

CONGRÈS AFSP 2015

ST 50 « La circulation des procédures judiciaires et des outils du « post-conflit » dans la construction des causes victimaire : une perspective comparée ».

Juan E. Serrano Moreno. Université de Murcie.

La justice pénale face à la mémoire historique dans « l'affaire Garzón ».

La contestation de la transition à la démocratie espagnole à travers la mobilisation du droit par les parents des victimes de la Guerre Civile

L'ouverture de l'enquête pénale par la juge Baltasar Garzón en octobre 2008 sur les crimes contre l'humanité commis en Espagne par le régime franquiste pendant la Guerre Civile et l'après-guerre a été souvent interprétée comme le débarquement tardif en Espagne du droit pénal international résultat des mobilisations transnationales de défense des droits de l'homme initiées en Amérique Latine. À son tour, le procès entamé par l'Audiencia Nacional contre le juge accusé d'avoir commis le délit de prévarication du fait d'avoir ignoré la loi d'amnistie de 1977 et la loi dite de « mémoire historique » de 2007 a été présenté par nombreux acteurs politiques comme la preuve de la survivance de l'idéologie franquiste dans la magistrature espagnole et, par conséquence, dans la monarchie parlementaire.

Cette communication cherche par contre à déconstruire les idées reçues qui entourent des sujets tels que le traitement par les régimes démocratiques des violations de droit de l'homme commises dans le passé par des régimes dictatoriaux et les techniques de justice transitionnelle conclues au nom de la « réconciliation ». Les décisions judiciaires adoptées dans le dit « affaire Garzón », ainsi que l'enquête initiée en Argentine au nom de la justice universelle et les condamnations du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies contre le Royaume de l'Espagne, doivent être considérées comme le résultat de l'usage du droit fait par des mouvement

sociaux. Il s'agit donc de l'usage protestataire de la justice pénale¹ déployé à la fois à l'échelle locale, nationale et internationale dans lequel se trouvent mêlés des registres hétérogènes, et parfois contradictoires, à la fois historiques et mémoriaux, juridiques et politiques, qui participe contestation de la « réconciliation » conclue pendant la transition et, de cette manière, au processus actuel de délégitimation de la monarchie parlementaire.

Nous cherchons donc à nous éloigner de l'appréhension des normes et décisions nationales et internationales relatives aux « *fusilados* » et « *desaparecidos* » de la Guerre Civile comme des objets isolés à l'appui d'une sociologie politique du droit attentive aux dynamiques propres à l'action collective. Ainsi, les sources exploitées dans cette étude sont composées par des matériaux secondaires tels que des débats parlementaires, normes juridiques, jurisprudence, rapports administratifs, articles de presse et la littérature grise produite par les associations des victimes.

Des « fusilados » aux victimes

Malgré leur haute visibilité médiatique, on connaît peu les associations des victimes du franquisme. Ces « *entrepreneurs de mémoire* », pour reprendre la notion forgée par M. Pollack², connus par l'expression de « *mouvements pour la récupération de la mémoire historique* », sont apparus au milieu des années 1990, lorsqu'une nébuleuse d'associations, composée principalement par des parents de victimes de la répression franquiste, a commencé à revendiquer une révision de l'histoire de la Guerre Civile et de la dictature à travers l'organisation d'activités d'hommage aux républicains à l'échelle locale. Les revendications de ces associations sont plurielles : réparations morales et symboliques aux vaincus de la Guerre Civile de la part des autorités, annulation des jugements franquistes, suppression des rues et des monuments franquistes, création d'archives etc. Quant à leurs répertoires d'action, les activités les plus communes regroupent les exhumations, le travail de divulgation, les hommages et commémorations, la construction de monuments, le recueil de témoignages oraux etc. Néanmoins, ces associations semblent peu institutionnalisées du fait notamment de leur éclatement sur tout le territoire et des conflits qui les opposent souvent les unes aux autres.

Ces associations comptent avec la sympathie et le soutien des historiens spécialistes de la

¹ ISRAËL Liora, *L'Arme du droit*, Presses de Sciences Po, Paris.

² Michael Pollak, « Mémoire, oubli, silence », *Une identité blessée. Études de sociologie et d'histoire*, Paris, Métailié, 1993, p. 30.

Guerre Civile, qui participent souvent à leurs actions, fournissant ainsi une légitimité scientifique. On pourrait citer des nombreux d'exemples, quoique ces collaborations restent souvent circonscrites à l'échelle locale³. En fait, ces associations effectuent une sorte de « contrebande » des savoirs produits par les spécialistes de la Guerre Civile vers la reste de la société. La plupart des membres de ces associations connaissent ces ouvrages, et parfois présentent même ces lectures comme l'élément déclencheur de leur passage à l'acte dans l'engagement politique⁴. Dans certains cas, ces lectures confirment la véracité des récits familiaux, quand, dans d'autres cas, elles favorisent la découverte d'une nouvelle interprétation de l'histoire de leur pays. Nous ne nous trouvons pas, en conséquence, face à une simple instrumentalisation stratégique des savoirs scientifiques de la part de militants, mais face à la circulation d'idées, d'acteurs et d'actions provenant du champ scientifique dans des espaces militants⁵. De cette manière, les usages militants des savoirs historiographiques ont contribué à altérer les règles du jeu politique en Espagne. Certains historiens espagnols se sont érigés ou ont été érigés en tant qu'interprètes légitimes d'une sorte de « mémoire historique nationale » participant à des nombreux débats publics. Ce rôle social de l'historien peut surprendre en France, où des chercheurs de renom se mobilisent pour défendre leur autonomie afin que l'histoire ne soit pas « livrée en pâture aux entrepreneurs de mémoire »⁶ dans un contexte où la classe politique a de plus en plus tendance à produire des lois mémorielles. En Espagne, il se trouve que c'est le cas contraire, car les historiens interpellent l'État et l'opinion publique revendiquant la nécessité d'« *historiciser la vérité* » par des « *politiques de mémoire alternatives* »⁷.

³ Voir à titre d'exemple l'ouvrage collectif – fruit d'un colloque – qui compte avec la collaboration, entre autres, de l'historien britannique Paul Preston, d'Emilio Silva, d'Asunción Esteban, de Javier Castán de Pancho Salvador (coord.), *La memoria de los olvidados*, Valladolid, Ambito, 2004. Traduit en français, *La mémoire des oubliés. La répression franquiste passée sous silence*, Territoires de la Mémoire, 2012. On peut aussi évoquer la « Commission de Vérité sur le franquisme » créée à Valence en 2007. Cette commission reste une initiative sociétale, en conflit ouvert avec le gouvernement régional du PP, issue d'un projet de recherche proposé par le *Foro por la memoria* sur la fosse commune du cimetière de Valence où seraient enterrées 26 300 personnes. Participent à ce projet des auteurs de renom international comme Paul Preston et Gabriel Jackson, et des historiens locaux. « Valencia lanza una Comisión de la Verdad sobre el franquismo », *El País*, 10/02/2007.

⁴ Olivier Filleule, « Post scriptum : Propositions pour une analyse processuelle de l'engagement individuel », *Revue française de science politique*, Année 2001, Volume 51, Numéro 1, p. 199 - 215

⁵ Johanna Siméant, « Friches, hybrides et contrebandes : sur la circulation et la puissance militantes des discours savants », dans Philippe Hamman, Jean-Mathieu Méon, Benoît Verrier, *Discours savants, discours militants*, L'Harmattan, 2002, pp. 25-26.

⁶ Extrait du manifeste du Comité de vigilance face aux usages publics de l'histoire (CVUH), www.cvhu.free.fr/manifeste, consulté le 22 mars 2012. Sur la création du CVUH voir Romain Bertrand, *Mémoires d'empire. La controverse autour du "fait colonial"*, Éditions du Croquant, Paris, 2006, pp. 179 et s.

⁷ Expressions utilisées par les deux jeunes historiens Jesús Izquierdo Martín et Pablo Sánchez León, *La guerra que nos han contado. 1936 y nosotros*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, pp. 291-306.

En définitive, et de manière comparable aux associations de parents de victimes argentines et chiliennes étudiées par S. Lefranc, en Espagne, cette nébuleuse d'associations oppose au « *pacte de l'oubli* » hérité de la transition une « *vraie réconciliation* »⁸. Ainsi, d'après leurs revendications, la « *“réconciliation nationale” ne peut avoir lieu par décret. Elle ne peut être que le résultat d'un dialogue à long terme et doit être autorisée par la victime. Elle n'est donc pas le prix à payer pour la démocratisation, mais son résultat* »⁹. Les associations de « *mémoire historique* » espagnoles véhiculent alors une « *logique victimaire* », qui peut être considérée comme une tactique « *visant à bloquer le processus de clôture de l'identité nationale tenté par les gouvernements démocratiques* »¹⁰. Mais, comment les associations ont-elles réussi à devenir des acteurs à part entière dans la vie politique et comment ont-elles réussi à obtenir *le monopole légitime de la représentation des victimes du franquisme* ?

Il est nécessaire de commencer par évoquer l'Association pour la Récupération de la Mémoire Historique (ARMH). Cette association a mené en octobre 2000 l'exhumation de la fosse commune où étaient enterrés des Républicains exécutés pendant la guerre dans Priaranza del Bierzo (León), « *le village où il y a plus de morts à l'extérieur qu'à l'intérieur du cimetière* »¹¹. Cet événement agit comme une onde de choc traversant le pays, et ce, notamment, grâce au savoir-faire médiatique du président de l'association, E. Silva, lui-même journaliste, et dont le grand-père était enterré dans cette fosse commune¹². Il raconte la genèse de cette mobilisation dans son livre *Las fosas de Franco*, un véritable *best-seller*, publié en 2003 et réédité depuis à trois reprises¹³. Dans cet ouvrage, il explique l'ampleur inattendue que son initiative, envisagée à l'origine essentiellement comme un hommage familial, a prise progressivement. Il a pu commencer à compter sur la collaboration d'individus provenant d'autres milieux, comme le chercheur en médecine légale Francisco Etxebarria, l'avocate experte en droits de l'homme Elena Reviriego ou l'ancienne fonctionnaire de l'ONU Montserrat Sans, ainsi que sur celle des députés communistes et des élus locaux. La notoriété de cette entreprise ne peut être comprise sans tenir compte de la stratégie de communication mise en place. Le premier pas fut la publication d'un article dans la presse locale

⁸ Sandrine Lefranc, *Politiques du pardon*, Paris, PUF, 2002, pp. 132-133.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibid.* p. 321.

¹¹ Emilio Silva, *Las fosas de Franco. Crónica de un desagravio*, Temas de Hoy, Madrid, 2006 (2003), p.19.

¹² À ce titre, le reportage publié dans le magazine sensationnaliste *Interviú* a joué un rôle décisif. « Los trece de Priaranza », *Interviú*, 20 novembre 2000.

¹³ Emilio Silva, *Las fosas de Franco... op. cit.*

intitulé « *Mon grand-père était aussi un disparu* » dans lequel E. Silva affirme avoir utilisé « *consciemment (...) le référentiel des disparus argentins et chiliens pour le déplacer au cas des disparus de la Guerre Civile* »¹⁴. Ainsi, lui et son petit groupe de collaborateurs ont réussi à attirer l'attention de journalistes nationaux et étrangers qui ont couvert la deuxième exhumation menée dans la même région¹⁵. De cette manière, des députés se sont intéressés au sujet des fosses qui est ainsi rentré progressivement dans l'agenda politique. Lors du débat parlementaire sur l'état de la nation au Congrès des Députés de juillet 2002, les députés Iñaki Anasagasti (PNV, Parti Nationaliste Basque) et Gaspar Llamazares (IU, Gauche Unie) ont formulé des questions sur le sujet des fosses au gouvernement du PP qui a répondu évasivement¹⁶.

Parallèlement, l'association s'est tournée vers le droit international. E. Silva affirme qu'au début de son entreprise, « *nous ne savions pas jusqu'à quel point nous étions influencés par le cas Pinochet* »¹⁷. Influence qui va permettre progressivement à la nébuleuse d'associations de « *mémoire historique* » d'être reconnue par les médias puis par les autorités en tant que représentants légitimes des victimes du franquisme. Ainsi, le 20 août 2002, l'association réussit à élever sa voix jusqu'à Haut Commissariat des Nations Unies pour les Droits de l'Homme¹⁸, réclamant la condamnation de l'État espagnol – qui a finalement eu lieu le 15 novembre 2002¹⁹ – pour violation de la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* approuvée par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 1992 en réaction aux violations des droits de l'homme en Amérique Latine. Par la suite, l'ARMH est devenue progressivement une plateforme voire un label, avec l'apparition de ramifications régionales autonomes.

Ainsi, à travers la couverture médiatique des exhumations – inondée de photos choquantes avec des squelettes et des crânes avec des trous de balle –, les associations ont transformé l'affaire

¹⁴ *Ibid.* p. 51, et, Emilio Silva, *Mi Abuelo También Fue Un Desaparecido*, La Crónica de León, 8/10/2000.

¹⁵ « *Removiendo en las fosas del Franquismo* », 17 mars 2002, *El Mundo* ; « *La tierra devuelve a sus muertos* », *El País*, 1er juillet 2002, et, « *Spaniards at Last Confront the Ghost of Franco* », 11 novembre, 2002, *New York Times*. En janvier 2002, l'association créa un site internet qui facilita la prise de contact avec de nouveaux collaborateurs, comme ce fut le cas de l'ONG Service Civil International qui a envoyé des volontaires pour participer aux exhumations suivantes. Emilio Silva, *Las fosas de Franco*, *op. cit.*

¹⁶ Emilio Silva, *Las fosas de Franco*, *op. cit.* p. 113. Voir aussi Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, *Proposición no de Ley para proceder a las exhumaciones de fosas comunes de la guerra civil*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D: General, 29 de noviembre 2002, pp. 12 et s.

¹⁷ *Ibid.* p. 84

¹⁸ « *El caso de las fosas de la Guerra Civil llega hasta la ONU* », *El País*, 21/06/2002.

¹⁹ « *La ONU pide que se investigue dónde están enterrados republicanos fusilados tras la guerra* », *El País*, 16/11/2002.

privé relative au sort des parents enterrés dans des fosses en un véritable problème public, interpellant l'administration afin qu'elle prenne l'affaire en main. De la sorte, à partir de l'an 2000, les conditions pour l'inscription de la « mémoire historique » dans l'agenda gouvernementale ont commencé à être rassemblées, avec l'entrée de la question des fosses au Parlement. Ce processus peut être analysé en suivant la conceptualisation probabiliste de la fenêtre d'opportunité politique de Kingdon, qui tente d'expliquer la mise en agenda des enjeux qui feront par la suite l'objet des politiques publiques²⁰. La fenêtre d'opportunité pour la production d'une politique publique de la mémoire a fini par s'ouvrir en 2004 avec l'ascension au pouvoir du parti socialiste et la décision prise par le gouvernement de J. L. Rodriguez Zapatero. La mémoire de la Guerre Civile n'était pas jusqu'à cette date un domaine d'action publique à proprement parler en Espagne, ce que confirme la conceptualisation de Kingdon selon laquelle « *les changements de politique publique majeurs résultent de l'apparition de ces opportunités* »²¹. Et, de fait, il faut rappeler que la victoire du PSOE aux élections législatives de 2004 a été largement inattendue, de nombreux électeurs ayant changé d'intention de vote à la dernière minute, à la lumière de la gestion par le gouvernement de J.M. Aznar des attentats à Madrid du 11 mars, trois jours avant les élections.

En septembre 2004, le gouvernement socialiste a mis en place une commission interministérielle chargée d'auditionner les associations de victimes plus représentatives afin de préparer un premier texte de projet de loi²². Celles-ci ont vite compris que la loi n'allait pas combler leurs aspirations, notamment au motif du refus de la part des membres de la commissions d'annuler les décisions des tribunaux militaires franquistes prises pendant la guerre et l'après-guerre. Le gouvernement avait décidé en échange de qualifier ces décisions comme étant « illégitimes »²³. Les associations ont en effet compté avec le soutien d'Amesty International et de l'équipe Nizcor qui ont étoffé leurs discours d'arguments tirées du droit pénal international, les encourageant à élever leurs prétentions²⁴. L'opposition des associations au texte peut être ainsi entendue comme le refus de la

²⁰ John W. Kingdon, *Agendas, Alternatives and Public Policies*, Boston, Littel, Brown and Co, 1984.

²¹ *Ibid* p. 175.

²² Trente-six associations ont été auditionnées. Voir le rapport final de la commission *Informe general de la comisión interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo*, Madrid, 28 juillet 2006.

²³ Un manifeste contre le projet de loi a été signé le 18 novembre 2006 par plus d'une centaine d'associations réunies à Barcelone. Danielle Rozenberg, « *Mémoire, justice et... raison d'Etat dans la construction de l'Espagne démocratique* », *Histoire@Politique. Politique, culture, société*, N°2, septembre-octobre 2007, www.histoire-politique.fr.

²⁴ Voir les rapports Ammistia Internacional, *España: Poner fin al silencio y la injusticia. La deuda pendiente de las víctimas de la guerra civil y del régimen franquista*, 18 juillet 2005, <http://www.es.amnesty.org>, consulté le 18 juin 2011 et « *Víctimas de la guerra civil y el franquismo: No hay derecho. Preocupaciones sobre el Proyecto de Ley*

« *logique victimaire dépolitisée* »²⁵ présente dans le projet de loi. Les conflits autour du texte ont été également présents dans la procédure parlementaire, ayant été rejeté dans une première votation à la chambre basse²⁶. En effet, d'un côté, la droite (PP) a accusé le gouvernement de « rouvrir des vieilles blessures » et, de l'autre, les communistes (IU) et les nationalistes périphériques (ERC) ont jugé le texte insuffisant.

Un an plus tard, en décembre 2007, la loi « *par laquelle on reconnaît et on élargit les droits et on établit des mesures destinées à ceux qui ont souffert de persécution ou de violence pendant la Guerre Civile et la dictature* » fut adoptée grâce aux voix d'IU²⁷. Faute d'espace nous ne pouvons pas présenter le contenu de la loi de manière détaillée²⁸. Néanmoins, de manière générale nous pouvons souligner le texte se limite à l'énumération d'une série de tâches et d'objectifs, tels que les exhumations ou la promotion d'une « mémoire démocratique », qui devront être réalisées par les associations de victimes elles-mêmes à travers l'octroi de subventions²⁹. Le résultat a été une loi obscure, d'application confuse, ce qui a empêché le passage du texte légal à l'implémentation d'une politique publique de la mémoire à proprement parler. Cette loi illustre assez bien ce que le Conseil d'État français qualifie, dans un autre contexte, d'« *intempérance normative* »³⁰ afin de mettre en évidence l'opportunisme du législateur qui, soumis à l'immédiateté de la pression médiatique, multiplie les lois sans contenu normatif réellement applicable de manière claire et précise par les juges.

La qualification des crimes du franquisme en tant que crimes contre l'humanité

sobre derechos de las víctimas de la guerra civil y del franquismo », 16 novembre 2006, <http://www.es.amnesty.org>, consulté le 18 juin 2011 ; Equipo Nizkor, *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, 14 avril 2004, <http://www.derechos.org/nizkor>, consulté le 18 juin 2010.

²⁵ Sandrine Lefranc, Lilian Mathieu et Johanna Siméant, « Les victimes écrivent leur Histoire. Introduction », *Raisons politiques* 2008/02, n° 30, pp. 17-18.

²⁶ Il faut rappeler que le PSOE ne comptait pas une majorité absolue au Congrès des Députés. Congreso de los Diputados, *Diario de sesiones*, VIII Legislatura, 14 décembre 2006, pp.11255-11285, www.congreso.es

²⁷ BOE núm. 310, 27 décembre 2007.

²⁸ Voir l'étude de droit administratif de Luciano Parejo Alfonso, « Administración pública y memoria histórica », dans José Antonio Martín Pallín et Rafael Escudero Alday, *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, pp. 127-184.

²⁹ Ces subventions ont été supprimées à la fin 2011 par le gouvernement du PP au nom des mesures d'austérité. « El PSOE pide la reapertura de la Oficina de Víctimas de la Guerra », *El País*, 06/03/2012.

³⁰ Conseil d'État, *La sécurité juridique et la complexité du droit*, Études et documents du Conseil d'État, Paris, 2006, pp. 254 et s.

La conséquence non prévue des difficultés retrouvées dans l'adoption par le gouvernement socialiste de José Luis Rodríguez Zapatero de la loi dite de « mémoire historique » de 2007 a été l'exportation des conflits de mémoire dans le champ judiciaire de la part des associations de parents de victimes insatisfaites par le texte proposé par le gouvernement socialiste. On l'a dit, le gouvernement a compté avec la participation de ces associations dans la rédaction de l'avant-projet de loi, mais elles ont vite compris que la loi n'allait pas combler leurs aspirations et dénoncé le texte parce que dépolitisé et insuffisant. Ainsi, le 14 décembre 2006, vingt-deux associations ont présenté une plainte devant la *Audiencia Nacional* (haute juridiction pénale) contre « *le plan systématique et délibéré d'élimination des opposants politiques à travers des multiples meurtres, tortures, exils et disparitions forcées*³¹ » mis en œuvre par les autorités franquistes pendant la guerre et l'après-guerre. Cette plainte a ouvert la voie pour que les conclusions, tant quantitatives que qualitatives, de la littérature historiographique sur la répression franquiste soient ratifiées par la justice, de la main du juge Garzón, devenu internationalement célèbre en 1998 pour avoir provoqué la détention à Londres d'Augusto Pinochet.

Dans l'arrêt d'accusation de l'*Audiencia Nacional* du 16 octobre 2008, Garzón s'est déclaré compétent pour enquêter sur les faits relatifs à la répression franquiste qui a eu lieu entre 1936 et 1952. Cet arrêt est basé sur un raisonnement juridique qui n'avait jamais été déployé au sujet de la Guerre Civile, même s'il avait déjà été amorcé, dans ses grandes lignes, dans les procès entamés par la justice espagnole pour poursuivre des violations de droits de l'homme au Chili, en Argentine et au Guatemala, au nom de la compétence universelle. Le juge a qualifié ainsi les faits dénoncés par les parents des victimes d'« *arrestations illégales* » et de « *disparitions forcées de personnes*³² », résultant de la « *persécution* » d'un groupe « *identifiable pour des motifs d'ordre politique* » et considérées par le droit pénal international comme des crimes de « *lesa humanidad* » (crimes contre l'humanité) imprescriptibles³³. Cette qualification juridique des faits neutralise d'après le juge

³¹ Audiencia Nacional, *Diligencias Previas*, proc. Abreviado 399 /2006 V, Juzgado Central de Instrucción N° 005, Madrid, 16 octobre 2008, pp. 3-5.

³² *Ibid.*, pp. 20 et s.

³³ Cette typification a été transposée dans les codes pénaux des États ayant ratifié le *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*. Ce traité dans son article 7 § 1 définit les crimes contre l'humanité dans les termes suivants : « Aux fins du présent statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque : (...) h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour. i) Disparitions forcées de personnes. (...) ». *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*, signé le 17 janvier 1998 et entré en vigueur le 1er juillet 2002, p. 6, www.untreaty.un.org. D'ailleurs, le délit de disparition forcée de personnes a été amplement développé dans la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* du 26

le principe de non-rétroactivité de l'application de normes dont l'entrée en vigueur est postérieure à la consommation du crime ou du délit dénoncé³⁴. Le juge interprète ainsi les disparitions forcées comme des « *délits en cours de consommation*³⁵ » qui ne cessent d'exister que lorsque les dépouilles mortelles sont retrouvées. La justice est dès lors obligée de déclarer recevables les demandes qui soutiennent l'existence de tels délits³⁶.

En outre, le juge considère que la loi d'amnistie de 1977 ne peut pas faire opposition à l'ouverture de l'investigation, raisonnement complètement inédit jusqu'à ce jour dans le système judiciaire espagnol. Dans l'arrêt, le juge Garzón affirme qu'« *(i)l est évident qu'on ne peut pas considérer relevant du champ d'application de cet article (1 de la loi d'amnistie de 1977) (...) les faits et les délits qui conformément au droit international sont catalogués comme des crimes contre l'humanité et en conséquence n'ont pas une nature politique. Aucune loi d'amnistie ne peut s'opposer face à cette nature*³⁷ ». Pour ajouter plus loin que « *(n')importe quelle loi d'amnistie qui chercherait à éliminer un crime contre l'humanité, qui ne peut pas être catalogué comme crime ou délit politique, serait nulle de plein droit et en conséquence elle ne pourrait être appliquée*³⁸ ». Au-delà de ce raisonnement juridique, cet arrêt rend compte du déploiement des mobilisations au niveau international contre l'impunité des violations des droits de l'homme commis par des régimes non démocratiques³⁹. Mais ce qui surprend ici le plus c'est que la qualification juridique des faits a été construite sur la base des recherches historiographiques sur la répression franquiste, citées dans l'arrêt et ayant valeur de preuve. Le juge a étayé son argumentation à l'aide de documents militaires qui ont été étudiés en amont par des historiens, comme par exemple la déclaration du général putschiste Mola du 19 juillet 1936 affirmant qu'« *(i)l est nécessaire de propager une image de terreur (...). Toute personne qui est ouvertement ou secrètement défenseur du Front Populaire doit être fusillée*⁴⁰ ». De cette manière les principaux ouvrages de la littérature sur la répression

décembre 2006 ratifiée par l'Espagne le 27 septembre 2007.

³⁴ Audiencia Nacional, *Diligencias Previas*, op. cit, pp. 32-34.

³⁵ *Ibid.*, pp. 34-40.

³⁶ En l'occurrence la compétence de cette cour s'appuie sur les présumés « *délits contre les Hauts Organismes de la Nation* » qui ont eu lieu après le 18 juillet 1936. Les arrestations illégales seules seraient de la compétence des juridictions inférieures. *Ibid.*, p. 15

³⁷ *Ibid.*, p. 43.

³⁸ *Ibid.*, p. 47.

³⁹ Julien Seroussi, « La cause de la compétence universelle. Note de recherche sur l'implosion d'une mobilisation internationale », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2008/3, n° 173, p. 98-109.

⁴⁰ Audiencia Nacional, *Diligencias Previas op. cit*, p. 11.

franquiste évoqués au début du chapitre se trouvent cités en note de bas de page dans l'arrêt⁴¹. C'est pourquoi cet arrêt peut être interprété comme un *damnatio memoriae* – l'instrument par lequel le Sénat romain condamnait et effaçait les traces d'un personnage public tombé en disgrâce après sa mort⁴² – dirigé contre les responsables du coup d'État du 18 juillet 1936 et du régime franquiste lui-même. Le juge arrive à la conclusion suivante, qui ressemble beaucoup à une interprétation globale des événements :

L'action déployée par les personnes insurgées (...) le 18 juillet 1936 était en dehors de toute légalité et a porté atteinte à la forme de gouvernement (...) de manière coordonnée et consciente, dans la détermination de finir par la voie de fait avec la République à travers le renversement du gouvernement légitime de l'Espagne. Ce qui a servi à mettre en place un plan préconçu qui incluait l'utilisation de la violence comme instrument basique de son exécution. (...) (L')insurrection armée (...) fut une décision parfaitement planifiée visant à rompre avec la forme du Gouvernement de l'Espagne de l'époque à travers l'attaque, l'arrestation voire l'élimination physique des personnes qui occupaient des postes de responsabilité dans les hauts organismes de la nation. Ces mesures étaient donc le moyen, ou au moins le pas indispensable, pour le développement et l'exécution des décisions adoptées en amont, relatives à l'arrestation, la torture, la disparition forcée et l'élimination physique de milliers de personnes pour des motifs politiques et idéologiques⁴³.

L'arrêt vise donc comme responsables présumés des délits le sommet de la hiérarchie militaire et les membres des gouvernements en place jusqu'en 1952⁴⁴. Le juge a ordonné ainsi la communication des certificats de décès de 35 hautes personnalités de l'ancien régime, parmi lesquelles se trouve Franco, car le décès éteint la responsabilité pénale, ainsi que la liste des dirigeants de la Phalange, afin, le cas échéant, de pouvoir inclure des personnes vivantes dans l'accusation. De la même façon, l'arrêt représente le premier recensement officiel réalisé sous la démocratie du chiffre des victimes mortelles du franquisme, qui s'élève à 114.266. Ce calcul a été élaboré à partir des listes de noms présentées par les associations demandeuses à l'appui des recherches historiographiques⁴⁵. Le juge a ordonné alors l'ouverture de vingt-cinq fosses communes

⁴¹ Francisco Espinosa Maestre, *La columna de la muerte, op. cit.*, et *La justicia de Queipo, op. cit.* ; Julián Casanova, Francisco Espinosa, Conxita Mir et Francisco Moreno Gomez, *Morir, matar, sobrevivir. La violencia de la dictadura de Franco, op. cit.* ; Santos Juliá (dir.), *Víctimas de la guerra civil, op. cit.* ; Francisco Moreno Gomez, *Morir, matar, sobrevivir. La violencia de la dictadura de Franco, op. cit.*

⁴² S. Lefranc note à ce sujet que « (s)i les responsables de la répression meurent, c'est la possibilité de cette justice qui disparaît, et donc le litige qui est susceptible de prendre fin. L'exigence de justice, pourtant, peut survivre aux coupables. Le droit a longtemps, de Rome jusqu'à l'Ancien Régime, admis que des poursuites soient intentées contre les morts, leur nom et leur image, au travers de la « condamnation de la mémoire » (*damnatio memoriae*) ». Sandrine Lefranc, *Les politiques du pardon, op. cit.*, p. 352.

⁴³ Audiencia Nacional, *Diligencias Previas, op. cit.*, pp. 8 et 15.

⁴⁴ Les faits remontent jusqu'à 1952 en raison de la répression exercée contre les maquisards anti-franquistes. *Ibid.*, pp. 24-34 et Julio Aróstegui et Jorge Marco (eds.), *El último frente. Resistencia antifranquista en España 1939-1952*, Madrid, Editorial Catarata, 2008.

⁴⁵ Les associations demandeuses avaient présenté 143.353 noms de victimes mortelles, s'appuyant notamment sur le recensement réalisé par l'historien F. Espinosa Maestre, directeur du projet « *Todos los nombres* », qui permet aux parents des victimes d'inscrire les noms des victimes sur un site internet. Le chiffre retenu, même s'il reste

en présence des fonctionnaires de justice chargés de recueillir des preuves⁴⁶.

provisoire, a été abaissé par le tribunal. Audiencia Nacional, *Diligencias Previas...*, *op. cit.*, pp. 23-24 ; « Garzón recibe 143.353 nombres de víctimas y pistas sobre su paradero », *El País*, 22/09/2008. Il faut rappeler qu'en 1940, l'Espagne comptait une population de 26.014.278 personnes. Instituto Nacional de Estadística. *Estimaciones de población, censos y cifras oficiales de población*, http://www.ine.es/inebmenu/mnu_cifraspob.htm.

⁴⁶ Audiencia Nacional, *Diligencias Previas op. cit.*, pp. 59-61.

Chiffre de victimes mortelles de la répression franquiste arrêté par le juge Garzón

Source : Audiencia Nacional, *Diligencias Previas proc. Abreviado 399 /2006 V*, Juzgado Central de Instrucción N° 005,
Madrid, 16 octobre 2008,, pp. 23-24.

COMUNIDAD AUTONOMA	TOTAL GENERAL
ANDALUCIA	32.289
ALMERÍA	373
CÁDIZ	1.665
CÓRDOBA	7.091
GRANADA	5.048
HUELVA	3.805
JAÉN	3.253
MÁLAGA	7.797
SEVILLA	3.257
ARAGÓN	10.178
HUESCA	2.061
TERUEL	1.338
ZARAGOZA	6.779
ASTURIAS	1.246
GIJÓN	1.246
BALEARES	1.777
MALLORCA	1.486
MENORCA	106
IBIZA Y FORMENTERA	185
CANARIAS	262
GRAN CANARIA	200
TENERIFE	62
CANTABRIA	850
CASTILLA LA MANCHA	7.067
ALBACETE	1.026
CIUDAD REAL	1.694
CUENCA	377
TOLEDO	3.970
CASTILLA LEÓN	12.979
ÁVILA	650
BURGOS	4.800
LEÓN	1.250
PALENCIA	1.180
SALAMANCA	650
SEGOVIA	370
SORIA	287
VALLADOLID	2.555
ZAMORA	1.237
CATALUÑA	2.400
C. VALENCIANA	4.345
ALICANTE	742
CASTELLÓN	1.303
VALENCIA	2.300
EUZKADI	9.459
ÁLAVA	100
GUIPÚZCOA	340
VIZCAYA	369
DATOS DEL GOBIERNO VASCO	8.650
EXTREMADURA	10.266
GALICIA	4.396
LA RIOJA	2.007
MADRID	2.995
MURCIA	855
NAVARRA	3.431
CEUTA, MELILLA y NORTE ÁFRICA	464
OTROS TERRITORIOS	7.000
TOTAL	114.266

Le dernier aspect de l'arrêt qui mérite d'être examiné est l'argument avancé par le juge relatif à la protection des droits des victimes et de leurs parents justifiant l'ouverture de la procédure. Le juge affirme que « *(l)e supplice des parents des disparus a été permanent parce qu'ils n'ont pas su si les victimes ont été exécutées, si elles ont disparu ou si elles étaient vivantes ou mortes, ce qui fait d'eux aussi des victimes aujourd'hui ou jusqu'au moment de la découverte (des corps)*⁴⁷ ». Il en arrive même à considérer qu'« *empêcher la poursuite pénale de tels faits supposerait agir contre les droits des victimes, les laissant dans le plus grand abandon*⁴⁸ ». En conséquence :

Décider la non ouverture de la procédure supposerait une instrumentalisation négative de la justice. En effet, l'ouverture de l'investigation d'un délit en cours et qui n'a pas été, jusqu'aujourd'hui, dénoncé devant la justice, ne représente que l'application stricte de la loi au-delà du succès ou de l'échec de cette initiative. Elle représente également *une forme de réhabilitation institutionnelle, face au silence déployé jusqu'à présent*, qui n'a pas seulement abouti *de facto* à l'extinction de la responsabilité pénale mais à une situation d'impunité⁴⁹.

La procédure a fini par être classée le 18 novembre 2008 par le même tribunal après la constatation du décès des accusés et du transfert aux tribunaux provinciaux des diligences relatives aux exhumations des fosses communes ; tribunaux qui ont décidé par la suite de les affaires⁵⁰. Par ailleurs, suite au recours du procureur, l'arrêt de Garzón a été quand même annulé le 2 décembre par la Chambre pénale du Pénal de l'*Audiencia Nacional*⁵¹, qui a considéré que le juge n'avait pas « *la compétence objective pour enquêter sur les faits présumés* »⁵². Quel a été alors le résultat de l'arrêt de Garzón ? En fait, l'objectif avoué de la décision n'était pas de juger pénalement les auteurs de violations des droits de l'homme qui remontent à plus d'un demi-siècle et dont les auteurs sont décédés, mais de *remédier à la situation d'abandon dans laquelle se trouvent les parents des victimes, considérés eux aussi comme des victimes*. Cette situation justifie aux yeux du juge un raisonnement juridique novateur, mais considéré plus tard comme hautement « *hétérodoxe* » par ses pairs.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 42.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 53.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 56. C'est nous qui soulignons.

⁵⁰ « Garzón reparte la causa del franquismo », *El País*, 19/11/2008.

⁵¹ Équivalent de la Cour de Cassation française en matière de droit pénal.

⁵² Cité par Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, *Sentencia No: 101/2012*, Madrid, 27/02/2012, pp. 7-8.

L'« affaire Garzón »

Suite à l'arrêt du 16 octobre 2008, le syndicat madrilène de fonctionnaires d'extrême droite *Manos Limpias* et la Phalange ont présenté deux demandes dans lesquelles Garzón est accusé d'avoir commis un délit de prévarication. La seconde demande a donné lieu à l'ouverture d'un procès à l'encontre du juge Garzón en avril 2010, qui a conduit à sa suspension provisoire, jusqu'à ce que le *Tribunal Supremo* rende une décision en dernier ressort blanchissant Garzón le 27 février 2012. Néanmoins, parallèlement et en amont de cette demande, une seconde procédure avait été ouverte contre lui, l'accusant du même délit, du fait d'avoir ordonné des écoutes téléphoniques des conversations entre des accusés de délits de corruption – des entrepreneurs et des hommes politiques valenciens du Parti Populaire – avec leurs avocats dans le cadre d'une enquête qu'il dirigeait. Dans sa défense, l'accusé a argumenté que ces écoutes étaient le seul moyen d'éviter la fuite illégale de capitaux vers des paradis fiscaux. Toutefois, Garzón a été condamné le 9 février 2012 par le *Tribunal Supremo* pour ces faits, considérés comme pratiques propres aux « régimes totalitaires » (sic.), à une peine d'onze ans d'inhabilitation dans l'exercice de ses fonctions de magistrat, ce qui suppose *de facto* son expulsion de la carrière judiciaire⁵³.

La première procédure mentionnée, que la presse a nommé le « *jugement de la mémoire historique* », est appréhendée ici comme une contre-mobilisation d'acteurs, porteurs de mémoires antagonistes à celles des associations de parents de victimes du franquisme. Ils accusent Garzón d'avoir ignoré consciemment la loi d'amnistie de 1977 et de remettre en question la réconciliation conclue pendant la transition. En l'occurrence, le délit de prévarication judiciaire consiste dans un délit commis par un juge ou un magistrat lorsqu'il « *prononce de manière pleinement consciente une résolution ou décision injuste*⁵⁴ ». Il s'agit donc d'un délit difficile à apprécier *in concreto* par la justice, étant donné son caractère essentiellement subjectif : il est le résultat d'une opération intellectuelle, intime, non avouée et fautive de la part d'un juge. Or, l'annulation d'un jugement par une juridiction supérieure n'implique que très rarement la poursuite par prévarication du juge en question⁵⁵. La prévarication va donc au-delà de l'interprétation incorrecte de la loi, l'erreur en droit comme on dit, mais elle implique que le juge était totalement conscient de l'erreur qu'il était en

⁵³

Ibid., p. 61.

⁵⁴

Article 446 du *Código Penal*.

⁵⁵

Depuis l'entrée en vigueur de l'actuel code pénal en 1996, seules huit condamnations pour prévarication judiciaire ont été prononcées. « Ocho prevaricaciones en 16 años », *El País*, 16/02/2012.

train de commettre⁵⁶. Ainsi, un des arguments centraux de l'accusation était fondé sur l'arrêt que Garzón avait prononcé en 1998 refusant d'ouvrir une enquête relative aux tueries d'environ 2.5000 prisonniers franquistes à Paracuellos del Jarama à la fin de l'année 1936 près de Madrid⁵⁷.

Cette procédure a suscité l'apparition dans l'espace public de conflits d'une virulence et d'une ampleur largement supérieures à celles des débats autour de loi dite de « mémoire historique » de 2007 et de l'arrêt d'accusation de 2008. La presse, elle-même divisée, a alors véhiculé des discours opposés : d'une part, les journaux *El País* et *Público*, prônant la défense du juge, l'ont présenté comme victime du « harcèlement » de l'extrême droite, et, d'autre part, *El Mundo* et *Abc*, condamnant le juge au nom de l'autonomie de la justice par rapport au champ politique⁵⁸. La virulence des débats peut s'expliquer par les mobilisations multisectorielles, c'est-à-dire par l'apparition d'interactions inédites entre acteurs hétérogènes. Ainsi, les actes et les déclarations de soutien à Garzón se sont multipliés, organisés par des acteurs si variés que les syndicats les CCOO et l'UGT, des artistes, dont Pedro Almodovar, mais aussi Carlos Berzosa, le recteur de l'Université Complutense de Madrid, l'écrivain prix Nobel José Saramago ou Carlos Jiménez Villarejo premier procureur anti-corruption.

Principales mobilisations de soutien à Garzón en 2010

-Le « Manifeste pour les victimes du franquisme. Nous avons connu la nouvelle » de 2008 signé entre autres par des personnalités comme Ernesto Sábato, José Saramago, Juan Goytisolo, Paco Ibáñez, Pilar Bardem, José Vidal Beneyto, Ian Gibson etc. Ce manifeste d'appui à l'enquête contre les crimes du franquisme a servi de base pour la création avec les associations de « mémoire historique » de la « Coordinatrice des victimes » qui a organisé la manifestation de Madrid du 24 avril 2010⁵⁹.

⁵⁶

Dans l'espagnol original, le code pénal utilise l'expression obscure de « *a sabiendas de* », que l'on peut traduire en français comme « sciemment ».

⁵⁷

Il se trouve que ce moyen de droit a été refusé parce que l'arrêt en question a rejeté la demande d'ouverture d'enquête pénale en raison des fautes de forme et non de fond. À l'occurrence, dans la demande présentée au nom de l'association « Familiares y Amigos de los Víctimas del Genocidio de Paracuellos del Jarama », ne figurait pas la preuve de l'existence d'une telle association qui n'a donc pas bénéficié de la personnalité morale pour agir en justice. Le juge a aussi remarqué la « manque de rigueur juridique minimale exigible » de la demande. Juzgado de Instrucción número cinco. Audiencia Nacional, *Auto*, Procedimiento D: Indeterminadas 70/98-X, Madrid, 16/12/1998. Il faut signaler également que S. Carrillo a été historiquement accusé d'être un des plus grands responsables de ces crimes. Voir par exemple Ricardo de la Cierva, *Carrillo miente. 156 documentos contra 103 falsedades*, Toledo, Editorial Fénix, 1994.

⁵⁸

Par exemple, en réaction à l'acte de soutien à Garzón tenu à l'Université Complutense de Madrid, l'éditorial de *Abc* critique la « véritable nature sectaire et idéologique du mouvement créé pour faire pression sur le Tribunal Supremo ». « En defensa del Tribunal Supremo », *ABC*, 15/04/2010.

⁵⁹

« La izquierda política y judicial se moviliza para apoyar a Garzón », *El País*, 12/02/2010.

-Le Manifeste « *En la tradición de justicia democrática* » (Dans la tradition de la justice démocratique) du 9 avril 2010, signé par les associations : Juges pour la Démocratie, Union Progressiste de Procureurs, Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEM) et la Fédération Latinoaméricaine des Juges pour la Démocratie.

-L'acte de soutien tenu à l'Université Complutense de Madrid organisé par les syndicats de travailleurs UGT y CC OO⁶⁰.

-Le court métrage dirigé par le réalisateur Pedro Almodovar en juin 2010 et amplement diffusé sur internet dans lequel quinze comédiens jouent chacun le rôle d'une victime du franquisme et racontent leur histoire à la première personne.

Dans ce contexte, les associations des victimes du franquisme ont révisé leurs revendications à la hausse, allant jusqu'à demander publiquement l'abrogation de la loi d'amnistie de 1977, chose impensable quelques mois auparavant⁶¹. Cette revendication a été reprise par l'ensemble des groupes parlementaires, à l'exception du PSOE et du PP, par l'intermédiaire de la proposition de loi de modification de la loi de 1977 présentée le 19 juillet 2011 en vertu de laquelle le raisonnement juridique de Garzón serait valide, mais qui a été rejetée grâce aux voix des deux partis majoritaires⁶². À nos yeux, nous avons assisté à un bouleversement des calculs et des anticipations des acteurs qui s'explique par les sentiments d'euphorie et d'indignation générés par l'ampleur inattendue nationale et internationale du soutien à Garzón. Ces soutiens sont le résultat d'un ensemble de mobilisations qui en réalité visent moins la procédure de suspension à l'encontre du juge que la dénonciation de « *l'injustice historique* » et de « *l'atteinte aux valeurs démocratiques* » qui ne peuvent être présentes que dans une démocratie inachevée et de mauvaise qualité⁶³. De cette manière, le 24 avril 2010, la manifestation organisée à Madrid par les associations est devenu un acte de condamnation des crimes du franquisme⁶⁴ dans laquelle les manifestants, entourés par les drapeaux tricolores de la Seconde République, portaient des portraits de leurs parents assassinés à l'image des *Madres de Plaza de Mayo*. Les *Madres*, d'ailleurs, ont présenté, avec d'autres associations, une demande devant la justice argentine afin que celle-ci, en vertu de la compétence universelle, ouvre une

⁶⁰ « Más de 1.000 personas denuncian "la vergüenza histórica" del proceso a Garzón. Sindicatos y políticos de izquierda defienden al juez en un acto en la Complutense », *El País*, 14/04/2010.

⁶¹ « Manifiesto 24 de abril 2010. Marchas por la Justicia Universal, por la justicia con las víctimas del Franquismo y en apoyo a Garzón » <http://coordinadoravictimas.blogspot.com/search/label/manifiesto%2024abril>, consulté le 25 avril 2010.

⁶² Del Grupo Parlamentario Mixto, *proposicion de modification de la ley 46/1977, de 15 de octubre de Amnistia*, Congreso de los Diputados, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, serie B, num. 246-1, 30 abril 2010, pp. 11 et s.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ « Las marchas de apoyo a Garzón se convierten en un homenaje a las víctimas del franquismo », *El País*, 24/04/2010.

enquête sur les disparitions forcées commises en Espagne⁶⁵. Ce curieux « effet boomerang » est un retour des acquis du droit pénal international, qui ont été à l'origine exportés de l'Espagne vers l'Amérique Latine.

Dans ce cadre, le jugement de Garzón tenu en janvier et février 2012 au *Tribunal Supremo* a suscité un regain d'intérêt pour le sort des victimes du franquisme de la part des médias nationaux et internationaux⁶⁶, qui en sont même arrivés à retransmettre le procès en direct, ce qui nous a permis de le regarder en *streaming*. En effet, ce procès a été interprété par de nombreux acteurs comme un scandale qui montre que l'idéologie franquiste est encore présente dans les institutions démocratiques. À titre d'exemple, l'ancien secrétaire général du PCE et protagoniste de la Guerre Civile, S. Carrillo a qualifié l'« affaire Garzón » « comme une sorte d'affaire Dreyfus à l'espagnole », pour en conclure que « notre démocratie est blessée⁶⁷ ». De cette manière, les représentants de la gauche se sont ralliés au juge, remettant ouvertement en cause l'impartialité de la justice espagnole⁶⁸. Parallèlement, de nombreux soutiens sont venus de l'étranger, notamment de la part des ONG spécialisées dans la défense des droits de l'homme *Human Rights Watch* et *Amnesty International*, dont les représentants ont été reçus à Madrid par E. Silva, président de l'ARMH⁶⁹. Ces organisations ont même envoyé au jugement des « observateurs internationaux » officieux, comme il est d'usage de faire dans des contextes de post-conflit ou dans des élections soupçonnées d'irrégularité. Parmi eux se trouvait le juriste américain de *Human Rights Watch*, Reed Brody, surnommé le « chasseur de dictateurs » qui « s'est fait le chantre de la compétence universelle⁷⁰ » et Pedro Nikken – ancien président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, dont la jurisprudence avait été amplement citée par Garzón⁷¹. Dans ce cadre, le

⁶⁵ « La justicia argentina acepta el recurso de los familiares de las víctimas del franquismo », *El País*, 19/05/2010 ; « La justicia argentina reabre la causa por los crímenes del franquismo », *El País*, 03/09/2010.

⁶⁶ En ce sens, il convient de signaler l'éditorial du quotidien *The New York Times*. Le journal a affirmé ainsi que « Garzón became famous for his prosecutions of Basque terrorists, Argentine torturers, Chile's former dictator, Gen. Augusto Pinochet, and Spanish politicians. His powerful enemies now see a chance to end his career. Judge Garzón is undeniably flamboyant and at times overreaches, but prosecuting him for digging into Franco-era crimes is an offense against justice and history. The Spanish Supreme Court never should have accepted this case. Now it must acquit him ». « Truth on Trial in Spain », *The New York Times*, 04/02/2012.

⁶⁷ Santiago Carrillo, « ¿Volvemos a los tiempos del miedo? », *El País*, 20/02/2012.

⁶⁸ À noter dans ce sens les deux concentrations de protestation organisées par les associations de parents de victimes à Madrid auxquelles ont participé les leaders de Gauche Unie et des syndicats UGT et CCOO. « Miles de personas apoyan en la calle a Garzón: "¡Van a por él!" », *El País*, 29/01/2012 et « Cientos de gritos de "¡vergüenza!" y contra los jueces en la Puerta del Sol », *El País*, 09/02/2012.

⁶⁹ « Observadores internacionales acuden al segundo juicio contra Garzón », *El País*, 23/01/2012.

⁷⁰ Julien Seroussi, « La cause de la compétence universelle », *op. cit.*, p. 98.

⁷¹ Le vénézuélien Pedro Nikken est actuellement le président de la *Commission internationale des juristes*. « El juicio

gouvernement du PP est arrivé à craindre une éventuelle détérioration de l'image extérieure de l'Espagne⁷².

Au cours du jugement, la défense de Garzón a essayé avec succès de déplacer l'objet du procès vers la démonstration que la qualification des « crimes du franquisme » en tant que crimes contre l'humanité relève d'un débat doctrinal complexe qui n'est pas assimilable à la prévarication. Pendant l'audience publique qui s'est déroulée du 24 janvier au 8 février 2012, son avocat a présenté comme preuves les témoignages de sept parents de victimes du franquisme qui avaient déposé leur demande en 2006. Les témoins ont alors expliqué les raisons qui les ont poussés à présenter une telle demande, se livrant de cette manière à la description détaillée de la mort violente de leurs parents républicains⁷³. Les images de ces témoignages ont eu une grande répercussion, ayant été reproduites dans les principaux journaux télévisés nationaux. C'était la première fois que la justice espagnole écoutait de tels récits. Néanmoins, la polémique qui a entouré le procès, ainsi que la possibilité d'une condamnation postérieure de la part de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, aient poussé les membres du *Tribunal Supremo* à admettre ainsi les preuves des témoignages des parents de victimes, respectant ainsi de manière scrupuleuse les demandes de l'accusé et les garanties procédurales en général⁷⁴.

Dans sa décision, et bien qu'il a détaillé les raisons qui rendent compte de l'erreur d'interprétation du droit effectuée par le juge, le *Tribunal Supremo* a déclaré Garzón innocent. Le tribunal a considéré ainsi que les délits d'arrestation illégale et de disparition forcée des personnes ne peuvent pas être constatés pour des faits qui remontent si loin dans le temps. Le tribunal a adopté ainsi explicitement une conception stricte du principe de légalité, arguant que le droit pénal international n'était pas entré en vigueur au moment des faits et qu'il n'avait pas été incorporé dans le système juridique espagnol⁷⁵. De cette manière, le Tribunal est rentré directement dans le débat doctrinal, prenant partie contre le principe de la rétroactivité absolue dans l'application des normes

a Garzón tiene implicaciones sobre el prestigio de España », *El País*, 29/01/2012. On trouve aussi parmi ces observateurs, deux représentants de la fondation suédoise Edelstam qui considèrent Garzón comme un martyr comparable aux personnes qui ont sauvé des Juifs pendant la seconde guerre mondiale. « Garzón es un mártir, como todos los que se sacrifican », *El País*, 06/02/2012.

⁷² « Exteriores instruye a los embajadores para justificar la condena a Garzón », *El País*, 11/03/2012.

⁷³ « Siete relatos de la memoria », *El País*, 07/02/2012.

⁷⁴ Le même Tribunal a été condamné auparavant par la CEDH dans un procès contre un autre juge au motif du défaut d'impartialité du tribunal. En effet, dans le droit espagnol, les procès contre les juges et les magistrats sont jugés en une seule instance devant le *Tribunal Supremo*, ce qui exclut le droit au recours effectif contre la décision de justice. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Gómez de Liaño y Botella v. Spain*, n° 21369/04, 22/07/2008.

⁷⁵ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, *Sentencia No: 101/2012, op. cit.*, pp. 11-17.

qui régissent les crimes contre l'humanité. De même, il considère que la loi d'amnistie de 1977, dont la finalité était l'obtention d'une « *réconciliation pacifique entre les Espagnols*⁷⁶ », ne peut pas être écartée par le pouvoir judiciaire. Le tribunal affirme que « *précisément parce que la "transition" était la volonté du peuple espagnol, articulée dans une loi, aucun juge ou tribunal en aucun cas ne peut remettre en question la légitimité d'un tel processus. Il s'agit d'une loi en vigueur dont l'éventuelle dérogation revient exclusivement au Parlement* »⁷⁷.

Néanmoins, le tribunal nuance ses propos, affirmant que les demandes des parents de victimes étaient légitimes et justifiées par le mouvement général d'expansion de la protection des droits de l'homme propre à notre époque, mais il rappelle immédiatement après qu'un ensemble de normes, parmi lesquelles on trouve la loi dite de « mémoire historique » de 2007, « *ont réparé en grande mesure les conséquences de la guerre et l'après-guerre*⁷⁸ ». Là réside l'intérêt majeur de cette décision : le tribunal critique implicitement le phénomène contemporain de victimisation du droit pénal⁷⁹. Ce phénomène suscite actuellement des débats qui font rage entre les juristes, partagés entre le respect de la tradition du droit pénal et son adaptation à l'évolution de nos sociétés caractérisée par la consécration du statut des victimes⁸⁰. Le tribunal se fonde ainsi sur le fait que la procédure pénale doit viser exclusivement la satisfaction de l'intérêt général à travers le jugement et l'éventuelle sanction et réhabilitation des auteurs d'une faute, mais non l'éclaircissement *per se* de

⁷⁶

Ibid., p. 20.

⁷⁷

Ibid., p. 21.

⁷⁸

Ibid., pp. 22-24.

⁷⁹

Le juriste J. Carbonnier a noté la transformation des victimes « de sujets passifs du délit en agents martiaux de la répression » Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 147. Plus récemment, la juriste G. Giudicelli-Delage constate l'irruption dans le droit pénal de la figure de la « victime intime ». Elle affirme ainsi que la victime « transforme le sens, les équilibres et les finalités, du moins et dans la mesure où s'impose, parmi les multiples figures possibles, celles de la victime souffrante, de la « victime intime ». (...) Une figure moderne, ce qui fait litière d'une conception qui expliquerait la place contemporaine de la victime comme un retour, comme la réappropriation d'un pouvoir dont l'État l'aurait spoliée ». (p. 266). Pour expliquer plus tard que « (l')irruption de la victime intime, en redéfinissant attentes et rôles, impose donc un nouvel mais impossible objet au procès pénal : non celui de prendre en compte la souffrance intérieure, mais celui de la prendre en charge ; non celui de punir une faute et l'indemniser des conséquences dommageables, mais celui de restaurer une personne dans son intégrité et identité. Dès lors, il n'est pas étonnant que face à cette attente impossible à combler dans un procès pénal, perdure le sentiment que la justice pénale ignore ou maltraite les victimes, et que, par ailleurs, ce soit à ses marges (celle du banal, celle des tragédies collectives) que se développent des formes de justice restauratrice (médiation, réconciliation) ». Geneviève Giudicelli-Delage, « Conclusion », dans Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris PUF, 2008, p.273.

⁸⁰

Signaler que la « victimologie » est devenue aujourd'hui une discipline autonome. Elle consiste en une science appliquée, composée de juristes, criminologues et psychiatres, soucieuse d'améliorer le sort de la victime en offrant à celle-ci l'aide, l'appui et le dédommagement nécessaires pour alléger ses souffrances. Cette science dispense ses propres diplômes et est fédérée par l'association *The World Society of Victimology*, créée en 1979 et qui dispose d'un statut consultatif auprès des Nations Unies. Robert Cario, *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, L'Harmattan, 2000.

faits présumés délictueux. En effet, lesdits « *jugements de la vérité* » qui ont eu lieu en Amérique Latine pour enquêter sur les violations des droits de l'homme en l'absence d'accusés, parce que morts ou amnistiés, ne sont pas prévus dans le droit espagnol. De cette manière, Garzón a essayé d'apporter aux victimes une protection majeure à travers une réparation basée sur « *la seule investigation sans la finalité d'imposer une peine*⁸¹ ». Le tribunal affirme ainsi que « *(c)ette prétention des victimes, bien qu'elle soit raisonnable, ne peut pas être rendue par le système pénal, car celui-ci n'est pas le moyen mis en place par le législateur pour satisfaire ces prétentions légitimes*⁸² ». Pour en conclure que le « *méthode d'investigation judiciaire n'est pas celle de l'historien. En définitive, si les différences entre mémoire et histoire sont évidentes, le sont aussi les différences entre cette dernière et l'investigation judiciaire réalisée avec une finalité distincte de celle de l'historien* »⁸³. En d'autres termes, d'après le tribunal, Garzón a participé à un *détournement de la justice pénale par des motivations étrangères à la pensée juridique*.

Les considérations juridiques ne nous permettent pas à elles seules de comprendre les dynamiques internes à l'« affaire Garzón ». Seule une sociologie du droit attentive aux trajectoires biographiques et familiales des juges et aux logiques internes au champ judiciaire pourra un jour nous apporter des éclaircissements complémentaires. En effet, il semble que Garzón suscite une forte antipathie auprès de ses collègues, situation qui peut s'expliquer par sa grande visibilité médiatique, qui tranche avec l'habitus de la magistrature et son esprit de corps. D'ailleurs, dans le passé Garzón avait été exposé au champ politique, figurant dans les listes électorales des candidats du PSOE au Congrès en 1993⁸⁴. Toutefois, déçu par le fait de n'avoir pas été nommé à la tête du ministère de la justice, il est retourné à la carrière judiciaire dirigeant plusieurs procès relatifs à la corruption du PSOE et au contre-terrorisme du gouvernement de F. González. On comprend alors pourquoi le juge représente à la fois une figure politique controversée et un corps étranger au sein de la magistrature, un champ social dominé par l'idéologie de l'État de droit, où la figure du magistrat doit être caractérisée par sa technicité, sa neutralité et son austérité – ce qui n'empêche pas toutefois des phénomènes de « pantouflage » entre le secteur public et le secteur privé. Bien qu'il soit difficile de le démontrer empiriquement, les apparitions publiques de Garzón – voire son

⁸¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, *Sentencia No: 101/2012, op. cit.*, p. 9.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibid.*, p. 10.

⁸⁴ « Garzón, candidato socialista en 1993: “Les vamos a dar un meneo que se van a enterar” », *Libertad Digital*, 16/02/2009.

enrichissement – à travers la publication de livres⁸⁵ et la tenue de conférences⁸⁶, ont dérangé pendant des longues années ses collègues, qui ont saisi la première occasion pour tenter de l’expulser du corps.

Conclusion

« L’affaire Garzón » constitue l’un des conflits de mémoire les plus marquants observés dans la démocratie espagnole. Son origine remonte en grande partie à l’infructueuse tentative de produire une politique de la mémoire de la Guerre Civile, qui était censée contribuer, d’après ses auteurs, à pacifier les interprétations du passé par les Espagnols. Ainsi, la contestation de la loi d’amnistie de 1977 sur l’arène judiciaire a été construite sur la base des acquis de l’historiographie récente sur la répression franquiste véhiculés par les représentants des victimes. Pour cette raison, la mise en examen des grands accords de la transition représente une tentative de rupture des transactions collusives sur lesquelles la monarchie parlementaire espagnole a été construite dans la seconde moitié des années 1970. Et le procès initié contre Garzón par prévarication représente, à son tour, une défense de ces accords, bien que cela ait conduit, par une sorte d’effet pervers, à une recrudescence des conflits de mémoire. Ainsi, si bien quelques dirigeants du PSOE ont montré le soutien au juge, le parti s’est montré en accord avec le PP contraire à l’abrogation de la loi d’amnistie, estimant que la loi dite de « mémoire historique » de 2007 suffisait à réparer les dommages causés aux victimes du franquisme. Nous nous trouvons donc actuellement dans une conjoncture dans laquelle le mythe du « consensus » pacifique et démocratique de la transition peine de plus en plus à légitimer le régime. La transition se trouve de la sorte contestée par des acteurs nationaux et internationaux présents dans des mobilisations multisectorielles porteuses de savoir-faire historiographiques, politiques, juridiques et religieux qui jusqu’alors restaient cantonnés dans leurs univers sociaux respectifs.

⁸⁵ Baltasar Garzón, *Un mundo sin miedo*, Madrid, Debolsillo, 2001 et *Cuento de Navidad. Es posible un mundo diferente*, Editorial Prometeo, Universidad de Quilmes, 2002.

⁸⁶ En effet, Garzón a fait l’objet d’un autre procès pour un délit de corruption en 2012, pour avoir tenu des conférences à l’Université de New York, conférences financées par la banque multinationale Santander en 2004 et 2005, en même temps qu’il dirigeait un procès à l’encontre des dirigeants de cette même banque. Le Tribunal Supremo a jugé que les délits étaient prescrits, tout en laissant entendre que le juge Garzón était fautif. « El Supremo archiva una querrela contra Botín por pagos a Garzón en Nueva York », *El País*, 17/01/2012.