



THE UNIVERSITY
of EDINBURGH



Des transitions aux transformations: les interactions entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle

Document d'orientation n° 22 d'IDEA International



Des transitions aux transformations : les interactions entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle

Document d'orientation n° 22 d'IDEA International

Amanda Cats-Baril

© 2021 Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale
© 2019 Édition en anglais

Les publications d'IDEA International sont indépendantes de tout intérêt national ou politique. Les points de vue exprimés dans la présente publication ne reflètent pas nécessairement les opinions d'IDEA International, de son conseil d'administration ou des membres du conseil.



La version électronique de la présente publication est disponible sous Creative Commons Licence (CCL) – Creative Commons Attribution–NonCommercial–ShareAlike 3.0 Licence. Vous pouvez librement partager cette publication ou en faire des travaux dérivés uniquement à des fins non commerciales, et à condition d'en avoir correctement nommé les sources et de les diffuser sous une licence identique à celle-ci. Pour de plus amples informations sur cette licence, veuillez consulter : <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/>.

IDEA International
Strömsborg
SE-103 34 Stockholm
Suède
Téléphone : +46 8 698 37 00
Courriel : info@idea.int
Site Internet : <https://www.idea.int>

Design et mise en page : IDEA International
Traduction : Nicolas Knobil
Révision : Christèle Jany
Révision substantielle : Manon Bonnet et Thibaut Noel
DOI: <https://doi.org/10.31752/idea.2021.107>

ISBN: 978-91-7671-503-1 (PDF)

Ce rapport fait partie du Political Settlement Research Programme (www.politicalsettlements.org) de la Global Justice Academy, financée par le département du Développement international (DFID), UK Aid, qui n'endosse aucune responsabilité quant aux points de vue ou aux informations figurant dans ce rapport ou quant à la manière dont ceux-ci sont utilisés.

Créé avec Booktype: <https://www.booktype.pro>

Table des matières

Remerciements	6
Recommandations principales	7
Résumé	11
1. Introduction	14
2. Interactions entre résolution politique, justice transitionnelle et réforme constitutionnelle dans un contexte de transition	18
La résolution politique du différend comme point de départ	18
Arbitrages, engagements préalables et contraintes	19
3. Réforme constitutionnelle et justice transitionnelle : cadre conceptuel et approches comparatives	22
La vérité	23
La justice	26
Les réparations	28
Les garanties de non-répétition	31
4. Références bibliographiques	37
Constitutions	41
5. Études de cas	43
Afrique du Sud	45
Colombie	50
Guatemala	56
Népal	62
Rwanda	68
Tunisie	74

Abréviations	79
À propos de l’auteure	80
À propos des organisations	81
IDEA International	81
Global Justice Academy	82
Centre du droit constitutionnel d’Édimbourg	82

Remerciements

Ce document d'orientation fait suite au cinquième Dialogue d'Édimbourg sur l'élaboration de constitutions post-conflit, organisé en décembre 2018. Cet atelier a été coorganisé par IDEA International, le centre du droit constitutionnel d'Édimbourg et la Global Justice Academy, en liaison avec le Programme de recherche sur les accords politiques de l'université d'Édimbourg.

Nous remercions l'ensemble des personnes dont les observations et retours ont aidé à la conceptualisation du présent texte et à l'examen des études de cas. Notre gratitude va tout particulièrement aux participants des Dialogues d'Édimbourg, qui nous ont apportés de précieuses contributions tant orales qu'écrites ; aux collègues de l'université d'Édimbourg et de l'International Center for Transitional Justice, qui ont relu et édité cette publication ; au relecteurs externes, dont Lars Waldorf et Christina Murray, qui ont aidé à prendre du recul ; et surtout, à Sumit Bisarya d'IDEA International, pour ses précieux conseils et soutien.

Recommandations principales

Avec la prévalence croissante des transitions politiques consécutives à des conflits internes, la justice transitionnelle et les processus de réforme constitutionnelle font l'objet d'une attention accrue en tant que domaines d'étude et d'intervention. Cependant, on ne s'est guère intéressé jusqu'ici à la manière dont ces deux domaines peuvent interagir pour poursuivre leurs objectifs respectifs et communs. Le fait que ces deux processus puissent coexister, et souvent, coexistent effectivement, est reconnu. Toutefois, les praticiens de ces domaines gagneraient à mieux comprendre cette coexistence ainsi que les facteurs qui l'influencent. Ce document d'orientation est une première étape vers une meilleure compréhension de la façon dont les synergies entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle peuvent être maximisées. Il met en évidence les interactions et les recoupements entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle, avec l'objectif d'encourager les décideurs et les experts à examiner différentes options afin de tirer pleinement parti des avantages comparatifs de chacun de ces deux processus, dans le but général de favoriser la paix et le développement durables. Le présent travail illustre le potentiel qu'a l'association entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle de prévenir les conflits, d'approfondir la transformation des conflits, et de promouvoir une paix durable. Il détaille également les difficultés inhérentes à l'association de ces deux processus. Ce travail souligne l'importance d'appréhender la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle comme des processus complémentaires plutôt que concurrents. Sans toutefois proposer de modèle ou de réponse spécifique, il élargit les connaissances sur les méthodes permettant d'améliorer chacun de ces processus, et sur les façons de dépasser les cloisonnements et d'analyser les interactions subtiles entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle, afin de répondre aux défis majeurs posés par les transitions politiques.

Ce document d'orientation entend soutenir les décideurs et praticiens à mesure qu'ils transposent dans la pratique les théories présentées ici. En voici les principales recommandations :

1. Une réflexion synergique au niveau politique : Une meilleure coordination entre les communautés de praticiens dans les domaines de la justice transitionnelle et de la réforme constitutionnelle seraient nécessaires afin d'influencer les mandats et les cadres qui régissent la mise en œuvre de ces deux processus, ainsi que de l'appui qui leur est fourni.

Le cinquième Dialogue d'Édimbourg, organisé en 2018, a réuni des praticiens et organisations phares en matière de la justice transitionnelle et de transitions constitutionnelles. À cette occasion sont apparus de nombreux points communs entre les deux domaines, mais également un manque d'interaction entre eux. Ils ont en effet

connu des évolutions similaires au cours des dernières années, avec, notamment, une demande accrue de participation du public, l'élargissement de leurs objectifs respectifs, des échecs répétés, la multiplication des acteurs, et un écart entre les objectifs visés par ces processus et leurs résultats réels.

Les deux communautés auraient beaucoup à apprendre l'une de l'autre, et les bailleurs de fonds internationaux, les États-membres d'organisations clés et les organisations internationales elles-mêmes devraient, de manière proactive, leur donner plus d'occasions d'interagir dans le domaine de la stratégie et des politiques publiques au niveau international.

2. Coordonner l'appui : Les acteurs nationaux et les donateurs au niveau des pays gagneraient à concevoir des structures institutionnelles destinées à coordonner l'appui qu'ils fournissent aux processus de réforme constitutionnelle et de justice transitionnelle.

Outre l'idée de synergie conceptuelle dans le domaine de l'élaboration de stratégies et de politiques publiques au niveau international, ce document d'orientation a des implications pratiques sur la conception institutionnelle des mécanismes transitionnels. Ainsi, en Gambie, le ministère de la Justice, avec le soutien du Haut-Commissariat britannique, a créé un bureau unique destiné spécifiquement à superviser le processus constitutionnel et le processus de justice transitionnelle. Cela permet au gouvernement de créer des synergies entre ces derniers, notamment lors de leur conception et de leur séquençage, et de la mise en place de deux commissions indépendantes. Il convient également d'envisager cette approche dans d'autres contextes. Le Népal fait office de contre-exemple : bien qu'un ministère de la Paix et de la Reconstruction ait été créé et doté d'un mandat comprenant la supervision de la justice transitionnelle, il était complètement coupé sur le plan institutionnel de l'Assemblée constituante et du processus d'élaboration de la nouvelle constitution.

De même, les partenaires internationaux devraient s'assurer que leurs activités d'appui à la justice transitionnelle et au processus constituant dans un contexte de transition ne soient pas déconnectées, et qu'au moins une personne suive les deux processus suffisamment dans le détail. Cela s'applique particulièrement aux institutions au sein desquelles le soutien politique et l'appui au développement sont séparés (par exemple, les ambassades/le département d'État des États-Unis et l'USAID ; le Département des affaires politiques et de la consolidation de la paix des Nations Unies et le Programme des Nations Unies pour le Développement, etc.) : il faudrait que les décisions politiques et le soutien financier à ces processus soient coordonnés.

3. Les interactions entre les organes constituants et les organes de justice transitionnelle : lorsque les organes chargés d'élaborer la constitution et les commissions vérité et réconciliation (ou organes de justice transitionnelle similaires) fonctionnent de manière concomitante, ils devraient, de manière proactive, rechercher des opportunités de débattre ensemble de leurs conclusions et de leurs parcours, et présenter conjointement ces informations au public, tout en sollicitant sa contribution.

Le présent travail montre que les commissions vérité et réconciliation et les organes constituants ont beaucoup en commun : ils mettent en place de larges consultations,

et recherchent un consensus à la fois sur les dysfonctionnements passés et sur les mesures nécessaires pour éviter leur reproduction. Ce faisant, les deux processus entendent construire un discours sur le passé et l'avenir du pays. Pour la transformation des conflits, il est important que ces discours se confortent mutuellement plutôt que de se contredire.

4. Le séquençage : lorsque des acteurs ont un contrôle sur la conception des deux processus, leur séquençage est à concevoir avec soin. Si la marge de manœuvre pour coordonner les deux processus dans le temps est plus restreinte, les acteurs devraient avoir conscience des arbitrages qui s'imposent dans les différents séquençages, et, si possible, savoir comment les gérer.

Le séquençage de la justice transitionnelle et du processus de réforme constitutionnelle est une question à laquelle il n'existe pas de réponse uniforme : le contexte est particulièrement important. Cependant, quand la justice transitionnelle précède le processus constituant, et vice versa, il peut être nécessaire et opportun d'effectuer certains arbitrages en conséquence. Ainsi, lorsque la recherche de la vérité, qui s'inscrit dans le processus de justice transitionnelle, précède l'élaboration d'une constitution, il peut être utile d'identifier les dysfonctionnements du passé et de fixer un calendrier pour le changement, notamment en recommandant des réformes institutionnelles à mettre en œuvre dans le cadre de la réforme constitutionnelle. À l'inverse, la réforme constitutionnelle peut être l'occasion de fournir des garanties importantes aux régimes et acteurs sortants afin qu'ils participent aux processus de justice transitionnelle et élargissent le soutien politique dont ces processus bénéficient.

5. Les recommandations de réformes constitutionnelles et institutionnelles formulées par les commissions vérité et réconciliation devraient être plus claires, plus précises et plus explicites.

Les commissions vérité et réconciliation recommandent souvent une « réforme constitutionnelle » ou « institutionnelle » sans plus de précisions. Si la formulation de recommandations détaillées sur le contenu de la réforme constitutionnelle ne relève pas de la compétence de telles commissions, les processus de recherche de la vérité devraient exploiter pleinement leur potentiel pour construire un récit et déterminer sa tonalité. Des recommandations plus concrètes, comme « renforcer le contrôle sur les actions de l'exécutif » ou « renforcer le contrôle du parlement sur les institutions du secteur de la sécurité » pourrait permettre d'étayer les arguments au cours des négociations constitutionnelles en les appuyant sur un cadre fondé sur les droits, et en établissant un lien clair avec les causes profondes du conflit.

6. Les origines partagées du processus constituant et de la justice transitionnelle dans l'accord politique à l'origine de la transition imposent de reconnaître la nature politique de ces deux processus, ainsi que les compromis et les négociations qui pourraient s'avérer nécessaires pour maintenir l'élan de la transition.

En Indonésie et au Népal, des normes internationales ont été utilisées par les juridictions nationales pour contrôler la légalité de la législation de justice transitionnelle. Dans les deux cas, les juges ont invalidé certains aspects de la législation liés aux amnisties, ce qui a interrompu les processus de justice transitionnelle. La communauté internationale, au moins dans le cas du Népal (voir

étude de cas, section 5), a également refusé de soutenir le processus de justice transitionnelle tant que la loi incriminée n'était pas amendée. La Commission vérité et réconciliation et la Commission d'enquête sur les personnes disparues de force, déjà vulnérables sur le plan institutionnel, se sont ensuite retrouvées dépourvues de tout soutien technique et financier. Les personnes les plus touchées par cette absence de soutien étaient les victimes. Il convient de trouver un équilibre entre les idéaux et le pragmatisme lorsque l'on appuie un processus de transition, et de ne pas faire du mieux l'ennemi du bien. Sans préconiser de dévier des standards et obligations essentielles en matière de droits humains, ce document d'orientation montre la manière dont l'interaction entre justice transitionnelle et processus de réforme constitutionnelle peut contribuer à l'équilibre entre les exigences parfois contraires auxquelles sont soumis les processus transitionnels, et met en lumière l'importance du règlement politique sous-jacentes.

Résumé

Tant qu'il existera des [obstacles], il existera un désir de les surmonter, une tension qui maintient en vie l'idée selon laquelle les choses peuvent changer. Quand tous les obstacles disparaissent, c'est là que le danger se manifeste. (Langa 2006, p. 360)

Le besoin d'une « meilleure coordination entre les mesures de renforcement de la paix, d'appui au développement et à la justice dans les situations fragiles » (Powell 2010, p. 231) est de plus en plus reconnu, de même que la nécessité d'identifier les intersections potentielles entre ces éléments et les autres aspects des transitions post-conflit et politiques. Ce document d'orientation entend répondre à cette nécessité en se concentrant sur les interactions entre deux processus en particulier : la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle. L'analyse des interactions entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle présente un intérêt certain, dans la mesure où ces deux processus se déroulent souvent de manière concomitante, et que leurs principes sous-jacents se recoupent de façon considérable. Ainsi pourrait-on, en anticipant et en facilitant intentionnellement l'exécution coordonnée de ces deux processus, aider la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle à atteindre leurs objectifs déclarés, dont la réconciliation, les réformes institutionnelles et, d'une certaine façon, une paix durable.

Plus particulièrement, ce texte préconise une meilleure compréhension, par les praticiens, de la relation entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle, et ce pour plusieurs raisons :

1. Ces deux processus ont des objectifs analogues, qui pourraient bénéficier d'une harmonisation ou, du moins, d'un examen réfléchi de leurs interactions et de leurs recouvrements. Au lieu de s'appuyer sur l'un ou l'autre de ces processus de manière isolée pour parvenir à ces objectifs, il conviendrait d'envisager la manière dont la justice transitionnelle et le processus de réforme constitutionnelle pourraient se renforcer mutuellement, et comment leurs atouts respectifs peuvent être exploités afin d'atteindre les objectifs généraux communs.
2. Si la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle ont le potentiel de se renforcer mutuellement, les chevauchements dans le temps entre ces processus présentent néanmoins des risques : l'un des processus peut inhiber l'autre, ou, du moins, les synergies entre ces processus peuvent disparaître, et ceux-ci peuvent entrer en concurrence pour l'attention politique et les financements. Si ce risque est

minimisé, la compréhension de la relation entre ces deux processus s'en trouve améliorée.

3. Reconnaître qu'il est difficile, voire quasi impossible, d'effectuer un séquençage intentionnel des transitions, et mieux comprendre les interactions entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle ainsi que les avantages comparatifs de chacun de ces processus, permet de déterminer, en amont, comment effectuer ce séquençage pour tirer parti des synergies politiques. Cela aide également à mieux communiquer avec le grand public sur la manière dont ces processus, leurs principes et leurs objectifs sont liés entre eux.
4. La justice transitionnelle et le processus constituant peuvent s'étayer l'un l'autre juridiquement et politiquement. Ce faisant, ces processus se protègent et s'encouragent mutuellement, mais cela est plus susceptible de se réaliser si l'on comprend ces potentialités et si l'on planifie en conséquence.
5. La justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle sont des processus éminemment dépendants du contexte. Ils doivent, en conséquence, être conçus, planifiés et exécutés en tenant compte des circonstances et du lieu dans lequel ils se déroulent. De plus en plus d'expériences et de retours pratiques démontrent qu'il est utile de comparer les exemples de transitions afin de mieux comprendre la dynamique générale de l'interaction entre processus constituant et justice transitionnelle.

Les débats entre praticiens et experts à l'occasion du cinquième Dialogue d'Édimbourg en 2018 ¹(à l'origine de ce document) et l'analyse de la doctrine et des études de cas, révèlent qu'il existe effectivement un ensemble riche d'interactions entre réforme constitutionnelle et justice transitionnelle, et que ces deux processus ont largement le potentiel de se renforcer mutuellement. Les efforts destinés à « constitutionnaliser » la justice transitionnelle, qui peuvent, par exemple, se limiter à l'inclusion de réparations dans la constitution, ou s'étendre à une restructuration de l'État modifiant de manière permanente l'accès au pouvoir et aux ressources, influent encore davantage sur les effets et la réalisation des prérogatives de justice transitionnelle. De même, la justice transitionnelle peut fournir des justifications non politisées, fondées sur les droits, pour la réforme constitutionnelle, et montrer ainsi comment l'élaboration d'une nouvelle constitution ou la révision d'une constitution existante et sa mise en œuvre contribue à la transformation des conflits.

Il est important de souligner que, dans la plupart des cas de transition démocratique ou post-conflit, la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle sont à la fois le fruit et le moteur d'une « transition négociée », qui s'appuie sur un accord entre les parties adverses au cœur du conflit. Cette transition doit être construite et assurée avec rigueur. Les transitions ne sont pas linéaires, dans la mesure où elles dépendent en grande mesure de la répartition et de l'exercice initiaux du pouvoir. Cette « résolution politique » est de plus en plus :

[...] considérée comme le début d'un processus plutôt que comme sa fin. La transition est considérée comme un processus évolutif, qui suscite des contestations concernant sa nature et son orientation. Les mécanismes pour traiter le passé doivent donc être à la fois une *réponse* à ces contestations et un *vecteur* des contestations en cours, lesquelles comprennent une part de négociation politique sur la nature de l'État.
(Bell 2017, p. 95, italique ajouté)

La justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle dans un contexte post-conflit doivent maintenir un équilibre parfois précaire entre le passé et l'avenir, et s'inscrire dans le

continuum d'une transition négociée : transition dont le début est difficile à identifier, et dont la fin n'est souvent pas en vue. En termes de processus, la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle peuvent, ensemble, être utilisées pour promouvoir la reconfiguration du règlement politique global qui sous-tend la transition vers la paix, et pour promouvoir l'adhésion à celle-ci ; ainsi que solliciter et répondre aux contributions et aux exigences du public concernant la transition. La justice transitionnelle et le processus de réforme constitutionnelle dans un contexte post-conflit ou post-autoritaire nécessitent un large soutien populaire et le consentement des élites politiques. Les deux processus doivent maintenir un équilibre entre participation et transparence d'une part, et compromis et flexibilité d'autre part, afin que les élites comme le public soutiennent les processus de transformation. Quand elles sont associées, la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle peuvent créer un meilleur équilibre des mandats et des sources de légitimité de la transition dans son ensemble, ce qui permet de continuer de progresser vers la transformation des conflits et la paix. Ce faisant, la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle contribuent ensemble à la poursuite de l'Objectif de développement durable (ODD) n°16 : « Promouvoir l'avènement de sociétés pacifiques et inclusives aux fins du développement durable, assurer l'accès de tous à la justice et mettre en place, à tous les niveaux, des institutions efficaces, responsables et ouvertes à tous ».

Dans un premier temps, ce document d'orientation présente le contexte transitionnel général dans le cadre duquel la justice transitionnelle et le processus de réforme constitutionnelle interagissent, et évoquera certaines considérations particulières qui en résultent. La section 1 définit également la justice transitionnelle et le processus de réforme constitutionnelle. Cette cartographie est suivie, dans la section 2, d'une analyse approfondie des implications du contexte transitionnel. Le cadre conceptuel du document (section 3) porte sur les possibilités concrètes permettant aux processus de réforme constitutionnelle et de justice transitionnelle de se renforcer mutuellement dans la poursuite de leurs objectifs communs, avant tout la transformation des conflits, la non-répétition, ainsi que la paix et le développement durables. Le cadre conceptuel s'articule autour des quatre droits qui sont le fondement de la justice transitionnelle : les droits à la vérité, à la justice, aux réparations, et les garanties de non-répétition. Le présent travail décrit également comment, et avec quel degré de réussite, l'interaction entre processus constituant et justice transitionnelle peut déterminer les méthodes employées pour mettre en œuvre chacun de ces droits. Enfin, la section 5 examine les questions soulevées dans l'introduction et dans le cadre conceptuel à travers six études de cas : l'Afrique du Sud, la Colombie, le Guatemala, le Népal, le Rwanda, et la Tunisie. Chaque étude de cas a été choisie pour illustrer des enseignements spécifiques.

Notes

1. Le cinquième Dialogue d'Édimbourg annuel sur l'élaboration de constitutions post-conflit, organisé par IDEA International, le Programme de recherche sur les accords politiques et le centre du droit constitutionnel d'Édimbourg les 10 et 11 décembre 2018, a réuni experts et praticiens des domaines de la justice transitionnelle, des transitions constitutionnelles et de la médiation des conflits afin d'explorer les recouvrements et interactions entre les processus de réforme constitutionnelle et de justice transitionnelle.

1. Introduction

Comment les communautés émergent-elles des décombres et se créent-elles un nouvel espace juridique ?
(Mendez 2012, p. 1271)

De nombreux États fragiles et frappés par les conflits, dont la Gambie, la Libye, la Somalie, le Soudan, le Soudan du Sud et le Yémen, font actuellement face à un défi auquel d'autres pays ont été confrontés après un conflit violent et/ou des années d'autoritarisme despotique, tels que l'Afrique du Sud, l'Argentine, le Chili, l'Indonésie et le Rwanda. Cet enjeu consiste à établir un cadre juridique et judiciaire permettant au pays et à sa population de traiter le passé tout en construisant, pour l'avenir, un cadre juridique et politique bénéficiant d'une légitimité populaire. La réponse fait souvent intervenir deux processus qui sont étroitement liés et se recourent : la réforme constitutionnelle et la justice transitionnelle.

Ces deux processus jouent un rôle primordial en ce qu'ils aident les sociétés à passer de l'autoritarisme à la démocratie, et du conflit à la paix. Chacun d'eux s'inscrit dans le cadre plus large des activités de construction de la paix, qui interviennent dans le sillage de conflits armés et de transitions politiques. Dans ces contextes, l'interaction entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle suppose de déterminer comment gérer les tensions éventuelles et maximiser la synergie entre les deux processus.

La transformation est un idéal permanent, une manière de voir le monde qui crée un espace où le dialogue et la contestation sont réellement possibles [...] et dans lequel le changement est imprévisible, mais l'idée du changement est constamment présente.
(Langa 2006, p. 354)

Définition de la transformation des conflits

La transformation des conflits consiste à envisager les fluctuations des conflits sociaux comme des occasions fondatrices de processus de changement constructifs qui réduisent la violence, renforcent la justice dans les interactions directes et les structures sociales, et apportent une réponse à des problèmes concrets dans les relations humaines.
(Lederach 2003, p. 14)

L'objectif de la justice transitionnelle et du processus de réforme constitutionnelle post-conflit est que « les conflits se traduisent par de nouvelles institutions politiques et juridiques visant à fournir un cadre non violent, dans lequel les désaccords sous-jacents peuvent être gérés. L'espoir est que les conflits, à défaut d'être "résolus", soient au moins prévenus et "transformés" en des versions moins violentes, et qu'à l'avenir, on crée et cultive de nouvelles opportunités de les transcender » (Bell 2017, p. 95) et d'assurer une paix durable. Les notions de transformation et de prévention des conflits sont fondamentales tant pour la justice transitionnelle que pour la réforme constitutionnelle, ainsi que pour comprendre l'importance de ces deux processus dans les transitions. En outre, il est difficile de définir précisément le début et la fin d'une transition, car les questions liées au passé et à la responsabilité refont surface périodiquement. Le but des processus transitionnels ne devrait donc pas être de clore ces questions, mais plutôt de créer des systèmes et des institutions capables d'y répondre au fil du temps (Bell 2017), permettant ainsi une « réalisation progressive » des objectifs de la transition (Waldorf 2017, p. 42).

La prévention de la violence et de l'impunité, ainsi que la promotion de la responsabilité et de la paix durable, objectifs reconnus de la justice transitionnelle, sont au cœur des processus de réforme constitutionnelle post-conflit et transitionnelle, qui visent à (re)construire un État et à renforcer la paix en résolvant les problèmes à l'origine du conflit et en définissant le cadre institutionnel et juridique d'un nouvel État plus pacifique et inclusif. La justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle ont donc un rôle dans la réalisation de l'ODD n° 16, à savoir promouvoir l'avènement de sociétés pacifiques et inclusives aux fins du développement durable, assurer l'accès de tous à la justice et mettre en place, à tous les niveaux, des institutions efficaces, responsables et ouvertes à tous (voir, par exemple, ICTJ 2019c). Lorsqu'ils sont associés, les processus de justice transitionnelle et de réforme constitutionnelle peuvent encourager les réformes fondées sur les droits qui ouvrent la voie vers de telles sociétés. En déterminant comment maximiser les interactions positives entre ces deux processus, les praticiens peuvent mieux contribuer à l'ODD n° 16, en encourageant des réformes en profondeur, comprises du public et liées à des objectifs fondés sur les droits fondamentaux comme le droit à la justice.

En période de transition, le droit regarde à la fois en arrière et vers l'avant, est à la fois rétrospectif et prospectif, continu et discontinu.
(Teitel 2000, p. 215)

La justice transitionnelle et le processus de réforme constitutionnelle requièrent une approche à la fois rétrospective et prospective : adopter la vision d'une paix politique pérenne tout en reconnaissant, voire en résolvant les différends passés et les causes des conflits et de la répression, notamment l'exclusion sociale et politique. La tension entre ces dimensions prospective et rétrospective est souvent considérée comme une tension entre les impératifs de la paix, d'une part, et de la justice, d'autre part : il s'agit de reconnaître le besoin de traiter le passé pour qu'une transition soit possible, mais aussi d'admettre que ce processus est conflictuel et continu par nature, et risque de mettre à mal les accords politiques ou la paix, déjà fragiles. Pour opérer la transition des injustices du passé vers un avenir plus juste et pacifique, la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle sont toutes deux nécessaires pour concilier les intérêts des forces en faveur du changement et ceux du régime sortant ou de l'élite politique en place. La conception et la mise en œuvre des processus de justice transitionnelle et de réforme constitutionnelle doivent donc témoigner d'un accord sur la nature et l'étendue de la transition en question.

Dans la *Note d'orientation sur l'approche des Nations Unies en matière de justice transitionnelle*, publiée en 2010 par son Secrétaire général, l'ONU observe qu'en vertu de la justice transitionnelle « les institutions publiques qui ont contribué à la poursuite des conflits

ou d'un régime répressif doivent être transformées pour devenir des institutions qui font régner la paix, protègent les droits de l'homme, et alimentent une culture du respect de l'État de droit ». Dans cette déclaration, on constate la profondeur, l'étendue et la complexité de la justice transitionnelle, processus chargé de contribuer à la transformation culturelle, politique et structurelle profonde d'un État après un conflit ou un régime autoritaire. Ce type de transformation est souvent renforcé par une réforme constitutionnelle ; il en implique parfois même la promesse. Cependant, malgré ces recoupements manifestes, on ne s'est guère intéressé aux interfaces entre les processus de réforme constitutionnelle et de justice transitionnelle, et on a encore moins sérieusement réfléchi à une « théorie de la coopération, ou ne serait-ce qu'à l'harmonie entre les deux processus » (Mendez 2012, p. 1271). Cette lacune est problématique en ce que la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle, malgré leurs mandats distincts, ont des objectifs qui se recoupent partiellement. En outre, leurs interactions peuvent se renforcer mutuellement, notamment si, ayant reconnu leur synergie potentielle, leur conception maximise à dessein les avantages comparatifs de chaque processus.

Si ces synergies ne sont pas reconnues ou prises en compte, l'un des deux processus risque de bénéficier d'une primauté politique sur l'autre, ou leurs objectifs pourraient être considérés comme antagonistes. Au Sri Lanka, par exemple, le gouvernement Wickremesinghe-Sirisena, élu en 2015, privilégie depuis lors le processus constituant aux dépens de la justice transitionnelle en « arguant qu'il faut se concentrer sur la nouvelle constitution, et que parler du passé et de la responsabilité vis-à-vis de ce dernier mettra en péril l'élan politique dont bénéficie la réforme constitutionnelle » (Fonseka 2018). En faisant valoir, en substance, que la justice transitionnelle reviendrait à pointer du doigt certaines parties prenantes, ce qui compliquerait ainsi le consensus politique autour de l'élaboration de la nouvelle constitution, le gouvernement sri-lankais a instrumentalisé le processus constituant – en fin de compte vain – pour justifier qu'il négligeait la justice transitionnelle.

Bien que l'on puisse considérer que la réforme constitutionnelle et la justice transitionnelle ont de nombreux objectifs communs, le danger serait de partir du principe que ces deux processus sont si semblables que l'on peut les fusionner, ou que l'un des deux peut faire l'ensemble du travail. Si l'on élargit excessivement le champ d'application de ces processus et que les attentes à leur égard sont redoublées, on risque de se retrouver dans une situation où ces processus veulent tout dire à la fois, et donc, ne veulent plus rien dire du tout (voir, par exemple, Waldorf 2017, p. 54-55 ; Mendez 2012, p. 1272). Ce risque a été abordé à maintes reprises dans la doctrine sur la justice transitionnelle, notamment en ce qui concerne les attentes croissantes envers les commissions vérité et réconciliation (ICTJ 2014). Il convient d'identifier les points de recoupement entre réforme constitutionnelle et justice transitionnelle tout en reconnaissant que, dans certaines situations, aucun de ces processus n'est capable d'atteindre un objectif à lui tout seul. La justice transitionnelle ne peut, par exemple, fournir tous les éléments de la réforme institutionnelle potentiellement nécessaires au nouvel ordre post-transition, et la réforme constitutionnelle ne constitue pas nécessairement le meilleur moyen de répondre aux besoins immédiats des victimes. Ainsi est-il opportun de cibler la valeur ajoutée de chacun de ces processus dans la poursuite des objectifs généraux que sont la transformation des conflits, la prévention des conflits et la paix durable. En étoffant excessivement le cahier des charges de l'un ou de l'autre processus, on risque, à terme, de nuire à sa légitimité en créant une situation susceptible de décevoir la population. Comme l'illustre l'étude de cas sur le Guatemala dans la section 5, le grand public peut attendre d'une commission vérité et réconciliation qu'elle soit capable de résoudre les problèmes à l'origine des conflits identifiés, sans qu'il existe pour autant un processus de réforme constitutionnelle connexe.

Définition de la justice transitionnelle et de l'élaboration de constitutions

Justice transitionnelle: moyens par lesquels les sociétés réagissent aux violations graves, massives et généralisées des droits humains. L'ONU définit la justice transitionnelle comme « l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation » (ONU 2010, p. 5).

Processus de réforme constitutionnelle (ou *constitution-building*) en période de transition : La réforme constitutionnelle est « plus complexe que le seul processus de rédaction d'une nouvelle constitution ou de révision d'une constitution existante ». Pour comprendre ce dont il s'agit, il faut « distinguer le texte écrit de la constitution des pratiques qui en découlent et l'appuient ». Le processus de réforme constitutionnelle implique de renforcer le texte de la constitution, sa mise en œuvre et les pratiques constitutionnelles (IDEA International 2006, p. 9). IDEA International définit la réforme constitutionnelle comme les processus « par lesquels une entité politique s'engage à établir et à respecter un système de valeurs et de gouvernement. [...] La réforme constitutionnelle est un processus de longue haleine, faisant intervenir des acteurs étatiques et non étatiques. En ce sens, la réforme constitutionnelle est presque un processus évolutif consistant à cultiver le texte et à faciliter l'essor de sa logique et de sa dynamique » (*ibid.*).

2. Interactions entre résolution politique, justice transitionnelle et réforme constitutionnelle dans un contexte de transition

Avant de présenter le cadre conceptuel des interactions entre réforme constitutionnelle et justice transitionnelle, il est important de comprendre le contexte dans lesquels ces processus sont susceptibles d'interagir : les transitions. Un contexte de transition est un moment critique dans l'histoire d'un pays. Il crée « l'occasion de répondre à des injustices passées tout en maintenant des continuités par rapport au passé, qui risquent de contraindre ou de faire obstacle à cette réponse » (Duthie 2017, p. 9). Les processus et mécanismes de transition doivent donc trouver un équilibre précaire entre changement et continuité.

La résolution politique du différend comme point de départ

Dans un contexte de transition, la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle sont liées à un processus général de résolution politique du différend, qui « œuvre à reconstruire l'État afin de redéfinir la manière dont le pouvoir est détenu et exercé, de façon à inclure les acteurs et groupes auparavant exclus » (Bell 2017, p. 85). Pour comprendre les interactions entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle, il faut reconnaître qu'elles font partie d'un processus de transition au sens large, dans lequel tous les éléments de la transition ont une influence les uns sur les autres. En situation post-conflit, il convient donc de les envisager « selon une perspective de négociation politique, en tant que processus dépendants du contexte et façonnés par les objectifs de négociations des parties au conflit, ce qui s'inscrit dans un ensemble de compromis nécessaires à une transition vers la paix » (Bell 2017, p. 93). Le compromis est ici une notion primordiale : les contextes post-conflit requièrent souvent compromis et modération, car leur objectif n'est pas nécessairement d'éliminer ou de résoudre les conflits, mais plutôt de mettre fin aux conflits violents, et d'établir des institutions et des processus capables de gérer des conflits futurs sans recourir à la guerre.

Une résolution politique peut être contraire aux normes internationales, ou « imparfaite » au regard de ces dernières, mais si l'autre option est la persistance de l'instabilité ou la guerre, il peut être nécessaire de faire des compromis. On pourrait ici évoquer l'exemple des amnisties portant sur les violations graves et massives des droits humains : en Afrique du Sud, « très tôt dans les pré-négociations, il s'est avéré nécessaire de fournir aux exilés la garantie qu'ils ne seraient pas condamnés afin qu'ils puissent revenir et participer aux pourparlers » (Bell 2017, p. 89). En Colombie et dans la province indonésienne d'Aceh,

l'amnistie « peut avoir contribué à instaurer la confiance dans les institutions, notamment parmi les anciens combattants » (Waldorf 2017, p. 57). Bien que les normes internationales interdisent les amnisties généralisées pour les violations graves des droits humains, une amnistie, sous une forme ou une autre, peut être une condition indispensable à la transition et un élément central de l'accord politique sur lequel s'appuie la transition. Ainsi, en Gambie, la loi établissant la Commission de vérité, de réconciliation et des réparations donne explicitement à la Commission le pouvoir de recommander l'amnistie « dans les cas appropriés ». Lors de la conception des processus de justice transitionnelle et de réforme constitutionnelle dans un contexte de transition, une tension se révèle : il peut être nécessaire de faire des concessions aux élites sortantes pour qu'elles laissent s'opérer la réforme constitutionnelle, et si ces concessions sont oubliées ou considérées comme illégitimes par la communauté internationale, la résolution politique du différend pourrait être remise en question dans son ensemble. En somme, les idéaux normatifs ne doivent pas devenir l'ennemi de l'efficacité et de la légitimité des processus. Dans la plupart des cas, c'est la « dimension complexe et souvent occulte de la négociation politique qui détermine » (Bell 2017, p. 102) les modalités de conception et de mise en œuvre des processus de réforme constitutionnelle et de justice transitionnelle.

La résolution politique – Définition

Définition de travail : « l'acceptation commune, habituellement parmi les élites politiques, qu'en raison de leurs intérêts et de leurs convictions, il leur serait opportun de convenir d'un cadre administrant le pouvoir politique » (Di John et Putzel 2009, p. 4).

Arbitrages, engagements préalables et contraintes

Les processus de transition interviennent dans un contexte marqué par de nombreuses contraintes, dont des engagements pris avant un accord (engagements préalables), qui définissent les options envisageables pour la transition dans son ensemble. Ce fut le cas en Afrique du Sud : pour instaurer la confiance et permettre à la transition de suivre son cours, très tôt dans le processus de paix, un accord a été trouvé pour créer des institutions chargées d'instruire les violations des droits humains (Bell 2017, p. 88). Les engagements préalables peuvent jouer un rôle important pour amener les parties à la table des négociations et instaurer la confiance nécessaire à des négociations de bonne foi. Ces engagements préalables prennent parfois la forme d'un compromis qui protège le régime sortant tout en répondant aux impératifs de la transition. Le statu quo, la réforme et la transformation sont tous en jeu à ce moment : les institutions et processus qui en découleront seront le reflet des interactions entre ces dynamiques et entre leurs acteurs.

De nombreuses constitutions renforcent également certains aspects de la résolution politique en offrant des protections aux régimes sortants et/ou aux auteurs de violations des droits humains. Selon la manière dont ces protections sont perçues, elles peuvent contribuer, ou au contraire nuire, à la légitimité de ces processus. Dans le domaine de la justice transitionnelle, l'exemple classique de protection est la constitutionnalisation des amnisties (notamment la Constitution de l'Afrique du Sud, Annexe 6, article 22, qui reprend la disposition prévoyant le pouvoir d'accorder des amnisties figurant dans le post-scriptum à la Constitution provisoire de 1993). Le statut des constitutions, en tant que norme supérieure, peut être utilisé pour entériner une amnistie, et ainsi, inciter le régime sortant à laisser s'opérer les autres processus transitionnels, quitte à prendre le risque de favoriser l'impunité

aux dépens de la responsabilité et de la justice (voir, par exemple, Cheng, Goodhand et Meehan 2018 sur les risques d'accapement par les élites). Constitutionnaliser ces dispositions peut éventuellement prévenir leur annulation ultérieure par les tribunaux, comme ce fut le cas en Argentine en 2003. Les membres du régime sortant disposent ainsi de plus de garanties et d'assurance pour consentir à une résolution politique permettant le transfert du pouvoir, ce qui permet de maintenir l'adhésion de toutes les parties à la transition. Cependant, les amnisties et la protection constitutionnelle d'autres engagements préalables auprès des élites peuvent entraîner : « (1) Le retour à la violence : lorsque les accords avec les élites ne sont pas honorés et que l'on assiste alors à un retour aux surenchères de violence à grande échelle ; (2) l'accapement par les élites : lorsque les accords avec les élites sont respectés, et entraînant effectivement une réduction des violences armées, mais que les élites monopolisent les avantages de la paix et limitent les possibilités d'un changement progressif et durable ; et (3) la paix développementale : quand les accords avec les élites pérennisent et facilitent une transition vers une résolution politique plus stable et inclusive » (Cheng, Goodhand et Meehan 2018, p. 3).

Pour mieux comprendre les conséquences et les implications de la protection et de l'adhésion aux engagements préalables pour la viabilité et la pérennité du projet de transition, il est important de déterminer dans quelle mesure ceux-ci ont été pris de bonne foi et ne sont pas des clauses d'« auto-amnistie ». En effet, ces dernières peuvent être perçues comme contraires à la lutte contre l'impunité, remettant ainsi en cause la légitimité du processus dans son ensemble. Le Ghana en est un exemple : dans l'Annexe des dispositions transitoires de la Constitution de 1992 (article 34(1)), la clause d'indemnité/amnistie a été considérée comme « imposée par les intermédiaires du Conseil provisoire de défense nationale (PNDC) à l'Assemblée constituante » (Atta-Kesson 2018). Contrairement aux dispositions d'amnistie en Afrique du Sud, soutenues par le public en tant que partie intégrante de la transition vers la paix, et avantageuses pour les deux parties, les amnisties ghanéennes n'ont jamais été définies ou perçues autrement que comme un moyen de protéger le PNDC contre les poursuites.

Si les pactes avec les élites sont indispensables pour atteindre une nouvelle résolution politique, les processus transitionnels doivent, pour être durables, trouver un équilibre entre les intérêts des élites et ceux des citoyens ordinaires. L'influence de la conception et de l'exécution de ces processus sur l'étendue et la pérennité de leurs effets sur les objectifs généraux de la transition comme la réconciliation et la construction d'un État est de plus en plus reconnue. Par exemple, dans les processus de réforme constitutionnelle moderne, on accorde de plus en plus d'« importance au processus plutôt qu'au contenu de la constitution » (Saunders 2012, p. 12). La justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle, en fonction de leur conception, peuvent donc en soi et par elles-mêmes encourager la réconciliation et la construction d'un État (pour la justice transitionnelle, voir par exemple Duthie 2017, p. 16 ; ONU 2016, p. 9 ; pour les processus de réforme constitutionnelle, voir par exemple IDEA International 2006). Ces processus peuvent en soi et par eux-mêmes avoir un effet apaisant s'ils permettent l'inclusion, la participation et la consultation. La conception d'un processus est donc d'une importance cruciale pour sa réussite d'ensemble, et détermine notamment le degré de légitimité qui lui est accordé. S'ils sont bien conçus, les processus participatifs et inclusifs peuvent permettre aux débats sur la justice transitionnelle et la réforme constitutionnelle de transcender les concessions envers les élites ou des intérêts corporatistes, donnant aux victimes et aux autres groupes marginalisés un rôle dans la définition et la réalisation des objectifs de ces processus.

Cependant, il est possible que les contributions du public soient incompatibles avec ce que les élites politiques et militaires sont prêtes à accepter, ce qui place deux sources de légitimité de la transition dans des positions antagonistes. Ce risque est d'autant plus difficile à surmonter ou à gérer lorsque la réforme constitutionnelle et la justice transitionnelle interagissent, notamment lors des consultations publiques, qui sont souvent un volet des

deux processus. Lorsque ces derniers interviennent dans un même contexte, le public est donc susceptible d'avoir au moins deux occasions d'exprimer son avis sur des questions importantes et sensibles. Ces situations donnent la possibilité de renforcer le consensus, mais peuvent également entraîner une polarisation ou l'expression de préférences incompatibles avec le contenu de la résolution politique.

Ainsi, l'interaction entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle, dans la mesure où celle-ci multiplie les possibilités pour l'opinion publique de se mobiliser « contre » les termes de la résolution politique, peut avoir un effet négatif sur la stabilité politique à court terme. Cette interaction peut attiser les divisions et tensions présentes dans la société au lieu de les atténuer, mettant ainsi en danger la résolution politique dans son ensemble. Cela s'applique particulièrement aux cas où les consultations publiques sont prises en otage et politisées à outrance par une partie qui prétend représenter réellement le peuple, se fondant sur son interprétation subjective des contributions du public. Étant donné son importance en tant que tel, un processus mal conçu peut avoir des conséquences concrètes dramatiques. Les processus qui renforcent les inégalités ou les privilèges ou, ou encore, manquent de transparence et de participation, peuvent avoir l'effet inverse, affaiblissant les contributions potentielles de la justice transitionnelle et de la réforme constitutionnelle à la transformation des conflits.

En résumé, les processus de justice transitionnelle et de réforme constitutionnelle doivent être conçus avec prudence pour maintenir l'équilibre entre le besoin d'établir et de protéger la résolution politique, de préserver les engagements préalables essentiels et d'assurer une participation et une légitimité populaires adéquate.

3. Réforme constitutionnelle et justice transitionnelle : cadre conceptuel et approches comparatives

En l'absence de changements structurels profonds, il est peu probable que la justice transitionnelle atteigne ses objectifs, même les plus immédiats. Les processus de justice transitionnelle sont susceptibles de résoudre les problèmes à l'origine des conflits et de la répression ou faciliter, promouvoir et susciter le changement, mais ils ne peuvent pas nécessairement ordonner ou mettre en œuvre des évolutions structurelles ou éliminer à eux seuls les causes des abus commis (Duthie 2017, p. 25, 27). Les organes de justice transitionnelle sont capables de « tracer la feuille de route des réformes institutionnelles [...] diagnostiquer les lacunes des institutions et prescrire des réformes institutionnelles » (Waldorf 2017, p. 58). Ces processus peuvent engendrer « l'embryon d'un accord constitutionnel », par lequel les parties conviennent de « créer des institutions politiques leur permettant de gouverner ensemble et de résoudre leurs différends de façon plus pacifique qu'auparavant » (Bell 2017, p. 96). Entreprendre une réforme constitutionnelle revient à relayer la « feuille de route ». La réforme peut pérenniser l'élan de la justice transitionnelle, en traduisant en principes, contraintes et engagements consignés dans la norme suprême du pays les recommandations émises par des institutions ou processus temporaires, qui sont parfois relativement faibles dans le paysage de la gouvernance d'ensemble.

La réforme constitutionnelle peut contribuer à l'institutionnalisation et à l'ancrage des quatre piliers fondamentaux de la justice transitionnelle, à savoir la vérité, la justice, les réparations et les garanties de non-répétition, et renforcer ainsi les objectifs et les mesures de justice transitionnelle. La *constitutionnalisation* de la justice transitionnelle peut maximiser le potentiel transformatif de chacun de ces piliers. Pour les besoins du présent document, la « constitutionnalisation » de la justice transitionnelle désigne les mesures constitutionnelles, au sens étroit et au sens large, visant à incorporer des prérogatives de la justice transitionnelle dans la révision constitutionnelle, et à les renforcer par le biais de cette dernière. Si l'on prend l'exemple du droit aux réparations, la constitutionnalisation pourrait signifier au sens étroit l'inscription de ce droit dans la constitution, tandis qu'au sens large, il pourrait s'agir d'utiliser la constitution pour restructurer l'État et permettre ainsi une réallocation institutionnalisée du pouvoir et des ressources publiques, ou d'établir une commission foncière assurant un accès juste et équitable aux terres, en réaction à des préjudices ou à des mesures d'exclusion subies par le passé.

La *Note d'orientation sur l'approche des Nations Unies en matière de justice transitionnelle* dispose :

Le fondement normatif des travaux de l'ONU en faveur de la justice transitionnelle est la Charte des Nations Unies ainsi que les quatre piliers du système du droit international moderne : le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire, le droit pénal international et le droit international des réfugiés. Plusieurs instruments de l'ONU définissent notamment les droits et les devoirs se rapportant au droit à la justice, au droit à la vérité, au droit aux réparations et aux garanties de non-répétition des violations (devoir de prévention). (ONU 2010, p. 3-4).

Cette section détaille les intersections entre réforme constitutionnelle et chacune des composantes de la justice transitionnelle : vérité, justice, réparations et garanties de non-répétition.

La vérité

La réforme constitutionnelle peut contribuer à la réalisation du droit à la vérité de deux façons : (a) en conférant un statut et une protection constitutionnels à l'indépendance des organes chargés d'enquêter, notamment en les créant et/ou en élargissant les mandats d'organes existants ; et (b) en faisant reconnaître un récit sur le passé. Sous l'une ou l'autre de ces formes, ou en associant les deux, la réforme constitutionnelle peut contribuer à la protection de l'espace nécessaire aux contestations publiques et aux dialogues sur le passé, indispensables à la transformation et à la prévention des conflits. Du reste, les efforts destinés à rendre effectif le droit à la vérité peuvent influencer les réformes constitutionnelles, par exemple lorsque les commissions vérité formulent des recommandations de réformes institutionnelles.

Le droit à la vérité est reconnu par les organes conventionnels, ainsi que par les tribunaux régionaux et internationaux. Traditionnellement, les mécanismes de justice transitionnelle qui soutiennent le droit à la vérité « aident les sociétés en situation post-conflit ou de transition à instruire les violations des droits humains passées, un travail entrepris par les commissions vérité, les commissions d'enquête ou autres missions d'établissement des faits » (ONU 2010, p. 8). Les commissions vérité ou autres organes chargés d'établir la vérité sont souvent des institutions uniques (autonomes) créées par voie législative, comme en Indonésie, au Népal et en Tunisie. L'objet et la durée de leur mandat sont habituellement limités - mais peuvent inclure des audiences individuelles et publiques, des activités de sensibilisation, des enquêtes, ainsi que la cartographie et la documentation des violations graves des droits humains. L'efficacité des commissions vérité en tant qu'institutions *ad hoc* fait encore l'objet de discussions, et dans le domaine de la justice transitionnelle, on s'interroge légitimement sur la manière de renforcer les effets des mesures de recherche de la vérité (voir, par exemple, ICTJ 2014). Faute de s'inscrire dans une structure constitutionnelle plus large, les commissions vérité sont vulnérables aux dérives institutionnelles : dans les cas où elles restent en place, leur influence s'estompe malgré tout au fil du temps, intentionnellement ou non (Waldorf 2017). Même lorsqu'elles sont établies en tant qu'organes distincts et indépendants, les commissions vérité s'inscrivent dans le cadre institutionnel existant, à la fois formel et informel. Elles sont ainsi exposées aux faiblesses institutionnelles touchant l'ensemble du contexte post-conflit dans lequel elles opèrent (Waldorf 2017). De surcroît, les pratiques et cultures institutionnelles informelles – comme

le clientélisme et la partisanerie – se reproduisent souvent au sein des commissions vérité, les anciennes règles du jeu étant plaquées sur de nouvelles institutions.¹

Le risque de voir de nouvelles institutions *ad hoc* reproduire les problèmes institutionnels existants, dont certains peuvent être directement liés au conflit à l'origine de la transition, met en évidence le bien-fondé du lien entre recherche de la vérité et réforme constitutionnelle et institutionnelle. Un État pourrait, par exemple, prévoir la création d'une commission vérité par le biais de sa constitution, comme l'ont fait la Colombie et la Somalie. En lieu et place ou en complément d'une commission vérité, le fait d'ancrer la recherche de la vérité dans le texte constitutionnel pourrait recouvrir la création de commissions des droits humains en vertu d'un mandat constitutionnel. Ces commissions peuvent être dotées de pouvoirs d'instruction élargis ou spécifiques, comme l'a prévu la Constitution du Népal de 2015. La Commission nationale des droits de l'homme du Népal a été non seulement investie de pouvoirs d'instruction, mais encore de moyens pour les exercer, notamment le droit :

- (a) d'exercer les mêmes pouvoirs que les tribunaux, dont celui d'assigner toute personne à comparaître devant la Commission afin d'y effectuer une déposition [...] de les examiner, de recevoir et d'examiner les pièces à conviction, et d'ordonner la production de toute pièce à conviction matérielle,
 - (b) [...] de pénétrer dans le domicile ou le bureau de toute personne, d'y mener une perquisition et de saisir tout document ou élément lié à des violations des droits de l'homme,
 - (c) de pénétrer dans tout bâtiment appartenant au gouvernement ou tout autre lieu, [...] si la Commission reçoit des informations selon lesquelles une violation des droits de l'homme y est en cours et une action de secours immédiate est nécessaire.
- (République du Népal 2015, article 249 alinéa 3)

D'autres organes peuvent se voir confier des pouvoirs d'instruction, en fonction des origines du conflit dans le pays en question. Par exemple, la Constitution du Kenya établit une Commission foncière nationale, dotée de l'autorité « d'ouvrir des enquêtes, de sa propre initiative ou sur la base d'une plainte, portant sur des injustices foncières actuelles ou passées, et de recommander les recours appropriés » (Partie 1, article 67(2)(e)). Si les commissions dotées de pouvoirs de ce type sont ancrées dans la constitution, leurs travaux peuvent être plus durables que ceux des commissions *ad hoc* établies par voie législative. Les commissions instituées par voie constitutionnelle disposent souvent d'une place plus importante dans l'ordre constitutionnel, et leurs autonomie et autorité institutionnelles sont en général mieux protégées et plus en adéquation avec la séparation des pouvoirs envisagée par la constitution (Mendez 2012) que les commissions *ad hoc* ayant un statut législatif. En outre, lorsque ces commissions et leurs pouvoirs sont ancrés dans l'ordre constitutionnel, leur capacité à contribuer à la transformation à long terme des conflits est renforcée dans la mesure où la durée de leur mandat est alignée sur celui de la constitution. De plus, les constitutions sont plus difficiles à amender – et encore plus difficiles à abroger ou à remplacer – que la législation ordinaire, ce qui les protège, dans une certaine mesure, des manipulations et des repriorisations politiques.

Outre les difficultés associées à la création des commissions vérité en dehors du cadre constitutionnel, l'expérience dans le domaine de la justice transitionnelle montre, qu'en pratique, la recherche de la vérité est plus difficile lorsqu'elle repose sur le traitement de cas individuels. La tendance actuelle est à l'identification de schémas de violence ainsi que des faits à l'origine d'un conflit et de l'ampleur de ce dernier plutôt qu'à établir des vérités en rapport avec des audiences individuelles (Teitel 2000). L'évolution de la justice

transitionnelle, qui s'éloigne « de la focalisation sur la responsabilité individuelle au profit d'une perspective plus communautaire » Teitel 2014, p. 57), qui a accompagné l'acceptation du lien entre justice transitionnelle et construction de la paix et des États, se prête à la constitutionnalisation de la recherche de la vérité, notamment lorsque les préambules et autres passages des constitutions reconnaissent une « vérité » historique commune. Ancrer dans la constitution une version de la vérité (ou les résultats de la recherche de la vérité) est indispensable à la transformation des conflits « en raison du lien étroit entre les “débat sur le passé” et la négociation politique destinée à mettre un terme aux conflits [...] un conflit au sein d'un État renferme souvent deux conflits : le conflit en lui-même, et un “métaconflit” – c'est-à-dire le conflit sur l'origine du conflit » (Bell 2017, p. 91). Pour consolider une solution politique, il est indispensable de résoudre ces deux conflits. La recherche de la vérité au sens large est liée à la résolution du méta-conflit, à savoir l'élaboration d'un récit consensuel sur le passé, ou d'une vérité sociétale ou collective qui permettra l'apaisement et le progrès vers un avenir meilleur. La Cour constitutionnelle sud-africaine a reconnu le rôle incontournable de la vérité dans les transitions dans son arrêt *South Africa vs. McBride* (2011), en estimant que « dire la vérité était le fondement moral d'une transition des injustices de l'apartheid vers la démocratie et le constitutionnalisme » (ICTJ 2013, p. 5).

Les constitutions peuvent revêtir une importance symbolique car elles tiennent compte des doléances et des atrocités du passé en reconnaissant un récit sur le passé capable également d'orienter l'avenir. Les préambules constitutionnels établissent souvent un récit sur l'histoire commune du pays, et, lorsqu'ils sont rédigés après un conflit, peuvent être un outil déterminant pour ancrer une entente sur le passé dans la norme suprême du pays en question. Souvent, le processus d'élaboration d'un métadiscours sur le passé en vue de son incorporation dans le préambule de la constitution est renforcé par d'autres éléments du processus de justice transitionnelle, dont le but est de consolider l'élaboration de ce récit et d'y associer le public. Cet ancrage constitutionnel du récit sur le passé peut être crucial pour les groupes de victimes et autres acteurs nécessitant un degré élevé de reconnaissance des traitements qu'ils ont subis, comme l'illustre le préambule de la Constitution du Rwanda : « Conscients du génocide perpétré contre les Tutsi qui a décimé plus d'un million de fils et filles du Rwanda et conscients du passé tragique qu'a connu notre pays [...] déterminés à prévenir et réprimer le crime de génocide [...] [et] éradiquer [...] les divisions et discriminations basées sur l'ethnie, la région ou autres » (République du Rwanda 2003/2015, p. 8).

Ce préambule illustre la manière dont la réforme constitutionnelle en période de transition peut faire le lien entre le passé et le présent. Elle incorpore un « récit » sur le génocide et un engagement à éviter qu'il se reproduise à l'avenir, s'appuyant sur des principes constitutionnels tels que la non-discrimination. Par-delà leurs préambules, les constitutions peuvent contribuer à ancrer la recherche de la vérité dans la pratique. Même lorsque l'on envisage la recherche de la vérité dans un sens plus individualisé, les mesures destinées, par exemple, à constitutionnaliser le droit à l'information ou l'accès aux archives publiques (question d'une importance primordiale en Europe centrale et orientale, voir par exemple Halmai 2017) accordent aux citoyens une plate-forme durable de recherche de la vérité plutôt qu'une possibilité limitée dans le temps, comme l'offrent parfois les mécanismes de justice transitionnelle utilisés seuls. C'est le cas, par exemple, au Sri Lanka, où le 19^e Amendement a entraîné l'ajout à la Constitution de l'article 14(a), Accès à l'information. Il a été fait usage de ce droit par les citoyens qui ont ainsi effectué des demandes, conformément aux procédures décrites dans le nouvel article (pour une étude sur la mise en œuvre de ce droit dans la pratique, voir CPA 2018).

En même temps, certains contextes politiques peuvent mener à la constitutionnalisation de récits partiels visant à classer les citoyens en bourreaux ou en victimes. Bien que, dans la pratique, certains processus de réforme constitutionnelle et de justice transitionnelle aient

divisé la population quant à leur conception et leur mise en œuvre, le but de ces processus est d'atteindre des objectifs légitimes et d'améliorer la cohésion sociale. Il est intéressant de constater que le préambule rwandais, cité ci-dessus, a été amendé en 2008, la version initiale de 2003 indiquant simplement « conscients du génocide » sans mention des Tutsis. Celle-ci a été ajoutée plus tard, ce qui démontre comment les perspectives sur les conflits historiques peuvent se durcir au fil du temps, même si les débats sur les méta-conflits ne sont jamais clos. L'évolution de la résolution politique peut donc entraîner le durcissement d'un discours susceptible d'être utilisé comme arme par un groupe ou une administration contre un autre groupe ou une autre administration. Le préambule de la Constitution du Rwanda a perdu en neutralité : nous voyons ainsi que la constitutionnalisation d'un récit politisé à outrance ou partial peut être contraire aux objectifs de transformation et de prévention des conflits.

Malgré les risques, la constitutionnalisation des mesures et des mécanismes de recherche de la vérité peut renforcer leur contribution à la transformation des conflits. En même temps, les mesures destinées à réaliser le droit à la vérité de manière directe peuvent influencer ou catalyser le processus de réforme constitutionnelle. Ainsi les rapports des commissions vérité peuvent établir le besoin d'une réforme constitutionnelle, l'expliquer et formuler des recommandations précises. Si les choix techniques relatifs au contenu de la réforme constitutionnelle sont rarement expliqués de manière approfondie au public, les audiences et les rapports des commissions vérité peuvent contextualiser ces choix et établir le lien entre les réformes et certains objectifs spécifiques. Ainsi, une réforme du système judiciaire pourrait être liée à l'impératif de lutter contre les causes profondes du conflit ou de promouvoir le droit à la justice. Au Sierra Leone, la Commission vérité et réconciliation a émis des recommandations détaillées concernant la réforme constitutionnelle. Sur cette base, le Comité de révision constitutionnelle a par la suite formulé 138 recommandations, mais le gouvernement n'en a accepté que 33 (Cambayma 2017). Au Maroc, l'Instance Équité et Réconciliation, a, dans son rapport final en 2005, identifié plusieurs problèmes institutionnels qu'elle présumait être liés aux violations des droits humains perpétrées et au déclin de la démocratie. La Commission a ensuite recommandé un ensemble de réformes constitutionnelles pour remédier à ces difficultés, notamment « le renforcement du principe de la séparation des pouvoirs [...] et l'interdiction, par la constitution, de toute ingérence du pouvoir exécutif dans le fonctionnement du système judiciaire », la constitutionnalisation des droits humains reconnus à l'échelle internationale et le renforcement du contrôle judiciaire (Royaume du Maroc 2005). Bien que ces réformes n'aient pas été mises en œuvre immédiatement, elles ont été reprises dans la Constitution de 2011.

La justice

La réforme constitutionnelle peut contribuer à la recherche de la justice de différentes façons : en garantissant l'accès à la justice, en définissant les normes relatives au droit à un procès équitable et au respect de la procédure, et en réformant les institutions judiciaires. Il est par ailleurs, indispensable de reconnaître le rôle de la réforme constitutionnelle et de l'établissement ou du rétablissement de l'État de droit à travers une constitution s'appliquant à tous les membres de la société, y compris les gouvernants, afin d'asseoir le droit et l'ordre plutôt que le conflit et le chaos. Ce faisant, la réforme constitutionnelle et l'affirmation ou la réaffirmation de l'importance de l'ordre constitutionnel, ainsi que du rôle des tribunaux dans sa protection, peuvent favoriser la recherche de la justice, et, idéalement, contribuer à un projet de transformation durable en canalisant les conflits grâce à des institutions juridiques et des processus pour résoudre ces conflits. La justice transitionnelle peut appuyer ce processus dans la mesure où elle renforce ou aide à rétablir l'État de droit, notamment en traduisant les auteurs de violations graves des droits humains devant les tribunaux ou en

réformant les institutions dépositaires de l'État de droit, comme le système judiciaire et la police, afin de les responsabiliser davantage et de les rendre plus inclusives.

La responsabilité pénale individuelle et d'autres mesures ont toujours été un élément important de la justice transitionnelle. Ces mesures ont soulevé des questions d'ordre constitutionnel, notamment concernant l'admissibilité des sanctions pour les violations graves des droits humains qui ne constituent pas une infraction pénale au titre du droit national antérieur ou actuel, et la légitimité de tribunaux extérieurs à déterminer la responsabilité « pénale » des auteurs des violations. La justice transitionnelle a pour but d'établir une culture de la responsabilité et non de l'impunité, tandis que les amnisties, considérées comme contraires à ce but, ont suscité une résistance à l'échelle nationale et internationale. Si, dans certains cas, les amnisties ont été vues comme un moyen d'inciter les individus à dire la vérité sans craindre les poursuites, elles constituent néanmoins un obstacle à la culture de la responsabilité et, selon leur type, une force motrice de la culture de l'impunité.

Les constitutions peuvent jouer un rôle déterminant à cet égard, soit en protégeant la résolution politique sous-jacente, quand bien même celle-ci comprendrait une amnistie, soit en donnant aux tribunaux le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité des différents processus de justice transitionnelle. Les constitutions peuvent donner à la justice pénale la primauté sur les amnisties (Tunisie, article 148), ou, au contraire, protéger les amnisties (Afrique du Sud, Annexe 6, article 22). Ce faisant, les constitutions sont capables d'entériner différentes interprétations du terme « justice ». Les tribunaux peuvent également être appelés à évaluer et à clarifier ces interprétations. En Afrique du Sud, en Argentine, en Colombie, en Indonésie et au Népal, entre autres, les tribunaux ont pris des décisions majeures portant sur la constitutionnalité des législations et institutions de justice transitionnelle. Dans ces cas, l'important n'est pas de savoir si les tribunaux ont maintenu ou annulé ces mécanismes de justice transitionnelle, mais le fait qu'un tribunal affirme que tous les processus et toutes les institutions doivent respecter la constitution. Cela contribue au rétablissement de l'État de droit et de l'espoir que justice soit faite. Nous voyons donc que la constitutionnalisation de la recherche de la justice et de l'accès à cette dernière en période de justice transitionnelle peut renforcer la position de tribunaux existants, ou créer de nouvelles juridictions.

Le Rapporteur spécial de l'ONU a décrit comment différents processus de justice transitionnelle peuvent contribuer à l'État de droit, et ainsi, renforcer le projet de réforme constitutionnelle. La recherche de la vérité peut braquer les projecteurs sur les personnels compromis et recommander une réforme des institutions dépositaires de l'État de droit, les réparations renforcent le principe d'égalité devant la loi en reconnaissant les droits des victimes, et les procès peuvent montrer que justice peut être faite, renforçant ainsi les systèmes judiciaires nationaux (ONU 2012). Cependant, pour réaliser l'objectif de promotion de l'État de droit, les mesures destinées à garantir la responsabilité post-conflit doivent être perçues comme impartiales et subordonnées à un cadre juridique fonctionnel. Comme le note l'ONU, « la crédibilité et la légitimité des poursuites impose de les mener de façon objective, non discriminatoire, quelle que soit l'identité des auteurs présumés » (ONU 2010, p. 7), ce qui souligne le besoin de normes régissant l'étendue et la juridiction des poursuites, lesquelles résultent souvent des constitutions elles-mêmes. Ce faisant, les constitutions peuvent influencer l'élaboration et le fonctionnement des mécanismes de justice transitionnelle en garantissant certains standards importants concernant le droit à un procès équitable et les droits de la défense. Les actions judiciaires sont perçues comme équitables si elles se conforment à ces normes.² Les mécanismes de justice transitionnelle, tels que les commissions vérité, peuvent également fournir une justification fondée sur les droits pour consolider les capacités des institutions nationales, afin de « renforcer ou de développer les capacités d'instruction et de poursuites nationales, l'indépendance et l'efficacité du système judiciaire, l'adéquation de la défense judiciaire, la

protection et l'assistance aux témoins et aux victimes, et l'humanisation des établissements pénitentiaires » (ONU 2010, p. 7), bien que ces mécanismes parviennent difficilement à eux seuls à remplir ces objectifs. Si ces derniers requièrent pas nécessairement une révision constitutionnelle, celle-ci peut néanmoins contribuer à leur réalisation.

Le Rapporteur spécial de l'ONU reconnaît que les conditions préalables nécessaires à des poursuites équitables, telles que l'indépendance politique, l'autonomie budgétaire et les procédures de nomination fondées sur le mérite, sont justement les « capacités dont les pays en période de transition tendent à manquer » (ONU 2014, paragr. 88). Dans de telles situations, des tribunaux *ad hoc*, hybrides ou complètement internationalisés ont été établis pour juger les auteurs de violations généralisées des droits humains. Ces tribunaux doivent se prémunir contre les mêmes écueils que les commissions vérité : toute institution ajoutée à la configuration existante sans réforme de plus grande ampleur risque de reproduire et d'aggraver les problèmes institutionnels existants, qui sont parfois à la source même du conflit. L'application et l'exécution des décisions prises par ces institutions *ad hoc* peuvent également poser des difficultés, car ces institutions sont parfois déconnectées de la police et du système judiciaire, comme cela était le cas au Guatemala. La constitutionnalisation des réformes qui renforcent et protègent l'indépendance du pouvoir judiciaire, ou donnent plus de pouvoir décisionnaire aux procureurs, remédie aux faiblesses de l'administration et des institutions judiciaires, ce qui peut favoriser la justice à long terme et contribuer à la transformation des conflits. Par exemple, au Maroc, l'Instance Équité et Réconciliation a recommandé une réforme institutionnelle interdisant l'ingérence du pouvoir exécutif dans le fonctionnement du système judiciaire afin de protéger l'indépendance du pouvoir judiciaire au sein du système constitutionnel, ce qui peut être considéré comme une mesure favorable à la justice dans son ensemble. L'Instance a réussi à justifier le besoin d'une réforme constitutionnelle du système judiciaire et du système de séparation des pouvoirs.

Associés, les processus de justice transitionnelle et de réforme constitutionnelle peuvent donc se renforcer mutuellement et se donner les moyens de contribuer à la paix, à la justice et à l'inclusion. De même que la justice transitionnelle peut créer un momentum pour la réforme constitutionnelle, l'adoption de certaines réformes et le « développement du constitutionnalisme en tant que projet politique » (Tanzarella 2017) contribuent à la réalisation des objectifs de justice transitionnelle. Les constitutions peuvent elles-mêmes « imposer des contraintes significatives sur l'exécution des mesures [de justice transitionnelle] » (Mendez 2012, p. 1273) car elles définissent les impératifs d'équité des procès et de respect de la procédure, garantissent l'égalité et la non-discrimination devant la loi, et veillent à la séparation des pouvoirs. Les constitutions élaborées en période de transition « contiennent souvent un cadre pour l'administration de la justice transitionnelle [...] et deviennent la base sur laquelle la légitimité des mécanismes et initiatives de justice transitionnelle sera évaluée » (Mendez 2012, p. 1272). En respectant les contraintes constitutionnelles et en montrant comment la constitution peut guider les processus de justice transitionnelle, il est possible de bâtir une culture du constitutionnalisme. Cette dernière équivaut à une culture de responsabilité de l'État, ce qui répond à l'une des principales critiques formulées à l'encontre des processus de justice transitionnelle, à savoir, qu'ils se focalisent sur la responsabilité pénale individuelle plutôt que sur le concept plus large de responsabilité de l'État.

Les réparations

Les réparations « ont pour but de remédier aux violations systémiques des droits de l'homme en fournissant aux victimes un ensemble d'avantages matériels et symboliques » (ONU 2010, p. 8). Les réparations peuvent être individuelles ou collectives, et comprendre une indemnisation financière, des services ou programmes psychosociaux et médicaux, des

bourses scolaires et universitaires, une réforme de l'enseignement de l'histoire dans les programmes scolaires, le travail de mémoire, la restitution ou redistribution des terres ou autres biens et des excuses publiques. Le droit international reconnaît le droit des victimes aux réparations (ONU 2006). Ainsi, les États ont une obligation de concevoir et de mettre en œuvre des programmes de réparations qui répondent aux besoins des victimes, tels que définis par les victimes elles-mêmes. Si elles sont bien exécutées, les réparations peuvent « être un complément efficace et immédiat aux processus de recherche de la vérité et aux initiatives pénales, car elles fournissent une indemnisation concrète aux victimes, encouragent la réconciliation et restaurent la confiance du public envers l'État » (ONU 2010, p. 8). Même les programmes de réparations temporaires ou *ad hoc* peuvent jouer un rôle déterminant pour restaurer la confiance, notamment s'ils sont entérinés et administrés en amont de la réforme constitutionnelle ou en même temps. Les réparations peuvent donc alimenter la dynamique de la transition et le soutien dont elle bénéficie, ce qui améliore les perspectives pour la réforme constitutionnelle à long terme.

Les réformes constitutionnelles peuvent également renforcer l'accès des victimes aux réparations en prévoyant (a) des réparations symboliques ; (b) des réparations spécifiques pour les victimes du conflit ; et (c) des réparations pour les autres communautés marginalisées, notamment lorsque leur marginalisation est liée aux causes originelles du conflit ou de l'instabilité. Chacun de ces types de réparations est abordé ci-dessous.

Les réparations symboliques

L'importance des réparations autres que l'indemnisation matérielle, dont les réparations symboliques, est de plus en plus reconnue. Des excuses publiques et la reconnaissance des faits pouvant être considérées comme des réparations, les préambules constitutionnels peuvent avoir une fonction de réparation, comme décrit plus haut dans la section consacrée au droit à la vérité. Ainsi, le préambule de la Constitution de l'Afrique du Sud commence ainsi : « Nous, peuple d'Afrique du Sud, reconnaissons les injustices de notre passé, honorons ceux qui ont souffert pour la justice et la liberté sur nos terres... » (République d'Afrique du Sud 1996). Le préambule de la Constitution de la Tunisie emploie quant à lui la phraséologie suivante : « Fiers du combat de notre peuple pour l'indépendance, l'édification de l'État [...] En vue de réaliser les objectifs de la Révolution de la liberté et de la dignité, Révolution du 17 décembre 2010 – 14 janvier 2011, fidèles au sang versé par nos braves martyrs et aux sacrifices des Tunisiens et Tunisiennes au fil des générations [...] » (République tunisienne 2014).³

Les réparations symboliques peuvent également prendre d'autres formes, telles que le changement du drapeau d'un pays ou du nom d'une région, ou la protection des symboles des communautés victimes du conflit. Ces réparations symboliques peuvent permettre de reconnaître dans le texte constitutionnel l'importance de ces communautés. Par exemple, dans son article 79 intitulé Droit à la préservation de la spécificité, la Constitution de la Serbie accorde aux membres des minorités nationales le droit « d'utiliser leurs symboles dans les lieux publics » ainsi que les « dénominations locales traditionnelles, odonymes, noms de villages et toponymes » (République de Serbie 2006). De même, la Constitution du Kosovo accorde aux minorités un droit de veto sur les questions d'« intérêt vital », notamment en ce qui concerne « les lois sur l'utilisation de symboles, y compris les symboles de la Communauté et les jours fériés » (République du Kosovo 2008/2016 : article 81 alinéa 8). Ces dispositions donnent aux communautés marginalisées l'autonomie et l'autorité de protéger à l'avenir les symboles qui comptent à leurs yeux. Plutôt qu'un monument ou un musée édifié par l'État, la constitution accorde aux communautés l'autorité et les ressources pour prendre leurs propres décisions quant à la création et au maintien des symboles culturels importants.

Les réparations aux victimes

Certaines réparations spécifiques peuvent bénéficier d'une reconnaissance constitutionnelle durable, par exemple un « traitement préférentiel » en tant qu'indemnisation pour les violations passées (Mendez 2012, p. 1280). Ce faisant, les constitutions peuvent donner la priorité aux besoins et aux droits des victimes à long terme, ce qui est particulièrement important lorsque les victimes proviennent d'une composante de la population auparavant marginalisée ou systématiquement exclue des processus sociaux, économiques et politiques. Le Népal en est un exemple. La Constitution post-conflit de 2015 considère les victimes du conflit comme une catégorie prioritaire dans l'ensemble du texte, notamment dans l'article 42(5) portant sur le Droit à la justice sociale : « Les familles des martyrs qui ont sacrifié leur vie dans les mouvements, conflits armés et révolutions populaires en faveur d'un changement progressif vers la démocratie au Népal, les familles des disparus, de ceux qui ont combattu pour la démocratie, des victimes du conflit, des déplacés, des mutilés, des blessés et des victimes, ont, à titre prioritaire, comme le prévoit la loi, le droit à l'éducation, à la santé, à l'emploi, au logement et à sécurité sociale, de manière juste et respectueuse » (République du Népal 2015). Autre exemple, l'article 39(9), consacré aux Droits des enfants, promet « une protection spéciale » de l'État aux enfants victimes des conflits. Si ces mesures peuvent contribuer à la justice transitionnelle et à la prévention des conflits, elles peuvent également s'avérer problématiques, comme l'illustre l'étude de cas sur le Rwanda dans la section 5.

La Constitution du Rwanda protège également les victimes en tant que catégorie spécifique : le « bien-être des nécessiteux rescapés du génocide perpétré contre les Tutsi » (République du Rwanda 2003/2015, article 50). Elle illustre ainsi la note d'orientation de l'ONU sur le renforcement des activités de justice transitionnelle, qui recommande « d'ancrer la protection des droits économiques, sociaux et culturels ainsi que des clauses de non-discrimination dans les constitutions » (ONU 2010, p. 10). Le cas rwandais invite cependant à la prudence : l'article 50 a également été révisé en 2008 pour y ajouter « le génocide perpétré contre les Tutsi ». Dans ce cas, les réparations ont été limitées (et non élargies), ne s'appliquant qu'à un groupe en particulier. L'identité communautaire est ainsi synonyme de statut de victime au Rwanda. Ceci représente une tension potentielle entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle, en ce que la première requiert clairement de cibler un « groupe spécifique » : les victimes (l'ONU appelle ainsi tous les acteurs à « garantir la centralité des victimes dans la conception et la mise en œuvre des processus et mécanismes de justice transitionnelle », et à placer « les victimes au centre » de toutes les mesures de justice transitionnelle (ONU 2010, p. 6)).

Les réparations pour remédier à la marginalisation et aux autres causes profondes du conflit

Lorsqu'un conflit ou une répression trouve sa source dans une hégémonie ethnique ou économique, ou dans la marginalisation historique de certaines communautés, les dispositions constitutionnelles reconnaissant la diversité culturelle de la société ou appelant à l'inclusion équitable des groupes marginalisés ou à la discrimination positive peuvent contribuer à remédier aux causes profondes des conflits sociaux et politiques (Böckenförde, Hedling et Wahiu 2011). Ces dispositions peuvent éliminer les causes des injustices et prévoir des mesures durables, institutionnalisées et contraignantes pour remédier au traumatisme des conflits et de l'exclusion. Les réformes constitutionnelles de grande ampleur, surtout lorsqu'elles introduisent un système fédéral ou d'autres formes de décentralisation, peuvent résoudre les problèmes liés à l'inégalité d'accès aux ressources étatiques ou aux revendications d'autonomie. Le Népal en est encore une fois l'illustration : le préambule de la Constitution établit un lien explicite entre la nouvelle république fédérale et la lutte contre les causes profondes des conflits dans le pays en affirmant la volonté de « Mettre fin à toutes les

formes de discrimination et d'oppression créées par le *système féodal, autocratique, centralisé et unitaire* [...] pour réaliser les aspirations à la paix perpétuelle, à la bonne gouvernance, au développement et à la prospérité grâce à un *système de gouvernance républicain fédéral démocratique*, promulgue la présente Constitution » (République du Népal 2015, italiques ajoutés). La marginalisation, l'oppression et l'expropriation dont certains groupes ont été victimes au cours de l'histoire peuvent être réparées par le biais de réformes constitutionnelles visant un accès plus équitable à l'autorité et aux ressources publiques ainsi que leur contrôle. La constitutionnalisation de ces mesures augmente leur propension à exercer un effet sur plusieurs générations.

Une tendance observée est l'élargissement de la définition des réparations. Celles-ci comprennent désormais les « réparations transformatives », qui « au lieu de ramener les victimes au *statu quo ante* de la marginalisation politique, de l'insécurité économique et de l'inégalité des genres [...] sont censées donner aux victimes “ce qu'elles auraient dû avoir si les conditions avaient été équitables” avant les violations massives des droits humains. Ces réparations sont donc à la fois correctives et distributives, rétrospectives et prospectives, individuelles et structurelles » (Waldorf, à paraître). Ces mesures entendent répondre aux critiques selon lesquelles les mécanismes de justice transitionnelle sont incapables d'avoir un effet transformatif – critique à laquelle il peut, en partie du moins, être remédié en constitutionnalisant la justice transitionnelle, établissant ainsi un mandat clair pour transformer la société à long terme et de manière pérenne. Entériner les réparations dans la constitution, peut leur donner un effet plus transformateur en leur accordant plus de moyens de contribuer à la paix et au développement durables à long terme. En plus de paiements ponctuels ou de la restitution d'un bien en particulier, par exemple, les réparations ancrées dans la constitution peuvent influencer grandement sur l'accès aux ressources, au pouvoir et au bien-être dans un État-nation. La propriété foncière est une bonne illustration : « les mesures de justice transitionnelle ont rarement un effet majeur sur la situation foncière » (Huggins 2009, p. 2), et leur constitutionnalisation peut avoir un effet déterminant. Les processus de justice transitionnelle se concentrent souvent sur la restitution de biens confisqués de manière illicite, mais « dans les pays où l'accès inégal aux terres est source de conflit, [...] la restitution peut compléter, sans pour autant remplacer une réforme de l'accès aux terres » (Huggins 2009, p. 3). La réforme constitutionnelle peut inclure ces mesures, en modifiant les règles relatives à la propriété foncière, en amendant le droit immobilier et en remédiant à d'autres inégalités systémiques ou historiques. Ceci augmente l'étendue et la portée de la justice transitionnelle qui s'attaque désormais aux origines du conflit et non uniquement à ses manifestations ou à ses symptômes. De cette manière, coordonner les processus de réforme constitutionnelle et de justice transitionnelle permettrait d'intensifier la transformation et la prévention des conflits à l'avenir.

Les garanties de non-répétition

La garantie de non-répétition a été définie, à l'origine, dans les *Principes de l'ONU pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité* (1997, révisés en 2005). Le principe 35, qui porte sur la non-répétition, dispose que « les États doivent [...] entreprendre des réformes institutionnelles et prendre les mesures qui s'imposent pour garantir le respect de l'État de droit, susciter et entretenir une culture du respect des droits de l'homme, et rétablir ou instaurer la confiance de la population dans ses institutions publiques » (ONU 2005, p. 17). À plusieurs égards, les garanties de non-répétition sous-tendent toutes les composantes de la justice transitionnelle, dont le but est de lutter contre la culture de l'impunité et des abus, et de prévenir le retour à la violence grâce, entre autres, à des mesures de réparation. Les garanties de non-répétition sont la composante la plus « prospective » de la justice transitionnelle (Waldorf 2017, p. 54), et ont souvent été

interprétées comme le droit principal permettant la protection des droits humains et la réforme institutionnelle. Elles constituent également la composante la plus large et la moins bien définie de la justice transitionnelle, mais aussi celle qui présente le plus de recouvrements avec la réforme constitutionnelle. Cette composante est également particulièrement vulnérable à l'expansionnisme conceptuel quant au degré de réforme institutionnelle qu'implique le mandat de non-répétition. Étant donné que les constitutions définissent le cadre institutionnel de l'État, toute tentative de réforme des institutions sera toujours confortée par une réforme constitutionnelle. Les processus de réforme constitutionnelle peuvent donc globalement être considérés comme une garantie de non-répétition efficace.

L'ONU appelle à la réforme institutionnelle au titre de la garantie de non-répétition, faisant valoir que « les institutions publiques ayant contribué à la prolongation des conflits ou à un exercice du pouvoir répressif doivent être transformées en institutions qui font régner la paix, protègent les droits de l'homme, et alimentent une culture du respect de l'État de droit. En réformant ou en établissant des institutions publiques justes et efficaces, les réformes institutionnelles permettent aux gouvernements post-conflit et de transition de prévenir la répétition des violations des droits de l'homme » (ONU 2010, p. 9). De même, l'International Center for Transitional Justice (ICTJ) affirme qu'« en incorporant un élément de justice transitionnelle, les réformes [institutionnelles] peuvent tenir les auteurs d'exactions responsables de leurs actes et neutraliser les structures qui ont permis à ces abus de se produire » (ICTJ 2019a). La réforme institutionnelle peut s'effectuer à l'échelon individuel et cibler des personnes, par exemple par la vérification des antécédents (*vetting*), ou elle peut être structurelle et passer au crible l'ensemble du secteur institutionnel susceptible d'avoir été complice, voire auteur, des violations des droits humains. L'effet de ces deux approches sur la transformation des conflits peut être accentué grâce à la constitutionnalisation, mais la valeur ajoutée la plus importante des réformes constitutionnelles se manifeste lorsque l'on réforme en profondeur la répartition et l'exercice du pouvoir au sein d'un État. Les deux principales manières de le faire sont : premièrement, par des innovations institutionnelles et la réforme de la structure de l'État et de la forme du gouvernement, ce qui peut avoir pour but de changer les pratiques d'exercice du pouvoir et de gouvernance potentiellement à l'origine du conflit ou de la répression passés ; deuxièmement, cette réforme peut s'effectuer en ajoutant des clauses de protection des droits humains à l'ordre constitutionnel, ce qui limite le pouvoir et protège les citoyens qui ont été marginalisés (ou pire) dans le passé.

Les réformes fondamentales : innovation institutionnelle, modification de la forme du gouvernement ou de la structure de l'État

Une plus grande séparation des pouvoirs – notamment la déconcentration du pouvoir entre les mains de l'exécutif et une indépendance accrue du pouvoir judiciaire – mais aussi le renforcement du contrôle civil sur le secteur de la sécurité et un système électoral plus compétitif, sont autant d'éléments abordés lors d'un processus de réforme constitutionnelle. En fonction du contexte, ces composantes de la réforme constitutionnelle peuvent contribuer directement à l'objectif de non-répétition. Au Maroc, par exemple, l'Instance Équité et Réconciliation a recommandé le renforcement du principe de séparation des pouvoirs pour limiter le pouvoir de l'exécutif. L'ONU, dans sa cartographie des besoins en matière de justice transitionnelle en République démocratique du Congo (RDC), a fait valoir qu'« à la lumière de l'impunité qui profite aux responsables des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire international, et de la répétition des crimes commis en RDC, la réforme du secteur de la justice et de la sécurité est cruciale ». L'ONU notait également qu'« une séparation nette des pouvoirs au sein de l'État pourrait aider à garantir l'indépendance du système judiciaire » (HCDH 2003). Ce faisant, les mécanismes de justice transitionnelle tels que les commissions vérité et les rapports qu'elles produisent peuvent expliquer et justifier la nécessité des réformes institutionnelles majeures qu'elles

recommandent, et ainsi, lier explicitement les réformes proposées à l'objectif de non-répétition.

Dans ce domaine également, un processus peut « faire le travail d'un autre ». Le Sri Lanka en est le meilleur exemple. Il a été établi que le conflit au Sri Lanka avait été alimenté par l'élargissement excessif des pouvoirs de la présidence : « Sous le régime Rajapaksa (2005-2015), le pouvoir était concentré entre les mains de la présidence, provoquant un renforcement de l'autoritarisme et de la centralisation et un démantèlement des contre-pouvoirs » (Fonseka 2018). La seule réforme constitutionnelle menée avec succès après ce conflit ciblait directement ce facteur du conflit : le 19^e Amendement à la Constitution sri-lankaise a réduit le pouvoir de la présidence, créé le Conseil constitutionnel, renforcé l'indépendance des institutions de contrôle et introduit le droit à l'information, comme détaillé précédemment dans la section sur le droit à la vérité. La restriction du pouvoir présidentiel, en particulier, illustre comment les réformes constitutionnelles en période de transition peuvent encourager un changement structurel qui remédie aux causes profondes des conflits ou de l'instabilité, en complément des mesures de justice transitionnelle.

Outre les réformes majeures portant sur la forme du gouvernement ou la structure de l'État, l'innovation institutionnelle peut également contribuer à la non-répétition. « La restructuration des institutions dans le but de promouvoir l'intégrité et la légitimité en instituant la redevabilité/responsabilité, en renforçant l'indépendance, en assurant la représentation et améliorant la réactivité » (ICTJ 2019a) peut contribuer aux garanties de non-répétition, et peut être certainement agrémentée d'une réforme constitutionnelle qui institutionnalise dans la loi suprême du pays le mandat pour cette restructuration. La constitution peut créer de nouveaux tribunaux ou de nouvelles institutions de contrôle. Elle peut également donner à certaines commissions un statut constitutionnel. Ainsi, en Tunisie, où la corruption et les détournements de fonds pratiqués sous le gouvernement de Ben Ali (1987-2011) ont été reconnus comme source de conflit, la Constitution a créé l'Instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption (République tunisienne 2014 : Titre 6, partie 5, article 130).

Il est, ici, important de se rappeler qu'« aucune institution, si nouvelle ou radicalement réformée qu'elle soit, n'est une page blanche [...] Dans la plupart des cas, il faut comprendre la création d'institutions plutôt comme une *innovation délimitée* au sein d'un système existant » (Fiona Mackay, citée dans Waldorf 2017, p. 44, italiques ajoutés). Même les nouvelles institutions créées avec les meilleures intentions seront « “nichées” dans les contextes institutionnels existants » (Waldorf 2017, p. 45). Tout autant que les institutions préexistantes, elles seront sujettes à la dépendance pathologique aux cultures et pratiques politico-institutionnelles informelles comme le clientélisme. Les difficultés des réformes institutionnelles sont bien connues, et une attention croissante est portée à l'importance de l'évolution des comportements accompagnant l'innovation institutionnelle. La note d'orientation de l'ONU sur la justice transitionnelle appelle ainsi les gouvernements à « mettre en place des programmes de formation exhaustifs sur les normes du droit international humanitaire et des droits de l'homme à l'intention de tous les responsables publics et fonctionnaires » (ONU 2010, p. 9). Une recommandation similaire peut être formulée concernant les réformes constitutionnelles : il est souvent nécessaire de changer les comportements en même temps que la norme constitutionnelle afin de maximiser la propension de la réforme à contribuer à la transformation des conflits.

Outre l'évolution des comportements, il importe de reconnaître que les réformes institutionnelles prennent du temps, en particulier dans le contexte d'une révision constitutionnelle. La justice transitionnelle peut jouer un rôle prépondérant dans ces scénarios en entretenant la dynamique sous-jacente à la réforme, même lorsque la réforme ralentit ou lorsque la volonté politique s'affaiblit. Les mécanismes de justice transitionnelle peuvent également être mis en place plus rapidement que les institutions prévues par la

constitution. Cet élément est parfois particulièrement important dans un contexte post-conflit ou de transition car il existe souvent un déficit de confiance des citoyens envers l'État. Les progrès instantanés que représente la création de mécanismes et de processus de justice transitionnelle peuvent être déterminants pour instaurer un climat de confiance et rassurer le public quant à l'engagement du gouvernement et des élites envers la transition.

La protection des droits humains

Outre la réforme institutionnelle, la transformation du cadre juridique afin de mieux protéger et promouvoir les droits humains peut également contribuer à garantir la non-répétition. Cette transformation est particulièrement profonde lorsqu'elle intervient au niveau constitutionnel. Si ces réformes dans le domaine des droits humains peuvent s'inspirer des mesures et du discours de justice transitionnelle, elles peuvent également façonner ces mesures car « la manière dont la constitution intègre le droit international à l'ordre juridique national est déterminante pour comprendre les impératifs et les restrictions fixés par la constitution pour affronter le passé » (Mendez 2012, p. 1273). Par exemple, en Colombie, la Cour constitutionnelle a fondé ses arrêts relatifs aux mesures de justice transitionnelle sur les dispositions de la Constitution. La réforme constitutionnelle peut également servir à reconnaître de nouveaux engagements en matière de droits humains, de pluralisme et de responsabilité. Elle définit ainsi une nouvelle vision pour la paix, qui peut dépendre du traitement du passé, lequel est décidé par les mécanismes de justice transitionnelle. De surcroît, « les droits humains peuvent eux-mêmes limiter le pouvoir et avoir une fonction redistributive, ce qui illustre leur importance pour la constitutionnalisation des engagements nouveaux ou réitérés en matière de droits humains après un conflit » (Bell 2017, p. 98).

Certaines constitutions comprennent des dispositions affirmant leur engagement vis-à-vis des traités internationaux des droits humains, comme le préambule de la Constitution de la RDC : « Réaffirmant notre adhésion et notre attachement [...] aux conventions des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant et sur les Droits de la Femme » (République démocratique du Congo 2005/2011). D'autres constitutions vont plus loin et accordent aux traités un statut spécifique afin de transposer dans le droit interne les obligations internationales relatives aux droits humains. L'article 93 de la Constitution colombienne en est un exemple (République de Colombie 1991/2015). On peut également évoquer la Constitution argentine, article 75(22) : « Les traités et les concordats priment sur les lois. Les [instruments internationaux] suivants, conformément aux conditions sous lesquelles ils sont en vigueur, sont de même rang que la Constitution, [mais] n'abrogent aucun article de la première partie de la présente Constitution, et doivent être considérés comme complémentaires des droits et des garanties qui y sont reconnus » (Argentine 1853/1994). En Argentine, des tribunaux se sont fondés sur cette disposition pour annuler des lois d'amnistie (Mendez 2012, p. 1277). Même si une constitution n'évoque nulle part ailleurs la justice transitionnelle, une réforme constitutionnelle qui englobe des obligations relatives à la protection des droits humains peut souligner le besoin de remédier à l'impunité et contribuer à l'objectif de non-répétition.

La vérification des antécédents

La vérification des antécédents (*vetting*) implique d'examiner le parcours et le comportement des agents de la fonction publique en poste et d'ajouter de nouveaux critères de recrutement afin d'évincer tout agent personnellement responsable de violations graves des droits humains. Ces mesures peuvent également comprendre la dissolution ou la suspension d'unités de sécurité entières s'il est prouvé qu'elles ont commis des violations graves des droits humains de façon systématique. La vérification des antécédents participe à rétablir la confiance envers l'État dans le cadre de la justice transitionnelle. On peut arguer que « parmi tous les mécanismes de justice transitionnelle, on peut attendre de la vérification des antécédents qu'elle ait l'effet le plus prononcé sur la confiance envers les institutions car elle

filtre le personnel considéré comme indigne de confiance » (Waldorf 2017, p. 59). Étant donné sa contribution à la « confiance civique », on perçoit le lien plus général entre le processus de vérification des antécédents et les objectifs de construction d'un État relevant indifféremment de la justice transitionnelle ou de la réforme constitutionnelle. La vérification des antécédents peut également être un domaine d'interaction important entre constitution et justice transitionnelle. Une constitution peut limiter l'accès de certains individus à la fonction publique ou aux fonctions électives. Même si les détails de la mise en œuvre de la vérification des antécédents sont définis par le cadre législatif, la constitution détermine fréquemment les paramètres de ce processus, lesquels sont souvent soumis à l'examen des cours suprêmes ou constitutionnelles. Un tel procédé est d'autant plus important que les licenciements doivent « respecter les règles de procédures prévues par la loi et le principe de non-discrimination » (ONU 2010, p. 9) et continuer d'être perçus comme un processus équitable pour avoir l'effet escompté : « la législation relative à la réforme en matière de personnel devrait respecter les normes constitutionnelles et internationales, et être claire et précise afin d'éviter toute incertitude juridique, ambiguïté ou ingérence politique » (HCDH 2006, p. 10). Ainsi, en République tchèque, la Cour constitutionnelle a été saisie pour statuer sur la constitutionnalité de la loi de vérification des antécédents (dite de lustration) de 1992, après que 99 députés se sont plaints de son application. Si la Cour a déclaré la loi conforme dans son ensemble à la Constitution, elle a annulé les dispositions autorisant les ministres de la Défense et de l'Intérieur à exempter certains individus de la procédure de vérification des antécédents pour des raisons de « sécurité de l'État » (Priban 2007, p. 314). La Cour a conclu que ces dispositions étaient contraires aux principes d'égalité et aux règles de procédure. Il convient également de noter que la vérification des antécédents est souvent considérée comme une forme de justice administrative, ce qui révèle l'incidence fréquente de la justice transitionnelle sur tous les domaines du système judiciaire, des procédures administratives au droit pénal ou militaire, ainsi que la nécessité de mettre ces processus en adéquation avec l'ordre constitutionnel. Si la vérification des antécédents est conforme aux principes constitutionnels de respect de la procédure et de non-discrimination, elle peut renforcer la légitimité de l'ordre constitutionnel. Par exemple, au Kenya, on a considéré qu'il était nécessaire de désigner de nouveaux juges en tant que garants de la nouvelle Constitution pour éviter que des reliquats de l'ancien régime ne pervertissent son application. Une commission de vérification indépendante a examiné 53 juges et 298 magistrats, et a établi que 44 % des juges de la cour d'appel, 7 des 44 juges de la Haute Cour et 14 magistrats étaient inaptes à l'exercice de leurs fonctions judiciaires (Cottrell Ghai 2012).

L'interaction entre réforme constitutionnelle et justice transitionnelle peut ainsi largement contribuer aux mesures destinées à garantir la non-répétition. En s'appuyant sur l'analyse des causes du conflit opérée par les processus de justice transitionnelle, une réforme institutionnelle est assurée de manière optimale par une révision constitutionnelle qui permet avant tout d'institutionnaliser ces changements pour les générations futures. La création d'un espace institutionnel et juridique pour la poursuite des objectifs de la justice transitionnelle – qu'il s'agisse de la vérité, de la justice, des réparations ou de la réconciliation –, peut renforcer les effets de ces objectifs, et ainsi, contribuer à la transformation des conflits à long terme. En l'absence de constitutionnalisation, les mesures de justice transitionnelle en faveur de la non-répétition peuvent demeurer vulnérables aux aléas de la volonté politique et aux manipulations, comme le démontre l'étude de cas sur le Guatemala dans la section 5.

Notes

1. Dans une lettre envoyée conjointement par plusieurs Rapporteurs spéciaux (2019), l'ONU s'est inquiétée de la politisation des procédures de nomination dans le cadre des commissions de justice transitionnelle au Népal, mais aussi en République démocratique du Congo : par opportunisme politique, des membres de plusieurs factions ennemies, eux-mêmes soupçonnés de violations des droits humains, ont été désignés pour siéger au sein de la Commission. (ICTJ 2014).
2. Les perceptions de l'équité sont importantes dans l'ensemble des processus de justice transitionnelle, non seulement dans le cadre des poursuites, mais aussi de l'octroi des amnisties. Ainsi, en Afrique du Sud, le parti Congrès national africain (ANC) a bénéficié d'un plus grand nombre d'amnisties que les personnels des agences du secteur de la sécurité. Cette donnée a eu une importance à plusieurs égards. D'abord, le processus s'est retrouvé exposé aux critiques selon lequel il était biaisé et partial, ce qui a nui à sa légitimité d'ensemble au titre des impératifs d'impartialité exigibles dans un État de droit. Ensuite, la qualité de la vérité émanant du processus a également été altérée car les sources de cette vérité étaient principalement fondées sur le point de vue des membres de l'ANC.
3. Il convient de noter que les différents piliers de la justice transitionnelle peuvent se recouper, y compris lorsqu'ils sont constitutionnalisés. Le texte des préambules peut être considéré comme représentatif du droit à la vérité (en tant qu'il reconnaît un métadiscours) ou comme faisant partie des réparations car il reconnaît les martyrs et d'autres groupes. L'instance Équité et Réconciliation marocaine a reconnu ce lien et s'est référée à la vérité en tant que forme de réparation : la Commission accorde « la même importance à la restauration de la dignité par la recherche de vérité, à l'élimination des conséquences des violations et à la préservation de la mémoire en tant que composante essentielle de son approche en matière de réparations » (Royaume du Maroc 2005).

4. Références bibliographiques

Atta-Kesson R., « Ghana Case Study » [Étude de cas sur le Ghana], 2018, contribution pour le dialogue d'Édimbourg 2018, document non publié

Bell C., « Contending with the past: transitional justice and political settlement » [Se battre avec le passé. Justice transitionnelle et résolution politique] in Duthie R. et Seils P. (dir.), *Justice Mosaics: How Context Shapes Transitional Justice in Fractured Societies* [La mosaïque de la justice. Comment le contexte façonne la justice transitionnelle dans les sociétés fracturées], New York, International Center for Transitional Justice, 2017, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Book_JusticeMosaics_2017.pdf>, consulté le 19 septembre 2019

Böckenförde M., Hedling N. et Wahiu W., « Chapitre 3 : Building a Culture of Human Rights » [Bâtir une culture des droits humains], in *Practical Guide to Constitution Building* [Guide pratique pour l'élaboration de constitutions], Stockholm, IDEA International, 2011, <<https://www.idea.int/publications/catalogue/practical-guide-constitution-building>>, consulté le 28 octobre 2019

Cambayma B., « Sierra Leone News: That White Paper on CRC Report » [Nouvelles de Sierra Leone. Le livre blanc sur le rapport de la CRC], awoko.org, 25 janvier 2017, <<https://awoko.org/2018/01/25/sierra-leone-news-that-white-paper-on-crc-report/>>, consulté le 28 octobre 2019

Centre for Policy Alternatives (CPA), *Study on Information Requests Submitted to Public Authorities and Responses Received under the Right to Information Act, No. 12 of 2016* [Étude portant sur les demandes d'informations déposées auprès des autorités publiques et sur les réponses reçues au titre de la loi relative au droit à l'information, N°12, 2016], Colombo, Centre for Policy Alternatives, 2018, <<https://www.cpalanka.org/wp-content/uploads/2018/09/Research-Report-On-RTI- ENGLISH.pdf>>, consulté le 11 août 2019

Cheng C., Goodhand J. et Meehan, P., *Synthesis Paper: Securing and Sustaining Elite Bargains that Reduce Violent Conflict* [Note de synthèse. Conclure et maintenir les accords avec les élites qui réduisent les conflits violents], Londres, Unité de stabilisation du gouvernement britannique, 2018, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/765882/>

Elite_Bargains_and_Political_Deals_Project_-_Synthesis_Paper.pdf>, consulté le 29 octobre 2019

- Cottrell Ghai J., « An overview of the Kenyan judiciary » [Aperçu du système judiciaire kenyan], in Cottrell Ghai J. (dir.), *Judicial Accountability in the New Constitutional Order* [La responsabilité judiciaire dans le nouvel ordre constitutionnel], Genève, Commission Internationale de Juristes, 2012
- Di John J. et Putzel J., *Political Settlements: Issues Paper* [Les résolutions politiques. Document de réflexion] Birmingham, Royaume-Uni, Governance and Social Development Resource Centre, 2009
- Duthie R., « Introduction », in Duthie R. et Seils P. (dir.), *Justice Mosaics: How Context Shapes Transitional Justice in Fractured Societies* [La mosaïque de la justice. Comment le contexte façonne la justice transitionnelle dans les sociétés fracturées], New York, International Center for Transitional Justice, 2017, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Book_JusticeMosaics_2017.pdf>, consulté le 19 septembre 2019
- Fonseka B., « Sri Lanka Case Study » [Étude de cas sur le Sri Lanka], 2018, contribution pour le dialogue d'Édimbourg 2018, document non publié
- Guruparan K., « The difficulties and probable impossibility of a coherent conception of transitional justice in Sri Lanka » [Les difficultés et la probable impossibilité d'une conception cohérente de la justice transitionnelle au Sri Lanka], in Fonseka B. (dir.), *Transitional Justice in Sri Lanka: Moving beyond Promises* [La justice transitionnelle au Sri Lanka. Aller au-delà des promesses], Colombo, Centre for Policy Alternatives, 2017
- Halmi G., « The Role of Constitutionalism in Transitional Justice Processes in Central Europe » [Le rôle du constitutionnalisme dans les processus de justice transitionnelle en Europe centrale], communication préparée pour l'ICTJ, New York, International Center for Transitional Justice, 2017, <<https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/Professors/Halmi/Constitutions-and-TJ.pdf>>, consulté le 29 octobre 2019
- Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), *Fiche d'information 8 : République démocratique du Congo 1993-2003 – Rapport Mapping des Nations Unies* (2003), <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CD/Fiche8_Justice_transitionnelle_FINAL.pdf>, consulté le 11 novembre 2019
- , *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States, Vetting: An Operational Framework*, [Outils pour l'État de droit dans les États post-conflit, la vérification des antécédents. Cadre opérationnel] document ONU HR/PUB/06/05, 2006, <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawVettingen.pdf>>, consulté le 29 octobre 2019
- , *Communication conjointe des procédures spéciales*, Document ONU OL NPL 1/2019, 12 avril 2019, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Truth/OL_NPL_1_2019.pdf>, consulté le 2 décembre 2019
- Huggins C., *Linking Broad Constellations of Ideas: Transitional Justice, Land Tenure Reform, and Development* [Établir des corrélations entre de vastes constellations d'idées. La justice transitionnelle, la réforme foncière et le développement], résumé de recherche de l'ICTJ, New York, International Center for Transitional Justice, 2009, <<https://ictj.org>>

- sites/default/files/ICTJ-Development-LandTenureReform-ResearchBrief-2009-English.pdf>, consulté le 29 octobre 2019
- IDEA International, *Constitution Building Processes and Democratization* [Les processus d'élaboration de constitutions et la démocratisation], Stockholm, IDEA International, 2006, <<https://www.idea.int/publications/catalogue/constitution-building-processes-and-democratization>>, consulté le 29 octobre 2019
- International Center for Transitional Justice (ICTJ), *Truth Seeking: Elements of Creating an Effective Truth Commission* [La recherche de la vérité. Les éléments pour créer une commission de vérité efficace], New York, International Center for Transitional Justice, 2013, <<https://www.ictj.org/publication/truth-seeking-elements-creating-effective-truth-commission>>, consulté le 15 mai 2019
- , *Challenging the Conventional: Can Truth Commissions Strengthen Peace Processes?* [Remettre en question les conventions. Les commissions de vérité peuvent-elles renforcer les processus de paix ?], New York, International Center for Transitional Justice, 2014, <<https://www.ictj.org/publication/challenging-conventional-can-truth-commissions-strengthen-peace-processes>>, consulté le 29 octobre 2019
- , « Institutional Reform » [La réforme institutionnelle], 2019a, <<https://www.ictj.org/our-work/transitional-justice-issues/institutional-reform>>, consulté le 28 octobre 2019
- , « What is Transitional Justice » [Qu'est-ce que la justice transitionnelle ?], 2019b, <<https://www.ictj.org/about/transitional-justice>>, consulté le 29 octobre 2019
- , *On Solid Ground* [Sur des bases solides], New York, International Center for Transitional Justice, 2019c, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Report_WG-TJ-SDG16%2B_2019_FR_Web.pdf>, consulté le 28 octobre 2019
- Kemmerer A., « The *pouvoir constituant* in times of transition: a comment on Andrew Arato and Philipp Dann » [Le pouvoir constituant en période de transition. Commentaire sur Andrew Arato et Philipp Dann], in Brunckhorst H. (dir.), *Soziale Welt: Demokratie in der Weltgesellschaft* ([Le monde social. La démocratie dans la société mondiale], volume spécial n° 18 (2008), p. 507-518, <<https://doi.org/10.5771/9783845215921-507>>
- Langa P., « Transformative constitutionalism » [Le constitutionnalisme transformatif], *Stellenbosch Law Review*, 17 (2006), p. 351-360, <<https://www.sun.ac.za/english/learning-teaching/ctl/Documents/Ttransformative%20constitutionalism.pdf>>, consulté le 11 novembre 2019
- Lederach J. P., *The Little Book of Conflict Transformation* [Le petit livre de la transformation des conflits], New York, Good Books, 2003
- Maroc, royaume du, *Rapport de l'Instance Équité et Réconciliation* (2005), <http://www.ier.ma/rubrique.php?id_rubrique=316>, consulté le 29 mai 2019
- Mendez J., « Constitutionalism and transitional justice » [Constitutionnalisme et justice transitionnelle], in Rosenfeld M. et Sajó A. (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* [Guide d'Oxford sur le droit constitutionnel comparé], Oxford, Oxford University Press, 2012

- Nations Unies, *Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité*, document ONU E/CN.4/2005/102/ Add.1, 8 février 2005, <<https://undocs.org/fr/E/CN.4/2005/102/Add.1>>, consulté le 28 octobre 2019
- , *Résolution 60/147. Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Document ONU A/RES/60/147, 21 mars 2006, <<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>>, consulté le 4 mai 2019
- , *Note d'orientation du Secrétaire général : l'approche des Nations Unies en matière de justice transitionnelle*, mars 2010, <https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf>, consulté le 23 avril 2019
- , *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, Pablo de Greiff*, Document ONU A/HRC/21/46, 9 août 2012, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_en.pdf>, consulté le 21 avril 2019
- , *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, Pablo de Greiff*, Document ONU A/HRC/27/56, 27 août 2014
- , *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, Document de l'ONU A/HRC/34/62, 27 décembre 2016
- Powell D., « The role of constitution making and institution building in furthering peace, justice and development: South Africa's democratic transition » [Le rôle de l'élaboration d'une constitution et d'institutions dans la promotion de la paix, de la justice et du développement. La transition démocratique de l'Afrique du Sud], *International Journal of Transitional Justice*, 4 (2010), p. 230-250, <doi.org/10.1093/ijtj/ijq003>
- Priban J., « Oppressors and their victims: the Czech lustration law and the rule of law » [Les oppresseurs et leurs victimes. La loi de lustration tchèque et l'État de droit], in Mayer-Rieck A. et de Greiff P. (dir.), *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies* [La justice en tant que prévention. La vérification des antécédents des agents de la fonction publique dans les sociétés en transition], New York, Social Science Research Council, 2007
- Saunders C., « Constitution making in the 21st century » [L'élaboration de constitutions au XXI^e siècle], *International Review of Law*, 1 (2012), article 4
- Tanzarella P., « To Succeed, Constitutional Reforms Must Be Woven into the Social and Legal Fabric » [Pour réussir, les réformes constitutionnelles doivent être imbriquées dans le tissu social et juridique], 12 avril 2017, International Center for Transitional Justice, <<https://www.ictj.org/news/constitutional-reforms-social-legal-fabric>>, consulté le 21 octobre 2019
- Teitel R. G., *Transitional Justice* [La justice transitionnelle], New York, Oxford University Press, 2000

- , *Globalizing Transitional Justice : Contemporary Essays* [Mondialiser la justice transitionnelle. Essais contemporains], New York, Oxford University Press, 2014, <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195394948.001.0001>>
- Waldorf L., « Institutional gardening in unsettled times: transitional justice and institutional contexts » [Le jardinage institutionnel en période de troubles. Justice transitionnelle et contextes institutionnels], in Duthie R. et Seils P. (dir.), *Justice Mosaics: How Context Shapes Transitional Justice in Fractured Societies* [La mosaïque de la justice. Comment le contexte façonne la justice transitionnelle dans les sociétés fracturées], New York, International Center for Transitional Justice, 2017, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Book_JusticeMosaics_2017.pdf>, consulté le 19 septembre 2019
- , « “Good Enough” Transitional Justice » [La justice transitionnelle « convenable »], 2020, à paraître

Constitutions

- Afrique du Sud, République d', Constitution de la République d'Afrique du Sud (1996), <<http://constitutionnet.org/vl/item/constitution-republic-south-africa-1996-english>>, consulté le 25 octobre 2019
- Colombie, République de, La Constitution colombienne (1991, révisions de 2015), <https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015?lang=en>, consulté le 28 octobre 2019
- Congo, République démocratique du, Constitution de la République démocratique du Congo (2005, révisions de 2011), <https://www.constituteproject.org/constitution/Democratic_Republic_of_the_Congo_2011?lang=en>, consulté le 28 octobre 2019
- Kenya, République du, La Constitution du Kenya (2010), <http://constitutionnet.org/sites/default/files/final_constitution_of_kenya_2010.pdf>, consulté le 25 octobre 2019
- Kosovo, République du, Constitution de la République du Kosovo (2008, révisions de 2016), <https://www.constituteproject.org/constitution/Kosovo_2016.pdf?lang=en>, consulté le 28 octobre 2019
- Népal, République du, Constitution du Népal (2015), <https://www.constituteproject.org/constitution/Nepal_2015.pdf>, consulté le 25 octobre 2019
- République argentine, Constitution de l'Argentine (1853, révisions de 1994), <https://www.constituteproject.org/constitution/Argentina_1994?lang=en>, consulté le 28 octobre 2019
- Rwanda, République du, Constitution de la République du Rwanda (2003, révisions jusqu'à 2015) <https://www.constituteproject.org/constitution/Rwanda_2015.pdf?lang=en>, consulté le 25 octobre 2019
- Serbie, République de, Constitution de la République de Serbie (2006), <https://www.constituteproject.org/constitution/Serbia_2006.pdf?lang=en>, consulté le 28 octobre 2019

Tunisie, République de, Constitution de la République tunisienne (2014), <<http://constitutionnet.org/vl/item/tunisia-constitution-2014>>, consulté le 28 octobre 2019

5. Études de cas

La justice transitionnelle et les processus de réforme constitutionnelle sont des domaines complexes du point de vue conceptuel, et les exigences à leur égard vont croissant. Comme ces processus se manifestent souvent dans le cadre d'une même transition et résolution politique, il est pertinent d'examiner de manière approfondie la manière dont ils peuvent être conçus pour interagir de façon complémentaire. C'est d'autant plus important qu'il existe en période de transition des « contraintes d'échelle et de fragilité » : « il sera parfois prudent de ne pas tenter de faire trop de choses à la fois » (ICTJ 2019b). Les interventions transitionnelles devraient chercher à se compléter les unes les autres pour minimiser les tensions et maximiser les synergies (Duthie 2017, p. 30). Il convient donc de chercher à comprendre comment cette complémentarité peut être conçue et encouragée. Cela peut supposer une priorisation ou un séquençement entre et au sein de ces deux processus.

Cette section porte sur les façons dont les processus de réforme constitutionnelle et de justice transitionnelle peuvent être conçus de manière à se compléter, notamment en examinant la coordination et le séquençement de ces deux processus. Cela ne va pas sans risques : les dirigeants politiques peuvent, par exemple, exploiter l'un des processus pour manipuler ou bloquer l'autre. Ainsi, au Sri Lanka, l'ancienne présidente Chandrika Bandaranaike Kumaratunga, qui dirige le Bureau de l'unité nationale et de la réconciliation, a déclaré : « Si on commence à mettre en place les tribunaux pour les crimes de guerre maintenant, vous pouvez être sûrs qu'il n'y aura pas de [nouvelle] constitution ». L'un des deux processus peut bénéficier d'un statut prioritaire par rapport à l'autre, ce qui place les deux processus en concurrence du point de vue des ressources et de la volonté politique. Le Népal en est l'illustration, de même que le Sri Lanka, où l'élite politique progressiste de Colombo a été critiquée parce qu'elle a tenté de privilégier la justice transitionnelle aux dépens du projet de réforme majeure, dont l'objectif était de reconfigurer l'État-nation bouddhiste *Sinhala* en un État plurinational (Guruparan 2017).

Les recommandations relatives à la justice transitionnelle et à la réforme constitutionnelle soulignent de plus en plus combien il est important de prendre en compte les contextes locaux, des analyses situationnelles détaillées et des cartographies des acteurs et du pouvoir – voir, par exemple, Kemmerer (2008, p. 8) : « Une évaluation soignée du contexte historique, social et culturel est nécessaire pour tout acteur extérieur désireux d'apporter une contribution utile [...] à la réussite du processus constituant ». Dans les deux domaines, la pratique démontre que les processus de justice transitionnelle et de réforme constitutionnelle auront plus de chances d'atteindre l'objectif général de la transition, c'est-à-dire, la transformation des conflits, s'ils sont étroitement liés à la résolution politique (voir plus haut). Les probabilités de réussite augmentent également si les deux processus s'appuient sur une bonne compréhension de l'économie politique, des conditions institutionnelles

préalables et des réalités socio-économiques (y compris les historiques des conflits) des contextes où ils se déroulent. Comprendre l'équilibre contextuel des pouvoirs permettra de mieux saisir « les relations entre les arbitrages » (Bell 2017, p. 96) dans la transition considérée dans son ensemble. Ainsi est-il indispensable de tenir compte des implications à grande et à petite échelle du principe selon lequel « le contexte est important » lorsque l'on analyse les interactions entre réforme constitutionnelle et justice transitionnelle.

Les études de cas figurant ici ont été choisies pour illustrer cette réalité, à savoir la façon dont les processus de justice transitionnelle et de réforme constitutionnelle ont interagi ou non dans différents contextes. Elles mettent en lumière les facteurs contextuels importants, tels que le contexte institutionnel, la nature des conflits et des violences, le contexte politique et la cartographie des pouvoirs ainsi que les problèmes structurels économiques et sociaux sous-jacents. Ce rappel de l'importance du contexte, et du lien entre ce dernier et les objectifs et processus de la justice transitionnelle et de la réforme constitutionnelle, est indispensable pour éviter que les praticiens n'adoptent « des solutions universelles et importent des modèles étrangers » (ONU 2010, p. 5) dans le domaine de la justice transitionnelle et des processus de réforme constitutionnelle.

Afrique du Sud

Les enseignements principaux

1. Lorsqu'ils se déroulent en même temps, les processus de réforme constitutionnelle et de justice transitionnelle peuvent offrir plus d'options de négociation et protéger la résolution politique du conflit, car ils permettent d'appliquer les engagements et les garanties constitutionnelles pour maintenir l'adhésion aux compromis fondateurs.
2. En ce qui concerne l'exercice pacifique du pouvoir, la transformation des conflits a bien eu lieu en Afrique du Sud, mais les inégalités (socio-économiques) demeurent une cause de conflit.

Le contexte

En Afrique du Sud, l'apartheid était une oligarchie raciste, en vertu de laquelle un groupe de personnes, les Sud-Africains blancs, étaient au pouvoir, tandis que les autres groupes en étaient exclus. Ce régime oligarchique s'est caractérisé par des massacres, des actes de torture, des incarcérations, des abus de pouvoir de l'État et un ordre constitutionnel qui opprimait et marginalisait de manière systématique la majorité noire du pays. La transition a débuté par des négociations entre le gouvernement et le Congrès national africain (ANC) à la fin des années 1980 et au début des années 1990. Ces négociations ont abouti à une résolution politique, incarnée par la Constitution provisoire (1993), destinée à encadrer le processus d'élaboration d'une nouvelle constitution et instituer des mécanismes de justice transitionnelle en Afrique du Sud. La Constitution provisoire appelait à une transition de cinq ans sous la direction d'un gouvernement d'unité nationale, et à l'élection d'une Assemblée constituante chargée de rédiger la nouvelle constitution. Il convient de noter que le gouvernement d'apartheid voulait rédiger une nouvelle constitution avant la tenue d'élections démocratiques, tandis que l'ANC souhaitait l'inverse (Powell 2010). La rédaction de la Constitution intérimaire, qui comprenait 34 principes constitutionnels contraignants, avant l'élection de l'organe qui rédigerait la constitution définitive a représenté la feuille de route d'un processus de transition auquel toutes les parties pouvaient adhérer. Des élections ont été organisées en 1994, et l'ANC a obtenu une forte majorité, sans pour autant atteindre la majorité des deux tiers, nécessaire pour adopter une constitution de manière unilatérale. La rédaction de la nouvelle constitution a elle-même été vue comme un processus transitionnel et de réconciliation. De surcroît, des mesures de justice transitionnelle plus traditionnelles ont été mises en place, notamment la création d'une Commission vérité et réconciliation (TRC) en 1995. La TRC a publié son rapport final en 1998. Celui-ci s'appuyait sur plus de 22 000 témoignages de victimes et autres témoins (ICTJ 2019).

La constitutionnalisation de la justice transitionnelle

Les valeurs, le cadre de gouvernance démocratique et les droits consacrés dans la Constitution sud-africaine de 1996 représentent l'approche de réconciliation adoptée par le pays. La Constitution donne à la majorité noire un accès au pouvoir et appelle à une répartition équitable des ressources pour la première fois au cours de l'histoire sud-africaine, tout en protégeant les intérêts de la minorité blanche, qui craignait une répression dans le sillage de la transition.

Comme le déclare le préambule, la Constitution de 1996 a été adoptée en partie pour « guérir les divisions du passé et créer une société fondée sur les valeurs démocratiques, la justice sociale et les droits humains fondamentaux ». Ce faisant, l'ensemble de la Constitution représente la constitutionnalisation de la justice transitionnelle, notamment les éléments liés à

la non-répétition et aux réparations. L'inclusion des droits fondamentaux, notamment des droits socio-économiques, qui figurent au Chapitre 3 de la Constitution, de même que les nombreuses références à la non-discrimination et à l'égalité devant la loi, témoignent de cette volonté. En outre, « l'Afrique du Sud a créé des institutions juridiques et politiques spécifiques pour réparer les injustices socio-économiques de l'apartheid. C'est notamment le cas des institutions politiques et des institutions chargées des droits humains qui ont été créées » par la Constitution (Powell 2010), dont la Commission des droits de l'homme (article 184) et la Cour constitutionnelle.

La constitutionnalisation de la justice transitionnelle en Afrique du Sud s'est déroulée avant la consolidation des normes internationales contre les amnisties généralisées : la société a dû prendre des décisions compliquées en matière d'amnisties et de responsabilité pénale sans que le droit les acteurs internationaux ne lui fournissent d'orientations claires. En Afrique du Sud, l'interaction entre justice transitionnelle et processus constituant a permis de protéger la résolution politique du conflit : elle a créé un espace de négociation permettant de prendre certaines décisions difficiles de façon à protéger les objectifs de cette résolution, et d'atténuer les craintes de poursuites chez les dirigeants des deux camps. La transition a donc pu conserver son élan et son soutien politique. Le texte de la Constitution intérimaire, y compris les 34 principes de l'Annexe 4 et le post-scriptum sur l'unité nationale et la réconciliation (qui s'engage à accorder des amnisties), définit les paramètres d'une future constitution accordant à chacun la même protection légale, y compris à la minorité blanche, qui craignait des représailles et des discriminations dans la nouvelle Afrique du Sud.

Les négociations, qui ont conduit à l'acceptation de certaines amnisties, ont bénéficié aux deux parties prenantes principales. Pour le gouvernement blanc sortant, les amnisties ont rassuré les partisans impliqués dans des violations des droits humains ou dont les proches y avaient participé : pour eux, démocratie ne serait pas nécessairement synonyme de punition. Sans cette garantie, le gouvernement blanc n'aurait pas eu le soutien nécessaire pour opérer la transition, et les forces de sécurité sud-africaines, réputées pour leur dureté, auraient pu s'y opposer. L'ANC et les autres mouvements contre l'apartheid partageaient cette préoccupation. Le gouvernement de l'ANC n'aurait probablement pas pu gouverner si les anciens tenants de l'apartheid ne l'avaient pas soutenu, ou, à défaut, n'y avaient pas consenti. De surcroît, les amnisties protégeaient également de nombreux membres de l'ANC qui avaient commis des crimes dans leur lutte pour la liberté.

L'accord trouvé sur les amnisties a été protégé par le principe constitutionnel n°3 et par le post-scriptum à la Constitution intérimaire de 1993. Il a été repris dans l'Annexe 6, article 22 de la Constitution de 1996 : « toutes les dispositions relatives à l'amnistie figurant dans la rubrique "Unité nationale et réconciliation" de l'ancienne Constitution sont réputées partie intégrante de la nouvelle Constitution ». La Constitution intérimaire et la Constitution définitive reconnaissent toutes deux l'unité nationale en tant qu'objectif de la transition et fondement nécessaire à la démocratie : des sacrifices en matière de responsabilité et de redevabilité pouvaient donc être acceptés au bénéfice de l'apaisement. Les amnisties étaient explicitement liées à l'intérêt global de « l'unité nationale et de la réconciliation » en Afrique du Sud, constitutionnalisant ainsi un compromis relatif au pilier « justice » de la justice transitionnelle, au bénéfice des piliers consacrés à la réconciliation et aux réparations (la vérité et les réparations).

Protéger la résolution politique négociée grâce aux interactions entre réforme constitutionnelle et justice transitionnelle

L'exemple de l'Afrique du Sud montre comment un accord politique initial a influencé l'interaction entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle, et a été conforté par cette même interaction. En Afrique du Sud, il était clair « qu'une résolution négociée était la seule option pour résoudre les problèmes du pays » (Powell 2010, p. 245). Il était nécessaire

de protéger le régime blanc sortant pour qu'il accepte des élections qui allaient certainement donner le pouvoir à un gouvernement noir dans le cadre d'un système de représentation politique majoritaire. Il était donc indispensable d'honorer cette résolution politique du conflit pour faire avancer la transition dans son ensemble, et la minorité blanche sortante exigeait que certains de ses intérêts soient garantis par la constitution, dont le fédéralisme et les droits humains, pour consentir à un processus de justice transitionnelle comprenant notamment la TRC. Les 34 principes constitutionnels identifiés dans l'Annexe 4 de la Constitution intérimaire de 1993 garantissaient que les points majeurs des accords négociés seraient repris dans la nouvelle constitution sud-africaine.

Des principes constitutionnels pour protéger les intérêts des minorités

Dès les négociations politiques préliminaires, un accord a été trouvé sur 34 principes constitutionnels contraignants pour les futurs rédacteurs de la constitution : la nouvelle constitution devait être conforme à ces principes. Ces principes ont « limité la portée des négociations sur le texte final de la Constitution de 1996 » (Böckenförde, Hedling et Wahiu 2011, p. 7), et ont capturé l'essence de la résolution politique. Par exemple, bien que l'ANC, force politique majoritaire au cours de la transition, fût favorable à un État centralisé, les 34 principes appelaient à une forme de gouvernement décentralisé, une requête de la majorité blanche sortante que l'ANC avait acceptée au début du processus de négociations. Situation unique en son genre, ces principes étaient juridiquement applicables, et en 1996, la Cour constitutionnelle a rejeté la première version de la constitution car elle n'accordait pas suffisamment de pouvoir aux autorités provinciales (Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud 1996, paragr. 471-481).

La constitutionnalisation des principes clés, élément central de la résolution politique, a protégé les intérêts des minorités en honorant l'accord négocié qui se trouvait à la source de la transition, et en s'assurant que toutes les parties restaient favorables et ouvertes aux processus de transition, y compris la justice transitionnelle et la recherche de la vérité. L'étude du cas de l'Afrique du Sud montre comment la constitutionnalisation des principes et des aspects de la résolution politique peut être « un outil pour sortir de l'impasse politique et créer un consensus » (Böckenförde *et al.* 2011, p. 47), en protégeant les intérêts d'une minorité, et en facilitant et encourageant la transition et les processus connexes, dont la justice transitionnelle.

Trouver le juste équilibre entre vérité, réconciliation et justice

La Constitution intérimaire et la Constitution définitive sud-africaines comprennent une série de garanties anti-majoritaires qui ont ouvert la voie à un consensus autour du processus de justice transitionnelle au sens large en accordant des garanties au régime sortant et aux anciens oppresseurs. La Constitution intérimaire établissait un lien clair entre les amnisties et la recherche de la réconciliation et de l'unité nationale, en appelant explicitement à des amnisties conformément au principe fondamental n°3 relatif à l'unité nationale et à la réconciliation, et aux termes du post-scriptum, relatif à ce même principe : « il est un besoin d'entente, mais pas de vengeance, un besoin de réparation, mais pas de représailles, un besoin d'*ubuntu*, mais pas de victimisation. Pour que la réconciliation et la reconstruction aient lieu, des amnisties sont accordées en fonction des actes, omissions et infractions, associées aux objectifs politiques et commises au cours des conflits passés » (République d'Afrique du Sud 1993). Une communication claire avec la population, et les mesures destinées à inclure celle-ci dans les processus de justice transitionnelle et d'élaboration de la nouvelle constitution, ont participé à une large compréhension – voire une acceptation – de ce compromis. Cela a minimisé les tensions entre les défenseurs du pacte des élites et l'opinion publique, comme nous l'avons observé dans d'autres cas.

Les effets sur la transformation des conflits à long terme. Cependant, les effets de la transition sur la transformation des conflits à long terme demeurent débattus. Les inégalités économiques systémiques, qui présentent une dimension raciale importante et sont susceptibles d'engendrer des violences, demeurent extrêmes, et certains droits économiques et sociaux, notamment le droit au logement, n'ont toujours pas été réalisés en pratique, ce qui crée des frustrations. De nombreuses recommandations de la TRC sud-africaine n'ont pas été mises en œuvre. Le mandat de la Commission, ancré dans le post-scriptum à la Constitution intérimaire et étoffé dans la loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation (*Promotion of National Unity and Reconciliation Act*) de 1995, comportait trois dimensions :

- (a) dresser un tableau aussi exhaustif que possible des causes, de la nature et de l'étendue des violations graves des droits humains commises entre le 1^{er} mars 1960 et la date butoir du [...] en menant des enquêtes et en organisant des audiences ; (b) en facilitant les amnisties pour les personnes qui divulguent dans leur totalité les informations pertinentes liées aux actes associés à un objectif politique et conforme aux impératifs de la présente loi ; (c) en déterminant et en rendant public le destin ou la situation actuelle des victimes et en restaurant leur dignité humaine et civile en leur accordant la possibilité de donner leur propre version des violations qu'elles ont subies, et en recommandant des mesures en conséquence.
- (République d'Afrique du Sud 1995, p. 4)

Enfin, la Commission était chargée de rédiger un rapport pour résumer ses travaux dans ces domaines. Bien que des audiences aient été organisées et des amnisties accordées, les recommandations de la Commission, notamment l'octroi de réparations à hauteur de 21 000 rands par an pendant six ans pour les survivants et une « taxe sur la richesse » imposée aux institutions et industries qui ont bénéficié de l'apartheid (ICTJ 2019), n'ont jamais été rendues effectives. Étant donné que la TRC a publié son rapport après la promulgation de la Constitution, l'Assemblée constituante n'a pas pu prendre en compte les conclusions et recommandations de la TRC dans la Constitution. Cela explique pourquoi, par exemple, les réparations recommandées par la TRC n'ont pas été institutionnalisées dans la Constitution définitive, comme ce fut le cas au Népal. Faute de constitutionnalisation, ces recommandations n'ont pas été mises en œuvre car la volonté politique avait décliné et certains objectaient que les ressources étaient limitées. Cette vulnérabilité est soulignée par le fait que la législation relative aux réparations n'a jamais été adoptée et l'État n'a financé aucune initiative en la matière. Le caractère incomplet de la transition s'est manifesté encore davantage en 2019, quand l'ANC, le parti au pouvoir, a proposé un amendement constitutionnel autorisant le gouvernement à confisquer des terres à des fins de redistribution. En effet, la grande majorité des terres restent détenues par la minorité blanche. Bien que la promesse d'amnisties en échange de la réconciliation ait été largement acceptée en Afrique du Sud, elle a créé l'attente de voir des poursuites engagées contre ceux qui ne diraient pas la vérité de leur propre chef. Cependant, ces poursuites n'ont pas eu lieu. Au contraire, l'État a pris des mesures pour accorder des « amnisties par des voies détournées » aux auteurs de violations pendant l'apartheid qui ne se sont pas présentés devant la TRC (ce qui revenait à modifier la Politique relative aux poursuites du Parquet national). À l'heure de la rédaction de ce document, aucune affaire n'est en cours devant les tribunaux sud-africains (ICTJ 2019). L'absence de poursuites a limité la contribution de la transition à la transformation des conflits à long terme, et nombreux sont ceux qui considèrent qu'après l'abolition de l'apartheid, la culture de l'impunité a été protégée, et non éradiquée.

Références bibliographiques

Bilchitz *et al.*, *Assessing the Performance of the South African Constitution* [Évaluer la réussite de la Constitution sud-africaine], Stockholm, IDEA International, 2016, <<https://www.idea.int/publications/catalogue/assessing-performance-south-african-constitution>>, consulté le 12 juin 2019

Böckenförde M., Hedling N. et Wahiu W., « Chapitre 2 : Principles and Cross Cutting Themes » [Principes et thèmes transversaux], in *A Practical Guide to Constitution Building* [Guide pratique pour l'élaboration de constitutions], Stockholm, IDEA International, 2011, <<https://www.idea.int/publications/catalogue/practical-guide-constitution-building>>, consulté le 12 juin 2019

International Center for Transitional Justice (ICTJ), « South Africa » [Afrique du Sud], 2019, <<https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/south-africa>>, consulté le 19 mai 2019

Powell D., « The role of constitution making and institution building in furthering peace, justice and development : South Africa's democratic transition » [Le rôle de l'élaboration d'une constitution et d'institutions pour la paix, la justice et le développement : la transition démocratique de l'Afrique du Sud], *International Journal of Transitional Justice*, 4 (2010), p. 230-250

Constitutions et autres documents juridiques

Cour constitutionnelle sud-africaine, Certification de la Constitution de la République d'Afrique du Sud (1996), Affaire CCT 23/96

Afrique du Sud, République d', Constitution temporaire de la République d'Afrique du Sud (1993), <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1993-200.pdf>>, consulté le 29 octobre 2019

—, Constitution de la République d'Afrique du Sud (1996), <<http://constitutionnet.org/vl/item/constitution-republic-south-africa-1996-english>>, consulté le 25 octobre 2019

—, *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* [Loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation], n°34 (1995), <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-034.pdf>>, consulté le 11 novembre 2019

Colombie

Les enseignements principaux

1. La réforme constitutionnelle peut être un facteur important de protection et de maintien de la dynamique politique pour la justice transitionnelle et les transitions dans leur ensemble.
2. La protection constitutionnelle de la justice transitionnelle, et des processus de paix de manière plus générale, implique souvent une forte intervention du pouvoir judiciaire dans ces processus (judiciarisation). Ce phénomène a des avantages (protections fortes) et des inconvénients (affaiblissement de l'emphase sur la réconciliation, poids excessif des normes juridiques)
3. Les pactes avec les élites, s'ils ne sont pas assez inclusifs, peuvent être un élément perturbateur, notamment lorsqu'un référendum est nécessaire pour entériner le pacte.

Le contexte

Depuis les années 1960, la Colombie est le théâtre d'un conflit armé entre le gouvernement et plusieurs guérillas, centré sur des tensions sociales et économiques et sur un déficit de participation politique équitable. Le bilan du conflit s'élève à plus de 262 000 morts, 80 514 disparus (dont 70 587 n'ont pas été retrouvés), 37 094 enlèvements, 15 687 victimes de violences sexuelles et 17 804 mineurs recrutés pour participer au conflit (*Centro Nacional de Memoria Histórica* 2018). Dans certains cas, outre les guérillas et l'État, des groupes armés illégaux, dont des groupes paramilitaires de droite, ont perpétré des violences. Les négociations entre le gouvernement et les parties belligérantes ont débuté en 1982 et leur réussite s'est avérée hétérogène. Les négociations avec le M-19 et un groupe de guérillas de gauche ont débouché sur un accord de paix en 1990, qui prévoyait une amnistie généralisée pour les membres du M-19. La signature de l'accord s'est accompagnée d'une mobilisation active de la société civile, largement perçue comme ayant été le moteur de l'élaboration de la nouvelle Constitution colombienne de 1991. Ce texte comprenait des formules destinées spécifiquement à anticiper et à faciliter la justice transitionnelle.

Grâce à ce nouveau mandat constitutionnel, le Congrès a adopté plusieurs lois de justice transitionnelle, dont la loi justice et paix de 2005 (voir CJA 2016) et la loi sur les victimes de 2011 (voir Human Rights Watch 2011). La protection constitutionnelle et l'élaboration de législations ont ainsi protégé avec succès la mise en œuvre de la justice transitionnelle. Bien que la constitutionnalité des lois de justice transitionnelle ait été contestée à maintes reprises devant le juge, la Cour constitutionnelle s'est appuyée sur le texte et sur le mandat de la Constitution pour les défendre. En 2012, la Constitution a été amendée pour y ajouter des dispositions transitoires, notamment l'article 66, qui a donné un nouvel élan à la transition et a défini un cadre juridique pour la négociation d'un accord de paix final. En 2016, les Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) et le gouvernement ont convenu d'un Accord final mettant un terme au conflit armé. Celui-ci a cependant suscité l'opposition de l'ancien président Álvaro Uribe, qui a défendu une ligne dure vis-à-vis des FARC pendant sa présidence de 2002 à 2010.

Bien que l'Accord final ait principalement traité à la justice transitionnelle sans directement appeler à une réforme constitutionnelle, il reconnaît tout de même qu'une telle réforme serait requise pour mettre en œuvre l'Accord : l'accord-cadre pour la mise en œuvre devrait faciliter « les réformes constitutionnelles ou juridiques nécessaires » (Président de la République de Colombie 2016, p. 33). En octobre 2016, l'Accord final a été rejeté par référendum par 50,2 % de voix contre et 49,8 % pour, avec un taux de participation de 38 % (BBC 2016).

Le camp du « non » s'est fortement mobilisé grâce à M. Uribe et ses camarades du Centre démocratique, notamment le sénateur Iván Duque, qui a par la suite remporté l'élection présidentielle en 2018.

Mais le 12 novembre 2016, après des négociations rapides avec les principaux partis opposés au référendum et une renégociation avec les FARC, le gouvernement a adopté une version révisée de l'Accord final et l'a soumise directement au Congrès pour approbation, contournant ainsi le référendum populaire (International Crisis Group 2017). L'Accord révisé a pu être adopté grâce aux « amendements constitutionnels temporaires » de juin 2016, qui ont expédié la procédure d'approbation par le Congrès de l'Accord final et des lois connexes. Ces amendements ont également « donné au président de vastes pouvoirs pour prendre des décrets ayant force de loi afin de mettre en œuvre certains aspects de l'accord » et de « faire de l'accord de paix avec les FARC, une fois approuvé par plébiscite et exécuté, un "accord spécial" au titre de l'article 3 des Conventions de Genève, et de l'incorporer au sein du bloc de constitutionnalité (Landau 2016). La constitutionnalité de ces amendements va probablement être soumise à l'examen de la Cour constitutionnelle, notamment l'argument selon lequel l'Accord final peut être considéré comme faisant partie du « bloc de constitutionnalité ». Une jurisprudence de la Cour constitutionnelle « conclut que la Constitution colombienne de 1991 incorpore des éléments majeurs du droit international, dont les droits humains et le droit international humanitaire » (Landau 2016). Cette jurisprudence a déjà été utilisée pour appliquer les normes internationales aux accords et législations nationales, étendant ainsi la portée de la Constitution au-delà de son seul texte. Cependant, il est difficile de savoir comment l'Accord final pourrait se voir attribuer le même statut que les traités internationaux et les accords précédemment inclus dans le « bloc de constitutionnalité » (Landau 2016).

La constitutionnalisation de la justice transitionnelle

L'étude du cas de la Colombie montre comment les amendements constitutionnels peuvent protéger la mise en œuvre de la justice transitionnelle, notamment lorsqu'une cour a l'autorité de le faire. En Colombie, l'engagement en faveur de la poursuite de la paix a été constitutionnalisé explicitement pour la première fois en 1991, avec l'adoption de la « Constitution des droits de l'homme » (IDEA International 2016), nommée ainsi en raison de l'ampleur des mesures destinées à renforcer la protection des droits humains en Colombie. La Constitution de 1991 comprend non seulement un vaste catalogue de droits humains, mais vise également à garantir leur respect en introduisant l'action de *tutela* : il s'agit d'une forme de requête judiciaire qui peut être facilement déposée et traitée lorsqu'elle concerne une violation des droits fondamentaux reconnus dans la Constitution. Surtout, dans la partie de son chapitre sur les droits humains consacrée aux droits civils et politiques, la Constitution dispose : « La paix est un droit et un devoir auquel il est obligatoire de se conformer » (République de Colombie 1991/2015, article 22). Cet article, qui prévoit un droit à la paix applicable, couplé à l'article 93 (« Les droits et les devoirs visés dans la présente Charte sont interprétés conformément aux traités internationaux en matière de droits de l'homme ratifiés par la Colombie ») et à l'article 13 relatif à l'égalité devant la loi et la non-discrimination, constituent le fondement de plusieurs décisions judiciaires qui ont protégé les lois de justice transitionnelle contre les recours en inconstitutionnalité.

L'importance de l'article 93 résulte également du fait qu'il constitutionnalise les droits humains internationaux et les engagements de non-répétition. D'autres articles de la Constitution de 1991 sont une tentative de garanties de non-répétition. Par exemple, l'article 67 appelle l'éducation à « former les Colombiens au respect des droits de l'homme, de la paix et de la démocratie ». L'article 95 alinéa 6 prévoit le devoir civique « d'œuvrer à la réalisation et au maintien de la paix ». Enfin, l'article 218 dispose que le rôle premier de la police est « d'assurer que les habitants de la Colombie puissent vivre ensemble en paix ».

En 2012, le Congrès a adopté des amendements à la Constitution pour poursuivre l'objectif d'une paix durable par l'intermédiaire de la justice transitionnelle. L'article transitionnel 66 dispose notamment :

Les instruments de justice transitionnelle [...] leur objectif principal sera de mettre fin à la facilitation des conflits armés internes et d'atteindre une paix stable et durable, avec des garanties de non-répétition et de sécurité pour tous les Colombiens. Ces instruments garantiront, au niveau le plus élevé possible, le droit des victimes à la vérité, à la justice et aux réparations.
(République de Colombie 1991/2015, article transitionnel 66)

En plus de la Commission vérité, l'article transitionnel 66 ordonne le recours à des mécanismes judiciaires ou extrajudiciaires pour instruire et punir les crimes, définit les causes d'exonération de responsabilité pour les affaires concernant des violations commises pendant les conflits, et garantit, entre autres, que les conditions nécessaires à la démobilisation seront créées. Enfin, l'article protège certains aspects de la résolution politique à travers la disposition suivante : « L'application des instruments pénaux constitutionnels spéciaux susmentionnés est soumise à des conditions telles que l'abandon des armes, la reconnaissance de la responsabilité, une contribution à la recherche de la vérité et aux réparations aux victimes, la libération des otages et des mineurs recrutés de manière illégale et détenus par les groupes armés illicites » (*ibid.*). L'article ouvre la possibilité de suspendre les sanctions pénales contre les guérillas et de garantir leur participation politique future si elles acceptent de se démobiliser, ce qui renforce les autres engagements figurant dans les articles transitionnels 12 et 13. Il a été reproché à ces amendements de perpétuer une culture de l'impunité. L'article 66 a été contesté devant la Cour constitutionnelle en 2013 (C-576, C-579), mais la Cour ne l'a pas abrogé, réaffirmant que la transformation des conflits nécessite une approche plus complexe que la seule justice, et reconnaissant que des compromis doivent être faits pour permettre une paix durable (Cepeda Espinosa et Landau 2017).

Les amendements constitutionnels de 2012 ont constitué un cadre adéquat pour permettre le déroulement des pourparlers de paix entre les FARC et le gouvernement, qui ont abouti à l'Accord final. Comme précisé ci-dessus, cet accord n'appelait pas explicitement à une réforme constitutionnelle, mais en sous-entendait le besoin. Bien que l'Accord final ait été rejeté par référendum, le gouvernement Santos a adopté des réformes constitutionnelles en 2017 (*Actos Legislativos* 1, 2 et 3 ; voir République de Colombie 2017a, 2017b, 2017c) destinées à ancrer l'accord dans l'ordre constitutionnel. Le gouvernement a également combiné ces amendements de sorte que la justice transitionnelle et l'Accord final soient contraignants pour le gouvernement au cours des 12 années suivantes, afin de protéger ces objectifs d'une éventuelle baisse de soutien politique (République de Colombie 2017b).

Les tensions entre l'opinion publique et le pacte avec les élites

Bien que le référendum, qui n'était pas juridiquement obligatoire mais avait été organisé par le Président sortant Juan Manuel Santos (2010-2018), ait été considéré comme un facteur de légitimité important pour la transition démocratique, l'étude du cas de la Colombie met en évidence les tensions qui se produisent lorsque l'électorat est invité à entériner un accord politique, notamment lorsque celui-ci exclut des élites puissantes. Les promesses d'amnistie ou de sanctions alternatives (non pénales), de même que les garanties de participation aux processus politiques, faites aux combattants disposés à avouer pleinement leurs actes, étaient un engagement préalable central, qui a permis aux FARC de participer aux pourparlers de paix (International Crisis Group 2017). Cependant, pendant la campagne, le parti Centre démocratique s'est également emparé de ces questions pour mobiliser l'opinion publique contre le référendum. De nombreux Colombiens estimaient que l'Accord final laissaient

« impunis les meurtres perpétrés par les rebelles » (BBC 2016) et accordait l'impunité et l'inclusion politique aux guérilleros des FARC, souvent perçus comme des terroristes.

Amenée à examiner la législation relative au référendum, la Cour constitutionnelle a explicitement indiqué que même un « oui » ne supposerait pas que l'Accord final serait automatiquement incorporé dans l'ordre constitutionnel. Néanmoins, en amont du référendum, le gouvernement a adopté une série d'amendements à la Constitution pour faciliter l'approbation et la constitutionnalisation de l'Accord final. Après l'échec du référendum, le gouvernement a persisté dans cette voie et octroyé à l'accord un statut constitutionnel spécial, faisant fi, en substance, de l'avis de la population sur l'accord (voir, par exemple, International Crisis Group 2017) en l'adoptant par la voie du parlement après modification.

La Cour constitutionnelle doit maintenant prendre une série de décisions difficiles :

Si elle annule une ou plusieurs de ces mesures, notamment celles qui sont directement dérivées de l'accord avec les FARC, elle mettra en péril un processus fragile, ce qui pourrait avoir des conséquences sociales et politiques graves. Cependant, si elle assouplit à l'extrême sa jurisprudence actuelle en cédant à la pression politique, elle risque de revenir en arrière sur ses réussites, dont le renforcement de l'État de droit, des valeurs constitutionnelles et du lien juridique de plus en plus étroit entre droit national et international en Colombie. On peut se demander si les risques ne sont pas trop élevés dans un cas ou dans l'autre et, dans l'affirmative, si le processus de paix n'aurait pas été plus efficace avec un contrôle judiciaire moindre. (Landau 2016)

Les tensions entre l'Accord final et son image publique ont déjà circonscrit la capacité du processus transitionnel à contribuer à la réconciliation (Mitchel 2017). La décision du gouvernement d'entériner l'Accord final malgré les préoccupations de la population, manifestées lors du référendum en octobre 2016, a menacé la stabilité du processus de transition et accentué les divisions politiques. Lors des élections législatives de 2018, un nouveau gouvernement, opposé à l'Accord final, a été élu après avoir fait campagne en promettant d'affaiblir les protections et garanties dont bénéficient les FARC (Casey 2019).

Les effets sur la transformation des conflits à long terme et la paix durable

Dans l'ensemble, en Colombie, l'interaction entre le processus de réforme constitutionnelle et de justice transitionnelle a été concluante, et les deux processus se sont renforcés mutuellement. La justice transitionnelle a engendré le discours et l'élan politique de la réforme constitutionnelle, laquelle a accordé une protection constitutionnelle au processus de justice transitionnelle et à la résolution politique. La révision constitutionnelle s'est révélée particulièrement importante dans la mesure où l'une des forces politiques colombiennes s'est constamment opposée à l'Accord final. À cet égard, la Cour constitutionnelle a joué un rôle incontournable. Sa jurisprudence a eu de nombreuses retombées, notamment en forçant « le système politique à reconnaître les droits des victimes, un discours devenu omniprésent en politique et pendant le processus de paix », et a permis « aux acteurs politiques de comprendre que la justice transitionnelle n'est pas une excuse pour se défaire des règles constitutionnelles, mais qu'ils doivent au contraire faire la synthèse de l'ordinaire et de l'extraordinaire » (Landau 2016). Sans remettre en cause ce rôle important, il convient d'interroger le coût de la judiciarisation du processus pour les autres objectifs de la justice transitionnelle.

Les recours constitutionnels et judiciaires qui caractérisent le processus de la Colombie ont jusqu'ici protégé des intérêts clés dans le cadre de ce processus, mais également entraîné des

retards dans la mise en œuvre de certains programmes indispensables à la transformation des conflits à long terme (par exemple, les réparations et la réforme foncière en milieu rural). Depuis la signature de l'accord de paix, la Commission interaméricaine des droits de l'homme met en garde contre une recrudescence de la violence en Colombie, notamment à l'encontre des membres des FARC, des figures sociales qui défendent l'Accord final et d'autres personnes semblant soutenir l'accord, comme les plaignants au titre du droit foncier qui exigent ou défendent les droits reconnus dans l'Accord final (Organisation des États américains 2019). Des alliés des FARC, qui sont de plus en plus frustrés de l'impunité et de l'insécurité persistantes ainsi que de la lenteur des progrès vers une exécution en bonne foi de l'Accord final, seraient en train de se remobiliser (Casey 2019). Une impunité importante persiste ainsi en Colombie, et le pays a encore un long chemin à parcourir avant de réaliser les objectifs de justice transitionnelle et de paix durable. Cependant, la protection constitutionnelle accordée à ces objectifs leur permettra, peut-on espérer, de survivre aux manœuvres politiques et de rester inscrit à l'agenda politique.

Références bibliographiques

- BBC, « Colombia referendum: Voters reject Farc peace deal » [Le référendum en Colombie. Les électeurs rejettent l'accord de paix avec les FARC] 3 octobre 2016, <<https://www.bbc.com/news/world-latin-america-37537252>>, consulté le 1^{er} octobre 2019
- Casey N., « Colombia's peace deal promised a new era. So why are these rebels rearming? » [L'accord de paix en Colombie augurait d'une nouvelle ère. Alors pourquoi ces rebelles reprennent-ils les armes ?], *The New York Times*, 17 mai 2019, <<https://www.nytimes.com/2019/05/17/world/americas/colombia-farc-peace-deal.html>>, consulté le 29 avril 2019
- Center for Justice and Accountability (CJA), « Colombia: Fifty Years of Conflict » [Colombie. Cinquante ans de conflit], 2016, <<https://cja.org/where-we-work/colombia/>>, consulté le 29 octobre 2019
- Centro Nacional de Memoria Histórica, « 262.197 muertos dejó el conflicto armado » [Le conflit armé a fait 262 197 morts], 9 août 2018, <<http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/noticias/noticias-cmh/262-197-muertos-dejo-el-conflicto-armado>>, consulté le 29 mai 2019
- Cepeda Espinosa M. J. et Landau D. E., *Colombian Constitutional Law: Leading Cases* [Droit constitutionnel colombien. Les affaires phares], New York, Oxford University Press, 2017)
- Human Rights Watch, « Colombia: Victims Law a Historic Opportunity, Bold Measures Needed to Protect Beneficiaries » [Colombie. La loi sur les victimes est une opportunité historique, des mesures fortes sont nécessaires pour protéger les bénéficiaires], 10 juin 2011, <<https://www.hrw.org/news/2011/06/10/colombia-victims-law-historic-opportunity>>, consulté le 12 avril 2019
- IDEA International, « Constitutional history of Colombia » [L'histoire constitutionnelle de la Colombie], ConstitutionNet, 2016, <<http://constitutionnet.org/country/constitutional-history-colombia>>, consulté le 15 avril 2019
- International Crisis Group, *In the Shadow of 'No': Peace after Colombia's Plebiscite*, [Dans l'ombre du "non". La paix après le plébiscite en Colombie], *Latin America Report* n° 60, Bruxelles, International Crisis Group, 2017, <<https://www.crisisgroup.org/latin->

america-caribbean/andes/colombia/060-shadow-no-peace-after-colombia-s-plebiscite>, consulté le 15 septembre 2019

- Landau D., « Constitutional implications of Colombia's judicialized peace process » [Les implications constitutionnelles du processus de paix judiciairisé en Colombie], ConstitutionNet, *Voices from the Field*, 29 juillet 2016, <<http://constitutionnet.org/news/constitutional-implications-colombias-judicialized-peace-process>>, consulté le 29 octobre 2019
- Mitchel C., « Colombia: Fragile peace a year after FARC referendum » [Colombie Une paix fragile un an après le référendum sur l'accord de paix avec les FARC], *Al Jazeera*, 2 octobre 2017, <<https://www.aljazeera.com/indepth/features/2017/10/colombia-fragile-peace-year-farc-referendum-171002065629390.html>>, consulté le 29 octobre 2019
- Organisation des États américains, « IACHR Completes Working Visit to Colombia to Assess Alarming Issue of Murders of Social Leaders and Human Rights Defenders » [La CIDH achève sa visite de travail en Colombie pour évaluer le problème alarmant des meurtres des leaders sociaux et défenseurs des droits de l'homme], 15 janvier 2019, <https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2019/008.asp>, consulté le 15 juin 2019
- Président de la République de Colombie, *Summary of Colombia's Agreement to End Conflict and Build Peace*, [Résumé de l'accord colombien destiné à mettre fin au conflit et à bâtir la paix], 2016, <<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/summary-of-colombias-peace-agreement.pdf>>, consulté le 1^{er} juin 2019

Constitutions et autres documents juridiques

- Colombie, République de, La Constitution colombienne (1991, amendements de 2015), <https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015?lang=en>, consulté le 28 octobre 2019
- , Accord final pour la fin du conflit et la construction d'une paix stable et durable (2016), document ONU S/2017/272, <https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/s-2017-272_e.pdf>, consulté le 29 octobre 2019
- , Actos Legislativos 1 (2017a), <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30030428>>, consulté le 29 octobre 2019
- , Actos Legislativos 2 (2017b), <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30030560>>, consulté le 29 octobre 2019
- , Actos Legislativos 3 (2017c), <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30030645>>, consulté le 29 octobre 2019

Guatemala

Les enseignements principaux

1. Sans processus de réforme constitutionnelle, la justice transitionnelle peut contribuer à l'atteinte de certains objectifs, mais risque de ne pas être à la hauteur des attentes en termes de réformes institutionnelles à long terme qui auraient lieu en cas d'association des deux processus.
2. La justice transitionnelle sans processus de réforme constitutionnelle peut placer des attentes trop élevées sur les mécanismes et programmes de justice transitionnelle, suscitant ainsi une certaine insatisfaction et donner l'impression que la transition est inachevée ou parcellaire.

Le contexte

La guerre civile entre le gouvernement et l'Unité révolutionnaire nationale guatémaltèque, un groupe de gauche, a duré de 1960 à 1996. Elle a fait plus de 200 000 morts ou disparus. La Commission pour l'éclaircissement historique (*Comisión para el Esclarecimiento Histórico* ou CEH, en espagnol), créée à l'origine par l'intermédiaire des Accords de paix d'Oslo (1994), a conclu que l'État avait commis un génocide contre ses peuples autochtones, et que les tensions ethniques sous-jacentes au Guatemala, héritage de son passé colonial, ont été la cause principale du conflit (CEH 1999, p. 17). En 1996, la signature de l'Accord sur une paix ferme et durable (AFLP) a mis fin à la guerre. Cet accord résume le contenu de 14 accords de paix antérieurs et appelle à la conduite d'une réforme constitutionnelle ainsi qu'à la mise en place de mécanismes de justice transitionnelle tels que la CEH.

La constitutionnalisation de la justice transitionnelle

Le préambule de l'AFLP dispose : « Il importe dorénavant de préserver et de consolider la paix, tâche qui exige que tous les Guatémaltèques unissent leurs efforts. Le pays s'est doté, avec les Accords de paix, d'un programme global qui devrait permettre de surmonter les causes du conflit et de jeter les bases d'un nouveau développement » (ONU 1996b, Préambule). Cet extrait indique explicitement l'étendue de la réforme à laquelle il appelle. L'AFLP reconnaît le potentiel du processus constitutionnel afin de promouvoir la transformation : « Les réformes constitutionnelles prévues dans les Accords de paix constituent le fondement même de la réconciliation de la société guatémaltèque, qui s'inscrit dans le cadre de l'État de droit, de la coexistence démocratique et du strict respect des droits de l'homme. » (ONU 1996b, article 12).

L'Accord sur les réformes constitutionnelles et le régime électoral (également connu comme « Accord de Stockholm », 1996), un accord subordonné à l'AFLP, proposait des amendements constitutionnels concrets. Ces propositions comprenaient notamment la reconnaissance constitutionnelle des peuples maya, garifuna et xinca ainsi que des amendements aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire pour assurer un respect total des droits humains, mettre fin à l'impunité et institutionnaliser une culture de la paix (ONU 1996a, paragr. 5 à 9). Après la signature de l'AFLP, le Guatemala a établi une Commission de réforme constitutionnelle, laquelle a organisé de vastes consultations. Ce processus « a donné aux acteurs de la société civile en général, et aux acteurs sociaux autochtones et aux femmes en particulier, une expérience politique décisive, et a mis en évidence des changements importants dans la participation populaire à la prise de décisions au niveau politique national » (Brett et Delgado 2005, p. 16).

Le gouvernement a présenté au Congrès ses propositions de réformes constitutionnelles pour adoption en mai 1997. En raison des négociations politiques, quand les 13 réformes originelles ont enfin été adoptées à la majorité des deux tiers par le Congrès en 1998, la liste des propositions avait été élargie pour en comprendre 50, et traitait de questions allant bien au-delà de l'Accord de Stockholm (Brett et Delgado 2005, p. 26). Il était donc plus difficile pour la population de comprendre l'étendue et la pertinence de ces réformes. Certaines propositions d'amendements ont été contestés avec succès devant la Cour constitutionnelle et l'état d'urgence a été déclaré pendant l'ouragan Mitch, ce qui a encore retardé l'annonce du référendum. Il ne restait alors que 76 jours pour informer la population des enjeux du référendum constitutionnel. La *consulta popular* s'est tenue le 18 mai 1999, mais l'élan politique de l'AFLP s'était essoufflé entre-temps. À seulement 18,5 %, le taux de participation au référendum était extrêmement faible. Dans la capitale, uniquement 23 % des électeurs ont voté en faveur des réformes, contre 53 % dans les zones rurales et autochtones du pays.

Plusieurs raisons, outre celles évoquées plus haut, ont été avancées pour expliquer l'échec du référendum : les partis politiques étaient au mieux indifférents, au pire opposés à la réforme constitutionnelle ; le bulletin de vote était trop complexe ; la campagne contre le référendum s'est focalisée sur l'implication des acteurs internationaux « manquant de subtilité », prétendant que la communauté internationale tentait de décider du destin du Guatemala ; et le manque de confiance de la population envers les institutions politiques a suscité un désenchantement vis-à-vis du processus, lequel s'est traduit par une participation extrêmement faible (voir, par exemple, Brett et Delgado 2005, p. 22-37). Quelle qu'en soit la cause exacte, les perspectives de réforme constitutionnelle ont semblé s'éteindre après le référendum au Guatemala, alors-même que l'engagement envers une réforme constitutionnelle était « un élément central des accords de paix et la “clé de voûte” de la pérennité (judiciaire) du processus de paix dans son ensemble » (Brett et Delgado 2005, p. 16). La Commission internationale contre l'impunité au Guatemala (CICIG) a continué de plaider en faveur du processus de réforme constitutionnelle jusqu'à sa dissolution en septembre 2019, mais toute réforme constitutionnelle se trouve désormais entre les mains du Congrès guatémaltèque, lequel continue à ce jour de refuser d'entamer ce processus (Sandoval 2017).

La justice transitionnelle en l'absence de réforme constitutionnelle

Étant donné l'échec des réformes constitutionnelles au Guatemala, toutes les attentes de transformation des conflits se sont reportées sur le processus de justice transitionnelle. Comme le démontre le texte de l'AFLP, la révision constitutionnelle était considérée comme un complément nécessaire aux initiatives de justice transitionnelle, afin d'induire des changements structurels en matière de gouvernance et de relations sociales au Guatemala. En son absence, cependant, la tâche de réaliser ce changement structurel a été confiée au processus de justice transitionnelle, dont la réussite en la matière est restée limitée (voir, par exemple, Ross 2004). Ce processus de justice transitionnelle était également vulnérable à une politisation considérable, opérée à la fois par les groupes de la société civile et par le gouvernement (Isaacs 2010).

Dans l'objectif de réaliser les quatre principaux droits en matière de justice transitionnelle, le Guatemala a pris plusieurs mesures, dont : la création de la CEH pour enquêter sur la vérité ; des instructions et des procès organisés par la CICIG dans un objectif de justice ; et un Programme national de réparations pour indemniser les victimes du conflit en guise de réparations. Le quatrième pilier, la non-répétition, n'a jamais réellement été abordé, bien qu'il fût envisagé dans les propositions de réformes constitutionnelles qui auraient ciblé les causes originelles du conflit. Il était ainsi proposé de mettre fin à l'impunité, d'assurer le respect des droits humains, et notamment ceux des populations autochtones, et de limiter le

pouvoir présidentiel (voir, par exemple, Brett et Delgado 2005). Sans surestimer le potentiel de la réforme constitutionnelle, à la lumière des études de cas comparatives, on peut avancer que ces réformes structurelles auraient pu être plus pleinement soutenues par une révision constitutionnelle bien intentionnée et appuyée par la sphère politique.

Les effets sur la transformation des conflits à long terme

Le cas du Guatemala rend compte des risques qu'il y a à mener un processus de justice transitionnelle sans réforme constitutionnelle, ou à s'en remettre à la justice transitionnelle pour accomplir une transformation des conflits à long terme sans la lier à d'autres mesures de transition. Ce risque se manifeste par la politisation excessive et les effets limités des mécanismes et programmes de justice transitionnelle au Guatemala (voir, par exemple, Isaacs 2010 ; Watts 2013).

La situation dans le pays montre que les négociations politiques autour des dernières constitutionnelles sont complexes, et que ces révisions risquent d'être retardées, voire ne jamais se produire. Ce risque est particulièrement important lorsque l'opinion publique s'exprime contre une résolution politique, comme ce fut le cas lors de la *consulta popular*. L'exemple du Guatemala met donc en évidence la façon dont, lorsqu'un processus de réforme constitutionnelle s'essouffle, la mise en place de mécanismes et de programmes de justice transitionnelle peut soutenir l'élan politique dont bénéficie la transition et servir, dans une certaine mesure, les objectifs de prévention des conflits. Le fait que le Guatemala ait pu établir la CEH et effectuer des arrestations par l'intermédiaire de la CICIG demeure notable, car il s'agissait de mesures visibles prises au nom du gouvernement reconnaissant que le conflit s'était déroulé, et que des processus transitionnels étaient en place pour faire avancer le pays vers une paix durable. Cependant, ces processus ont montré leurs limites en ce qu'ils n'ont jamais pu satisfaire les attentes de réformes structurelles en profondeur, promises par le processus de réforme constitutionnelle dans le cadre de la résolution politique originelle. Une analyse contrefactuelle de la situation est impossible : dans la mesure où la transition constitutionnelle n'a jamais eu lieu au Guatemala, nul ne sait si ce processus aurait bel et bien vaincu les nombreux intérêts et forces qui soutiennent le statu quo. Néanmoins, la révision constitutionnelle en elle-même revêt une importance symbolique : elle représente un engagement et un accord pour des réformes structurelles. En l'absence de révision constitutionnelle, cet engagement et cet accord ne se sont jamais réellement matérialisés au Guatemala.

La CEH a été chargée de produire un rapport objectif sur les violations des droits humains pendant le conflit afin d'honorer le droit à la vérité et de créer un récit public sur le conflit (ONU 1994). La CEH n'a pas mandat pour recommander des poursuites judiciaires, mais a en revanche appelé à une réforme structurelle (ONU 1994), qui aurait nécessité une réforme constitutionnelle pour prendre effet. En l'absence d'une telle réforme, les attentes de la population envers les mécanismes de justice transitionnelle, dont la CEH, étaient élevées : ceux-ci étaient censés déterminer la vérité, mais aussi promouvoir l'apaisement, la réconciliation, la non-répétition, et s'acquitter d'autres fonctions (Ross 2004, p. 73). La vulnérabilité institutionnelle de la CEH, en tant qu'organe non constitutionnalisé, s'est soldée par un manque de financement et de soutien institutionnel chronique. La CEH s'est donc retrouvée dépendante du soutien international, les fonds d'origine étrangère représentant plus de 90 % de son budget (ICTJ 2014, p. 5). Le manque de soutien du gouvernement guatémaltèque et la forte implication d'acteurs internationaux a suscité des critiques à l'encontre de la CEH, jugée étrangère aux intérêts locaux (Ross 2004, p. 75) ; ces critiques ont nui à sa légitimité, et donc, à sa capacité de contribuer à une transformation significative des conflits.

Faute de lien avec l'ordre constitutionnel au sens large, la CEH n'avait pas l'autorité de contraindre les autres organes gouvernementaux à coopérer. Ainsi, l'armée a régulièrement

remis en question les prérogatives d’instruction de la CEH, a nié l’existence des archives et a refusé à la CEH l’accès à des informations sur les tactiques militaires employées pendant le conflit (Ross 2004, p. 75-76). L’efficacité de la CEH et sa capacité à développer un discours sur le passé a donc été bridée, et ses conclusions incriminantes rejetées en bloc par l’armée (Isaacs 2010). Bien que les travaux de la CEH aient été célébrés, notamment par les groupes de victimes, leurs effets restent limités. Par exemple, bien que le rapport de la CEH ait clairement établi la responsabilité de l’État dans le génocide, l’État guatémaltèque n’a pas reconnu formellement l’existence d’une politique de génocide à l’encontre du peuple maya avant 2004 (cette reconnaissance est intervenue dans le cadre de l’importante affaire *Plan de Sánchez* devant la Cour interaméricaine). De surcroît, « la demande, faite au gouvernement, de fournir des informations sur le sort de quelque 40 000 disparus n’a jamais été satisfaite » (ICTJ 2019). Bien que la CEH ait publié un rapport très détaillé sur les violations des droits humains commises et préconisant des réformes institutionnelles, elle n’a pas pu les mettre en œuvre ou contraindre le gouvernement de le faire car celui-ci n’avait aucune intention d’agir. Le Programme national de réparations, sur lequel le gouvernement s’était engagé dans le cadre de l’AFLP, a également souffert de l’absence de constitutionnalisation. En effet, il n’a jamais été doté d’un budget et s’en est retrouvé inefficace, s’attirant les critiques acerbes de la Commission interaméricaine des droits de l’homme (CIDH 2017, p. 138).

Afin de mettre en œuvre le droit à la justice, en l’absence de réforme constitutionnelle modifiant de manière structurelle le rôle du pouvoir judiciaire et de l’armée comme le recommandait la CEH, le Guatemala a mis en place des instructions et des poursuites judiciaires pour faire valoir la responsabilité pénale individuelle. Si la CICIG a arrêté des personnalités de premier plan, cette focalisation sur la responsabilité pénale individuelle n’a pas su remédier au problème de la persistance de l’impunité au Guatemala (voir, par exemple : CIDH 2017, p. 37 ; Ghitis 2019). Sans protection constitutionnelle, la justice transitionnelle s’est retrouvée tributaire des aléas de la volonté politique et des manipulations. Le président guatémaltèque Jimmy Morales a, tenté, par exemple, de limoger le chef de la CICIG (Partlow 2018). Cette vulnérabilité s’est manifestée de manière particulièrement prononcée dans l’affaire du général Ríos Montt. Le général Montt a été reconnu complice de la mort de 1 771 Mayas Ixil entre 1982 et 1983, mais sa condamnation a été annulée pour vice de procédure (Watts 2013). Ana Caba, une Ixil ayant survécu au conflit, a réagi en ces termes : « Je suis dévastée [...] Les puissants font ce qu’ils veulent, et nous, les pauvres et les autochtones, nous ne comptons pas. Nous n’avons pas de droit à la justice. La justice, pour nous, ne signifie rien. » (Watts 2013).

Cette réaction appelle des interrogations sur la capacité des mesures de justice transitionnelle du gouvernement guatémaltèque à réaliser le droit à la vérité et à la justice. On peut également se demander si une réforme constitutionnelle est toujours nécessaire pour une transformation concrète des conflits et une paix durable au Guatemala. Pourtant, il a bien existé une synergie entre les mécanismes de justice transitionnelle au Guatemala. Le rapport de la CEH a notamment été utilisé dans les poursuites contre Ríos Montt pour ses violations graves des droits humains (USIP 1997).

Références bibliographiques

Brett R. et Delgado A., « Contextual analysis: Guatemala’s constitution-building processes » [Analyse contextuelle. Les processus d’élaboration de constitutions du Guatemala], 2005, IDEA International, <http://constitutionnet.org/sites/default/files/cbp_guatemala.pdf>, consulté le 15 mai 2019

Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), *Memory of Silence: Report of the CEH* [Mémoire du silence. Rapport de la CEH], 25 février 1999, <<https://>

www.documentcloud.org/documents/357870-guatemala-memory-of-silence-the-commission-for.html, consulté le 20 septembre 2019

Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), *Situation of Human Rights in Guatemala* [État des lieux des droits humains au Guatemala], 2017, <<http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Guatemala2017-en.docx>>, consulté le 19 mai 2019

Ghitis F., « Guatemala's president wants to let war criminals go free » [Le président du Guatemala exige la libération des criminels de guerre], *The Washington Post*, 4 avril 2019, <https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/04/04/guatemalas-president-wants-let-war-criminals-go-free/?noredirect=on&utm_term=.ade241aa2b1d>, consulté le 15 mai 2019

Institut des États-Unis pour la paix (USIP), « Truth Commission: Guatemala » [Commission de vérité. Guatemala], 1^{er} février 1997, <<https://www.usip.org/publications/1997/02/truth-commission-guatemala>>, consulté le 5 juin 2019

International Center on Transitional Justice (ICTJ), *Challenging the Conventional: Case Studies—Guatemala* [Remettre en cause les conventions. Études de cas – Guatemala] 16 juin 2014, <<https://www.ictj.org/sites/default/files/subsites/challenging-conventional-truth-commissions-peace/guatemala.html#01>>, consulté le 1^{er} juin 2019

—, « Guatemala », 2019, <<https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/guatemala>>, consulté le 19 mai 2019

Isaacs A., « At war with the past? The politics of truth seeking in Guatemala » [En guerre contre le passé ? Les dimensions politiques de la recherche de la vérité au Guatemala], *International Journal of Transitional Justice*, 4/2 (juillet 2010), p. 251-274, <<https://doi-org.ezproxy.cul.columbia.edu/10.1093/ijtj/ijq005>>

Partlow J., « Guatemala's president tries to shut down anti-corruption group investigating him » [Le président du Guatemala tente de démanteler un groupe anticorruption qui enquête à son sujet], *The Washington Post*, 5 septembre 2018, <https://www.washingtonpost.com/world/2018/09/05/guatemalas-president-tries-shut-down-anti-corruption-group-investigating-him/?utm_term=.0aa527b56a80>, consulté le 1^{er} juin 2019

Ross A., « Truth and consequences in Guatemala » « La vérité et ses conséquences au Guatemala », *GeoJournal*, 60 (2004), p. 73-79, <<https://doi.org/10.1023/B:GEJO.0000033585.03206.2c>>

Sandoval C. A. V., *International Actors in the Guatemalan Constitutional Reform: The Story of the CICIG* [Les acteurs internationaux dans la réforme constitutionnelle au Guatemala. L'histoire de la CICIG], Research Group for the study of constitution-making and constitutional change, International Association of Constitution Law, 2017, <<https://constitutional-change.com/international-actors-in-the-guatemalan-constitutional-reform-the-story-of-the-cicig/>>, consulté le 15 mai 2019

Watts J., « Guatemala court overturns genocide conviction against former dictator » [La Cour constitutionnelle du Guatemala annule la condamnation de l'ancien dictateur pour génocide],

The Guardian, 21 mai 2013, <<https://www.theguardian.com/world/2013/may/21/guatemala-court-overturms-conviction-rios-montt>>, consulté le 1^{er} juin 2019

Constitutions et autres documents juridiques

Nations Unies, Commission pour l'éclaircissement historique : Charte – Accord sur la création d'une Commission chargée de faire la lumière sur les violations des droits de l'homme et sur les actes de violence qui ont causé des souffrances à la population guatémaltèque (1994), documents ONU A/48/954 et S/1994/751, <<https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Guatemala-Charter.pdf>>, consultés le 29 octobre 2019

—, Accord relatif aux réformes constitutionnelles et au système électoral (Accord de Stockholm) (1996a), documents ONU A/51/776 et S/1997/51, <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GT_961212_AgreementConstitutionalReformsandElectoralRegime.pdf>, consultés le 29 octobre 2019

—, Accord sur une paix ferme et durable (1996b), documents ONU A/51/796 et S/1997/114, <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GT_961229_AgreementOnFirmAndLastingPeace.pdf>, consultés le 29 octobre 2019

Népal

Les enseignements principaux

1. La Constitution népalaise de 2015 est un exemple de constitutionnalisation de la justice transitionnelle à plusieurs égards : elle consacre notamment les réparations aux victimes et crée une Commission nationale des droits de l'homme dotée de pouvoirs d'instruction.
2. La Constitution a modifié la forme de l'Etat, en remplaçant la structure unitaire par un modèle fédéral avec des intentions « transformationnelles » explicites. Le but était de remédier aux causes originelles du conflit. Bien que ces intentions aient été affaiblies par la politisation, elles reflètent l'éventail des possibles lorsque l'élaboration d'une constitution est mise au service des objectifs de la justice transitionnelle.
3. L'efficacité des mécanismes de justice transitionnelle, comme la Commission vérité et réconciliation, est limitée lorsque ces mécanismes ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle.
4. Lorsque la promulgation de la constitution est utilisée pour mettre fin à la transition dans son ensemble, on peut se demander si les interactions entre la réforme constitutionnelle et la justice transitionnelle peuvent avoir des retombées négatives sur l'un ou l'autre de ces processus. Dans le cas présent, l'élaboration d'une nouvelle constitution a nui à la justice transitionnelle car elle a sapé l'élan politique de la transition.

Le contexte

Le Népal a connu une guerre civile de 1996 à 2006, opposant les Maoïstes, un groupe armé communiste, au gouvernement. Le conflit a fait environ 16 000 morts et 1 300 disparus, et des violations des droits humains ont été relevées dans les deux camps (voir HCDH 2012 ; et BBC 2009 pour les derniers chiffres sur les décès). Le conflit armé au Népal était motivé en grande partie par les inégalités politiques, économiques et sociales perçues par la population. Ces inégalités avaient trait à l'hypercentralisation du pouvoir et des ressources étatiques à Katmandou ainsi qu'à l'institutionnalisation du système de caste hindou, lequel autorisait la discrimination systématique des groupes en fonction de leur ethnicité ou de leur caste. Les revendications à la base de la résolution politique avaient pour but de remédier à ces problèmes.

Avant de se démobiliser, les Maoïstes ont exigé un engagement en faveur de l'élaboration d'une nouvelle constitution et de la mise en place d'un processus de justice transitionnelle comme condition préalable à l'Accord de paix global (*Comprehensive Peace Accord*, CPA) (Gouvernement népalais et Parti communiste népalais 2006). Le CPA prévoyait ainsi l'élaboration d'une nouvelle constitution et la justice transitionnelle, comme deux composantes distinctes. La réforme constitutionnelle était censée s'opérer par l'élection d'une assemblée constituante chargée de rédiger une nouvelle constitution (CPA, disposition 3.2), laquelle devait, entre autres, restructurer la forme de l'État (CPA, disposition 3.5). La justice transitionnelle était destinée à répondre aux violations des droits humains commises pendant le conflit par l'intermédiaire d'une Commission vérité et réconciliation (TRC) (CPA, disposition 5.2.5). La signature du CPA a lancé la transition vers un « nouveau Népal ». En 2007, une Constitution provisoire a été promulguée afin d'orienter la rédaction de la constitution définitive. Elle détaillait notamment les règles régissant les élections à l'assemblée constituante. En 2008 puis en 2013, deux assemblées constituantes ont été élues et se sont

réunies au Népal pour rédiger et adopter la nouvelle Constitution. La nouvelle Constitution fédérale et démocratique a été promulguée en 2015.

En 2014, la Cour suprême népalaise a annulé la législation sur la justice transitionnelle qui créait la TRC et la Commission d'enquête sur les disparitions forcées (CIEDP) (Adkin 2015). Le gouvernement a pourtant créé la TRC et la CIEDP à titre formel en février 2015. Les commissions ont dû attendre la publication de leurs régulations, et sont donc devenues opérationnelles plus d'un an plus tard, quand, en mars 2016, les commissaires ont été désignés. Les commissions n'ont jamais obtenu les ressources budgétaires, humaines ou politiques nécessaires pour mener à bien leur mandat, et étaient impopulaires auprès des victimes. Elles ont exercé leur mandat de quatre ans sans jamais produire de résultats concrets (ICTJ 2019). Le gouvernement actuel a lancé un processus visant à désigner de nouveaux commissaires, mais n'a pas su mettre le cadre législatif de la justice transitionnelle régissant les commissions en conformité avec les normes internationales, comme l'avait ordonné la Cour suprême. Le processus de désignation des commissaires a également été critiqué par l'ONU et d'autres organismes d'experts en raison du manque de transparence et de consultation (Human Rights Watch 2019).

Après la signature du CPA, plusieurs autres mesures institutionnelles et politiques ont été prises pour institutionnaliser la paix : un ministère de la Paix et de la Reconstruction a été institué, d'anciens combattants maoïstes ont été intégrés dans l'armée népalaise, et le Fonds fiduciaire pour la paix au Népal, une plateforme conjointe rassemblant le gouvernement népalais et les bailleurs de fonds contribuant à la mise en œuvre du CPA, a été créé. Le ministère a facilité la mise en place de Comités locaux de la paix, et distribué des indemnités aux victimes dans le cadre du Programme de secours temporaire. Cependant, le Fonds fiduciaire pour la paix au Népal ainsi que le ministère de la Paix ont cessé leurs activités lorsque le gouvernement a annoncé que la promulgation de la Constitution de 2015 marquait la fin de la période de transition et a restructuré les portefeuilles ministériels en ce sens après les élections générales de 2017, les premières sous la nouvelle Constitution.

La constitutionnalisation de la justice transitionnelle

L'incorporation d'un processus constituant dans le CPA établissait un lien clair entre ce processus et le programme de transformation au Népal. Le CPA contenait des orientations relatives au contenu de la future constitution et à son processus d'élaboration en vertu de l'Accord en 12 points de 2005, selon lequel « il est devenu inévitable de mettre en œuvre le concept d'une démocratie complète par le biais d'une restructuration de l'État tournée vers l'avenir, afin de résoudre les problèmes liés aux classes, aux castes, au genre, aux régions, etc., dans tous les secteurs, notamment politique, économique, social et culturel ». Le CPA a été conçu sur le fondement de cette conviction, et appelle plus fermement à la restructuration de l'État, notamment afin de remédier aux causes originelles du conflit au Népal. L'article 3.5 du CPA stipule notamment : « Pour remédier aux problèmes liés aux femmes, aux Dalits, aux peuples autochtones, aux Janajatis, aux Madheshis, aux opprimés, aux laissés-pour-compte, aux minorités et aux régions arriérées en mettant fin à la discrimination fondée sur la classe, la caste, la langue, le sexe, la culture, la religion et la région, et pour restructurer l'État sur la base de l'inclusion, de la démocratie et du progrès en mettant fin à la structure centralisée et unitaire actuelle de l'État ». Cette disposition a été reprise dans l'article 33(d) de la Constitution provisoire (République du Népal 2007).

La Constitution népalaise de 2015 (République du Népal 2015) reflète la constitutionnalisation de la justice transitionnelle à plusieurs égards, entre autres :

1. Le préambule comprend des formulations qui documentent le métadiscours de la transition au Népal. Le préambule établit un lien explicite entre la nouvelle constitution et une volonté de remédier aux causes originelles du conflit.

2. Les victimes du conflit sont reconnues explicitement en tant que catégorie méritant une considération particulière au titre de la justice sociale et de la prestation de services (article 42 alinéa 5).
3. Elle restructure l'État sous la forme d'une république démocratique fédérale afin de mettre un terme à la marginalisation et à l'exclusion historiques.
4. Elle constitutionnalise une Commission nationale des droits de l'homme, dotée de pouvoirs d'instruction (Partie 25).

Bien que cette constitutionnalisation fasse office de réparation à long terme, à court terme, de nombreuses victimes ont été déçues par la Constitution et la transition dans son ensemble. La Constitution ne consacre pas explicitement la justice transitionnelle. Elle n'accorde par exemple aucun statut constitutionnel à la TRC, et ne comprend aucune mesure de justice pour les violations des droits humains perpétrés pendant le conflit. Même si la Constitution se réfère explicitement aux victimes du conflit et restructure l'État dans le but de remédier à ses causes originelles, elle n'établit pas pour autant, ni en substance ni aux yeux de la population, un lien clair entre les mécanismes et processus spéciaux de justice transitionnelle et la Constitution. De surcroît, de nombreux dispositifs fédéraux destinés à redistribuer réellement l'accès au pouvoir et son exercice au Népal ont été affaiblis par les négociations politiques de 2015, ce qui explique que les effets réparateurs et transformateurs de la Constitution n'ont pas répondu aux attentes d'une grande partie des Népalais.

Les effets sur la transformation des conflits à long terme et la paix durable

Le Népal a réussi à promulguer une constitution qui a modifié la forme de l'État, passant d'une monarchie centralisée à une république fédérale et démocratique. La transition a eu des effets considérables, et la restructuration de l'État avait pour but de remédier aux causes originelles du conflit. En outre, la Constitution appelle à une reconnaissance des victimes du conflit et à des réparations à long terme, mais leurs effets restent encore à déterminer. Le nouveau système fédéral, plus décentralisé, a permis aux autorités locales de prendre des mesures répondant aux objectifs de justice transitionnelle, qui ont été négligés à l'échelon fédéral.

Bien que les initiatives locales ne puissent se substituer intégralement à une politique nationale cohérente, ces pouvoirs permettent de mettre en œuvre des mesures destinées à répondre rapidement et directement aux besoins de nombreuses victimes en matière de réparations, qu'elles soient symboliques ou matérielles. Ces besoins comprennent notamment l'alimentation, le logement, l'emploi, les soins médicaux, l'éducation, les services juridiques, l'obtention de documents officiels, les initiatives mémorielles et autres formes de reconnaissance publique, les activités de sensibilisation, ainsi que les mesures destinées à prévenir la répétition de violations des droits humains. Nombre de ces mesures réaliseraient les droits fondamentaux garantis à tous les citoyens népalais par la Constitution, ainsi que les droits supplémentaires prévus pour les populations vulnérables.

(ICTJ 2018, p. 1)

Cette citation reflète l'interaction fondamentale entre réforme constitutionnelle et justice transitionnelle : la nouvelle constitution a créé de nouveaux espaces permettant de répondre à l'impératif de justice transitionnelle là où elle constituait une priorité politique.

Malgré les intentions déclarées et le potentiel de la restructuration de l'État et de la transition démocratique, le processus d'élaboration de la constitution népalaise s'est achevé de

façon précipitée et hautement politisée : les dirigeants de quatre partis politiques majeurs ont signé un accord en 16 points afin de conclure le processus au plus tard en juin 2015. Certaines dispositions de cet accord ont été invalidées par la Cour suprême, mais il était impossible d'ignorer les accords conclus en coulisses : le processus d'élaboration de la constitution a été conclu de manière accélérée sur le fondement de ce consensus. Les nouveaux accords politiques ont divisé le pays, et le mouvement madheshi dans le sud du Népal a connu un regain de force en rejetant en bloc la nouvelle Constitution et son processus de rédaction. Des dizaines de personnes ont été tuées et blessées à l'occasion de trois manifestations (Bisarya 2016). Le fait que le processus de rédaction de la constitution népalaise ait été considéré comme élitiste, mené sans inclure ou consulter réellement les populations marginalisées du pays, a limité le potentiel de réconciliation de la Constitution. Ainsi, la nouvelle Constitution instaure un système fédéral, sans pour autant se référer à la diversité ethnique du pays ou la reconnaître. On peut donc se demander comment le système fédéral peut induire des transformations positives pour les minorités ethniques qui l'appelaient de leurs vœux à l'origine (voir, par exemple, Jha et Yadav 2018). Il n'a pas non plus été fait de lien explicite entre la justice transitionnelle et le processus constituant, ni dans le discours à l'intention de la population ni dans les actions.

Bien que le système népalais soit nouveau, que de nouvelles institutions comme la TRC et la CIEDP aient été créées afin de répondre à l'impératif de la justice transitionnelle, et que des réformes institutionnelles et des réparations aient été prévues dans la Constitution de 2015, les comportements politiques et les inégalités d'antan subsistent. Le nouveau gouvernement s'efforce en permanence d'empêcher la société civile, et notamment les victimes et autres groupes de plaider, d'occuper le moindre espace dans le débat public (Budhathoki 2018). La persistance de la mainmise de l'élite politique sur la prise de décisions a également eu des effets sur le débat de justice transitionnelle dans le pays : « le processus de justice transitionnelle continue d'être sapé par les élites politiques, qui défendent le système d'impunité fermement ancré dans le fonctionnement du pays » (Bhandari 2018). À ce jour, la justice transitionnelle a principalement eu pour effet de miner encore davantage la confiance des victimes envers le gouvernement : ce dernier a dérogé aux accords qu'il a souscrits et n'a pas donné aux voix ou aux besoins des victimes la priorité dont ils auraient pu bénéficier lors de la conception et de la mise en œuvre des mécanismes de justice transitionnelle. Dans la pratique, les conditions préalables à l'existence et au bon fonctionnement des commissions vérité et sur les disparitions indépendantes et centrées sur les victimes se sont avérées illusoire au Népal.

Bien que les mandats des deux commissions aient récemment été prorogés, la confiance en leur capacité ou en la volonté politique de voir leurs travaux déboucher sur des résultats concrets est, au mieux, limitée. De manière générale :

[...] les mécanismes de responsabilité n'ont pas réussi à faire justice pour les violations commises, et ont mis en évidence les obstacles que les victimes et leurs familles ont rencontrés à mesure qu'ils tentaient d'obtenir une indemnisation pour les violations soupçonnées. La législation en vigueur comporte des lacunes : les violations du droit international comme les disparitions et la torture ne sont pas pleinement criminalisées, et les règles de procédures permettant la diffusion d'informations, les instructions publiques et l'engagement de poursuites judiciaires contre le personnel de sécurité ou les employés du gouvernement sont insuffisantes. Ces lacunes sont aggravées par le manque de coopération des forces de sécurité et des Maoïstes pour remédier aux violations perpétrées pendant le conflit. Le gouvernement n'a pas non plus engagé de poursuites contre les auteurs de ces violations.

(HCDH 2012, p. 25)

Les élites politiques s'appuient sur la promulgation de la Constitution pour déclarer la transition close, mais les victimes estiment que leurs besoins n'ont pas été pris en compte (Bhandari 2018). Certains groupes clés comme les Madheshis et les Adivasis Janajatis (peuples autochtones) ne sont pas satisfaits de la restructuration de l'État et du processus d'élaboration de la constitution, comme l'ont démontré les violentes manifestations qui ont entaché la promulgation du texte : plus de 40 personnes ont trouvé la mort dans des affrontements avec les forces de sécurité dans le sud du Népal (Haviland 2015). S'il est encore trop tôt pour évaluer les effets à long terme du processus constituant et du processus de justice transitionnelle au Népal, les réactions immédiates et les niveaux de satisfaction manifestés ne semblent pas indiquer qu'une paix durable ait été réalisée (voir, par exemple, Amnesty International 2018).

Références bibliographiques

Adkin R., « Nepal Supreme Court rejects amnesty for war crimes » [La Cour suprême népalaise rejette l'amnistie accordée aux criminels de guerre], *Reuters*, 27 février 2015, <<https://www.reuters.com/article/us-nepal-rights/nepal-supreme-court-rejects-amnesty-for-war-crimes-idUSKBN0LV0CG20150227>>, consulté le 1^{er} septembre 2019

Amnesty International, *Nepal: Government of Nepal must act diligently to implement rights provisions under the constitution* [Népal. Le gouvernement doit agir avec diligence pour mettre en œuvre les dispositions de la constitution relatives aux droits humains] 12 octobre 2018, <<https://www.amnesty.org/en/documents/asa31/9243/2018/en/>>, consulté le 15 juin 2019

BBC, « Nepal raises conflict death toll » [Le Népal revoit à la hausse le bilan en vies humaines du conflit], 22 septembre 2009, <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/8268651.stm>>, consulté le 15 août 2019

Bhandari R. K., « The ageing warriors » [Les guerriers vieillissants], *The Kathmandu Post*, 29 novembre 2018, <<https://kathmandupost.ekantipur.com/printedition/news/2018-11-29/the-ageing-warriors.html>>, consulté le 1^{er} septembre 2019

Bisarya S., « Forces and mechanisms in plurinational constitution-building in South Asia » [Les forces et les mécanismes de l'élaboration de constitutions plurinationales en Asie du Sud], in IDEA International, *Annual Review of Constitution-Building Processes 2015* [Revue annuelle des processus d'élaboration de constitutions 2015], Stockholm, IDEA International, 2016, <<https://www.idea.int/publications/catalogue/annual-review-constitution-building-processes-2015>>, consulté le 21 juillet 2019

Budhathoki A., « Nepal's communist government tightens its grip on civil society » [Le gouvernement communiste du Népal resserre son étreinte sur la société civile], *The Diplomat*, 10 septembre 2018, <<https://thediplomat.com/2018/09/nepals-communist-government-tightens-its-grip-on-civil-society/?fbclid=IwAR2-GSaTQ4-OmeAiKEJRrhWPWwd07JcOe50XzO9AFY9NQAebiVt8JhUB7bI>>, consulté le 29 octobre 2019

Haviland C., « Why is Nepal's new constitution controversial? » [Pourquoi la nouvelle constitution népalaise est-elle controversée ?], BBC, 19 septembre 2015, <<https://www.bbc.com/news/world-asia-34280015>>, consulté le 15 août 2019

Human Rights Watch, « Nepal: Justice Stalled for Conflict-Era Crimes » [Népal. La poursuite des crimes commis pendant le conflit s'enlise], 29 juillet 2019, <<https://>

www.hrw.org/news/2019/07/29/nepal-justice-stalled-conflict-era-crimes?fbclid=IwAR20MZTA9z0cx45xBN1OcwPZUnjCmuifj91Alj3bwfMzKk2nVw3StWosirc, consulté le 29 octobre 2019

International Center for Transitional Justice (ICTJ), *‘Now Is a Time to Lead’: Advancing Transitional Justice Initiatives Through Local Governments in Nepal*, [“Il est temps de prendre l’initiative”. Les autorités locales, moteur principal des initiatives de justice transitionnelle au Népal], juillet 2018, <<https://www.ictj.org/sites/default/files/local%20government%20in%20nepal%20report.pdf>>, consulté le 15 août 2019

—, *Nepal*, 2019, <<https://www.ictj.org/our-work/regions-and-countries/nepal>>, consulté le 19 mai 2019

Jha M. et Yadav P. V., « Conspiracy and Charades: On the Making of the 2015 Constitution of Nepal » [Complots et mascarades. L’élaboration de la Constitution de 2015 au Népal], *The Record*, 3 janvier 2018, <<https://www.recordnepal.com/art-letter/books/conspiracy-and-charades-on-the-making-of-the-2015-constitution-of-nepal/>>, consulté le 15 août 2019

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme (HCDH), *Nepal Conflict Report: An analysis of conflict-related violations of international human rights law and international humanitarian law between February 1996 and 21 November 2006* [Rapport sur le conflit au Népal. Analyse des violations du droit international des droits humains et du droit humanitaire international liées au conflit, perpétrées entre février 1996 et le 21 novembre 2006], 2012, <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/NP/OHCHR_Nepal_Conflict_Report2012.pdf>, consulté le 15 août 2019

Constitutions et autres documents juridiques

Accord en 12 points entre les sept partis politiques et le Parti communiste népalais, 22 novembre 2005, <<https://peacemaker.un.org/nepal-12pointunderstanding2005>>, consulté le 11 novembre 2019

Gouvernement du Népal et Parti communiste népalais, Accord de paix global, 22 novembre 2006, <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/NP_061122_Comprehensive%20Peace%20Agreement%20between%20the%20Government%20and%20the%20CPN%20%28Maoist%29.pdf>, consulté le 29 octobre 2019

Népal, République du, Constitution provisoire du Népal 2063 (2007), <<http://constitutionnet.org/vl/item/interim-constitution-nepal-2007>>, consulté le 29 octobre 2019

—, Constitution du Népal 2015, <https://www.constituteproject.org/constitution/Nepal_2015.pdf>, consulté le 25 octobre 2019

Rwanda

Les enseignements principaux

1. La justice transitionnelle peut contribuer à l'apparition d'une dichotomie entre victimes et bourreaux, laquelle peut être manipulée à des fins contraires à la démocratie, même s'il existe une déclaration officielle instituant des politiques « d'unité nationale et de réconciliation ».
2. La réforme constitutionnelle a entériné l'identité des victimes et celles des bourreaux, ainsi qu'une version de la vérité susceptible d'accentuer les divisions ethniques plutôt que de favoriser la réconciliation.
3. Les manipulations politiques du discours de justice transitionnelle et l'idéologie véhiculée par les amendements constitutionnels ont fermé l'espace de transformation des conflits au lieu de l'ouvrir.

L'histoire rwandaise fait l'objet de récits contradictoires. Où et quand les violences interethniques ont-elles commencé ? Qui en était l'instigateur ? Les réponses divergent. Quoi qu'il en soit, les violences se sont muées en guerre civile lorsque l'avion du président hutu Habyarimana a été abattu le 6 avril 1994. En réaction, les extrémistes hutus et les milices alliées ont pris le contrôle du gouvernement et lancé un génocide qui a décimé près de trois quarts de la population tutsi en 100 jours (Straus 2019). Des dizaines de milliers de Hutus ont également été tués, y compris des démocrates hutus tués par les extrémistes pendant les campagnes génocidaires. Entre 25 000 et 40 000 civils hutus ont également été tués par les forces du Front patriotique rwandais (FPR) (Des Forges 1999 ; Straus 2019).

Après la guerre, le Rwanda a entamé des processus de justice transitionnelle et de réforme constitutionnelle afin de transformer les conflits. Les accords d'Arusha, signés en août 1993, ainsi que la Constitution de 1991 et les protocoles supplémentaires sur l'État de droit, ont constitué le cadre juridique du Rwanda pendant la période de transition, qui a duré de 1994 à 2003 (IDEA International 2016). La nouvelle Constitution a été élaborée par une Commission constitutionnelle, créée en 2000 et chargée de rédiger le texte et de le faire adopter par le parlement (IDEA International 2016). Bien que le processus ait été caractérisé par une « participation populaire hautement supervisée » (International Crisis Group 2002) par le gouvernement dirigé par le FPR, la Constitution a été adoptée par référendum en 2003, avec 93 % de voix favorables.

La constitutionnalisation de la justice transitionnelle

La Constitution du Rwanda (République du Rwanda 2003) constitutionnalise la justice transitionnelle à plusieurs égards :

1. La vérité : La Constitution évoque l'histoire du génocide et souligne le besoin de combattre l'idéologie génocidaire. Par exemple, le préambule le qualifie ainsi : « [le] génocide [...] planifié et supervisé par des dirigeants indignes et autres auteurs, et qui a décimé plus d'un million de fils et filles du Rwanda ».
2. Les réparations : La Constitution prévoit que l'État subviene aux besoins des rescapés démunis à cause du génocide, dans l'article 14 (Constitution de 2003).
3. La non-répétition : La Constitution crée des institutions, telles que la Commission nationale de l'unité et de la réconciliation ou la Commission nationale de lutte contre

le génocide, et accorde une protection constitutionnelle aux mécanismes de justice transitionnelle comme les tribunaux *gacaca*, visés dans l'article 152 (avec les amendements de 2008, sous-section 2(A)).

4. La réconciliation : Le texte de la Constitution de 2003 n'évoquait, à l'origine, ni les Hutus ni les Tutsis, considérant au contraire tous les citoyens comme « Rwandais » afin de promouvoir l'unité nationale.

L'instrumentalisation de la vérité et les dichotomies entre victimes et bourreaux

Malgré la promesse initiale des processus de justice transitionnelle et d'élaboration d'une nouvelle constitution, la transition rwandaise a été marquée par la consolidation du pouvoir du FPR, dirigé par Paul Kagame. Pendant l'ensemble de la transition, le FPR a « défini, façonné et contrôlé le discours politique », à tel point que « la distinction entre le FPR et le gouvernement est devenue de plus en plus floue, jusqu'à paraître inexistante dans certains cas » (Ankut 2005, p. 11 ; voir Reyntjens 2004). Ce phénomène s'oppose à la culture du constitutionnalisme, qui suppose la dépersonnalisation du pouvoir politique.

L'instrumentalisation de l'ordre constitutionnel et la vision de la justice transitionnelle exprimée par la Constitution sont des éléments centraux de la consolidation du pouvoir du FPR. Surtout, les amendements de 2008 ont ajouté l'expression « contre les Tutsi » à chaque mention du génocide dans la Constitution. Ces ajouts ont protégé le discours du FPR sur le génocide et en ont permis l'instrumentalisation.

La constitutionnalisation du discours du FPR sur le génocide a eu des retombées sur l'efficacité des initiatives de justice transitionnelle. Par exemple, les tribunaux *gacaca* ont été créés avec un mandat limité aux « procès et aux jugements contre les personnes accusées de crimes de génocide et de crimes contre l'humanité perpétrés entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994 » (Constitution avec amendements de 2008). Les mandats de ces tribunaux ont été prolongés jusqu'en 2012, date à laquelle ils ont fermé après avoir jugé plus de 2 millions de personnes. « Mais ces tribunaux ont-ils bien fonctionné pour faire justice, favoriser un climat de redevabilité entre gouvernement et citoyens, et combler certaines fractures sociales profondes créées par le génocide ? » (Seay 2014). C'est la question principale qui se pose lorsqu'il s'agit d'évaluer les *gacaca* à l'aune de l'impératif de transformation des conflits.

Parmi les universitaires qui ont observé le système des *gacaca*, certains en ont eu une vision positive (par exemple, Clark 2010), mais la plupart critiquent la partialité de sa mise en œuvre : seuls les Tutsis sont considérés comme les victimes, et seuls les Hutus comme les auteurs des crimes (voir, par exemple, Chakravarty 2015 ; Ingelaere 2016 ; Rettig 2008 ; Waldorf 2010). La période relevant de la juridiction des *gacaca* exclut manifestement les crimes commis par le FPR et les Tutsis à l'encontre des Hutus dans les années qui ont suivi le génocide. Cela « a remis en cause leur capacité à promouvoir la responsabilité pénale et l'État de droit [...] En fin de compte, les *gacaca*, plutôt que de remédier aux divisions entre bourreaux et victimes, ont accentué les clivages ethniques qui se trouvaient au cœur du génocide » (Seay 2014). Une dichotomie entre bourreaux et victimes a été instaurée et entérinée par l'ordre constitutionnel, et le processus de justice transitionnelle, dans sa partialité apparente, s'est focalisé sur une justice rétributive aux dépens, peut-on avancer, de la réconciliation (voir, par exemple, Chakravarty 2015).

Les effets sur la transformation des conflits à long terme

En 2014, à l'occasion du vingtième anniversaire du génocide rwandais, certains indicateurs donnaient une impression positive de la transition rwandaise : « L'espérance de vie des Rwandais a doublé au cours de la dernière décennie, et la mortalité infantile comme les

contaminations au VIH sont en net recul. L'économie rwandaise connaît une croissance à un taux déroutant de 8 % depuis 2008, faisant du Rwanda le pays africain le plus attractif pour les investisseurs selon une évaluation » (Beauchamp 2014). Cependant, les identités de bourreau et de victime, créées, politisées et constitutionnalisées dans le sillage du génocide, ont creusé les clivages entre Hutus et Tutsis, en contradiction avec la stratégie du gouvernement, qui entendait créer une communauté rwandaise non ethnicisée au nom de l'« unité nationale ».

Instrumentalisant la dichotomie entre bourreaux et victimes et le lien entre cette dichotomie et les considérations identitaires (les Tutsis étant toujours les victimes, ainsi que les Hutus, les bourreaux), M. Kagame a formé un gouvernement composé presque exclusivement de Tutsis. Depuis la nomination à la présidence de Pasteur Bizimungu, un Hutu, « presque chaque poste à responsabilité dans le pays est détenu par un Tutsi » (French 2013). M. Bizimungu a démissionné en 2000 « après de nombreux cas d'exils forcés, de disparitions et d'assassinats de responsables politiques . . . qui ont définitivement mis fin à l'illusion d'un équilibre ethnique dans la haute fonction publique » (ibid.). Le gouvernement interdit désormais aussi les étiquettes ethniques. M. Bizimungu a ensuite créé son propre parti politique en 2001, mais celui-ci a été interdit sous prétexte qu'il était une organisation hutu radicale. En 2002, M. Bizimungu a été arrêté pour mise en danger de l'État, puis condamné à 15 ans de prison. Son histoire reflète une tendance générale. Theogene Rudasingwa, ancien ambassadeur du Rwanda aux États-Unis, lui-même Tutsi, dresse le constat suivant : « Lorsque vous regardez la structure des postes clés au sein du gouvernement, ils sont presque tous occupés par des Tutsis, notamment dans l'armée [...] Les Hutus, eux, sont complètement marginalisés, et leur situation est pire que jamais. Presque toute l'élite hutu qui s'était constituée depuis 1959 est morte ou vit en dehors du pays. Les Hutus sont marginalisés, bannis, contraints à l'exil quand ils ne sont pas tout simplement tués » (citée in French 2013).

L'action du gouvernement rwandais est ouvertement contraire à l'objectif d'unité nationale car elle exploite la dichotomie entre victimes et bourreaux pour justifier le contrôle du pouvoir quasi exclusif par les Tutsis et museler tout discours alternatif sur les violences au Rwanda ainsi que toute opposition politique (voir Longman 2017, Reyntjens 2015 ; Straus et Waldorf 2011). Freedom House constate un déclin constant des libertés civiles au Rwanda, notamment depuis les amendements de 2015, qui ont permis à M. Kagame de prolonger son mandat de président. Dans son rapport de 2018, l'organisation qualifie le Rwanda de pays « non libre ». La communauté hutu est notamment réduite au silence dès qu'elle s'aventure à désapprouver le gouvernement des Tutsis ou le processus transitionnel. Les journalistes qui critiquent le gouvernement ou tentent de couvrir les récits de violence relatés par les Hutus sont persécutés au nom de lois strictes qui interdisent de parler du génocide ou des différentes ethnicités en vertu de l'unité nationale. La « vérité » a donc été gravée dans le marbre, une vérité unidimensionnelle qui favorise la consolidation du pouvoir du gouvernement Kagame (voir, par exemple, Reyntjens 2011 pour une description de la vérité et des pratiques du régime).

Les chefs de file de l'opposition politique sont également réduits au silence sous les mêmes prétextes. Par exemple, Victoire Ingabire Umuhiza, représentante de l'opposition, est revenue au Rwanda dans l'espoir de se présenter à l'élection présidentielle. Son premier déplacement a été au Mémorial du génocide, où elle a déclaré : « À ce mémorial, nous honorons les victimes Tutsis du génocide. Certains Hutus ont également été victimes de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, mais ils ne sont pas commémorés ou honorés ici [...] Les Hutus souffrent aussi. Ils se demandent quand viendra le moment d'honorer la mémoire de leur peuple. Pour parvenir à la réconciliation, nous devons faire preuve d'équité et de compassion vis-à-vis de la souffrance de tous les Rwandais » (citée in

French 2013). Elle a, par la suite, été arrêtée pour « idéologie génocidaire », et M. Kagame a publiquement soutenu son inculpation (French 2013).

La polarisation ethnique est donc aiguë, malgré les innovations institutionnelles (par exemple, la Commission nationale de l'unité et de la réconciliation) consacrées par la Constitution post-génocide afin de bâtir une communauté politique plus inclusive au Rwanda. L'administration Kagame considère tout de même la transition comme une réussite, se prévalant de l'absence supposée de violences à grande échelle dans le pays au cours des 24 dernières années. Cependant, *The Economist* note que cet argument repose sur un « contrat largement perçu mais tacite selon lequel le peuple a renoncé à sa liberté politique pour obtenir en échange la paix et le développement économique » (2019). L'étude du cas du Rwanda démontre comment l'interaction entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle peut entraîner des conséquences imprévues, qui nuisent aux objectifs à long terme de transformation des conflits et de paix durable. Au Rwanda, les éléments de langage de la justice transitionnelle ont été politisés et exploités afin de manipuler les amendements constitutionnels, pour consolider une version de la vérité ainsi que les identités des bourreaux et des victimes, lesquelles sont liées à l'ethnie et à l'exercice du pouvoir au sein du gouvernement Kagame. Au Rwanda, plutôt que d'être ouverts, les espaces pour débattre de la vérité, s'apaiser et se réconcilier ont été fermés par le biais de l'interaction entre la justice transitionnelle et le processus d'élaboration d'une nouvelle constitution, ce qui justifie un examen plus approfondi de ce cas.

Références bibliographiques

- Ankut P. Y., « Case Study : Rwanda » [Étude de cas. Le Rwanda], in *The Role of Constitution-Building Processes in Democratization* [Le rôle des processus d'élaboration de constitutions dans la démocratisation], 2005, IDEA International, <<http://constitutionnet.org/vl/item/idea-role-constitution-building-processes-democratization-case-study-rwanda>>, consulté le 1^{er} août 2019
- Beauchamp V., « Rwanda's genocide—what happened, why it happened, and how it still matters » [Le génocide rwandais. Que s'est-il passé, pourquoi, et en quoi est-ce encore important aujourd'hui ?], *Vox*, 10 avril 2014, <<https://www.vox.com/2014/4/10/5590646/rwandan-genocide-anniversary>>, consulté le 15 mai 2019
- Chakravarty A., *Investing in Authoritarian Rule: Punishment and Patronage in Rwanda's Gacaca Courts for Genocide* [Investir dans l'autoritarisme. Sanctions et clientélisme au sein des tribunaux *gacaca* du Rwanda sur le génocide], Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2015
- Clark P., *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda* [Les tribunaux *gacaca*, la justice post-génocide et la réconciliation au Rwanda], Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2010
- Des Forges A., *Aucun témoin ne doit survivre. Le génocide au Rwanda*, Human Rights Watch/ Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, Paris, Karthala, 1999
- The Economist*, « How well has Rwanda healed 25 years after the genocide? » [25 ans après le génocide, le Rwanda est-il guéri ?], 28 mars 2019, <<https://www.economist.com/middle-east-and-africa/2019/03/28/how-well-has-rwanda-healed-25-years-after-the-genocide>>, consulté le 15 mai 2019

- French H. W., « The Case Against Rwanda's President Paul Kagame » [Ce qui est reproché au président rwandais Paul Kagame], *Newsweek*, 14 janvier 2013, <<https://www.newsweek.com/case-against-rwandas-president-paul-kagame-63167>>, consulté le 15 mai 2019
- Ingelaere B., *Inside Rwanda's Gacaca Courts : Justice after Genocide* [Dans les tribunaux *gacaca* du Rwanda. La justice après le génocide], Madison (WI), États-Unis, University of Wisconsin Press, 2016
- International Crisis Group, *Rwanda at the End of the Transition : A Necessary Political Liberalisation* [Le Rwanda à la fin de la transition. La nécessité de libéraliser la politique], Bruxelles, International Crisis Group, 2002, <<https://d2071andvip0wj.cloudfront.net/53-rwanda-at-the-end-of-the-transition-a-necessary-political-liberalisation.pdf>>, consulté le 15 mai 2019
- IDEA International, *Constitutional history of Rwanda* [L'histoire constitutionnelle du Rwanda], ConstitutionNet, 2016, <<http://constitutionnet.org/country/constitutional-history-rwanda>>, consulté le 15 avril 2019
- Longman T., *Memory and Justice in Post-Genocide Rwanda* [Mémoire et justice dans le Rwanda post-génocide], Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2017
- Rettig M., « Gacaca: Truth, justice and reconciliation in postgenocide Rwanda? » [Les *gacaca*. Vérité, justice et réconciliation dans le Rwanda post-génocide ?], *African Studies Review*, 51/3 (2008), p. 25-50
- Reyntjens F., « Ten years on: from genocide to dictatorship » [Dix ans après. Du génocide à la dictature], *African Affairs*, 103/411(2004), p. 177-210
- , « Constructing the truth, dealing with dissent and domesticating the world: Governance in post-Genocide Rwanda » [Construire la vérité, gérer les dissensions et domestiquer le monde. La gouvernance dans le Rwanda post-génocide], *African Affairs*, 110/438 (2011), p. 1-34
- , *Political Governance in Post-Genocide Rwanda* [La gouvernance politique dans le Rwanda post-génocide], Cambridge, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2015
- Seay L., Rwanda: Has reconciliation by legal means worked? [Rwanda. La réconciliation par voie juridique a-t-elle fonctionné ?], *The Washington Post*, 8 avril 2014, <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2014/04/08/rwanda-has-reconciliation-by-legal-means-worked/?utm_term=.4ecac564a95e>, consulté le 15 mai 2019
- Straus S., « The limits of a genocide lens : violence against Rwandans in the 1990s » [Les limites de l'approche du génocide. Les violences contre des Rwandais au cours des années 1990], *Journal of Genocide Research*, 21/4 (2019), p. 504-524
- Straus S. et Waldorf L., *Remaking Rwanda: State Building and Human Rights after Mass Violence* [Réinventer le Rwanda. La construction d'un État et les droits humains après les violences collectives], Madison (WI), University of Wisconsin Press, 2011

Waldorf L. « “Like Jews waiting for Jesus” : Posthumous justice in post-genocide Rwanda » [Comme les Juifs qui attendent le messie. La justice posthume dans le Rwanda post-génocide], *in* Shaw R. et Waldorf L. (dir.), *Localizing Transitional Justice* [Localiser la justice transitionnelle], Stanford (CA), États-Unis, Stanford University Press, 2010

Constitutions et autres documents juridiques

Rwanda, République du, Constitution de la République du Rwanda (2003), <<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=52c6b28c4>>, consulté le 29 octobre 2019

—, République du, Constitution de la République du Rwanda (2008), <http://www.minijust.gov.rw/fileadmin/Law_and_Regulations/CONSTITUTION.pdf>, consulté le 29 octobre 2019

Tunisie

Les enseignements principaux

1. Les dynamiques politiques et la composition des institutions transitionnelles peuvent avoir des effets sur la légitimité du processus de justice transitionnelle.
2. Lorsqu'il s'agit de concevoir les processus de justice transitionnelle et de réforme constitutionnelle, le diable est souvent dans les détails : la décision de sélectionner ou d'élire les décideurs importants a des conséquences sur la légitimité des résultats de ces processus.
3. Même lorsque ces processus émanent des mêmes institutions politiques, la réforme constitutionnelle et la justice transitionnelle peuvent prendre des trajectoires divergentes, et des dynamiques disparates peuvent se manifester.

Le contexte

Depuis l'indépendance de la Tunisie en 1956, le pouvoir d'État est concentré en la personne du président et son parti. En 1987, Zine El Abidine Ben Ali est arrivé au pouvoir. Il a renommé et restructuré l'ancien Parti socialiste destourien (PSD), devenu le Rassemblement constitutionnel démocratique (RDC). Même avant la prise de pouvoir de Ben Ali, ce parti (dirigé par Habib Bourguiba) était connu pour les restrictions qu'il appliquait aux droits humains, notamment la liberté d'expression. Le régime de Ben Ali a repris cet héritage à son compte, et il était également considéré comme un régime particulièrement corrompu. Avant 2011, les élections n'étaient pas concurrentielles, faute de partis d'opposition effectifs. La révolution tunisienne de janvier 2011 se faisait l'écho des revendications du peuple : fin de l'autoritarisme, de la répression et de la corruption, et justice transitionnelle. Avant de quitter le pouvoir, Ben Ali a appelé à la création de deux commissions d'enquête, l'une pour instruire l'usage excessif de la violence par les forces de sécurité, l'autre pour enquêter sur les accusations de corruption contre le gouvernement. Les commissions *ad hoc* ont été mises en place, et se sont heurtées à la résistance des différents acteurs, notamment du pouvoir judiciaire, qui a rejeté le mandat d'instruction *ad hoc* des deux commissions, faisant valoir que seul le pouvoir judiciaire devrait disposer de pouvoirs d'instruction.

Le 15 janvier 2011, le lendemain du départ de Ben Ali pour l'Arabie saoudite, le premier ministre Mohamed Ghannouchi a nommé un gouvernement provisoire. En mars 2011, en réaction à la pression populaire, le président par intérim Fouad Mbaza a suspendu la Constitution de 1959, dissous le parlement et appelé à l'élection d'une Assemblée nationale constituante (ANC), chargée de rédiger une nouvelle constitution. Le mouvement islamiste Ennahdha a remporté une majorité relative et composé une coalition gouvernementale, connue sous le nom de Troïka, avec deux groupes de gauche laïcs, le Congrès pour la République (CPR) et Ettakatol. En décembre 2011, l'ANC a d'abord adopté une constitution provisoire (connue sous le nom de loi sur l'organisation provisoire des pouvoirs publics, loi constitutionnelle n°2011-6) pour définir les prérogatives des différents pouvoirs et les modalités de leur exercice, ainsi que pour fixer les priorités des travaux de l'institution, notamment concernant les législations à adopter, et l'élaboration de la constitution définitive. Surtout, la constitution provisoire était la première tentative d'institutionnaliser la justice transitionnelle car elle en faisait explicitement une priorité de l'ANC. La loi organique relative à l'instauration de la justice transitionnelle et à son organisation (République tunisienne 2011) a été adoptée en décembre 2013 par l'ANC. Elle a, entre autres, elle a créé l'Instance Vérité et Dignité (IVD), investie d'un mandat de quatre ans pour instruire les crimes commis entre 1956 et 2013. Après un processus de négociation quelque peu tortueux,

l'ANC a promulgué la Constitution définitive en janvier 2014, laquelle protège la plupart des compromis principaux de la résolution politique du conflit qui avait permis la transition démocratique en Tunisie, notamment la protection de l'ensemble de la législation en matière de justice transitionnelle.

La constitutionnalisation de la justice transitionnelle

La Constitution tunisienne (2014) constitutionnalise la justice transitionnelle à plusieurs égards :

1. Elle identifie explicitement la justice transitionnelle en tant que priorité : dans le dernier chapitre sur les dispositions transitoires, l'article 148 alinéa 9 appelle l'État à mettre en œuvre « le système de la justice transitionnelle dans tous ses domaines et dans les délais prescrits par la législation qui s'y rapporte ». Bien que la justice transitionnelle ait été un élément central de la résolution politique du conflit, l'article 148 alinéa 9 a été ajouté à la Constitution à la dernière étape du processus de rédaction. Cette adoption tardive a laissé peu de temps aux membres de l'ANC pour débattre de cet article et réfléchir à ses implications. C'est le seul chapitre à avoir été intégralement réévalué par la Commission du consensus, ce qui témoigne de son caractère sensible.
2. Elle lève les principaux obstacles à la justice transitionnelle et à la transition dans son ensemble en révoquant certaines amnisties préexistantes problématiques et d'autres obstacles constitutionnels et juridiques à la justice transitionnelle. L'article 148 alinéa 9 dispose : « [...] l'évocation de la non-rétroactivité des lois, de l'existence d'une amnistie antérieure, de l'autorité de la chose jugée ou de la prescription du délit ou de la peine, n'est pas recevable ».
3. Elle crée de nouvelles institutions visant à garantir la non-répétition, comme, la Commission de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption (article 130), chargée de promouvoir les principes de transparence, d'intégrité et de responsabilité. Il convient toutefois de noter que l'IVD n'est pas mentionnée explicitement dans la Constitution, ce qui la rend plus vulnérable aux manipulations politiques.

Des protections limitées face à la politisation

En Tunisie, la constitutionnalisation de la justice transitionnelle avait pour objectif de protéger le processus contre toute politisation ou tout déclassement dans la hiérarchie des priorités – mais l'efficacité de cette protection est relative. À partir de 2011, le parti Ennahdha a affirmé tirer sa légitimité de la révolution et s'est approprié le programme de justice transitionnelle. Ainsi, le ministère des Droits de l'homme et de la Justice transitionnelle était dirigé par Ennahdha, donnant l'impression que la justice transitionnelle faisait partie du programme politique du parti, et qu'il y avait priorisation des victimes de la répression dans les rangs d'Ennahdha et des mouvements islamiques sous les gouvernements précédents.

La sélection des membres de l'IVD a également suscité une polémique : le processus a été qualifié de précipité et critiqué pour son manque de transparence, ouvrant la voie à des accusations de manipulations politiques et d'illégitimité. Bien que les critères et les processus de sélection des membres de l'Instance aient été bien définis, « l'ANC, responsable de la sélection des membres de l'Instance, n'a pas réussi à faire en sorte que le public s'approprie le processus, et il a été impossible de favoriser la transparence complète et la participation » (Gantri 2015, p. 3). Les dispositions de la loi organique sur la justice transitionnelle relatives à la composition de la commission spéciale de nomination ont été

amendées : l'égalité de représentation des différents groupes politiques a été remplacée par la représentation proportionnelle. Ennahdha, qui était majoritaire à l'ANC, a ainsi obtenu le plus de sièges au sein de la commission de nomination de l'ANC ainsi que la présidence de la Commission. Cette commission a sélectionné au total 15 candidats à l'IVD. Bien que la Commission ait prévu un délai de quinze jours pour permettre à la population de présenter des objections, cette mesure a été largement considérée comme inadéquate. Malgré les polémiques, la liste de candidats proposée par la Commission a été adoptée par l'ANC en plénière, et les contestations engagées par la société civile devant les tribunaux n'ont pas été en mesure de stopper leur nomination. En dépit de leur échec, ces contestations judiciaires restent notables car elles montrent une interaction entre la Constitution et la justice transitionnelle : les normes définies dans le texte constitutionnel servent de référence pour évaluer la légalité et la légitimité des processus de justice transitionnelle.

Le caractère politique du processus de sélection a eu des conséquences sur l'efficacité et la légitimité de l'IVD. En août 2015, quatre des membres désignés avaient démissionné, et un cinquième a été limogé, ce qui « a affaibli l'image publique de l'IVD et aggravé la dynamique déjà tendue qui avait empêché l'Instance d'obtenir un consensus minimal sur la mise en œuvre de son mandat » (Gantri 2015, p. 4). Malgré les appels au remplacement des membres de l'Instance par le biais d'un processus plus transparent et participatif, le gouvernement a préféré un mode de sélection direct. « Bien que l'intégrité des candidats sélectionnés ne se soit pas retrouvée au cœur des critiques, des problèmes graves se sont présentés lors de la sélection même [...] pendant quasiment chaque débat sur l'IVD, y compris dans les médias, l'attention s'est détournée de la mission, des progrès et des difficultés de cette instance, et s'est concentrée sur les polémiques autour de ses membres, de leur idéologie, de leurs affiliations politiques ou de leurs actes passés » (Gantri 2015, p. 3). L'IVD a achevé ses travaux le 31 décembre 2018. Le Parlement a voté contre une prorogation du mandat de l'IVD, mais cette décision n'a pas été prise en compte car le quorum nécessaire n'était pas réuni.

Lorsqu'elle a cessé ses activités, l'Instance a renvoyé plusieurs affaires devant des chambres judiciaires spéciales créées par un décret en 2016 (n°2016-1382). Elle a également recommandé le versement de réparations au titre du Fonds de la dignité, et des réformes institutionnelles pour garantir la non-répétition de la répression autoritaire. Bien que la loi de 2013 relative à la justice transitionnelle impose au gouvernement de mettre en œuvre les recommandations de l'IVD, leur sort demeure incertain, étant donné que la légitimité de l'IVD et du processus de justice transitionnelle a été sévèrement affaiblie par les rétro-pédalages politiques des partis majeurs. Puisqu'elle n'existe plus, l'IVD ne peut plus superviser ou appeler à la mise en œuvre des réformes – un écueil dû à son absence d'ancrage constitutionnel. La volonté politique de l'élite en place sera donc déterminante pour la réussite de ce processus à long terme. La société civile a appelé à une constitutionnalisation complète de la législation sur la justice transitionnelle afin de la protéger contre les manipulations politiques et d'assurer un suivi des travaux et des recommandations de l'IVD (Al-Khulidi 2017, p. 37-78).

À ce jour, les instructions pénales ouvertes sur la base des renvois de l'IVD devant les chambres spéciales ont rencontré « de nombreux obstacles, y compris l'incapacité de contraindre les accusés et les témoins à comparaître. Lors de la première affaire devant les chambres spéciales, impliquant un décès en détention suite à des actes de torture, aucun des quatorze prévenus ne s'est présenté » (Goldstein 2019). Les chambres spéciales avaient été créées sous la pression de la société civile, car les quelques affaires relatives aux violences de 2010-2011 jugées par les tribunaux militaires avaient débouché sur des sanctions critiquées pour leur clémence. Bien que ces chambres soient une innovation dans l'exercice de la justice, elles constituent des mécanismes *ad hoc*, au même titre que de nombreux autres mécanismes de justice transitionnelle, ce qui explique les difficultés qu'elles ont rencontrées

dans leurs tentatives d’asseoir leur légitimité et leur autorité, notamment face aux autres institutions étatiques. L’institutionnalisation de la justice transitionnelle s’est heurtée à d’autres obstacles : même Ennahdha la soutient de moins en moins, par calcul politique à l’approche des élections. Le parti s’est déclaré favorable à une loi controversée qui permettrait la « réconciliation administrative » pour les infractions d’ordre économique, alors-même que le parti figurait, à l’origine, parmi les défenseurs de la justice transitionnelle (International Crisis Group 2016),

Les effets sur la transformation des conflits à long terme

La transition démocratique en Tunisie offre jusqu’ici l’exemple du « seul pays dont la révolte n’a pas déraillé » lors des soulèvements arabes (Goldstein 2019). Le pays a opéré une transition pacifique grâce à des processus légitimes et maîtrisés, et a inauguré un nouvel ordre constitutionnel doté d’institutions de contrôle et d’une concurrence politique ouverte. On peut considérer que l’élaboration d’une nouvelle constitution au cours de cette transition, malgré les difficultés rencontrées, a porté l’élan de la transition, notamment en protégeant le programme de justice transitionnelle. De surcroît, l’entrée à l’ANC d’Ennahdha, un groupe auparavant réprimé, montre que la réforme constitutionnelle peut être un facteur de réconciliation si ce processus est bien conçu. La victoire électorale d’Ennahdha et son rôle dans la conception du futur État tunisien a donné à l’ensemble du processus une légitimité (Goldstein 2019). C’est peut-être le résultat d’une différence notable entre le processus d’élaboration de la constitution et la justice transitionnelle en Tunisie : tandis que les membres de l’IVD ont été sélectionnés par le biais d’un processus politique, ce qui a nui, à terme, à la légitimité de l’Instance, l’ANC a été élue, ce qui l’a investie d’une légitimité démocratique et l’a prémunie contre toute contestation quant à sa composition. La Constitution a donc bénéficié d’une légitimité dont le processus de justice transitionnelle a fini par manquer.

Malgré la protection constitutionnelle, le maintien de la volonté politique concernant la justice transitionnelle en Tunisie s’est avéré difficile. Le nouveau gouvernement voit en la justice transitionnelle une menace pesant sur une démocratie déjà faible. En 2014, Beji Caid Essebsi, allié de longue date de Ben Ali et de l’ancien régime, a été élu président. Pendant sa campagne, il a promis de prendre ses distances avec le passé et de regarder vers l’avenir (Abderrahmen 2018). Dès son élection, son administration a entrepris de remettre en cause la justice transitionnelle, notamment en adoptant la loi de réconciliation administrative (2017), qui prévoit des amnisties pour les infractions d’ordre économique, destinées à apaiser les inquiétudes du régime Ben Ali sortant. Bien que la société civile ait protesté, la loi demeure en vigueur puisqu’aucune cour constitutionnelle n’a été créée à ce jour. La constitutionnalité de cette loi a été contestée au titre de l’article 148 alinéa 9 de la Constitution, mais l’organe provisoire chargé d’examiner la constitutionnalité des projets de lois (créé en 2014 pour examiner les lois en attendant la création d’une cour constitutionnelle) n’a pas réuni le quorum nécessaire pour trancher dans cette affaire. L’adoption de cette loi et le fait qu’elle demeure en vigueur ont fracturé la résolution politique qui avait permis une transition démocratique pacifique en Tunisie. Aujourd’hui, « il ne s’agit pas de réexaminer le processus de justice transitionnelle prévu par la Constitution, mais plutôt de trouver un compromis qui permettrait aux élites politiques et à la population de retomber d’accord sur ce processus » (International Crisis Group 2016, p. 27). Bien qu’il existe toujours un mandat constitutionnel en faveur de la justice transitionnelle, la volonté politique de mettre en œuvre ce mandat fait défaut.

Références bibliographiques

Abderrahmen A., « How Tunisia’s “Two Sheikhs” Sought to Halt Transitional Justice » [Comment les “deux cheikhs” tunisiens ont entrepris de stopper la justice

transitionnelle], The Tahrir Institute for Middle East Policy, 14 décembre 2018, <<https://timep.org/commentary/analysis/how-tunisia-two-sheikhs-sought-to-halt-transitional-justice>>, consulté le 19 juillet 2019

Al-Khulidi A., « The Role of Civil Society in Transitional Justice in Tunisia : After the Adoption of Transitional Justice Law » [Le rôle de la société civile dans la justice transitionnelle en Tunisie : après l'adoption de la loi relative à la justice transitionnelle], thèse de doctorat (2017), <<https://repository.gchumanrights.org/bitstream/handle/20.500.11825/729/AL-KHULIDI%20Ali.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consulté le 15 mai 2019

Andrieu K., « Confronting the dictatorial past in Tunisia: human rights and the politics of victimhood in transitional justice discourse since 2011 » [Regarder en face le passé dictatorial en Tunisie. Les droits humains et la politique de victimisation dans le discours de justice transitionnelle depuis 2011], *Human Rights Quarterly*, 38/2 (mai 2016)

Gantri R. E., *Tunisia in Transition: One Year After the Creation of the Truth and Dignity Commission* [La transition tunisienne. Un an après la création de l'Instance vérité et dignité], briefing ICTJ, Tunis, International Center for Transitional Justice Tunisia, 2015), <<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Briefing-Tunisia-TJLaw-2015.pdf>>, consulté le 15 mai 2019

Goldstein E., « Transitional Justice in Tunisia—a Transition to What? » [La justice transitionnelle en Tunisie. Une transition vers quoi ?], *Human Rights Watch/Fédération internationale des ligues des droits de l'homme*, 22 janvier 2019, <<https://www.hrw.org/news/2019/01/22/transitional-justice-tunisia-transition-what>>, consulté le 15 mai 2019

International Crisis Group, *Tunisia: Transitional Justice and the Fight Against Corruption* [Tunisie. La justice transitionnelle et la lutte contre la corruption], rapport n°168 sur le Moyen-Orient et l'Afrique du Nord, 3 mai 2016, <<https://www.crisisgroup.org/middle-east-north-africa/north-africa/tunisia/tunisia-transitional-justice-and-fight-against-corruption>>, consulté le 15 mai 2019

Constitutions et autres documents juridiques

Tunisie, République de, Constitution de la République tunisienne (2014), <<http://constitutionnet.org/vl/item/tunisia-constitution-2014>>, consulté le 28 octobre 2019

—, Loi organique relative à l'instauration de la justice transitionnelle et à son organisation (2011), <<https://www.ohchr.org/Documents/Countries/TN/TransitionalJusticeTunisia.pdf>>, consulté le 30 octobre 2019

Abréviations

AFLP	Accord sur une paix ferme et durable, Guatemala
ANC	Congrès national africain (Afrique du Sud)
ANC	Assemblée nationale constituante (Tunisie)
CEH	Commission pour l'éclaircissement historique, Guatemala
CICIG	Commission internationale contre l'impunité au Guatemala
CIDH	Commission interaméricaine des droits de l'homme
CIEDP	Commission d'enquête sur les personnes disparues de force, Népal
CPA	Accord de paix global, Népal
FARC	Forces armées révolutionnaires de Colombie
FPR	Front patriotique rwandais
HCDH	Haut-Commissariat de l'ONU aux droits de l'homme
ICTJ	Centre international de la justice transitionnelle
IVD	Instance vérité et dignité, Tunisie
ODD	Objectif de développement durable de l'ONU
RDC	République démocratique du Congo
TRC	Commission vérité et réconciliation

À propos de l'auteure

Amanda Cats-Baril est chargée de programme principale dans le domaine de l'élaboration de constitutions en Asie-Pacifique à IDEA International. À ce titre, elle appuie les processus de réforme constitutionnelle au Népal, au Myanmar et aux Philippines, entre autres, en fournissant une assistance technique aux gouvernements, aux organisations de la société civile et aux projets d'IDEA International. Mme Cats-Baril est juriste spécialisée en droit international, notamment dans les domaines du droit constitutionnel, des droits humains, des transitions post-conflit et de la démocratisation. Elle œuvre à promouvoir et à protéger les droits et les intérêts des minorités, notamment des peuples autochtones, dans un contexte de changement à grande échelle et de réforme gouvernementale. Elle a mené des recherches juridiques et conçu et géré des programmes partout en Asie à l'intention de la société civile locale et d'organisations internationales comme le PNUD, la Banque mondiale, l'*Asia Foundation* et le Groupe international de travail pour les peuples autochtones. Avant de rejoindre IDEA International, elle était spécialiste en démocratie et gouvernance auprès d'USAID/Népal, où elle a géré des projets de consolidation de la paix, d'atténuation des conflits et de gouvernance locale et conseillé le gouvernement des États-Unis sur les questions de droit constitutionnel, de justice transitionnelle et de sensibilité aux conflits.

À propos des organisations

Ce document d'orientation est le produit des dialogues d'Édimbourg sur l'élaboration de constitutions post-conflit, organisés conjointement par IDEA International, le Political Settlements Research Programme de la Global Justice Academy, et l'Edinburgh Centre for Constitutional Law, qui dépend de l'université d'Édimbourg.

IDEA International

L'Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale (IDEA International) est une organisation intergouvernementale dont la mission est de favoriser la démocratie partout dans le monde en tant qu'aspiration humaine universelle et facteur de développement durable. Pour ce faire, nous appuyons la construction, le renforcement et la protection des institutions et processus politiques démocratiques à tous les niveaux. Notre vision est celle d'un monde où les processus, acteurs et institutions démocratiques sont inclusifs, responsables, et suscitent un développement durable qui bénéficie à tous.

Dans nos travaux, nous nous concentrons sur trois domaines d'impact principaux : les processus électoraux ; les processus de réforme constitutionnelle ; et la participation et représentation politique. Les thèmes du genre et de l'inclusion, de la sensibilité aux conflits et du développement durable sont pris en compte dans l'ensemble de nos travaux. IDEA International fournit des analyses des tendances démocratiques mondiales et régionales ; produit des connaissances comparées sur les bonnes pratiques internationales en matière de démocratie ; propose une assistance technique et des activités de renforcement des capacités dans le domaine de la réforme démocratique aux acteurs participant à des processus démocratiques ; et organise des dialogues sur les questions pertinentes au débat public sur la démocratie et sa construction.

Notre siège est situé à Stockholm, mais nous avons des bureaux régionaux et de pays en Afrique, en Asie-Pacifique, en Europe, en Amérique Latine et dans les Caraïbes. IDEA International est observateur permanent auprès des Nations unies et est accrédité auprès des institutions de l'Union Européenne.

<<https://www.idea.int>>

Global Justice Academy

La Global Justice Academy est un réseau interdisciplinaire qui soutient la recherche, l'enseignement et l'échange de connaissances sur les questions de justice à l'échelle mondiale. Elle entend développer, consolider et élargir les travaux des centres existants et les collaborations au sein de l'université d'Édimbourg. La Global Justice Academy s'est donnée notamment pour objectif d'offrir :

- un pôle interdisciplinaire pour explorer ce qu'est la justice mondiale ;
- un point de rencontre où débattre d'idées novatrices pour créer un monde plus juste ;
- un forum institutionnel permettant le dialogue avec des praticiens actifs sur les questions de justice à l'échelle locale et mondiale.

La Global Justice Academy facilite les débats permettant aux universitaires à titre individuel et aux centres et réseaux existants d'adopter une vue d'ensemble sur le monde.

L'objectif est de permettre aux membres de la *Global Justice Academy* d'élargir leurs horizons dans le domaine de la recherche, de l'enseignement et de l'échange de connaissances. À moyen terme, la *Global Justice Academy* espère engendrer des projets de recherche collaborative, de nouvelles initiatives d'enseignement et d'autres moyens originaux d'interagir avec le grand public.

<<http://www.globaljusticeacademy.ed.ac.uk>>

Centre du droit constitutionnel d'Édimbourg

Le centre du droit constitutionnel d'Édimbourg (*Edinburgh Centre for Constitutional Law*), qui fait partie de l'université d'Édimbourg, est un point de convergence des recherches en droit public et en théorie constitutionnelle. Il analyse les évolutions constitutionnelles actuelles, au Royaume-Uni et dans le monde.

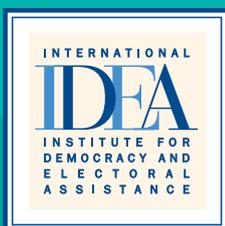
Le Centre, dont la composition est très variée, comprend des collaborateurs spécialisés en droit public, en droit de l'Union européenne, en droit international et en théorie du droit. Il se concentre sur quatre domaines de recherche : le droit électoral et le droit des référendums, le fédéralisme et les États plurinationaux, la théorie constitutionnelle, et le constitutionnalisme supra et infranational.

Les membres du Centre sont à la pointe des dernières évolutions en droit constitutionnel, en élaboration de constitutions, en consolidation de la paix, en droit électoral, en droits humains et en droit de l'environnement.

<<http://www.centreforconstitutionallaw.ed.ac.uk/>>

Avec la prévalence croissante des transitions politiques consécutives à des conflits internes, la justice transitionnelle et les processus de réforme constitutionnelle font l'objet d'une attention accrue en tant que domaines d'étude et d'intervention. Cependant, on ne s'est guère intéressé jusqu'ici à la manière dont ces deux domaines peuvent interagir pour poursuivre leurs objectifs respectifs et communs. Le fait que ces deux processus puissent coexister, et souvent, coexistent effectivement, est reconnu. Toutefois, les praticiens de ces domaines gagneraient à mieux comprendre cette coexistence ainsi que les facteurs qui l'influencent.

Ce document d'orientation est une première étape vers une meilleure compréhension de la façon dont les synergies entre justice transitionnelle et réforme constitutionnelle peuvent être maximisées.



IDEA International
Strömsborg
SE-103 34 Stockholm
Suède
Téléphone : +46 8 698 37 00
Courriel : info@idea.int

ISBN: 978-91-7671-503-1 (PDF)