conditions ne semblent pas effectives en 1982 notamment au regard de la poursuite du conflit basque durant lequel des violences étatiques sont commises de manière systématique.

En prenant l'exemple de la torture, l'identification de plus de 4 500 cas de tortures à partir de 1960, et la poursuite de cette pratique au-delà de la transition démocratique espagnole sur le territoire basque, questionne l'effectivité de la protection des droits fondamentaux. La mise en place de nouvelles juridictions garantissant le respect des droits se confronte aux dénonciations de tortures officialisées par les gouvernements régionaux basques. Si l'identification des cas de torture connaît une forte diminution à partir du début des années 2010 ; ceux-ci sont caractérisés comme étant « plus que sporadiques » entre les années 2000-2008²¹. La continuité du conflit basque sur ce territoire a donc permis la pérennité d'un système tortionnaire dirigé à l'encontre de l'ennemi intérieur *etarra*.

Dès lors, il convient de porter notre attention sur les critères établis par Andreas Schedler pour observer la consolidation démocratique par la « logique des symptômes »²² qui permettent de mettre en évidence les éventuelles limites des démocraties. L'étude du processus de démocratisation, et de manière plus spécifique celui de la consolidation démocratique exige la mise à l'épreuve du modèle érigé lors de la phase de transition démocratique. À travers ce modèle, l'utilisation de la violence, le rejet des élections et la transgression de l'autorité désignent les manquements à la Démocratie consolidée²³.

Si le modèle de Linz et Stepan se base sur un modèle ne distinguant pas de manière la phase de transition démocratique de sa phase de consolidation, leurs critères d'évaluation ne convoquent pas explicitement la notion de violence ni celle de la protection des droits fondamentaux alors que ce dernier critère est central dans la théorie des symptômes amenée par Schedler. En effet, son utilisation s'apparente même à un échec puisque selon Elster elle symbolise une « institutionnalisation ratée »²⁴. Cette notion renvoie donc à l'usage de la violence politique « délibérée » par les acteurs *via* « l'assassinat de rivaux politiques, les atteintes à la liberté, à l'intégrité

²¹ Gouvernement basque, Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, *Documentación de la tortura en detenidos incommunicados en el País vasco desde el 2000 al 2008: abordaje científico*, Dirección de Derechos Humanos, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, Vitoria- Gasteiz, 31 mars 2009.

²² ANDREAS SCHEDLER, « Comment observer la consolidation démocratique ? », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 8, n° 2, 2001, p. 228.

²³ *Ibid.*, pp. 228-231.

²⁴ ELSTER J., OFFE C. et PREUSS, U.K., avec BOENKER F., GOETTING U., et RUEB F. W., *Institutional Design in Post-communist Societies : Rebuilding the Ship at Sea*, Cambridge : Cambridge University Press, 1998, p. 27.

physique et à la propriété d'adversaires politiques, l'intimidation des candidats et électeurs, les tentatives violentes de renversement des élus, le nettoyage ethnique ou social, les émeutes et la destruction des biens publics »²⁵. Cet élément relatif à la persistance de violences politiques dans la démocratie demande au chercheur d'identifier leur origine qui peut à la fois être de nature non étatique ou étatique.

Si les violences issues d'acteurs non étatiques sont généralement identifiées, notamment par la qualification des actions terroristes, les violences d'État peuvent être occultées dans le processus de démocratisation. Or, ces violences remettant en cause la garantie des droits fondamentaux des citoyens s'ils ne bénéficient pas d'une protection effective dans le système constitutionnel. Il convient alors de mesurer l'effectivité/ineffectivité des droits fondamentaux face aux violences d'État pour évaluer la réussite du processus.

II- La consolidation démocratique : une protection effective des droits fondamentaux

En Espagne, la consolidation démocratique de l'État ne concorde pas avec l'achèvement de la transition démocratique, car l'effectivité de certains droits fondamentaux est remise en question notamment par la persistance de violences étatiques après 1982. De cette manière, en tant qu'ultime phase du processus de démocratisation, la consolidation démocratique se mesure par l'écart entre l'ineffectivité et l'effectivité du respect de la protection des droits fondamentaux face aux violences d'État. D'une part, l'effectivité de la démocratie consolidée se mesure à travers le processus de sanction **(A)**. D'autre part, l'ineffectivité du droit au regard de ce processus conduit à identifier l'impunité d'une pratique violente et antidémocratique **(B)**.

A- L'ineffectivité du processus de sanction

L'ineffectivité d'un droit fondamental à ne pas être torturé révèle les limites de la démocratisation d'un État. Son étude nécessite la mobilisation de l'approche de la sociologie juridique qui étudie les relations entre droit et société. Celle-ci se révèle pertinente dans le cadre de notre recherche, car les stratégies des acteurs, les phénomènes sociaux ou encore les dynamiques économiques ne sont pas étrangers à la construction du droit. Alors, le droit est considéré comme un fait social appartenant à un système global²⁶. La conséquence de cette vision du droit

²⁵ Andreas SCHEDLER, « Comment observer la consolidation démocratique ? », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 8, n° 2, 2001, pp. 229-230.

²⁶ Pour plus de précisions sur l'approche de la sociologie du droit et des interactions entre droit et société v. *inter alia* Jacques COMAILLE, « Sociologie juridique », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de*

se matérialise par l'intégration des acteurs dans l'étude des normes juridiques. Au-delà des textes juridiques, les personnes juridiques ainsi que les acteurs politiques et sociaux permettent une prise en compte globale de la norme juridique. Il convient alors de mesurer cette effectivité/ineffectivité du droit. En effet, le processus de démocratisation repose sur un système au sein duquel le droit se doit d'être étudié dans son environnement transitionnel. Les acteurs, essentiels au déroulement de la transition démocratique, sont indispensables au développement de l'État de droit dans le cadre du processus de démocratisation menant à la Démocratie consolidée.

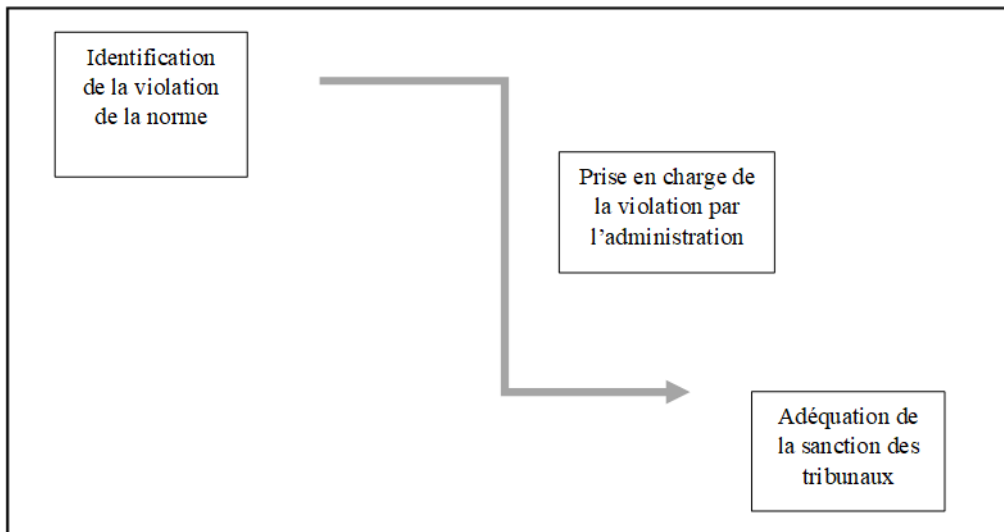
L'idéal de consolidation démocratique appelle donc à l'étude du comportement des acteurs face à la transformation du régime, comme l'indiquent Linz et Stepan. La nature des interactions des acteurs étatiques et non étatiques renseigne le chercheur sur les rapports de forces entretenus entre ces derniers. Plus spécifiquement, ils informent sur l'aspect démocratique ou antidémocratique de leurs interactions. Ainsi, le modèle de la logique des symptômes proposé par Andreas Schedler intègre les acteurs, car l'usage de la violence, le rejet des élections ou encore la transgression de l'autorité se basent sur leur comportement dans le nouvel espace post-transitionnel.

Ces comportements traduisent l'effectivité des règles du jeu mises en place par la Constitution post-transitionnelle. Il convient alors de mesurer l'effectivité/ineffectivité du droit au regard du système de protection des droits fondamentaux et du comportement des acteurs face à cette garantie. En théorie, les règles du jeu du nouveau régime correspondent aux standards de « démocratie » et de « pluralisme » lors du passage de la transition démocratique vers la Démocratie consolidée. À ce titre, l'effectivité du droit apparaît comme un bon indicateur afin de mesurer cette consolidation.

Précisément, le processus de sanction dessiné par Pierre Lascombes offre au chercheur de droit public certains outils pour analyser l'effectivité/ineffectivité de la protection de la norme juridique. En effet, il développe plusieurs critères — assimilés à des phases — du processus de sanction pour mesurer l'effectivité de la protection du droit. Il propose la distinction de trois phases : le signalement de la violation, la prise en charge de celle-ci par les autorités et enfin l'adéquation de la sanction. Chaque violation potentielle d'un droit (fondamental) se soumet à ces tests pour mesurer les écarts entre les comportements des acteurs et la norme juridique.

la culture juridique, Paris : PUF, 2003, p. 1423 et Jean CLAM, *Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, Paris : PUF, 1997, p. 8.

Figure 2 : *Le processus de sanction*²⁷



Les écarts relevés par le chercheur au regard des interactions des acteurs institués et non institués ou étatiques et non étatiques lors de ces différentes phases du processus mettent en évidence l'effectivité/effectivité des sanctions. Concernant la question des violences d'État impliquant la violation des droits fondamentaux, leur signalement par les autorités publiques comprend la reconnaissance officielle des exactions commises. Ensuite, la prise en charge de l'administration ou des autorités se manifeste par le traitement du phénomène de violation par les organes compétents de l'État. Enfin, l'adéquation des sanctions des tribunaux se matérialise par la proportionnalité du nombre de cas dénoncés et des sanctions appliquées aux responsables présumés au regard de la violation.

L'étude de cas de l'Espagne concernant la protection effective de la protection du droit à ne pas être torturé révèle une importante ineffectivité de la norme. Dans un premier temps, le signalement des dénonciations se confronte à l'absence de reconnaissance par les autorités publiques. Si la marginalisation des dénonciations est logiquement structurelle sous le régime franquiste, cette marginalisation persiste après la transition démocratique espagnole. À la fois le résultat du déni des gouvernants et celui du silence des victimes, la question de la torture échappe à la prise en charge de l'administration publique. Pis, les quelques sanctions décidées à l'encontre

²⁷ Cette figure est une modélisation des étapes du processus de sanction adaptée à partir des travaux de Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin. V. Pierre LASCOURMES et Evelyne SERVERIN, « Théorie et pratique de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 114.

des responsables par les tribunaux espagnols sont inexécutées de manière récurrente par l'application de mesures de grâces tandis que les responsables de tortures continuent à bénéficier de distinctions militaires honorifiques. Mis à mal par une transition démocratique limitée et la continuité du conflit armé au Pays basque, l'ineffectivité du processus de sanction fait de l'Espagne une démocratie dont la phase de consolidation n'est pas achevée.

Ainsi, l'étude du processus de sanction permet de mesurer l'effectivité/ineffectivité du respect de la norme de droit. Si cette étude conduit à l'ineffectivité de ladite norme, il convient de remettre en question la nature consolidée de la Démocratie. *A contrario*, le respect du processus de sanction de la violation contribue à renforcer la consolidation démocratique.

B- Le système d'impunité par-delà l'ineffectivité de la sanction

L'ineffectivité de la norme de droit n'entraîne pas directement une situation d'impunité, mais contribue à son développement. En effet, si l'impunité est uniquement définie par l'absence de sanction appliquée aux responsables d'exactions, celle-ci ne rend pas compte de la complexité du système d'impunité mis en cause par l'ineffectivité du droit. Toutefois, l'impunité résonne de manière spécifique dans la recherche en droit public. Pour reprendre la définition de Louis Joinet, l'impunité des responsables des violations des droits de l'Homme comprend à la fois à l'absence de sanction des responsables des violations des droits de l'Homme sur les volets administratif et pénal. Il désigne cette situation au regard de :

« [...] l'absence, en droit ou en fait, de la mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs de violations des droits de l'homme, ainsi que de leur responsabilité civile, administrative ou disciplinaire, en ce qu'ils échappent à toute enquête tendant à permettre leur mise en accusation, leur arrestation, leur jugement et, s'ils sont reconnus coupables, leur condamnation à des peines appropriées, y compris à réparer le préjudice subi par leurs victimes »²⁸.

Dans une certaine mesure, ainsi caractérisée comme l'absence de reconnaissance de responsabilité des auteurs de violations des droits de l'Homme l'impunité traduit une forme d'ineffectivité du droit. Tout d'abord, la question de la responsabilité administrative et pénale des auteurs de violation est observée dans le processus de sanction. Le traitement de la violation par l'administration publique, ainsi que l'adéquation des sanctions par les juges, analyse également l'impunité des auteurs présumés. Aussi, la question de la réparation du préjudice demande à être étudiée de manière plus spécifique. Si le traitement de la violation par l'administration conduit parfois à l'indemnisation des victimes, la notion de « réparation » à laquelle fait

²⁸ Louis JOINET, *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, Rapport final pour la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, p. 17.

référence Louis Joinet dépasse cette responsabilité administrative. Dès lors, le droit à réparation va au-delà de l'unique remise en état offerte aux victimes de telles violations.

Il convient de rappeler que Joinet, en tant que Rapporteur spécial pour les Nations unies propose cette définition afin de lutter contre l'impunité des violations graves des droits de l'Homme dans le cadre de transitions vers la sortie de conflit ou de dictature. La réflexion sur l'impunité se situe donc à mi-chemin entre celle du règlement des conflits et de la transition démocratique. Pourtant, l'étude de la consolidation démocratique présuppose l'établissement d'un nouveau régime. L'impunité, comprise comme le résultat de violations graves des droits de l'Homme, correspond donc à une situation d'ineffectivité massive ou systémique du respect de la norme d'un droit fondamental. Le système d'impunité est alors compris comme une composante de l'ineffectivité du processus de sanction précédemment défini comme un triple échec de protection du respect de la norme de droit.

Les violations massives des droits de l'Homme se rapportent à « un ensemble plus ou moins vaste de personnes » concernant non seulement les causes de cette violation, mais également leur portée. En ce qui a trait à la violation « systémique », il est fait référence au caractère dysfonctionnel d'un régime²⁹. Pour que la notion d'impunité soit applicable à un constat de l'ineffectivité de la protection d'un droit fondamental, l'étude doit mettre en évidence un phénomène massif ou systémique de violations des droits de l'Homme.

À la lumière du cas de l'Espagne, l'aspect systémique de l'impunité est mis en évidence à travers l'ineffectivité du processus de sanction. Néanmoins, il convient d'étudier l'absence de respect de cette norme dans son contexte particulier afin de comprendre la nature systémique de la violation exercée au Pays basque par les forces de l'ordre et de sécurité. Le contexte politique de la transition démocratique espagnole et les rapports entre les acteurs politiques doivent être pris en compte afin de rendre compte de cet aspect systémique. En effet, la poursuite du conflit armé basque jusqu'à l'année 2011 traduit une conflictualité des rapports entre les forces politiques basques et espagnoles. Durant la transition démocratique, l'exclusion des partis politiques basques du processus constituant met en évidence une première limite de la transition. Après la transition démocratique, la construction de l'ennemi intérieur *etarra* conduit certains gouvernants espagnols à utiliser des moyens illégaux pour combattre le terrorisme basque en dirigeant des assassinats à l'encontre de présumés *etarras* réfugiés sur le sol français notamment

²⁹ Caroline BOITEUX-PICHERAL, « Quelles garanties en cas de violation massive/systémique des droits fondamentaux », [En ligne], *Le droit des libertés en question(s), Colloque n° 3 de la RDLF, Montpellier 2021*, RDLF, Chronique n° 37, 2022, p. 1.

par le biais des Groupes antiterroristes de libération (GAL)³⁰. Le système tortionnaire, en tant que pratique étatique, contient un caractère systémique entraînant une impunité logique au regard de la responsabilité des gouvernants dans ce type de violence. Le système ainsi conditionné par les gouvernants trouve son lit dans les comportements démocratiques et antidémocratiques des acteurs politiques dans le cadre du processus de démocratisation. C'est pourquoi l'impunité, en tant que système, répond à l'observation d'une protection ineffective du droit dans une perspective globale.

La mise en lumière, par l'ineffectivité du processus de sanction, d'une violation massive ou systémique des droits de l'Homme dans un État démocratique remet donc en cause sa consolidation démocratique. En sus, le système d'impunité demandera l'établissement de différents instruments pour mettre un terme à cette situation. Cette distance théorique entre la fin de la transition démocratique et celle de la démocratie consolidée permet de reconsidérer la Démocratie à travers l'effectivité des droits fondamentaux. De la même manière, cette observation souligne la nécessaire distinction entre l'application de la nouvelle Constitution à l'issue d'une transition démocratique et la fin du processus de démocratisation matérialisée par l'effectivité de la Constitution post-transitionnelle.

À travers l'exemple de l'Espagne et de l'étude de l'effectivité/ineffectivité du droit à ne pas être torturé au Pays basque, l'achèvement de la consolidation démocratique d'un État en transition se distingue de la fin de sa transition démocratique. Si la transition démocratique espagnole se termine en 1982, l'établissement d'une démocratie consolidée est conditionné par des critères d'effectivité du droit qui ne sont pas remplis lors de cette première alternance politique. De manière singulière, la poursuite de violations des droits de l'Homme systémiques par l'État espagnol dans le cadre du conflit basque empêche de considérer la nature du régime comme étant une Démocratie consolidée. De cette manière, le système d'impunité relatif à l'ineffectivité du droit à ne pas être torturé contribue à cette absence de démocratisation du territoire.

Dans une perspective globale, les critères établis par le processus de sanction contribuant à mesurer l'effectivité/ineffectivité du droit peuvent s'appliquer aux États en dehors du processus

³⁰ Durant la période comprise entre les années 1982 et 1987 des actions qualifiées de « bande terroriste » par le Gouvernement basque sont commises au Pays basque. 27 assassinats sont attribués aux GAL par le rapport des autorités régionales basques. V. Gouvernement basque, *Talde inkontrolatuek, eskuin mutureeko taldeek eta GAL-ek eragindako terrorismoaren biktimei buruzko txostena*, Herrizaingo saila, Terrorismoaren biktimei laguntzeko zuzendaritza, 2008, p. 11.

de transition démocratique. Par cet outil, l'analyse de la nature des régimes démocratiques dont les violations des droits de l'Homme sont identifiées comme systémiques est remise en question.

À cet effet, l'étude du processus de sanction concernant les victimes présumées de tortures aux États-Unis envers les combattants « illégaux » ou encore celle des pratiques de l'armée française durant la Guerre d'Algérie amène à repenser de manière régulière l'effectivité/ineffectivité du droit dans les démocraties et son impact sur la consolidation démocratique de l'État.