

L'accord de paix en Colombie à la lumière du droit international interaméricain

Nelson Arturo Ovalle Diaz

Le rôle du Canada à l'égard de la protection des droits de la personne au sein des Amériques

Canada's Role in Protecting Human Rights in the Americas

El papel de Canadá en la protección de los derechos humanos en las Américas

Volume 49, Special Issue, 2019

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1055488ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1055488ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Ovalle Diaz, N. A. (2019). L'accord de paix en Colombie à la lumière du droit international interaméricain. *Revue générale de droit*, 49, 159–186. <https://doi.org/10.7202/1055488ar>

Article abstract

The signing of the peace agreement in 2016 helped put an end to the situation of Non-International Armed Conflict and encourage a stable peace between the government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia — the people's army (FARC-EP). However, this agreement has created another challenge that of respecting the principle of equality before the law. In order for revolutionaries to be encouraged to lay down their arms, the State exchanges the possibility of being tried by transitional justice. Legal pluralism helps to explain why the "Special Jurisdiction of Peace" (SJP) may be in conformity with international standards. This article proposes a way to explain the difficult choice between the right to peace and the right to equality before the law by considering international human rights standards. The text suggests the use of constitutional and conventional judicial reviews as the two appropriate judicial remedies for verifying the compatibility of domestic law with international principles of human rights. These judicial reviews can be used to analyze the invalidity of a national rule that contravenes an international human rights standard based on the principle of supremacy of the imperative international law. Finally, it is concluded that equality before the law is not an absolute dogma and that transitional justice should be the last resort, in the case where permanent war is the only other option. As for peace, it is considered to be a fundamental right in the international and national legal order, with the intention of guaranteeing the necessary conditions for the respect of other rights and freedoms for all.

L'accord de paix en Colombie à la lumière du droit international interaméricain

NELSON ARTURO OVALLE DIAZ*

RÉSUMÉ

La signature de l'accord de paix en 2016 a aidé à mettre fin au conflit armé interne et encouragé une paix stable entre le gouvernement de la Colombie et les forces armées révolutionnaires de la Colombie — armée du peuple (FARC-EP). Cependant, cette entente a engendré un autre défi, soit celui de respecter le principe d'égalité devant la loi. Afin que les révolutionnaires soient incités à déposer leurs armes, en échange, l'État accepte de se faire juger par une justice transitionnelle. Le pluralisme juridique permet d'expliquer pourquoi la « Juridiction spéciale de paix » (JSP) peut être en conformité avec les normes internationales. Le présent article propose une façon d'expliquer ce choix difficile entre le droit à la paix et le droit à l'égalité devant la loi en considérant les normes internationales des droits de la personne. Le texte suggère l'utilisation des contrôles de la constitutionnalité ainsi que ceux de la conventionnalité, comme étant les deux recours judiciaires appropriés permettant de vérifier la compatibilité des règles de droit national avec les principes internationaux relatifs aux droits de la personne. Ces contrôles judiciaires peuvent être utilisés pour analyser l'invalidité d'une norme nationale qui contrevient à une norme internationale relative aux droits de la personne, en se basant sur le principe de la primauté du droit international de type impératif. Finalement, il est conclu que l'égalité devant la loi n'est pas un critère absolu et que la justice transitionnelle devrait être le dernier recours, dans le cas où la guerre permanente se présenterait comme la seule autre option. Quant à la paix, elle est considérée comme étant un droit fondamental dans l'ordre juridique international et national, afin de garantir les conditions nécessaires au respect des autres droits et libertés de tous.

MOTS-CLÉS :

Accord de paix, Colombie, principe d'égalité, justice transitionnelle, constitutionnalité, conventionnalité, compatibilité, invalidité, droit international.

* Titulaire d'un doctorat et professeur de droit à l'Université d'Ottawa. L'auteur est activiste des droits de la personne et survivant du conflit armé interne de la Colombie.

ABSTRACT

The signing of the peace agreement in 2016 helped put an end to the situation of Non-International Armed Conflict and encourage a stable peace between the government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia — the people's army (FARC-EP). However, this agreement has created another challenge that of respecting the principle of equality before the law. In order for revolutionaries to be encouraged to lay down their arms, the State exchanges the possibility of being tried by transitional justice. Legal pluralism helps to explain why the "Special Jurisdiction of Peace" (SJP) may be in conformity with international standards. This article proposes a way to explain the difficult choice between the right to peace and the right to equality before the law by considering international human rights standards. The text suggests the use of constitutional and conventional judicial reviews as the two appropriate judicial remedies for verifying the compatibility of domestic law with international principles of human rights. These judicial reviews can be used to analyze the invalidity of a national rule that contravenes an international human rights standard based on the principle of supremacy of the imperative international law. Finally, it is concluded that equality before the law is not an absolute dogma and that transitional justice should be the last resort, in the case where permanent war is the only other option. As for peace, it is considered to be a fundamental right in the international and national legal order, with the intention of guaranteeing the necessary conditions for the respect of other rights and freedoms for all.

KEY-WORDS:

Peace agreement, Colombia, principle of equality, transitional justice, constitutionality, conventionality, compatibility, invalidity, international law.

RESUMEN

La firma del acuerdo de paz en 2016 ayudó a poner fin al conflicto armado interno entre el gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia — Ejército del Pueblo (FARC-EP). Sin embargo, este acuerdo provocó otro desafío, cómo respetar el principio de igualdad ante la ley. Con el fin de que los guerrilleros hubiesen entregados sus armas, el Estado les ofrece la posibilidad juzgarlos mediante una justicia transicional. El pluralismo jurídico permite explicar por qué la "Jurisdicción Especial de Paz" (JEP) puede ser compatible con las normas internacionales. Este artículo propone explicar el dilema entre el derecho a la paz y el derecho a la igualdad ante la ley considerando las normas internacionales de los derechos humanos. El texto sugiere la utilización de los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, pues la utilización correcta de estos dos mecanismos judiciales permite verificar la compatibilidad entre las normas nacionales frente a los principios internacionales relativos a los derechos humanos. Estos dos controles judiciales pueden ser utilizados para analizar la invalidez de una norma nacional que contraviene una norma internacional relativa a los derechos humanos basándose en el principio de la primacía

del derecho internacional de tipo imperativo. Finalmente, se concluye que la igualdad ante la ley no es un criterio absoluto, y que la justicia transicional puede ser utilizada como el último recurso en caso de que la guerra permanente se presentaría como la otra única opción. La paz es considerada como un derecho fundamental en el orden jurídico internacional y nacional, pues la paz garantiza a todas las personas las condiciones necesarias para el respeto de los otros derechos, libertades y garantías fundamentales.

PALABRAS CLAVES:

Acuerdo de paz, Colombia, principio de igualdad, justicia transicional, constitucionalidad, convencionalidad, compatibilidad, invalidez, derecho internacional.

SOMMAIRE

Introduction	162
I. Quelle est la question en litige?	164
II. Les éléments de la justice transitionnelle et ceux de la Juridiction spéciale de paix (JSP) en Colombie	166
A. Transformatrice	167
B. Flexible	167
C. Transitoire	168
D. Multiusage	168
III. La justification et l'utilité des contrôles constitutionnels et conventionnels pour assurer le respect des droits de la personne	169
A. Que signifie le contrôle judiciaire de la constitutionnalité?	171
B. Que signifie le contrôle de la conventionnalité?	172
C. Qui effectue le contrôle de la conventionnalité?	172
IV. Comment fonctionnent les contrôles judiciaires de la constitutionnalité et ceux de la conventionnalité dans l'accord de paix en Colombie?	173
V. Justification d'un ordre juridique d'exception pour mettre fin à un conflit armé	178
VI. Entre le droit à la paix et le droit à l'égalité devant la loi: la Colombie fait face à un choix difficile et nécessaire	181
Conclusion	184

INTRODUCTION

Depuis l'indépendance de la république en 1819¹, la Colombie a vécu une grande partie de son histoire plongée dans une succession de guerres internes quasi permanentes². La signature d'accords pour calmer les manifestations rebelles constitue une tradition bien établie en Colombie, présente même avant l'indépendance³. Malheureusement, la plupart des accords du passé n'ont pas été respectés intégralement par l'élite au pouvoir⁴, parce qu'une fois l'objectif de démobiliser l'opposition civile ou armée atteint, les hauts dirigeants du pays trouvent généralement des excuses pour manquer au principe de *pacta sunt servanda*⁵. Cela semble être encore le cas avec l'accord de paix de 2016. Nous partons du principe que les opposants à l'accord entendent briser les engagements pris par l'État colombien et les Forces armées révolutionnaires de la Colombie — armée du peuple (FARC-EP). Il est possible de soutenir que le problème de l'accord de paix en Colombie n'est pas le texte de l'accord lui-même. Au contraire, la problématique demeure une question de bonne foi relative à la mise en œuvre de l'accord de paix de 2016⁶.

Par le passé, la Colombie a employé plusieurs méthodes de règlement des conflits. Pour contrer ce conflit armé prolongé, les gouvernements colombiens des dernières décennies ont eu recours à des systèmes partiels de justice transitionnelle, des octrois d'amnisties et même à un système de « *plea bargaining* » (négociation au sujet de la culpabilité et de la peine)⁷. L'objectif est d'éviter que les auteurs de crimes contre l'humanité soient formellement accusés sur le plan

1. Rafael Pardo Rueda, *La Historia de las Guerras*, Bogotá, Vergara, 2004 aux pp 139–70.

2. Jemima Garcia-Godos, « Colombia: Accountability and DDR in the Pursuit of Peace? » dans Chandra Lekha Sriram et al, dir, *Transitional Justice and Peacebuilding on the Ground: Victims and Ex-Combatants*, New York, Routledge, 2013, 219 à la p 220; Pardo Rueda, *supra* note 1.

3. Jesús María Henao et Gerardo Arrubla, *Historia de Colombia para la Enseñanza Secundaria*, 3^e éd, Bogotá, Librería Colombiana/Camacho Roldan & Tamayo, 1820 aux pp 216–24.

4. Pardo Rueda, *supra* note 1 à la p 82.

5. Henao et Arrubla, *supra* note 3 à la p 227.

6. United Nations – Verification Mission in Colombia, Press Release, Security Council Press Statement on Colombia, 30 November 2017 au para 5, en ligne : <colombia.unmissions.org/en/security-council-press-statement-colombia>; Naciones Unidas – Derechos Humanos – Oficina del alto comisionado – Colombia, Comunicado de prensa, 20 Diciembre 2017, en ligne : <www.hchr.org.co/index.php/informacion-publica/comunicados-de-prensa/ano-2017/8855-onu-derechos-humanos-expresa-preocupacion-por-homicidios-estigmatizacion-y-hostigamientos-a-defensores-y-defensoras-de-derechos-humanos-en-colombia>.

7. Pardo Rueda, *supra* note 1 aux pp 583–85 et 602.

international, en prétendant ultimement acheter la paix⁸. Pendant longtemps, le gouvernement de la Colombie s'est prononcé contre l'établissement d'une commission chargée de mettre au jour la vérité intégrale sur les principales causes des violations des droits de la personne qui ont eu lieu pendant le conflit armé interne depuis un demi-siècle⁹. Cependant, en 2001, la Colombie a ratifié partiellement le *Statut de Rome sur la Cour pénale internationale*. En 2009, la Cour pénale internationale a acquis compétence pour tous les crimes internationaux commis en Colombie¹⁰. Par contre, il n'existe aucune enquête formelle sur la Colombie, mais simplement des examens préliminaires¹¹.

À la suite de l'accord de paix de 2016, les représentants de la Chambre des communes et du Sénat ont adopté une réforme constitutionnelle créant la JSP, en avril 2017, pour mettre sur pied une Commission de la vérité et des tribunaux de paix qui s'appuient sur deux piliers fondamentaux : (1) la reconnaissance des victimes en tant que citoyens(nes) ayant droit à la vérité, à la justice et à la réparation pour les dommages subis à l'occasion du conflit armé; (2) l'importance de la vérité et la reconnaissance de la responsabilité de tous les acteurs ayant commis de graves violations des droits de la personne dans le cadre du conflit armé interne¹². Pour la première fois dans l'histoire colombienne, la vérité fera donc partie du processus de paix, car elle est considérée comme un droit fondamental qui permet d'atteindre la justice, d'arriver à la paix et de résoudre définitivement tout conflit¹³. Cependant, cette initiative législative est-elle conforme aux *Principes fondamentaux et aux directives concernant le droit à un recours et à réparation pour les*

8. OEA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Rapport annuel sur les droits de la personne*, 2010, ch IV, Colombie à la p 382, aux para 92–93.

9. Nelson Arturo Ovalle Diaz, « Le pluralisme juridique, la justice transitionnelle et alternative: le cas du conflit armé interne colombien » (mars 2015) RQDI (hors série) 307 à la p 309 [Ovalle Diaz, « Le pluralisme juridique »].

10. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Conférence de Rome du 17 juillet 1998 (entrée en vigueur: 1^{er} juillet 2002), États des traités, Déclarations — Colombie, en ligne: <untreaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_fr> [*Statut de Rome*].

11. Cour pénale internationale, « Enjeu : crimes de guerre prétendument commis depuis le 1^{er} novembre 2009 et crimes contre l'humanité prétendument commis depuis le 1^{er} novembre 2002 en Colombie » (Examen préliminaire — phase 3 : Recevabilité), en ligne: <www.icc-cpi.int/columbia?ln=fr>.

12. Avocats sans frontières, « Colombie : création d'une juridiction spéciale pour la paix », (19 avril 2017), en ligne: <www.asfcanda.ca/medias-et-evenements/medias/nouvelles/> [Avocats sans frontières].

13. Ovalle Diaz, « Le pluralisme juridique », *supra* note 9 à la p 328.

*victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*¹⁴? Cette résolution a été adoptée le 16 décembre 2005 par l'Assemblée générale des Nations Unies, en ces termes :

Les victimes et leurs représentants devraient être habilités à rechercher et à obtenir des informations sur les causes qui ont conduit à leur victimisation et sur les causes et conditions propres aux violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et aux violations graves du droit international humanitaire, et avoir le droit d'apprendre la vérité sur ces violations¹⁵.

La nouvelle JSP constitue une sorte de solution de rechange pour venir en aide aux personnes délaissées par le système de justice étatique de la Colombie et supraétatique de la Cour pénale internationale. À la lumière de tout ce qui précède, la question de la conformité ou de la légalité, en droit international, de ces normes nationales, dérivées de cet accord de paix en Colombie, se pose avec pertinence. Il est primordial d'évaluer maintenant dans quelle mesure cette nouvelle initiative de justice transitionnelle arrivera à réconcilier les règles générales et particulières de la Colombie avec les normes internationales relatives au droit international humanitaire et aux droits de la personne.

I. QUELLE EST LA QUESTION EN LITIGE?

Le contenu définitif de l'accord de paix¹⁶, signé au théâtre Colón de Bogotá le jeudi 24 novembre 2016¹⁷, propose une paix stable avec les forces armées révolutionnaires de la Colombie, mais porte atteinte au principe d'égalité devant la loi. Il s'agit donc ici de se demander

14. *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés AG 147, Doc off AG NU, 60^e sess, Doc NU A/Res/60/147 (2005) [*Le droit à un recours*].

15. *Le droit à un recours*, *ibid*, au principe X.

16. *Le Monde*, « Colombie : ce que prévoit l'accord de paix avec les FARC, et ce qu'il reste à mettre en œuvre », (1^{er} décembre 2016), en ligne : <www.lemonde.fr/ameriques/article/2016/12/01/colombie-ce-que-prevoit-l-accord-de-paix-avec-les-farc-et-ce-qu-il-reste-a-mettre-en-uvre_5041815_3222.html>.

17. Colombia, Comisionado para la paz, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (24 novembre 2016), en ligne : <www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016-NuevoAcuerdoFinal.pdf>.

comment résoudre ce dilemme entre le droit à la paix et le droit à l'égalité devant la loi, en vertu des normes internationales des droits de la personne.

Pour répondre à cette question, nous proposons l'hypothèse selon laquelle les contrôles de la constitutionnalité et ceux de la conventionnalité sont des mécanismes appropriés permettant de vérifier si les règles de droit et les actions propres à chaque État respectent les normes internationales en matière de droits de la personne¹⁸. Ces contrôles judiciaires font partie d'un domaine juridique en évolution et certains considèrent même qu'ils font partie d'un dialogue qui contribue à la création d'un cadre transnational commun à tous les États membres des différents ordres juridiques mixtes et complexes¹⁹. Ce phénomène ne peut être expliqué par la théorie du droit naturel ni par la théorie du positivisme juridique, car le seul cadre théorique valable est celui lié à une nouvelle théorie qu'on appelle le pluralisme juridique²⁰. Le pluralisme juridique peut être défini comme « la coexistence, au même moment, d'une pluralité de foyers producteurs de normes juridiques, s'appliquant simultanément ou successivement à un même sujet de droit, en raison de son appartenance multiple à plusieurs ordres juridiques étatiques et non étatiques »²¹.

D'ailleurs, plusieurs constitutions latino-américaines, comme celle de la Colombie, ont fait des avancées remarquables quant à la mise en pratique du pluralisme juridique²². Ainsi, une interprétation pluraliste du droit concilierait les droits fondamentaux universels de l'individu avec les cultures juridiques locales ou avec les normes issues des sous-groupes sociaux, puisque le « droit est devenu [un] symbole de changement planifié, [une] technique d'ingénierie sociale, [une] incitation

18. *Affaire Almonacid Arellano et autres c Chili* (2006), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 154, au para 124 [*Almonacid Arellano*]; *Affaire Cabrera García y Montiel Flores v México*, exceptions préliminaires, fonds, réparations et coûts, (26 novembre 2010) Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 220, au para 225; *Affaire Gelman v Uruguay*, (2011) Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 221, au para 193; *Affaire Gomes Lund et autres (Guerrilha do Araguaia) v Brasil*, exceptions préliminaires, fonds, réparations et coûts, (24 novembre 2010) Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 219, au para 176.

19. Nelson Arturo Ovalle Diaz, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 2015 aux pp 8, 39 et 148, en ligne : <ruor.uottawa.ca/handle/10393/32127> [Ovalle Diaz, *La production pluraliste*].

20. *Ibid* aux pp 12–13.

21. *Ibid* à la p 41.

22. *Ibid* à la p 45.

ou contrainte à l'accommodement des différences»²³. C'est dans cette perspective que la JSP permettrait à l'accord final de paix colombien d'être appliqué de manière harmonieuse, conformément aux normes internationales relatives aux droits de la personne. Enfin, cette approche pluraliste du droit est celle qui est la plus respectueuse du courant tiers-mondiste du droit international, qu'on appelle communément *Third World Approaches to International Law* (TWAIL), qui cherche à rejeter les standards internationaux et à interpréter les normes impératives internationales en conformité avec la culture locale propre à chaque peuple²⁴.

II. LES ÉLÉMENTS DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE ET CEUX DE LA JURIDICTION SPÉCIALE DE PAIX (JSP) EN COLOMBIE

Les éléments de l'accord de paix, signé en Colombie en 2016, vont au-delà de la justice, car cette entente en comprend d'autres qui sont reliés à l'économie, à la démocratie, etc. Nous limitons notre analyse aux éléments propres à la justice transitionnelle. Nous entendons par justice transitionnelle :

l'ensemble des mécanismes judiciaires et non judiciaires qui assouplissent le régime pénal appliqué aux responsables de crimes internationaux dans le but de mettre fin à un conflit interne. La justice transitionnelle cherche à favoriser la transition définitive entre une situation de dictature, d'apartheid ou de conflit armé interne et la démocratie ainsi que la paix durable et stable. Ce modèle de justice comprend l'ensemble des dispositifs d'enquête, de jugement et de purgation de peines envers les responsables de crimes graves commis en lien avec la situation du conflit armé. La justice transitionnelle prévoit aussi les mécanismes de dédommagement aux victimes du conflit armé, de recherche de la vérité historique, de garanties de non-répétition, ainsi que les instruments de réconciliation entre les divers membres et groupes de la société²⁵.

23. Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit » dans Jean Kellerhals, Dominique Manaï et Robert Roth, dir, *Pour un droit pluriel : études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, 135 à la p 150.

24. Martin Gallié, « Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL) : un renouvellement? » (2008) 39:1 *Études int* 17 à la p 27.

25. Ovalle Diaz, « Le pluralisme juridique », *supra* note 9 aux pp 333–34.

La notion de justice transitionnelle inspire le contenu de l'accord de paix de 2016 en Colombie. C'est ainsi que la nouvelle JSP se situe dans le contexte de la justice transitionnelle. En comparant notre définition de justice transitionnelle en général et l'accord de paix 2016 en particulier, nous trouvons certaines caractéristiques qui définissent la justice transitionnelle, soit sa capacité de transformation, sa flexibilité, son caractère transitoire et sa portée multiusage.

A. Transformatrice

La justice transitionnelle vise à promouvoir la transition définitive d'une situation de dictature, d'apartheid ou de conflit armé interne à une démocratie et à une paix durable et stable²⁶. Le modèle de la justice transitionnelle en Colombie permet justement de faciliter la fin du conflit armé interne, et c'est en vertu des engagements de l'accord de paix de 2016 que les FARC-EP ont remis leurs armes aux délégués du Conseil de sécurité des Nations Unies²⁷. Si les règles de droit qui découlent de ce même accord sont finalement adoptées, elles auront aussi pour effet d'élargir les possibilités démocratiques pour ceux qui s'opposent à la classe dirigeante, ainsi que pour les victimes et les habitants des régions historiquement négligées²⁸.

B. Flexible

La justice transitionnelle comprend l'ensemble des mécanismes judiciaires et non judiciaires qui assouplissent le régime pénal appliqué aux responsables de crimes internationaux, dans le but de mettre fin à un conflit armé interne²⁹. Aux termes de l'accord de paix final, le Code

26. Renée Fregosi et Rodrigo España, *Droits de l'homme et consolidation démocratique en Amérique du Sud*, Paris, L'Harmattan, 2009.

27. Résolution 2261 (2016), Conseil de sécurité, Lettres identiques datées du 19 janvier 2016, adressées au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par la Représentante permanente de la Colombie auprès de l'Organisation des Nations Unies, adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7609^e séance, le 25 janvier 2016, S/RES/2261 (2016); Résolution 2366 (2017), Conseil de sécurité, Lettres identiques datées du 19 janvier 2016, adressées au Secrétaire général et au Président du Conseil de sécurité par la Représentante permanente de la Colombie auprès de l'Organisation des Nations Unies (S/2016/53), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7997^e séance, le 10 juillet 2017, S/RES/2366 (2017).

28. Colombie, *Comisionado para la paz, Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (24 novembre 2016) item 2.3.6, à la p 54, en ligne : <www.altocomisionadoparalapaz.gov.co>.

29. Noémie Turgis, *La justice transitionnelle en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

pénal et le Code de procédure pénale colombiens ne s'appliqueront pas aux participants au conflit armé interne puisque, provisoirement, des règles plus flexibles s'appliqueront à ces derniers, à condition qu'ils arrêtent définitivement leur participation au conflit armé interne³⁰.

C. Transitoire

La justice transitionnelle comprend l'ensemble des dispositifs d'enquête, de jugement et de purgation de peines concernant les responsables de crimes graves commis dans un contexte de conflit armé³¹. Par conséquent, la JSP a une durée provisoire, de 10 ans pour entamer les procédures d'enquête, puis de 5 ans pour compléter les jugements et, au besoin, d'autres années additionnelles si une nouvelle loi autorise une telle prolongation³².

D. Multiusage

La justice transitionnelle prévoit des mécanismes de dédommagement des victimes du conflit armé, de recherche de la vérité historique, de garanties de non-répétition, ainsi que des instruments de réconciliation entre les divers membres et groupes de la société³³. La justice transitionnelle, adoptée en Colombie dans la *Loi constitutionnelle 1^{re}* du 4 avril 2017³⁴, prévoit, entre autres, la création de la Juridiction spéciale de paix (JSP) afin d'enquêter sur les crimes les plus graves, commis à l'occasion du conflit armé interne, et de punir les responsables. Elle prévoit également un système intégral de vérité, de justice, de réparation et de non-répétition, parce qu'une Commission de la vérité est aussi prévue. Celle-ci a pour mandat la recherche des personnes portées disparues dans le cadre du conflit armé; de plus, elle fournit des mesures de réparation pour la construction de la paix et des garanties de non-répétition³⁵.

30. Avocats sans frontières, *supra* note 12.

31. Ovalle Diaz, « Le pluralisme juridique », *supra* note 9 à la p 334.

32. *Acto Legislativo No 01 (4 Abril 2017)*, Congreso de Colombia, en ligne : <www.es.presidencia.gov.co/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>; Artículo transitorio 15 (cependant, dans ce dernier cas de figure, il faudra que la JSP en fasse la demande au préalable) [*Acto Legislativo No 01 (4 Abril 2017)*].

33. Barbara Cassin, « Removing the Perpetuity of Hatred: On South Africa as a Model Example » (2006) 88:862 *Intl Rev Red Cross* 235.

34. *Acto Legislativo No 01 (4 Abril 2017)*, *supra* note 32.

35. Avocats sans frontières, *supra* note 12.

III. LA JUSTIFICATION ET L'UTILITÉ DES CONTRÔLES CONSTITUTIONNELS ET CONVENTIONNELS POUR ASSURER LE RESPECT DES DROITS DE LA PERSONNE

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'accord de paix final colombien de 2016 crée un conflit entre le droit de vivre en paix et celui d'être traité de manière égale devant la loi en tant que citoyen de la Colombie. Plus précisément, les acteurs du conflit armé interne qui ont commis des crimes avant le 1^{er} décembre 2016 (notamment des crimes constituant des infractions graves au droit international humanitaire ou de graves violations des droits de la personne) seront jugés par la nouvelle JSP, qui est une juridiction d'une compétence préférentielle et exclusive³⁶. Comment arrive-t-on alors à justifier le fait que la plupart des citoyens de la Colombie continueront à être soumis aux règles du Code pénal et du Code de procédure pénale, alors que d'autres seront soumis à une législation et à une juridiction d'exception, qui sont d'ailleurs moins sévères en ce qui concerne la sanction? En effet, c'est un dilemme, une dichotomie : droit à la paix contre droit à l'égalité devant la loi. Comme nous allons l'examiner, la théorie des deux contrôles judiciaires (constitutionnel et conventionnel) permet justement de résoudre ce conflit des règles de droit.

Tout d'abord, soulignons que l'article 93 de la *Constitution colombienne de 1991* énonce très clairement que :

Les traités et conventions internationales ratifiés par le Congrès, qui reconnaissent les droits de la personne et interdisent leur limitation en cas d'état d'urgence, prévalent dans l'ordre interne. *Les droits et devoirs consacrés dans la présente Constitution doivent être interprétés conformément aux traités internationaux sur les droits de la personne ratifiés par la Colombie* [notre traduction et nos italiques]³⁷.

En d'autres mots, cette disposition constitutionnelle vise à harmoniser la législation nationale colombienne avec l'ordre juridique international en matière de droits de la personne. Ce dispositif est considéré,

36. *Ibid.*

37. *Constitución Política de Colombia 1991*, Actualizada con los Actos Legislativos a 2016, artículo 93, en ligne : <www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> [*Constitución Política de Colombia 1991*].

dans la jurisprudence et la doctrine, comme le bloc de constitutionnalité³⁸, car il permet de constitutionnaliser les normes internationales relatives aux droits de la personne. Dans la même logique, l'article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (ci-après « Convention de Vienne ») rappelle qu'« une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »³⁹. En effet, la Convention de Vienne de 1969 constitue la source normative du contrôle conventionnel⁴⁰. Ainsi, la Cour constitutionnelle colombienne pourra, par les mécanismes de contrôle de la constitutionnalité et de la conventionnalité, vérifier la compatibilité ou la discordance entre les règles nationales et les obligations internationales relatives aux droits de la personne.

D'après la jurisprudence interaméricaine, le contrôle de la conventionnalité est automatique. Par exemple, dans l'affaire *Almonacid Arellano et autres c Chili*⁴¹, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après « Cour interaméricaine ») a déclaré la non-conventionnalité d'une loi d'amnistie chilienne, en affirmant qu'« en prétendant amnistier les individus responsables de crimes contre l'humanité, le Décret-Loi No 2.191 est incompatible avec la Convention américaine et, de ce fait, n'a pas d'effets juridiques à la lumière dudit traité »⁴². Ce même précédent jurisprudentiel interaméricain, en ce qui concerne l'obligation du juge national d'exercer le contrôle de la conventionnalité, a été confirmé par la Cour interaméricaine à plusieurs occasions⁴³. Autre exemple, dans la jurisprudence européenne, la Cour de justice des

38. Jesús Enrique Caldera Infante, « El Bloque de Constitucionalidad Como Herramienta de Protección de los Derechos Fundamentales » dans Eduardo Andrés Velandia Canosa, dir, *Derecho Constitucional*, Bogotá, VC Editores, 2012, 223.

39. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU I-18232, art 27, en ligne: <treaties.un.org/doc/Publication/unts/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf> [Convention de Vienne].

40. Ovalle Diaz, *La production pluraliste*, supra note 19 aux pp 207–08.

41. *Almonacid Arellano*, supra note 18.

42. *Ibid*, al 3 de la partie résolutive de l'arrêt.

43. *Affaire Boyce et autres (Barbades)* (2007), exceptions préliminaires, fonds, réparations et coûts, Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 169, aux para 75–80; *Affaire Radilla Pacheco (Mexique)* (2009), exceptions préliminaires, fonds, réparations et coûts, Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 209, aux para 337–42; *Affaire Gelman (Uruguay)* (2011), supra note 18 aux para 230–46; *Affaire Gudiel Álvarez et autres (« Diario Militar ») (Guatemala)* (2012), fonds, réparations et frais, Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 253, aux para 326–30; *Affaire Masacre de Santo Domingo (Colombie)* (2012), exceptions préliminaires, fonds et réparations, Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 259, aux para 141–53; *Affaire Gelman (Uruguay)* (2013), supervision pour le respect du jugement, Inter-Am Ct HR, Rés 20 mars 2013, aux para 59–90; *Affaire Liakat Ali Alibux (Surinam)* (2014), exceptions préliminaires, fonds, réparations et coûts, Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 276, aux para 112–25.

communautés européennes a confirmé, dans l'affaire *CJE Flaminio Costa c ENEL*⁴⁴, le principe de la primauté du droit international sur les droits nationaux des États membres.

En outre, les juges de la Colombie, y compris ceux de la JSP, pourront aussi appliquer l'exception de non-conventionnalité ou d'inconstitutionnalité afin d'écarter ou d'éclairer l'application de la loi nationale, lorsque celle-ci viole un droit reconnu dans une norme internationale fondamentale⁴⁵. Bref, toutes les normes internationales ratifiées par la Colombie en matière de droits de la personne font partie de la Constitution et donc, en cas d'incompatibilité entre les normes internationales relatives aux droits de la personne et la loi ou toute autre norme juridique, ce seront les dispositions internationales relatives aux droits de la personne qui l'emporteront.

A. Que signifie le contrôle judiciaire de la constitutionnalité?

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité est une évaluation faite par le pouvoir judiciaire de la constitutionnalité d'une règle de droit infraconstitutionnelle⁴⁶. Plus précisément, un juge devra déterminer si une règle de droit est en contradiction avec une règle ou un principe général de la constitution⁴⁷. Par exemple, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁸ déclare que la Constitution du Canada est la loi suprême du pays et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Donc, si un tribunal arrive à la conclusion qu'une disposition ne respecte pas la Constitution, il la déclarera inopérante et cette règle de droit infraconstitutionnelle perdra toute validité juridique⁴⁹. C'est ainsi que l'un des éléments de la primauté du droit se manifeste dans le principe de la suprématie de la constitution. Dans le cas de la Colombie, ce principe est explicitement reconnu à l'article 4 de sa constitution.

44. *CJE Flaminio Costa c ENEL*, C-6/64 [1964] Rec CE I-1194.

45. Daniela Rocha, « De dónde venimos y hacia dónde vamos en materia de control de convencionalidad » dans Francisco Javier Diaz Revorio et al, dir, *Reflexiones sobre la Justicia Constitucional en Latinoamérica*, Cuenca (España), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2013 à la p 76.

46. Gérald-A Beaudoin, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois » (2003) 48:2 RD McGill 325 à la p 328.

47. *Ibid* à la p 329.

48. *Loi constitutionnelle de 1982*, art 52, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

49. Beaudoin, *supra* note 46 à la p 334.

B. Que signifie le contrôle de la conventionnalité?

Le contrôle de la conventionnalité est la vérification de la compatibilité d'une règle de droit ou d'un acte national avec des normes internationales relatives aux droits de la personne⁵⁰. Par exemple, le juge canadien a une compétence élargie, car celui-ci peut tirer profit de toutes les conséquences possibles du droit international afin d'interpréter convenablement la *Charte canadienne des droits et libertés* et toute norme interne, à la lumière du droit international⁵¹. Selon l'opinion de García Ramírez, qui constitue la jurisprudence en vigueur à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, si le juge national constate qu'il y a bel et bien une incompatibilité entre une norme internationale et la règle de droit interne ou l'acte national, ces derniers seront déclarés non conventionnels et cesseront de produire des effets juridiques⁵².

C. Qui effectue le contrôle de la conventionnalité?

En dernière instance, la vérification du respect d'une norme conventionnelle peut être exercée par les organismes internationaux, par exemple, par la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou encore par la Cour pénale internationale⁵³. Cependant, le contrôle interne de la conventionnalité doit être exercé d'abord et avant tout par les juridictions nationales lorsque l'État a ratifié une norme internationale relative aux droits de la personne⁵⁴. D'ailleurs, l'affaire *Almonacid Arellano et autres c Chili* indique que l'évaluation de la conventionnalité d'une norme, par le pouvoir judiciaire national, fait référence à la compatibilité :

entre les normes juridiques internes qu'il applique à des cas concrets et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* [ou d'autres traités relatifs aux droits de la personne]. Ce faisant, le pouvoir judiciaire doit tenir compte non seulement du traité, mais aussi de l'interprétation qu'en a faite la Cour interaméricaine [ou tout autre organisme international compétent], interprète en dernière instance [du traité concerné]⁵⁵.

50. Patrick Gaïa, «Le contrôle de conventionnalité» (2008) 5 (HS 2) Rev fr dr constl 201.

51. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, [1987] 1 RCS 313 au para 57, 1988 CanLII 88 (CSC).

52. Sergio García Ramírez, «El control judicial interno de convencionalidad» (2011) 5:28 IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla 123, aux pp 126, 145 et 151-153.

53. Ovalle Diaz, *La production pluraliste*, supra note 19 aux pp 208-09.

54. Gaïa, supra note 50 à la p 204.

55. *Almonacid Arellano*, supra note 18 au para 124.

Le juge national légitime ainsi le recours qu'il fait au droit international ou à la jurisprudence étrangère, afin de bien motiver son jugement en utilisant l'interprétation croisée⁵⁶. De nos jours, le juge national ne se limite pas à appliquer le droit interne, car, d'après la jurisprudence interaméricaine, il a l'obligation d'exercer le contrôle de la conventionnalité autant abstraitement que dans les cas concrets.

IV. COMMENT FONCTIONNENT LES CONTRÔLES JUDICIAIRES DE LA CONSTITUTIONNALITÉ ET CEUX DE LA CONVENTIONNALITÉ DANS L'ACCORD DE PAIX EN COLOMBIE?

Pour ce qui est de l'accord de paix en Colombie (2016), les contrôles judiciaires concomitants (constitutionnalité et conventionnalité) s'effectuent de manière automatique, en vertu des articles 4, 93 et 241 ainsi que de l'article 4 transitoire de la Constitution de la Colombie, qui prévoient l'intervention du pouvoir judiciaire pour évaluer le respect, par toute règle de droit, des normes supérieures relatives aux droits de la personne. Par exemple, l'article 93 de la Constitution de la Colombie énonce que les normes internationales relatives aux droits de la personne ont préséance sur le droit interne. En outre, l'article 4 de ce texte constitutionnel édicte que « dans tous les cas d'incompatibilité entre la Constitution et la loi ou autre règle de droit, les dispositions constitutionnelles ont préséance sur celles-ci » [notre traduction]⁵⁷. En d'autres mots, le contrôle de la constitutionnalité et celui de la conventionnalité sont exercés de manière simultanée à la lumière des normes internationales relatives aux droits de la personne. Toutefois, la mise en œuvre des contrôles judiciaires des règles de droit dérivées de l'accord de paix de 2016 et de la JSP, cette dernière en tant que juridiction d'exception et de transition, pose plusieurs problèmes d'interprétation. En voici une liste non exhaustive :

- a) résoudre les conflits entre les normes nationales permanentes et de droit commun et les normes spéciales transitoires découlant de l'accord de paix de 2016;

56. Ovalle Diaz, *La production pluraliste*, supra note 19 à la p 208.

57. *Constitución Política de Colombia 1991*, supra note 37, art 4.

b) résoudre les conflits entre les normes nationales sélectionnées comme étant applicables et les normes internationales relatives au droit international humanitaire, tels le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998*⁵⁸, les quatre *Conventions de Genève du 12 août 1949*⁵⁹ et les deux *Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1977*⁶⁰;

c) résoudre les conflits entre les normes nationales choisies comme étant applicables et les normes provenant du système interaméricain de protection des droits de la personne, dont la *Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969* (ci-après « Convention américaine »)⁶¹;

d) résoudre les conflits entre les règles conventionnelles internationales et, plus précisément, les normes générales relatives aux droits de la personne et les normes internationales spéciales relatives au droit international humanitaire.

Ces conflits normatifs peuvent être résolus en tenant compte de sept principes universels d'interprétation des droits de la personne. Les principes généraux largement reconnus découlent de la jurisprudence, de la doctrine et des traités internationaux.

Dans le contexte des contrôles de la constitutionnalité et de la conventionnalité des règles de droit, l'exercice interprétatif du juge se fonde sur ces sept principes universels concernant l'application effective des droits de la personne dans un cas concret. Ces principes généraux du droit international, généralement reconnus, trouvent leur source, pour la mise en œuvre de celui-ci en droit interne, dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁶², le *Statut de la Cour internationale de justice*⁶³ et la *Convention américaine relative aux droits*

58. *Statut de Rome*, supra note 10.

59. *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*, Convention de La Haye de 1907 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950), en ligne : <www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0173.pdf>.

60. *Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Conférence du 8 juin 1977 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978), en ligne : <www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0321.pdf>.

61. *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, adoptée à San José du Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'homme, OASTS n° 36, 1144 UNTS 123, en ligne : <www.cidh.oas.org/basicos/french/c.convention.htm> [Convention américaine].

62. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 15, al 2 et art 41, al c) (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada : 19 mai 1976) [*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*].

63. *Statut de la Cour internationale de justice*, art 38c), en ligne : <www.icj-cij.org/fr/statut>.

de l'homme⁶⁴. D'après la jurisprudence et la doctrine, les sept principes généraux de droit international, reconnus en matière de droits de la personne, sont : l'ordre public, l'universalité, l'unicité, l'irréversibilité, la progressivité, la maximisation (interprétation favorable aux droits et libertés) et la portée limitée des règles de droit fiscal, disciplinaire, pénal, criminel et pénitentiaire.

L'ordre public : le noyau dur des règles des droits de la personne a été adopté dans l'intérêt de tous les êtres humains. Ces droits fondamentaux sont impératifs. « Lorsque la garantie en cause est d'ordre public ou bénéficie autrement à l'ensemble de la société, il semble qu'une renonciation ne soit pas possible »⁶⁵. Pour cette raison, les droits fondamentaux ne sont pas négociables. Autrement dit, dans un accord de paix, les parties peuvent négocier leurs intérêts politiques et économiques, par exemple, mais ne peuvent pas négocier l'effectivité des droits fondamentaux⁶⁶.

L'universalité : tous les êtres humains bénéficient de la même protection de leurs droits et libertés fondamentaux. Pour cette raison, une règle de droit interne ne peut jamais être une excuse pour ne pas reconnaître un droit ou une liberté fondamentale à un justiciable⁶⁷. Cela explique aussi la raison d'être du mécanisme de contrôle de la conventionnalité des règles de droit interne à la lumière du droit international relatif aux droits de la personne.

L'unicité : les droits et libertés fondamentaux sont indivisibles et interdépendants. C'est ainsi que l'entend la communauté internationale, car ils sont « indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance »⁶⁸. Une personne est bénéficiaire de l'ensemble des droits et libertés fondamentaux, parce que leur reconnaissance ne s'exerce pas de façon fractionnée ou divisible.

64. Convention américaine, *supra* note 61, art 46a) : « Que toutes les voies de recours internes aient été dûment utilisées et épuisées conformément aux principes du Droit international généralement reconnus ».

65. Hugo Jean, « Contentieux constitutionnel » dans *JurisClasseur Québec*, coll « Droit public », fasc 4, Montréal, LexisNexis Canada, 2018, feuilles mobiles, à la p 4/20 au para 24.

66. Convention américaine, *supra* note 61, art 27; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 62, art 4.

67. Convention de Vienne, *supra* note 39, art 27.

68. *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, Doc NU A/CONF.157/23, juillet 1993, art 5.

L'unicité des droits fondamentaux est liée au constat que chaque être humain est unique et indivisible.

L'irréversibilité : l'effectivité des droits de la personne augmente la qualité de vie et le bien-être des individus et des collectivités. *A contrario*, la violation des droits et libertés engendre les pires tragédies et souffrances humaines. Alors, il est rationnel de concevoir que l'un des principaux projets de l'humanité est celui de ne jamais laisser tomber les acquis en matière de droits de la personne⁶⁹. Tout projet gouvernemental qui cherche à réduire les garanties reconnues et protégées des individus agit contre nature, ce qui ne pourra pas s'expliquer rationnellement. Le principe de l'irréversibilité des droits fondamentaux « interdit à l'État, en l'absence de motifs impérieux, de diminuer le plus haut niveau de protection conféré à ces droits depuis le moment où la norme internationale ou constitutionnelle qui les consacre s'impose à lui »⁷⁰. C'est le devoir des juges, gardiens indépendants des droits, de ne pas appliquer les réformes normatives qui méconnaissent les droits et libertés déjà reconnus internationalement.

La progressivité : la mise en œuvre des droits de la personne élimine les tourments individuels et collectifs et augmente la satisfaction matérielle et spirituelle des êtres humains. Cela explique pourquoi les États ont une obligation internationale de « prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits »⁷¹, ainsi que « le plein exercice des droits reconnus »⁷². Les autorités ont le mandat fiduciaire d'œuvrer avec diligence, loyauté et bonne foi afin d'offrir plus de droits et libertés aux citoyens, le contraire constituant une preuve que leur pouvoir est devenu arbitraire, dictatorial et antidémocratique.

La maximisation : c'est le devoir de toute autorité étatique et, en dernière instance, du juge, d'appliquer le principe *pro homine*, c'est-à-dire que la mise en œuvre des droits et libertés exige une interprétation favorable de leur objet et leur portée. Ce principe est un critère

69. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 62, art 5.

70. Isabelle Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008 à la p 4.

71. *Convention américaine*, *supra* note 61, art 26.

72. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, art 2(1) (entrée en vigueur : 3 janvier 1976, accession du Canada : 19 mai 1976).

interprétatif qui découle de l'article 29 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*. En vertu de ce principe, l'interprétation juridique doit toujours être la plus favorable à la personne humaine et privilégier l'application de la règle de droit la plus large et la plus appropriée parmi celles offertes par les différents ordres juridiques en vigueur⁷³. La maximisation des droits et libertés est avant tout le produit des forces sociales qui font progresser l'humanité. Cependant, il appartient aux législateurs et aux juges d'adopter les changements législatifs ou jurisprudentiels nécessaires pour répondre aux demandes de la société.

La portée limitée des règles de droit fiscal, disciplinaire, pénal, criminel et pénitentiaire : l'autorité qui impose une restriction aux droits et libertés est soumise à une obligation de ne pas porter atteinte de manière déraisonnable aux garanties juridiques fondamentales. Cette obligation négative impose à l'autorité le devoir de non-ingérence dans l'exercice des droits fondamentaux, en général, et du droit à la liberté individuelle, en particulier⁷⁴. La plus importante des règles générales en droit est celle qui énonce que « tout est donc permis quand la loi ne le défend pas »⁷⁵ de manière claire et expresse. Les règles de droit qui limitent les droits et les libertés ne doivent pas être ambiguës ni contradictoires, parce qu'en cas de doute sur l'intention du législateur, le juge doit choisir l'interprétation qui restreint le moins nos droits et libertés. Autrement dit, il doit appliquer les principes de légalité et de rétroactivité⁷⁶, comme l'affirme la Cour suprême du Canada : « lorsqu'on interprète une loi pénale, la règle est que si l'analyse révèle une véritable ambiguïté, celle-ci doit être résolue en donnant à la loi le sens le plus favorable aux personnes susceptibles d'encourir une peine »⁷⁷.

73. Convention américaine, *supra* note 61, art 29.

74. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 62, arts 5, 9–10, 18 et 21–22.

75. André Émond, *Introduction au droit canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016 à la p 16.

76. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 62, art 15.1; *Convention américaine*, *supra* note 61, art 9.

77. *Paul c La Reine*, [1982] 1 RCS 621 à la p 633, 1982 CanLII 179 (CSC).

V. JUSTIFICATION D'UN ORDRE JURIDIQUE D'EXCEPTION POUR METTRE FIN À UN CONFLIT ARMÉ

La version officielle de l'histoire de l'humanité et des peuples est celle de vainqueurs⁷⁸ qui ont eu la fortune d'éliminer, de coloniser ou de juger leurs ennemis vaincus. Autrement dit, la victoire donne le pouvoir d'imposer au groupe dominé les valeurs et les intérêts du groupe dominant; ce privilège n'est jamais un droit, mais c'est un fait historique indéniable. Cependant, l'absence de victoire définitive de l'un des acteurs d'un conflit armé génère un état de guerre permanent, la fin de celui-ci devenant dès lors imprévisible. En d'autres mots, dans le cas d'une guerre persistante, la violence se manifeste par la violation permanente, généralisée et systématique des droits de la personne et du droit international humanitaire⁷⁹. En effet, la Cour constitutionnelle colombienne a établi que le conflit armé interne a créé un état permanent d'inconstitutionnalité concernant les questions de déplacement forcé⁸⁰. D'ailleurs, dans un rapport, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a déclaré que la Syrie, la Colombie et l'Afghanistan figurent parmi les pays connaissant le plus grand nombre de personnes déplacées en 2016 en raison de conflits armés⁸¹.

Dans les situations de conflit armé permanent, accompagnées de violations constantes des droits des victimes du conflit (comme la situation de conflit armé interne prolongé en Colombie)⁸², l'État perd le contrôle de la poursuite pénale⁸³. À vrai dire, les acteurs du conflit armé ne ressentent pas l'effet de l'existence d'un système judiciaire criminel et carcéral, puisque le seul véritable régime qui leur est applicable est celui de l'état de la guerre⁸⁴. Seulement l'état de la guerre touche

78. Daniel Pastor García et Celada Antonior, «The Victors Write History, the Vanquished Literature: Myth, Distortion and Truth in the XV Brigade» (2012) 89:7–8 Bull Spanish Stud 307.

79. Ovalle Diaz, «Le pluralisme juridique», *supra* note 9 à la p 308.

80. Jugement Tutela n° 025/04, Cour constitutionnelle, 22 janvier 2004, magistrat rapporteur Manuel José Cepeda Espinosa; Human Rights Watch, «War Without Quarter: Colombia and International Humanitarian Law», New York, Human Rights Watch, 1998 au para 168.

81. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, «Le nombre de personnes déplacées atteint son plus haut niveau depuis des décennies», en ligne: <www.unhcr.org/fr/news/stories/2017/6/5943f3eca/nombre-personnes-deplacees-atteint-haut-niveau-decennies.html>.

82. Pardo Rueda, *supra* note 1 aux pp 423–621.

83. Ovalle Diaz, *La production pluraliste*, *supra* note 19 à la p 167.

84. Marco Sassòli, Antoine A Bouvier et Anne Quintin avec la collaboration de Juliane Garcia, «Le droit international humanitaire, branche du droit international public» dans Marco Sassòli,

l'existence du conflit armé, et uniquement la victoire ou la défaite éventuelle de l'une ou de l'autre des parties en guerre peut mettre fin aux violations constantes des droits des victimes du conflit armé.

De plus, nous pourrions dire que l'état de conflit armé permanent a créé un climat favorable aux acteurs armés et aux alliés puisque, comme on le sait, les conflits armés génèrent des retombées économiques importantes pour ceux qui en bénéficient directement et indirectement⁸⁵. D'ailleurs, c'est la raison pour laquelle les acteurs du conflit armé de la Colombie n'ont jamais voulu résoudre les causes de celui-ci, puisqu'en retour, ils recevaient du financement international pour combattre les conséquences du problème et qu'ils avaient tout avantage à ne pas éliminer celui-ci de manière définitive⁸⁶.

La société est donc contrainte de céder certains avantages judiciaires aux acteurs armés qui acceptent de déposer leurs armes et d'abandonner le conflit armé. Cela constitue le prix à payer pour obtenir une paix politique incomplète, même si cela ressemble encore une fois à une amnistie déguisée⁸⁷. Par exemple, en 2002, le président de la Colombie, Alvaro Uribe, a fait adopter une nouvelle loi qui ouvre la porte à l'utilisation de toutes sortes de mécanismes juridiques, tels la délation, les récompenses, la coopération des forces non étatiques, ainsi que l'octroi d'amnisties ou de grâces anticipées individuelles à tout membre d'un groupe armé choisissant de rendre son arme⁸⁸.

Si une société est capable de faire la transition de la guerre à la paix en utilisant un modèle de justice transitionnelle, on estime que le gain collectif net est généralement supérieur au gain relatif et transitoire accordé aux acteurs du conflit armé qui abandonnent la guerre. De ce point de vue, la mise en œuvre de la nouvelle JSP (ou de l'ordre

Antoine A Bouvier et Anne Quintin avec la collaboration de Juliane Garcia, *Un droit dans la guerre?*, vol 1 : *Présentation du droit international humanitaire*, 2^e éd, Genève, CICR, 2012, Partie I, ch 2 à la p 3.

85. Audrey Akin et Claude Serfati, « Guerres pour les ressources, rente et mondialisation » (2008) 143:3 *Mondes en développement* 27, en ligne : <www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2008-3-page-27.htm>.

86. Ovalle Diaz, « Le pluralisme juridique », *supra* note 9 aux pp 318–19.

87. *Ibid* à la p 322.

88. *Ley 782 de 2002*, Congrès de Colombie, JO, 23 décembre 2002, 45.043, en ligne : Bogotà Jurídica Digital <www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6677>; *Decreto número 128 de 2003*, Président de la Colombie, JO, 24 janvier 2003, 45.073, en ligne : Bogotà Jurídica Digital <www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7143>.

juridique d'exception transitoire) est généralement considérée internationalement comme une bonne initiative du gouvernement de la Colombie, surtout si cela signifie l'arrêt définitif du conflit armé quand il n'existe aucune autre solution de rechange⁸⁹.

Dans les situations de conflit armé interne, il existe au moins trois ordres juridiques : le droit de l'État, le droit de l'état du conflit armé, prévu par le droit international humanitaire, et l'ordre juridique *de facto* imposé par les acteurs armés⁹⁰. Les forces insurgées sont reconnues *de facto* dès qu'elles exercent le contrôle effectif sur le territoire ou le pays où elles combattent, car « la reconnaissance de la belligérance permet de leur attribuer la personnalité internationale d'un gouvernement de fait local »⁹¹. Ainsi, la victoire finale peut éliminer les ordres juridiques non étatiques parallèles et imposer un ordre juridique unique sur tout le territoire de l'État.

L'absence d'une victoire définitive entre deux parties justifie la négociation de la fin du conflit armé. Afin que cette négociation soit incontournable, il est nécessaire de compenser les avantages de l'état de guerre permanent par des avantages équivalents dans un état de paix stable et durable, lesquels se traduisent par un ordre juridique d'exception transitoire. D'ailleurs, seul le modèle de justice transitionnelle permet de punir les responsables des crimes internationaux en fonction des besoins de réconciliation et de réparation intégrale des victimes⁹². En effet, le paragraphe 5 de l'article 6 du *Protocole II de 1977 additionnel aux Conventions de Genève* édicte qu'« à la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus grande amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues »⁹³.

Enfin, s'il est vrai que l'ordre juridique transitoire d'exception ne constitue pas un régime juridique exemplaire, il est tout de même le seul qui est capable de mettre fin au conflit armé. Il faut donc, dans la

89. Organisation des Nations Unies, communiqué, « Colombie : l'ONU se réjouit de la ratification de l'accord de paix entre le gouvernement et les FARC » (2 décembre 2016), en ligne : <news.un.org/fr/story/2016/12/348592-colombie-lonu-se-rejouit-de-la-ratification-de-laccord-de-paix-entre-le>.

90. Ovalle Díaz, *La production pluraliste*, supra note 19 à la p 260.

91. Nguyen Quoc Dinh et al, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, LGDJ, 2009 à la p 632.

92. Ovalle Díaz, « Le pluralisme juridique », supra note 9 à la p 327.

93. *Protocoles II de 1977 additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, supra note 60, art 6(5).

négociation de l'arrêt du conflit, accepter la coexistence (de manière parallèle) d'un ordre juridique irréprochable à vocation permanente et d'un ordre juridique transitoire imparfait.

VI. ENTRE LE DROIT À LA PAIX ET LE DROIT À L'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI : LA COLOMBIE FAIT FACE À UN CHOIX DIFFICILE ET NÉCESSAIRE

La paix est une condition nécessaire, mais non suffisante, qui permet d'atteindre la pleine jouissance des autres droits et libertés dans une société⁹⁴. *A contrario*, le scénario du conflit armé entraîne les violations les plus graves des droits et libertés. Ces violations systématiques et généralisées des droits de la personne sont aussi le cas dans les systèmes de dictature absolue et d'apartheid⁹⁵. Heureusement, un des buts primordiaux de l'humanité a toujours été la création de conditions qui permettent de surmonter ou d'éviter les situations de conflit armé et de maintenir une paix stable et durable⁹⁶. Pour cette raison, la *Charte des Nations Unies* établit, à son article premier, qu'il est important de maintenir la paix et la sécurité internationales et, à cette fin, prévoit ce qui suit :

prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix⁹⁷.

De plus, il est important de souligner que la paix est un droit fondamental dans l'ordre juridique international et qu'il a la même valeur dans tous les ordres juridiques nationaux. C'est la raison pour laquelle, d'ailleurs, la Constitution politique de la Colombie prévoit, à son article 22, que « la paix est un droit et un devoir d'accomplissement obligatoire » [notre traduction]⁹⁸.

94. Ovalle Diaz, « Le pluralisme juridique », *supra* note 9 à la p 327.

95. *Ibid* à la p 332.

96. Ovalle Diaz, *La production pluraliste*, *supra* note 19 à la p 33.

97. *Charte des Nations Unies*, Conférence de San Francisco de 1945, art 1^{er} (entrée en vigueur : 24 octobre 1945), en ligne : <www.unesco.org/education/pdf/CHART_F.PDF>.

98. *Constitución Política de Colombia 1991*, *supra* note 37, art 22.

Par ailleurs, l'égalité de tous devant la loi est une norme universelle prévue dans les différents textes internationaux. Par exemple, la Convention américaine (ou Pacte de San Jose, 1969) énonce, à son article premier :

Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale⁹⁹.

L'égalité devant la loi n'exige pas que l'on applique à toutes les personnes la même règle de droit, mais plutôt que toutes les personnes soient soumises à un ordre juridique juste et non arbitraire¹⁰⁰. De plus, la norme juridique pourra varier en fonction du statut particulier d'un sujet de droit, du moment et du territoire dans lequel il se trouve¹⁰¹. C'est d'ailleurs pour cette raison que les mineurs ne sont pas soumis à la même norme pénale que les adultes¹⁰², qu'au moment de la détermination de la peine, les adultes autochtones ne sont pas assujettis au même régime juridique applicable aux autres citoyens¹⁰³, que les nouvelles infractions n'ont pas d'effet rétroactif sur des comportements qui ont été commis avant leur création (principe de légalité et de non-rétroactivité)¹⁰⁴, que certains comportements qui sont interdits en public sont permis en privé, ou encore, en Colombie, que les femmes ont accès au régime de pension à un plus jeune âge que les hommes¹⁰⁵. On trouve d'innombrables autres exemples de distinctions dans la loi, qui reconnaissent les droits, les libertés et les obligations.

Puisque les normes internationales et nationales font constamment ce genre de distinctions, on peut donc déduire que l'égalité devant la

99. Convention américaine, *supra* note 61, art 1.

100. Sylvain Lussier, « Primauté du droit, l'égalité devant la loi et autres "principes non écrits de notre constitution" » (2013) 58:4 RD McGill 1027 à la p 1031.

101. *Ibid* à la p 1036.

102. *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, LC 2002, c 1.

103. *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 718.2e); C-169 *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux*, 1989, art 10 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991).

104. Convention américaine, *supra* note 61, art 9.

105. *Régimen de la Seguridad Social en Colombia (Ley 100 de 1993)*, n° 41148, 23 décembre 1993, arts 33.1 et 65.

loi n'est pas un droit absolu¹⁰⁶. Par exemple, le droit international des droits de la personne interdit les discriminations raisonnablement injustifiables, car elles touchent la dignité humaine¹⁰⁷. En effet, le respect des droits de la personne constitue le minimum nécessaire à observer par tout « régime politique pour que ce dernier soit admissible comme membre respectable d'une société politique juste des peuples »¹⁰⁸. Dans le but de promouvoir l'égalité matérielle, les normes internationales sur les droits de la personne recommandent donc la création de mesures spéciales ou de mesures de « discrimination positive » afin de favoriser les groupes les plus vulnérables. Ainsi, l'article 1.4 de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*¹⁰⁹ (1965) et l'article 4 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹¹⁰ (1979) sont parmi les mesures spéciales qui existent en droit international des droits de la personne. Ces mesures sont aussi confirmées dans la jurisprudence interaméricaine, notamment dans l'affaire *Villagrán Morales et al c Guatemala* (portant sur des exécutions extrajudiciaires d'enfants itinérants), dans laquelle le tribunal interaméricain a reconnu qu'il existe de nombreuses mesures de protection spéciales destinées aux enfants de la rue à l'article 19 de la Convention américaine, telles que « [le droit à] une protection contre la discrimination, une assistance spéciale pour les enfants séparés de leur environnement familial, [...] le droit à des conditions de vie adéquates et la réhabilitation sociale des enfants abandonnés ou exploités »¹¹¹. Le cadre de l'accord de paix de la Colombie permet lui aussi d'appliquer certaines mesures spéciales pour favoriser, par exemple, les mineurs qui ont participé au conflit armé interne (le phénomène des enfants-soldats) ou encore pour tenir compte des intérêts des femmes qui sont victimes du conflit armé¹¹².

106. Lussier, *supra* note 100 à la p 1037.

107. Ovalle Diaz, *La production pluraliste*, *supra* note 19 à la p 153.

108. John Rawls, *Le droit des gens*, Paris, Esprit, 1996 à la p 88.

109. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Rés AG 2106 A(XX), 21 décembre 1965 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969), art 1.4, en ligne : <www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

110. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Assemblée générale des Nations Unies (entrée en vigueur : 3 septembre 1981), art 4, en ligne : <www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/fconvention.htm>.

111. *Case of the « Street Children » v Guatemala (Villagrán Morales et al)*, (19 novembre 1999) Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 63, au para 196.

112. *Acto Legislativo No 01 (4 Abril 2017)*, Congreso de Colombia, en ligne : <www.unidadvictimas.gov.co/es/acto-legislativo-01-4-de-abril-de-2017/38922>, Artículo Transitorio 1, parágrafo.

De plus, selon le principe de l'égalité devant la loi, toutes les personnes doivent obéir à des normes de comportement pour pouvoir profiter au maximum des droits et libertés¹¹³. Cependant, dans le contexte d'une société libre et démocratique, les personnes qui ne respectent pas leurs obligations et violent les droits d'autrui ne perdront pas pour autant la jouissance de leurs droits fondamentaux. Même le pire des criminels a droit à un procès équitable et au respect de toutes ses garanties judiciaires. Ce principe s'applique également aux criminels de guerre, même s'ils ont commis des crimes inimaginables¹¹⁴. La mise en œuvre d'un modèle de justice d'exemption transitoire est, sans l'ombre d'un doute, le mécanisme qui convainc le plus du fait que la société a donné un avantage aux criminels de guerre qui n'ont pas été vaincus au combat, mais qui acceptent de rendre leurs armes et d'être jugés.

CONCLUSION

Les régimes transitoires de justice d'exception, par essence, ne devraient jamais constituer la règle. Ils ne devraient s'appliquer qu'en cas de force majeure. En d'autres mots, ils doivent être utilisés en dernier recours, si et seulement si la seule autre option est la guerre permanente. La justice transitionnelle cherche donc à transformer un conflit armé permanent en une paix durable et stable. S'il est vrai que la décision de négocier un mécanisme de justice transitionnelle pour mettre un terme à un conflit armé est un débat purement politique, le contenu de la négociation politique, qui se traduit par des règles de droit, est plutôt une question de justice constitutionnelle. La juridiction constitutionnelle colombienne a donc la compétence et l'obligation de statuer sur la constitutionnalité et la conventionnalité des règles de droit dérivées de l'accord de paix de 2016, à la fois en général et au cas par cas. Plus précisément, si le système judiciaire colombien effectue de manière appropriée les contrôles constitutionnel et conventionnel, il pourra éviter que la justice internationale exerce, de manière complémentaire, sa compétence par rapport à l'accord de paix de 2016. Dans le cas contraire, les instances internationales pourront déclarer que la Colombie a violé ses obligations internationales et se saisir de l'affaire. Par exemple, en cas d'erreur ou de manque de volonté de la

113. Lussier, *supra* note 100 à la p 1028.

114. Hans-Peter Gasser, « Respect des garanties judiciaires fondamentales en temps de conflit armé: le rôle du délégué du CICR » (1992) 74:794 RICR 129.

part de la justice colombienne¹¹⁵, le système interaméricain de protection des droits de la personne et la Cour pénale internationale interviendront de manière complémentaire à la justice transitionnelle. D'ailleurs, l'article 44 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* et les articles 15.2, 15.3 et 19.3 du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* autorisent toute personne ou tout groupe de personnes (en particulier les victimes de conflit) à présenter des requêtes ou des rapports sur des violations des droits de la personne. Ces plaintes seront entendues selon les règles de procédure du système interaméricain de protection des droits de la personne ou de la Cour pénale internationale.

Le droit international humanitaire, le droit international des droits de la personne, la justice transitionnelle d'exception (ordre juridique transitoire), le droit commun de la Colombie (l'ordre juridique permanent) et la juridiction autochtone (ordre juridique ancestral) sont les cinq principaux ordres juridiques en vigueur en Colombie¹¹⁶. Le contrôle de la conventionnalité est un exercice interprétatif complexe, qui favorise la résolution des conflits entre les différents ordres juridiques et règles de droit. Cet exercice d'interprétation peut être mené en appliquant la théorie du pluralisme juridique, parce que cette école de pensée accepte la coexistence de plusieurs ordres juridiques en concurrence. En effet, le pluralisme juridique ne cherche pas à établir une hiérarchie entre les différents ordres juridiques, mais plutôt à faciliter l'application transversale de certains principes de droit universels afin de favoriser la reconnaissance maximale des droits et libertés. Une fois cette évaluation terminée, le juge national choisira dans l'un des différents ordres juridiques la règle de droit la plus appropriée, tout en gardant à l'esprit le respect de la dignité humaine, qui est une source de légitimité du droit¹¹⁷.

Le contrôle de la conventionnalité comme mécanisme judiciaire, le pluralisme juridique comme nouvelle théorie générale du droit et les principes interprétatifs universels pour l'effectivité des droits de la personne constituent un coffre d'outils que le droit international offre aux juges de la Colombie pour bien réussir l'application de l'accord de paix de 2016. Cependant, la non-utilisation ou la mauvaise utilisation de ces outils permettra aux survivants du conflit armé interne de la Colombie

115. *Statut de Rome*, *supra* note 10, art 17b).

116. Ovalle Diaz, « Le pluralisme juridique », *supra* note 9 à la p 329.

117. Ovalle Diaz, *La production pluraliste*, *supra* note 19 à la p 153.

de se plaindre devant les instances internationales en se servant des moyens offerts par le droit international. C'est ainsi que le système interaméricain offre, d'un côté, de l'aide aux juridictions nationales pour rendre effectifs les droits de la personne. De l'autre côté, lorsque les États n'octroient pas la protection appropriée, les justiciables nationaux peuvent exercer des recours judiciaires internationaux de protection des droits de la personne, selon leur besoin. C'est ainsi que, dans le passé, les survivants de la dictature au Chili¹¹⁸ et du conflit armé interne au Salvador¹¹⁹ se sont servis du système interaméricain de protection des droits de la personne.

En général, l'accord de paix de la Colombie (2016) semble être compatible avec les normes internationales relatives aux droits de la personne. Plus particulièrement, les règles de droit dérivées de cet accord pourront subir le contrôle judiciaire pour confirmer ou infirmer leur constitutionnalité et leur conventionnalité. Les défis de la mise en œuvre du processus de paix en Colombie ne sont pas de type juridique, car nous avons expliqué que tous les doutes trouvent une réponse dans les mécanismes de contrôle judiciaire. Par contre, la mise en œuvre de cet accord de paix fait face à un risque majeur de type politique, car la classe dirigeante de la Colombie ne semble pas être à la hauteur de la responsabilité que l'histoire exige d'elle.

118. *Almonacid Arellano*, supra note 18.

119. *Affaire Rochac Hernandez et autres v El Salvador* (2014), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 285.