

PARLIAMENTARY ASSEMBLY  
OF THE  
COUNCIL OF EUROPE

---

3 June 1996

Doc. 7568

---

**REPORT**

**on measures to dismantle the heritage  
of former communist totalitarian systems**

(Rapporteur: Mr SEVERIN,  
Romania, Socialist Group)

---

*Summary*

The report is based on a two-pronged approach. Firstly, it attempts to show why it is so important that the heritage of former communist totalitarian regimes be dismantled, and how this can be done. Secondly, it raises the issue of how to achieve justice without violating human rights. It also outlines solutions to this problem, including concrete guidelines on how to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a state based on the rule of law, which hopefully will be acceptable to a large number of people.

It is hoped that this report will contribute to the unique transition process from former communist totalitarian regimes to democracy currently taking place in central and eastern European countries and serve as a guideline for the western European countries and the Council of Europe on how to help these countries to successfully overcome their totalitarian heritage without violating human rights.

**I. Draft resolution**

1. The heritage of former communist totalitarian systems is not an easy one to handle. On an institutional level this heritage includes (over) centralisation, the militarisation of civilian institutions, bureaucratisation, monopolisation, and over-regulation; on the level of the society, it reaches from collectivism and conformism to blind obedience and other totalitarian thought patterns. To re-establish a civilised, liberal state under the rule of law on this basis is difficult — this is why the old structures and thought patterns have to be dismantled and overcome.

2. The goals of this transition process are clear: to create pluralist democracies based on the

ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE  
DU  
CONSEIL DE L'EUROPE

---

3 juin 1996

Doc. 7568

---

**RAPPORT**

**sur les mesures de démantèlement de l'héritage  
des anciens régimes totalitaires communistes**

(Rapporteur: M. SEVERIN,  
Roumanie, Groupe socialiste)

---

*Résumé*

Le rapport suit une double démarche. Dans un premier temps, il essaie de montrer pourquoi il est si important que l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes soit démantelé, et comment faire pour y parvenir. Dans un deuxième temps, il pose le problème de la nécessité de rendre justice sans porter atteinte aux droits de l'homme. Il propose ensuite des solutions à ce problème, y compris des principes directeurs concrets à respecter pour que les lois de lustration et les mesures administratives analogues soient conformes aux exigences d'un Etat de droit, susceptibles d'être acceptées par le plus grand nombre.

Il reste à espérer que ce rapport sera utile aux pays d'Europe centrale et orientale actuellement plongés dans le processus de transition sans précédent d'un ancien régime totalitaire communiste vers la démocratie, et qu'il fournira aux pays d'Europe occidentale et au Conseil de l'Europe des indications sur la façon d'aider ces pays à se débarrasser de leur héritage totalitaire sans porter atteinte aux droits de l'homme.

**I. Projet de résolution**

1. L'héritage des anciens régimes totalitaires communistes n'est pas une question facile à traiter. Sur le plan institutionnel, cet héritage englobe la centralisation (excessive), la militarisation des institutions civiles, la bureaucratisation, la monopolisation, l'excès de réglementation; au niveau de la société, il va du collectivisme et du conformisme à l'obéissance aveugle et autres modes de pensée totalitaires. Il est difficile, dans ces conditions, de réinstaurer un Etat de droit civilisé et libéral — c'est pourquoi les structures et les modes de pensées du passé doivent être démantelés et surmontés.

2. Les objectifs de ce processus de transition sont clairs: créer des démocraties pluralistes, fon-

rule of law and the respect of human rights and diversity. The principles of subsidiarity, freedom of choice, equality of chances, economic pluralism and transparency of the decision-making process all have a role to play in this process. The separation of powers, freedom of the media, protection of private property and the development of a civil society are some of the means which could be used to attain goals, as are decentralisation, demilitarisation, demopolisation and debureaucratisation.

3. The dangers of a failed transition process are manifold. At best, oligarchy will reign instead of democracy, corruption instead of the rule of law, and organised crime instead of human rights. At worst, the result could be the "velvet restoration" of a totalitarian regime, if not a violent overthrow of the fledgling democracy. The key to a successful transition process lies in striking the delicate balance of providing justice without seeking revenge.

4. Thus, a democratic state based on the rule of law must, in dismantling the heritage of former communist totalitarian systems, apply the procedural means of such a state. It cannot apply any other means, since it would then be no better than the totalitarian regime which is to be dismantled. A democratic state based on the rule of law has sufficient means at its disposal to ensure that the cause of justice is served and the guilty are punished — it cannot, and should not, however, cater to the desire for revenge instead of justice. It must instead respect human rights and fundamental freedoms, such as the right to due process and the right to be heard, and it must apply them even to those people who, when they were in power, did not apply them themselves. A state based on the rule of law can also defend itself against a resurgence of the communist totalitarian threat, since it has ample means at its disposal which do not conflict with human rights and the rule of law, and are based upon the use of both criminal justice and administrative measures.

5. The Assembly recommends that member states dismantle the heritage of former communist totalitarian regimes by restructuring the old legal and institutional systems, a process which should be based on the principle(s) of:

i. demilitarisation, to ensure that the militarisation of essentially civilian institutions, such as the prison administration or the Ministry of the Interior, which is typical of communist totalitarian systems, comes to an end;

ii. decentralisation, especially on local and regional levels and within state institutions;

dées sur la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme et de la diversité. Les principes de la subsidiarité, de la liberté de choix, de l'égalité des chances, du pluralisme économique et de la transparence des décisions ont tous leur importance dans ce processus. La séparation des pouvoirs, la liberté des médias, la protection de la propriété privée et le développement d'une société civile sont quelques-uns des moyens qui permettront de réaliser cet objectif, de même que la décentralisation, la démilitarisation, le démantèlement des monopoles et la débureaucratisation.

3. Les risques qu'entraînerait un échec du processus de transition sont multiples. Au mieux, on verra s'installer l'oligarchie au lieu de la démocratie, la corruption au lieu de l'Etat de droit et la criminalité organisée au lieu des droits de l'homme. Dans le pire des cas, on assistera à la «restauration de velours» d'un régime totalitaire, voire au renversement par la force de la démocratie naissante. La clé de la réussite du processus de transition réside dans un délicat équilibre consistant à rendre justice sans esprit de vengeance.

4. Pour démanteler l'héritage d'un ancien régime totalitaire communiste, un Etat de droit démocratique se doit d'employer les moyens prévus par la loi, et uniquement ces moyens-là, faute de quoi il ne vaudrait guère mieux que le régime totalitaire qu'il entend démanteler. Un Etat de droit démocratique dispose de moyens suffisants pour faire en sorte que la justice soit respectée et que les coupables soient punis — il ne peut et ne doit cependant pas les utiliser dans un esprit de vengeance, plutôt que de justice. Il doit au contraire respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales, tels que le droit à une procédure régulière et le droit d'être entendu, et appliquer ces principes à tous, même à ceux qui les ont bafoués lorsqu'ils étaient au pouvoir. Un Etat de droit démocratique est aussi en mesure de se défendre contre une résurgence de la menace totalitaire communiste, car il dispose d'amples moyens, qui ne portent pas atteinte aux droits de l'homme et à la prééminence du droit et relèvent du droit pénal ou de mesures administratives.

5. L'Assemblée recommande que les Etats membres démantèlent l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes en restructurant les anciens systèmes juridique et institutionnel, processus qui devrait être fondé sur:

i. le principe de la démilitarisation, afin de s'assurer que l'on mette fin à la militarisation des institutions civiles essentiellement, telles que l'administration pénitentiaire ou le ministère de l'Intérieur, ce qui est typique des systèmes totalitaires communistes;

ii. le principe de la décentralisation, surtout au niveau local et régional ainsi qu'au sein des institutions étatiques;

iii. the principle of demonopolisation, which is central to the construction of some kind of a market economy and of a pluralist society;

iv. the principle of debureaucratisation, which should reduce communist totalitarian over-regulation and transfer the power from the bureaucrats back to the citizens.

6. This process must include a transformation of mentalities (a transformation of hearts and minds) whose main goal should be to eliminate the fear of responsibility, and to eliminate as well the disrespect of diversity, extreme nationalism, intolerance, racism and xenophobia, that are also a part of the heritage of the old regimes. All of these should be replaced by democratic values, such as tolerance, respect of diversity, subsidiarity and accountability for one's actions.

7. The Assembly also recommends that criminal acts committed by individuals during the communist totalitarian regime be prosecuted and punished under the standard criminal code. If the criminal code provides for a statute of limitations for some crimes, this can be extended, since it is only a procedural, not a substantive matter. Passing and applying retroactive criminal laws is, however, not permitted. On the other hand, the trial and punishment of any person for any act or omission which at the time when it was committed did not constitute a criminal offence according to national law, but which was considered criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations,<sup>1</sup> is permitted. Moreover, where a person clearly acted in violation of human rights, the claim of having acted under orders excludes neither illegality nor individual guilt.

8. The Assembly recommends that the prosecution of individual crimes go hand-in-hand with the rehabilitation of people convicted of "crimes" which in a civilised society do not constitute criminal acts, and of those who were unjustly sentenced. Material compensation should also be awarded to these victims of totalitarian justice, and should not be (much) lower than the compensation accorded to those unjustly sentenced for ordinary crimes under the standard penal code in force.

9. The Assembly welcomes the opening of secret service files for public examination in some former communist totalitarian countries. It advises all countries concerned to enable the persons affected to examine, upon their request, the files kept on them by the former secret services.

1. European Convention on Human Rights, Article 7, paragraph 1.

iii. le principe du démantèlement des monopoles, condition centrale de la mise sur pied d'une économie de marché et d'une société pluraliste;

iv. le principe de la débureaucratisation, qui doit permettre de réduire l'excès de réglementation totalitaire communiste, et de transférer le pouvoir des bureaucrates aux citoyens.

6. Ce processus doit être jumelé avec la transformation des mentalités (une transformation des cœurs et des esprits), qui devrait avoir comme principal but de changer la peur de prendre des responsabilités, le manque d'égards de la diversité, le nationalisme extrême, l'intolérance, le racisme et la xénophobie, qui sont également une partie de l'héritage des anciens régimes. Tout ceci doit être remplacé par les valeurs démocratiques que sont la tolérance, le respect de la diversité, la subsidiarité et la responsabilité.

7. L'Assemblée recommande également que les personnes ayant commis des actes criminels sous le régime totalitaire communiste soient jugées et punies conformément au Code pénal en vigueur. Si le Code pénal prévoit des délais de prescription pour certains crimes, ceux-ci peuvent être prolongés, car il ne s'agit que d'une question de procédure et non de fond. En revanche, il est interdit d'adopter et d'appliquer des lois rétroactives dans le domaine pénal. Par ailleurs, le jugement et la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national sont autorisés dès lors qu'elle était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées<sup>1</sup>. De plus, dans le cas où une personne a commis un acte contrevenant manifestement aux droits de l'homme, l'argument d'avoir agi sur ordre n'exclut ni l'illégalité ni la culpabilité individuelle.

8. L'Assemblée recommande que le jugement des auteurs de crimes aille de pair avec la réhabilitation des personnes qui ont été déclarées coupables de «crimes» ne constituant pas des actes criminels dans une société civilisée, ainsi que des personnes qui ont été injustement condamnées. De l'avis de l'Assemblée, des réparations matérielles devraient également être accordées à ces victimes de la justice totalitaire, réparations qui ne devraient pas être (très) inférieures à celles accordées aux personnes injustement condamnées aujourd'hui pour des crimes de droit commun.

9. L'Assemblée se réjouit de l'ouverture des dossiers des services secrets à l'accès du public dans certains des anciens pays totalitaires communistes. Elle recommande à tous les pays intéressés de permettre aux personnes concernées d'examiner, si elles le désirent, les dossiers conservés sur elles par les anciens services secrets.

1. Convention européenne des Droits de l'Homme, article 7, paragraphe 1.

10. Furthermore, the Assembly advises that property which was illegally or unjustly seized by the state, nationalised, confiscated or otherwise expropriated during the reign of communist totalitarian systems in principle be restituted to its original owners *in integrum*, if this is possible without violating the rights of current owners who acquired the property in good faith or the rights of tenants who rented the property in good faith, and without harming the progress of democratic reforms. In cases where this is not possible, just material compensation should be awarded. Claims and conflicts relating to individual cases of property restitution should be decided by the courts.

11. Concerning the treatment of persons who did not commit any crimes that can be prosecuted in accordance with paragraph 7, but who nevertheless held high positions in the former totalitarian communist regimes and supported them, the Assembly notes that some states have found it necessary to introduce administrative measures, such as lustration or “decommunisation” laws. The aim of these measures is to exclude persons from exercising governmental power if they cannot be trusted to exercise it consistently in compliance with democratic principles, as they have shown no commitment to or belief in them in the past and have no interest or motivation to make the transition to them now.

12. The Assembly stresses that, in general, these measures can be compatible with a democratic state under the rule of law if several criteria are met. Firstly, guilt, being individual rather than collective, must be proven in each individual case — this emphasises the need for the individual, and not collective, application of lustration laws. Secondly, the right of defence, the presumption of innocence until proven guilty, and the right to appeal to a court of law must be guaranteed. Revenge may never be a goal of such measures, nor should political or social misuse of the resulting lustration process be allowed. The aim of lustration is not to punish people presumed guilty — this is the task of prosecutors using criminal law — but to protect the newly-emerged democracy.

13. The Assembly thus suggests the following guidelines to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a state based on the rule of law, and focus on threats to fundamental human rights and the democratisation process. Please see the guidelines to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a state based on the rule of law as a reference text.

14. Furthermore, the Assembly recommends that employees who are discharged from their position on the basis of lustration laws should not in

10. L'Assemblée considère, qui plus est, que les biens qui ont été illégalement ou injustement saisis, nationalisés, confisqués ou expropriés par l'Etat sous le règne des régimes communistes totalitaires soient, en principe, restitués à leurs propriétaires d'origine *in integrum*, dans la mesure du possible, sans violer ni les droits des propriétaires actuels qui ont acquis ces biens de bonne foi, ni ceux des locataires actuels qui occupent les lieux de bonne foi, et sans nuire aux progrès des réformes démocratiques. Dans les cas où cela n'est pas possible, une indemnisation matérielle juste devrait être attribuée. Les contestations et litiges liés à des affaires individuelles de restitution de la propriété seront tranchés par les tribunaux.

11. En ce qui concerne le traitement des personnes qui n'ont commis aucun des crimes susceptibles d'être poursuivis conformément au paragraphe 7, mais qui cependant détenaient de hautes fonctions sous les anciens régimes totalitaires communistes, et qui ont soutenu ces régimes, l'Assemblée relève que certains Etats ont jugé nécessaire d'adopter des mesures administratives, telles que les lois de lustration ou de décommunisation. Celles-ci consistent à écarter de l'exercice du pouvoir les personnes dont on ne peut être certain qu'elles exerceront leurs fonctions conformément aux principes démocratiques, car elles n'ont montré aucun engagement ou attachement envers ces principes par le passé et n'ont aucun intérêt ou aucune raison de se rallier maintenant à ces principes.

12. L'Assemblée souligne que, dans l'ensemble, ces mesures ne sont compatibles avec un Etat de droit démocratique que si plusieurs critères sont respectés. Premièrement, la culpabilité — qui est individuelle et non collective — doit être prouvée pour chaque personne, ce qui montre bien la nécessité d'une application individuelle, et non collective, des lois de lustration. Deuxièmement, il faut garantir le droit de défense, la présomption d'innocence jusqu'à preuve de la culpabilité et la possibilité d'un recours judiciaire régulier contre toute décision. La vengeance ne peut jamais constituer l'objectif de ces mesures, pas plus que l'on ne saurait permettre le détournement politique ou social du processus de lustration qui en résulte. Le but de la lustration n'est pas de punir les personnes présumées coupables — c'est le travail des procureurs, sur la base du droit pénal — mais de protéger la démocratie émergente.

13. L'Assemblée propose par conséquent les principes directeurs ci-après, afin que les lois de lustration et les mesures administratives analogues soient compatibles avec les exigences d'un Etat de droit et dirigées contre les dangers qui menacent les droits fondamentaux de l'homme et le processus de démocratisation. Les principes directeurs énoncés ci-dessous doivent être considérés comme un texte de référence.

14. En outre, l'Assemblée recommande que les salariés relevés de leurs fonctions en vertu des lois de lustration ne perdent pas, en principe, les

principle lose their previously accrued financial rights. In exceptional cases, where the ruling elite of the former regime awarded itself pension rights higher than those of the ordinary population, these could be reduced to the ordinary level.

15. The Assembly recommends that the authorities of the countries concerned verify that their laws, regulations and procedures comply with the guidelines suggested, and revise them, if necessary. This would help to avoid complaints on these procedures lodged with the control mechanisms of the Council of Europe under the European Convention on Human Rights, the Committee of Ministers' monitoring procedure, or the Assembly's monitoring procedure under Order No. 508 (1995) on the honouring of obligations and commitments by member states.

16. Finally, the Assembly calls on all consolidated democracies to step up their aid and assistance, and to intensify their co-operation with former communist totalitarian countries, in particular as far as the support for the development of a civil society is concerned.

**Guidelines  
to ensure that lustration laws  
and similar administrative measures comply with  
the requirements of a state based on the rule of law**

To be compatible with a state based on the rule of law, lustration laws must fulfil certain requirements. Above all, the focus of lustration should be on threats to fundamental human rights and the democratisation process; revenge may never be a goal of such laws, nor should political or social misuse of the resulting lustration process be allowed. The aim of lustration is not to punish people presumed guilty — this is the task of prosecutors using criminal law — but to protect the newly-emerged democracy.

a. The lustration process should be administered by a specifically created independent commission of distinguished citizens nominated by the head of state and approved by parliament;

b. Lustration may only be used to eliminate or significantly reduce the threat posed by the lustration subject to the creation of a viable, free democracy by the subject's use of a particular position to engage in human rights violations or to block the democratisation process;

c. Lustration may not be used for punishment, retribution or revenge; punishment may be imposed only for past criminal activity on the basis of the standard criminal code and in accordance with all the procedures and safeguards of a criminal prosecution;

droits financiers qu'ils ont acquis antérieurement. Exceptionnellement, lorsque l'élite au pouvoir sous l'ancien régime s'était attribué des droits à pension bien supérieurs à ceux du commun de la population, le montant des pensions peut être ramené à un niveau normal.

15. L'Assemblée recommande aux autorités des pays concernés de vérifier si leurs lois, règlements et procédures sont conformes aux principes directeurs proposés et, le cas échéant, de les modifier. Cela permettrait d'éviter que les mécanismes de contrôle du Conseil de l'Europe ne soient saisis de plaintes concernant ces procédures dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme, de la procédure de contrôle du Comité des Ministres ou de la procédure de surveillance de l'Assemblée prévue par la Directive n° 508 (1995) relative au respect des obligations et des engagements contractés par les Etats membres.

16. Enfin, l'Assemblée invite toutes les démocraties consolidées à renforcer l'aide et l'assistance qu'elles apportent aux pays anciennement soumis à un régime totalitaire communiste et à intensifier leur coopération avec ces pays, notamment en vue de l'instauration d'une société civile.

**Principes directeurs  
à respecter pour que les lois de lustration  
et les mesures administratives analogues soient conformes  
aux exigences d'un Etat de droit**

Pour être compatibles avec un Etat de droit, les lois de lustration doivent remplir certaines conditions. Avant tout, la lustration doit être dirigée contre les dangers qui menacent les droits fondamentaux de l'homme et le processus de démocratisation; la vengeance ne doit en aucun cas être l'objectif de ces lois, et il faut empêcher toute utilisation abusive du processus de lustration à des fins politiques ou sociales. La lustration n'a pas pour but de sanctionner les présumés coupables — tâche qui incombe au ministère public et relève du droit pénal — mais de protéger la démocratie naissante.

a. La lustration doit être administrée par une commission indépendante créée spécialement à cet effet, composée de citoyens éminents désignés par le chef de l'Etat et agréés par le parlement;

b. La lustration ne peut être employée que pour éliminer ou réduire de manière significative la menace que le sujet de la lustration pourrait constituer pour l'instauration d'une démocratie libre et viable en utilisant une position particulière pour porter atteinte aux droits de l'homme ou bloquer le processus de démocratisation;

c. La lustration ne peut être employée à des fins de sanction, de châtiement ou de vengeance; une peine ne peut être infligée que pour des agissements criminels passés conformément au Code pénal en vigueur et dans le respect de toutes les procédures et garanties applicables lors de poursuites pénales;

*d.* Lustration should be limited to positions in which there is good reason to believe that the subject would pose a significant danger to human rights or democracy, that is appointed state offices involving significant responsibility for making or executing governmental policies and practices relating to internal security, or appointed state offices where human rights abuses may be ordered and/or perpetrated, such as law enforcement, security and intelligence services, the judiciary and the prosecutor's office;

*e.* Lustration shall not apply to elective offices, unless the candidate for election so requests — voters are entitled to elect whomever they wish (the right to vote may only be withdrawn from a sentenced criminal upon the decision of a court of law — this is not an administrative lustration, but a criminal law measure);

*f.* Lustration shall not apply to positions in private or semi-private organisations, since there are few, if any, positions in such organisations with the capacity to undermine or threaten fundamental human rights and the democratic process;

*g.* Disqualification from holding office as a result of lustration should not be longer than five years, since the capacity for positive change in an individual's attitude and habits should not be underestimated; lustration measures should preferably end no later than 31 December 1999, because the new democratic system should be consolidated by that time in all former, communist totalitarian countries;

*h.* Persons who ordered, perpetrated, or significantly aided in perpetrating serious human rights violations may be barred from office. In the case of an organisation which has perpetrated serious human rights violations, a member, employee or agent shall be considered to have taken part in these violations if he was a senior official, unless he can show that he did not participate in planning, directing or executing such policies, practices, or acts;

*i.* No person shall be subject to lustration solely because of association with, or activities for, any organisation that was legal at the time of such association or activities (except as set out above in sub-paragraph *h*), or for personal opinions or beliefs;

*j.* Lustration shall be imposed only with respect to acts, employment or membership occurring from 1 January 1980 until the fall of the communist dictatorship, because it is unlikely that anyone who

*d.* La lustration doit être limitée aux postes où il y a tout lieu de penser que le sujet constituerait un danger non négligeable pour les droits de l'homme ou la démocratie: postes de la fonction publique pourvus par nomination dont le titulaire a des responsabilités importantes en ce qui concerne l'élaboration et la mise en œuvre des politiques et des pratiques gouvernementales relatives à la sécurité intérieure, ou à la possibilité d'ordonner et/ou de commettre des violations des droits de l'homme, comme les postes des services de police, de sécurité et de renseignement et ceux de magistrats du siège et du parquet;

*e.* La lustration ne doit pas concerner les fonctions électives, sauf si le candidat le demande — les électeurs ont le droit de voter pour le candidat de leur choix (le droit de vote ne peut être retiré qu'à un criminel condamné sur décision d'un tribunal — il ne s'agit alors pas de lustration administrative, mais d'une mesure relevant du droit pénal);

*f.* La lustration ne doit pas s'appliquer aux organismes privés ou semi-privés, car le nombre de postes donnant la possibilité de porter atteinte aux droits fondamentaux de l'homme et au processus démocratique ou de les menacer y est très limité, sinon nul.

*g.* L'interdiction de fonctions dans le cadre de la lustration ne doit pas durer plus de cinq ans, car il ne faut pas sous-estimer la capacité d'un individu à modifier dans le bon sens son comportement et ses habitudes; il serait préférable que les mesures de lustration prennent fin au plus tard le 31 décembre 1999, car à cette date les nouveaux régimes démocratiques devraient être consolidés dans tous les pays anciennement soumis à un régime totalitaire communiste.

*h.* Les personnes qui ont ordonné ou commis des violations graves des droits de l'homme ou ont été complices à un degré non négligeable de telles violations peuvent être interdites de fonctions; lorsqu'une organisation a commis des violations graves des droits de l'homme, un membre, un employé ou un mandataire de cette organisation est considéré comme ayant participé à ces violations s'il en était un haut responsable, à moins qu'il soit en mesure de prouver qu'il n'a pas participé à la préparation, à la conduite ni à l'exécution de ces politiques, pratiques ou actes;

*i.* Nul ne peut faire l'objet d'une mesure de lustration uniquement en raison de son association avec une organisation, ou d'activités menées pour une organisation, qui était légale à l'époque de cette association ou de ces activités (sauf dans les cas prévus ci-dessus à l'alinéa *h*), ou de ses opinions ou convictions personnelles;

*j.* La lustration ne s'applique qu'aux actes, fonctions ou affiliations postérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 1980 et antérieurs à la chute du communisme totalitaire, car il est peu vraisemblable qu'une personne

has not committed a human rights violation in the last ten years will now do so (this time-limit does not, of course, apply to human rights violations prosecuted on the basis of criminal laws);

k. Lustration of "conscious collaborators" is permissible only with respect to individuals who actually participated with governmental offices (such as the intelligence services) in serious human rights violations that actually harmed others and who knew or should have known that their behaviour would cause harm;

l. Lustration shall not be imposed on a person who was under the age of 18 when engaged in the relevant acts, in good faith voluntarily repudiated and/or abandoned membership, employment or agency with the relevant organisation before the transition to a democratic regime, or who acted under compulsion;

m. No person shall undergo a lustration process without full due process protection, including, but not limited to, the right to counsel (assigned if the subject cannot afford to pay), to confront and challenge the evidence used against him, to have access to all available inculpatory and exculpatory evidence, to present his own evidence, to have an open hearing if requested, and the right to appeal to an independent judicial tribunal.

## II. Explanatory memorandum by Mr SEVERIN

### A. Introduction

1. The motion for a recommendation on measures to dismantle communism (Doc. 6615) of 7 May 1992 was referred to the Committee on Legal Affairs and Human Rights on 30 June 1992 (Reference No. 1787). The motion asks for the examination of laws and regulations adopted in a number of countries of central and eastern Europe under the general heading of measures to dismantle communism, and to determine whether some of them may be inconsistent with the provisions of the European Convention of Human Rights (ECHR).

2. Mr Espersen (Denmark, Socialist Group) drafted a report to the Assembly (Doc. 7209), which was referred back to committee without debate on 3 February 1995. My report takes into account the background of the previous report and comments received thereon, but I will base myself mainly on the discussion papers by Mr Sandor (Director of the Centre for Political Studies and Comparative Analysis in Bucharest) on the general issue, and by Mr Schuller (professor at the University of Konstanz) on dismantling the past in Germany, and by Dr Cepl (judge of the Constitutional Court of the

qui n'a pas porté atteinte aux droits de l'homme au cours des dix dernières années le fasse aujourd'hui (cette limitation dans le temps ne s'applique naturellement pas en cas de violations des droits de l'homme faisant l'objet de poursuites pénales);

k. La lustration des «collaborateurs conscients» est autorisée uniquement dans le cas de personnes qui ont effectivement participé, en association avec des services d'Etat (comme les services de renseignement), à des violations graves des droits de l'homme ayant réellement fait du tort à autrui, et qui savaient ou auraient dû savoir que leur comportement aurait des conséquences dommageables;

l. La lustration ne doit pas viser les personnes qui avaient moins de 18 ans au moment des faits pertinents, qui ont volontairement désavoué et/ou abandonné de bonne foi leur affiliation, leur fonction ou leur mandat auprès de l'organisation concernée avant le passage à un régime démocratique, ou qui ont agi sous la contrainte;

m. En aucun cas, une personne ne fera l'objet d'une lustration sans bénéficier de toutes les garanties de procédure régulière, y compris le droit à un avocat (commis d'office si elle n'a pas les moyens de le rémunérer), le droit de prendre connaissance des éléments utilisés contre elle et de les contester, d'accéder à toutes les pièces à charge et à décharge, de présenter ses propres preuves, d'être entendue publiquement si elle le demande, et de faire appel devant un tribunal indépendant.

## II. Exposé des motifs par M. SEVERIN

### A. Introduction

1. La proposition de recommandation relative aux mesures de décommunisation (Doc. 6615) du 7 mai 1992 a été portée devant la commission des questions juridiques et des droits de l'homme le 30 juin 1992 (Renvoi n° 1787). Il était demandé, dans cette proposition, que les mesures législatives ou réglementaires adoptées par certains pays d'Europe centrale et orientale sous le terme générique de décommunisation soient examinées afin que l'on détermine si certaines d'entre elles étaient incompatibles avec les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

2. M. Espersen (Danemark, Groupe socialiste) a établi un rapport à l'Assemblée (Doc. 7209) qui a été renvoyé sans débat devant la commission le 3 février 1995. Personnellement, je rédigerai mon rapport en m'inspirant du rapport précédent et des commentaires reçus à son propos. Toutefois, je me fonderai avant tout sur les documents de travail établis par M. Sandor (directeur du Centre d'études politiques et d'analyse comparée de Bucarest, Roumanie) sur l'ensemble de la question, par M. Schuller (professeur à l'université de Constance, Allemagne) sur le thème «Surmonter le passé en

Czech Republic) on the transformation of hearts and minds in eastern Europe.<sup>1</sup>

3. I will also take into account the committee hearing on measures to dismantle communist totalitarian systems held on 11 December 1995 in Zurich with the participation of these three experts. Of the literature made available to me I want to mention only the most outstanding, the three-volume book entitled *Transitional justice — how emerging democracies deal with former regimes*, edited by Neil J. Kritz.

4. The report will be based on a two-pronged approach. Firstly, I want to show why it is so important that the heritage of former communist totalitarian regimes be dismantled, and how it can be done. Secondly, I intend to raise the problem of how to achieve justice without violating human rights. I will also outline solutions to this problem, which I hope will be acceptable to a wide audience. It is not my aim to attack any particular ideology, be it communism or any other; what I am attacking is totalitarianism. The heritage of former totalitarian regimes of the fascist persuasion has been dismantled in this century in several countries, including Germany, Italy and Spain, but since the former totalitarian regimes of the communist persuasion fell only in 1989 or later, Europe is dealing with this particular problem for the first time. I hope that my report will be a contribution to central and eastern European countries currently in this unique transition process, and serve as a guideline for the western European countries and the Council of Europe on how to help these countries to successfully overcome their totalitarian heritage without violating human rights.

5. This process of overcoming the heritage of former communist totalitarian systems, also called decommunisation, can be defined as dismantling totalitarian legislation, institutions, ruling methods and policies, old mentalities and personal structures (the nomenclature). This is a very complex process which cannot be achieved in a day, but can take years, even decades to fully implement.

6. After five to seven years of decommunisation in the countries of central and eastern Europe, it has come to light that a liberal constitutional state under the rule of law is not always in the best position to punish the guilty. This can lead to profound disappointment, especially amongst the victims of the former regime. On the other hand, the fading

1. AS/Jur (1995) 49, AS/Jur (1995) 47 rev., AS/Jur (1995) 45.

Allemagne», et par M. Cepl (juge à la Cour constitutionnelle de la République tchèque) sur «La transformation des cœurs et des esprits en Europe de l'Est»<sup>1</sup>.

3. Je tiendrai compte également de l'audition de la commission sur les mesures de démantèlement des régimes totalitaires communistes, qui a eu lieu le 11 décembre 1995 à Zurich, et à laquelle ont participé ces trois experts. Parmi les documents mis à ma disposition, je me contenterai de mentionner le plus remarquable, qui est un ouvrage en trois volumes intitulé *Transitional Justice — How emerging democracies deal with former regimes* (La justice en période de transition, ou comment les démocraties naissantes traitent les anciens régimes), écrit sous la direction de Neil J. Kritz.

4. Le rapport suivra une double démarche. Dans un premier temps, je veux montrer pourquoi il est si important que l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes soit démantelé, et comment faire pour y parvenir. Dans un deuxième temps, j'entends poser le problème de la nécessité de rendre justice sans porter atteinte aux droits de l'homme. Je proposerai ensuite des solutions à ce problème, en espérant qu'elles pourront être acceptées par le plus grand nombre. Mon intention est de m'attaquer non pas au communisme ou à toute autre idéologie particulière, mais au totalitarisme. L'héritage des anciens régimes totalitaires d'idéologie fasciste a été démantelé au cours de ce siècle dans plusieurs pays, dont l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne, mais du fait que les régimes totalitaires d'idéologie communiste ne sont tombés qu'en 1989 ou ultérieurement, l'Europe se trouve confrontée pour la première fois à ce problème particulier. J'espère que mon rapport sera utile aux pays d'Europe centrale et orientale actuellement plongés dans ce processus de transition sans précédent, et qu'il fournira aux pays d'Europe occidentale et au Conseil de l'Europe des indications sur la façon d'aider ces pays à se débarrasser de leur héritage totalitaire sans porter atteinte aux droits de l'homme.

5. Le processus par lequel on s'efforce de venir à bout de l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes, encore appelé «décommunisation», consiste en un démantèlement des lois, des institutions, des méthodes de gouvernement, des politiques, des mentalités et des structures humaines (nomenklatura) totalitaires. Il s'agit d'un processus très complexe qui ne peut pas aboutir en un jour, mais dont la réalisation complète prendra des années, voire des décennies.

6. Après cinq à sept années de décommunisation des pays d'Europe centrale et orientale, on découvre qu'un Etat de droit constitutionnel et libéral n'est pas toujours dans une situation idéale pour punir des coupables. Cette constatation risque de causer de grandes déceptions, en particulier chez les victimes du régime précédent. Par ailleurs, le passé

1. AS/Jur (1995) 49, AS/Jur (1995) 47 rev., AS/Jur (1995) 45.



away with time of the negative images of the totalitarian past has led to the emergence of a certain nostalgic attitude in many of these countries. People wish for — and sometimes, elect back into office — such “values” as equality (unconditional equality instead of equality of chances), collectivism, paternalist protectionism, stability without progress (stagnation), a preordained, certain future and other trappings of conformism specific to the communist totalitarian model.

7. The reason for this nostalgia for the past, for this apparent failure of transition, can be found — amongst other reasons — in the inability of post-communist governments to manage people's expectations. These governments should have explained, for example, that democracy is not an easy process, that wealth will not be acquired automatically, and so forth. The peoples of central and eastern Europe would have suffered their current hardships better if they had expected them.

8. As a result, in some former communist totalitarian societies, the initial consensus for change is collapsing, and the old system is becoming an alternative again, against which the ideals of democracy must compete. This cannot be right; especially when one considers the crimes that were committed under the former regimes, some of them as horrific as those committed by the nazis during the second world war. It must be made clear that a communist totalitarian system cannot be an alternative. However, in the long run, democratisation can only be secured if, besides the change in regime, people's attitudes, behaviour and ways of thinking change as well. This is what we must work for.

9. Nevertheless, measures to dismantle communist totalitarian structures must be applied in such a way as to avoid a split in the society. Such a split could be brought about if the former political elite had grounds to fear revenge or rejection on the part of the new society. It could be dangerous to marginalise this elite, who might then challenge the democratic foundations of the new state. Those members of the former elite who are willing and able to integrate into and support the new democratic society should be given a fair chance to do so.

#### **B. The aim: building up a democratic society**

10. The communist parties in central and eastern Europe destroyed the previously existing states and societal structures and assumed their place, re-fashioning the most important institutions and staffing them with new or re-indoctrinated personnel. The legal system was also refashioned to accommodate the communist ideology and its consequences (for example in the prison, or rather the gulag system).

totalitaire, dont l'image négative s'estompe avec le temps, commence à inspirer une certaine nostalgie dans beaucoup de ces pays. Les gens aspirent — et parfois accordent de nouveau leurs suffrages — à des «valeurs» telles que l'égalité (égalité absolue, et non égalité des chances), le collectivisme, le protectionnisme paternaliste, la stabilité sans progrès (stagnation), la certitude d'un avenir fixé d'avance et d'autres attributs de ce conformisme propre au modèle totalitaire communiste.

7. Cette nostalgie, ainsi que l'échec apparent de la transition, peuvent notamment s'expliquer par l'incapacité des gouvernements postcommunistes à répondre aux attentes de la population. Ces gouvernements auraient dû expliquer, par exemple, que la démocratisation n'est pas un processus aisé, que la richesse ne tomberait pas du ciel, etc. Les peuples d'Europe centrale et orientale auraient mieux supporté leurs difficultés actuelles s'ils avaient pu les prévoir.

8. Aussi dans de nombreuses sociétés autrefois totalitaires et communistes, le consensus en faveur du changement est-il en train de disparaître, tandis que l'ancien régime se présente de nouveau comme une solution de rechange contre laquelle les idéaux démocratiques vont devoir lutter. Revenir en arrière ne peut être la bonne solution, surtout si l'on considère les crimes qui ont été commis sous les régimes précédents, et dont certains égalent en horreur ceux que les nazis ont perpétrés pendant la seconde guerre mondiale. Il faut que ce soit bien clair: un régime totalitaire communiste ne peut en aucune manière constituer une solution de rechange. Or, pour garantir la pérennité de la démocratie, il faut changer non seulement le régime, mais également les attitudes, les comportements et les modes de pensée des gens. C'est à cette tâche que nous devons nous atteler.

9. Néanmoins, il faut veiller à ce que les mesures de démantèlement des structures totalitaires communistes soient appliquées de manière à éviter une fracture sociale. Celle-ci pourrait se produire si l'élite politique d'hier avait de bonnes raisons de craindre une vengeance ou un rejet de la nouvelle société. Il pourrait être dangereux de la marginaliser, car elle pourrait alors s'attaquer aux fondements démocratiques du nouvel Etat. Il faut accorder aux membres de cette élite qui sont à la fois désireux et capables de s'intégrer dans la nouvelle société démocratique et de la soutenir une vraie chance d'y parvenir.

#### **B. Objectif: instaurer une société démocratique**

10. Les partis communistes d'Europe centrale et orientale ont détruit les anciennes structures étatiques et sociétales et les ont remplacées; ils ont réorganisé les principales institutions et ont changé ou endoctriné leur personnel. Le système juridique a également été refondu pour servir l'idéologie communiste et ses conséquences (par exemple le système pénitentiaire, ou plutôt les goulags).

11. The purpose in 1989 thus had to be — and still must be — to re-establish a civilised, liberal state under the rule of law. No vacuum must be left. The old structures should be dismantled, but new ones must be built up in their place, so as to allow no room for the phenomenon Mr Sandor has termed the “ghost of communism”. A possible repetition of the nightmare whole peoples lived through for decades must be avoided. The dangers that lurk if the heritage of former communist totalitarian systems is not overcome can be described as oligarchy instead of democracy, corruption instead of rule of law, and organised crime instead of human rights.

12. This can be achieved only if there is a mentality change. No residual structures of the old regime should be allowed to survive in political life, the economy, or in individual and collective behaviour. Totalitarian entities such as communist political organisations or parties, or the secret services, must not be allowed to reintegrate into the new pluralist societies, as long as they use democracy only as a vehicle for their return to power and make no contribution to the progress of democracy. Otherwise a “velvet restoration” as a historical trap becomes more than just a possibility.

13. The aim must thus be to create and/or foster institutions of parliamentary democracy on local and on national level. Universal, free, fair and secret elections to these institutions should be held. In fact, all levels of government and society should be democratised. In this framework, the traditional separation of powers between the legislative, the executive, and the judiciary is important. The role of parliament, which is legitimatised by a popular vote, is pivotal: it must control the executive. The principles of accountability and transparency must be introduced into the administration. But it is also important that the people — the electorate — are given ample opportunity to participate actively in politics and the building-up of the new democratic society.

14. It is also very important that the pre-eminence of the state over the citizen, one of the primary features of communist totalitarian systems, is abolished. It is necessary to establish institutions which will be able to defend the individual against the state, for example administrative courts in which decisions of the executive can be challenged, human rights ombudsmen, and other such institutions.

15. In the same vein, a demilitarisation of the state and its institutions is necessary. In particular, the troops of the Ministry of the Interior, specific to communist totalitarian systems, should be abolished, and the police, the judiciary and the prison administration should be demilitarised. In most countries, dismantling communist totalitarian bureaucracies will also be vital. This can be achieved

11. L’objectif en 1989 était donc — et demeure aujourd’hui — de réinstaurer un Etat de droit civilisé et libéral. Il ne faut laisser aucun vide: non seulement les anciennes structures doivent être démantelées, mais de nouvelles doivent prendre leur place, afin de ne laisser aucune chance à ce que M. Sandor a appelé le «fantôme du communisme». Il faut éviter que ne se répète le cauchemar que des peuples entiers ont connu pendant des décennies. Si l’on ne parvient pas à venir à bout de l’héritage des anciens régimes totalitaires communistes, on risque de voir s’installer l’oligarchie au lieu de la démocratie, la corruption au lieu de l’Etat de droit et la criminalité organisée au lieu des droits de l’homme.

12. Cet objectif né pourra être atteint qu’au prix d’un changement des mentalités. Il ne faut laisser subsister aucune structure résiduelle de l’ancien régime dans la vie politique, dans l’économie ou dans les comportements individuels et collectifs. Les entités totalitaires telles que les organisations ou les partis politiques communistes, ou encore les services secrets, ne doivent pas être autorisées à se réintégrer dans les nouvelles sociétés pluralistes, dès lors qu’elles ne jouent le jeu de la démocratie que pour reprendre le pouvoir et ne font aucun effort pour la faire progresser. A défaut, le piège historique d’une «restauration de velours» pourrait devenir bien plus qu’une simple éventualité.

13. Il faut donc s’attacher à créer ou à soutenir les institutions des démocraties parlementaires aux niveaux local et national. Il faut aussi organiser des élections universelles, libres, régulières et à bulletin secret afin de pourvoir ces institutions. En fait, il faut démocratiser le gouvernement et la société à tous les niveaux. La séparation traditionnelle des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est primordiale à cet égard. Le parlement, dont la légitimité repose sur le vote populaire, joue un rôle fondamental: il doit contrôler l’exécutif. Il faut aussi introduire les principes de responsabilité et de transparence dans l’administration. Mais il est aussi important de faciliter une participation active du peuple — c’est-à-dire de l’électorat — à la vie politique et à la mise en place de la nouvelle société démocratique.

14. Il est également très important d’abolir le principe de prééminence de l’Etat sur le citoyen, qui est l’une des caractéristiques premières des régimes totalitaires communistes. Il faut créer des institutions qui soient en mesure de défendre l’individu contre l’Etat: il peut s’agir par exemple de tribunaux administratifs (qui permettent d’introduire des recours contre les décisions de l’exécutif), de médiateurs aux droits de l’homme, etc.

15. Dans la même perspective, il est aussi nécessaire de démilitariser l’Etat et les institutions. Il faut en particulier dissoudre les troupes du ministère de l’Intérieur — typiques des régimes communistes — et démilitariser la police, l’appareil judiciaire et l’administration pénitentiaire. Dans la plupart des pays, il sera également essentiel de démanteler les bureaucraties totalitaires communistes. Ces réformes peuvent

by deregulation, and by decentralising the administration.

16. The electorate must have access to unbiased and factual information to be able to make informed decisions. Independent institutions of a democratic society, such as a free press and autonomous research centres and universities, play a vital role in this respect. An independent media can even be seen as the fourth power in the balance-of-power make-up of a state based on the rule of law.

17. The development of a democratic legal and judicial system cannot be underestimated in its significance. Respect for and the safeguarding of human rights are essential: in this context, accession to international legal instruments and integration into multilateral organisations can help to secure the democratisation process. The rule of law must be established internally. Here, a start can be made with the adoption of new democratic constitutions. In most cases, the whole — formerly communist — legal and judicial system needs to be reformed; new laws, especially, for example in criminal and administrative law, need to be passed and implemented. The independence of the judiciary must be guaranteed.

18. Building-up a democratic society should go hand-in-hand with the construction of some kind of a market economy. Old command-economy structures must be dismantled, allowing for free competition. Privatisation and land reform, often on the basis of restitution, have proved fairly successful in the last few years, also as a method of jump-starting the economy. Legally speaking, foundations for these measures must be laid through the recognition and protection of property, the guarantee of freedom of economic activity, of association, and of contract.

19. As far as the economy is concerned, demopolisation is of paramount importance. If these monopolies are not dismantled, or are allowed to recreate themselves, the establishment of an economic and financial oligarchy becomes likely — an oligarchy which might be based on, or be the source of corruption.

20. On a more psychological, but no less important level, dealing with the communist totalitarian past implies changing value systems: tolerance must be fostered and the individual must be given and taught to use increased autonomy. People have to learn to accept responsibility for their own actions and end their blind obedience to higher bodies. Above all, they must become more active in all realms of life. This is one of the main aims in overcoming communist totalitarian systems and making sure they never return.

être effectuées dans le cadre d'une déréglementation et par une décentralisation de l'administration.

16. Pour qu'il puisse prendre ses décisions en connaissance de cause, l'électorat doit avoir accès à des informations objectives et factuelles. Les institutions indépendantes d'une société démocratique, comme une presse libre ou des centres de recherche et des universités autonomes, ont un rôle vital à jouer à cet égard. On peut d'ailleurs considérer que des médias indépendants sont le quatrième pouvoir assurant l'équilibre des forces dans un Etat de droit.

17. Par ailleurs, il ne faut pas sous-estimer l'importance du développement d'un ordre juridique et judiciaire démocratique. Le respect et la sauvegarde des droits de l'homme sont aussi des éléments essentiels: à cet égard, l'adhésion à des instruments juridiques internationaux et l'intégration dans des organisations multilatérales peuvent contribuer à asseoir le processus de démocratisation. La prééminence du droit doit être établie au sein de chaque pays. Le point de départ, dans ce domaine, peut être l'adoption d'une nouvelle Constitution démocratique. Dans la plupart des cas, il est nécessaire de réformer l'ensemble de l'ordre juridique et judiciaire hérité de la période communiste. Il faut adopter et mettre en œuvre de nouvelles lois, notamment dans les domaines du droit pénal et du droit administratif. L'indépendance du pouvoir judiciaire doit être garantie.

18. L'instauration d'une société démocratique devrait aller de pair avec la création d'une forme quelconque d'économie de marché. Il faut démanteler les anciennes structures de l'économie dirigée et permettre le jeu de la concurrence. La privatisation et la réforme agraire, souvent fondées sur le principe de la restitution, ont connu un certain succès au cours de ces dernières années, et ont également joué le rôle de catalyseur de la reprise économique. Sur le plan juridique, ces mesures doivent reposer sur la reconnaissance et la protection de la propriété, ainsi que sur la garantie de la liberté d'exercer une activité économique, de s'associer et de conclure des contrats.

19. Dans le domaine économique, la démonopolisation est absolument prioritaire. Si les monopoles ne sont pas démantelés, ou si on les laisse se recréer d'eux-mêmes, l'oligarchie économique et financière qui verra le jour risque d'être fondée sur la corruption ou d'être source de corruption.

20. A un niveau plus psychologique, mais qui n'en est pas moins important, il faut, après un régime totalitaire communiste, bouleverser le système des valeurs en prônant la tolérance et en accordant davantage d'autonomie à l'individu (tout en lui apprenant à s'en servir). Les gens doivent apprendre à assumer la responsabilité de leurs propres actes et à ne plus obéir aveuglément à des instances supérieures. Ils doivent surtout devenir plus actifs dans tous les domaines de leur existence. C'est là l'un des principaux objectifs à atteindre si l'on veut se débarrasser de ces régimes et s'assurer qu'ils ne réapparaîtront jamais.

**C. The method:  
dismantling communist totalitarian systems**

1. *Principles*

21. A democratic state based on the rule of law must, in dismantling the heritage of former communist totalitarian systems, apply the procedural means of such a state. It cannot apply any other means, since it would then be no better than the previous totalitarian regime which is to be dismantled. As I have already mentioned in the introduction, many people feel that a democratic *Rechtsstaat* (a state based on the rule of law) does not have sufficient means at its disposal to ensure that the cause of justice is served and the guilty are punished. However, understandable as it is, this attitude may often stem more from a desire for revenge than for justice. A true *Rechtsstaat* must respect human rights and fundamental freedoms, such as the right to due process and the right to be heard, and it must apply these values even to those people who, when they were in power, did not apply them themselves.

22. I think it is important to underline in this context that a democratic state based on the rule of law can defend itself against a resurgence of the communist totalitarian threat. The old totalitarian structures are not stronger than fledgling democracies, as long as these democracies are mobilised. A democratic state based on the rule of law has ample means at its disposal which do not conflict with human rights and the rule of law, and which are based upon both criminal justice and administrative measures. In the following I will give an overview of the possible measures to be applied.

2. *Criminal justice*

23. Criminal acts committed by individuals during the communist totalitarian regime should be prosecuted and punished under the regular criminal code. Some people advocate "wiping the slate clean", by issuing a general pardon for all the crimes committed under the former regime. I do not agree with this approach: it seems to me to be very unfair to the victims of those crimes. A general pardon could even destabilise the new society if victims or their families should decide to take justice into their own hands. Thus it seems clear that crimes should be prosecuted and punished. If, for example, a former judge allowed judicial murders, or a prison guard tortured a prisoner, he should be brought to trial and sentenced, provided he is found guilty.

24. As I have pointed out, it is important that the normal criminal code be applied. This is necessary, since, in a state based on the rule of law, passing and applying retroactive criminal laws is not permitted. This principle is even included in the European Convention on Human Rights, in Article 7,

**C. Méthode:  
démanteler les régimes totalitaires communistes**

1. *Principes*

21. Pour démanteler l'héritage d'un ancien régime totalitaire communiste, un Etat de droit démocratique se doit d'employer les moyens prévus par la loi, et uniquement ces moyens-là, faute de quoi il ne vaudrait guère mieux que le régime totalitaire qu'il entend démanteler. Comme je l'ai déjà indiqué en introduction, beaucoup de gens estiment qu'un *Rechtsstaat* (Etat de droit) démocratique ne dispose pas de moyens suffisants pour faire en sorte que la justice soit respectée et que les coupables soient punis. Or, pour compréhensible qu'elle soit, cette attitude procède souvent d'un désir de vengeance, et non de justice. Un véritable *Rechtsstaat* doit respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales, tels que le droit à un procès en bonne et due forme et le droit d'être entendu; il doit appliquer ces principes à tous, même à ceux qui les ont bafoués lorsqu'ils étaient au pouvoir.

22. Il me semble important de souligner dans ce contexte qu'un Etat de droit démocratique est en mesure de se défendre contre une résurgence de la menace totalitaire communiste. Les anciennes structures totalitaires ne sont pas plus fortes que les jeunes démocraties, à condition que celles-ci se mobilisent. Un Etat de droit démocratique dispose d'amples moyens, qui ne portent pas atteinte aux droits de l'homme et à la prééminence du droit et relèvent du droit pénal ou de mesures administratives. On trouvera ci-après un aperçu des diverses mesures qu'il est possible d'appliquer à cet égard.

2. *Justice pénale*

23. Les personnes ayant commis des actes criminels sous le régime totalitaire communiste doivent être jugées et punies conformément au Code pénal en vigueur. Certains estiment qu'il est préférable de «passer l'éponge» et de déclarer une amnistie générale pour toutes les personnes ayant commis des crimes pendant cette période. Je ne puis me rallier à cette position: elle me paraît très injuste pour les victimes de ces actes criminels. En outre, une amnistie générale pourrait même déstabiliser la nouvelle société, car les victimes ou leur famille pourraient décider de se faire justice elles-mêmes. Il me semble donc évident que les criminels doivent être poursuivis et condamnés. Si par exemple un juge de l'ancien régime a autorisé des meurtres judiciaires, ou si un gardien de prison a torturé un détenu, il doit être traduit en justice, et condamné s'il est reconnu coupable.

24. Comme je l'ai indiqué, il est important que le Code pénal en vigueur soit appliqué. C'est une nécessité, car dans un Etat de droit il est interdit d'adopter et d'appliquer des lois rétroactives dans le domaine pénal. Au demeurant, ce principe est affirmé à l'article 7, paragraphe premier, de la

paragraph 1. There are two common questions that crop up in connection with this rule: first, is it allowed to extend the statute of limitations, and second, does this rule even hold when the crime committed is obviously a crime in terms of recognised human rights, even though it was not formally on the statute books?

25. Concerning the first question, the German Constitutional Court has ruled that an extension of the statute of limitations is only a procedural and not a substantive matter, and thus possible in a state based on the rule of law. I agree with this interpretation. Concerning the second question, even the European Convention on Human Rights allows the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, did not constitute a criminal offence according to national law, as long as it was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations (Article 7, paragraph 2). Behaviour which was obviously in violation of human rights is thus punishable, regardless of contrary regulations (which existed, for example, in the GDR).

26. However, it still remains difficult sometimes for a state under the rule of law to treat brutal mass executions and other crimes against humanity which were committed in the framework and under the conditions of a totalitarian apparatus like ordinary crimes. In particular, the problem of acting under orders is often raised. The solution is that in cases where the person clearly acted in violation of human rights, even the claim of having acted under orders excludes neither illegality nor individual guilt. This solution has been applied, for example, in Germany, to the guards who killed refugees on the GDR border.

27. The prosecution of individual crimes has to go hand-in-hand with the rehabilitation of people who were convicted of "crimes" which in a civilised society do not constitute criminal acts, and for those people who were unjustly sentenced. It is questionable whether each person unjustly sentenced should have to apply to have his judgment individually overturned in a special proceeding, or whether specific types of politico-judicial ruling should be generally overturned. I would opt for the latter option, but this is open to debate. Material compensation should also be extended to these victims of totalitarian justice, and it should not be much lower than the compensation accorded to those unjustly sentenced for ordinary crimes today.

### 3. Administrative measures

28. The main debate on measures to dismantle communist totalitarian systems is being waged on

Convention européenne des Droits de l'Homme. Deux questions connexes se posent d'ailleurs à son propos: peut-on prolonger les délais de prescription, et deuxièmement, ce principe vaut-il aussi lorsque le crime commis est manifestement un crime réel, bien qu'il ne soit pas formellement prévu dans les textes?

25. S'agissant de la première question, la Cour constitutionnelle allemande a décidé que la prolongation de la prescription n'est qu'une question de procédure et non de fond, et qu'elle est donc possible dans un Etat de droit. Je suis personnellement d'accord avec cette interprétation. S'agissant de la seconde question, la Convention européenne des Droits de l'Homme autorise elle-même le jugement et la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national, dès lors qu'elle était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées (article 7, paragraphe 2). Les comportements qui contrevenaient manifestement aux droits de l'homme sont donc punissables, en dépit de toute législation contraire (qui existait par exemple en RDA).

26. Toutefois, il demeure parfois difficile pour un Etat de droit de traiter comme des crimes de droit commun des exécutions massives et brutales, ou d'autres crimes contre l'humanité commis dans le cadre et les conditions d'un régime totalitaire. On pose fréquemment, en particulier, le problème des actes commis sur ordre. La solution est la suivante: dans le cas où la personne a commis un acte contrevenant manifestement aux droits de l'homme, l'argument d'avoir agi sur ordre n'exclut ni l'illégalité ni la culpabilité individuelle. Cette solution a notamment été retenue en Allemagne pour les gardes qui abattaient les réfugiés à la frontière de la RDA.

27. Le jugement des auteurs de crimes doit aller de pair avec la réhabilitation des personnes qui ont été déclarées coupables de «crimes» ne constituant pas des actes criminels dans une société civilisée, ainsi que des personnes qui ont été injustement condamnées. On peut se demander si chaque personne injustement condamnée doit engager une procédure spéciale pour obtenir l'annulation de son jugement à titre individuel, ou s'il faut décider l'annulation générale de toutes les décisions politico-judiciaires d'une catégorie déterminée. Je penche personnellement pour la seconde solution, mais le débat reste ouvert. Des réparations matérielles devraient également être accordées aux victimes de la justice totalitaire, réparations qui ne devraient pas être (très) inférieures à celles accordées aux personnes injustement condamnées aujourd'hui pour des crimes de droit commun.

### 3. Mesures administratives

28. En ce qui concerne les moyens de démantèlement des régimes totalitaires communistes, le dé-

the admissibility of administrative measures. For example, in the American zone after the second world war, former nazis were habitually excluded from their professions, or their right to vote was withheld. Many central and eastern European countries have been tempted to apply similar administrative measures. However, most countries have found that it would be contrary to the spirit of a constitutional state based on the rule of law to deny former Communist Party members the right to vote or to stand for election, or hold elective office.

29. Instead, most countries have opted for some kind of lustration. The aim of lustration is to exclude persons from exercising governmental power if they cannot be trusted to exercise it in compliance with democratic principles, as they had shown no commitment to or belief in them in the past and have no interest or motivation to make the transition to them now. Thus lustration is meant to create a breathing space for democracy, where it can lay down roots without the danger that people in high positions of power will try to undermine it. However, lustration is not designed for dealing with criminals (people who manifestly violated human rights under the former regime), these should be dealt with according to criminal laws and procedures. It is not designed for inactive bystanders either, who should be presumed innocent until proven guilty and who should have a fair chance of participating in the new democratic regime.

30. Lustration still raises a lot of sensitive problems, which will be discussed in the following section. In general, it can be said that lustration is only compatible with a democratic state under the rule of law if several criteria are met: first, guilt, being individual and not collective, must be individually proven — this highlights the need for the individual, and not collective, application of lustration laws. Second, the right of defence, the presumption of innocence until proven guilty, and the possibility of a proper judicial review of the decision taken must be guaranteed (more exact guidelines are drawn up in paragraph 46).

31. In this framework, it should be added that, while it is not possible to pass and apply retroactive criminal laws, there is a possibility of passing and applying retroactive regulations added to administrative measures, provided they do not impose a disproportionate disadvantage. It is generally accepted, for example, that people who held important posts in the ruling party and its repressive apparatus, or whose participation in repressive acts has been proven, be subsequently banned from public service (although their receiving a pension should not automatically be precluded).

32. Another possibility for parliaments or governments to become active in this field lies in the

bat porte principalement sur la légalité de mesures administratives. Après la seconde guerre mondiale, par exemple, les anciens nazis qui se trouvaient dans la zone américaine ont en général été exclus de leur profession ou ont été déchus de leur droit de vote. Beaucoup de pays d'Europe centrale et orientale ont été tentés d'appliquer des mesures administratives analogues. Toutefois, la majeure partie d'entre eux ont estimé qu'il serait contraire à l'esprit d'un Etat de droit constitutionnel de retirer aux ex-membres du parti communiste le droit de voter, de se présenter à des élections ou de détenir un mandat électoral.

29. La plupart de ces pays ont opté en revanche pour une forme de «lustration». Celle-ci consiste à écarter du pouvoir les personnes dont on ne peut être certain qu'elles exerceront leurs fonctions conformément aux principes démocratiques, car elles n'ont montré aucun engagement ou attachement envers ces principes par le passé et n'ont aucun intérêt ou aucune raison de se rallier maintenant à ces principes. La lustration vise donc à créer un espace de sécurité dans lequel la démocratie peut se développer sans que des personnes haut placées ne tentent d'en saper les fondements. Néanmoins, la lustration ne doit pas être appliquée aux criminels (personnes ayant commis des violations manifestes des droits de l'homme sous l'ancien régime) — ceux-ci relèvent des lois et procédures pénales — ni aux observateurs passifs — qui doivent être présumés innocents jusqu'à preuve de la culpabilité et à qui il faut donner une vraie chance de participer au nouveau régime démocratique.

30. La lustration pose encore un grand nombre de problèmes délicats qui seront examinés dans le chapitre suivant. On peut dire que, dans l'ensemble, elle n'est compatible avec un Etat de droit démocratique que si plusieurs critères sont respectés: premièrement, la culpabilité — qui est individuelle et non collective — doit être prouvée pour chaque personne, ce qui montre bien la nécessité d'une application individuelle, et non collective, des lois de lustration. Deuxièmement, il faut garantir le droit de défense, la présomption d'innocence jusqu'à preuve de la culpabilité et la possibilité d'un recours judiciaire régulier contre toute décision (des principes directeurs plus détaillés sont énoncés au paragraphe 46).

31. Il faut ajouter à cet égard que s'il est impossible d'adopter et d'appliquer une législation pénale rétroactive, il est possible en revanche d'adopter et d'appliquer des réglementations rétroactives associées à des mesures administratives, dès lors que ces réglementations ne causent pas de préjudice excessif. Il est en général admis, par exemple, que les personnes ayant occupé un poste important au sein du parti au pouvoir ou de ses organes répressifs, ou dont la participation à des actes répressifs est prouvée, se voient interdire d'exercer une fonction publique (bien que le bénéfice d'une pension ne soit pas automatiquement exclu).

32. Les parlements ou les gouvernements qui souhaitent prendre des dispositions dans ce domaine

adoption of a declaration condemning the former regime's crimes. This might check some of the nostalgia for the communist past, which is creeping into some countries, by exposing clearly communists' crimes to everyone. The establishment of an investigative committee on the history of communist dictatorship (as in the German Parliament) could also be beneficial.

#### 4. Institution-building

33. Perhaps the parliament is the most important institution in a post-communist society. Based on popular vote, the parliament represents the people, and has the important role of controlling the executive. The parliament's main "weapon" in this field is the budget. For this reason it is very important that budgetary procedures be as transparent as possible.

34. On the level of institution-building, decentralisation is a key word. Communist totalitarian systems were necessarily highly centralised. This is not to say that centralised states have to be totalitarian or communist (France is a very good counter-example), but in general it can be said that a more decentralised structure devolves more power to the people and can provide a bulwark against the return of totalitarian communists to power.

35. In this context, support for grass roots civic initiatives and non-governmental organisations can help with the decentralising of "hearts and minds" in central and eastern Europe, to use the metaphor of Dr Cepl. The independent expression of cultural and ethnic identity can also further the transition from the figurehead protection specific to the communist system (with its characteristics of the maintenance of dependency and subordination to the leading political force) to stimulating social protection that supports active adaptation to the transition and development of autonomy in individuals and communities.

36. A reform of the educational system should also be attempted in the long run. Communist educational systems were based on children learning facts by heart; facts which were often manipulated to fit the reigning ideology. A reform of the educational system should thus encourage children to think more for themselves, and to develop the ability to critically evaluate so-called facts.

37. The repressive apparatus was central to the survival of the communist totalitarian regimes. Thus the restructuring of the secret services must be considered top priority. The secret services should be integrated into the structures of the state as a democratic institution, responsible for maintaining national security and not for spying on the population and its beliefs and behaviour. This institution

peuvent aussi adopter une déclaration condamnant les actes criminels du régime précédent. Exposer ceux-ci au grand jour peut leur permettre, dans une certaine mesure, de faire échec à la nostalgie du passé communiste qui se répand dans certains pays. Il peut également s'avérer utile d'établir une commission d'enquête sur l'histoire de la dictature communiste (comme l'a fait le Parlement allemand).

#### 4. Création d'institutions

33. Le parlement est probablement l'institution la plus importante dans la société postcommuniste. Fondé sur le vote populaire, il représente donc le peuple et joue un rôle vital, qui consiste à contrôler l'exécutif. Son «arme» principale à cet égard est le budget. Il est donc primordial que les procédures budgétaires soient aussi transparentes que possible.

34. En matière de création d'institutions, la décentralisation est un principe fondamental. Les régimes totalitaires communistes étaient inévitablement centralisés à l'extrême. Cela ne revient pas à dire que tous les Etats centralisés sont forcément totalitaires ou communistes (la France en est un excellent contre-exemple), mais on estime en général qu'une structure plus décentralisée accorde davantage de pouvoir au peuple et peut constituer un rempart contre un éventuel retour au communisme.

35. A cet égard, l'appui à des initiatives civiques venant de la base et à des organisations non gouvernementales peut contribuer à faire entrer la décentralisation «dans les cœurs et dans les esprits» en Europe centrale et orientale, pour reprendre la métaphore de M. Cepl. L'expression indépendante de l'identité culturelle ou ethnique peut également favoriser la transition entre le système de protection de façade qui était typique du régime communiste (et se caractérisait par le maintien de la population dans un état de dépendance et de subordination vis-à-vis de la force politique dominante) et une protection sociale stimulante axée sur une adaptation active au changement ainsi que sur le développement de l'autonomie des individus et des communautés.

36. Il faut également essayer, à long terme, de réformer le système éducatif. Celui du communisme reposait sur l'apprentissage par cœur de faits, souvent manipulés pour servir l'idéologie au pouvoir. En réformant ce système, on devrait donc encourager les enfants à réfléchir davantage par eux-mêmes et à apprendre à faire l'analyse critique de ces prétendus faits.

37. L'appareil répressif jouait un rôle primordial dans le maintien au pouvoir des régimes totalitaires communistes. La restructuration des services secrets doit donc être absolument prioritaire. Ces services devraient être intégrés dans les structures de l'Etat en tant qu'institution démocratique chargée de préserver la sécurité nationale, et non d'espionner la population pour en connaître les idées et le compor-

should be fully, and regularly, controlled, preferably by parliament. This control should, in any case, extend to the budget of the secret services.

38. Some countries have opened their secret service files for public examination. The best example is perhaps Germany, where an office has been created for this purpose. Persons concerned can examine the files kept on them there, upon their request. This has made it difficult to use rumours of alleged collaboration with the secret services against political opponents in election campaigns, for example, which contributes to the stability of the newly emerged democratic society.

### 5. Society

39. On the level of the society as a whole, the consolidation of the social protection system can be a strategic guarantee of ensuring civic support for the democratisation process. The rebirth of the middle class, of private initiative and entrepreneurship should be supported, so that the virtues and talents that were characteristic of the communist totalitarian era, such as discipline, submissiveness and obedience (which are neither conducive to change nor adapted to a democratic free market system) are slowly replaced.

40. It is also important that a value system is fostered which focuses on democratic values such as tolerance, human rights and the rule of law. This is perhaps the biggest challenge, since one cannot — and should not — brainwash whole generations who lived under the totalitarian communist ideology and value system. But once people learn to think for themselves, they might slowly throw off the shackles of the communist ideology on their own.

41. In this respect it is vital that people develop a respect of diversity. Thus no majority can rule unchecked: its policies have to be based also on the protection of various minorities (national, linguistic, sexual and social).

#### **D. The problem: achieving justice without violating human rights**

##### 1. Guidelines

42. This section will deal with what I will call decommunisation, or lustration laws. These laws aim at dismantling the communist totalitarian system by keeping their former proponents from influential positions, using administrative measures. (I want to emphasise here that I will not be dealing with criminal law measures in this context — as

tement. Cette institution doit être totalement et régulièrement contrôlée, de préférence par le parlement, et le contrôle doit, en tout état de cause, s'étendre au budget des services secrets.

38. Certains pays ont ouvert au public les archives de leurs services secrets. Le meilleur exemple est sans doute celui de l'Allemagne, qui a créé un organisme à cette fin. Les personnes concernées peuvent, si elles le souhaitent, examiner les dossiers qui avaient été constitués à leur sujet. Il devient ainsi difficile d'utiliser des rumeurs d'une prétendue collaboration avec les services secrets contre un adversaire politique lors d'une campagne électorale, par exemple, ce qui contribue à la stabilité de la nouvelle société démocratique.

### 5. Société

39. Au niveau de l'ensemble de la société, la consolidation du système de protection sociale peut constituer une garantie stratégique, car elle assure un soutien civique au processus de démocratisation. Il faut favoriser la renaissance de la classe moyenne, de l'initiative privée et de l'esprit d'entreprise, afin que les vertus et les qualités propres à l'ère communiste totalitaire, notamment la discipline, la soumission et l'obéissance (qui ne sont ni favorables à l'évolution ni adaptées à un régime démocratique de libre concurrence), soient progressivement remplacées.

40. Il importe également de promouvoir un système de valeurs axé sur des principes démocratiques comme la tolérance, les droits de l'homme et la prééminence du droit. C'est peut-être là l'enjeu le plus crucial, car on ne peut pas — et il ne faut pas — endoctriner à nouveau des générations entières qui ont connu l'idéologie et le système de valeurs communistes. Néanmoins, une fois que les gens auront appris à réfléchir par eux-mêmes, ils commenceront sans doute à rejeter spontanément les chaînes de l'idéologie communiste.

41. A ce propos, les gens doivent absolument commencer à respecter la diversité. La majorité ne doit donc pas régner en toute liberté: ses politiques doivent aussi reposer sur la protection des diverses minorités (nationales, linguistiques, sexuelles et sociales).

#### **D. Problème: rendre justice sans porter atteinte aux droits de l'homme**

##### 1. Principes directeurs

42. Ce chapitre traitera de ce que j'appelle les lois de «décommunisation», ou lois de «lustration». Celles-ci doivent permettre, par le biais de mesures administratives, de démanteler le régime totalitaire communiste en interdisant aux anciens partisans de ce régime d'exercer d'une manière ou d'une autre des fonctions dominantes. (J'insiste ici sur le fait



pointed out in section C.2, I am all in favour of taking a firm attitude towards criminals and violators of human rights, who should be prosecuted under the normal criminal code). Many human rights organisations have voiced their concerns on lustration laws, based on their often collective nature, their contrariness to the presumption of innocence and their retroactive effect. Varying degrees of guilt, such as mitigating circumstances, are also often not foreseen in the laws, so that former secret service agents will be treated no more severely than people who were coerced into collaborating with or informing for the secret police.

43. Most people would agree that people who committed crimes or human rights abuses under totalitarian regimes should not be left in positions of power where they can undermine the difficult and delicate transition to democracy. However, criminal offenders are not the only people implicated: many people simply went along with the regime, because they did not have the courage to defy the regime and thus lose all hope of a successful career and a normal life. And who can cast the first stone upon them? As Václav Havel said in his New Year's address on 1 January 1990: "All of us are responsible, each to a different degree, for keeping the totalitarian machine running. None of us was merely a victim of it, because all of us helped to create it together."

44. But what degree of complicity in the former regime should be used as a norm for debaring people from taking responsible positions in the new democratic society? If membership alone in a party or organisation, or in the administrative apparatus of the old regime, is enough to disqualify a person, is this not a form of collective punishment and guilt by association which is incompatible with *Rechtsstaat* principles and human rights? Lustration laws, especially, are in danger of being misused to win political battles or settle old scores, producing witch-hunts against left-leaning or other political opponents of the current government. Since it is not possible or practical to act against more than relatively few people, some people may also be penalised while others who are no less guilty are left alone. The reliability of secret service files, on the basis of whom many such laws are based, has also been called into question.<sup>1</sup>

1. The experience of the Czech Republic shows, for example, that intelligence officers sometimes earned bonuses by entering false names in the file, by attributing information from one person to three or four, or by continuing to register persons as "candidates for collaboration" even after they had refused to work with the secret service.

que, comme je l'indiquais à la section C.2, je ne traiterai pas dans ce contexte des mesures de droit pénal. Je suis tout à fait favorable à une attitude ferme à l'égard des criminels et des responsables d'atteintes aux droits de l'homme, qui doivent être poursuivis conformément au Code pénal en vigueur.) De nombreuses organisations se consacrant aux droits de l'homme se sont inquiétées de ces lois, critiquant leur nature souvent collective, le non-respect de la présomption d'innocence et leur effet rétroactif. Il n'est pas rare que ces lois ne prévoient pas de degrés de culpabilité, liés par exemple à l'existence de circonstances atténuantes, de sorte que les agents des anciens services secrets ne sont pas traités plus sévèrement que les personnes forcées de collaborer avec la police secrète ou de lui fournir des informations.

43. La plupart des gens seront d'accord pour que ceux qui ont commis des crimes ou des violations des droits de l'homme sous un régime totalitaire ne soient pas laissés à des postes où leurs pouvoirs leur permettraient de compromettre la difficile et délicate transition vers la démocratie. Toutefois, il n'y a pas que des criminels qui soient impliqués: beaucoup de gens se sont simplement pliés au régime parce qu'ils n'avaient pas le courage de le défier et de perdre de ce fait tout espoir de carrière et de vie normale. Et qui leur jettera la première pierre? Comme le disait Václav Havel dans son discours du nouvel an, le 1<sup>er</sup> janvier 1990, «nous sommes tous responsables, à des degrés divers, du fonctionnement de la machine totalitaire. Aucun d'entre nous n'en a été purement victime, car nous avons tous participé à sa création».

44. Mais à partir de quel degré de complicité avec l'ancien régime doit-on interdire à quelqu'un d'assumer un poste de responsabilité dans la nouvelle société démocratique? Si l'appartenance à un parti ou à une organisation, ou à l'appareil administratif de l'ancien régime, est un motif suffisant de disqualification, ne s'agit-il pas là d'une forme de sanction collective et d'amalgame incompatible avec les principes du *Rechtsstaat* et les droits de l'homme? Les lois de lustration, en particulier, risquent d'être employées abusivement pour gagner des batailles politiques ou régler des comptes, provoquant des chasses aux sorcières contre des opposants de gauche ou d'autres tendances politiques au gouvernement en place. Par ailleurs, comme il n'est possible d'agir, dans la pratique, que contre un nombre relativement faible d'individus, certaines personnes peuvent être sanctionnées alors que d'autres, qui ne sont pas moins coupables, ne sont pas inquiétées. Enfin, la fiabilité des fichiers constitués par les services secrets, sur lesquels beaucoup de ces lois sont fondées, a été mise en question<sup>1</sup>.

1. L'expérience de la République tchèque montre par exemple que les agents de renseignement obtenaient parfois des primes en ajoutant de faux noms à un dossier, en imputant à trois ou quatre personnes différentes des informations qu'une seule d'entre elles leur avait fournies, ou en continuant à classer dans les «personnes prêtes à collaborer» des personnes qui avaient pourtant refusé de travailler avec les services secrets.

45. On a different track, purging the former elites of a communist country may cost these countries much of their scarce administrative, managerial and scientific talent, which they can badly afford to lose. In a recent report issued by the Science and Human Rights Program of the American Association for the Advancement of Science,<sup>1</sup> the impact of lustration on scientific and academic communities in Bulgaria, the Czech Republic and Germany has been highlighted. Whereas the authors of the report emphasise that those targeted for dismissal had often gained their positions as a result of political favouritism and consequently so that their dismissal served to open up jobs and responsibility for those better qualified professionally and who may have been treated unfairly in the past, they also underline the threat lustration has posed to the ability of the scientific and academic communities to operate on an independent basis,<sup>2</sup> as well as to scientific freedom in general. The report also criticised the manner in which many allegedly "tainted" scientists were treated, which in many cases lacked due process protection and thus reproduced many of the types of repressive features commonly used under the totalitarian regime itself.

46. To be compatible with a state based on the rule of law, lustration laws must fulfil certain requirements. Above all, the focus of lustration should be on threats to fundamental human rights and the democratisation process; revenge may never be a goal of such laws, nor should political or social misuse of the resulting lustration process be allowed. The aim of lustration is not to punish people presumed guilty — this is the task of prosecutors using criminal law — but to protect the fledgling democracy.

Herman Schwartz has defined certain lustration principles,<sup>3</sup> the most important of which I will loosely base myself on here to develop a yardstick against which existing laws and regulations can be measured:

a. lustration should be administered by a specifically created independent commission of distinguished citizens nominated by the head of state and approved by parliament;

1. Morton H. Sklar and Krassimir Kanev, *Decommunization: A new threat to scientific and academic freedom in Central and Eastern Europe*, Washington D.C., September 1995.

2. According to this report, 3 000 Bulgarian scientists and university teachers (about 10% of the total) were excluded from participating in any policy-making activities for five years (p. iii). In Germany, 50 000 teachers were dismissed, plus a large portion (up to 25%) of university professors; in the Czech Republic, the official dismissal rate among scientists and teachers reached only 5,6% (p. iv).

3. Herman Schwartz, *Lustration in Eastern Europe*, Parker School of East European Law, Vol. 1, No. 2 (1994), pp. 141-171. These principles have been incorporated into the guidelines found in this report.

45. Dans un autre ordre d'idées, l'épuration des élites peut coûter aux anciens pays communistes une grande partie de leurs talents dans les domaines de l'administration, de l'encadrement et de la recherche, ressources rares qu'ils peuvent difficilement se permettre de perdre. Dans un rapport publié récemment par le programme «sciences et droits de l'homme» de l'American Association for the Advancement of Science (Association américaine pour le progrès scientifique)<sup>1</sup>, les incidences de la lustration sur les communautés scientifiques et universitaires en Bulgarie, dans la République tchèque et en Allemagne ont été mises en lumière. Les auteurs soulignent que les personnes congédiées avaient souvent obtenu leur poste par favoritisme politique, de sorte que leur licenciement avait permis d'offrir des emplois et des responsabilités à des personnes plus qualifiées qui avaient pu être traitées injustement par le passé. Ils insistent néanmoins sur le fait que la lustration risque de compromettre la capacité des communautés scientifiques et universitaires à travailler en toute indépendance<sup>2</sup> et, plus généralement, menace la liberté scientifique. Le rapport critique également la façon dont beaucoup de scientifiques accusés de «compromission» ont été traités; ces procédures, souvent dénuées de garanties légales suffisantes, étaient de ce fait très comparables aux méthodes répressives couramment employées sous les régimes totalitaires.

46. Pour être compatibles avec un Etat de droit, les lois de lustration doivent remplir certaines conditions. Avant tout, la lustration doit être dirigée contre les dangers qui menacent les droits fondamentaux de l'homme et le processus de démocratisation; la vengeance ne doit en aucun cas être l'objectif de ces lois, et il faut empêcher toute utilisation abusive du processus de lustration à des fins politiques ou sociales. La lustration n'a pas pour but de sanctionner les présumés coupables — tâche qui incombe au ministère public et relève du droit pénal — mais de protéger la jeune démocratie.

Herman Schwartz a défini un certain nombre de principes relatifs à la lustration<sup>3</sup>: je m'inspire ici librement des plus importants d'entre eux pour établir un ensemble de critères permettant d'évaluer les textes en vigueur:

a. la lustration doit être administrée par une commission indépendante créée spécialement à cet effet, composée de citoyens éminents désignés par le chef de l'Etat et agréés par le parlement;

1. Morton H. Sklar et Krassimir Kanev, *Decommunization: A new threat to scientific and academic freedom in Central and Eastern Europe*, Washington D.C., septembre 1995.

2. D'après ce rapport, 3 000 chercheurs et enseignants d'université bulgares (environ 10 % des effectifs) ont été interdits de toute activité politique pendant cinq ans (page iii). En Allemagne, 50 000 enseignants ont été mis à pied, de même qu'une proportion importante (jusqu'à 25 %) de professeurs d'université; dans la République tchèque, le taux officiel de licenciement parmi les chercheurs et les enseignants n'est que de 5,6 % (page iv).

3. Herman Schwartz, *Lustration in Eastern Europe*, Parker School of East European Law, vol. 1, n° 2 (1994), p. 141-171. Ces principes ont été cités dans les principes directeurs susmentionnés.

b. lustration may only be used to eliminate or significantly reduce the threat posed by the lustration subject to the creation of a viable free democracy by the subject's use of a particular position to engage in human rights violations or to block the democratisation process;

c. lustration may not be used for punishment, retribution or revenge; punishment may be imposed only for past criminal activity on the basis of the regular Criminal Code and in accordance with all the procedures and safeguards of a criminal prosecution;

d. lustration should be limited to positions in which there is good reason to believe that the subject would pose a significant danger to human rights or democracy, that is appointed state offices involving significant responsibility for making or executing governmental policies and practices relating to internal security, or appointed state offices where human rights abuses may be ordered and/or perpetrated, such as law enforcement, security and intelligence services, the judiciary and the prosecutor's office;

e. lustration shall not apply to elective offices, unless the candidate for election so requests — voters are entitled to elect whomever they wish (the right to vote may only be withdrawn from a sentenced criminal upon the decision of a court of law — this is not an administrative lustration, but a criminal law measure);

f. lustration shall not apply to positions in private or semi-private organisations, since there are few, if any, positions in such organisations with the capacity to undermine or threaten fundamental human rights and the democratic process (lustration is not a tool to fight against oligarchic structures);

g. disqualification from holding office as a result of the lustration process should not be longer than five years, since the capacity for positive change in an individual's attitude and habits should not be underestimated (even sentenced criminals are given the chance of parole for good behaviour, so a person who has not committed any crimes should at least be given the same chance); lustration measures should preferably end no later than 31 December 1999, because the new democratic system should be consolidated by that time in all former, communist totalitarian countries;

h. persons who ordered, perpetrated, or significantly aided in perpetrating serious human rights violations may be barred from office; in the case of an organisation which has perpetrated serious human rights violations, a member, employee or agent

b. la lustration ne peut être employée que pour éliminer ou réduire de manière significative la menace que le sujet de la lustration pourrait constituer pour l'instauration d'une démocratie libre et viable en utilisant une position particulière pour porter atteinte aux droits de l'homme ou bloquer le processus de démocratisation;

c. la lustration ne peut être employée à des fins de sanction, de châtement ou de vengeance; une peine ne peut être infligée que pour des agissements criminels passés conformément au Code pénal en vigueur et dans le respect de toutes les procédures et garanties applicables lors de poursuites pénales;

d. la lustration doit être limitée aux postes où il y a tout lieu de penser que le sujet constituerait un danger non négligeable pour les droits de l'homme ou la démocratie: postes de la fonction publique pourvus par nomination dont le titulaire a des responsabilités importantes en ce qui concerne l'élaboration et la mise en œuvre des politiques et des pratiques gouvernementales relatives à la sécurité intérieure, ou a la possibilité d'ordonner et/ou de commettre des violations des droits de l'homme, comme les postes des services de police, de sécurité et de renseignement et ceux de magistrats du siège et du parquet;

e. la lustration ne doit pas concerner les fonctions électives, sauf si le candidat le demande — les électeurs ont le droit de voter pour le candidat de leur choix (le droit de vote ne peut être retiré qu'à un criminel condamné sur décision d'un tribunal — il ne s'agit alors pas de lustration administrative, mais d'une mesure relevant du droit pénal);

f. la lustration ne doit pas s'appliquer aux organismes privés ou semi-privés, car le nombre de postes donnant la possibilité de porter atteinte aux droits fondamentaux de l'homme et au processus démocratique ou de les menacer y est très limité, sinon nul (la lustration n'est pas un instrument de lutte contre les structures oligarchiques);

g. l'interdiction de fonctions dans le cadre de la lustration ne doit pas durer plus de cinq ans, car il ne faut pas sous-estimer la capacité d'un individu à modifier dans le bon sens son comportement et ses habitudes (même les criminels condamnés peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle pour bonne conduite — une personne qui n'a commis aucun crime devrait donc se voir accorder au moins la même chance); il serait préférable que les mesures de lustration prennent fin au plus tard le 31 décembre 1999, car à cette date les nouveaux régimes démocratiques devraient être consolidés dans tous les pays anciennement soumis à un régime totalitaire communiste;

h. les personnes qui ont ordonné ou commis des violations graves des droits de l'homme ou ont été complices à un degré non négligeable de telles violations peuvent être interdites de fonctions; lorsqu'une organisation a commis des violations

shall be considered to have taken part in these violations if he was a senior official, unless he can show that he did not participate in planning, directing or executing such policies, practices, or acts;

*i.* no person shall be subject to lustration solely because of association with, or activities for, any organisation that was legal at the time of such association or activities (except as set out above in sub-paragraph *h*), or for personal opinions or beliefs;

*j.* lustration shall be imposed only with respect to acts, employment or membership occurring from 1 January 1980 until the fall of the communist dictatorship, because it is unlikely that anyone who has not committed a human rights violation in the last ten years will now do so<sup>1</sup> (this time-limit does not, of course, apply to human rights violations prosecuted on the basis of criminal laws);

*k.* lustration of "conscious collaborators" is permissible only with respect to individuals who actually participated with governmental offices (such as the intelligence services) in serious human rights violations that actually harmed others and who knew or should have known that their behaviour would cause harm (this would not apply, for example, to persons who had tried to deliberately mislead the security services, while pretending to be co-operating);

*l.* lustration shall not be imposed on a person who was under the age of 18 when engaged in the relevant acts, in good faith voluntarily repudiated and/or abandoned membership, employment or agency with the relevant organisation before the transition to a democratic regime, or who acted under compulsion;

*m.* no person shall undergo the lustration process without full due process protection, including, but not limited to, the right to counsel (assigned if the subject cannot afford to pay), to confront and challenge the evidence used against him, to have access to all available inculpatory and exculpatory evidence, to present his own evidence, to have an open hearing upon request, and the right to appeal to an independent judicial tribunal.

47. The question of financial rights is a very tricky one. In principle, the withdrawing of financial rights such as pension rights can be classified as

<sup>1</sup>. Indeed, some people who committed such violations many years ago have since repudiated such acts and the underlying beliefs, and have suffered for those repudiations.

graves des droits de l'homme, un membre, un employé ou un mandataire de cette organisation est considéré comme ayant participé à ces violations s'il en était un haut responsable, à moins qu'il soit en mesure de prouver qu'il n'a pas participé à la préparation, à la conduite ni à l'exécution de ces politiques, pratiques ou actes;

*i.* nul ne peut faire l'objet d'une mesure de lustration uniquement en raison de son association avec une organisation, ou d'activités menées pour une organisation, qui était légale à l'époque de cette association ou de ces activités (sauf dans les cas prévus ci-dessus à l'alinéa *h*), ou de ses opinions ou convictions personnelles;

*j.* la lustration ne s'applique qu'aux actes, fonctions ou affiliations postérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 1980 et antérieurs à la chute du communisme totalitaire, car il est peu vraisemblable qu'une personne qui n'a pas porté atteinte aux droits de l'homme au cours des dix dernières années le fasse aujourd'hui<sup>1</sup> (cette limitation dans le temps ne s'applique naturellement pas en cas de violations des droits de l'homme faisant l'objet de poursuites pénales);

*k.* la lustration des «collaborateurs conscients» est autorisée uniquement dans le cas de personnes qui ont effectivement participé, en association avec des services d'Etat (comme les services de renseignement), à des violations graves des droits de l'homme ayant réellement fait du tort à autrui, et qui savaient ou auraient dû savoir que leur comportement aurait des conséquences dommageables (ne sont pas concernées, par exemple, les personnes qui ont tenté délibérément d'abuser les services de sécurité tout en faisant semblant de coopérer);

*l.* la lustration ne doit pas viser les personnes qui avaient moins de 18 ans au moment des faits pertinents, qui ont volontairement désavoué et/ou abandonné de bonne foi leur affiliation, leur fonction ou leur mandat auprès de l'organisation concernée avant le passage à un régime démocratique, ou qui ont agi sous la contrainte;

*m.* en aucun cas, une personne ne fera l'objet d'une lustration sans bénéficier de toutes les garanties de procédure régulière, y compris le droit à un avocat (commis d'office si elle n'a pas les moyens de le rémunérer), le droit de prendre connaissance des éléments utilisés contre elle et de les contester, d'accéder à toutes les pièces à charge et à décharge, de présenter ses propres preuves, d'être entendue publiquement si elle le demande, et de faire appel devant un tribunal indépendant.

47. La question des droits financiers est très délicate. En principe, la privation des droits financiers comme les droits à pension peut être considérée

<sup>1</sup>. De fait, certaines personnes qui avaient commis de telles violations, il y a de nombreuses années, se sont depuis lors repenties de ces actes et ont désavoué leurs anciennes convictions; ce qui leur a valu des conséquences fâcheuses.

punishment, and thus would not be admissible. However, there are cases in which the ruling elite in former communist totalitarian countries awarded themselves much higher pension rights than the ordinary population, for example in the former GDR sometimes double or three times the normal amount was awarded. In these cases, it would seem justified that the pensions of the former "nomenclature" be reduced to the ordinary level. However, employees with accrued benefits who are discharged from their position under the decommunisation laws should not lose their financial rights completely.

48. At this point I intend to make case studies of the different decommunisation laws adopted in the various countries, taking Albania, Bulgaria, the Czech Republic, and Germany (in alphabetical order) as examples.<sup>1</sup> I will analyse their scope (limited to people employed by the state, for example in the state administration, or also affecting candidates for election to parliament or journalists), their definition and treatment of collaborators, the composition and character of the body taking the decision (a commission, and/or a court), and their treatment of financial rights (granting or withdrawing of pension rights, for example). I will also make clear to what extent these laws are compatible with the principles of a democratic state under the rule of law, basing myself on the general principles enunciated in the two previous sections, principles which — as members of the Council of Europe — I hope we can all agree upon.

## 2. Albania

49. In the last few months, two laws which can be classified as decommunisation laws were adopted and entered into force in Albania: the law on genocide and crimes against the population committed in Albania during the communist regime for political, ideological and religious reasons (of 22 September 1995), and the law on verification of official figures and other individuals related to the protection of the democratic state (of 30 November 1995). I will rely heavily on the observations of the rapporteurs on the honouring of obligations and commitments by Albania, Mr Columberg, Lord Finsberg and Mr Ruffey,<sup>2</sup> in my evaluation of these laws.

50. The Albanian decommunisation laws, which are said to be modelled on Czech law (but actually are not modelled on the currently applicable

1. Other former communist totalitarian countries have adopted — or are considering adopting — similar approaches, but the laws and regulations in these four countries can be seen as the most far-reaching and most rigorously implemented, which is why I have chosen them as examples.

2. AS/Jur (1996) 10, pp. 10-13.

comme une sanction, et ne devrait donc pas être admise. Néanmoins, l'élite au pouvoir dans les pays anciennement soumis à un régime totalitaire communiste s'était parfois attribué des droits à pension bien supérieurs à ceux du commun de la population — en Allemagne de l'Est, par exemple, jusqu'à deux à trois fois plus que le montant normal. En pareil cas, il semblerait justifié de ramener les pensions de l'ancienne nomenklatura à un niveau normal. En revanche, les salariés relevés de leurs fonctions en vertu des lois de décommunisation ne devraient pas perdre entièrement les droits financiers qu'ils ont acquis antérieurement.

48. J'entends procéder ici à des études de cas sur les différentes lois de «décommunisation» adoptées dans les pays concernés, et citer en exemple (dans l'ordre alphabétique anglais) l'Albanie, la Bulgarie, la République tchèque et l'Allemagne<sup>1</sup>. J'analyserai le champ d'application de ces lois (qui peut se limiter aux agents publics, par exemple les fonctionnaires de l'Etat, ou viser aussi des candidats à la députation ou des journalistes), la définition qu'elles donnent des collaborateurs et le traitement qu'elles leur réservent, la composition et le caractère de l'organe décisionnaire (commission et/ou tribunal) ainsi que le traitement des droits financiers (par exemple, maintien ou retrait des droits à pension). Je préciserai en outre dans quelle mesure ces lois sont compatibles avec les principes d'un Etat de droit démocratique, en me fondant sur les principes généraux qui sont énoncés dans les deux chapitres précédents, et dont j'espère qu'en tant que membres du Conseil de l'Europe nous pouvons tous convenir.

## 2. Albanie

49. Au cours des derniers mois, deux lois que l'on peut considérer comme des lois de «décommunisation» ont été adoptées et sont entrées en vigueur en Albanie: la loi relative au génocide et aux crimes contre la population commis en Albanie durant le régime communiste pour des raisons d'ordre politique, idéologique ou religieux (du 22 septembre 1995) et la loi relative au contrôle des personnalités officielles et des autres personnes pour la protection de l'Etat démocratique (du 30 novembre 1995). Pour évaluer ces lois, je m'appuierai largement sur les observations des rapporteurs sur le respect des obligations et engagements contractés par l'Albanie, M. Columberg, Lord Finsberg et M. Ruffey<sup>2</sup>.

50. Les lois albanaises de décommunisation, qui sont censées avoir pris pour modèle les lois tchèques (mais pas les lois tchèques actuellement en vi-

1. D'autres pays anciennement soumis à un régime totalitaire communiste ont adopté — ou envisagent d'adopter — des instruments analogues, mais les mesures législatives et réglementaires instituées dans ces quatre pays peuvent être considérées comme celles dont la portée est la plus importante et qui sont appliquées avec le plus de rigueur, raison pour laquelle je les ai choisies comme exemples.

2. AS/Jur (1996) 10, pages 10-13.

Czech law, which takes the amendments of the Czechoslovak Constitutional Court into account), proscribe that persons standing for high office — the president of the republic, parliamentarians, members of the government, high-level administrators, judges, prosecutors, officers of the judicial police, high-level policemen, officers in the army, directors and editors of Albanian radio or television, persons holding leading positions in state insurance and financial institutions, as well as in state banks, rectors and directors of universities and schools of higher education, etc. — may not have held certain functions during the period of 28 November 1944 and 31 March 1991. A provision which included journalists and employees with higher positions in newspapers with a circulation of over 3 000 copies was struck down by the Constitutional Court on 31 January 1996.

51. These functions are, amongst others, members and candidates of the Political Bureau, secretaries and members of the central committee of the Labour Party of Albania in the districts and analogous levels, ministers, deputies of the People's Assembly, members of the Presidential Council, presidents of the supreme courts, general prosecutors, and employees of the state security services. People registered in the state security files as collaborators (informers, denounciators, agents, owners of apartments who allowed them to be used by the secret services, witnesses in political trials) are also ineligible for high office. The laws are to stay in force until 31 December 2001.

52. Several Albanian opposition parties, as well as Albanian journalists and international non-governmental organisations have criticised the decommunisation laws. The most important and recurrent criticism concerns the fact that the Albanian laws prevent certain candidates from running for parliament. This could not only be a violation of a right guaranteed under Albania's constitutional provisions — the right to be elected, which can be withdrawn only from the mentally handicapped and from imprisoned convicts, but it might also be a measure which is incompatible with a state based on the rule of law for similar reasons.

53. The composition and character of the commission which verifies whether a candidate for election is "tainted", and thus whether he may run or not, has also been open to criticism. The commission is alleged to be entirely in the hands of the present government, because the majority of its members are appointed by different ministries. The chairman of the commission has been appointed by parliament (with the votes both of the ruling and the opposition parties), which is a good sign. However, the vice-chairman and one member of the commission have subsequently been appointed by the Council of Ministers (the government), and one member each by the Ministry of Justice, the Ministry of the Interior, the

gueur, lesquelles tiennent compte des modifications apportées par la Cour constitutionnelle tchécoslovaque), interdisent aux personnes ayant occupé certaines fonctions au cours de la période du 28 novembre 1944 au 31 mars 1991 de postuler à de hautes fonctions — Président de la République, parlementaires, membres du gouvernement, hauts fonctionnaires, juges, procureurs, officiers de police judiciaire, officiers de police de haut niveau, officiers dans l'armée, directeurs et rédacteurs de la radio et de la télévision albanaises, personnes occupant des fonctions de direction dans les organismes publics d'assurance et financiers, ou dans les banques publiques, recteurs et directeurs d'universités et d'établissements d'enseignement supérieur, etc. Une disposition concernant les journalistes et les salariés occupant des postes élevés dans des journaux tirant à plus de 3 000 exemplaires a été annulée par la Cour constitutionnelle le 31 janvier 1996.

51. Les fonctions antérieures qui interdisent de postuler à ces postes sont, notamment, celles de membres et candidats du Bureau politique, secrétaires et membres du Comité central du Parti du travail albanais dans les régions, et niveaux analogues, ministres, députés de l'Assemblée du peuple, membres du Conseil présidentiel, président de la Cour suprême, Procureur général et agents des services de sécurité de l'Etat. Les personnes enregistrées dans les archives de la sécurité de l'Etat en tant que collaborateurs (informateurs, dénonciateurs, agents, propriétaires ayant mis à la disposition des services de sécurité leur appartement, témoins dans des procès politiques) sont également exclues de toute haute fonction. Ces lois doivent rester en vigueur jusqu'au 31 décembre 2001.

52. Plusieurs partis de l'opposition, ainsi que des journalistes albanais et des organisations internationales non gouvernementales, ont critiqué les lois de décommunisation. La critique la plus importante et la plus souvent réitérée concerne le fait que les lois albanaises interdisent à certains candidats de se présenter aux élections parlementaires. Cette mesure pourrait non seulement constituer une violation d'un droit garanti par les dispositions de la Constitution — le droit d'être élu, qui ne peut être refusé qu'aux handicapés mentaux et aux détenus condamnés, mais aussi se révéler incompatible avec un Etat de droit pour des raisons analogues.

53. La composition et le caractère de la commission qui vérifiera si un candidat aux élections est «compromis», et donc s'il peut ou non se présenter, ont également été critiqués. La commission est réputée être entièrement entre les mains du gouvernement actuel car la majorité de ses membres sont nommés par différents ministères. Le président de la commission a été nommé par le parlement (grâce aux voix du parti au pouvoir et des partis d'opposition), ce qui est un signe encourageant. En revanche, le vice-président et un membre de la commission ont été ensuite désignés par le Conseil des ministres (le gouvernement), et un membre par chacune des entités suivantes: ministère de la Justice,

Ministry of Defence and the National Information Service (the secret service). The commission's neutrality thus seems far from guaranteed.

54. The competencies of the commission, which confer upon it a court-like character, have also been severely criticised. The commission has the right to investigate and to call persons for questioning, and in case of refusal to testify or false testimony, persons shall be criminally liable under the criminal code. The Speaker of the Albanian Parliament, Mr Arbnori, has pointed out, though, that the commission as an administrative body cannot itself order such penalties, but has to apply to a court to have such penalties imposed (which has, apparently, not yet happened). Nevertheless, these rights of the commission are not matched by corresponding rights of the accused, such as the right to be heard, the right to study their file in advance, or the right to be defended by a lawyer. A similar provision originally included in the Czechoslovak lustration law was struck down by the Constitutional Court (see paragraph 62).

55. The possibility of appeal to the Court of Cassation limits the power of the commission somewhat. Mr Arbnori has assured the Committee on Legal Affairs and Human Rights that no candidate will be barred from taking part in the elections until the verdict of the Court of Cassation is received, provided the candidate has made an appeal to that court.

56. To become compatible with the principles of a democratic state under the rule of law, the Albanian law would have to be changed in several respects in accordance with the guidelines given in paragraph 46. I will mention only the most important elements here:

*a. scope:* the application of the law should be limited to people employed by the state in sensitive positions where they could jeopardise human rights, for example in the state administration, the army, the security services; it should not affect candidates for election to parliament; it should be limited to acts, employment or membership occurring from 1 January 1980 until the collapse of the totalitarian regime;

*b. method:* the possibility of inaccurate or false files of the security apparatus should be taken into account in lustrating "conscious collaborators", as well as the possibility of persons acting under compulsion;

*c. the commission:* the composition of the commission should be changed to exclude any possibility of bias (close ties between the commissioners and the government, the opposition, or political parties should be avoided).

ministère de l'Intérieur, ministère de la Défense et Service national d'information (services secrets). La neutralité de la commission semble donc loin d'être garantie.

54. Les compétences de la commission, qui lui donnent le caractère d'un tribunal, ont également fait l'objet de sévères critiques. La commission a le droit d'enquêter et de convoquer les personnes pour interrogatoire. Les personnes refusant de témoigner et les auteurs de faux témoignages sont passibles de peines en vertu du Code pénal. Le Président du Parlement albanais, M. Arbnori, a cependant précisé que la commission, en tant qu'entité administrative, ne peut condamner elle-même à de telles peines, mais doit saisir un tribunal pour en obtenir l'application (ce qui ne s'est apparemment encore jamais produit). Néanmoins, ces droits de la commission ne sont pas contrebalancés par des droits correspondants de l'accusé, comme le droit d'être entendu, le droit d'accéder au dossier ou le droit d'être défendu par un avocat. Une disposition similaire inscrite originellement dans la loi de lustration tchécoslovaque a été annulée par la Cour constitutionnelle (voir paragraphe 62).

55. La possibilité d'appel devant la Cour de cassation limite dans une certaine mesure les pouvoirs de la commission. M. Arbnori a assuré à la commission des questions juridiques et des droits de l'homme qu'il ne sera interdit à aucun candidat de se présenter aux élections tant que la Cour de cassation n'aura pas rendu son verdict, sous réserve que le candidat se soit effectivement pourvu en appel devant cette cour.

56. Pour être compatible avec les principes d'un Etat de droit démocratique, la loi albanaise devrait être modifiée à plusieurs égards, conformément aux principes directeurs énoncés au paragraphe 46. Je ne mentionnerai ici que les modifications les plus importantes:

*a. champ d'application:* la loi ne devrait viser que les fonctionnaires occupant des postes sensibles où ils pourraient porter atteinte aux droits de l'homme, comme dans l'administration publique, l'armée, les services de sécurité; elle ne devrait pas concerner les candidats à la députation; elle devrait s'appliquer uniquement aux actes, fonctions ou affiliations postérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 1980, jusqu'à la chute du régime totalitaire;

*b. méthode:* en ce qui concerne la lustration des «collaborateurs conscients», il faudrait prévoir l'éventualité d'une inexactitude ou d'une falsification des dossiers de l'appareil de sécurité; il faudrait également tenir compte du fait que des personnes ont pu agir sous la contrainte;

*c. la commission:* sa composition devrait être modifiée de manière à éliminer tout risque de parti pris (toute relation étroite entre les membres de la commission et le gouvernement, l'opposition ou un parti politique devrait être évitée).

## 3. Bulgaria

57. The Bulgarian Parliament adopted a lustration law on 9 December 1992, called Additional Requirements Toward Scientific Organisations and the Higher Certifying Commission. This so-called "Panev" law (named after its author) on the temporary introduction of some additional requirements for the members of the executive bodies of scientific institutions and for the Higher Certifying Commission, was upheld by the Constitutional Court on 11 February 1993, unlike two other Bulgarian lustration laws (one involving banking and the other affecting pensioners), which were struck down by the Constitutional Court. The law ceased to be valid on 3 April 1995, following a decision of parliament to abolish it, but I will mention it here nevertheless as a good example.

58. According to the Panev law, all members of (or candidates for election to) governing bodies of universities and research institutes, as well as the Higher Testimonial Commission (a central academic body which examines and approves the awarding of academic and scientific degrees) had to submit a written declaration, certifying that they met the new requirement provided for in the law, namely not to have been a former member of the communist "nomenclature" (for example a former top or medium level functionary of the Bulgarian Communist Party, an employee or informer of the secret services, or a lecturer in "ideological" subjects). A refusal to sign such a declaration was considered equal to admission that the person in question did not meet this requirement. The requirements were to be applied for a period of five years from the day the law entered into force.

59. The main problem with the Panev law was that it did not provide for an examination of individual cases by an independent body, nor did it allow for a judicial review. It appears likely that some fundamental rights were thus violated by the law, notably the right to due process and the right to be heard. The law was criticised to this effect in the 1993 Annual Report of the United States State Department on the human rights situation in the world and the 1993 Annual Report of the International Helsinki Federation for Human Rights.

60. Since the scope of the law was relatively limited, its implementation is said to have affected only about 3 000 people, none of whom had been dismissed from their teaching posts. The main consequence has been that new academic governing bodies have been elected following the new legal provisions in force. Despite the violations of due process protection by the Panev law, it can thus be classed as a relatively mild example, because it affected only a small group of people — scientists — and its consequences were not harsh (unlike in Albania, the Czech Republic or Germany, the lustrated persons were not dismissed from their jobs). How-

## 3. Bulgarie

57. Le Parlement bulgare a adopté une loi de lustration le 9 décembre 1992, intitulée «Conditions supplémentaires concernant les organismes scientifiques et la Haute Commission de certification». Cette loi «Panev» (du nom de son auteur) sur l'introduction provisoire de conditions supplémentaires pour les membres des organes directeurs des institutions scientifiques et pour les membres de la Haute Commission de certification a été confirmée par la Cour constitutionnelle le 11 février 1993, contrairement à deux autres lois de lustration bulgares (relatives respectivement aux banques et aux retraites) qui ont été annulées par la Cour constitutionnelle. Cette loi n'est plus valide depuis le 3 avril 1995, ayant été abolie par le parlement; je la mentionne cependant ici, car elle n'en constitue pas moins un bon exemple.

58. Selon la loi «Panev», tous les membres des organes directeurs des universités et des instituts de recherche (ou les candidats à l'élection à ces organes) ainsi que de la Haute Commission de certification (organe universitaire central ayant notamment pour fonction d'examiner et d'approuver l'octroi des grades universitaires et scientifiques) devaient présenter une déclaration écrite certifiant qu'ils répondaient au nouveau critère prévu par la loi — ne pas avoir appartenu à la nomenclatura communiste (ne pas avoir été par exemple un fonctionnaire du Parti communiste bulgare de niveau élevé ou moyen, un employé ou un informateur des services secrets ou un chargé de cours sur des sujets «idéologiques»). Le refus de signer une telle déclaration était assimilé à une reconnaissance par l'intéressé du fait qu'il ne satisfaisait pas à cette condition. Cette disposition devait s'appliquer pendant cinq ans à partir de l'entrée en vigueur de la loi.

59. Le principal problème posé par la loi «Panev» réside dans le fait qu'elle ne prévoyait ni l'examen des cas individuels par un organe indépendant, ni de contrôle juridictionnel. Il paraît probable qu'elle violait plusieurs droits fondamentaux, notamment le droit à une procédure régulière et le droit d'être entendu. Elle a été critiquée en ce sens dans le rapport annuel de 1993 du département d'Etat américain sur la situation des droits de l'homme dans le monde et dans le rapport annuel de 1993 de la Fédération internationale Helsinki pour les droits de l'homme.

60. Cette loi ayant un champ d'application relativement limité, elle était censée n'avoir touché que 3 000 personnes environ, dont aucune n'a été destituée de ses fonctions d'enseignement. La principale conséquence a été l'élection de nouveaux organes directeurs universitaires en application des nouvelles dispositions juridiques. Malgré les violations du droit à une procédure régulière entraînées par la loi «Panev», celle-ci peut donc être considérée comme relativement modérée, car elle ne visait qu'un petit groupe — les scientifiques — et n'a pas eu de conséquences radicales (les personnes concernées n'ont pas été licenciées, contrairement à ce qui



ever, to comply with the guidelines set out in paragraph 46, the law would have had to be modified to:

a. create an independent commission to oversee implementation of lustration;

b. include full due process protection, including the right of appeal to a court.

#### 4. The Czech Republic

61. One of the most far-reaching measures, and the model for many proposals elsewhere, is the Czechoslovak lustration law, which is now — with the amendments made by the Czechoslovak Constitutional Court — applicable in the Czech and Slovak republics.<sup>1</sup> The law was adopted in October 1991 by the Czechoslovak National Assembly and was meant to stay in force until 31 December 1996, but it has recently been prolonged until 31 December 2000 in the Czech Republic.

62. The scope of the Czech law is rather broad, but more limited than the Albanian one. The Czech law applies to people employed by the state in high positions, for example in the state administration, the army, the state broadcasting corporation and press agency, and state enterprises; it does not affect either candidates for election to parliament, nor journalists, nor managers of private economic enterprises. People who held certain state or Communist Party positions, or who were members of the Security Police or the People's Militia (amongst certain other categories) are banned from holding the above-mentioned posts. Originally, the Czechoslovak law included "conscious collaborators" with the Security Police in the category of people banned, but the Czechoslovak Constitutional Court struck down this provision on 26 November 1992, due to difficulties in proving without doubt that one had been a conscious collaborator with the Security Services (because of the unreliability of secret service files).<sup>2</sup>

63. The Czechoslovak Constitutional Court also struck down all the articles of the lustration law establishing a special commission which was meant

1. From the beginning, the lustration law was hardly applied in the Slovak part of the Czechoslovak Federation, and this pattern did not change following the velvet "divorce" of the two countries.

2. Much harm had been done by this provision in the meantime, since in the period preceding the parliamentary elections of June 1992, certain newspapers had illegally published lists of some 140 000 to 160 000 alleged former "collaborators". Many of the lists turned out to be inaccurate or simply false, but they were nevertheless used to fire and stigmatise people, even in private organisations to which the lustration law did not apply.

se passe en Albanie, dans la République tchèque ou en Allemagne). Néanmoins, pour être conforme aux critères définis au paragraphe 46, cette loi aurait été modifiée comme suit:

a. création d'une commission indépendante pour surveiller la mise en œuvre de la lustration;

b. introduction de toutes les garanties de procédure régulière, y compris le droit de recours devant un tribunal.

#### 4. République tchèque

61. Parmi toutes les mesures de lustration, la loi tchécoslovaque constitue l'une de celles dont la portée est la plus considérable; elle sert de modèle pour les projets de loi de plusieurs autres pays. Après modification par la Cour constitutionnelle tchécoslovaque, elle est maintenant applicable dans les Républiques tchèque et slovaque<sup>1</sup>. La loi a été adoptée en octobre 1991 par l'Assemblée nationale tchécoslovaque; elle devait rester en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996, mais vient d'être prorogée jusqu'au 31 décembre 2000 dans la République tchèque.

62. Le champ d'application de la loi tchèque est assez large, mais plus limité que celui de la loi albanaise. La loi tchèque vise les hauts fonctionnaires, par exemple dans l'administration publique, l'armée, la société de radiodiffusion et l'agence de presse d'Etat, et les entreprises publiques; elle ne touche ni les candidats à la députation, ni les journalistes, ni les responsables d'entreprises privées. Les personnes qui exerçaient certaines fonctions au sein du gouvernement ou du parti communiste, ou qui étaient membres de la police de sécurité ou de la milice populaire (entre autres) n'ont pas le droit d'occuper les postes susmentionnés. A l'origine, la loi tchécoslovaque étendait cette interdiction aux «collaborateurs conscients» de la police de sécurité, mais la Cour constitutionnelle tchécoslovaque a annulé cette disposition le 26 novembre 1992, au motif qu'il est difficile de prouver avec certitude que quelqu'un a été un collaborateur conscient des services de sécurité (en raison du manque de fiabilité des dossiers des services secrets)<sup>2</sup>.

63. La Cour constitutionnelle tchécoslovaque a également annulé tous les articles de la loi de lustration instituant une commission spéciale chargée

1. Dès l'origine, la loi de lustration a été très peu appliquée dans la partie slovaque de la Fédération tchécoslovaque, et cette situation ne s'est pas modifiée après le «divorce de velours» entre les deux pays.

2. Entre-temps, cette disposition a fait beaucoup de dégâts, certains journaux ayant illégalement publié des listes comportant les noms de quelque 140 000 à 160 000 soi-disant anciens «collaborateurs» durant la période précédant les élections parlementaires de juin 1992. Beaucoup de ces listes se sont révélées par la suite inexactes, voire purement et simplement fausses, mais elles n'ont pas moins servi à licencier et à stigmatiser certaines personnes, même dans des organismes privés auxquels la loi de lustration n'était pas applicable.

to investigate claims that the Ministry of the Interior — responsible for drawing up the “clearance certificates” — had wrongly certified people as “conscious collaborators” of the Security Police. The court held that such a commission would not be an independent body, nor could it have judicial competencies, and thus opened the possibility of redress in the ordinary court system instead.<sup>1</sup> The Constitutional Court drew particular attention to the fact that, “as the commission is an administrative body, the provisions of the Code of Criminal Procedure [...] cannot be applied to the proceedings before it and it cannot combine these proceedings with criminal law consequences [...]”.<sup>2</sup>

64. The International Labour Organisation (ILO) severely criticised the law in its decision of 28 February 1992. It stated that the lustration law had diverged from its original intended purpose of removing from public institutions persons who took part in suppressing human rights, basing exclusions from public service instead on political and ideological opinions. The reaction to the success of the lustration experience was equally mixed. While a leading Czech newspaper, *Lidove Noviny*, called the lustration law “a brilliant example of legal incompetence”, the application of which was “completely dependent on [...] the arbitrariness of individual institutions”, and relying on inaccurate files, in April 1993, Dr Cepl, a judge of the Czech Constitutional Court, defended his country’s record to the committee in December 1995.

65. In general, the Czech lustration law seems to fulfil the conditions outlined in paragraph 46, except that the law should be modified to:

*a.* limit lustration to acts, employment or membership occurring between 1 January 1980 and 31 December 1989;

*b.* end by 31 December 1999 (in actual fact, disqualification for office based on lustration should not be longer than five years, which might be reached in the Czech Republic before that date for certain persons lustrated between 1991 and 1994).

##### 5. Germany

66. Lustration measures in Germany were based on the unification treaty between the German Democratic Republic (GDR) and the Federal Republic

1. The court of first instance is the regional court in these cases, not the district court.

2. “Czech and Slovak Federal Republic Constitutional Court Decision on the Screening Law of 26 November 1992”, reprinted in Neil J. Kritz, *Transitional Justice*, Volume III, p. 364.

d’enquêter sur les plaintes concernant le classement de certaines personnes comme «collaborateurs conscients» de la police de sécurité par le ministère de l’Intérieur — chargé d’établir les «certificats de décharge». La cour a estimé qu’une telle commission ne serait pas un organe indépendant et ne pourrait pas avoir de compétences judiciaires, et a préféré la possibilité de recours devant une juridiction de droit commun<sup>1</sup>. La Cour constitutionnelle a particulièrement insisté sur le fait que, «la commission étant un organe administratif, les dispositions du Code de procédure pénale (...) ne peuvent s’appliquer à la procédure suivie devant elle, procédure qui ne saurait avoir des conséquences sur le plan pénal (...)»<sup>2</sup>.

64. L’Organisation internationale du travail (OIT) a sévèrement critiqué la loi dans sa décision du 28 février 1992. Elle a déclaré qu’en fondant les décisions d’exclusion de la fonction publique sur les opinions politiques et idéologiques la loi de lustration s’était éloignée de son objectif initial, qui était d’écarter des institutions publiques les personnes qui avaient participé à des atteintes aux droits de l’homme. De même, les réactions à l’égard des résultats de l’expérience de lustration ont été mitigées: alors qu’un journal tchèque de premier plan, *Lidove Noviny*, a qualifié en avril 1993 la loi de lustration de «brillant exemple d’incompétence juridique», dont l’application «dépend entièrement des (...) décisions arbitraires de telle ou telle institution» et s’appuie sur des dossiers inexacts; en revanche M. Cepl, juge à la Cour constitutionnelle tchèque, a défendu le bilan de son pays devant la commission en décembre 1995.

65. En général, la loi de lustration tchèque semble remplir les conditions énoncées au paragraphe 46. Les modifications suivantes devraient toutefois être apportées:

*a.* limiter la lustration aux actes, fonctions et affiliations postérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 1980 et antérieurs au 31 décembre 1989;

*b.* mettre un terme à la lustration d’ici au 31 décembre 1999 (en fait, l’interdiction de fonctions dans le cadre de la lustration ne devrait pas durer plus de cinq ans, période qui pourrait expirer avant cette date pour certaines personnes frappées de lustration entre 1991 et 1994 dans la République tchèque).

##### 5. Allemagne

66. En Allemagne, les mesures de lustration se sont fondées sur le traité d’unification entre la République Démocratique Allemande (RDA) et la Répu-

1. La juridiction de première instance est en pareil cas la cour régionale et non pas le tribunal de première instance.

2. Décision de la Cour constitutionnelle de la République fédérative tchèque et slovaque du 26 novembre 1992 relative à la loi sur la vérification des antécédents, reproduite dans Neil J. Kritz, *Transitional Justice*, volume III, p. 364.

lic. The treaty established that GDR civil servants could be deemed unfit for employment by the unified German civil service if they had violated the principles of human rights and the rule of law or had formerly worked for the Ministry of State Security Stasi, and if — for this reason — the continuation of their work in their present positions seemed untenable.<sup>1</sup> On this basis, questionnaires were sent to all state employees of the former GDR; various questions were posed on subjects such as membership in political parties or mass social organisations, on orders and decorations received from the GDR. On this basis, a large number of people, especially teachers, were dismissed (reportedly up to 50 000), although they were compensated by pensions. According to Mr Wolfgang Novak, State Secretary for Education of the eastern German Land of Saxony, in his Land alone some 13 500 teachers and administrators were dismissed in the period between 1991 and 1993 on this basis. Few judges of the former GDR have been allowed to remain in office.

67. The lustration process in Germany did include — to some extent — examination of evidence by lustration committees, in which the lustrated civil servants were permitted to present their defence, including testimony by reliable witnesses to prove that they did not serve or support the regime. Furthermore, the responsible departments had to grant the affected persons full legal hearing in the examination process, during which the reliability of the *Stasi* files could also be contested. Access to the court system for a judicial review of the decisions of dismissal was also guaranteed.

68. The German practice is thus comparable to the Czech one, that is the scope of people affected in Germany is wider than in Bulgaria, but less than in Albania. To be compatible with the guidelines presented in paragraph 46, Germany would have to amend its practice to:

a. limit lustration to acts, employment or membership occurring from 1 January 1980 through 31 December 1989;

b. give more emphasis to the possibility of inaccurate or false *Stasi* files; also, questionnaires might not be the most appropriate method of lustration to provide for the possibility of persons acting under compulsion;

c. end the effects of lustration by 31 December 1999 (this might admittedly be difficult in

1. The German Federal Ministry of the Interior, which has checked the accuracy of my information — for which I am very grateful — has emphasised in this context that the fact alone of having worked for the Ministry of the State Security is thus not a sufficient reason for the termination of a contract.

blique Fédérale. Ce traité a établi que les fonctionnaires de la RDA pouvaient être jugés inaptes à intégrer la fonction publique de l'Allemagne unifiée s'ils avaient violé les principes des droits de l'homme et de la prééminence du droit ou s'ils avaient autrefois travaillé pour le ministère de la Sécurité d'Etat (*Stasi*), et si, pour cette raison, la poursuite de leur travail dans leur emploi actuel était inacceptable<sup>1</sup>. Dans cette perspective, des questionnaires ont été envoyés à tous les fonctionnaires de l'ex-RDA; il y était posé diverses questions sur des sujets tels que l'affiliation aux partis politiques ou aux organisations syndicales, ou sur les distinctions et décorations reçues de la RDA. Sur cette base, une large proportion d'enseignants, notamment, ont été licenciés (jusqu'à 50 000 selon certaines sources), une pension leur étant toutefois accordée en compensation. Selon M. Wolfgang Novak, secrétaire d'Etat à l'Education du Land est-allemand de Saxe, quelque 13 500 enseignants et administrateurs ont été licenciés sur cette base dans son seul Land entre 1991 et 1993. Peu de juges est-allemands ont pu conserver leur poste.

67. En Allemagne, la procédure de lustration prévoyait — dans une certaine mesure — un examen des pièces du dossier par des commissions de lustration, devant lesquelles les fonctionnaires concernés pouvaient se défendre, et notamment présenter des témoins dignes de foi, afin de prouver qu'ils n'avaient pas servi ni soutenu le régime. De surcroît, les services responsables ont dû accorder aux personnes concernées une audition juridique entière dans la procédure d'examen, au cours de laquelle la véracité du contenu des dossiers de la *Stasi* pouvait également être contestée. L'accès aux tribunaux en vue du réexamen judiciaire des décisions de licenciement était également garanti.

68. La pratique allemande est donc comparable à celle suivie dans la République tchèque, en ce sens que le champ d'application des mesures est plus large qu'en Bulgarie, mais moins étendu qu'en Albanie. Pour être compatible avec les principes directeurs énoncés au paragraphe 46, l'Allemagne devrait modifier sa pratique de manière:

a. à limiter la lustration aux actes, fonctions et affiliations postérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 1980 et antérieurs au 31 décembre 1989;

b. à tenir davantage compte d'une éventuelle inexactitude ou falsification des dossiers de la *Stasi*; par ailleurs, les questionnaires ne constituent peut-être pas la méthode de lustration la plus appropriée dans le cas de personnes ayant agi sous la contrainte;

c. à mettre un terme aux effets de la lustration d'ici au 31 décembre 1999 (ce qui, il est vrai,

1. Le ministre fédéral allemand de l'Intérieur, auquel je suis reconnaissant d'avoir contrôlé l'exactitude de mes informations, a souligné à cet égard que le seul fait d'avoir travaillé pour le ministère d'Etat de la Sécurité ne constitue pas une raison suffisante pour mettre fin à un contrat.

cases where civil servants close to retirement age were dismissed but it should be attempted with younger ones).

#### E. The possible contribution of the consolidated democracies

69. Decommunisation is often seen in the West as a problem of the central and eastern European countries. However, the fall of the Berlin wall and the enlargement of Europe's democratic institutions, such as the Council of Europe, have removed the ideological confrontation that once divided Europe. While western European countries used to be able to define themselves by contrasting their system with that of the countries of central and eastern Europe — as “anti-communist”, “anti-command-economy”, “anti-totalitarian” — this is no longer possible. The consolidated democracies have had to learn to define themselves in positive terms instead, as democratic countries, based on the rule of law, with free-market economies. Filling these positive terms with real meaning has often proved no easier for consolidated western democracies than for the new democracies of central and eastern Europe.

70. The consolidated democracies have to realise that they are in the same boat with the new democracies of central and eastern Europe now: the Berlin wall might not exist in reality any more, but it continues to survive in the hearts and minds of many westerners, who do not pay enough attention to what is going on in “that other part” of Europe. The problems the countries in transition are going through are seen as childhood diseases of democracy, and thus are not accorded particular attention. Childhood diseases, if untreated, can prove fatal, though. The danger of a “velvet restoration” of totalitarian regimes in central and eastern Europe (of any colour and ideological persuasion) is real enough, and it is in the West's own interest to make sure a repetition of the cold war is avoided.

71. Thus the consolidated democracies have to get involved as well. Co-operation and assistance programmes on the intergovernmental level, as implemented by the Council of Europe, the European Union, and other international institutions, are important, and this democratic development aid should be stepped up by all means. But it should not be forgotten that the dismantling of the heritage of the former communist totalitarian regimes also includes the transformation of hearts and minds, something that cannot be achieved on the intergovernmental level. The consolidated democracies must help their fledgling cousins to build up a functioning civil society, starting at the grass-roots level. This is where the aid of western European countries can really make a difference.

pourrait se révéler difficile lorsque les fonctionnaires licenciés étaient proches de l'âge de la retraite, mais qu'il faudrait essayer d'appliquer aux fonctionnaires plus jeunes).

#### E. Contribution possible des démocraties consolidées

69. La «démunisation» est souvent considérée par les Occidentaux comme le problème des pays d'Europe centrale et orientale. Or, la chute du mur de Berlin et l'élargissement des institutions démocratiques européennes, telles que le Conseil de l'Europe, ont mis fin à l'affrontement idéologique qui divisait autrefois l'Europe. Les pays d'Europe occidentale, qui pouvaient auparavant se définir par opposition aux régimes des pays d'Europe centrale et orientale — comme «anticommunistes», «antidirigistes», «antitotalitaires» — n'ont plus aujourd'hui cette possibilité. Les démocraties consolidées ont dû apprendre à se définir en termes positifs, comme des pays démocratiques, fondés sur la prééminence du droit et pratiquant l'économie de marché. Les démocraties occidentales consolidées ont parfois eu tout autant de difficultés à donner un sens concret à ces notions positives que les nouvelles démocraties d'Europe centrale et orientale.

70. Les démocraties consolidées doivent réaliser qu'elles se trouvent désormais «dans le même bateau» que les nouvelles démocraties d'Europe centrale et orientale: le mur de Berlin n'existe peut-être plus physiquement, mais il perdure dans les cœurs et les esprits de beaucoup d'Occidentaux, qui ne prêtent pas suffisamment attention à ce qui se passe dans «cette autre partie» de l'Europe. Les problèmes que connaissent actuellement les pays en transition sont considérés comme des maladies de jeunesse de la démocratie, qui ne méritent pas qu'on s'y arrête. Mais, non traitées, les maladies de jeunesse peuvent s'avérer mortelles. Il existe un danger réel de «restauration de velours» de régimes totalitaires en Europe centrale et orientale (quelles que soient leur couleur et leur idéologie), et il est dans l'intérêt de l'Occident de veiller à ce que la guerre froide ne se renouvelle pas.

71. Par conséquent, les démocraties consolidées doivent elles aussi apporter leur contribution. Les programmes de coopération et d'assistance au niveau intergouvernemental comme ceux mis en œuvre par le Conseil de l'Europe, l'Union européenne et d'autres organismes internationaux sont importants, et cette «aide au développement démocratique» doit être renforcée par tous les moyens. Toutefois, il ne faut pas oublier que le démantèlement de l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes doit aussi s'attacher à transformer les cœurs et les esprits, ce qui ne peut se faire au niveau intergouvernemental. Les démocraties consolidées doivent aider leurs cousines inexpérimentées à instaurer une société civile efficace, en partant de la base. C'est dans ce domaine que l'assistance des pays d'Europe occidentale peut réellement faire la différence.

## F. Conclusions and recommendations

72. It can thus be concluded that the heritage of the former communist totalitarian systems, including (over)centralisation, the militarisation of civilian institutions (such as the prison system, the prosecutor's office or the Ministry of the Interior), bureaucratisation, monopolisation and over-regulation, must be dismantled and overcome. The goal must be to create pluralist democracies, based on the rule of law and respect of human rights and diversity, applying the principles of subsidiarity, freedom of choice, equality of chances, economic pluralism and transparency of the decision-making process. The separation of powers, the freedom of the media, the protection of private property and the development of a civil society are some of the means which will contribute to attaining that goal.

73. In dealing with the heritage of the former communist totalitarian regimes, justice has to be accorded to all: both to the victims of the former regime, and to the former ruling elite. The failure to strike the right balance between providing justice and compensation to the victims and giving non-criminal members of the former ruling elite a fair chance to integrate into the new democratic society can threaten the foundations of the new state, by respectively disappointing and alienating the victims or by eroding human rights, the basis of the new regime.

74. A democratic state must thus, in dismantling the heritage of former communist totalitarian systems, apply procedural means based on the rule of law. It cannot apply any other means, since it would then be no better than the previous totalitarian regime which is to be dismantled. A democratic *Rechtsstaat* does have sufficient means at its disposal to ensure that the cause of justice is served and the guilty are punished — it cannot, and should not, however, cater for the desire for revenge instead of justice. A true *Rechtsstaat* must respect human rights and fundamental freedoms, such as the right to due process and the right to be heard, and it must apply them even to those people who, when they were in power, did not apply them themselves. But a state based on the rule of law can also defend itself against a resurgence of the communist totalitarian threat, since it has ample means at its disposal which do not conflict with human rights and the rule of law, using both criminal justice and administrative measures.

75. In section C I have outlined in detail the criminal justice, administrative, institution-building and societal measures to be applied. In section D, I have paid particular attention to decommunisation or lustration laws, and I have drawn up specific guidelines as to how such administrative measures should

## F. Conclusions et recommandations

72. En conclusion, il apparaît comme une nécessité de démanteler et de surmonter l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes, y compris la centralisation (excessive), la militarisation des institutions civiles (telles que le système pénitentiaire, le parquet ou le ministère de l'Intérieur), la bureaucratisation, la monopolisation et l'excès de réglementation. L'objectif doit être de créer des démocraties pluralistes, fondées sur la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme et de la diversité, appliquant les principes de la subsidiarité, de la liberté de choix, de l'égalité des chances, du pluralisme économique et de la transparence du processus de décision. La séparation des pouvoirs, la liberté des médias, la protection de la propriété privée et le développement d'une société civile sont quelques-uns des moyens qui permettront de réaliser cet objectif.

73. En s'attaquant à l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes, il convient de faire justice à chacun: aussi bien aux victimes de l'ancien régime qu'à l'élite précédemment au pouvoir. Si l'on ne parvient pas à trouver le bon équilibre, d'une part en rendant justice et en accordant des réparations aux victimes, d'autre part en donnant aux membres — non criminels — de l'ancienne élite au pouvoir une vraie chance de s'intégrer à la nouvelle société démocratique, les assises du nouvel Etat peuvent se trouver menacées, par suite de la déception et de la désaffection des victimes, ou de l'affaiblissement des droits de l'homme, fondement du nouveau régime.

74. Pour démanteler l'héritage d'un ancien régime totalitaire communiste, un Etat démocratique se doit d'employer les moyens prévus par la loi, et uniquement ces moyens là, faute de quoi il ne vaudrait guère mieux que le régime totalitaire qu'il entend démanteler. Un *Rechtsstaat* (Etat de droit) démocratique dispose de moyens suffisants pour faire en sorte que la justice soit respectée et que les coupables soient punis — il ne peut et ne doit cependant pas les utiliser dans un esprit de vengeance, plutôt que de justice. Un véritable *Rechtsstaat* doit respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales, tels que le droit à un procès en bonne et due forme et le droit d'être entendu; il doit appliquer ces principes à tous, même à ceux qui les ont bafoués lorsqu'ils étaient au pouvoir. Un Etat de droit démocratique est aussi en mesure de se défendre contre une résurgence de la menace totalitaire communiste, car il dispose d'amples moyens, qui ne portent pas atteinte aux droits de l'homme et à la prééminence du droit et relèvent du droit pénal ou de mesures administratives.

75. Au chapitre C, j'ai décrit en détail les mesures pénales, administratives, institutionnelles et sociétales qu'il convient d'appliquer. Au chapitre D, je me suis penché sur les lois de «décommunisation» ou de lustration, et j'ai énoncé les principes directeurs dont doivent s'inspirer ces mesures administra-

be applied in order to achieve justice without violating human rights. I do not want to repeat all this here. My recommendation to those countries of central and eastern Europe who are implementing — or are planning to adopt — such lustration laws or similar administrative measures would be to verify whether they comply with the guidelines suggested, and to revise them, if necessary. This will avoid complaints on these procedures to the control mechanisms of the Council of Europe under the European Convention on Human Rights, the Committee of Ministers' monitoring procedure, or the Assembly's monitoring procedure under Order No. 508 (1995).

76. I would also encourage all affected countries to implement the institution-building and other measures suggested in section C. The consolidated democracies, in accordance with the ideas set out in section E, should also consider stepping up their democratic development aid, and focusing their aid programmes more specifically on non-governmental and grass-roots activities, to help build up the civil society without which the new democracies overcoming the heritage of former communist totalitarian systems might not survive.

Reporting committee: Committee on Legal Affairs and Human Rights.

Budgetary implications for the Assembly: none.

Reference to committee: Doc. 7209 and Reference No. 1995 of 3 February 1995.

Draft resolution adopted unanimously by the committee on 20 May 1996.

Members of the committee: Mr Hagård (*Chairperson*), Mr Schwimmer, Mrs Err (*Vice-Chairpersons*), Mrs Aguiar, MM. Akçali, Alexander, Arbnori, Bartumeu Cassany, Berti, Bindig, Bobelis, Bučar, Cimoszewicz, Cioni, Clerfayt, Columberg, Deasy, Dees, Deniau, Fenech, Filimonov, Fogaš, Frunda, Fuhrmann, Fyodorov, Galanos, Mrs Gelderblom-Lankhout, MM. Grimsson, Guenov, Gürel, Mrs Holand, MM. Holovaty, Hunault, Jansson, Jaskiernia, Jeambrun, Karas, Kelam, Kirkhill, Koschyk, Kovalev, La Russa, Loutfi, Maginas, Magnusson, Martins, Mészáros, Moeller, Németh, Pantelėjevs, Poppe, Rathbone, Rhinow, Robles Fraga, Rodeghiero, Rokofyllos, Severin, Solé Tura, Solonari, Stretovych, Tahiri, Trojan, Weyts, Mrs Wohlwend.

*N.B. The names of those members who took part in the vote are printed in italics.*

See 23rd Sitting, 27 June 1996 (adoption of the draft resolution as amended); and Resolution 1096.

tives pour rendre justice sans porter atteinte aux droits de l'homme. Je ne reviendrai pas ici sur ces mesures et ces principes. Je recommanderais aux pays d'Europe centrale et orientale qui appliquent — ou envisagent d'adopter — des lois de lustration ou des mesures administratives analogues de vérifier si elles sont conformes aux critères proposés et, le cas échéant, de les modifier. Cela évitera que les mécanismes de contrôle du Conseil de l'Europe ne soient saisis de plaintes concernant ces procédures dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme, de la procédure de contrôle du Comité des Ministres ou de la procédure de surveillance de l'Assemblée prévue par la Directive n° 508 (1995).

76. J'encouragerais également tous les pays concernés à mettre en œuvre les mesures de création d'institutions et autres proposées au chapitre C. Les démocraties consolidées, comme cela a été expliqué au chapitre E, devraient envisager de renforcer leur «aide au développement démocratique» et d'axer plus particulièrement leurs programmes d'assistance sur les activités non gouvernementales et de terrain, afin de contribuer à l'instauration de la société civile sans laquelle les nouvelles démocraties, cherchant à se débarrasser de l'héritage des anciens régimes totalitaires communistes, pourraient ne pas survivre.

Commission chargée du rapport: commission des questions juridiques et des droits de l'homme.

Implications budgétaires pour l'Assemblée: néant.

Renvoi en commission: Doc. 7209 et Renvoi n° 1995 du 3 février 1995.

Projet de résolution adopté à l'unanimité par la commission le 20 mai 1996.

Membres de la commission: M. Hagård (*Président*), M. Schwimmer, M<sup>me</sup> Err (*Vice-Présidents*), M<sup>me</sup> Aguiar, MM. Akçali, Alexander, Arbnori, Bartumeu Cassany, Berti, Bindig, Bobelis, Bučar, Cimoszewicz, Cioni, Clerfayt, Columberg, Deasy, Dees, Deniau, Fenech, Filimonov, Fogaš, Frunda, Fuhrmann, Fyodorov, Galanos, M<sup>me</sup> Gelderblom-Lankhout, MM. Grimsson, Guenov, Gürel, M<sup>me</sup> Holand, MM. Holovaty, Hunault, Jansson, Jaskiernia, Jeambrun, Karas, Kelam, Kirkhill, Koschyk, Kovalev, La Russa, Loutfi, Maginas, Magnusson, Martins, Mészáros, Moeller, Németh, Pantelėjevs, Poppe, Rathbone, Rhinow, Robles Fraga, Rodeghiero, Rokofyllos, Severin, Solé Tura, Solonari, Stretovych, Tahiri, Trojan, Weyts, M<sup>me</sup> Wohlwend.

*N.B. Les noms des membres qui ont pris part au vote sont indiqués en italique.*

Voir 23<sup>e</sup> séance, 27 juin 1996 (adoption du projet de résolution amendé); et Résolution 1096.