



“ Récupérer la mémoire historique ” par la loi ? L'impossible justice transitionnelle espagnole.

Stéphane Michonneau

► To cite this version:

Stéphane Michonneau. “ Récupérer la mémoire historique ” par la loi ? L'impossible justice transitionnelle espagnole.. Parlement[s], Revue d'histoire politique, Hors série, 2020, HS15, pp.87-106. 10.3917/parl2.hs15.0087 . hal-04300080

HAL Id: hal-04300080

<https://hal.science/hal-04300080v1>

Submitted on 22 Nov 2023

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

« Récupérer la mémoire historique » par la loi ? L'impossible justice transitionnelle espagnole.

Stéphane Michonneau

Le documentaire *Le silence des autres* (2018) d'Almudena Carracedo et Robert Bahar illustre l'histoire du combat d'un collectif de mémoire pour faire aboutir judiciairement la question des crimes impunis du franquisme. Jusqu'aujourd'hui, l'Espagne échappe à l'essor de la justice dite transitionnelle comme principal moyen de résolution des conflits mémoriels, en raison de la loi d'amnistie votée en 1977 : tel serait le scandale que les documentaristes entendent dénoncer.

Ce documentaire est caractéristique d'une judiciarisation des rapports au passé dont la vertu serait autant pénale que sociale. La vision qu'il véhicule vaut pourtant la peine d'être critiquée. Il faut d'abord éclairer les conditions sociales et politiques qui furent à l'origine de la loi d'amnistie de 1977, sujette aujourd'hui à des interprétations anachroniques. Il est nécessaire ensuite de mesurer en quoi le surgissement de la question mémorielle en Espagne à partir du milieu des années 1990 changea de fond en comble la perception de cette loi qui fut le socle de la transition démocratique, ouvrant le procès rétrospectif de ce que ses dénonciateurs appelèrent « le pacte d'oubli ». Dans un troisième temps, il s'agit d'étudier le volet judiciaire de la loi mémorielle dite « de la mémoire historique », votée en 2007, qui se situe dans la continuité de l'amnistie de 1977 tout en ménageant des formes subtiles de résolution du conflit mémoriel par des voies extrajudiciaires. Après 2010 enfin intervient une ultime phase d'internationalisation judiciaire qui prétend contourner par le droit international l'obstacle d'une amnistie qu'on tend désormais à identifier à une forme d'amnésie. Les lois mémorielles espagnoles se voient ainsi opposer le droit international.

La loi de 1977, une politique du silence

Rétablir la loi d'amnistie d'octobre 1977 dans son contexte de production permet d'en comprendre la logique qui n'est pas celle d'un « pacte d'oubli » mais d'une politique du silence. Comme toute amnistie, cette loi n'a pas le caractère exceptionnel qu'on voudrait lui prêter. D'une part, cet exercice de suspension du droit pénal est reconnu dans toutes les constitutions démocratiques européennes des années 1970, Norvège mise à part. Dans la mesure où les lois d'amnistie sont considérées comme « un outil de consolidation d'une paix

intérieure jugée fragile¹ », elles relèvent d'un dispositif politique d'application relativement fréquente. La loi de 1977 s'inscrit d'autre part dans la continuité d'une politique de clémence promue dès novembre 1975, quelques jours après la mort de Franco. Ainsi, l'amnistie définie comme « l'acte du pouvoir souverain immunisant des personnes de toute poursuite légale pour des crimes passés » s'inscrit dans un éventail d'actions comprenant également des grâces et des prescriptions et dont la pluralité des sens possibles se reflètent dans l'ambiguïté de son domaine d'application².

La chronologie des faits et les détails de la loi d'amnistie de 1977 a fait l'objet de nombreux commentaires qu'il ne s'agit pas ici de reprendre³. Les dispositions de la loi d'amnistie et les conditions de son vote doivent cependant être prises en compte. D'une part, cette loi dont le domaine d'application est très ample n'est pas absolument inconditionnelle, en particulier parce qu'en sont exclus les militaires, c'est-à-dire les militaires démocrates qui, au sein de l'Union Militaire Démocratique, s'étaient opposés au franquisme mais aussi les anciens militaires républicains qui ne sont pas réintégrés. De plus, cette loi n'ouvre à aucune forme de réparation dans la mesure où elle ne prévoit pas l'annulation des sanctions judiciaires du régime dictatorial. Cette loi comprend enfin deux articles établissant l'impunité pour les violences d'État de l'ancien régime. C'est, selon Danièle Rozenberg, une sorte de « point final » au débat sur les responsabilités du franquisme⁴.

L'étude que Paloma Aguilar et Géraldine Galeote ont menée sur les débats parlementaires nous éclaire sur l'esprit qui présida au vote unanime en faveur de la loi d'amnistie (296 voix pour, 2 contre, 18 abstentions, 1 nulle)⁵. L'Espagne présente le cas rare d'une amnistie promue par les forces démocratiques et non pas par les tenants de l'ancien régime, comme au Chili par exemple, afin de promouvoir une culture de la réconciliation nationale. Le consensus fut total, à l'exception de l'abstention des députés d'Alianza Popular, parti fondé par sept anciens ministres franquistes. En fait, comme le souligne Sophie Baby, cette loi ne résulta pas d'un compromis entre des forces démocratiques encore fragiles et les

¹ LEFRANC Sandrine, « La professionnalisation d'un militantisme réformateur du droit », *Droit et société*, 2009/3, n°73, p. 570.

² RUIZ FABRI Hélène, DELLA MORTE Gabrielle, LAMBERT-ABDELGAWAT Élisabeth, MARTIN-CHENUT Katia, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, 2006/1, n°28, p. 239 et 244.

³ Voir BABY Sophie, « Sortir de la guerre civile à retardement : le cas espagnol », *Histoire@Politique*, n°3, novembre-décembre 2007.

⁴ ROZENBERG Danièle, « Mémoire, justice et... raison d'État dans la construction de l'Espagne démocratique », *Histoire@Politique*, n°2, septembre-octobre 2007.

⁵ AGUILAR FERNANDEZ Paloma, *Políticas de la memoria, memorias de la política*, Madrid, Alianza Editorial, 2008, chapitre 3 et GALEOTE Géraldine, « Les liens étroits entre droit et mémoire historique : le cas de la loi d'amnistie et de "la loi sur la mémoire historique" », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n°111-112, 2013/3, p. 17-24.

défenseurs unanimes du franquisme - comme elle est souvent présentée aujourd'hui - mais bien plutôt d'une négociation triangulaire [A1] entre les forces démocratiques, les réformateurs (tel Adolfo Suárez) et ceux qui s'opposèrent aux tenants d'une ligne dure de défense de l'héritage franquiste que l'historiographie désigne sous le nom de « bunker »⁶. La chercheuse insiste également sur un contexte de violence qui est aujourd'hui éludé : la peur du terrorisme conjuguée à celle d'un éventuel retour de la guerre civile par le biais d'un putsch militaire - lequel aura effectivement lieu en 1981 - guide puissamment les débats⁷. [A2]

Eduardo González Calleja souligne pour sa part que « de fait, pendant la période constituante, aucun parti n'a intégré dans ses programmes ou ses objectifs "l'application d'une justice rétroactive pour les violations des Droits de l'Homme commis pendant la dictature"⁸ ». Certes, la loi n'avait pas à établir l'impunité des criminels du franquisme pendant la guerre puisque ces derniers étaient déjà prescrits. Cependant, les crimes commis après la guerre jusqu'à la mort du dictateur ne firent l'objet d'aucune exception législative. C'est aujourd'hui ce point qui fait polémique, puisque la loi d'amnistie semble s'apparenter à une absolution mutuelle faisant fi des crimes perpétrés par le régime franquiste. Ce point mérite discussion : d'une part, ce jugement rétrospectif et décontextualisé ne prend pas en compte la relative faiblesse de certains partis d'opposition au moment du vote, - le Parti communiste est légalisé seulement six mois plus tôt - [A3] et l'incapacité de l'appareil judiciaire hérité du franquisme à mener une politique d'épuration. Non seulement les juges convaincus par la démocratie étaient peu nombreux mais ils se heurtaient à un appareil judiciaire fortement compromis avec la dictature. Notons également que certains outils judiciaires aujourd'hui disponibles manquaient alors : ceux sur les disparitions forcées datent des années 1990 par exemple. De même, la solution tant prônée par la suite d'une Commission Vérité et Réconciliation n'a vu le jour qu'au début des années 1980 au Guatemala et en Argentine. Sophie Baby souligne également que l'État espagnol eut longtemps une forte réticence à considérer ses propres pratiques violentes qui devinrent « un lieu de silence, qui a perduré sous le gouvernement socialiste », notamment à travers la mise en place des cellules contre-terroristes des GAL en 1983⁹. Ainsi, la pression exercée par le terrorisme de certains groupes

⁶ BABY Sophie, « Sortir de la guerre civile à retardement: le cas espagnol », *op.cit.*, p. 4.

⁷ Sur ce point, voir : RODRIGUES Denis,, *La Transition en Espagne. Les enjeux d'une démocratisation complexe* (1975-1986), Rennes, PUR, 2012 ; TROUVE Matthieu, « La culture du pronunciamiento en Espagne », in *Parlement(s)*, n°12, 2009, p.87-98 ; BABY Sophie, *Le mythe de la transition pacifique*, Madrid, Casa de Velazquez, 2012.

⁸ GONZALEZ CALLEJA Eduardo, « "Récupération de la mémoire historique" et législation en Espagne : chronique des controverses politiques et académiques », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n°111-112, 2013/3 p. 7.

⁹ BABY Sophie, « Sortir de la guerre civile à retardement: le cas espagnol », *op. cit.*, p. 8.

radicaux et de l'État a considérablement retardé le processus de démocratisation de ce dernier et a entretenu une culture de l'impunité.

Paloma Aguilar se fonde sur l'étude des sondages réalisés pendant la transition pour montrer qu'à l'époque de la transition, les valeurs de paix et d'ordre importaient davantage aux Espagnols que celle de la liberté démocratique. L'opinion publique qui appuya massivement la loi d'amnistie considérait la guerre civile comme « une période honteuse qu'il vaut mieux oublier¹⁰. » [Ainsi, la culture politique du moment privilégia l'oubli davantage que la mémoire des crimes, pas plus qu'elle ne favorisa une politique de réhabilitation totale des victimes. De fait, la loi d'amnistie fut avant tout le fruit d'une décision politique volontariste qui écartait volontairement la mise en place de ce que l'on appellera plus tard une « justice transitionnelle »]. [A4] Partant de ces considérations, il est difficilement concevable d'interpréter la loi d'amnistie comme un « pacte d'oubli » qui aurait résulté d'un accord entre des élites politiques soucieuses de protéger leurs compromissions, en promouvant une politique active d'oubli, contre un peuple espagnol unanimement favorable à une épuration. Paloma Aguilar estime que la théorie du « pacte d'oubli » participe davantage d'une vision complotiste [A5] du passé qu'à la réalité historique du moment¹¹. Interprétée comme « un pacte de non ingérence entre le champ judiciaire et le champ administrativo-politique¹² » [A6], la loi d'amnistie ne fut pas à son origine un pacte d'amnésie collective. Elle procédait plutôt des souvenirs bien vifs qu'on voulait taire.

Depuis 1995, un contexte favorable au procès de la transition démocratique

Au mitan des années 1990, le contexte politique qui avait soutenu la transition démocratique a fortement changé ; en 1996, José María Aznar a même parlé de « seconde transition »¹³. [A7] L'une des conséquences de ce tournant est que la loi d'amnistie de 1977 est désormais considérée par une partie de l'opinion publique espagnole comme une loi d'amnésie à combattre au nom de la « récupération de la mémoire historique », entendue comme celle de la parole des victimes du régime franquiste. L'abolition de la loi de 1977 serait alors un pas décisif dans l'approfondissement de la vie démocratique en permettant de tourner

¹⁰ AGUILAR FERNÁNDEZ Paloma, *Políticas de la memoria, memorias de la política*, op. cit., p. 383. Eduardo González Calleja cite également ce sondage réalisé par *Cambio 16* à l'été 1983 : 73% des personnes interrogées sont de cette opinion.

¹¹ AGUILAR FERNÁNDEZ Paloma, *Políticas de memoria, memorias de la política*, Madrid, Alianza Editorial, 2008, p. 475.

¹² SERRANO-MORENO Juan Enrique, « Conflits de mémoire et querelles parlementaires dans l'Espagne des années 2000 », *Parlement(s).Revue d'histoire politique*, n°HS 12, 2017/3, p. 196.

¹³ MICHONNEAU Stéphane, « L'Espagne entre deux transitions ? De la mémoire de la guerre civile à celle de l'après-guerre (1975-2007) », in *Histoire@politique*, n°29, mai-août 2016, p. 1-13

définitivement la page de la dictature. Désormais, la mémoire est érigée comme une valeur sociale supérieure au prétendu oubli de la période précédente^[A8].

On ne reviendra pas ici sur les circonstances maintes fois analysées de ce virage politique. Comme l'a montré Paloma Aguilar, la campagne électorale de 1996^[A9] qui vit les socialistes perdre le pouvoir et le parti conservateur Partido Popular y accéder, a ouvert la boîte de Pandore des souvenirs de la guerre et du franquisme dans le champ politique¹⁴. La formation de multiples associations revendiquant la « récupération de la mémoire historique » - dont la fameuse ARMH fondée en 2000 par Emilio Silva - doit être interprétée dans le contexte plus large d'une vague mémorielle qui saisit l'Espagne après la chute du Mur de Berlin, mais aussi les pays d'Europe occidentale, centrale et orientale. À partir de 2000, la multiplication des exhumations de fosses communes pour récupérer les restes de personnes exécutées par le franquisme fut extrêmement médiatisée. Elle devint l'incarnation de cette « récupération de la mémoire historique », comme si les ossements contenaient la clé d'une histoire oblitérée. Les cadavres devinrent les nouvelles archives du franquisme.^[A10]

L'expression « mémoire historique » ne tarda pas à s'imposer dans l'agenda politique, établissant une claire division entre le parti conservateur qui en niait l'existence et les partis de gauche qui en revendiquaient la pertinence. Comme dans beaucoup de pays affectés par de longues périodes dictatoriales où l'histoire fut manipulée, la mémoire fut investie d'une valeur de vérité. Le mythe de la transition-modèle^[A11] vola en éclat face à l'accusation d'une transition volontairement mensongère à l'égard des crimes du franquisme. Les historiens furent également accusés d'avoir entretenu un « tabou » social^[A12] que les militants de la cause mémorielle prétendaient briser, selon une stratégie de « scandalisation de l'histoire »^[A13] relativement commune¹⁵.

On ne reviendra pas ici sur l'énorme confusion intellectuelle qu'entraîna l'usage immodéré de cette expression dont l'histoire reste à écrire. Contentons-nous d'en souligner deux aspects particulièrement saillants : d'une part, la métaphore archéologique envahit le vocabulaire de la mémoire, attestant l'idée que la mémoire était une chose « récupérable », à rebours de toute la tradition historiographique et sociologique de la mémoire développée dans les sciences sociales depuis les années 1920. La vision d'un « dégel mémoriel » s'imposa, comme si une mémoire préconstituée des crimes du franquisme avait été retenue - voire prohibée - puis finalement relâcher, alors même que les exhumations étaient le lieu même de fabrication des mémoires. D'autre part, l'expression impliquait la nette sujétion de la

¹⁴. AGUILAR FERNÁNDEZ Paloma, *Memoria y olvido de la guerra civil española*, Madrid, Alianza Editorial, 1996

¹⁵ ROUSSEAU Henry, « Vers une mondialisation de la mémoire », *Vingtième Siècle*, 2007/2, n°94, p. 3-10.

discipline historique à l'impératif mémoriel, au mépris des nombreux travaux académiques déjà en cours sur la question.

Depuis 2000, ce sont environ 8 500 exhumations dans près de 300 fosses communes qui furent réalisées, sur les quelque 130 000 victimes - leur nombre demeure approximatif - des 2 591 fosses répertoriées en Espagne en 2011¹⁶. [A14] Les techniques du big-data, notamment en matière d'archives, et du recours aux preuves ADN ne firent qu'amplifier le phénomène.

Une telle démarche repose sur des a priori rarement discutés. La revendication sociale d'une vérité qu'on imaginait intentionnellement cachée alimenta un procès rétroactif de la transition démocratique par une nouvelle génération - usuellement appelée les « *nietos* » (les petits-enfants) - qui n'avait pas connu les rigueurs du franquisme et avait grandi dans le contexte d'une « sortie de guerre différée¹⁷ ». Pour cette génération qui n'avait aucun souvenir de la guerre civile et du franquisme, le "silence parce qu'on savait bien", prôné par la transition, avait une valeur d'oubli, et l'amnistie fut interprétée comme une amnésie. Ces questionnements surgirent aussi au moment où la mémoire communicationnelle des "grands-parents" était appelée à s'éteindre par le vieillissement. La question du passé franquiste fut captée par des militants de la mémoire en voie de professionnalisation [A15] [A16], moins souvent dotés d'identité partisane qu'on ne le dit, mais opérant une reconversion militante du champ politique vers le champ mémoriel (ou identitaire). Comme le souligne Fred Constant, la mémoire victimaire devint une « ressource politique » qui prit l'histoire en otage, et dont les acteurs se saisirent pour « défendre des intérêts, attirer des soutiens, revendiquer des places, consolider des positions¹⁸ », grâce à une surexposition médiatique. Un autre impensé qui nous intéresse ici directement est la croyance partagée dans l'efficacité d'une justice réparatrice susceptible de reconstruire une dignité perdue. Comme le relève Sandrine Lefranc, « ce modèle pose l'hypothèse que la meilleure manière de construire une paix durable et de garantir une coexistence relativement harmonieuse dans un cadre démocratique est d'établir la "vérité" sur le passé conflictuel et d'octroyer des réparations, matérielles et symboliques, qui traduisent une reconnaissance des victimes de la violence politique¹⁹. » La revendication se justifiait par une volonté d'approfondissement d'une démocratie jugée défailante et

¹⁶ Selon le programme du CSIC "Las políticas de la memoria", dirigé par Francisco Ferrándiz : <https://politicadela memoria.org/prensa/>.

Voir également : https://mapadefosas.mjusticia.es/exovi_externo/CargarInformacion.htm

¹⁷ BABY Sophie, « Sortir de la guerre civile à retardement: le cas espagnol », *op. cit.*, p. 1.

¹⁸ CONSTANT Fred, « Pour une lecture sociale des revendications mémorielle "victimaires" », *Esprit*, 2007/2, p. 107.

¹⁹ LEFRANC Sandrine, « La consécration internationale d'un pis-aller : une genèse des politiques de "réconciliation" », in Georges MINK et Laure NEUMAYER, *L'Europe et ses passés douloureux*, Paris, La Découverte, 2007, p. 233.

incomplète mais aussi par une volonté de prévenir tout recours à la violence dans le futur^[A17], selon la formule-mantra contemporaine du « Plus jamais ça! »^[A18] ou du « Celui qui oublie l'histoire se condamne à la répéter ». La croyance ainsi constituée procède donc d'un autre postulat qui établit une équation entre la paix, la démocratie et la vérité judiciaire, ouvrant la voie à une juridiciarisation accélérée de la mémoire du passé. La réconciliation ne passerait donc plus par une amnistie politique mais pas une hypermnésie judiciaire^[A19]. Dans ce contexte, la loi d'amnistie de 1977 est vécue comme une monstruosité politique qui bloquerait le développement de toute justice transitionnelle et l'avènement de la vérité historique.

La judiciarisation des mémoires s'est opérée par un glissement significatif des événements remémorés. Les années de la transition démocratique se référaient à la guerre civile considérée comme un conflit fratricide ayant généré des atrocités comparables de part et d'autre. La vision d'un conflit pour ainsi dire familial que traduit le succès de l'expression de « guerre civile » à partir de la fin des années 1950, légitima l'absolution mutuelle des victimes de guerre. Mais l'approche mémorielle des années 2000 se réfère bien plutôt aux crimes perpétrés par l'appareil de répression franquiste, pour grande partie postérieure à la guerre. Là, l'équilibre morbide de la guerre n'a plus cours puisque la répression franquiste fut environ trois fois supérieure à la répression républicaine *ante* 1939^[A20]²⁰. De plus, l'intérêt pour des crimes de guerre par nature prescriptibles laissait place à celui pour des crimes de masse possiblement assimilables à des crimes contre l'humanité, par nature imprescriptibles. C'est pourquoi les cercles militants de la mémoire^[A21] s'efforcèrent d'assimiler entre eux des actes de nature différente et perpétrés à des époques différentes du régime dictatorial, comme si le franquisme formait un même tout : exécutions massives des années 1940, répression politique des années 1960 et 1970, enfants volés (jusqu'en 1986)^[A22]²¹, répression du mouvement ouvrier, répression des homosexuels, etc. L'histoire désormais bien connue des rouages de la répression franquiste inviterait sans doute à plus de nuances. On peut se demander si ces amalgames ne desservent pas la cause judiciaire poursuivie en ce qu'ils mêlent des acteurs, des époques et des délits de natures différentes et dont la qualification juridique varie en conséquence. Tout se passe comme si l'exposition de la vérité des atrocités du franquisme suffisait à créer un collectif unifié de victimes, alors même que les observations sociologiques

²⁰ Sur la répression républicaine : LEDESMA José Luis, *Los días de llamas de la revolución. Violencia y política en la retaguardia republicana de Zaragoza durante la guerra civil*, Saragosse, Institución Fernando el Católico, 2003.

²¹ VINYES Ricard, *Irredentas. Las presas políticas y sus hijos en las cárceles franquistas*, Madrid: Planeta (Temas de Hoy), 2010.

du mouvement insistent sur l'hétérogénéité des entrepreneurs de la mémoire et les inévitables conflits politiques qui les animent²².

2007 : la loi mémorielle dite « loi de la mémoire historique »

Le surgissement de la cause mémorielle en Espagne n'a pas reçu de la part de l'opinion publique de réponse consensuelle. Pour Eduardo González Calleja, on peut relever trois attitudes²³. Celle qui refuse de considérer l'existence de la « mémoire historique » ne peut nier l'évidence des faits mais tend à les relativiser soit en opposant d'autres victimes (les victimes de la répression républicaine, les victimes du terrorisme), soit par une sorte de révisionnisme historique qui fait porter la responsabilité des violences sur la Seconde République. Le Parti Populaire au pouvoir entre 1996 et 2004, puis entre 2011 et 2018, se situe dans cette position. Une autre partie de l'opinion est convaincue par les arguments des collectifs de mémoire et soutient que le droit à la vérité mène à l'achèvement démocratique. Les partis de la gauche contestatrice (Podemos, IU) et les partis dits « nationalistes » se rangent à cet argument. Enfin, l'opinion libérale questionne la « mémoire historique » mais en accepte les conséquences pratiques au nom de la continuité de la politique de réconciliation. Ce sont ces milieux représentés par le PSOE qui promurent, à partir de 2004, la voie médiane d'une nouvelle loi mémorielle, dit usuellement de « la mémoire historique » bien que l'expression n'apparaisse pas formellement dans le texte de loi. Votée le 28 octobre 2007, cette loi poursuit l'objectif d'une pacification de la guerre des mémoires sans remettre en question le socle de la transition démocratique qu'est la loi d'amnistie de 1977, ni mettre en place de véritable politique de réparation. Cette option législative tend à répondre aux nombreuses demandes formulées par l'opposition parlementaire de gauche depuis 2001 pour demander soit l'exclusion des crimes franquistes de la loi d'amnistie, soit la révision des jugements des tribunaux franquistes.

Nous ne reviendrons pas ici sur les multiples dispositions de la loi mémorielle de 2007 qui furent maintes fois commentée. Rappelons simplement ces principaux acquis, décrits par Danièle Rozenberg, pour nous concentrer ensuite sur les dispositions proprement juridiques. « La loi a pour finalité de reconnaître le droits des victimes de persécution et de violence durant la guerre civile et la dictature, de favoriser leur réhabilitation morale ainsi que la réappropriation de leurs mémoire personnelle et familiale, de favoriser, enfin, “la cohésion et

²² SMAOUI Sélim, « Sortir du conflit ou asseoir la lutte? Exhumer et produire des “victimes républicaines” en Espagne », *Revue française de science politique*, vol. 64, 2014/3, p. 435-468.

²³ GONZALEZ CALLEJA Eduardo, « “Récupération de la mémoire historique” et législation en Espagne », *op. cit.*, p. 16.

la solidarité entre les différentes générations d'Espagnols quant aux principes, valeurs et libertés constitutionnelles".²⁴ » Des pensions et indemnités sont versées à de nouvelles catégories de victimes (orphelins des fusillés, anciens prisonniers, travailleurs forcés, etc.). La loi enjoint de retirer de l'espace public des monuments franquistes, prévoit la création d'un centre archivistique unique, organise l'appui de l'administration pour la localisation et l'exhumation des victimes. Sur le plan juridique cependant, si les condamnations et les sanctions judiciaires pré-constitutionnelles sont jugées « illégitimes » puisque contrevenant aux principes inspirant la constitution démocratique de 1978, leur caractère légal n'est pas remis en cause au nom du double principe de la sécurité juridique garanti par l'article 9.3 de la Constitution et du « respect de la chose jugée ». Ainsi, les sentences émises par les tribunaux militaires à partir de l'été 1937 ou la révision des jugements émis entre 1937 et 1975 (et dont l'application juridique est annulée) sont écartées. La rétroactivité de la loi est donc limitée aux cas où les conséquences de l'ordre juridique pré-constitutionnel se feraient encore sentir. Le Tribunal constitutionnel a depuis lors confirmé cette lecture restrictive en refusant de « revenir sur la chose jugée lorsque celle-ci se trouvait en accord avec la légalité en vigueur à l'époque ». Pour autant, la loi n'écarte pas le droit des victimes ou de leur famille à obtenir une déclaration de réhabilitation individuelle, cet avis étant publié officiellement mais n'ouvrant pas droit à indemnisation.

Pour Sophie Baby, la loi « remet en question de façon subtile certains aspects de la loi de 1977²⁵ », sans toutefois la remettre en question. Géraldine Galeotte synthétise les trois reproches adressés à la loi mémorielle : l'individualisation du traitement de la question de la violence qui évite de poser celui de la responsabilité de l'État, le rôle limité attribué à l'État qui accompagne les victimes mais n'est pas l'initiateur de la politique de réparation, et le refus de déclarer illégales les sanctions juridiques pré-constitutionnelles qui maintient artificiellement un état de « vérité juridique » contradictoire avec les principes de la constitution démocratique. Le risque de « remettre en cause l'ordonnancement juridique franquiste, non par de simples déclarations de principes politiques mais par des décisions législatives ou éventuellement judiciaires, revenait finalement à remettre en cause la transition démocratique qui s'était appuyée sur la continuité légale²⁶ ».

En fin de compte, la loi ne constitue pas une remise en cause la loi d'amnistie de 1977 dans son principe mais offre un éventail de compensations censées l'éviter. Dans un

²⁴ ROZENBERG Danielle, « Mémoire, justice et... raison d'État dans la construction de l'Espagne démocratique », *op. cit.*, p. 10

²⁵ BABY Sophie, « Sortir de la guerre civile à retardement: le cas espagnol », *op. cit.*, p. 11.

²⁶ GALEOTE Géraldine, « Les liens étroits entre droit et mémoire historique », *op. cit.*, p. 24.

sondage réalisé en 2008 par le CIS, 39% des Espagnols considèrent la loi comme positive, 12,3% très positive et 17,1% moyennement positive, totalisant 68,4% d'opinions favorables. Par contre, la moitié des personnes interrogées se déclarent hostiles ou indifférentes à l'ouverture de procès, excepté en Catalogne et au Pays Basque^[A23], ce qui témoigne d'une relative insensibilité aux raisons de la justice transitionnelle²⁷. Son application concrète fut pourtant suspendue par l'alternance au pouvoir. En effet, dès 2011, Mariano Rajoy (PP) supprima le Bureau des victimes créé en 2008 et directement dépendant du ministère de la Présidence pour assister, informer et coordonner les différents services ministériels impliqués par cette loi. À l'inverse, l'accession au pouvoir de Pedro Sánchez (PSOE) a relancé le processus, étendard utile d'une coalition politique fragile, comme l'illustre l'exhumation du général Franco en 2019.

De toute évidence, l'instabilité du domaine d'application des lois mémorielles à l'échelle de l'État pose problème. C'est moins vrai à l'échelle des régions qui assument en Espagne, une grande partie de la résolution de la question du passé. En 2018, onze communautés autonomes (sur 19) se sont dotées de législation en faveur de la reconnaissance du droit des victimes de la répression franquiste²⁸. Si la Catalogne fut à l'avant-garde (2007), la loi forale navarraise (2013), très ample dans sa formulation, fait désormais autorité et inspire les dernières lois autonomiques (Andalousie, Valence, Aragon, Baléares). Il faut noter que quatre communautés prévoient d'ores et déjà d'annuler les dispositions judiciaires franquistes (Catalogne, Navarre, Baléares et Valence), au-delà de ce que prévoit la loi de 2007. Cinq d'entre elles font référence au droit international dans leur préambules : non seulement les communautés développent les instruments juridiques de l'application systématique de la loi espagnole mais de plus, elles s'appuient sur une stratégie d'internationalisation de la cause judiciaire.

L'internationalisation de la cause judiciaire : un pis-aller?

La stratégie d'internationalisation de la cause judiciaire poursuivie par les collectifs de la « mémoire historique » est déjà ancienne. Elle connaît à partir de 2012 une accélération notable qui n'est pas nécessairement un gage de réussite. Il faut situer cette orientation dans la

²⁷ ENCARNACIÓN Omar, « Justice in Times of Transition : Lessons for the Iberian Experience », *International Studies Quarterly*, vol. 56, n°1, 2012, p. 188.

²⁸ Il s'agit de la Catalogne (2007, 2009, 2017), de la Navarre (2013, 2018), du Pays basque (2014), des Baléares (2016 et 2018), de l'Aragon, de l'Andalousie, de la Communauté valencienne et de l'Estrémadure (2017), des Canaries, de la Cantabrie et de la Castille et Léon (2018). Voir : DE LA CUESTA José Luis, ODIOZOLA Miren, « Marco normativo de la memoria histórica en España : legislación estatal y autonómica », *Revista electronica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, n° 20-08, p. 1-38.

montée en puissance générale d'un refus de l'impunité pour les crimes les plus graves commis au XX^e siècle qu'ont observé les spécialistes du droit international. L'évolution traduit un recul de la prescription des crimes de masse devant leur imprescriptibilité qui est partout constitutionnalisée et dont le champ ne cesse de grandir, incluant la torture, les disparitions forcées ou les exécutions extra-légales.

L'analyse sociologique montre que les stratégies d'internationalisation reposent également sur la circulation d'experts et de savoir-faire judiciaires de par le monde²⁹. Ainsi, en Espagne, l'Association pour la récupération de la mémoire historique (ARMH) a bénéficié de l'appui de plusieurs organisations non-gouvernementales telles que l'Équipe Nizkor, spécialisée dans les violations des droits de l'Homme en Amérique latine et qui rédigea en 2004 un document intitulé : « La question de l'impunité en Espagne et les crimes franquistes ». Plus tard, Amnesty International a élaboré un rapport de synthèse intitulé « Mettre fin au silence et à l'injustice. La dette pendante des victimes de la guerre civile et du régime franquiste ». Par ailleurs, les années du « dégel mémoriel » coïncidèrent en 1996 avec l'affaire Pinochet qui vit le juge Baltazar Garzón poursuivre l'ancien dictateur chilien au nom de la compétence universelle de la justice espagnole^[A24]. Pour Madeleine Davis, « cette affaire semble avoir resensibilisé l'Espagne aux limites de sa propre transition démocratique, et créé un nouvel environnement et espace pour l'articulation des histoires et des mémoires jusqu'à présent supprimée³⁰. »^[A25] Ce contexte favorisa sans doute l'initiative de l'ARMH auprès du Haut-Commissariat pour les droits de l'homme à l'ONU, déposée le 20 août 2002. La sentence du 15 novembre 2002 condamna l'Espagne pour violation de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, sur la base d'une convention de 1992 qui ciblait à l'origine les États d'Amérique latine. Quelques jours plus tard, les Cortes espagnoles votèrent à l'unanimité un texte de condamnation du coup d'État du 18 juillet 1936, premier du genre, 27 ans après la mort du dictateur.^[A26] En des termes généraux, le texte condamnait le totalitarisme et tendait à la reconnaissance de toutes les victimes, sans émettre de jugement moral ni attribuer de responsabilités précises³¹. La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU rappela dans une résolution de 2005 les quatre principes qui inspiraient la condamnation de l'Espagne : le respect du droit de savoir, du droit à la justice, du droit à la réparation et de celui à la non-répétition des faits criminels. Les institutions européennes ont

²⁹ Voir LEFRANC Sandrine, « La professionnalisation d'un militantisme réformateur du droit », *op.cit.*

³⁰ DAVIES Madeleine, « Is Spain Recovering Its Memory? Breaking the "Pacto del olvido" », *Human Rights Quartely*, Vol. 27, n°3, 2005, p. 870.

³¹ Pour le texte de la résolution, voir :

http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_625.PDF. Voir également : AGUILAR FERNANDEZ Paloma, PAYNE Leigh A., *El resurgir del pasado en España*, Madrid, Taurus, 2017, p. 40-42.

également joué un rôle. Le 17 mars 2006, le Conseil de l'Europe adopta à l'unanimité une résolution de condamnation du régime franquiste. La proposition suggérait à l'État espagnol l'adoption d'une « commission nationale d'investigation sur la violation des droits commises sous le régime franquiste ». Elle proposait de faire du 18 juillet le jour international de condamnation du franquisme. Le 4 juillet 2006, le Parlement européen réitéra la condamnation, à l'exception du représentant du Parti populaire européen (PPE). La loi mémorielle de 2007 fit mention de la résolution du Conseil de l'Europe mais elle ne fit pas référence à la Convention internationale pour la protection des personnes contre les disparitions forcées adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, le 20 décembre 2006, qui obligeait l'État espagnol à apporter une aide active à la recherche des victimes. Dans son rapport du 27 octobre 2008, le Comité des droits de l'homme de l'ONU recommandait que soit abrogée la loi d'amnistie de 1977, que soit reconnu le caractère imprescriptible des crimes contre l'Humanité et que des enquêtes soient diligentées. Ainsi, le non-respect par l'Espagne des conventions internationales qu'elle a signées est patent³².

C'est à cette même époque qu'un ensemble d'associations saisit en Espagne le Tribunal central d'instruction n°5. Le juge Baltazar Garzón, à la surprise générale, se déclara compétent pour enquêter sur les crimes contre l'humanité perpétrés en Espagne après 1936, se référant explicitement à la compétence universelle du pouvoir judiciaire. Mais le procureur en chef de l'Audience nationale, la plus haute autorité judiciaire du pays, se déclara en revanche incompétent, considérant que ces délits avaient été prescrits par la loi d'amnistie de 1977. Le Juge Garzón fut forcé de se dessaisir au profit de tribunaux locaux. La condamnation du juge Garzón en février 2012 est immédiatement suivie, le 27 février 2012, par une résolution du Tribunal constitutionnel qui repousse les arguments du Conseil de l'Europe et du Comité des droits de l'homme de l'ONU, rejetant définitivement la qualification de crimes contre l'humanité et arguant de la protection offerte par la loi d'amnistie de 1977. Les procédures administratives pouvaient se poursuivre (réclamation d'indemnisations, aide à la recherche des victimes) mais pas les procédures pénales. Par deux fois cette même année 2012, deux propositions de loi qui furent rejetées visaient à exclure les crimes contre l'humanité de la loi d'amnistie.

L'année 2012 constitue ainsi une fin de non-recevoir de la part des autorités politiques et judiciaires espagnoles, condamnant à l'échec toute tentative de porter devant les tribunaux

³² CHINCHÓN ÁLVAREZ Javier, « El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional », *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, n° 67, 2012, p. 30-42.

espagnols l'imputation des crimes commis sous le franquisme. C'est pourquoi des associations ^[A27]se sont tournées vers des juridictions extranationales et ont déposé plainte auprès de la justice argentine³³. Le 14 avril 2010, la juge fédérale Maria Servini accepta la plainte pour « délit de génocide et/ou de lèse-humanité ». En novembre 2014, la juge ordonna l'arrestation de 19 Espagnols pour divers crimes^[A28], notamment des tortures contre des opposants politiques, des vols d'enfants et la répression des manifestations ouvrières à Vitoria en 1976. Un ancien vice-président du gouvernement espagnol, Martín Villa, fut accusé. Mais la justice espagnole refusa l'extradition des accusés, notamment du célèbre Billy el Niño qui avait perpétré des crimes de torture contre des opposants politiques dans les années 1960 et 1970.

Selon Javier Chinchón Álvarez, les arguments utilisés par les juges espagnols se résument à quatre : la prescription des crimes selon le code pénal en vigueur, le respect de la loi d'amnistie, la mort des responsables, et l'incompétence des tribunaux en matière de « mémoire historique »³⁴.^[A29] Au total, en dépit d'un projet de loi déposé en ce sens aux Cortes³⁵, rien n'indique à ce jour que le recours à une justice étrangère ou que la pression exercée pour que l'Espagne respecte ses engagements en matière de droit international puisse aboutir à un assouplissement de la lecture faite de la loi d'amnistie de 1977.

La stratégie d'internationalisation pose le problème du degré d'internationalisation du droit national dans le contexte d'une érosion continue du droit souverain³⁶. L'article 27 de la Convention de Vienne sur le Droit des traités (1969) précise qu'un État ne peut invoquer les dispositions de son droit particulier pour se justifier de ne pas appliquer les traités signés. La loi d'amnistie de 1977 ne peut donc servir de prétexte pour éviter d'enquêter ou de punir les crimes du franquisme dans la mesure où les délits de torture, d'exécutions extrajudiciaires et de disparitions forcées rentrent dans le cadre des crimes contre l'humanité imprescriptibles. Au regard du droit international, Paloma Aguilar souligne que la question principale est donc de savoir quand cette obligation fut énoncée dans le droit international et quand et comment cette disposition fut intégrée au droit national³⁷.^[A30]

³³ La CEAQA, créée en juin 2012, (Coordinadora estatal de apoyo a la querrela argentina contra los crímenes del franquismo) regroupe à ce jour 23 associations.

³⁴ CHINCHÓN ÁLVAREZ Javier, « El tratamiento judicial », *op. cit.*, p. 140.

³⁵ En octobre 2017, Izquierda Unida (néocomunistes) a déposé un projet de dérogation de la loi d'amnistie en cas de crime avéré contre l'Humanité. De même, la loi des Îles baléares de 2018 oblige le gouvernement local à un recours auprès du procureur général de l'État (Fiscalía) en cas d'indices de crimes contre l'Humanité.

³⁶ RUIZ FABRI Hélène et alii, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *op.cit.*, p. 240.

³⁷ AGUILAR FERNÁNDEZ Paloma, *Políticas de la memoria, memorias de la política*, *op. cit.*, p. 493.

Quand bien même l'annulation de la loi d'amnistie fût possible au regard du droit international et de l'obligation de l'Espagne de respecter les conventions internationales qu'elle a signées, il reste que les attendus d'un tel règlement judiciaire comporte en soi trois limites qu'il faut souligner. La première concerne la « présomption de culpabilité » qui tend à affaiblir le droit de l'accusé devant celui des victimes, comme si « la déclaration de culpabilité (était) la seule vérité acceptable³⁸ ». Sophie Wahnich s'interroge à juste titre sur le sens de cette « société sans clémence³⁹ ». Deuxièmement, la judiciarisation de la mémoire élargit la notion de réparation au champ psychologique de manière confuse. La réparation ne doit pas être seulement matérielle mais aussi psychologique afin de « restaurer la victime dans son intégrité » et lui permettre éventuellement « de faire son deuil des pertes subies ». Cette approche s'est muée en une « nouvelle évidence sociale⁴⁰. » On assiste alors à une forme de **surinvestissement de la logique réparatrice** [A31] de la justice au-delà de sa fonction pénale. Cette logique accorde au procès et à sa mise en scène une fonction thérapeutique censée libérer la victime du poids d'un traumatisme contenu mais non formalisé jusqu'alors. L'assurance d'une effectivité de tel dispositif cathartique n'est pas attestée, le dévoilement public des blessures intimes de la victime pouvant parfois affecter durablement l'équilibre psychique du témoin.

Concernant le rôle de pacification sociale et de réconciliation attribué à la judiciarisation du passé, la « diffusion non contraintes de nouvelles formes de représentation du passé de violence » selon une logique qui est celle de la trêve ou de l'apaisement des colères individuelles, censée pousser le plus grand nombre à adhérer au récit des victimes, n'a pas fait la preuve de son efficacité directe⁴¹. **Pis encore, la recherche de la justice est interprétée par une partie de l'opinion publique hostile à la justice transitionnelle comme la recherche de légitimation d'une cause politique, une forme de *revanche morale d'une défaite politique*.** [A32]

Face à ces obstacles, les tenants de la « mémoire historique » seraient à même d'opérer un virage : si la justice transitionnelle qu'ils appellent de leurs vœux est érigée en instrument de reconnaissance des victimes par le biais d'auditions publiques et de réparations symboliques, il est possible de dissocier la question de la réparation de celle de la culpabilité des responsables, tout du moins pour les violations aux droits de l'homme les plus anciennes

³⁸ RECHTMAN Richard et CESONI Maria Luisa, « Le droit des victimes et la défiance envers l'amnistie aujourd'hui », in Sophie WAHNICH (dir.), *Une histoire politique de l'amnistie*, Paris, PUF, p. 167.

³⁹ WAHNICH Sophie, « L'aujourd'hui et le devenir de l'amnistie comme pratique démocratique », in *ibid.*, p. 246.

⁴⁰ RECHTMAN Richard et CESONI Maria Luisa, « Le droit des victimes et la défiance envers l'amnistie aujourd'hui », *op. cit.*, p. 155.

⁴¹ LEFRANC Sandrine, « La professionnalisation d'un militantisme réformateur du droit », *op.cit.*, p. 575.

où la comparution des responsables n'est plus possible. La dissociation « entre le droit imprescriptible des victimes à la vérité et à réparation (...) et la question de la prescription éventuelle des poursuites contre les auteurs de l'acte » est une tendance soutenue par la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies⁴². Ainsi, l'amnistie serait moins remise en cause par rapport à l'intérêt de punir les responsables que par rapport au droit à la vérité, au droit au secours effectif, au droit à réparation et à l'obligation de l'État à enquêter et poursuivre les auteurs des actes.

Conclusion

Sophie Wahnich indique justement qu'il n'y a pas d'opposition essentielle entre démocratie et amnistie, l'amnistie étant « consubstantielle à la démocratie qui consacre et structure le conflit politique⁴³ ». Tout dépend finalement de la manière dont l'amnistie est interprétée et appliquée selon des circonstances historiques particulières. Le cas espagnol invite à penser l'impossible jugement [A33] des responsables des violations aux droits de l'homme sous le franquisme. Le mythe de la réconciliation totale des Espagnols qui porta le processus de transition démocratique en est durablement affecté comme si « la figure de l'irréconcilié⁴⁴ » avait fini par s'imposer au cœur de la société espagnole. Mais la situation révèle que la revendication d'une justice transitionnelle est également un mythe dont les limites et les contradictions doivent être soulignées car les positionnements éthiques et politiques ne semblent pas totalement conciliables.

Sur le plan de l'historicité, l'amnistie de 1977 doit être comprise comme une tentative de fonder un temps zéro, un *Stunde null* [A34] susceptible d'ouvrir la nouvelle ère de la démocratisation en suspendant la question du passé. Elle s'inscrit dans une historicité que François Hartog appelle *futuriste*, pour laquelle le présent est tendu vers la construction d'un futur meilleur. La revendication de l'abrogation de cette loi se situe dans un autre régime d'historicité, *présentiste*, où un présent dilaté épuise l'épaisseur du temps au point que la présence du passé dans le présent, c'est-à-dire la mémoire, soit déterminante⁴⁵. Ce nouveau mode de relation au passé autorise les jugements anachroniques sur un passé mal contextualisé. Le travail de l'historien consiste précisément à rétablir les faits pour rendre

⁴² RUIZ FABRI Hélène et *alii*, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *op.cit.*, p. 252.

⁴³ WAHNICH Sophie, « L'aujourd'hui et le devenir de l'amnistie », *op. cit.*, p. 254.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 253.

⁴⁵ HARTOG François, *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps*, Paris, Le Seuil, 2002, p. 207-218.

compte de la cohérence d'une société qui choisit, en son temps, de privilégier l'oubli. Aujourd'hui, les contradictions de la société espagnole vis-à-vis du passé traduisent la difficile articulation de deux régimes d'historicité différents.