

LA SOLIDARITÉ DANS LA THÉORIE DE LA RÉPARATION DES DOMMAGES

Solidarité, justice et réparation : l'influence réciproque entre la solidarité et l'indemnisation est-elle marquée par la notion de justice commutative ou de justice distributive ?

Il convient, tout d'abord, de faire la différence entre la justice commutative et la justice distributive : La justice commutative consiste à faire en sorte que tous les hommes, soient égaux en droits ; malgré leurs différences, la part des droits de chacun est correspondante. La justice distributive, quant à elle, est une notion arbitraire, car elle dépend de la notion de mérite de chacun¹.

En Colombie, nous pouvons trouver deux tendances marquées quant à la responsabilité civile de l'Etat. D'un côté, depuis quelques années, le législateur reconnaît l'existence des victimes du conflit interne et parallèlement la réparation des dommages qu'elles subissent. Aujourd'hui, le fondement de la responsabilité de l'Etat face à ces victimes est au cœur des discussions en raison de l'apparition d'un nouveau concept qui paraît inspiré de la solidarité : Les « réparations transformatrices » (I). D'un autre côté, le Conseil d'Etat reconnaît une réparation de dommages aux victimes d'actes dont l'Etat doit répondre sur des différents fondements (soit sur le fondement du dommage spécial, soit par les dommages causés dans l'exercice d'une activité dangereuse ou risquée) ; lorsqu'il n'y a pas des preuves dans le dossier pour fixer le montant des préjudices, le calcul est fait sur le fondement de la solidarité (II).

* Rapport rédigé par Jorge Herrera, Margarita Morales, Anabel Riaño et María Isabel Troncoso.

¹ Pour Aristote, « la justice doit se baser sur le mérite, de sorte que, n'ayant pas le même mérite, les démocrates la fondent dans une condition libre ; les partisans de l'oligarchie, soit dans la richesse, soit dans la noblesse de naissance, et les défenseurs de l'aristocratie dans la vertu ». La justice distributive est donc soumise à l'interprétation et à l'arbitraire, la communauté politique doit viser à établir le juste, qui est une question de proportion, « la proportion étant une égalité de rapports de quatre termes au moins ». L'injuste peut donc être soit le trop, soit le trop peu. L'interprétation de la justice distributive par les pouvoirs publics est, à la fois, l'amont et l'aval de toutes les redistributions étatiques ; mais la justice commutative (corrective) et la justice distributive finissent pas se contredire si l'Etat néglige les droits des citoyens à une distribution juste de leurs richesses, comme l'affirme Hayek, « la revendication d'une égalité matérielle ne peut être satisfaite que par un système politique à pouvoirs totalitaires ».

I. La solidarité dans le régime de réparation des victimes du conflit : les réparations transformatrices

L'histoire du conflit interne de l'Etat colombien fait apparaître des besoins inexistant, voire inimaginables, par ailleurs. Les victimes du conflit armé, et les dommages causés, sont divers. Le nombre de victimes aujourd'hui est d'environ neuf millions de personnes (représentant le 17% de la population colombienne). On constate qu'autant par les types de dommages subis que par le nombre de victimes la réparation s'avère complexe.

Ainsi, la Loi 418 de 1997 a déterminé les diverses catégories de victimes : d'un côté celles qui ont subi le déplacement forcé et de l'autre celles qui ont enduré une multiplicité de faits dommageables² ; cette distinction met en évidence que la réparation de personnes déplacées à cause de la violence est beaucoup plus onéreuse que les autres victimes. Un des objectifs du SNARIV (Système national d'attention et de réparation intégrale des victimes) est celui d'adopter les mesures adéquates visant à rétablir les droits des victimes, en leur apportant les conditions nécessaires pour avoir une vie digne.

L'article 16 de la Loi 418 de 1997 - ayant comme fondement le principe de la solidarité sociale et compte tenu du dommage spécial subi par les victimes - établit que celles-ci recevront une aide humanitaire consistante en l'obligation de l'État de procurer les conditions basiques pour satisfaire les besoins essentiels consacrés dans la Constitution.

L'acceptation de l'État de son rôle actif dans le conflit armé, reconnu par la Loi 1448 de 2011, engage sa responsabilité pour les dommages causés, par action et par omission, aux victimes. Par action, on peut, indiquer le cas des victimes directes de l'action de l'Etat dans les « faux-positifs » (*falsos-positivos*) ou les victimes d'exécutions extrajudiciaires. Par omission, on peut souligner les victimes de l'absence ou de la négligence en l'application des politiques publiques de l'Etat.

La prise en charge des victimes par l'Etat. Il y a deux étapes dans la procédure de prise en charge des victimes par l'Etat : dans un premier temps les victimes sont sujets de dispositifs d'assistance ; ensuite, elles pourront recevoir l'indemnisation pour les dommages subis.

Première étape, l'assistance aux victimes. Il s'agit des mesures ne constituant en soi une indemnisation des dommages mais seulement l'attribution d'une aide en vue de l'autonomie des victimes les aidant à surmonter le seuil de « vulnérabilité »³. A notre sens, cette étape représente une vraie solidarité de la politique du gouvernement vis-à-vis des

² Ainsi, la Loi porte sur les victimes d'homicide de disparition forcée, de menace, d'enlèvement, des dommages aux biens, des blessures superficielles ; et des victimes ayant subi un handicap permanent.

³ Le gouvernement attendait à que les victimes, grâce aux mesures de solidarité, puissent surmonter la condition de pauvreté et qu'elles soient autonomes pour leur attribuer l'indemnisation des dommages.

victimes du conflit. Plusieurs niveaux d'appui sont présents : premièrement les victimes doivent être inscrites dans le RUV (Registre unique de victimes) ; deuxièmement, elles pourront recevoir un logement, l'inscription au système de santé et une certaine somme d'argent pour leur sustentation.

Deuxième étape, l'indemnisation administrative. *Une indemnisation des dommages est attribuée par le gouvernement. Le mécanisme est conçu afin d'assurer une indemnisation utile au long terme et non seulement comme une mesure temporelle. Dans cet ordre d'idées, l'indemnisation constitue un ensemble de dispositifs orientées à transformer la situation des victimes en vue de leur donner un nouveau départ comme garantie de non-répétition.*

L'indemnisation administrative. L'indemnisation administrative⁴ est constituée d'un ensemble de mesures taxatives :

- ✓ L'indemnisation,
- ✓ La réhabilitation,
- ✓ La restitution,
- ✓ La satisfaction et
- ✓ La garantie de non répétition.

Les modalités de l'indemnisation. Ces mesures peuvent être de modalités différentes :

- Individuelle
- Collective
- Matérielle
- Morale
- Symbolique

La Colombie, est le seul pays qui alloue de réparations aux victimes d'un conflit (fixées par la Loi 1448 de 2011). En principe, l'indemnisation administrative n'a pas été prévue pour les victimes de déplacement forcée ; cependant, la Cour constitutionnelle a jugé opportune, dans une décision (SU 254/2013), l'indemnisation de ces victimes. Cette décision a été la cause de l'affaiblissement des finances publiques car la Colombie n'avait pas les ressources pour telle indemnisation ; mais la Cour n'a pas pris en compte cette dimension dans sa décision, surement prise sur le principe de solidarité, plaçant les victimes dans une situation d'éternelle atteinte.

Bien que les dommages aux victimes du conflit ne soient pas tous le résultat des actions directes de l'État, il y a en arrière-plan, un contenu sociologique, très complexe, qui ne peut être négligé. Les politiques publiques en faveur des régions sous-développées s'avèrent prépondérantes, et dans cette tâche autant la responsabilité que la solidarité jouent un rôle fondamental.

⁴ En contraste avec l'indemnisation judiciaire, elle n'est pas intégrale mais suit des barèmes applicables selon le type de victime et les préjudices subis.

II. La solidarité dans le régime de réparation des victimes pour faute de l'Etat

La réparation des victimes pour les fautes de l'Etat est fondée sur le principe de la solidarité.

Le droit public prend en compte les personnes ayant subi un dommage en raison de l'activité de l'Etat ; en droit civil, la solidarité ne s'applique pas de la même façon. Pour illustrer ces affirmations, évoquons quelques exemples :

- a) **La solidarité comme fondement pour calculer l'étendu du dommage.** Le Conseil d'Etat saisi d'une action de réparation directe pour la mort d'une personne à cause des imperfections des voies inter municipales, a calculé l'indemnisation pour le manqué à gagner ou la perte de revenus d'une famille sur les indices de l'observatoire de la profession d'avocats car les revenus de la victime de l'accident n'étaient pas prouvés au dossier. Le Conseil d'Etat a fait ce détour probatoire en vertu de la solidarité et de l'équité⁵.
- b) **La solidarité comme fondement du dommage spécial et le risque.** En Colombie existe un fondement de responsabilité civile de l'Etat connu comme « dommage spécial ». Il s'agit d'un dommage généré par une activité licite de l'Etat entraînant un dommage grave et anormal à une personne. On considère donc, que ce type de dommages rompent l'équilibre entre les citoyens⁶.

Pour le Conseil d'Etat « la solidarité impose la réparation et le fait de ne pas laisser la victime sans protection face à un dommage injuste qu'elle n'a pas l'obligation de supporter ». Cela élargisse l'attribution de responsabilité allant au-delà de la notion de faute qui était, autrefois, le fondement de l'obligation de réparation.

Aussi, l'équité et la solidarité sont des instruments utiles pour déterminer la proportion d'un dommage lorsque les preuves ne sont pas suffisantes pour calculer le montant de l'indemnisation. Autrement, si l'on applique la loi sans prendre en compte ces principes, le juge arrivera à des conclusions qui ne sont pas en accord avec les fondements et les valeurs fixés par la Constitution.

⁵ Conseil d'Etat, section III-C, dossier #21908, 19 octobre 2011 MP. Olga Mélida Valle de la Hoz : « On reconnaîtra l'indemnisation du manque à gagner car sa négation, en raison de la non-détermination du niveau des revenus du défunt, est ouvertement contraire à l'équité puisqu'il est prouvé qu'il avait une activité lucrative licite ».

⁶ Conseil d'Etat, section III, dossier #15591, 18 mars 2010, MP. Enrique Gil Botero : « La solidarité impose la réparation et, en plus, ne pas laisser la victime sans protection face à un dommage injuste qu'elle ne doit pas supporter. Cela élargisse l'attribution de responsabilité allant au-delà de la notion de faute qui était, autrefois, la limite de l'obligation de réparation.

La solidarité dans la juridiction civile.

Dans la juridiction civile, l'application du principe de solidarité est beaucoup plus exigeante. Pour calculer le préjudice dérivé de la responsabilité civile, exceptionnellement le juge pourra faire appel à l'équité : Cela veut dire que le juge pourra l'invoquer uniquement lorsque l'on est dans l'impossibilité de prouver les revenus de la victime : « *Le juge commet une erreur quand, au lieu d'obtenir la preuve du montant du préjudice par des moyens de preuve valables, il se limite juste à l'invocation du principe d'équité pour justifier une condamnation à partir, seulement, des affirmations de la part du bénéficiaire de l'indemnisation* »⁷.

C'est ainsi qu'on peut constater que la solidarité est appliquée plutôt dans les obligations à charge de l'État et en faveur des administrés, mais non pas entre les particuliers ; cela pourrait être justifié par les prérogatives de l'État ou par son obligation de garantir les droits des citoyens.

Par rapport à la réparation transformatrice.

La solidarité s'est constitué comme un des piliers de l'État « social » de droit établi dans notre Constitution. Dans ce sens, la jurisprudence relative à la responsabilité de l'État est régie par ce principe face aux personnes qui par des raisons individuelles ou sociétales n'ont pas les moyens de satisfaire de façon autonome leurs besoins vitaux.

Force est de constater les entorses au droit de la responsabilité comme fondement de la réparation. Bien que les victimes du conflit armé ne doivent pas rester dans un scénario de solitude et d'oubli de la part de l'État, on ne peut pas tout allouer à la responsabilité civile. Son application ainsi dénaturé, son rôle principal étant celui de réparer les dommages causés à autrui.

Cependant, à notre sens, les indemnités nommées « transformatrices » n'enfreignent pas le principe d'égalité parmi les victimes. Il est évident qu'une victime de la violence n'est pas une victime comme les autres, il ne s'agit pas d'un accident de la circulation ou d'un dommage causé par négligence ou simple mégarde, cela justifie une réparation différente.

Des mesures visant à récupérer et à guérir les situations de vulnérabilité sont prises depuis quelque temps et consistent en assurer les droits fondamentaux tels que le droit à la santé, le droit à l'éducation, le droit au travail, etc. Aussi, il en est des mesures symboliques comme les lettres adressées aux victimes exprimant le désarroi et le regret de l'État par rapport aux situations vécues. Cela est une indemnité symbolique qui apaise l'état d'esprit des victimes et donc très utile psychologiquement.

⁷ CSJ, cass. Civ. 27 juin 2007, dossier #2001-00152 MP. Edgardo Villamil Portilla.

Les réparations « transformatrices » répondent ainsi à une problématique spéciale. La réparation mise en œuvre comme on l'applique dans un cas normal de responsabilité civile ne serait qu'une perte de temps car la victime risque de répéter la même expérience.

L'Etat fait l'effort de donner des opportunités aux victimes du conflit et de faire respecter leurs droits fondamentaux en les permettant un nouveau point de départ. Cela correspond au rôle de l'Etat, mais non seulement comme une conséquence de sa responsabilité civile mais dans son rôle de gérant et distributeur de la richesse.

Par rapport au dommage spécial

En ce qui concerne le dommage spécial, l'imputation est un examen qui est fait ne prenant pas en compte la cause des préjudices mais en observant si l'absence d'indemnisation constitue une atteinte aux principes de justice, de solidarité et d'équité (CE, S III A # 293380-026/02/2015). Ainsi, dans l'attribution de l'indemnisation des dommages spéciaux ne s'applique pas le lien entre les théories de l'imputation, prenant la solidarité comme seul fondement de l'indemnisation et ayant comme objectif la protection de la victime.

II Solidarité, réparation, fonds publics d'indemnisation ou fonds de garantie et d'assurance

A. Concernant les contrats d'assurance

1. La loi prévoit des assurances obligatoires pour affronter des tragédies dans des secteurs spécifiques de l'économie nationale comme les assurances contre les risques de tremblement de terre et d'incendie. Il existe aussi une obligation d'assurer les immeubles appartenant aux établissements de crédit soumis au contrôle de l'autorité du secteur financier (Surintendance financière) ainsi que les immeubles grevés d'une hypothèque⁸ ; les compagnies d'assurances, pour leur part, ont l'obligation d'assurer les immeubles de leur propriété contre les tremblements de terre⁹. Dans le secteur agricole, le législateur a créé l'« Assurance agricole » qui vise la protection des investissements agricoles financés par le système national de crédit agricole ou par les ressources propres du producteur¹⁰. Elle couvre les préjudices provoqués par des sinistres naturels climatiques qui touchent les activités agricoles¹¹. Il existe l'obligation de contracter une assurance lors de tragédies qui provoquent la ruine ou la destruction des immeubles. Ainsi, les copropriétés ont l'obligation d'assurer les biens communs contre les risques de tremblement de terre et d'incendie¹².

De même, le législateur fait peser sur le constructeur ou sur le vendeur d'immeubles d'habitation neuve l'obligation de constituer une garantie pour réparer les préjudices qui découlent de l'effondrement ou de la ruine de l'immeuble, hypothèse de responsabilité

⁸Décret 663 de 1993, art. 101-1, dit « Statut organique du système financier colombien ».

⁹Décret 663 de 1993, art. 101-2, Décret 663 de 1993, « Loi du secteur financier ».

¹⁰Loi 69 de 1993, portant l'Assurance agricole et le Fonds national pour les risques agricoles.

¹¹Loi 69 de 1993, art. 3.

¹²Loi 675 de 2011, art. 15.

prévue à l'article 2060-3, du C. civ.¹³ ; pour constituer cette garantie, le constructeur ou le vendeur peut choisir une assurance. Enfin, même s'il ne s'agit pas d'une grande tragédie mais d'un risque d'occurrence quotidienne (mentionné dans le « point de départ » du questionnaire), nous relevons qu'il existe une assurance obligatoire d'accidents de la circulation (SOAT) à contracter par tout propriétaire ou possesseur d'un véhicule à moteur¹⁴.

1a. Les mécanismes d'assurance approuvés par le législateur pour faire face aux tragédies de grande allure visent la protection contre des risques pouvant toucher beaucoup de personnes, qu'il s'agisse d'évènements d'origine naturelle (tremblement de terre, changement climatique) ou non (incendie, effondrement ou ruine d'un bâtiment par un vice de construction ou du sol).

Certains dispositifs d'assurance ont pour but la protection de la stabilité d'un secteur spécifique de l'économie nationale, comme les assurances obligatoires, prévues par la loi, relatives au système financier qui protègent le patrimoine des établissements de crédit. Il en est de même pour l'assurance qui protège le secteur agricole. D'autres mécanismes d'assurance visent la réparation des dommages collectifs comme l'assurance des parties communes qui pèse sur les copropriétés ; il s'agit d'assurances obligatoires de caractère légal dont les conditions sont fixées par la loi. La législation prévoit les risques couverts par l'assurance, les conditions à remplir par les assureurs, les plafonds d'indemnisation, voire des règles de calcul de la prime.

1b. La question de la triangulation ne se pose que si le dommage est imputable à une personne. Au regard de la loi, dans le cas d'une assurance obligatoire d'accidents de la circulation (SOAT), la compagnie d'assurance est titulaire d'une action de répétition contre l'assuré quand la personne conduisant l'automobile - ou avec son autorisation - a eu un comportement dolosif ou une faute lourde au moment de l'accident¹⁵. S'agissant de l'assurance que doit contracter le constructeur ou le vendeur d'un immeuble d'habitation neuf, la loi indique que l'assuré peut engager les actions civiles ou pénales contre les professionnels qui ont participé à la conception du bâtiment effondré ou menacé ruine¹⁶.

2. Dans quelques contrats d'assurance, la solidarité est prise en compte pour fixer la prime d'indemnisation de façon indirecte. C'est le cas de l'assurance agricole où l'État

¹³Art. 2060 C. civ. : « Les contrats pour la construction d'un bâtiment, conclus avec un entrepreneur qui prend en charge l'intégralité des travaux sont soumis aux règles suivantes : (...) 3. L'entrepreneur est responsable de l'effondrement du bâtiment ou de la menace de ruine au cours des dix années suivantes à sa livraison, des vices de construction ou des vices du sol dont l'entrepreneur, ou les personnes qu'il emploie, auraient dû avoir connaissance en raison de leur activité professionnelle, ou des vices des matériaux ; si les matériaux ont été fournis par le propriétaire, la responsabilité de l'entrepreneur est engagée conformément à l'article 2041 ».

¹⁴Loi 100 de 1993 portant le Système Général de Sécurité Sociale Intégrale, art. 167 et le Décret 56 de 2015, art. 7 et s.

¹⁵Décret 56 de 2015, art. 4 - 2.

¹⁶Décret 282 de 2019, art. 2.2.6.7.2.2.

subventionne la prime des assurés selon leurs ressources : pour un petit producteur¹⁷, l'État subventionne la prime entre 70% et 90% ; pour un grand ou moyen producteur¹⁸ entre 50% et 70 %.

En matière de sécurité sociale (loi 100 de 1993¹⁹), et en tenant en compte le principe de solidarité (art. 2), le montant de la prime d'assurance est fixé selon les ressources de l'assuré²⁰. Cela explique l'existence de deux régimes différenciés : le régime subventionné et le régime contributif. Ce dernier est composé par ceux qui ont une capacité de paiement, alors que le premier est intégré par la population la plus démunie dont l'accès aux services de santé est assuré grâce aux apports faits par ceux qui appartiennent au régime contributif et subventionné.

3. En l'absence d'un autre mécanisme de réparation le juge ne peut pas méconnaître la limitation de garantie fixée dans le contrat d'assurance au nom de la solidarité. Concernant les contrats d'assurance obligatoires, la loi dispose la création d'un fonds afin d'assumer le montant qui dépasse celui couvert par l'assurance. L'entorse à la limitation de garantie n'est alors pas nécessaire.

4. C'est surtout par le biais de l'action de « *tutela* »²¹ qu'une protection est assurée si l'assureur sollicité ne veut pas couvrir le sinistre. La Cour constitutionnelle affirme qu'un assureur ne peut pas refuser une assurance sous le fondement de la liberté contractuelle. Elle précise que l'assureur peut limiter les risques assurables (et peut même refuser l'assurance d'un acte non assurable), mais qu'il ne peut pas refuser, sans une justification valable, l'assurance car pour la Cour, il s'agit « d'une activité d'intérêt général, fondement de l'Etat social de droit, conformément à l'article 1 de la Constitution »²².

5. Quand la loi adopte une assurance fondée sur la solidarité nationale, elle établit également les risques qui doivent être couverts ; les parties ne peuvent pas exclure ces risques car cela nuirait à l'objectif visé par le législateur. S'agissant du SOAT, les compagnies d'assurances ne peuvent pas exclure les dommages indiqués par le législateur et les parties ne peuvent pas élargir la réparation à des dommages non prévus par le législateur.

B. Concernant les fonds de garantie publics

¹⁷D'après le Décret 1071 de 2015, article 2.1.2.2.8, le petit producteur est la personne physique qui possède un actif courant ne dépassant pas 145 Smic au moment de l'opération de crédit.

¹⁸Toute personne physique ou morale ne pouvant pas être qualifiée de petit producteur.

¹⁹Loi portant le Système Général de Sécurité Sociale Intégrale.

²⁰A.E. Ordoñez, *Cuestiones generales y caracteres del contrato*, Lecciones de derecho de seguros, n°1, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 14.

²¹L'action de « *tutela* » est une action constitutionnelle, efficace et rapide, conçue pour la protection des droits fondamentaux.

²²V. en ce sens : Cour Constitutionnelle, Arrêt T-416 de 2007, 24 mai de 2007, MP. Alvaro Tafur Galvis ; Arrêt T-517 de 2006 ; Arrêt T-1165 de 2001, 6 novembre 2001, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

6. Plusieurs fonds de garantie ont été aménagés pour faire front à de diverses tragédies : Tout d’abord, le « Fonds de solidarité et garantie » (remplacé par l’ADRES²³) prend en charge les dommages causés par les accidents de la circulation (une fois dépassé le plafond couvert par le SOAT), par des actes terroristes ou par des catastrophes naturelles, assurant les coûts des services médicaux, l’indemnité d’invalidité permanente et de décès, les frais funéraires et les frais de transport au centre médical²⁴. Également le « Fonds de gestion de risques de catastrophes naturelles » assiste aux victimes en cas de catastrophe, apporte un soutien économique en vue de la production, la conservation et la distribution d’aliments, de médicaments et de logements provisoires²⁵.

Il existe aussi des fonds qui assurent les risques dans des secteurs spécifiques de l’économie, tels que le « Fonds de garantie d’établissements financiers » (Fogafin), qui permet de protéger les clients contre les risques de perte de leurs dépôts en cas de faillite de l’établissement financier, et le « Fonds national de risques agricoles », afin d’offrir aux compagnies d’assurances commercialisant « l’Assurance agricole » un mécanisme de réassurance²⁶.

Enfin, le XXI^e siècle a été témoin de plusieurs processus de paix visant le désarmement des groupes armés illégaux. Dans ce cadre, la loi a instauré un « Fond pour la réparation des victimes » ayant pour objectif le dédommagement des victimes du conflit armé interne²⁷. Récemment, suite à l’accord de paix avec la guérilla Farc-Ep²⁸, signé le 24 novembre 2016, il a été créé le « Fonds de victimes »²⁹ ayant pour objectif leur indemnisation matérielle dans le cadre d’obligations de réparation intégrale.

6a. Certains fonds visent la réparation des tragédies de caractère naturel, social ou économique. Il s’agit de faire face à un événement ou à une situation qui provoque des dommages à un grand nombre de personnes. Or, du fait de la nature diverse de ces événements, les dommages que ces fonds cherchent à réparer sont également très différents. Il peut s’agir de frais de services médicaux ou d’indemniser les clients d’un établissement financier lorsque celui-ci fait faillite. Concernant les fonds qui visent la réparation des victimes du conflit armé interne, il est question non seulement de la réparation de dommages matériels, mais également de dommages immatériels au moyen de différents dispositifs, tels que les excuses ou les garanties de non-répétition.

²³Institution administratrice des ressources du Système Général de Sécurité Sociale en matière de Santé.

²⁴Loi 100 de 1993, art. 167, et Décret 56 de 2015, art. 7 et s.

²⁵Décret 1547 de 1984, art 2, crée le Fond national des calamités et établit des règles relatives à son organisation et fonctionnement.

²⁶Loi 69 de 1993, art. 3.

²⁷La Loi 975 de 2005, dite « Loi de Justice et Paix », établit des règles pour la réincorporation des membres des groupes organisés en marge de la loi qui contribuent efficacement à la réalisation de la paix, ainsi que des règles concernant les accords humanitaires.

²⁸Forces armées révolutionnaires de Colombie - l’armée du peuple (FARC-EP)

²⁹Ordonnance (*Decreto-ley*) 903 de 2017 fixant les règles orientées à la réalisation d’un inventaire des biens et des actifs financiers des Farc-Ep.

6b. Le fonds Fogafin est financé exclusivement par les primes versées par les établissements financiers ; les autres fonds sont financés en partie par le budget national. Par exemple, le « Fonds pour la réparation des victimes » est constitué par les biens ou moyens rendus par les personnes ou groupes armés illégaux, ainsi que par des ressources provenant du budget national et des amendes et/ou condamnations économiques prononcées en faveur de ce fonds, et par des dons.

7. En général, les fonds de garantie opèrent indépendamment si le dommage a été causé par une personne privée ou publique. C'est le cas des fonds Fosyga et Fogafin. Toutefois, s'agissant du « Fonds pour la réparation des victimes », si l'État contribue à son financement et doit réparer les victimes par la voie administrative lorsque la personne ou le groupe armé illégal ne le fait pas, cela ne signifie pas une reconnaissance de responsabilité de l'État pour le dommage causé ; l'obligation de réparation est fondée, dans ce cas, sur son rôle de garant de la vie, des biens et des droits fondamentaux de citoyens (art. 2. C. N.). En revanche, lorsque l'État a causé un dommage dans le cadre du conflit armé interne (p. ex. exécutions extrajudiciaires), le fondement de l'obligation de réparation est la clause générale de responsabilité de l'État pour les dommages qui lui sont imputables (art. 90 C.N.)³⁰.

8. La préférence pour un Fond de garantie plutôt qu'une assurance privée a lieu lorsqu'il s'agit de répondre aux besoins lors d'une catastrophe naturelle, d'une calamité et de réparer d'une manière intégrale les dommages causés dans le cadre d'un contexte socio-politique particulier comme celui du conflit armé interne. Le recours à l'assurance privée semble privilégié lorsqu'il est possible d'identifier le responsable du dommage (effondrement d'un bâtiment ou accident de la circulation). Il y a des hypothèses où même si le dommage trouve son origine dans un accident ou une catastrophe naturelle, l'assurance privée est justifiée par l'idée de protéger un créancier hypothécaire (assurance de prêt immobilier), et par là de garantir la protection au crédit.³¹ Rappelons que le fonctionnement des établissements financiers est indispensable sachant qu'il s'agit d'un des axes du système économique. Le recours à l'assurance privée a aussi lieu lorsqu'il s'agit de garantir une protection adéquate à un nombre important de personnes, comme celles titulaires d'un immeuble soumis au régime de copropriété horizontale, pouvant subir des pertes patrimoniales importantes en cas d'incendie ou tremblement de terre ; l'idée est de garantir la possibilité d'une reconstruction totale des biens communs (assurance de biens communs³²).

C. L'intersection entre les assurances et les fonds de garantie et leur rapport avec la RC

9ab. Deux systèmes d'échelle de réparation peuvent être mentionnés. En premier lieu, la concurrence d'un mécanisme d'assurance, d'un fonds public et d'un organisme de sécurité sociale peut avoir lieu lorsqu'une personne est victime d'un accident de la circulation quant au paiement des soins médicaux. Ces trois mécanismes opèrent de manière successive.

³⁰Sur la différence entre les deux fondements de responsabilité, cf. Cour constitutionnelle Arrêts SU-254 et C-753 de 2013.

³¹Voir l'article 101-1 du Décret 663 de 1993 (Statut Organique du Système financier colombien)

³²Loi 675 de 2001, art. 15.

D'abord, le SOAT prend en charge jusqu'à un montant équivalent à 800 SMIC. Puis, au-delà, un fonds public (Fonds de solidarité et garantie-Fosyga) couvre jusqu'à un montant équivalent à 800 SMIC. Enfin, dépassé cette couverture, l'organisme de sécurité sociale auquel est affiliée la victime doit prendre en charge tous les autres frais indispensables au rétablissement de la santé de la victime³³. Celle-ci peut exercer une action en responsabilité civile pour la réparation intégrale des dommages qui n'ont pas été couverts par les mécanismes mentionnés.

En second lieu, la concurrence de la RC et d'un fonds public a lieu lorsqu'il s'agit de la réparation des victimes du conflit armé interne. Le « Fonds pour la réparation des victimes » est composé par les biens qui sont remis par des personnes ou groupes armés organisés illégaux, par des ressources du budget national et des amendes et/ou condamnations économiques prononcées en faveur de ce fonds, ainsi que par des dons³⁴. La Cour constitutionnelle, déclarant leur conformité à la Constitution, a précisé que le principe de réparation exige un ordre dans la destination des ressources de ce fonds : les premiers obligés à réparer les victimes sont les auteurs des faits condamnés judiciairement ; puis, le groupe armé auquel il appartient répond solidairement. Les ressources de l'État ne jouent qu'un rôle subsidiaire, ainsi ils ne doivent être utilisés que lorsque les biens remis par les auteurs des faits ou les groupes armés sont insuffisants ou lorsqu'il n'existe pas une décision de justice fixant le montant de la réparation³⁵. Lorsque l'État doit réparer de manière subsidiaire les victimes, cette réparation, réalisée par la voie administrative, est limitée selon des plafonds fixés par l'Exécutif³⁶.

10. La création des fonds de garantie et des assurances mentionnés ont constitué des réponses à des situations concrètes survenues dans notre pays. Ainsi, une crise financière dans les années 80 explique la création du Fogafin³⁷, l'effondrement d'un bâtiment en 2012 a donné lieu à l'assurance que doit contracter le constructeur ou le vendeur d'immeubles d'habitation neufs et le conflit armé interne est à l'origine du « Fonds pour la réparation des victimes ». Cependant, sauf le cas de l'effondrement du bâtiment, on ne peut pas affirmer d'une manière certaine si ces fonds ou mécanismes d'assurances ont été créés en raison du nombre des requêtes déposées par les victimes ou si, plus simplement, ces situations ont mis en évidence la nécessité de leur création.

Concernant la réparation, la Loi 1448 de 2011 (relative à la protection et réparation des victimes du conflit armé interne) consacre certaines dispositions relatives à l'interdiction

³³Décret 56 de 2015, art. 9-1.

³⁴Loi 975 de 2005, art. 54, et loi 1448 de 2011, art. 177.

³⁵Loi 1448, art. 10 et 132, et Décret 1084, art. 2.2.7.3.4. Voir aussi, Cour constitutionnelle, Arrêt C-370 de 2006.

³⁶Décret 084, art. 2.2.7.3.4., v. gr. les homicides, les disparitions forcées et les enlèvements, jusqu'à 40 SMIC ; les blessures entraînant une invalidité permanente, jusqu'à 40 SMIC ; les blessures qui ne causent pas d'invalidité permanente, jusqu'à 30 SMIC ; la torture les traitements inhumains et dégradants, jusqu'à 30 SMIC.

³⁷Fonds de garantie d'établissements financiers.

d'une double réparation³⁸, le principe de complémentarité en matière de réparation³⁹ et la possibilité pour l'Etat de se subroger pour demander le montant de la condamnation au responsable direct⁴⁰.

11. À notre connaissance, il n'y a pas d'étude intégrale sur l'évolution de fonds publics dans notre pays. Nous pouvons esquisser l'évolution des fonds publics mentionnés : Dans les années 80 ont été créés le Fonds national de calamités (1984) et le Fogafin (1985). Les années 90 ont vu naître le Fosyga et le Fonds agricole (1993). Enfin, les Fonds pour la réparation des victimes des groupes armés illégaux datent de 2005 (Fonds pour la réparation de victimes) et de 2016 (Fonds de victimes dans le cadre de l'accord de paix signé avec les Farc-Ep).

11a. Parmi les fonds basés sur le principe de solidarité publique, on peut mentionner, outre le Fosyga, le Fonds pour la réparation des victimes du conflit armé interne. Ainsi, la Loi 1448 de 2011, dite « Loi de réparation des victimes », indique expressément que l'objectif de surmonter la vulnérabilité des victimes comporte la réalisation d'une série d'actions qui comprennent le devoir de l'État de mettre en œuvre les mesures de soins, d'assistance et de réparation, ainsi que le devoir de solidarité et de respect de la société civile et du secteur privé envers les victimes⁴¹. En revanche, il n'est pas certain que le Fogafin soit fondé sur la solidarité publique, car il ne reçoit pas de l'argent public mais est financé exclusivement par les primes versées par les établissements adhérents et cherche la protection des personnes contre le risque de perte de leur épargne.

11b. Les fonds publics sont plus nombreux aujourd'hui. Le contexte très particulier de notre pays a donné lieu, au cours du XXI^e siècle, à l'émergence de fonds publics ayant pour but la réparation des victimes du conflit armé interne.

11c. Le « Fond pour la réparation des victimes » a deux particularités. Premièrement, son financement provient en partie des biens et moyens confisqués aux membres et aux organisations illégales. Deuxièmement, il a pour objectif une réparation transformatrice en ce sens que les mesures de réparation (pécuniaire et symbolique, excuses, garanties de non-répétition) sont orientées vers l'élimination des causes structurelles de discrimination et de marginalisation ayant fait de ces personnes, ou ces populations, les victimes des

³⁸L'article 20 prévoit : « Les indemnités reçues par voie administrative seront déduites de la réparation définie par voie judiciaire. Personne ne peut recevoir une double réparation pour la même cause ».

³⁹L'article 21 dispose : « Toutes les mesures d'assistance et de réparation doivent être établies de manière harmonieuse et viser à protéger les droits des victimes ».

Les réparations individuelles, administratives ou judiciaires, ainsi que les réparations collectives doivent être complémentaires pour parvenir à l'intégralité de l'indemnisation.

⁴⁰L'article 22 dispose : L'État doit exercer les actes de répétition ou de subrogation, conformément à la loi, à l'encontre de la personne responsable du délit, une fois déterminée par la procédure judiciaire correspondante.

⁴¹Loi 1448 de 2011, art. 14.

groupes armés illégaux ; l'idée étant que la transformation de ces conditions permet d'éviter la répétition des événements et de cimenter la base de la réconciliation nationale⁴².

12. Ils existent des barèmes indemnitaires pour la réparation de certains dommages. Par exemple, dans les cas de réparation engagée par le fond Fosyga lors d'accidents de la circulation, d'attentats terroristes ou d'événements catastrophiques d'origine naturelle. De même, pour la couverture offerte par le SOAT et des plafonds indemnitaires s'appliquent aussi en matière d'assurance des dépôts bancaires à la charge du Fogafin.

Par rapport aux accidents de la circulation, les montants couverts par le SOAT peuvent s'élever jusqu'à :800 SMIC (comprenant des frais médicaux, d'hospitalisation, des médicaments),180 SMIC (incapacité permanente),750 SMIC (en cas de mort et des frais funéraires) et 10 SMIC (transport des blessés). Lorsqu'il s'agit d'un accident de la circulation impliquant des véhicules à moteur non assurés ou non identifiés, l'ECAT (Fosyga) couvre un montant qui peut s'élever à 800 SMIC au moment des faits.

Pour les victimes d'un acte terroriste ou d'une catastrophe naturelle, la Surintendance Nationale de Santé considère qu'une fois dépassée le montant de 800 SMIC, le Fosyga doit souscrire une assurance ou constituer une réserve spéciale pour garantir une couverture supérieure⁴³. Concernant le fonds Fogafin, le montant assuré peut s'élever jusqu'à \$50'000.000⁴⁴ par établissement.

Quant aux interdictions de réparer certains préjudices, dans de nombreuses hypothèses la loi ne prévoit que la réparation des préjudices pécuniaires en excluant les préjudices non pécuniaires. Par exemple, pour la réparation à la charge du fonds Fosyga en matière d'accidents de la circulation, les attentats terroristes ou des catastrophes naturelles, la loi dispose qu'il ne couvre que les services médico-chirurgicaux, l'indemnisation par une incapacité permanente et, en cas de décès, les frais funéraires. Le SOAT aussi ne couvre que les dommages corporels causés aux personnes victimes d'un accident de la circulation (il ne couvre pas les dommages causés aux voitures, par exemple).

13. La fixation des plafonds par la loi limitant la réparation intégrale des dommages n'enfreint pas la Constitution. Lorsque la loi établit des plafonds indemnitaires s'agissant d'accidents de la circulation, d'actes terroristes et de catastrophes naturelles, la victime peut engager des actions contre le responsable pour obtenir une réparation intégrale.

Lorsque l'État doit réparer les victimes du conflit armé, par voie administrative et de manière subsidiaire, l'indemnité est limitée par des plafonds fixés par l'Exécutif⁴⁵. La loi

⁴²Le Décret 4800 de 2011, art. 5 régleme la Loi 1448 de 2011 (Loi relative à la réparation des victimes).

⁴³Surintendance Nationale de Santé, Concept N° 57985 du 10 août 2012 consulté sur https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Conceptos/CTO_SNS_0057985_2012.pdf, le 9 avril 2019.

⁴⁴50'000.000 pesos équivaut à 60 SMIC. Un SMIC en Colombie équivaut à 237 euros environ (à la date du 11 avril 2019).

⁴⁵Loi 1448, art. 10 et 132, et Décret 1084, art. 2.2.7.3.4.

indique que les dispositifs d'aide, d'assistance et de réparation aux victimes doivent être adoptés de manière à assurer la viabilité budgétaire afin de permettre leur continuité et leur progressivité et de garantir leur viabilité⁴⁶. La Cour constitutionnelle considère que ces plafonds sont conformes à la Constitution car « dans un contexte de justice transitionnelle, il n'existe aucune obligation internationale qui oblige les États, dans le cadre des politiques publiques, à indemniser selon les mêmes montants d'une réparation par la voie judiciaire. Dans des situations de violations massives impliquant un vaste univers de victimes, il est pratiquement impossible pour un État de financer une réparation dans de telles conditions, sans admettre certaines restrictions. Cela n'implique pas la méconnaissance de la nature fondamentale des droits des victimes. La mise en œuvre de ce type de programmes administratifs part précisément de cette reconnaissance et de la nécessité de garantir la réparation des personnes dans des conditions d'égalité »⁴⁷.

14. La loi consacre le principe de l'interdiction d'une double indemnisation des victimes⁴⁸ ; en effet, elle précise que les différentes réparations (administratives, judiciaires, individuelles ou collectives) doivent être complémentaires⁴⁹. L'application de cette règle s'avère difficile en cas de coexistence d'indemnisations (p. ex., dans le cas d'un accident de la route, il pourrait y avoir une assurance volontaire de responsabilité civile, la couverture du SOAT et les indemnisations du Système de sécurité sociale). La jurisprudence change de critère régulièrement et une partie de la doctrine considère que la question de l'accumulation de la compensation devrait être examinée selon s'il existe une action de subrogation en faveur de celui qui assume la réparation contre le responsable : « le fait qu'il y ait une subrogation est incompatible avec la possibilité, pour la victime, d'obtenir l'indemnisation intégrale à charge d'un tiers, étant donné que la subrogation implique nécessairement une modification dans la titularité du droit, au moins en ce qui concerne le montant versé »⁵⁰. Dans le cadre de la réparation transformatrice, adoptée par la loi 1448 de 2011, certains auteurs considèrent que la priorité doit être donnée aux paysans pauvres ou aux communautés indigènes en refusant une indemnisation intégrale aux propriétaires ruraux aisés⁵¹.

⁴⁶Loi 1448, art. 19.

⁴⁷Dans un Arrêt C-753 de 2013 la Cour constitutionnelle a précisé : « Lorsque l'indemnisation est accordée aux victimes par voie administrative, outre la gravité des faits et de la vulnérabilité des victimes, l'État doit également prendre en compte l'univers des bénéficiaires et le montant total de la réparation afin de garantir le budget nécessaire à la mise en œuvre, la continuité et la viabilité du programme. En effet, dans un contexte de ressources limitées et de violations massives des droits, il est important que les autorités soient responsables du point de vue fiscal et qu'elles, sans méconnaître les droits fondamentaux des victimes, établissent des stratégies de réparation dont les montants soient justes et adéquats pour permettre l'indemnisation des victimes ».

⁴⁸Loi 1448 de 2011, art. 20.

⁴⁹Loi 1448 de 2011, art. 21.

⁵⁰Informe final, *Estudio seguro obligatorio de responsabilidad social por accidentes de tránsito en la República de Colombia para Fasecolda*, octobre 2016, consulté sur http://www.fasecolda.com/files/7113/8427/2835/estudio_rc_obligatorio_-_versin_final1.pdf le 9 avril 2019.

⁵¹Rodrigo Uprimny-Yepes & Diana Esther Guzmán-Rodríguez, « En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales », 17 *International*

15. La prise en charge par la sécurité sociale des dommages causés aux victimes fait peser sur l'État les coûts de l'action de répétition contre le responsable et le risque de non-paiement de l'indemnisation. Cet objectif est louable à l'égard du souci de réparer intégralement les victimes ; mais cela se révèle impossible à mettre en œuvre en raison de la charge économique trop lourde qui pèserait sur les finances publiques. On peut envisager quelques hypothèses où la sécurité sociale pourrait assumer l'obligation de dédommagement. Il ne s'agirait pas de réparer tous les dommages subis par la victime (matériels et immatériels), mais de fixer une échelle de valeurs en donnant la priorité aux dommages qui touchent son intégrité physique. Le droit colombien va en ce sens lorsque l'État, par la voie d'un fonds de garantie, assume la réparation de certains dommages causés par un accident de la circulation, un acte terroriste ou une catastrophe naturelle. Il ne s'agit pas ici de garantir une réparation intégrale de la victime, mais de protéger son intégrité physique.

III. Solidarité, recours judiciaires et réparation en cas de dommages collectifs, droits constitutionnels fondamentaux et droits économiques, sociaux et culturels

1. L'action populaire est le recours juridique en faveur de la protection des droits collectifs. Avant d'être consacrée constitutionnellement, dans la Constitution de 1991, elle était adoptée dans le Code civil⁵² et dans certaines normes spéciales⁵³. Elle est actuellement consacrée à l'article 88 de la Constitution et réglementée par la Loi 472 du 1998. Ce dispositif vise à prévenir, à restaurer ou à réparer un droit ou un intérêt de nature collective tel que la santé publique, le patrimoine et l'espace public, la moralité administrative, l'environnement ou même la libre concurrence.

Dans leur fonction préventive, ce recours vise à éviter tout dommage éventuel, à mettre fin au danger, à la menace ou à l'atteinte à un droit collectif. Dans sa fonction restauratrice, il prévoit de ramener les choses, lorsque cela est possible, à l'état avant la violation du droit. Dans sa fonction de réparation, ce recours est pertinent lorsque une indemnisation n'a pas été obtenue⁵⁴. Exceptionnellement, l'action de *tutela*, envisagée pour la protection des droits fondamentaux de nature individuelle, peut également protéger des droits collectifs⁵⁵.

Law, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 231-286 (2010), consulté sur https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_679.pdf le 9 avril 2019.

⁵² Pour la protection des biens à usage public (art. 1005 CC), en cas de dommages accidentels (art. 2,359 CC) et pour la protection des bâtiments, des arbres ou des objets situés dans la partie supérieure d'un bâtiment, menaçant de causer des éventuels dommages à des tiers (arts. 992, 994 et 2355 CC).

⁵³ Loi 9 du 1989 et le Décret 2400 du 1999 portant la protection de l'espace public et de l'environnement urbain ; Décret 2303 du 1999 fixant la protection de l'environnement rural et des ressources naturelles renouvelables.

⁵⁴ J. C. Henao, «Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366.

⁵⁵ Dans ces cas, le succès de l'action de *tutela* dépendra de la preuve de la violation, la méconnaissance ou la menace d'un droit de nature collective et ainsi que l'atteinte du droit

1.a. Afin de mener à bien l'action collective, il est essentiel qu'un intérêt ou un droit collectif soit menacé ; que cette menace provienne de l'action ou de l'omission d'une autorité publique ou d'un particulier et que l'action soit exercée lorsque la menace ou la violation du droit collectif se présentent.

Toute personne physique ou morale peut ester l'action, sans qu'il soit nécessaire que le demandeur appartienne au groupe directement affecté par la violation de l'intérêt ou du droit collectif et sans l'obligation de représentation d'un avocat. En outre, ils peuvent être interposés par : des organisations non gouvernementales ou des organismes similaires, des entités de contrôle public, des institutions d'intervention ou de surveillance, par le procureur général de la nation et par les maires et autres fonctionnaires qui doivent promouvoir la défense des droits collectifs.

Ces actions ont été conçues comme un mécanisme autonome, principal et non subsidiaire de protection des droits, de sorte qu'elles peuvent être exercées indépendamment de l'existence d'autres moyens de défense. Cette action n'a pas de caducité.

L'action peut être dirigée contre l'auteur présumé dont l'action ou l'omission est considérée comme menaçant ou qui viole le droit ou l'intérêt collectif. Lorsque le défendeur est un particulier le juge compétent sera le juge civil ; lorsque les défendeurs sont un particulier et une entité publique, ou lorsqu'il ne s'agit que d'une entité publique, le juge compétent est le juge administratif.

2.a. L'action de groupe a comme finalité la réparation des dommages causés à un nombre pluriel de personnes qui décident d'ester en justice menant une seule action, pour obtenir la réparation individuelle de leur préjudice⁵⁶.

C'est la règle générale et donc, en principe, on ne saurait affirmer qu'un droit collectif puisse être protégé par une action collective, parce que ce dans sa finalité. Toutefois, face à la possibilité d'une réparation intégrale, la jurisprudence a protégé exceptionnelle et indirectement les droits collectifs malgré le fait que les prétentions du groupe étaient dirigées à la protection de leurs droits individuels. Ainsi, à cause de l'effondrement d'une décharge sanitaire affectant gravement les personnes vivant alentour, le Conseil d'État a reconnu la violation de deux droits fondamentaux : l'intimité familiale et l'exercice des loisirs et du temps libre. Bien que le Conseil ne mentionne pas expressément les droits collectifs, dans le cadre d'une réparation intégrale, il protège les droits énumérés à l'article 4 de la Loi 472 du 1998, par exemple, l'accès aux services garantissant la santé publique et

fondamental a une cause directe avec la violation d'un droit collectif. Cour constitutionnelle, Arrêts T-437 du 1992, SU-063 du 1993, SU-257 de 1997 et T-664 du 1999, entre autres.

⁵⁶ Henao Pérez, J. C., "De tal derecho lesionado, tal acción", en *V Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 486-541.

le droit à la sécurité et à la prévention des catastrophes prévisibles du point de vue technique⁵⁷.

3.a. Face à une violation de la dimension subjective ou objective d'un droit fondamental, la Colombie a reconnu la possibilité au juge d'adopter des mesures de justice restauratrice pour rétablir le droit ou l'intérêt constitutionnellement protégé. Dans le cadre de ces instruments juridiques, en plus de la *restitutio in integrum* ou de la réparation pécuniaire, il est possible pour le juge de reconnaître une réparation symbolique. Ces mesures peuvent être de nature différente : reconnaître publiquement la responsabilité de l'Etat, offrir des excuses publiques à la victime, célébrer des actes commémoratifs, ordonner la construction de monuments, etc. Ces dispositifs sont caractéristiques des processus de justice transitionnelle mis en œuvre en Colombie depuis 2005⁵⁸, mais les juridictions constitutionnelle et administrative ont reconnu des mesures de ce type dans diverses hypothèses : discrimination, licenciement sans juste cause, protection de l'environnement, etc.⁵⁹.

B. Droits constitutionnels fondamentaux et droits économiques, sociaux et culturels

4.a.b. La Constitution a fixé un moyen pour protéger et pour garantir des droits fondamentaux appelée action de *tutela*, consacrée dans l'article 86 constitutionnel et réglementée par les Décrets 2591 du 1991, 306 du 1992 et 1382 du 2000.

L'action de *tutela* est un mécanisme qui vise à protéger les droits constitutionnels fondamentaux (même ceux qui ne sont pas consacrés dans la Constitution). Cela se produit lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen de protéger le droit, mais elle agit aussi comme un mécanisme conservatoire pour éviter des dommages irréparables, même s'ils existent d'autres moyens de protection.

L'action de *tutela* s'avère pertinente lorsqu'un droit fondamental a été violé ou menacé par l'action ou l'omission d'une autorité publique. Elle procède également contre des actions ou des omissions de particuliers : lorsqu'ils fournissent un service public ; lorsque leur activité affecte sérieusement et de façon déraisonnable un intérêt collectif ; lorsqu'il y a une relation de vulnérabilité ou de subordination entre deux individus, et aussi, admis par la jurisprudence, on considère que l'action de *tutela* est pertinente contre les providences judiciaires.

⁵⁷ CE, Section III, 1 novembre de 2012, exp. 25000-23-26-000-1999-0002-04.

⁵⁸ Botero, Adriana Ángel, *Retórica dialógica y memoria: reparación simbólica de las víctimas del conflicto colombiano* in <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=31048480002>, ISSN 1012-1587

⁵⁹ Cour Constitutionnelle, Arrêts T-853 de 2004, T-462 de 2010, T-366 de 2013, T-080 de 2015. C.E., Section III, 20 février 2008, exp. 16996 ; C.E. Section III, 9 mai 2011 exp. 36912 ; C.E., Section III, 29 mars 2012, exp. 21380 ; C.E., Section III, 9 juillet 2014, exp. 44333.

Conformément à la disposition constitutionnelle, la protection du droit est assurée par une décision de faire ou de s'abstenir de faire ; raison pour laquelle cette action a un caractère purement préventif, résiduel et subsidiaire. En tout état de cause, l'article 25 du Décret 2591 du 1991 a établi la possibilité, à titre exceptionnel, d'indemniser par une condamnation *in abstracto*, le dommage causé, dans les cas où il n'y a pas d'autre moyen de demander une indemnisation des dommages et que celle-ci soit nécessaire pour assurer l'exercice du droit enfreint⁶⁰.

5.a.b. Le Conseil d'État colombien a admis depuis 2014 un régime spécifique d'indemnisation, mais de façon assez diffuse⁶¹. Il affirme qu'il s'agit du préjudice causé aux biens ou aux droits protégés par des biais conventionnelles ou constitutionnelles ayant les caractéristiques suivantes : Tout d'abord, il est causé par une atteinte à des droits ayant diverses sources normatives (droits constitutionnels et conventionnels) ; c'est donc une nouvelle catégorie de dommages immatériels. Deuxièmement, il s'agit d'un dommage autonome car il ne dépend pas d'autres catégories de dommages n'étant pas conditionné à la configuration d'autres types de dommages traditionnellement reconnus, tels que les dommages matériels ou les dommages moraux. Puis, la violation ou l'atteinte, comportant une nature particulièrement importante, peut être temporaire ou définitive. Enfin, ce dommage est réparé par des mesures de caractère non pécuniaire auxquels seule la victime directe de la lésion et son noyau familial aura droit. Toutefois, le juge, ayant déterminé que telles mesures ne sont pas suffisantes pour réparer intégralement le préjudice subi, pourra octroyer une indemnisation en espèces (jusqu'à 100 SMLMV) à condition que l'indemnisation ne soit pas reconnue sur la base d'un dommage à la santé.

6.a. En vertu du bloc de constitutionnalité, les mécanismes prévus dans le cadre international sont incorporés dans le système interne et ont des effets directs, lorsqu'ils portent sur la protection de Droits de l'homme. Par conséquent, la jurisprudence des tribunaux internationaux tels que la Cour interaméricaine des Droits de l'homme - en charge de l'interprétation authentique des droits énoncés dans la Convention américaine des Droits de l'homme - a été accueillie comme une source essentielle dans le système juridique colombien en application de l'article 93 de la Constitution⁶².

Dans le même sens, la jurisprudence de la CIDH en matière de mesures de réparation a inspiré, dans certains cas, à la Cour constitutionnelle pour le jugement des violations massives des Droits de l'homme. De même, il convient de reconnaître la conjonction qui existe avec l'action de *tutela*, étant entendu que, lorsqu'une mesure de réparation est

⁶⁰ Cour Constitutionnelle Arrêts SU-256/1996, T-036/2002, T-1083/2002, T-1090/2005 et T-209/2008.

⁶¹ CE, 28 août 2014 Exp. 32988. C. E. Section III Arrêts de : 9 mars 2016, exp. 34554, 8 juillet 2016 exp. 35663, 10 août 2016 exp. 41685, 21 novembre 2018 exp. 47628. Les principales affaires ont une relation avec la privation illégale de la liberté.

⁶² Cour Constitutionnelle, Arrêts C—370/2006, T-653/12, C- 500/14, C- 659/16, C-344/17.

ordonnée par la CIDH et qu'elle est méconnue par l'État colombien, procède exceptionnellement à l'action de *tutela*⁶³ pour appliquer l'arrêt international. Dans ce cas la Cour constitutionnelle a considéré que le juge doit protéger le droit violé jusqu'à l'exécution intégrale de la décision de la justice internationale.

Finalement, un aspect important à traiter correspondrait à la période de transition qui traverse la Colombie, étant donné que le Droit international des Droits de l'homme et la jurisprudence des tribunaux internationaux des Droits de l'homme ont également contribué à la compréhension des droits des victimes à partir d'une approche holistique qui va au-delà des raisonnements juridiques, en allant jusqu'à la reconnaissance des politiques sur la « mémoire historique » protégeant les droits à la vérité, à la justice, à la réparation et aux garanties de non-répétition.

7.a.b. Bien qu'en Colombie initialement les droits économiques, sociaux et culturels (DESC) avaient un caractère programmatique, la Cour constitutionnelle a toujours reconnu le rôle capital de l'activité judiciaire en vue de protéger ce genre des droits. En ce sens, la Cour a considéré : «au niveau du contrôle constitutionnel, l'engagement de l'Etat social de droit à la protection des DESC a donné un nouveau sens au rôle du juge constitutionnel et au contrôle de la constitutionnalité des lois. L'action publique de constitutionnalité n'est pas seulement un mécanisme de contrôle de la fonction législative, mais un mécanisme de protection et de garantie des droits fondamentaux reconnus dans la Charte, y compris les droits économiques, sociaux et culturels »⁶⁴.

Par ailleurs, la Cour constitutionnelle dans un arrêt T-016 du 2007 a modifié la connotation qui avaient les DESC pour reconnaître leur caractère fondamental, car ils s'avèrent intimement liés à la dignité humaine, à la liberté et au libre développement personnalité et, par conséquent, susceptibles de protection par le biais de l'action de *tutela*.

8. En Colombie, le principe de non-rétroactivité en matière de DESC est un principe fixé par la Constitution. C'est pourquoi, la Cour constitutionnelle a établi un ensemble de règles à ce sujet: i) les mesures qui constituent un pas en arrière dans la protection des droits sociaux, économiques et culturels sont des *prima facie* contraires à la Constitution; ii) la liberté du législateur en ce domaine est limitée, en conséquence toute mesure ayant comme objet réduire le niveau de protection de ces droits doit être lourdement justifié par des critères de proportionnalité iii) l'interdiction de non rétroactivité est aussi applicable à l'administration publique iv) il n'est pas possible d'approuver l'inactivité de l'État dans la mise en œuvre d'actions visant à assurer la protection intégrale des droits; et v) la création des politiques publiques orientées à garantir la jouissance et la protection effective des DESC⁶⁵.

⁶³ Cour Constitutionnelle, Arrêts T-653/12, T-655/15, T- 564/16.

⁶⁴ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-372 de 2011.

⁶⁵ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-754 de 2015.

9.a. La Constitution colombienne reconnaît aux étrangers dans son article 100 les mêmes droits civils et les mêmes garanties que celles assurées aux nationaux ; toutefois, la loi peut conditionner ou proscrire l'exercice de certains droits civils⁶⁶. Dans ce sens, la Constitution établit une limite aux pouvoirs exécutif et législatif afin qu'ils ne restreignent pas l'exercice des droits des étrangers sans une motivation encadrée par une procédure stricte ; elle établit aussi la possibilité de reconnaître aux étrangers les actions et les mécanismes pour faire respecter leurs droits⁶⁷.

Aussi, parmi les droits protégés des étrangers on trouve le droit à la santé. La Cour constitutionnelle établit, au regard des articles 48 et 49 de la Constitution, que la sécurité sociale est un service public obligatoire et l'accès au système doit être garanti à toutes les personnes, indépendamment de leur nationalité⁶⁸.

De même, la Cour dans un arrêt SU-677 de 2017 précise: « i) le devoir de l'État colombien de garantir certains droits fondamentaux aux étrangers ayant une permanence irrégulière sur le territoire est limité; ils doivent être garantis en conditions d'égalité par rapport aux ressortissants colombiens, dans des limites raisonnables, permettant un traitement différencié; ii) tous les étrangers ont l'obligation de respecter la Constitution et les lois et iii) les étrangers ayant une permanence irrégulière sur le territoire national ont le droit de recevoir des soins d'urgence dans le cadre du régime subventionné lorsqu'ils manquent de ressources économiques, en vertu de la protection de leurs droits à la vie digne et à la intégrité physique ».

⁶⁶ Cour Constitutionnelle, Arrêt C-1259 de 2001.

⁶⁷ Cour Constitutionnelle, Arrêt T-321 de 1996.

⁶⁸ Cour Constitutionnelle, Arrêt T-210 de 2018.