

L'ACTUALITÉ DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE

LES CRIMES INTERNATIONAUX CONFRONTÉS AUX PROCESSUS DE JUSTICE TRANSITIONNELLE

Xavier PHILIPPE¹

L'articulation entre la justice transitionnelle et la justice pénale internationale n'est pas une question récente, mais elle ne cesse d'être alimentée chaque année par de nouvelles expériences dans lesquelles la controverse entre la poursuite pénale et d'autres formes de justice alternative se poursuit. On peut ici rappeler à titre liminaire que la justice transitionnelle se définit comme l'ensemble des processus relatifs aux traitements des violations passées à la suite d'un conflit ou d'une période troublée. La justice transitionnelle² fait un peu penser à cet amalgame des processus essayant de répondre à des violations graves et souvent massives des droits de la personne sans que le nom ou la qualification du crime y soit clairement adossé. Il s'agit donc d'une notion regroupant l'ensemble des processus se rattachant à l'idée de justice dans les périodes post-crisis ou post-confliktuelles. Cette définition reste cependant ouverte si l'on ne prend pas le soin de préciser ce que revêt la notion même de justice dans ce contexte. Sans prétendre à l'exhaustivité, elle regroupe les cinq piliers identifiés par Louis Joinet³ que sont : le droit à la vérité ; le droit à réparation ; le droit à la justice ou à l'identification des responsabilités ; la garantie de non-répétition des crimes et la réconciliation nationale.

Lorsque des crimes internationaux sont commis lors d'un conflit, l'une des questions récurrentes consiste à savoir comment poursuivre de tels crimes et sur quelle échelle ? Entre le principe d'une répression de ces crimes et la réalité de leurs poursuites, l'écart est important et le risque d'inertie extrêmement élevé. Les promesses de « rendre la justice » ne suffisent pas. Il est nécessaire d'y adjoindre des mécanismes de poursuites que le contexte politique rend souvent difficiles. Ce débat a souvent généré certaines oppositions entre les tenants d'une

¹ Professeur de droit public, Directeur de l'Institut Louis Favoreu-GERJC, Co-Président de l'Association francophone pour la justice transitionnelle, Faculté de droit et de science politique, Aix Marseille Univ., Université de Toulon, Univ. Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Aix-en-Provence, France & *University of the Western Cape, South Africa* [xavier.philippe@univ-amu.fr].

² Dont les termes français représentent la traduction littérale des mots *transitional justice* en anglais, ce qui explique l'interrogation et l'inconfort que génère l'accolement de ces deux mots entre eux. Toutefois, ces processus permettent une compréhension générique des rapports entre justice et transition vers la démocratie.

³ V. L. JOINET, « Rapport final sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques) », Nations Unies, Conseil Économique et Social, Sous-commission des droits de l'Homme, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 ; v. égal. *Lutter contre l'impunité – Dix questions pour comprendre et pour agir*, éd. La découverte, 2002.

poursuite pénale impérative et ceux acceptant un mécanisme d'approche global de la justice pouvant inclure des mesures de clémence, voire d'immunités de poursuites. Cette approche pragmatique de la justice post-confliktuelle ou transitionnelle a généré certaines oppositions à ses débuts entre les tenants d'une justice pénale classique fondée sur une poursuite systématique des crimes internationaux et ceux de mécanismes *sui generis* se concentrant sur une perception globale de la justice axée prioritairement sur les besoins des victimes plus que sur la poursuite des auteurs de crimes. Ces perceptions antagonistes de la justice ont évolué au cours des deux dernières décennies au point de donner naissance à une vision intégrée de la justice transitionnelle qui englobe les différents mécanismes pénaux et non-pénaux, nationaux et internationaux qui poursuivent un objectif général de justice dans les situations post-confliktuelles ou post-crisis. La justice transitionnelle essaie donc d'apporter une réponse intégrée et globale en termes de justice qui vise à la fois les victimes, les auteurs des violations ainsi que la société dans son ensemble sans que soit oubliée la perspective de légitimation du nouveau pouvoir.

À ce jour, les mécanismes de justice transitionnelle mis en place dans le monde ont été exclusivement des mécanismes nationaux. Ils ont été créés un peu partout dans le monde, sur tous les continents, soit sous la forme de Commissions « Vérité et réconciliation »⁴, soit sous la forme de processus d'épuration des fonctions publiques ou officielles⁵, soit encore sous forme de juridictions pénales spéciales, internationalisées ou non⁶.

Les faits générateurs de la justice transitionnelle permettent de comprendre la variété des situations visées. On recense cinq grands types de faits générateurs. Les premiers sont représentés par les crimes internationaux de masse, qu'il s'agisse de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou de crimes de génocide : la réponse pénale est logiquement la mieux adaptée⁷, mais elle n'est pas toujours possible ou plus exactement elle n'est pas toujours

⁴ À titre d'exemple : Amérique du Nord et centrale : Canada, États-Unis, Guatemala, Salvador, Panama, La Grenade ; Amérique latine : Équateur, Pérou, Brésil, Bolivie, Paraguay, Uruguay, Chili, Argentine ; Europe : Allemagne (ex-RDA) ; Asie : Népal, Bangladesh, Sri Lanka, Indonésie, Timor-Oriental ; Océanie : Australie, Îles Salomon ; Afrique : Maroc, Tunisie, Tchad, Sierra Leone, Libéria, Ghana, Togo, Nigéria, RDC, Afrique du Sud, Côte d'Ivoire.

⁵ Ces processus, appelés aussi processus de *vetting*, consistent à empêcher des personnes convaincues d'avoir soutenu ou participé aux exactions menées par l'ancien régime d'occuper des fonctions électives ou officielles sous l'empire du nouveau régime. Le *vetting* constitue une forme d'indignité qui peut être soit temporaire, soit définitive. On peut en trouver des exemples en Amérique latine : Bolivie, Argentine ; en Europe : Pologne, République Tchèque ; en Afrique : Afrique du Sud, Rwanda, Kenya.

⁶ Juridiction pénale internationale *ad hoc* : ex-Yougoslavie ; Juridiction pénale mixte internationalisée : Cambodge, Timor-Oriental ; Juridictions pénales spécialisées, mixtes et internationales : Liban, Sierra Leone, Libéria, Côte d'Ivoire, RDC, Centrafrique.

⁷ Rwanda, ex-Yougoslavie, Cambodge.

immédiatement possible. La justice transitionnelle non judiciaire constitue ainsi souvent un début de réponse qui peut ensuite être compensé par des poursuites ultérieures, voire quelquefois tardives. Le deuxième type de faits générateurs est représenté par les situations de violations massives des droits de l'Homme sans que ces violations ne donnent lieu à des qualifications juridiques précises, faute d'identification précise des auteurs, comme en Côte d'Ivoire ou au Mali. Le troisième type de faits générateurs est représenté par les périodes de transition politique majeure dans lesquelles l'ancien pouvoir a cédé la place ou a été renversé comme cela fut le cas en Tunisie, en Afrique du sud, au Pérou ou encore au Chili. Le quatrième type de faits générateurs est représenté par les périodes postérieures aux violations des droits fondamentaux mais qui se situent hors de périodes de transition, comme au Maroc, au Togo ou au Liban. Enfin, le cinquième type de faits générateurs est représenté par les États démocratiques qui font face à d'importantes tensions mémorielles, comme le Brésil, le Canada ou l'Espagne. La diversité de ces cas de figure démontre la variété des hypothèses dans lesquelles la justice transitionnelle peut être mise en œuvre ainsi que les points de contact mais également les divergences entre les poursuites pénales de crimes internationaux et l'activité plus large des institutions chargées d'un tel processus. L'objectif de la justice transitionnelle consiste tout d'abord à reconstruire une société et non à se focaliser sur les seules violations qui l'ont caractérisée. Les défis de cette justice sont ainsi liés à la spécificité de chaque contexte, à la fragmentation des situations et à la variété des acteurs. L'espoir d'y trouver un remède miracle explique la permanence de son évocation dans les sociétés en reconstruction. Pourtant, nombre d'expériences connaissent des déconvenues, souvent liées soit à une mauvaise conception des processus et des structures, soit à un manque de volonté politique. Nous avons fait le choix (subjectif) de présenter deux expériences en cours, démontrant à la fois l'impuissance des mécanismes classiques et la difficulté d'innover dans des contextes socio-politiques restant extrêmement tendus : la Tunisie et la Colombie.

I. LA JUSTICE TRANSITIONNELLE EN TUNISIE

Née des printemps arabes, la révolution tunisienne s'est déclenchée en janvier 2011⁸. Elle a été très courte, a fait relativement peu de victimes durant son déroulement mais a immédiatement généré une revendication de traitement des exactions commises par le régime déchu du Président Zine Ben-Ali qui s'est enfui à l'étranger.

1. Le contexte et le mécanisme

La justice transitionnelle a connu deux périodes en Tunisie : une première période postrévolutionnaire, caractérisée par des actions aléatoires, a été marquée par des hésitations et des procès sommaires organisés devant des tribunaux militaires de certains anciens dignitaires du régime⁹ ; une deuxième période, plus raisonnée et construite, marquée par la mise en place d'un mécanisme de justice transitionnelle par la loi du 24 décembre 2013 relative à *l'instauration de la justice transitionnelle et à son organisation*¹⁰. Si la première période a révélé une impréparation et un manque d'encadrement ayant débouché sur un sentiment d'insatisfaction, la deuxième période s'est voulue plus conforme à une institutionnalisation raisonnée et rationnelle de la justice transitionnelle.

La loi du 24 décembre 2013 a mis en place un organe central représenté par l'*Instance Vérité et dignité* (IVD) qui a été mise en place le 1^{er} décembre 2014¹¹. Cette commission « Vérité et réconciliation » s'est vue confier la mission de mise en œuvre du processus de justice transitionnelle en Tunisie pour des violations graves des droits de l'Homme¹² couvrant la période allant du 1^{er} juillet 1955 au 15 décembre 2013. L'IVD a été chargée par la loi, d'enquêter et d'identifier les causes et les circonstances de ces violations commises durant cette période qui reste assez large. La loi l'a dotée à cet effet de différents outils, telle la possibilité

⁸ Le mouvement populaire qui a animé la révolution a été initié par un fait divers : l'immolation de Mohamed Bouazizi, jeune homme de 26 ans sans emploi qui vendait des fruits et légumes pour gagner sa vie et auquel des policiers avaient confisqué sa marchandise parce qu'il ne disposait pas des moyens pour acheter une licence (et verser des pots-de-vin) pour exercer une telle activité commerciale. Son geste puis son décès le 4 janvier 2011 vont déclencher la vague de ce qui a été baptisé le « Printemps arabe ».

⁹ Ces procès ont eu lieu durant la période 2011-2012. Ils ont été critiqués car ils se sont déroulés sans aucune appropriation populaire préalable.

¹⁰ Loi organique 2013-53 du 24 décembre 2013, relative à l'instauration de la justice transitionnelle et à son organisation (JORT n° 105 daté le 31 décembre 2013).

¹¹ V. article 19 de la loi. Cette commission est composée de 15 membres choisis pour leur neutralité et leur indépendance.

¹² Art. 3. – Au sens de la présente loi, on entend par "atteinte", toute agression caractérisée ou méthodique perpétrée à l'encontre de l'un des droits de l'homme, par les organismes de l'État, par des groupes ou par des individus qui agissent en son nom ou sous sa protection, même s'ils n'ont ni la qualité ni les attributions qui le leur permettent. Tombe également sous le coup de la présente loi toute atteinte caractérisée et méthodique à l'un des droits de l'homme, perpétrée par des groupes organisés.

de déclencher des poursuites pénales, de dédommager les victimes et d'instaurer des garanties de non-répétition. L'IVD dispose ainsi de larges prérogatives et pouvoirs qui font d'elle une instance « surpuissante » dans la mesure où elle dispose de pouvoirs exceptionnels pour un organe non-juridictionnel. Elle est par exemple autorisée à déroger au droit commun en matière d'instruction, d'accès aux archives et d'octroi de réparations. Ces prérogatives extraordinaires accordées à l'Instance par la loi l'autorisent à recourir à « toute mesure ou tout mécanisme pouvant l'aider à dévoiler la vérité »¹³, ce qui interpelle l'opinion publique et les juristes quant à la conformité de son mandat aux valeurs et principes constitutionnels nouvellement adoptés.

Son mandat très large dépasse les crimes internationaux potentiellement commis qui sont confiés dans leur traitement à des chambres pénales spécialisées. Le rôle de l'Instance est principalement centré sur deux aspects : d'une part, la révélation de la vérité et sa narration par les victimes et les auteurs ; d'autre part, les programmes de réparation qui doivent être accordés en conséquence. S'y ajoutent les obligations de transmission des violations les plus graves aux chambres spécialisées, les propositions de réforme des institutions et la réconciliation nationale.

2. Le fonctionnement du processus de justice transitionnelle

L'originalité du système tunisien de justice transitionnelle repose sur l'articulation du processus non-juridictionnel représenté par l'*Instance Vérité et dignité* avec un processus juridictionnel spécifique représenté par les chambres spécialisées. Ces chambres spécialisées sont des chambres *ad hoc* imaginées après l'échec des premiers procès de la transition devant les tribunaux militaires en 2011-2012. La mise en place de ces chambres correspond à une volonté du constituant-législateur de confier à des juridictions pénales spéciales le soin de juger des violations graves des droits de l'Homme définies à l'article 8 de la loi du 24 décembre 2013¹⁴. Ces chambres, non encore fonctionnelles, ont été placées dans huit Cours d'appel tunisiennes. Elles devront statuer sur les demandes transmises par l'Instance au ministère public, qui devra instruire et poursuivre pénalement les personnes mises en cause. Le système de justice transitionnelle tunisien n'a pas prévu de mécanisme d'amnistie et a rendu imprescriptibles les

¹³ Article 42 de la loi sur la justice transitionnelle.

¹⁴ Les violations graves des droits de l'Homme visées sont notamment : l'homicide volontaire, le viol et tout autre forme de violences sexuelles, la torture, la disparition forcée, la peine de mort sans garantie d'un procès équitable, auxquelles s'ajoutent la fraude électorale, les crimes économiques et la corruption financière, le détournement de fonds publics, la migration forcée pour des raisons politiques. L'emploi de l'adverbe « notamment » n'exclut pas d'autres infractions qui pourraient rentrer dans la compétence de ces chambres.

crimes commis dans le cadre de l'article 8¹⁵. La composition des chambres spécialisées est confiée à des juges professionnels qui devront recevoir une formation spécialisée dans le cadre de la justice transitionnelle. Quarante-cinq juges ont été désignés mais n'exercent pas encore leurs fonctions.

Le système de justice transitionnelle tunisien révèle à ce jour (un peu plus de la moitié du mandat) des aspects positifs indéniables, d'autres plus négatifs et suscite un certain nombre d'interrogations.

Au titre des points positifs, il faut souligner la mise en place de trois (sous-)commissions chargées d'instruire les dossiers. 62.351 dossiers ont été déposés et 21.147 auditions ont été effectuées. Les audiences publiques ont commencé en décembre 2016 et ont bénéficié d'une large couverture médiatique et d'une très large audience. Sur ce point, le travail de l'IVD est indéniable.

Au chapitre des points négatifs, il demeure en revanche de nombreuses questions restant en suspens. Concernant les chambres spécialisées tout d'abord, le but que s'est donné le législateur tunisien dans la mise en œuvre du mécanisme de justice transitionnelle repose sur la volonté de lutter contre l'impunité dans le respect des règles du procès équitable. Cet effort louable ne doit pas cependant cacher les difficultés : la loi fixe peu de critères précis et un cadre juridique assez flou concernant l'organisation et le fonctionnement des chambres. Ces chambres spécialisées n'ont pas encore été mises en place et il reste difficile de savoir comment elles appréhenderont leurs missions. Cette difficulté a été renforcée par des événements extérieurs au processus de justice transitionnelle, comme le blocage de la mise en place du nouveau Conseil supérieur de la magistrature, qui devait clarifier la procédure et déterminer les éléments d'articulation avec les juridictions ordinaires. D'autres problèmes matériels sont venus se surajouter à ces difficultés initiales. Les quarante-cinq juges ont été nommés suivant une procédure et des critères qui restent peu clairs. Les juges retenus sont faiblement ou non-expérimentés en matière de justice pénale. Les crimes qui seront transférés aux chambres spécialisées nécessitent pourtant une connaissance minimale des règles du droit pénal et une formation spécifique en matière de justice transitionnelle. Or, les crimes visés par l'article 8 de la loi sur la justice transitionnelle présentent certaines spécificités tant dans leur contexte de commission que dans les éléments à remplir pour qu'ils puissent faire l'objet de poursuites. Sans préjuger de ce que sera le travail de ces chambres, une interrogation légitime peut surgir devant une certaine

¹⁵ Article 9 de la loi.

impréparation de ces juridictions. Une autre difficulté plus technique mais non moins problématique repose sur les relations qu'entreprendront l'IVD et les chambres pour la transmission des violations constatées par l'IVD. Outre les questions de délai, l'un des problèmes majeurs consiste à déterminer si les chambres (ou plutôt l'autorité de poursuite devant ces chambres) disposeront d'un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des poursuites. En d'autres termes, se trouve-t-on face à un système de légalité ou d'opportunité des poursuites ? En toute logique, l'IVD devrait, par son travail, être en mesure d'instruire le dossier et de le transmettre aux chambres en ayant effectué une pré-analyse de la nature des violations commises. Cependant, une analyse formulée par une commission « Vérité et réconciliation » n'est pas nécessairement une analyse pénale et il se peut que si l'acte est en soi répréhensible, il ne puisse être poursuivi pour des raisons liées par exemple au manque de preuve ou au défaut caractérisé de l'un des éléments de l'infraction, comme l'élément moral. Dans une telle situation, quelle sera la marge de manœuvre de la juridiction ? Sur ce point, la loi qui se voulait innovante dans cette articulation entre l'IVD et les chambres spécialisées, n'a pas été suffisamment précise pour permettre d'avoir une perception claire du rôle exact de chacun. La loi n'a également prévu de second degré de juridiction, ce qui aura pour effet de donner aux chambres spécialisées le dernier mot en matière de sanction pénale.

À ces difficultés techniques, des difficultés plus politiques se sont ajoutées. Il est difficile de les ignorer, même si leur impact est difficilement mesurable. Le fonctionnement de l'IVD a suscité une tension de plus en plus vive entre l'instance et le pouvoir exécutif. Les élections présidentielles et législatives ont été gagnées par l'opposition et le parti *Nidaa Tounes*. Les nouveaux dirigeants, dont certains avaient servi sous l'ancien régime (même s'ils s'en étaient distancés ensuite), se sont montrés beaucoup moins enclins à développer le système de justice transitionnelle, mis en place par l'Assemblée constituante (agissant dans sa capacité législative). Deux faits caractéristiques en témoignent : l'affaire des archives et la loi sur la réconciliation dans les domaines économiques et financiers. Forte des pouvoirs qui lui ont été octroyés mais consciente également de la défiance naissante à son égard, l'IVD a organisé une procédure de saisie des archives de l'exécutif qu'elle a tenté d'effectuer sans ménagement auprès de la présidence. Une crise politique est née de cette situation qui a placé l'instance en situation délicate, moins sur le fond que sur la manière dont elle avait décidé de procéder à cette saisie. Par ailleurs, le pouvoir exécutif a de son côté démontré une méfiance croissante à l'égard de la justice transitionnelle et a préparé un projet de loi organique relative aux procédures spéciales concernant la réconciliation dans les domaines économiques et financiers qui avait pour effet

d'amnistier certains faits relatifs à l'enrichissement sans cause d'acteurs économiques sous le régime antérieur. Consultée sur ce projet, la Commission de Venise a rendu un avis défavorable¹⁶ à ce projet. Cela n'a pas empêché le gouvernement de poursuivre son examen malgré un très fort ressentiment de la population contre cette loi.

Le fonctionnement interne de la Commission n'a pas été épargné non plus. Le processus de nomination a conduit à celle de personnalités au profil très différent mais qui ont mal supporté la détermination et le caractère fort de la présidente de l'instance. Cette situation a conduit à une série de démissions qui, si elle se poursuivait, pourrait remettre en question le quorum, faute de remplacement des sièges vacants. Après deux ans et demi de fonctionnement, l'avenir de l'IVD reste incertain : réussira-t-elle à remplir son mandat ?

3. L'évaluation provisoire du mécanisme de justice transitionnelle

Quel regard extérieur peut-on porter sur la mise en œuvre de l'expérience de justice transitionnelle en Tunisie ? Née d'une véritable volonté de mettre en lumière les exactions du passé, d'identifier les responsabilités et de concevoir des programmes de réparation au profit des victimes, l'expérience tunisienne semble confrontée à la complexité et la réalité des faits qui minorent les attentes placées dans ce processus.

Si l'on compare l'expérience tunisienne à d'autres, le contexte de création de l'IVD correspond à une approche classique de la justice transitionnelle dans les États en situation post-crise ou post-conflit dans lesquels ont été perpétrés des violations graves des droits fondamentaux. Ces commissions « Vérité et réconciliation » font désormais partie des mécanismes adoptés par les États en transition pour reconstruire le rapport de la société à son passé mais également identifier les responsabilités et évaluer leur répartition. Toutefois, selon les contextes politiques, historiques, et sociaux, le mandat d'une commission de vérité diffère d'un État à un autre et les résultats peuvent s'avérer profondément différents. On observe malgré tout une constante qui se confirme dans le cas tunisien : les mécanismes de justice transitionnelle toujours très ambitieux dans la loi qui les institue, peinent à atteindre leurs objectifs.

Si la création de la Commission tunisienne a pu, à juste titre, être considérée comme un gage de réussite lors du processus de transition, l'IVD n'a cessé d'essuyer les critiques depuis le

¹⁶ Avis défavorable de la Commission de Venise n°818/2015 du 27 octobre 2015.

lancement de ses travaux préparatoires en juin 2014. Ses méthodes de travail et ses procédures ont été empreints d'un certain manque de rigueur dans leur mise en œuvre. De surcroît, le refus du Parlement tunisien d'accorder un budget suffisant à l'Instance, les retards dans les enquêtes et l'instruction des dossiers, les démissions successives des commissaires, ainsi que les refus répétés de lui accorder l'accès aux archives, ont constitué de sérieux obstacles à une mise en œuvre effective de son mandat. La multiplication de ces difficultés, combinée à une campagne médiatique dénigrant la justice transitionnelle, ont contribué à semer le doute sur la nécessité et l'effectivité du processus dont la légitimité devient objet de débat.

Ces attaques ont été accentuées depuis les élections législatives et présidentielles de 2014 qui ont affecté la scène politique tunisienne. Depuis, une dialectique de rapports de force s'est instaurée entre ceux qui, d'une part, soutiennent le processus de recherche de la vérité et les poursuites pénales et, d'autre part, ceux qui plaident pour une forme d'oubli à travers une réconciliation « amiable », à travers des mécanismes d'amnistie, tels que le projet susmentionné de la loi de réconciliation économique nationale.

Une approche critique de la stratégie de travail de l'IVD permettrait d'évaluer l'impact des nouvelles dynamiques politiques mises en œuvre, et leurs conséquences sur les obligations visées par l'article 148 (°9) de la Constitution tunisienne qui dispose que « l'État s'engage à mettre en application le système de la justice transitionnelle dans tous ses domaines et dans les délais prescrits par la législation qui s'y rapporte ».

II. LA JUSTICE TRANSITIONNELLE EN COLOMBIE

Le deuxième contexte d'actualité de la justice transitionnelle est représenté par la situation colombienne. Les accords de La Havane, d'abord rejetés par référendum puis modifiés, comportent un volet important relatif à la justice transitionnelle dont ils ont constitué un élément de l'ossature. Rappelons de façon liminaire que la Colombie a été confrontée à un conflit armé interne pendant plusieurs décennies, mettant en présence plusieurs groupes armés poursuivant des intérêts divergents. Ce conflit est ancien puisque le début des hostilités remonte aux années 1960. Une opposition politique forte et clivante entre ces différents groupes constitue l'un des principales racines du conflit.

1. Les tentatives initiales d'instauration de la justice transitionnelle

La justice transitionnelle ne constitue pas une nouveauté en Colombie. En effet, plusieurs mécanismes ont été mis en place par le passé. Ceux-ci n'ont toutefois pas généré d'impact significatif sur la paix et la réconciliation nationale. Les processus imaginés n'ont pas été à la hauteur des espoirs placés en eux et les violations massives des droits de la personne ainsi que la multiplication des victimes ont perduré, ainsi que le conflit qui les a alimentées.

La conception de la justice transitionnelle en Colombie est classiquement entendue à travers les piliers caractéristiques de vérité, à travers des témoignages et preuves, d'identification des responsabilités, à travers la mise en œuvre de processus judiciaires dans lesquels les accusés sont jugés et punis par un tribunal compétent, et de programmes de réparation, à travers une compensation financière accordées aux victimes.

Depuis les années 1990, trois tentatives majeures de résolution du conflit ont été initiées pour encourager la démobilisation, l'arrêt du conflit et l'octroi de réparations au profit des victimes.

Dans une première période se situant entre 1984 et 1987, un cessez-le-feu fut conclu entre le gouvernement colombien et les Forces armées révolutionnaires colombiennes (FARC)¹⁷, permettant la création d'une nouvelle organisation politique de gauche appelée Union patriotique, encourageant de fait une démobilisation des FARC. Cependant, les années qui suivirent furent marquées par des pertes sanglantes pour les FARC puisque plus de 3000 membres de cette nouvelle organisation politique furent tués par des paramilitaires reliés à l'AUC¹⁸, eux-mêmes fortement lié aux forces de sécurité étatiques. Cela créa une rupture du cessez-le-feu en 1987.

Dans une deuxième période s'étalant de 1999 à 2002, de nouvelles négociations de paix furent initiées entre le gouvernement et les FARC¹⁹. Pour ce faire, les parties acceptèrent de démilitariser un territoire de la taille de la Suisse, où se dérouleraient les pourparlers des accords de paix. Cependant, le manque de confiance entre elles ainsi que des positions inconciliables conduisirent à l'échec de cette tentative.

¹⁷ 1984-1987 : Accords de la Uribe.

¹⁸ *Autodefensas Unidas de Colombia*, Autodéfenses unies de Colombie, groupe paramilitaire colombien le plus important fondé en 1997 à la suite de l'unification de différents groupes paramilitaires.

¹⁹ 1999-2002 : Processus de Caguán.

Enfin, dans une troisième période initiée en 2012 et qui prit fin en 2016 avec l'ouverture des négociations de La Havane (Cuba)²⁰ de nouvelles discussions furent menées. Ce processus fut marqué par une désescalade du conflit sans pour autant qu'il y ait de véritable cessez-le-feu. Dans cette dernière période du processus de paix, la justice transitionnelle a tenu un rôle central dans les négociations qui ont conduit au processus de La Havane.

Parallèlement, plusieurs mécanismes de justice transitionnelle ont été mis en place avant que le processus de La Havane ne débouche sur un processus de paix. Toutefois, au regard de la pratique de ces expériences, il semble difficile de les qualifier réellement de processus de justice transitionnelle.

Les débuts d'une référence à la justice transitionnelle en Colombie remontent en réalité²¹ à l'année 2005 avec la loi *Justice et paix* prévoyant que les paramilitaires puissent déposer leurs armes et n'être condamnés qu'à des peines réduites²² en échange d'une collaboration avec la justice s'ils avouaient leurs crimes et s'engageaient dans un processus de réparation. Cependant, suite à la décision de la Cour constitutionnelle colombienne l'estimant inconstitutionnelle²³, cette loi dut être modifiée en 2006, pour la rendre plus stricte à l'égard des paramilitaires, car elle autorisait de nombreuses amnisties. Au-delà de sa modification, cette loi peinait toutefois à satisfaire les standards internationaux, notamment en matière d'impunité. L'amnistie étant alors très large et aisée à obtenir, les victimes demeuraient insatisfaites. Elle continua à faire l'objet de nombreuses critiques, notamment de la part de la société civile, certains parlant même de « l'effroyable bilan » de cette loi.

Un mécanisme spécial fut mis en place comportant des formations spéciales au sein de la Haute Cour du tribunal de Medellin pour juger des personnes tombant sous l'emprise de cette loi.

La même année, une commission nationale pour les réparations et la réconciliation – le CNRR – fut mise en place dans le prolongement de la loi *Justice et paix*. Elle était chargée de concevoir et de mettre en œuvre des politiques de réparation à destination des victimes. Celle-ci était composée de représentants du gouvernement, d'organisations de la société civile et d'autorités

²⁰ 2012-2016 : Processus de La Havane.

²¹ Un premier processus fut initié à la fin des années 1980. Plusieurs groupes armés se retirèrent des hostilités directes en se transformant le plus souvent en organisation politique. Ce fut notamment le cas du M-19, qui se démobilisa massivement, à la suite d'une procédure leur accordant une amnistie complète (qui fut par la suite très critiquée) et une réintégration dans la sphère politique. L'une de leurs principales revendications reposait également sur l'établissement d'une nouvelle assemblée constituante pour l'établissement d'une nouvelle constitution en 1991. Il était cependant difficile à cette époque de considérer qu'il s'agisse d'un processus de justice transitionnelle.

²² Au maximum à 8 ans de prison.

²³ Décision de la Cour constitutionnelle C-575 de 2006.

de contrôle. Elle cessa son activité en 2011 à la suite de l'adoption de la loi sur la réparation due aux victimes. Pour compléter ce processus, un organe d'écriture de l'histoire fut mis en place, lui-même complété en 2010 par une loi créant un mécanisme non-juridique de recherche de la vérité.

En 2011, la Colombie adopta une loi de réparation due aux victimes et de restitution des terres. Cette loi promettait une réparation matérielle et symbolique à toutes les victimes du conflit armé, et prévoyait de restituer leurs terres aux paysans chassés de chez eux par les guérillas d'extrême-gauche ou les groupes paramilitaires d'extrême-droite. Le champ d'application temporel de cette loi était cependant limité aux faits s'étant déroulés après 1991. De nouveau, l'efficacité de cette loi fut largement compromise par la poursuite du conflit armé.

A partir de 2012, le processus de justice transitionnelle en Colombie s'accéléra. La loi controversée de 2005 *Justice et Paix* fut réformée, notamment pour la mettre en accord avec celle de 2011 sur la réparation due aux victimes.

La même année, une loi créant un cadre juridique en vue d'une nouvelle initiation du processus de paix fut mise en place. Celle-ci déboucha sur une révision de la Constitution et inscrivit les mécanismes de justice transitionnelle. Elle permit l'allègement de peines pour les membres de groupes armés ayant déposé les armes ou les agents du gouvernement, et constitua un véritable préalable à une sortie de conflit négociée avec les FARC.

Enfin, une unité de restitution des terres devint effective en 2012. Cette institution fut chargée de concevoir les procédures juridiques de restitution et de retour des terres aux victimes de vols et d'abandon forcé de terres dans le contexte du conflit armé.

Pour louables qu'elles soient, toutes ces tentatives d'instauration de processus de justice transitionnelle lancés par l'Etat colombien avant 2012 sont restées marginales quant aux effets qu'elles ont produits sur la réconciliation et les réparations apportées aux victimes. Ces textes et leur mise en œuvre n'ont pas réussi à instituer un processus à la hauteur des attentes de la population colombienne.

2. Le processus de paix de La Havane et ses innovations

L'arrivée au pouvoir de Juan Manuel Santos en 2010 a permis d'initier de réelles nouvelles tractations entre les FARC et l'État colombien. Le moment était opportun avec l'arrivée du

nouveau président mais aussi les effets de l'offensive militaire menée contre les FARC par son prédécesseur Alvaro Uribe. Les guérilleros étaient alors confinés dans des endroits reculés du pays et en position de faiblesse, incapables de remporter une victoire militaire. S'ajoutait à cela divers facteurs, la mort du leader des FARC et la victoire par les urnes d'anciens guérilleros (Rousseff au Brésil et Mujica en Uruguay) qui ont favorisé ce changement de stratégie.

Les négociations formelles menées à partir de 2012, dans le « cadre juridique pour la paix » adopté la même année, avaient pour but affiché de mettre fin au conflit entre l'État et les FARC mais les sujets abordés comprenaient des aspects sociaux et économiques. Elles étaient organisées autour de cinq thèmes majeurs : le développement rural, la participation politique, les cultures illicites, la fin du conflit et les victimes. Les négociations se sont fondés sur deux principes directeurs clefs : « *Nothing is agreed until everything is agreed* » (rien n'est accepté tant que tout n'est pas réglé), ce qui garantissait aux parties de disposer d'un droit de retrait ; « *Pas de justice sans paix, mais pas de paix sans justice* » : pour la première fois, les questions de résolution de conflit et de justice transitionnelle étaient abordées de manière simultanée en Colombie.

Le processus de paix colombien se distingue d'autres processus par plusieurs innovations majeures. En premier lieu, il opère une distinction conceptuelle entre la résolution du conflit et transformation de conflit, c'est à dire entre le principe de conclusion d'un accord de paix et la façon de résoudre la situation issue de cet accord. Les négociations de La Havane se limitent à mettre fin au conflit en cours. La consolidation de la paix proprement dite devra s'opérer après la signature de l'accord, avec une participation qui soit la plus large possible. En deuxième lieu, il prévoit l'inclusion des victimes au centre du processus, avec l'introduction de mécanismes de justice transitionnelle dès le début des négociations. Des délégations de victimes ont ainsi été invitées par l'ONU à se rendre à La Havane. Leurs rencontres avec les négociateurs ont conduit ceux-ci à élaborer un système de justice transitionnelle ambitieux qui réponde aux exigences de vérité, de justice, de réparation et de non-répétition. En troisième lieu, le processus a intégré des discussions relatives à la mise en œuvre de l'accord avant la fin des négociations. Des dispositions législatives ont été adoptées quant au cadre juridique de l'accord à venir et afin de garantir le bon déroulement de la période de transition en devenir. Des forums publics ont été organisés et la communication auprès du public a été l'une des priorités des parties aux négociations. Ce processus s'est voulu ouvert dès le départ. Enfin, en quatrième lieu, ce processus de paix a abouti à la création d'un système de justice transitionnelle visant à englober

la vérité, la justice et les réparations de manière globale. Celui-ci est presque « parfait sur le papier »²⁴. Sa mise en œuvre soulève toutefois davantage d'inquiétudes.

Ce fut la question des victimes et de la justice qui fut la plus contentieuse. Quinze mois de négociations furent nécessaires avant que les parties n'aboutissent à un accord. Le système de justice transitionnelle introduit par l'accord de paix d'août 2016 reposait sur une institution clef, la *Juridiction spéciale pour la paix* (JEP). Celle-ci se compose d'une part d'un Tribunal pour la paix, et d'autre part de Chambres de reconnaissance de la vérité, des responsabilités, de détermination des faits et des conduites. Les juges devaient être sélectionnés par un mécanisme indépendant auquel étaient invités à participer des représentants internationaux, dont la délégation colombienne d'ICTJ²⁵ mais également le Secrétaire général des Nations-Unies et le Pape François.

Les auteurs de crimes acceptant de coopérer avec cette juridiction peuvent bénéficier d'une amnistie en ce qui concerne les crimes politiques ou directement connexes²⁶, mais aussi d'allègements de peine pour les crimes plus graves²⁷. Les coupables collaborant de manière sincère et totale avec la JEP ne recevraient qu'une peine de 5 à 8 ans de privation de liberté et passeront la durée de leur peine à travailler auprès des victimes plutôt qu'en prison. Ceux qui coopèrent de manière tardive ou incomplète pourraient être condamnés à une durée de 5 à 8 années de prison. Ceux qui ne coopèrent pas du tout s'exposent quant à eux à des peines pouvant aller jusqu'à 20 ans de prison. Il est remarquable que le même traitement s'applique aux membres des FARC, aux agents de l'État et aux membres d'autres groupes armés.

Si elle devait voir le jour, cette structure novatrice et ambitieuse deviendrait l'initiative de justice transitionnelle la plus coûteuse en termes de ressources matérielles et humaines, selon le Haut-Commissariat aux droits de l'homme.

Les dispositifs de justice transitionnelle prévus par l'accord de paix privilégiaient des réponses concrètes aux besoins des victimes au détriment d'une justice répressive. Les personnes accusées de crimes de guerre doivent collaborer pleinement avec la commission vérité s'ils veulent bénéficier d'un allègement de leur peine. Le chapitre relatif aux réparations établit une

²⁴ Selon les termes de Michael Reed-Hurtado, ancien conseiller du Haut Commissaire aux droits de l'homme pour la Colombie.

²⁵ *International Centre for Transitional Justice* [www.ictj.org].

²⁶ Bien que la notion de crimes connexes ne soit pas explicitement définie.

²⁷ À savoir ceux pour lesquels la Cour pénale internationale a compétence.

responsabilité personnelle pour les criminels de réparer les dommages qu'ils ont causés. Les associations de victimes soutenaient quant à elles unanimement l'accord de paix.

Contrairement à tous les pronostics, les Colombiens ont rejeté l'accord de paix lors du référendum du 2 octobre 2016, par une courte majorité mais également à travers une faible participation. Ceci soulève la question de l'appropriation du processus de paix par la population dès lors qu'il a été négocié loin d'elle. Les critiques les plus importantes faites à l'accord entre le gouvernement et les FARC concernaient le risque d'impunité pour les criminels de guerre et l'imposition d'un tel accord par les dirigeants et les participants aux négociations.

Le président colombien Santos a malgré tout maintenu le cessez-le-feu bilatéral et poursuivi ses efforts pour une paix négociée avec les FARC, que ceux-ci ont partagés. En novembre 2016, une version remaniée de l'accord de paix a été présentée, qui essaie de corriger certaines des critiques qui lui avaient été adressées²⁸.

3. L'avenir de la justice transitionnelle en Colombie et le manque d'appropriation du processus

Les causes de l'échec de cet accord sont multiples mais reposent avant tout sur une trop grande technicité, notamment en ce qui concerne la réforme agraire intégrale. Trop de détails rendent l'accord difficilement lisible. S'y ajoute le défaut de pédagogie sur la communication à l'égard de l'ensemble du processus auprès de la population, et notamment de celui du mécanisme de justice transitionnelle, point ayant suscité le débat le plus intense, tant au sein de la classe politique que de la société civile.

De nombreuses critiques ont notamment été formulées à l'encontre du cinquième point de l'accord qui intégrait « l'approche de genre »²⁹ et qui a par la suite dû faire l'objet de précisions pour en permettre une plus grande compréhension au sein des différents groupes politiques et, en particulier, ceux de l'opposition.

²⁸ À la suite du rejet de l'accord de La Havane par référendum, l'ancien Président Alvaro Uribe, opposant notoire à l'accord de paix, a formulé un certain nombre d'exigences qui n'ont pas été suivies à l'issue du dialogue national avec les partisans du « non ». Le 12 novembre 2016, un nouvel accord est signé entre le gouvernement et les FARC comportant un certain nombre d'amendements. Le 24 novembre 2016, le nouvel accord est signé à Bogota et en décembre 2016, les FARC nomment leurs six représentants au Congrès. Le nouvel accord n'a pas affecté le mécanisme de justice pour la paix (JEP). Il n'y a pas eu à ce jour de nouveau référendum malgré les demandes répétées en ce sens.

²⁹ Devant être comprise comme l'approche indifférenciée entre hommes et femmes.

Les instances mémorielles, et plus spécifiquement la commission d'éclaircissement des faits ont vu s'élargir le spectre de victimes potentielles du conflit, en incluant les minorités Rom et les minorités religieuses.

La commission de recherche sur les disparus en raison du conflit n'a pas subi de grands changements quant à ses modalités de fonctionnement mais a vu son rôle davantage facilité par l'intervention d'organisations internationales, d'organisations de victimes et d'organisations non-gouvernementales afin de conférer plus de célérité au processus.

La majeure partie des critiques s'est cependant concentrée sur la juridiction spéciale de paix et notamment sur son organisation et sa composition. Un doute subsiste quant à la compétence exclusive de cette juridiction dans la mesure où l'accord précise d'une part que celle-ci s'occupe de manière exclusive et transitoire des actes et exactions qui se sont déroulées au cours du conflit mais que, d'autre part, cela n'entraîne pas la substitution aux juridictions ordinaires colombiennes. Que signifie exactement cette dualité de compétences ?

Le nouvel accord crée également une articulation entre le système de justice ordinaire nationale et le système de justice transitionnelle symbolisé par la JEP. Les appels des décisions rendues par la JEP relèveront de la compétence de la Cour constitutionnelle colombienne. Ceci transformera la Cour constitutionnelle en une juridiction quasi-pénale, ce qui est assez peu usuel. Toutefois, ce double degré de juridiction constitue sur le principe un point positif et innovant pour le nouveau système.

Des précisions relatives à la durée du mandat et la mise en place de la juridiction spéciale de paix figurent également dans l'accord. Le processus global de la JEP ne pourra durer plus de dix ans, dont deux maximum consacrés à la mise en place du système pendant lesquels les victimes pourront formuler leurs demandes d'enquête sur les faits.

Le nouvel accord précise également les compétences de la juridiction spéciale de paix ainsi que les modes de fonctionnement et de jugement qui seront utilisées. L'accord a clairement opté pour un système de « justice restaurative »³⁰ (*restaurative justice*) au sens où ce terme a été

³⁰ « La Justice restaurative traite des conflits de nature à engendrer des répercussions graves (d'ordre personnel, familial et plus largement social) sur les personnes qui en sont les victimes ou les auteurs, leur entourage et les communautés auxquelles ils appartiennent. Elle a pour objectif d'offrir la possibilité à l'ensemble de ces personnes de prendre une part active dans la recherche et la mise en œuvre des solutions susceptibles de leur permettre de reprendre le cours de leur vie (restauration) le plus apaisé possible. Elle offre une authentique réponse de Justice, en complémentarité avec la Justice pénale. » Définition de l'Institut français pour la justice restaurative [<http://www.justicere Restaurative.org/fr/article/generalites-sur-la-justice-restaurative>].

développé par la doctrine canadienne. Cette forme de justice se définit comme une méthode par laquelle le dialogue instauré entre la victime et l'auteur du dommage doit permettre aux victimes du conflit de trouver une satisfaction équitable dans l'acceptation par l'auteur de l'infraction de sa responsabilité. Elle doit également permettre de mettre fin à la situation d'exclusion sociale que le statut de victime a généré.

Enfin, le champ de compétence *ratione personae* de la JEP ne se limite pas à enquêter sur les FARC mais intègre toutes les parties au conflit, c'est à dire l'ensemble des forces armées mais également des tierces parties qui auraient joué un rôle dans le financement du conflit ou ayant soutenu les abus commis par les parties au conflit. Des mécanismes de règlement des conflits de compétences ont également été établis afin de prévenir d'éventuels conflits entre les juridictions de droit commun et la JEP. Il faut également souligner ici la reprise par l'accord de la double responsabilité pénale potentielle des auteurs de crimes internationaux : celle relative à la responsabilité directe de l'auteur de l'infraction et celle relative à la responsabilité du commandant et du supérieur hiérarchique reprenant la dichotomie instaurée par le Statut de la Cour pénale internationale aux articles 25 et 28.

Malgré la présence de nombreuses organisations internationales ayant le statut d'observateur lors des négociations du processus de La Havane, les parties n'ont pas souhaité que siègent des juges internationaux au sein de la JEP. Ils ont cependant accepté que des experts internationaux observent et conseillent le processus mis en place. Cette solution peut se comprendre et est caractéristique de nombreux processus de justice transitionnelle. La transparence est la meilleure garantie de fonctionnement, bien davantage que l'inclusion de personnes n'ayant pas eu connaissance de la nature et de l'ampleur du conflit.

La définition du nouveau processus de justice transitionnelle colombien doit être approuvée : elle comprend des éléments positifs et innovants et s'adresse directement aux racines d'un conflit datant de plus de 52 ans. Sa mise en œuvre suscite toutefois un certain nombre d'interrogations liées à sa négociation lors du processus de La Havane et à son imposition à la population sans que celle-ci n'ait son mot à dire, ni ne puisse comprendre l'ensemble de l'architecture du système. Telle est probablement la raison principale des nombreux problèmes de légitimité du processus dont elle a souffert et de défaut d'appropriation au sein d'une société qui reste largement polarisée politiquement. Les résultats négatifs du référendum en sont la preuve concrète. Cet ancrage insuffisant du processus dans cette dynamique de clarté se trouve

corroboré par les difficultés et la complexité de la mise en œuvre des réparations, en matière de redistribution des terres et de réparations socio-économiques qui rendent l'ensemble du système difficilement lisible.

Quels seront dès lors les plus grands défis du processus de justice transitionnelle en Colombie ? Le premier d'entre eux – et le plus complexe – serait de développer une culture nationale de la réconciliation et de la réparation. La mise en œuvre effective de l'accord demande la participation et la collaboration de tous les secteurs de la société colombienne, notamment des victimes, des acteurs du conflit et des communautés affectées.

Afin de rester réaliste et d'engager une véritable lutte raisonnée contre l'impunité, il paraît souhaitable d'allonger le délai de dix ans prévu pour que la JEP accomplisse sa mission ainsi que celui de deux ans pour le dépôt des demandes d'enquête. Les victimes devraient pouvoir initier une demande durant la durée totale de fonctionnement de l'institution et non être limitées à un délai relativement court de deux ans. À ce stade, il est difficile de préfigurer les modalités de fonctionnement de la JEP mais cela ne doit pas décourager certaines victimes d'introduire leurs demandes dans les délais impartis.

Par ailleurs, il semble que les moyens prévus pour le fonctionnement de la JEP ne soient pas en adéquation avec l'ambition affichée. À ce jour, environ 32 000 procès devraient se tenir afin de juger les 111 000 crimes en cours d'instruction. Il semble peu réaliste que le Tribunal pour la Paix ne soit composé que d'une seule chambre, qui sera très vite encombrée par une charge de travail considérable qui se présentera à elle. Alors que le *Centre international pour la justice transitionnelle* a accepté la proposition qui lui a été faite par le gouvernement colombien de participer au comité de sélection des magistrats de la JEP, la constitution de plusieurs chambres pénales paraît indispensable pour que ceux-ci puissent remplir leurs missions dans les meilleures conditions possibles.

De même, si l'examen des appels à l'encontre des décisions rendues par le Tribunal pour la Paix pour violation des droits fondamentaux garantis par la Constitution par la Cour constitutionnelle constitue une innovation intéressante, le juge constitutionnel risque d'être rapidement confronté à une charge considérable de travail. Si un système unifié et cohérent de protection des droits fondamentaux au niveau national est souhaitable, il doit pouvoir fonctionner de façon satisfaisante pour assurer l'État de droit. Un engorgement de la Cour constitutionnelle aurait très rapidement des effets néfastes.

L'implication directe des victimes lors des négociations de l'accord de paix doit être saluée. Ainsi, soixante victimes ont pu témoigner au cours du processus de La Havane. Ce chiffre reste cependant insuffisant pour être représentatif de leur diversité et de leur nombre. Le processus reste marqué par un réel manque de confiance des victimes envers les parties. Ainsi, le travail prioritaire de la JEP devrait se concentrer sur l'identification des victimes et l'adaptation des réponses à leur fournir en termes de réparation.

Le processus de justice transitionnelle colombien est ambitieux. Il reste cependant dans l'expectative jusqu'à sa mise en œuvre et sa capacité à surmonter les défis qui lui sont lancés. S'il sait s'adapter, il peut constituer une nouvelle voie dans laquelle l'aspect pénal mélangé à un processus de réelle prise en compte des victimes peut présenter une véritable novation.