

Université de Montréal

Définir la primauté du droit dans le cadre de la justice transitionnelle au Sri Lanka

Par

Baptiste Beurrier

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit en vue de l'obtention du grade de Maître en droit option
droit international

2022

© Baptiste Beurrier, 2022

Université de Montréal

Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé : La primauté du droit dans le cadre de la Justice transitionnelle au Sri Lanka

Présenté par : Baptiste Beurrier

Évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Amissi Manirabona

Président-rapporteur

Han-Ru Zhou

Directeur de recherche

Miriam Cohen

Membre du jury

RÉSUMÉ

Cela fait plusieurs années que le conflit au Sri Lanka s'est officiellement terminé. Pendant près de 20 ans, l'armée et les Tigres de Libération de l'Îlam tamoul se sont affrontés. Durant les années de conflit, le gouvernement sri lankais a instruit plusieurs commissions d'enquête et de vérité afin de faire face aux abus et aux violations des droits humains. Celles-ci n'ont pas exaucé les promesses de vérité et justice dont elles étaient porteuses. Il en va de même pour les commissions étant apparus à la fin du conflit.

Cette recherche a pour but l'analyse de la primauté du droit au Sri Lanka à l'issue des différents mécanismes se rapportant à la justice transitionnelle dans le pays. Plus précisément, nous procédons à un travail de définition de la primauté du droit qui s'attache aux échecs du gouvernement dans sa tentative de faire face à l'héritage du conflit. En conclusion, nous fournissons une définition de la primauté du droit capable de revaloriser la justice transitionnelle dans le pays, et dont les caractéristiques sont fondées sur une approche holistique du contexte

Mots-clés : Sri Lanka, Droit international, Primauté du droit, Justice transitionnelle

ABSTRACT

It has been almost several years since the conflict in Sri Lanka officially ended. For nearly 20 years, the army, and the Liberation Tigers of Tamil Êlam fought. During the years of conflict, the Sri Lankan government initiated several commissions of inquiry and truth commissions to address human rights abuses and violations. These commissions have not kept their promise of truth and justice. The same is true for the commissions that emerged at the end of the conflict.

The purpose of this research is to analyze the rule of law in Sri Lanka through the various transitional justice mechanisms in the country. Specifically, we proceed to define the rule of law as it relates to the failures of the government to address the legacy of the conflict. In conclusion, we provide a definition of the rule of law capable of enhancing transitional justice in the country and whose characteristics are based on a holistic approach to context.

Keywords: Sri Lanka, International law, Rule of law, Transitional justice

TABLE DES MATIERES

Résumé.....	iii
Abstract	iv
Table des matières.....	v
Liste des abréviations, sigles et acronymes.....	vii
Figure	ix
Introduction	1
Chapitre 1 : Définition de la primauté du droit au sein des sociétés établies soumises au cadre de la transition	16
1.1.1 Sur les conceptions formelles	18
1.1.2 Sur les conceptions substantielles.....	21
1.2 Historique et caractéristiques de la justice transitionnelle	23
1.2.1 Justice	25
1.2.2 Vérité	27
1.2.3 Réparations	29
1.2.4 Garanties de non-répétition.....	30
1.2.5 Processus de mémorialisation.....	32
1.3 Critiques de la promotion d'un objectif social par la primauté du droit	34
1.4 Conclusion	40
Chapitre 2 : Le conflit	41
2.1 Des tensions historiques.....	41
2.2 La violence du conflit	44
Chapitre 3 : Les efforts de transition	47
3.1 Sur l'assertion de la vérité.....	50
3.2 Sur l'impunité	60
3.3 Renforcer les garanties procédurales	64
Chapitre 4 : Limites de la primauté du droit dans sa capacité à susciter la confiance publique.....	67

4.1	Intégration de la confiance publique à la primauté du droit.....	67
4.2	Une primauté du droit incapable d’engendrer la confiance des minorités tamoules.....	75
4.2.1	L’absence de garanties institutionnelles	76
4.2.2	Le maintien d’une législation d’urgence, garantie de la ruine de la légalité et du renforcement de l’abus des pouvoirs discrétionnaires.....	79
4.2.2.1	Public Security Ordinance.....	79
4.2.2.2	Prevention of Terrorism Act.....	81
4.3	Limite du concept de la primauté du droit dans sa capacité à engendrer la confiance publique.....	86
4.3.1	L’appartenance à une norme.....	86
4.3.2	Des éléments de réponse pour rompre avec les principes qui composent le concept de primauté du droit : les atouts de la justice informelle au Sri Lanka.....	88
Chapitre 5 : Vers une conception qui ne se satisfait pas des seuls principes du concept de primauté du droit		93
5.1	Intégration relative des éléments formels de la primauté du droit	93
5.1.1	La nécessité d’une justice dépolitisée.....	95
5.1.2	Intégration des crimes et modes de mise en œuvre de la responsabilité issus du droit pénal international – implication pour la primauté du droit	98
5.1.2.1	Intégrer les crimes de guerre et crimes contre l’humanité afin de saisir le contexte du conflit dans les jugements rendus	100
5.1.2.2	Redéfinir le spectre de la responsabilité pénale : s’écarter d’une stricte légalité	101
5.1.2.3	Renforcer l’indépendance du procureur	106
5.2	Intégration des éléments permettant une participation politique des individus	107
5.2.1	La confiance publique dans la participation politique	110
5.2.2	Une protection de la participation politique importante au Sri Lanka.....	117
Conclusion.....		125
Notes bibliographiques.....		I
Annexe		XII

LISTE DES ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

LLRC Lessons Learnt and Reconciliation Commission

LTTE Liberation Tigers of Tamil Eelam

HRW Human Rights Watch

ICG International Crisis Group

PSO Public Security Ordinance

PTA Prevention of Terrorism Act

PIDCP Pacte International des Droits civiques et politiques

CRM Civil Rights Movement

FIGURE



Figure 1 : Carte politique de l'ONU du Sri Lanka (source : UN.org)

À la mémoire d'Aghiles

INTRODUCTION

Dans les sociétés ravagées par les conflits internes, croire en une société où chacun peut vivre en paix, ensemble, est un acte de foi. Les États doivent avoir une vision pour leur pays et s'engager durablement pour la réaliser, ce qui représente un véritable défi pour la plupart d'entre eux¹. Ces engagements de longues durées aux objectifs peu clairs constituent le vivier des discours politiques : permettre la réalisation de la justice et de la vérité, mettre fin à l'injustice économique et sociale, à l'exclusion, aux inégalités structurelles et à la marginalisation. La justice transitionnelle apparaît au milieu de ses promesses. Elle peut se définir largement comme les tentatives d'un État de faire face à un héritage d'abus passés à grande échelle. Toutefois, il ne suffit pas de déclarer que certaines mesures gouvernementales s'inscrivent dans la réalisation de la justice transitionnelle pour que celles-ci le soient effectivement.

Les mesures prises par le gouvernement srilankais pour instaurer la justice transitionnelle depuis la fin du conflit ayant opposé les Tigres de la Libération de l'Ealam Tamoul (LTTE) à l'armée en sont un parfait exemple. Les différentes commissions nommées par le gouvernement pour lever le voile sur les exactions commises durant le conflit confondent pardon avec impunité et vérité avec discours unique. Les promesses d'une transition annoncées par le gouvernement en 2010 riment aujourd'hui avec déceptions et bris de confiance. Les processus et mécanismes mis en œuvre par le gouvernement pour établir la justice et la vérité à l'issue de l'héritage d'abus passés du pays ne sont qu'apparents, et déçoivent en pratique.

¹ Conseil des droits de l'homme, *Droits de l'homme et justice transitionnelle - Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, Doc N.U. A/HRC/49/39 (12 janvier 2022), par. 43, en ligne : <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F49%2F39&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> (consulté le 14 janvier 2022).

Dès lors, les fondations de la gouvernance du pays sont fragiles. La capacité d'un gouvernement à juger les auteurs des violations des droits humains, à ouvrir l'accès aux tribunaux à toute la population, à donner lieu à des réparations pour les victimes, à recueillir leur expérience du conflit et à construire un discours national qui en est empreint, a des effets conséquents sur sa perception par la population dans les mois et années suivantes. L'action d'un État allant ouvertement à l'encontre de ces enjeux est inversement proportionnelle, et s'apparente à la ruine prématurée de la gouvernance. Aussi, au Sri Lanka, la transition s'est construite autour de l'affaiblissement croissant des garanties institutionnelles du judiciaire et du législatif, ayant pour conséquence la mise à mal du processus démocratique dans l'édiction des lois, et l'anéantissement des droits et libertés des individus. La place même de la primauté du droit est remise en question dans le pays.

La primauté du droit est soulignée par les auteurs comme finalité, comme objectif, et comme partie intégrante du processus de justice transitionnelle. Cette double nature est en partie due à la difficulté des auteurs à s'arrêter sur une définition unique de la primauté du droit. La clarification manquée de cette notion a eu de graves conséquences en pratique dans les sociétés en transition. Plus particulièrement, les conséquences de ce flou se sont matérialisées avec l'aide internationale occidentale en direction des États sortant du communisme.

Cette aide s'articule autour des programmes juridiques visant le rétablissement de la primauté du droit. Cependant, en admettant que la primauté du droit renvoie à un ensemble de principes de gouvernance, il faut établir avec clarté quels sont ces principes et quels sont les facteurs favorisant leur apparition dans une société donnée. Bien sûr, cela passe par la construction d'institutions qui

contribuent à la création et à l'application de la primauté du droit. Mais l'étude des relations entre individus et des rapports entre les individus et les institutions est tout aussi utile².

L'essor de l'aide internationale et de l'aide américaine aux sociétés post-interventions marque la naissance de programmes visant la construction d'une « bonne gouvernance ». Ceux-ci érigent l'instauration de la primauté du droit comme la pierre angulaire de leurs mesures. Celle-ci apparaît aussi bien dans le discours de la Banque Mondiale, soucieuse d'instaurer les fondations d'une économie de marché avec l'élévation du droit de propriété et le caractère obligatoire de l'exécution des contrats, que dans le discours des défenseurs des droits humains, préoccupés par l'instauration des prérequis pour la défense des droits, comme l'égalité devant la loi et le droit à un procès équitable³. Toutefois, cet intérêt grandissant pour la primauté du droit en matière d'aide internationale n'emporte pas de définition aux contours nets. Cette notion renvoie à une multitude de réalités, ce qui participe directement d'un flou l'entourant, et forme dès lors un obstacle majeur dans la réalisation de la justice transitionnelle.

Comprendre la primauté du droit est d'une difficulté certaine. Cette notion reçoit des définitions multiples de la part d'une littérature ancienne, moderne et contemporaine particulièrement fournie. Elle est une notion centrale dans nos démocraties, dont le sens est dilué dans son emploi récurrent dans les discours politiques de nos sociétés⁴, et dans les programmes internationaux d'aide à la

² Thomas CAROTHERS, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, 2^e éd., Washington D.C., Carnegie Endowment, 2011, p. 165.

³ Jane STROMSETH, David WIPPMAN et Rosa BROOKS, *Can Might Make Rights? Building the Rule of Law after Military Interventions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 58-59, en ligne : <<https://www.cambridge.org/core/books/canmightmakerights/frontmatter/9733B0A4EF82EBAFF2FFA365F60BAE8B>> (consulté le 8 novembre 2020). Cette pluralité de réalités attachées à la primauté du droit se retrouve dans le discours des Nations Unies : « Convinced that the advancement of the rule of law at the national and international levels is essential for the realization of sustained economic growth, sustainable development, the eradication of poverty and hunger and the protection of all human rights and fundamental freedoms »; Assemblée Générale des Nations Unies, *Résolution 67/97, L'état de droit aux niveaux national et international*, Doc. N.U. A/RES/67/97 (14 janvier 2013), en ligne: <undocs.org/en/A/RES/67/97> (consulté le 4 mars 2021).

⁴ Judith N. SHKLAR, « Political Theory and the Rule of Law » dans Allan HUTCHINSON & Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1987, p. 1-16, à la page 1.

gouvernance. Il est reproché à de nombreux décideurs politiques d'en avoir une compréhension superficielle et naïve, que Brooks associe au caractère intuitif que cette notion porte : une attitude de « I know it when I see it » que la primauté du droit renvoie, et qui participe directement de l'échec de sa réalisation dans les sociétés en transition⁵.

Cette notion est aujourd'hui associée à l'ordre et à la stabilité des sociétés établies. Judith N. Shklar écrit dans *Legalism — Law, Morals and Politic Trials* que le « légalisme » est une idéologie politique⁶. Selon l'auteur, le légalisme se comprend comme l'attitude éthique qui considère que la conduite morale est une question de respect des règles, et que les relations morales consistent en des devoirs et des droits déterminés par des règles⁷. L'auteure rattache historiquement cette idéologie aux régimes conservateurs⁸. La primauté du droit comprise de cette façon explique pourquoi toutes les sociétés ne sont pas susceptibles de l'adopter. En ce sens, Raz soulignera que « [t]he Rule of Law is a political ideal which a legal system may lack or may possess » parmi les autres vertus que ce système peut avoir⁹.

Shklar met en lumière l'origine de la primauté du droit, qui relève davantage de la prévention de l'arbitraire que de la prévention la tyrannie, et, en s'appuyant sur Weber et Tocqueville, montre

⁵ J. N. SHKLAR, préc., note 4, à la page 57.

⁶ J. N. SHKLAR, *Legalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 1. Nous choisissons volontairement d'employer le terme « légalisme » comme l'emploi l'auteure, et qu'elle confond à celui de la primauté du droit. En effet, l'auteure emploie ces deux termes sans les dissocier afin de définir l'identité que l'Occident s'est forgée en réponse à la guerre froide et aux organisations des sociétés ex-colonisées non européennes : « The result is a search for an identity, for a positive and uniquely Western tradition. The core of that tradition (...) is essentially legalism, the rule of law. », p. 21.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*, p. 220.

⁹ Joseph RAZ, *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 211.

qu'elle valorise l'ordre plutôt que la liberté¹⁰. De la même façon, E. C. S. Wade et A. W. Bradley parlent d'une préférence pour la loi et l'ordre au sein d'une communauté¹¹.

Kleinfeld affirme que la notion d'ordre de la primauté du droit « was never part of the philosophical basis of the rule of law but emerged from the way in which Enlightenment thinkers groped toward their political ideals. »¹² C'est notamment cette perception d'ordre et sécurité qui transparaît dans les programmes de reconstruction de la primauté du droit dans les sociétés en transition, où la réforme de la police est favorisée par rapport à d'autres institutions¹³.

Nous voulons dire que la primauté du droit dans nos sociétés établies renvoie en premier lieu à des valeurs de stabilité qui se rapportent à la bonne gouvernance, et se marient difficilement avec les changements portés par la transition¹⁴.

Comme le souligne Paul Craig, « given that the law can empower the state to do all manner of things the rule of law can minimize the danger created by the law itself. »¹⁵ Toutefois, il reconnaît dans le même souffle que « even if the actual content of the law is morally reprehensible, conformity to the rule of law will often be necessary to ensure that individuals actually comply with the demands which the law imposes. »¹⁶ La difficulté d'une telle conception lors de la

¹⁰ J. N. SHKLAR, *Legalism*, préc., note 6, p. 15-16. Cette idée d'ordre et sécurité comme composante de plusieurs conceptions de la primauté du droit est identifiée par Luc B. TREMBLAY, qu'il associe à la théorie du contrat social de Thomas Hobbes dans *Le Léviathan*, dans L. B. TREMBLAY, *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montréal, McGill - Queen's University Press, 1997, p. 29.

¹¹ Emlyn Capel Stewart WADE et Anthony Wilfred BRADLEY, *Constitutional and Administrative Law*, 10e éd., Oxford, Oxford University Press, 1985, p. 97.

¹² Rachel KLEINFELD BELTON, *Competing definitions of the rule of law: Implications for Practitioners*, 55, coll. Democracy and Rule of Law Project, Washington D. C., Carnegie Endowment for International Peace, 2005, p. 11, en ligne : <<https://carnegieendowment.org/files/CP55.Belton.FINAL.pdf>> (consulté le 17 octobre 2020).

¹³ *Id.*, p. 11-12.

¹⁴ Michael J. TREBILCOCK et Ronald J. DANIELS, *Rule of Law Reform and Development, Charting the Fragile Path of Progress*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, p. 18.

¹⁵ Paul CRAIG, « Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework » dans Richard Paul BELLAMY (dir.), *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Ashgate, 2005, p. 95-115, à la page 97.

¹⁶ *Id.*

transition d'une société est que la loi peut difficilement servir d'agent transformateur. Dans la façon dont est rendue la justice, cette conformité répond directement à l'analyse de Shklar selon laquelle celle-ci se comprend comme un choix en faveur de la stabilité et de la prévisibilité¹⁷. Si la loi doit avant tout pouvoir guider le comportement des individus, le juge ne sera pas en mesure d'en écarter l'application lorsque la justice sera faite. Bien que Raz reconnaisse que le juge est aussi créateur de droit¹⁸, il y a une différence entre fixer le sens d'une loi aux contours flous et se prononcer sur une loi qui viole ouvertement les droits d'une communauté ciblée.

L'Organisation des Nations Unies (ONU) affirme le lien intime qu'entretiennent la primauté du droit et les droits humains sans pour autant fixer le sens de la primauté du droit. En effet, à lire les différentes communications du Conseil de sécurité des Nations Unies¹⁹, la primauté du droit serait un terme qui renverrait à plusieurs bienfaits comme la démocratie, les droits humains et la bonne gouvernance, soit des domaines que promeut la justice transitionnelle. Or, « too many 'goods' have been associated with the rule of law that it is difficult to define, in concrete terms, what it will take to realize them. »²⁰

La complexité de cette notion et la difficulté à la mettre en œuvre poussent les décideurs politiques à envisager la création d'institutions non plus comme les moyens de réaliser la primauté du droit dans la société en transition, mais comme la fin en soi de leurs programmes²¹. Les aspects

¹⁷ J. N. SHKLAR, *Legalism*, préc., note 6, p. 106.

¹⁸ J. RAZ, préc., note 9, p. 217.

¹⁹ Voir notamment *Rapport du Secrétaire général sur le rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Doc. N. U. S/2004/616* (23 août 2004), par. 6, en ligne : <<https://undocs.org/fr/S/2004/616>> (consulté le 4 mars 2021). Plus précisément, sur la situation en Guinée Bissau, Conseil de sécurité des Nations Unies, *Résolution 1580 (2004)*, Doc. N.U. S/RES/1580 (22 décembre 2004), en ligne : <[https://undocs.org/en/S/RES/1580%20\(2004\)](https://undocs.org/en/S/RES/1580%20(2004))> (consulté le 4 mars 2021); sur la situation au Burundi, Conseil de sécurité des Nations Unies, *Résolution 1545 (2004)*, Doc. N.U. S/RES/1545 (21 mai 2004), en ligne : <[https://undocs.org/en/S/RES/1545%20\(2004\)](https://undocs.org/en/S/RES/1545%20(2004))> (consulté le 4 mars 2021).

²⁰ Richard SANNERHOLM, « Legal, Judicial and Administrative Reforms in Post-Conflict Societies: Beyond the Rule of Law Template », (2007) 12 - 1 *Journal of Conflict & Security Law*, 65-93, 76, en ligne : <<https://www.jstor.org/stable/26294739>> (consulté le 13 novembre 2020).

²¹ R. KLEINFELD BELTON, préc., note 12, p. 6 et p. 18 ; R. SANNERHOLM, préc., note 20, p. 73.

théoriques de la primauté s'effacent derrière les moyens censés les affirmer, ce qui conduit les acteurs principaux de la transition à penser que les fonds investis pour la reconstruction du pays ont été gaspillés lorsque les résultats escomptés ne se produisent pas.

La détermination du sens de la primauté du droit et des moyens nécessaires pour la mettre en œuvre ne sont pas les seules difficultés rencontrées dans les sociétés en transition. Les tentatives d'un régime pour faire face à un héritage d'abus passés soulèvent des questions conceptuelles directement pertinentes pour la définition de la primauté du droit. Ce processus de justice, de vérité, de mémoire, de réparation, et de mémorialisation entamé par le nouveau régime implique d'opter une conceptualisation nouvelle de la primauté du droit. La justice transitionnelle doit répondre à la fois d'un volet rétributif et d'un volet réparateur. Cela implique que le droit observé est le fruit d'un contexte historique et politique. La conception de la justice est contextualisée : ce qui est approprié dépend de ce qui se déroule actuellement sur le terrain, et non de l'application du droit tel qu'il se trouve dans le droit international ou la Constitution²². La justice transitionnelle conserve une qualité liminaire qui consiste à punir les malfaiteurs, révéler la vérité, restituer les biens, et se tourner vers un avenir plus libéral, en assurant la médiation de la transition entre le conflit et l'avenir de la société par le biais du processus judiciaire. Le droit est un instrument de transformation de la société, mais il arrive que le respect d'une stricte légalité limite le potentiel de transformation, et doive être abandonné au profit de la transition²³. C'est cet effort de définition de

²² Padraig MCAULIFFE, « Transitional Justice and the Rule of Law: The Perfect Couple or Awkward Bedfellows? », (2010) 2 *Hague Journal on the Rule of Law*, 127-154, 130, en ligne : <https://www.cambridge.org/core/journals/hague-journal-on-the-rule-of-law/article/transitional-justice-and-the-rule-of-law-the-perfect-couple-or-awkward-bedfellows/443FB1426A100D04E9802A7DE78CCF77> (consulté le 16 septembre 2020).

²³ *Id.*, p. 130.

la primauté du droit à partir des spécificités du contexte de transition qui constitue le cœur de ce mémoire.

La compréhension des principes de gouvernance associés à la primauté du droit est directement liée à la définition de cette dernière. Ignorer cet aspect dans la définition de la primauté du droit conduit à la construction d'institutions en décalage avec le contexte politique et culturel. Souvent, cela se traduit par l'importation d'une construction institutionnelle occidentale qui nie les traits spécifiques de l'État dans lequel celle-ci s'établit²⁴.

En matière de gouvernance, par exemple, il est possible de limiter l'action du gouvernement par une Constitution écrite, mais dans certaines sociétés, il est préférable de la limiter par la coutume, ou par une Constitution non écrite comme celle de l'Angleterre²⁵. Cette caractéristique propre à chaque État n'est pas nouvelle, et fait relativement écho à ce que Dicey nommait l'esprit de la constitution, dont l'une de ses caractéristiques peut se comprendre comme la prise en compte des particularités de chaque société dans l'élaboration de sa gouvernance :

« It may, again, mean something very near to the working of a constitution, but the term rather refers to the way in which the persons of a given time look upon their institutions, the way in which they expect them to work or assume that they will work than the actual working of the institutions themselves²⁶. »

L'établissement des mesures qui cherchent la réalisation d'une finalité théorique associée à une conception de la primauté du droit nécessite de définir initialement ce que nous entendons par primauté du droit. Cette remarque est d'autant plus importante que ces mesures peuvent conduire à renforcer plusieurs des finalités recherchées, tout comme une mesure peut miner la recherche d'une finalité différente.

²⁴ T. CAROTHERS, préc., note 2, p. 164.

²⁵ R. KLEINFELD BELTON, préc., note 12, p. 18.

²⁶ Albert Ven DICEY, *Comparative Constitutionalism*, vol. 2, New York, Oxford University Press, 2013, p. 70.

Rachelle Kleinfeld souligne que les fins théoriques associées à la primauté du droit durant les périodes de transition sont susceptibles de se renforcer mutuellement, mais dans certaines sociétés, notamment celles où la primauté du droit n'est pas bien développée, améliorer une de ces fins peut conduire à la détérioration d'une autre :

« In countries where multiple elements of the rule of law are lacking or out of sync, rebuilding them often requires choices between valuable goods. For example, forcing the government to abide by law may allow the rebel movement to get out of hand, which itself creates law-and-order problems—and can lead those victimized to take the law into their own hands²⁷. »

La situation qu'a connue le Nigeria en 1999 fait écho à cette situation : l'exercice par les individus de leur droit nouvellement obtenu lors du passage de l'autocratie à la démocratie n'a pas pu être effectivement contrôlé. Les actions anciennement réprimées par la peur sous le régime militaire, car considérées anti-gouvernementales, se sont déployées au travers d'une grande vague de violences²⁸. Dans le même sens, favoriser l'indépendance judiciaire pour lier le gouvernement peut aller à l'encontre de l'éradication de la corruption. Une campagne menée par le ministère de la Justice pour éradiquer la corruption dans les tribunaux peut s'avérer vitale, en particulier dans des pays au seuil de pauvreté élevé, où les salaires des juges sont faibles,²⁹ mais peut aussi conduire à renforcer le contrôle de l'exécutif sur le judiciaire.

Il en va de même pour la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants. Le contexte politique de la transition est un facteur clé dans l'établissement et l'accomplissement des sanctions judiciaires contre des leaders politiques pour leurs violations des droits humains. Dépendamment

²⁷ R. KLEINFELD BELTON, préc., note 12, p. 24.

²⁸ David JEMIBEWON, « The Nigerian Experience » dans Jan Smuts HOUSE (dir.), *Crime and Policing in Transitional Societies*, Johannesburg, 2000, p. 29-32, à la page 30, en ligne: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=092f7296-f4ec-371b-b5ce-c7bc0a678e1b&groupId=252038> (consulté le 10 février 2021).

²⁹ R. KLEINFELD BELTON, préc., note 12, p. 24. Concernant le cas spécifique de la corruption, voir notamment Jeremy TRAVIS, « International Strategies for Crime Prevention in Transitional Societies: Problems and Prospects » dans Jan Smuts HOUSE (dir.), *Crime and Policing in Transitional Societies*, Johannesburg, 2000, p. 229-234, à la page 233.

de ce contexte, l'application de ces sanctions peut ouvrir la voie à une vague d'insécurité, où les partisans de ces leaders, cherchant à empêcher le procès, se livrent à une grande violence³⁰.

La mise en œuvre de la primauté du droit répond à des impératifs et des obstacles différents selon les sociétés en transition. De plus, chaque bienfait de la primauté du droit est contesté et déterminé par l'histoire d'une société. S'il est possible d'étudier théoriquement la primauté du droit comme une chose énoncée ou donnée, sa compatibilité dans chaque société est conditionnée par une culture, un contexte et une époque. Chaque fin associée à la primauté du droit est une proposition intellectuellement lourde, qui rencontre des formes de résistance culturelle et politique variant selon les sociétés³¹.

Sur un plan factuel, Mani et Carothers pointent l'échec des programmes de reconstruction de la primauté du droit à prendre en compte les particularités de chaque société dans la construction d'une nouvelle gouvernance. Sur un plan plus théorique, la primauté du droit n'est pas une proposition neutre. Elle peut être comprise comme une idéologie politique particulière, et ainsi expliquer les raisons de la rupture entre les individus et ces programmes qui porteraient alors avec eux une culture étrangère³².

Cet avant-propos est indispensable pour comprendre la façon selon laquelle notre étude sera menée, et pose les premières pierres de notre définition de la primauté du droit. Cet aperçu de la difficulté de clairement définir la primauté du droit dans les sociétés en transition, et des complications qui naissent de ce flou, constitue le problème auquel ce mémoire apporte une solution. Plus

³⁰ C. L. SRIRAM, « Justice as Peace? Liberal Peacebuilding and Strategies of Transitional Justice », (2007) 21 *Global Society*, 579-591, 587, en ligne : <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600820701562843?scroll=top&needAccess=true> (consulté le 17 octobre 2020).

³¹ R. KLEINFELD BELTON, préc., note 12, p. 8.

³² J. N. SHKLAR, *Legalism*, préc., note 6, p. 15.

précisément, notre travail de définition se concentre sur la primauté du droit dans le contexte de transition au Sri Lanka. Nous nous interrogeons alors sur les caractéristiques que la primauté du droit doit adopter dans le contexte de transition au Sri Lanka afin de soutenir la justice transitionnelle et de garantir la bonne gouvernance future. Notre étude s'inscrit dans une approche holistique de la primauté du droit dans la mesure où les caractéristiques de la société en transition participent à sa définition. Ces caractéristiques qui sont propres à la société sri lankaise sont issues de son histoire, de son conflit et de la façon dont elle a traité l'héritage de violations massives des droits humains. C'est en adoptant cette approche que nous pourrions fournir une définition de la primauté du droit qui ne s'oppose pas au processus de justice transitionnelle, mais qui le complète. Aussi, notre plan répond à ce besoin de prendre en compte l'ensemble des éléments extérieurs³³ qui sont constitutifs de la primauté du droit.

Dans un premier chapitre, nous définirons le concept de primauté du droit. Nous aborderons le débat conceptuel autour de la définition de la primauté du droit. Aussi, nous proposerons à l'issue de cette étude une définition du concept de primauté du droit susceptible de rencontrer un consensus parmi les théoriciens de la primauté du droit. Dans un second temps, nous définirons la justice transitionnelle. Celle-ci repose sur cinq piliers majeurs, dont quatre ont été établis par Louis Joinet³⁴ et Diane Orentlicher³⁵, complétant les principes énoncés par le Rapporteur spécial de la Sous-Commission Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection

³³ Ces éléments sont extérieurs en ce sens qu'ils ne se rapportent pas, par définition, à la primauté du droit, mais qu'ils sont nécessaires à sa définition dans le contexte de transition.

³⁴ Louis JOINET, *Rapport final en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission des droits de l'homme*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 1997, en ligne : <<http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinetf.html>> (consulté le 6 mars 2021).

³⁵ *Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité*, Mme Diane Orentlicher, Doc N.U. E/CN.4/2005/102/Add.1 (8 février 2005), en ligne : <<https://daccess-ods.un.org/tmp/9930158.25748444.html>> (consulté le 6 mars 2022).

des minorités, Theo van Boven³⁶, et mis à jour par le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, Cherif Bassiouni³⁷. Il s'agit des principes de justice, de vérité, de droit aux réparations et de garanties de non-répétition. Le dernier pilier, le principe de mémorialisation, est posé par le Rapporteur spécial pour le Conseil des droits de l'homme sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, Fabián Salvioli³⁸. Nous aborderons ces principes successivement. Finalement, en clarifiant un peu plus le rôle de la primauté du droit dans le contexte des sociétés en transition, nous préciserons de quelles façons la justice transitionnelle influence la définition de la primauté du droit, et ainsi, quelles seront les variables qui détermineront ses composants.

Dans un second chapitre, nous commencerons par brosser le portrait du conflit ayant fait des dizaines de milliers de morts au Sri Lanka entre 1971 et 2009. Nous identifierons dans un premier temps les raisons du conflit, et dans quelle mesure les Tamouls ont fait l'objet de mesures discriminatoires par le pouvoir en place au début des années 1980. Dans un second temps nous ferons ressortir l'intensité des violences commises durant cette période. Cette étude mettra en avant l'urgence de bâtir des mécanismes nationaux et internationaux pour la transition. De plus, les différentes violences ayant eu lieu caractériseront les solutions à apporter dans la transition, notamment du point de vue des disparitions forcées survenues.

³⁶ Commission des droits de l'homme, *Question des droits de l'homme de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, Doc. N.U. E/CN.4/1997/104 (16 janvier 1997), en ligne : <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=E%2FCN.4%2F1997%2F104&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>> (consulté le 6 mars 2021).

³⁷ Commission des droits de l'homme, *Droits civils et politiques et notamment : indépendance du pouvoir judiciaire, administration de la justice, impunité*, Doc N.U. E/CN.4/2000/62 (18 janvier 2000), en ligne : <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=E%2FCN.4%2F2000%2F62&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>> (consulté le 10 mars 2021).

³⁸ Conseil des droits de l'homme, *Les processus de mémorialisation dans le contexte des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire : le cinquième pilier de la justice transitionnelle*, Doc. N.U. A/HRC/45/45 (9 juillet 2020), en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/175/71/PDF/G2017571.pdf?OpenElement>> (consulté 10 mars 2021).

Dans un troisième chapitre, nous soulignerons les points critiques de la justice transitionnelle au Sri Lanka depuis les premières commissions. Celles-ci ont, par leur action, établi des exigences spécifiques : une justice dépolitisée, un discours de vérité centré sur l'expérience du conflit par les minorités tamoules, et la reconstruction de la confiance de ces derniers envers les institutions publiques. Ainsi, les éléments issus de cette étude contribueront à reconceptualiser la primauté du droit dans le cadre de la justice transitionnelle au Sri Lanka. Nous pourrions souligner les objectifs manqués par certaines mesures et certains mécanismes et expliquer de quelles façons ceux-ci ont pu freiner le processus de transition.

À l'issue de ces trois premiers chapitres, nous établirons que la justice transitionnelle ne peut être poursuivie dans le pays sans la reconstruction de la confiance des minorités tamoules dans les institutions chargées de se pencher sur les années de conflit. Dans le quatrième chapitre, nous mettrons l'accent sur la définition de la confiance publique et le rôle qu'occupe la primauté du droit dans sa réalisation. Après avoir montré le formalisme juridique creux existant au Sri Lanka depuis plus de 40 ans au travers des garanties constitutionnelles qui sont soit absentes, soit bafouées par le gouvernement, nous relativiserons le rôle des principes qui composent la primauté du droit dans leur capacité à engendrer la confiance des minorités tamoules dans les mécanismes de la justice transitionnelle au Sri Lanka.

Enfin, dans un cinquième et dernier chapitre, nous commencerons par rappeler le caractère primordial des caractéristiques formelles dans la réalisation d'une justice pénale dépolitisée. Nous nous pencherons sur la question de la justice pénale comme réponse au conflit, en particulier du point de vue du très grand nombre de disparitions forcées ayant eu lieu au Sri Lanka. Le comité pour les disparitions forcées, organisme d'experts indépendants chargé de surveiller la mise en œuvre de la Convention internationale pour la protection de toutes personnes contre les disparitions

forcées³⁹. Ce comité souligne l'importance de doubler tout effort de vérité par une justice dépolitisée pour les auteurs susceptibles d'être mis en lumière durant ses enquêtes⁴⁰. Il s'agira tout d'abord de souligner le cadre légal permettant de juger les criminels de guerre pour les crimes de disparitions forcées dont la nature même rend difficile la mise en œuvre de la responsabilité individuelle de ceux les ayant commandités. Nous devons alors étendre le spectre de la responsabilité pénale, ce qui affinera notre définition de la primauté du droit.

Dans un second temps, nous montrerons qu'il faut fonder substantiellement la primauté du droit au Sri Lanka, afin de garantir les droits et libertés pour engendrer une participation politique des minorités tamoules au processus de transition, condition essentielle de la justice transitionnelle au Sri Lanka. Jürgen Habermas nous aidera à mettre en lumière le lien qui unit la primauté du droit au processus de légitimation démocratique. Dès lors, dans la mesure où la justice transitionnelle vise à reconstruire la confiance des minorités tamoules dans les institutions publiques, nous soutenons que la primauté du droit doit générer la participation politique des individus en garantissant plusieurs droits civiques et politiques. De nombreuses ramifications de la conception bouddhiste du pays soulignent l'importance de clairement garantir cette série de droits et libertés aboutissant à la participation politique des minorités tamoules. Bien que le contexte politique actuel ne soit pas favorable au maintien de ces droits, les développements de la Cour Suprême du Sri Lanka sont à la fois une lueur d'espoir dans la réalisation de cet espace de discussion et un élément qui renforce la compatibilité de notre conception de la primauté du droit au sein de l'ordre légal du Sri Lanka.

³⁹ Haut-Commissaire aux droits de l'homme, *Enforced or Involuntary Disappearances*, Fiche d'information n°6/Rev.3, en ligne : <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet6Rev3.pdf>> (consulté le 4 avril 2021).

⁴⁰ Comité des disparitions forcées, *Principes directeurs concernant la recherche de personnes disparues*, Doc. N.U. CED/C/7 (8 mai 2019), Principe 13, en ligne : <<https://undocs.org/fr/CED/C/7>> (consulté le 6 mars 2021).

Dans ma conclusion, je suggère que, dans le cadre de la justice transitionnelle au Sri Lanka, la primauté du droit doit être définie selon une conception holistique. Les caractéristiques du contexte de transition ont des conséquences sur la définition de la primauté du droit. Plus précisément, nous proposons d'inclure au concept de primauté du droit une composante substantielle, qui vise la protection des droits civiques et sociaux, nécessaires à la participation politique des minorités Tamoules. Le concept formel de la primauté du droit, bien qu'essentiel pour rendre une justice dépolitisée, ne permet pas aux minorités Tamoules d'avoir une telle participation et, de fait, constitue un obstacle à la réalisation de la justice transitionnelle dans le pays.

CHAPITRE 1 : DEFINITION DE LA PRIMAUTE DU DROIT AU SEIN DES SOCIETES ETABLIES SOUMISES AU CADRE DE LA TRANSITION

Dans un premier titre, nous abordons les débats conceptuels qui entourent la primauté du droit. À partir de la distinction entre conceptions formelles et substantielles de la primauté du droit, nous proposerons une définition du concept de primauté dans nos sociétés établies qui constituera le principal objet d'étude de notre mémoire. Dans un second titre, nous définirons la justice transitionnelle autour des caractéristiques qui la compose. Aussi, nous aborderons les critiques vis-à-vis de l'objectif de réconciliation de la justice transitionnelle, et plus précisément, de quelles façons la primauté du droit est limitée dans sa promotion de ce dernier.

1.1 La primauté du droit

La primauté du droit envisagée dans l'abstrait est souvent organisée selon la division entre conceptions formelles et conceptions substantielles.

Paul Craig distingue très clairement les conceptions formelles des substantielles :

« Formal conceptions of the rule of law address the manner in which the law was promulgated (was it by a properly authorized person, in a properly authorized manner, etc.); the clarity of the ensuing norm (was it sufficiently clear to guide an individual's conduct so as to enable a person to plan his or her life, etc.); and the temporal dimension of the enacted norm (was it prospective or retrospective, etc.). Formal conceptions of the rule of law do not, however, seek to pass judgment upon the actual content of the law itself. They are not concerned with whether the law was in that sense a good law or a bad law, provided that the formal precepts of the rule of law were themselves met. Those who espouse substantive conceptions of the rule of law seek to go beyond this. They accept that the rule of law has the formal attributes mentioned above, but they wish to take the doctrine further. Certain substantive rights are said to be based on, or derived from, the rule of law. The concept is used as the foundation for these rights, which are then used to distinguish between "good" laws, which comply with such rights, and "bad" laws which do not⁴¹. »

⁴¹ P. CRAIG, préc., note 15, à la page 95.

Brian Tamanaha classifie davantage. Il propose une formulation « alternative » de la primauté du droit, et précise un peu plus cette distinction entre conceptions formelles et substantielles⁴². Selon Tamanaha, la distinction opérée par Craig n'est pas rigide, au sens où les versions formelles ont des implications substantielles et les versions substantielles comprennent des exigences formelles⁴³.

Selon lui, chaque conception évolue progressivement d'une conception plus « diluée » (thin) vers une conception plus « englobante » (thick)⁴⁴. Il distingue trois degrés se rapportant à la primauté du droit à la fois au sein des conceptions formelles, et au sein des conceptions substantielles.

Le premier degré s'inscrivant au sein des conceptions formelles correspond à la loi perçue comme instrument de l'action gouvernementale⁴⁵. Le second degré renvoie à la légalité formelle, soit l'ensemble des caractéristiques que doit adopter la loi : être générale, claire, non rétroactive et précise⁴⁶. Enfin, le dernier degré reprend ces mêmes caractéristiques, et y intègre la notion de démocratie, c'est-à-dire que les citoyens ont la capacité de déterminer le contenu de la loi⁴⁷. Au sein des conceptions substantielles, le premier degré s'appuie sur les droits individuels, comme la propriété, la vie privée et l'autonomie. Le second degré tient compte du droit à la dignité et à la justice. Le troisième et dernier degré comprend les droits sociaux⁴⁸.

⁴² Brian TAMANAHA, *On the Rule of Law : History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 91, en ligne : <<https://ebookcentral.proquest.com/lib/umontreal-ebooks/detail.action?docID=283619>>.

⁴³ *Id.*, p. 92.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*

Il convient maintenant de présenter les théories importantes auxquelles Craig et Tamanaha font écho dans leur classification. Nous présenterons successivement celles qui se rapportent aux conceptions formelles et aux conceptions substantielles.

1.1.1 Sur les conceptions formelles

On attribue traditionnellement l'une des premières formulations de la primauté du droit à Albert Ven Dicey, reconnu comme ayant fourni une définition qui se rapporte aux conceptions formelles. Dicey identifie plusieurs caractéristiques institutionnelles de la constitution de la Grande-Bretagne : la suprématie de la loi, l'égalité devant la loi et le fait que la constitution soit le résultat de la loi du pays⁴⁹. Ensemble, celles-ci forment « the rule of law. » Bien que son étude se concentrât sur le système politique britannique, il a provoqué plusieurs spéculations sur les perspectives de la primauté du droit comme valeur universelle.⁵⁰

Joseph Raz est connu pour avoir fourni l'une des définitions les plus claires de la primauté du droit. Il explique notamment pourquoi la primauté du droit doit se comprendre selon cette conception formelle. La primauté du droit constitue une vertu du système juridique. La mise en œuvre de cette vertu peut aussi s'apprécier comme une vertu morale : celle d'exercer le pouvoir d'une manière qui respecte l'autonomie des individus. Cette dernière vertu morale est contingente des mérites plus larges du système juridique, notamment du point de vue du contenu de la loi.⁵¹ Selon lui, le contenu de la loi ne doit pas constituer un critère de définition de la primauté du droit. La primauté

⁴⁹ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8e éd., Londres, Macmillan, 1915, p. 110-122.

⁵⁰ M. J. TREBILCOCK et Ronald J. DANIELS, préc., note 14, p. 15.

⁵¹ N. W. BARBER, « Must Legalistic Conceptions of the Rule of Law Have a Social Dimension? », (2004) 17-4 *Ratio Juris* 474-488, 478.

du droit n'aurait autrement aucune fonction utile, puisque « we have no need to be converted to the rule of law just in order to discover that to believe in it is to believe that good should triumph⁵². »

Il s'appuie sur les qualités que la loi doit adopter afin de pouvoir guider le comportement de ceux qui y sont sujets. C'est cette capacité à guider le comportement des individus qui est, selon Raz, le principal élément de la primauté du droit⁵³. Pour ce faire, la loi doit être prospective, ouverte, claire et relativement stable. Les juges chargés de l'application des lois doivent être indépendants et impartiaux. Aussi, il faut veiller à ce que les audiences soient ouvertes et équitables, et garantir la facilité d'accès aux tribunaux. Enfin, les tribunaux, les actions de la police et des autorités chargées des poursuites ne peuvent pervertir la loi, en décidant par exemple de ne pas engager des poursuites ou même une enquête pour certains crimes ou pour des crimes commis par certains délinquants⁵⁴.

Plusieurs critiques ont été émises à l'égard des définitions formelles de la primauté du droit. Plusieurs lectures des thèses de Dicey et Raz proposent une analyse qui souligne le caractère substantiel de leurs définitions de la primauté du droit. Ultiment, ces analyses questionnent l'existence d'une théorie de la primauté du droit uniquement définie de façon formelle. Nicholas Barber considère que la définition de Dicey comprend une dimension substantielle. La primauté du droit se définirait comme un ensemble d'injonctions politiques relatives, notamment, à la substance de loi.⁵⁵ Par exemple, le principe de légalité associé à Dicey exigerait aussi que la loi ne confère aucunement des pouvoirs discrétionnaires et arbitraires aux officiels, constituant ainsi une invective sur le contenu de la loi⁵⁶. Geoffrey Marshall tire la même conclusion quant à la définition

⁵² J. RAZ, préc., note 9, p. 211.

⁵³ *Id.*, p. 214.

⁵⁴ *Id.*, p. 215-218.

⁵⁵ N. W. BARBER, préc., note 51, p. 479-481.

⁵⁶ *Id.*, p. 479.

de la primauté du droit par Dicey, et note que « [the rule of law] must not permit overwide powers of discretionary actions to be conferred on officials⁵⁷. »

Pour Trevor Allan, la définition de la primauté du droit par Dicey repose sur une définition implicite de la « common law » comme un système de justice qui intègre les traditions de la communauté. Dicey entendait appliquer sa théorie au contexte spécifique de la Grande-Bretagne, impliquant ainsi la défense par les tribunaux des droits et libertés consacrés constitutionnellement dans le pays⁵⁸. Cette impossibilité de définir la primauté du droit uniquement de façon formelle est une idée soutenue par l'analyse de David Dyzenhaus. Plus précisément, Dyzenhaus est critique de la définition de Raz. Il soutient que la capacité de la loi à guider le comportement des individus concerne le contenu de la loi puisque les lois particulières doivent avoir une substance définie avant de pouvoir être considérées comme lois⁵⁹.

Pour Richard Sannerholm, l'application de cette conception formelle de la primauté du droit aux sociétés en transition se traduit par la mise en œuvre d'un ensemble de principes, dont les buts principaux sont de protéger contre l'arbitraire et guider la conduite humaine⁶⁰. L'auteur est critique des théories substantielles dans le cadre des sociétés en transition. Il souligne alors la difficulté à établir un lien de causalité entre le renforcement de la primauté du droit et l'amélioration de la protection des droits humains⁶¹. Sannerholm dénombre quatre principes qui composent la primauté

⁵⁷ Geoffrey MARSHALL, *Constitutional Theory*, Oxford University Press, 1971, p. 138, en ligne: <<http://archive.org/details/constitutionalth0000mars>> (consulté le 20 mars 2023).

⁵⁸ Trevor R. S. ALLAN, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, 2003, p. 18-20.

⁵⁹ David DYZENHAUS, « Form and Substance in the Rule of Law: A Democratic Justification for Judicial Review », dans Christopher FORSYTH (dir.), *Judicial Review and the Constitution*, Oxford, Hart, 2000, p. 141-172 à la page 148.

⁶⁰ R. SANNERHOLM, préc., note 20, p. 73.

⁶¹ *Id.*, p. 74.

du droit en période de transition : la légalité, la sécurité juridique, la séparation des pouvoirs et l'égalité devant la loi⁶².

1.1.2 Sur les conceptions substantielles

Les conceptions substantielles de la primauté du droit encapsulent un élément matériel en plus des éléments formels. Ronald Dworkin est sûrement l'un des plus éminents défenseurs de la conception substantielle. Selon Dworkin, les individus sont titulaires de droits moraux les uns envers les autres, ainsi que de droits politiques qu'ils peuvent faire valoir à l'encontre de l'État⁶³. Ces droits doivent être reconnus dans le droit positif afin que les tribunaux puissent être saisis à la demande des individus⁶⁴. Ultimement, cette conception requiert une reconnaissance formelle des droits moraux : le plaignant a le droit moral de recevoir, en justice, ce qu'il demande, et si c'est le cas, alors son droit moral devrait être disponible judiciairement pour lui⁶⁵.

Parmi les conceptions substantielles fondées sur les droits, il y a notamment celle de Lord Bingham. Il propose une liste de huit principes propres à la primauté du droit et se rapportant à la fois à la forme et au fond.⁶⁶ La majorité des principes qu'il avance appartiennent aux conceptions formelles en ce qu'elles n'ont pas attiré au contenu de la loi⁶⁷. Cependant, la primauté du droit doit aussi

⁶² R. SANNERHOLM, préc., note 20, p. 74-75.

⁶³ Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 11.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*, p. 16.

⁶⁶ Lord BINGHAM, « The Rule of Law », (2007) 66 - 1 *The Cambridge Law Journal*, 67-85, 75.

⁶⁷ *Id.* La loi doit être accessible et, dans la mesure du possible, intelligible, claire et prévisible. Sept des principes exposés par l'auteur se rattachent aux conceptions formelles : les questions de droit et de responsabilité doivent normalement être résolues par l'application de la loi et non par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ; les lois du pays doivent s'appliquer également à tous, sauf dans la mesure où des différences objectives justifient une différenciation ; les ministres et les agents publics à tous les niveaux doivent exercer les pouvoirs qui leur sont conférés de bonne foi, équitablement, dans le but pour lequel les pouvoirs ont été conférés, sans dépasser les limites de ces pouvoirs et sans être déraisonnables ; des moyens doivent être prévus pour résoudre, sans coût prohibitif ni délai excessif, les litiges civils de bonne foi que les parties elles-mêmes ne sont pas en mesure de résoudre ; les procédures juridictionnelles prévues par l'État doivent être équitables ; la primauté du droit exige le respect par l'État de ses obligations en droit international comme en droit national.

assurer aux droits humains une protection suffisante⁶⁸. Bingham rejette catégoriquement la thèse de Raz sur le contenu de la Loi, et soutient que la primauté du droit ne saurait exister dans un État capable des pires violations⁶⁹. Il affirme, en citant l'ancien Président de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, Valery Zorkin, que pour prévenir ces horreurs, la loi doit exprimer l'essence du droit tel que l'humanité le conçoit à chaque stade particulier de son développement⁷⁰.

Afin de proposer une conception de la primauté du droit dans le cadre de la justice transitionnelle au Sri Lanka, il est nécessaire de déterminer un sens commun de cette notion. La distinction entre conceptions formelles et conceptions substantielles apporte des éléments de définition qui sont susceptibles d'être partagés par la plupart des juristes.

Selon le modèle élaboré par Brian Tamanaha, chaque conception de la primauté du droit reprend les caractéristiques de la conception qui la précède, et se différencie par l'ajout d'une exigence supplémentaire⁷¹. Ainsi, il est possible d'observer un noyau dur d'exigences associées à l'ensemble des conceptions de la primauté du droit. Dworkin propose de distinguer le concept des conceptions de la primauté du droit⁷². Le concept consiste en diverses propositions qui sont formulées par rapport à certains éléments généralement admis du concept commun⁷³. On peut accepter ces éléments pour diverses raisons. Celles-ci sont soit postulées comme justifiées et valides, soit dérivent d'une théorie plus générale que l'on accepte comme adéquate⁷⁴. Il suffit de montrer que les propositions sont universellement acceptables puisqu'elles représentent des éléments du concept

⁶⁸ L. BINGHAM, préc., note 67, p. 69.

⁶⁹ *Id.*, p. 70.

⁷⁰ Valery ZORKIN, *Discours prononcé lors du symposium organisé l'Association internationale du barreau à Moscou le 6 juillet 2007*.

⁷¹ B. TAMANAHA, préc., note 42, p. 94.

⁷² R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Harvard, Mass, 1988.

⁷³ Luc B. TREMBLAY, préc., note 10, p. 31.

⁷⁴ *Id.*

généralement acceptés⁷⁵. À l'inverse, une conception est une interprétation ou un « raffinement plus concret » du concept⁷⁶.

Selon Tremblay, le concept de la primauté du droit serait défini en ces termes : « Government must decide and act rationally, that is, its decision and action must be based on "reasons" and the reasons for governmental decisions must be, in a sense, legal⁷⁷. » Plusieurs éléments formels sont situés en dehors des zones de controverse et se rapportent à l'affirmation de Tremblay : le principe de légalité, la prévention de l'abus des pouvoirs discrétionnaires, l'indépendance des juges et l'égale application de la loi entre le gouvernement et les citoyens⁷⁸.

Nous emploierons cette définition de la primauté du droit dans nos sociétés établies, et la soumettrons au contexte de transition au Sri Lanka. Finalement, notre travail visera à établir dans quelles mesures le concept de la primauté du droit est modifié par les exigences de la justice transitionnelle dans le pays.

1.2 Historique et caractéristiques de la justice transitionnelle

Les procès de Nuremberg constituent les prémices des débats sur la justice transitionnelle. Ruti Teitel note à cet effet que les procès de Nuremberg encapsulent le dilemme propre à la transition⁷⁹. Ce dernier est défini par le changement de régime, et comment ce changement est influencé par le respect de la primauté du droit et les principes de responsabilités individuelles. Ce dilemme se

⁷⁵ Luc B. TREMBLAY, préc., note 10, p. 31.

⁷⁶ R. DWORKIN, préc., note 64, p. 70.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Henry William Rawson WADE et Christopher FORSYTH, *Administrative Law*, 9^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 19-20, cité par Han-Ru ZHOU, *Implied Constitutional Principles*, thèse, Oxford, Worcester College, 2012, p. 164.

⁷⁹ Ruti G. TEITEL, *Transitional Justice: Postwar Legacies (Symposium: The Nuremberg Trials: A Reappraisal and Their Legacy)*, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, 2006, p. 1116, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=4041392>> (consulté le 19 mars 2023).

résume de la façon suivante : La justice pénale en période de transition est-elle définie comme extraordinaire, ou bien doit-elle être guidée par la primauté du droit définie dans les démocraties établies⁸⁰? Les jugements des dirigeants de l'Allemagne nazie ont été le théâtre des premiers débats sur les actions à entreprendre afin de faire face à un héritage d'abus passés. Les tribunaux ont utilisé la loi en tant qu'outil de transformation, plutôt que d'adhérer à une stricte légalité. Par la suite, après l'effondrement des dictatures d'Amérique latine dans les années 1980 et 1990, de nouvelles obligations juridiques pour les États, accompagnées par des mécanismes innovants, ont été mis en œuvre pour affronter les nombreuses violations des droits humains.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a formulé une série d'obligations juridiques pour les États, afin d'assurer justice, vérité et réparations pour les victimes des violations des droits humains. Dans l'affaire *Velazquez Rodriguez*, la Cour interaméricaine déclare que l'État doit prévenir les violations des droits humains et doit enquêter, du mieux qu'il le peut, sur les violations commises à l'intérieur de sa juridiction.⁸¹ Ces enquêtes doivent mener à l'identification des responsables et ultimement, assurer des réparations adéquates aux victimes⁸². La Cour a par ailleurs confirmé l'aspect non dérogoire des obligations d'enquêter, de prévenir, de sanctionner et de réparer les victimes pour les États des sociétés en transition⁸³.

Plusieurs États d'Amérique du Sud se dotent de commissions chargées de faire la lumière sur les événements des conflits. La Commission nationale sur les disparus établie en Argentine en 1983

⁸⁰ R. TEITEL, préc., note 80, p. 1116.

⁸¹ *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras*, [1988] Series C No. 4, par. 177 (Cour interaméricaine des droits de l'homme).

⁸² *Id.*

⁸³ *Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia*, [2006] Series C No. 140, par. 146 (Cour interaméricaine des droits de l'homme).

est considérée comme la première commission de vérité et réconciliation. En 1991, le Chili se dote d'un mécanisme similaire, puis en 1993, c'est le Salvador qui adopte sa propre commission.

L'expression « justice transitionnelle » est alors employée pour distinguer un nouveau champ d'études, renvoyant à la question des droits humains dans les contextes de transition⁸⁴. Les divergences sur la définition de ce concept sont nombreuses. Ruti Teitel a toutefois fourni une définition qui a été largement employée pour décrire ce concept : « transitional justice refers to the view of justice associated with periods of political change, as reflected in the phenomenology of primarily⁸⁵ ». Plus concrètement, les Nations Unies ont érigé cinq piliers autour desquels la justice transitionnelle s'articule : la justice, la vérité, les réparations, les garanties de non-répétition sont les quatre premiers principes établis par le magistrat Louis Joinet, et confirmés par la professeure Diane Orentlicher⁸⁶. Le cinquième pilier, le processus de mémorialisation, a été défini et ajouté au cours des dernières années par Fabián Salvioli, Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition⁸⁷. Nous proposons maintenant de les examiner successivement.

1.2.1 Justice

Le droit à la justice est consacré par le rapport de Diane Orentlicher comme l'un des piliers de la justice transitionnelle :

⁸⁴ Paige ARTHUR, « How « Transitions » Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice », (2009) 31 - 2 Human Rights Quarterly, 321-364, 326.

⁸⁵ Ruti G. TEITEL, « Transitional Justice in a New Era », (2002) 26 - 4 Fordham International Law Journal, 893 - 906, 893.

⁸⁶ *Rapport final en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission des droits de l'homme*, préc., note 34 ; *Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble des principes pour la lutte contre l'impunité*, Mme Diane Orentlicher, préc., note 35.

⁸⁷ *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, Fabián Salvioli, Doc. N.U. A/HRC/48/60 (9 juillet 2021), par. 96, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/176/76/PDF/G2117676.pdf>> (consulté le 2 juillet 2022).

« Les États doivent mener rapidement des enquêtes approfondies, indépendantes et impartiales sur les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire et prendre des mesures adéquates à l'égard de leurs auteurs, notamment dans le domaine de la justice pénale, pour que les responsables de crimes graves selon le droit international soient poursuivis, jugés et condamnés à des peines appropriées⁸⁸. »

Selon ce principe, la justice est davantage perçue comme rétributive. Les auteurs ne resteront pas impunis, et paieront pour leurs crimes. De cette façon, les victimes ne seront pas tentées de se faire elles-mêmes justice, ce qui pourrait être le cas en l'absence de poursuites pénales⁸⁹. Aussi, la culpabilité est individualisée, et participe directement à effacer l'idée qu'une communauté entière est responsable de la violence des atrocités. Cela prévient la résurgence de violences qui pourrait naître d'une telle idée⁹⁰. De plus, la survie d'un régime nouvellement établi dépend de la rapidité et de la fermeté de l'action judiciaire contre les responsables des violations les plus graves des droits humains⁹¹. Sa capacité à poursuivre et juger les auteurs des violations insuffle une confiance nouvelle de la société dans les institutions judiciaires. Dans le cas inverse, la population pourra nourrir un sentiment de méfiance à l'égard du nouveau système politique, et le cas échéant, cela affectera l'effectivité des cours et tribunaux⁹².

Finalement, les poursuites judiciaires sont considérées comme le moyen de dissuasion le plus puissant contre de futures violations des droits humains et la garantie la plus efficace contre la violence et les atrocités durables⁹³.

⁸⁸ *Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité*, Mme Diane Orentlicher, préc., note 35, Principe 19.

⁸⁹ Luc HUYSE, « Justice » dans David BLOOMFIELD et Teresa BARNES (dir.), *Reconciliation after violent conflict*, Stockholm, Handbook Series, 2003, p. 96 - 121, à la page 98.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.* Nous abordons la question de la confiance de l'institution judiciaire plus en détail dans la suite de notre étude. Nous pouvons d'ores et déjà préciser que le fonctionnement du système pénal se fonde sur la volonté des citoyens de signaler les crimes dont ils sont témoins et victimes. Cette volonté de dénonciation repose sur leur confiance dans le fait que le système pénal produira les résultats escomptés.

⁹³ *Id.*

Cette conception de la justice s'est heurtée aux critiques qui soulignent son incompatibilité avec plusieurs procédés dits de justice transitionnelle. Ce débat, pour lequel l'expression « justice contre paix » est souvent employée, renvoie dos à dos les objectifs de la justice répressive et l'objectif de paix de la justice transitionnelle. La question de l'amnistie polarise ce débat. Nous l'envisagerons lorsque nous aborderons dans notre troisième titre.

1.2.2 Vérité

Les origines du droit à la vérité remontent au droit des familles, dans le cadre du droit international humanitaire, de connaître le sort de leurs proches⁹⁴. Les articles 32 et 33 du Protocol Additionnel 1 de 1977 des Conventions de Genève de 1949 affirment le droit des familles à connaître le sort de leurs membres et les devoirs des parties à tout mettre en œuvre pour qu'elles connaissent la vérité. Avec les violations perpétrées massivement par plusieurs États, notamment le crime de disparitions forcées dans les années 1980, le droit d'obtenir des informations sur la personne disparue s'est élargi. Plusieurs organes internationaux ont reconnu un droit à la vérité : la Commission interaméricaine des droits de l'homme⁹⁵, le Groupe de travail des Nations Unies sur les disparitions forcées ou involontaires⁹⁶ et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies⁹⁷.

⁹⁴ Yasmin NAQVI, « The Right to the Truth in International Law: Fact or Fiction », *International Review of the Red Cross*, (2006) vol. 88, n° 862, 245-273, 248.

⁹⁵ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Rapport annuel 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8, rev. 1 (26 septembre 1986), Chapitre V, en ligne : <www.cidh.org/annualrep/85.86eng/chap.5.htm> (consulté le 10 juillet 2022).

⁹⁶ Groupe de travail des Nations Unies sur les disparitions forcées ou involontaires, *Question des droits de l'homme de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, en particulier : question des personnes portées manquantes ou disparues*, Doc. N.U. E/CN.4/1435 (22 janvier 1981), par. 187, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G81/151/34/PDF/G8115134.pdf?OpenElement>> (consulté le 10 juillet 2022).

⁹⁷ Comité des droits de l'homme, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 40 du Pacte (PIDCP)*, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.63 (3 avril 1996), par. 25, en ligne : <<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhssZeM5yf4eKnxL21LDRiS%2fRHJmcgq05z3YydAa5YBz9tnUws1VGsTbGx0fyGWkX29Mhuc5xnFPTWqSSDaPW%2f1UIo3ag%2bBCYpAWi%2fEiSHY1HR>> (consulté le 10 juillet 2022).

Faire toute la lumière sur les exactions passées dans le cadre d'un conflit à grande échelle est impératif pour le processus de transition. Les Nations Unies ont reconnu à plusieurs reprises le caractère inaliénable du droit à la vérité au sujet des violations flagrantes des droits humains et des violations graves du droit relatif aux droits humains⁹⁸. Le second principe du rapport soumis par Diane Orentlicher porte sur ce droit :

« Chaque peuple a le droit inaliénable de connaître la vérité sur les événements passés relatifs à la perpétration de crimes odieux, ainsi que sur les circonstances et les raisons qui ont conduit, par la violation massive ou systématique des droits de l'homme, à la perpétration de ces crimes. L'exercice plein et effectif du droit à la vérité constitue une protection essentielle contre le renouvellement des violations⁹⁹. »

Les victimes et leurs proches doivent pouvoir connaître la vérité sur les circonstances dans lesquelles ont été commises les violations et, en cas de décès ou de disparition, sur le sort qui a été réservé à la victime¹⁰⁰.

C'est à partir de ce droit qu'on était institué les commissions de vérité. Elles répondent à la fois au besoin de vérité des familles, facilitent le processus de réconciliation et contribuent au combat contre l'impunité¹⁰¹. Ces organes enquêtent sur les événements du conflit et analysent les raisons qui en sont à l'origine afin d'écrire un récit historique crédible, et par là, empêcher qu'ils ne se reproduisent.¹⁰² Elles peuvent libérer la parole des victimes, et donner la possibilité à ces dernières

⁹⁸ *Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, étude sur le droit à la vérité*, E/CN.4/2006/91 (8 février 2006), par. 4, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/106/57/PDF/G0610657.pdf?OpenElement>> (consulté le 9 juillet 2022).

⁹⁹ *Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité*, Mme Diane Orentlicher, préc., note 35, Principe 2.

¹⁰⁰ *Id.*, Principe 4.

¹⁰¹ *Ensemble de principes actualisés pour la protection et la promotion des droits de l'homme pour la lutte contre l'impunité*, Mme Diane Orentlicher, Doc. N.U. E/CN.4/2005/102 (18 février 2005), par. 14, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/111/04/PDF/G0511104.pdf?OpenElement>> (consulté le 9 juillet 2022).

¹⁰² *Id.*, par. 15.

ainsi qu'aux auteurs de discuter publiquement des violations. Souvent, c'est le moyen mis en œuvre par les commissions pour parvenir à la réconciliation¹⁰³.

1.2.3 Réparations

Diane Orentlicher érige le droit à réparation comme pilier de la justice transitionnelle, définit de la façon suivante au principe 31 : « Toute violation d'un droit de l'homme fait naître un droit à réparation en faveur de la victime ou de ses ayants droit qui implique, à la charge de l'État, le devoir de réparer et la faculté de se retourner contre l'auteur¹⁰⁴. »

Si l'État est responsable d'actes de torture ou d'autres violations des droits humains commis sous un régime antérieur, il doit immédiatement montrer le sérieux de cet engagement en respectant son obligation de réparation envers les victimes. Le respect de cet engagement façonnera dès le départ la nouvelle identité politique du régime¹⁰⁵.

Les mesures s'inscrivant dans ce droit à réparation sont multiples et peuvent être distinguées selon leurs natures. Nous pouvons d'abord distinguer les droits à la réparation des politiques de réparation. Les premiers renvoient aux réparations ayant une base juridique dans le droit national ou dans le droit international des droits humains, tandis que les derniers relèvent des politiques et des priorités¹⁰⁶.

Ces mesures qui traduisent le droit à réparation peuvent être individuelles ou collectives. Dans la mesure où des violations ont été commises à grande échelle, il sera souvent difficile pour le

¹⁰³ *Ensemble de principes actualisés pour la protection et la promotion des droits de l'homme pour la lutte contre l'impunité*, Mme Diane Orentlicher, préc. note 102, par. 15.

¹⁰⁴ *Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité*, Mme Diane Orentlicher, préc., note 35, Principe 31.

¹⁰⁵ Stef VANDEGINSTE, « Réparation » dans David BLOOMFIELD et Teresa BARNES (dir.), *Reconciliation after violent conflict*, Stockholm, Handbook Series, 2003, 145 - 162, p. 147.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 146.

nouveau régime de prendre des mesures de réparations individuelles. Idéalement, ces mesures seront complétées par des mesures collectives, comme l'accès aux services médicaux, à l'éducation et à l'emploi pour certains groupes ou minorités ethniques, religieux ou autres défavorisés¹⁰⁷.

Ces mesures peuvent aussi être financières ou non financières. L'indemnisation est fréquemment employée. Et pour cause, il est presque impossible de rétablir la situation dans laquelle se trouvait une personne avant qu'elle soit victime de graves exactions. Cependant, il existe des mesures non financières qui peuvent être incluses aux côtés de réparations pécuniaires. Parmi elles, il est possible d'envisager le rétablissement de la citoyenneté, la délivrance de certificats de décès des personnes que l'on a « fait » disparaître, la facilitation des exhumations et des réinhumations, et l'effacement des casiers judiciaires¹⁰⁸.

1.2.4 Garanties de non-répétition

L'expression de « garanties de non-répétition » est employée pour la première fois en 1993 dans un rapport de l'ONU¹⁰⁹, soit près de dix ans avant que le Comité des droits de l'homme souligne l'importance de ces garanties. Celui-ci fait valoir qu'il serait contraire aux fins visées par le PIDCP de ne pas reconnaître l'existence d'une obligation inhérente à l'article 2 de prendre des mesures pour prévenir la répétition d'une violation du pacte¹¹⁰.

¹⁰⁷ S. VANDEGINSTE, préc., note 106, p. 147.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ Commission des droits de l'homme, *Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1993/8, (2 juillet 1993), par. 47, 48 et 55, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/141/59/PDF/G9314159.pdf?OpenElement>> (consulté le 8 juillet 2022).

¹¹⁰ Comité des droits de l'homme, *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 mai 2004), par. 17, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/419/57/PDF/G0441957.pdf?OpenElement>> (consulté le 8 juillet 2022).

Alors que la justice, la vérité et les réparations concernent des mesures, les garanties de non-répétition sont une fonction qu'il est possible de remplir grâce à une grande diversité de mesures¹¹¹.

Cette diversité se retrouve dans la définition du quatrième pilier de la justice transitionnelle au sein du rapport de Diane Orenlicher :

« Les États doivent veiller à ce que les victimes ne puissent de nouveau subir des violations de leurs droits. À cette fin, ils doivent entreprendre des réformes institutionnelles et prendre les mesures qui s'imposent pour garantir le respect de l'état de droit (rule of law), 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. Une représentation adéquate des femmes et des groupes minoritaires dans ces institutions est essentielle pour atteindre ces objectifs. Des réformes institutionnelles visant à prévenir tout renouvellement des violations devraient être mises en place grâce à de vastes consultations publiques auxquelles participeraient les victimes et d'autres acteurs de la société civile¹¹². »

En 2015, le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition met en avant la variété des mesures nécessaires à la prévention de la résurgence des violations. Elles sont à la fois institutionnelles, culturelles et individuelles¹¹³.

Les mesures dites institutionnelles peuvent être illustrées avec la ratification des traités pertinents, qui concernent les violations flagrantes des droits humains et les violations graves du droit international humanitaire¹¹⁴. Il y a aussi les réformes juridiques, visant à introduire des infractions pénales sur la base du droit international. Il faut prévoir des recours judiciaires et non judiciaires pour réparer les violations flagrantes des droits humains, et différencier l'application des délais de prescription selon que les crimes soient de droit commun ou constitutifs d'atrocités (crimes de

¹¹¹ *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, Doc. N.U. A/HRC/30/42 (7 septembre 2015), par. 23, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/202/05/PDF/G1520205.pdf?OpenElement>> (consulté le 8 juillet 2022).

¹¹² *Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité*, Mme Diane Orenlicher, préc., note 35, Principe 35.

¹¹³ *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, préc., note 112, par. 32.

¹¹⁴ *Id.*, par. 42.

guerre, crimes contre l'humanité, crimes de génocide et crimes liés à l'apartheid)¹¹⁵. La réforme du judiciaire occupe également une place très importante au sein des réformes institutionnelles. L'amélioration du processus de sélection du personnel judiciaire et le renforcement de l'indépendance judiciaire doivent s'accompagner de compétences nouvelles des procureurs et des juges dans le démantèlement des réseaux criminels¹¹⁶.

Les mesures dites culturelles et individuelles sont nécessaires pour provoquer des changements durables¹¹⁷. Ces mesures sont multiples et peuvent intervenir dans des domaines très différents. Par exemple, l'éducation peut favoriser l'élaboration de nouvelles règles, réalisant un équilibre entre la contestation des récits du passé et la promotion d'une culture de dialogue à travers les générations¹¹⁸. De la même façon, l'art et la culture peuvent rendre compte des conséquences particulièrement complexes des violations commises pour les particuliers et les communautés¹¹⁹.

1.2.5 Processus de mémorialisation

La justice des tribunaux ne suffit pas, à elle seule, à changer les perceptions au sein des sociétés en transition. Malgré la justice rendue par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY), celui-ci n'est pas parvenu à supplanter les récits construits par les appareils de propagande créés pendant la guerre ni à endiguer le négationnisme et les discours de haine¹²⁰. De la même façon, les procès de Nuremberg n'ont pas, à eux seuls, permis la transformation de la société

¹¹⁵ *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, préc., note 112, par. 46 à 49.

¹¹⁶ *Id.*, par. 54, 58 et 61.

¹¹⁷ *Id.*, par. 92.

¹¹⁸ *Id.*, par. 93.

¹¹⁹ *Id.*, par. 95.

¹²⁰ *Id.*, par. 53.

allemande. Les nombreux procès allemands et les multiples documentaires et publications sur l'Holocauste ont rendu celle-ci possible¹²¹.

En juillet 2020, le rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition a érigé le processus de mémorialisation comme cinquième pilier de la justice transitionnelle¹²². La Commission interaméricaine des droits de l'homme, en 2019, avait déjà recommandé l'adoption de politiques publiques en matière de mémorialisation¹²³. Selon le rapporteur spécial, sans mémoire, il ne peut y avoir ni droit à la vérité, à la justice et aux réparations, ni aux garanties de non-répétition¹²⁴. En ce sens, la mémorialisation constitue le cinquième pilier de la justice transitionnelle.

L'objectif du processus de mémorialisation est de « permettre aux populations victimes de faire sens d'un passé brutal – sans le justifier – et ainsi d'apaiser les tensions existantes et de permettre à la société de vivre plus paisiblement avec l'héritage des divisions anciennes. »¹²⁵ La mémoire vise à établir une « vérité dialogique »¹²⁶, soit réunir « les conditions pour qu'un débat sociétal

¹²¹ *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, préc., note 112, par. 57.

¹²² *Les processus de mémorialisation dans le contexte des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire : le cinquième pilier de la justice transitionnelle*, préc., note 38.

¹²³ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Résolution adoptée par la CIDH lors de sa 174e session*, 3/2019 (9 novembre 2019), en ligne : <<https://www.oas.org/fr/cidh/decisions/pdf/Resolution-3-19-fr.pdf>> (consulté le 9 juillet 2022). La Commission définit les politiques publiques en matière de mémoire comme « les différentes interventions qui, reposant sur les preuves documentaires et testimoniales et forgées avec la participation des victimes et de la société civile, convergent vers la reconnaissance par l'État des faits et de sa responsabilité à l'égard des violations graves des droits humains survenues, la revendication et la conservation de la mémoire ainsi que la dignité des victimes, la diffusion et la préservation de la mémoire historique et la promotion d'une culture des droits humains et de la démocratie orientée vers la non-répétition des faits. », p. 4.

¹²⁴ *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, Fabián Salvioli, préc., note 88, par. 21.

¹²⁵ *Id.*, par. 37.

¹²⁶ Albie SACHS, *The Soft Vengeance of a Freedom Fighter*, Berkeley, University of California Press, 2000.

s'engage sur les causes, les responsabilités directes et indirectes et les conséquences des crimes et violences du passé¹²⁷. »

Il est essentiel de veiller à ce que la mémoire ne soit pas instrumentalisée. Elle ne doit pas servir à nier ou à tenter de relativiser les violations et les crimes constatés par les commissions de vérité ou établis dans le cadre de procédures judiciaires. Pour prévenir cet abus, la voix des victimes de violations des droits humains doit occuper une place privilégiée dans la construction de la mémoire¹²⁸.

1.3 Critiques de la promotion d'un objectif social par la primauté du droit

La justice transitionnelle se distingue de la justice traditionnelle. Adopter cette dernière dans le cadre d'une société en transition comporte plusieurs désavantages. Ruffin Viclère Mabilia explique que, dans nos sociétés établies, la justice est davantage répressive et cherche à lutter contre l'impunité¹²⁹. L'auteur poursuit en expliquant que cette volonté de sanctionner ceux qui enfreignent la loi n'endigue pas les récidives¹³⁰. La justice transitionnelle vise en premier lieu à empêcher toute nouvelle violation. Cette approche n'est pas non plus favorable aux victimes, qui, dans les processus de justice de nos sociétés établies, seront mises en retrait par rapport au préjudice causé¹³¹. Nous voulons dire par là que cette justice se penche davantage sur les sanctions plutôt que sur la réparation des victimes. La justice transitionnelle se concentre sur la dignité et l'humanité des victimes, qui sont mises au centre des mécanismes qui rendent la justice¹³². L'ensemble des

¹²⁷ *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, Fabián Salvioli, préc., note 88, par. 36.

¹²⁸ *Id.*, par. 38.

¹²⁹ Ruffin VICLERE MABIALA, *La Justice dans les Pays en situation de Post-Conflict : Justice Transitionnelle*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 50.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

¹³² *Id.*, p. 51.

mécanismes mis en œuvre durant la transition qui se tournent vers le conflit ont un objectif premier : celui de mettre fin aux violences existantes qui sont le prolongement du conflit, et prévenir toute réapparition de cette violence pour le futur. Ultimement, trouver la paix au sein d'un pays est ce vers quoi tend la justice transitionnelle.

Cette paix, de nombreux acteurs de la justice transitionnelle la définissent comme la nécessité de reconstruire le lien social entre les communautés, brisé durant les années de conflit. La faiblesse des institutions favorise le conflit, et ainsi, les conflits intracommunautaires aggravent l'atrophie des institutions. La fracture entre les individus d'un même pays demande une solution à même de régénérer le lien social. C'est donc cet objectif de réconciliation que la justice transitionnelle entend réaliser. Le débat existant depuis des années à propos du but de la justice transitionnelle est de savoir à quel point l'objectif de paix définit les mesures de ce processus. Certains s'accordent pour dire que la justice transitionnelle est le premier processus capable d'engendrer cette réconciliation, tandis que d'autres y voient davantage un processus jouant un rôle notable pour rendre la justice, mais qui ne peut promouvoir la réconciliation étant donné la nature même des violences qui eurent lieu durant le conflit¹³³.

Cet objectif de réconciliation est susceptible d'emporter une série de mesures et de mécanismes qui diffèrent des garanties issues la primauté du droit de nos « démocraties établies ». Selon Martha Minow, les tribunaux ont une capacité limitée dans la promotion de cet objectif social, là où des

¹³³ « Reconciliation by whom? After someone takes away your daughter, tortures her, disappears her, and then denies having ever done it—would you ever want to “reconcile” with those responsible? That word makes no sense here. The political discourse on reconciliation is immoral, because it denies the reality of what people experienced. It is not reasonable to expect people to reconcile after what happened here. » Horacio VERBITSKY, dans une interview de Priscilla HAYNER, *Unspeakable Truths - Facing the Challenges of Truth Commissions*, New York, Routledge Press, 2002, cité par Yasmin SOOKA, « Dealing with the Past and Transitional Justice: Building Peace through Accountability », (2006) 88 - 89 *International Review of the Red Cross*, 311 - 325, 322. Plusieurs auteurs questionnent la pertinence même de la justice transitionnelle à permettre la réconciliation. Voir notamment Hugo VAN DER MERWE, Victoria BAXTER, Audrey R. CHAPMAN. *Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*, Washington, United States Institute of Peace Press, 2009.

commissions de vérité sont plus à même de l'atteindre¹³⁴. La mise en œuvre de la responsabilité des auteurs de violations des droits humains par une justice indépendante pourrait être difficilement réalisable dans la poursuite de la réconciliation, où les seules garanties de procédures et l'ensemble des caractéristiques du procès équitable ne sont pas favorables, par exemple, au dévoilement de la vérité.

La création des circonstances permettant la naissance de la réconciliation demande de repenser la primauté du droit telle que définie dans nos sociétés établies. Dans ce contexte, la primauté du droit dans les sociétés en transition est comprise de façon différente que dans les sociétés établies. L'ordre et la stabilité de la primauté du droit définis en introduction s'accordent mal avec cet objectif de changement. Cette distinction contextuelle est décrite par Teitel en ces termes :

« In established democracies, adherence to the rule of law depends on the application of principles constraining the purposes and application of the law, but this is not its primary role in transitional times. In periods of radical political change, the law is unsettled, and the rule of law is not well explained as a source of ideal norms in the abstract. Within the context of a transitional jurisprudence, the rule of law can be better understood as a normative value scheme that is historically and politically contingent and elaborated in response to past political repression often perpetrated under the law¹³⁵. »

La primauté du droit durant les périodes de transition est davantage définie comme une réponse au conflit. Par exemple, la prospectivité, d'ordinaire caractéristique de la loi, peut être écartée dans le cadre de lois aux valeurs illibérales. Plus largement, Teitel insiste sur le fait que la justice pénale est classiquement perçue comme tournée vers le passé. En période de transition, elle regarde aussi vers l'avenir. Les sociétés en transition utilisent la justice pénale pour marquer une différence entre l'ancien et le nouveau régime. La justice doit aussi être définie à partir des injustices qu'a connu la

¹³⁴ Martha MINOW, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Boston, Beacon Press, 1998.

¹³⁵ Ruti G. TEITEL, *Transitional Justice*, New York, Oxford University Press, 1997, p. 7.

société, sa culture juridique, ses traditions politiques ainsi que les exigences imposées par la situation politique transitoire¹³⁶.

L'une des critiques majeures de cette dernière affirmation est qu'elle pourrait permettre de complètement transformer la primauté du droit au bénéfice de plusieurs objectifs de la justice transitionnelle. Il existe dès lors plusieurs risques, notamment vis-à-vis de la construction de la future gouvernance. Plusieurs auteurs ont pointé du doigt les risques de défendre une conception de la justice aux composantes dangereuses pour sa perception, par la population, sur le long terme.

Celle-ci pourrait être associée à des particularités qui lui sont incompatibles afin de répondre aux exigences de la transition. Plus précisément, « transitional justice discourses have a contemporary purchase well beyond transitions from violent conflict. Exceptionalism in the name of the difficulties of transition could lead to a broad exceptionalism as more and more situations are defined as transitional¹³⁷. »

L'exemple le plus parlant, et qui fut longtemps au centre des débats portant sur la justice transitionnelle, est le cas de l'amnistie. Les mesures d'amnistie peuvent constituer un frein à la justice et à la découverte de la vérité. C'est ce que considère la Cour interaméricaine dans l'affaire *Barrios Altos v. Peru*¹³⁸. La législation Péruvienne prévoyait d'empêcher toutes enquêtes et sanctions à l'encontre des forces de polices et de l'armée pour les violations de droits humains commises durant le conflit armé commencé au début des années 1980. La Cour interaméricaine a

¹³⁶ R. G. TEITEL, *Transitional Justice*, préc., note 136., p. 219.

¹³⁷ Christine BELL, « The “New Law” of Transitional Justice » dans K. AMBOS, J. LARGE et M. WEIRDO (dir.), *Building a Future on Peace and Justice, Studies on transitional justice, Peace and Development*, 2009, p. 123.

¹³⁸ *Case of Barrios Altos v. Peru*, [2001] Series C No. 75, par. 43 (Cour interaméricaine des droits de l'homme).

alors, pour la première fois, affirmé le caractère illégal et incompatible de cette loi avec les droits humains¹³⁹.

Les victimes ayant vu les auteurs des violations relaxées au nom de la transition sont durablement marquées. Plus précisément, leur confiance dans les institutions disparaît. Si l'on souscrit à cette conception de la justice qui tolère ces exceptions en période de transition, il apparaît alors indispensable de définir dans le temps la période de transition. Dans le cas contraire, cette conception de la justice pourrait influencer durablement la compréhension de la légalité à l'échelle nationale et la crédibilité des institutions judiciaires¹⁴⁰. Il est dès lors capital de tenir compte des solutions qui ont été apportées depuis la fin du conflit afin de déterminer si une conception « élastique » de la primauté du droit menace la gouvernance future. Cette question a pu s'illustrer, sur un plan plus pratique, comme une opposition entre ceux en faveur des commissions de vérité et ceux en faveur des procès.

Toutefois, définie de cette façon, la justice transitionnelle est une impasse d'un point de vue de la définition de la primauté du droit. Puisqu'il s'agit de définir si certaines fins théoriques associées au concept de la primauté du droit sont compatibles ou non avec le contexte de transition, nous sommes amenés à faire un choix entre les fins théoriques et le contexte. Mais le concept de primauté du droit reste inchangé. Simplement, il correspond ou non à la situation d'espèce, et il s'agit de voir si s'en écarter représente ou non un risque pour la gouvernance future. C'est précisément ce qu'identifie Pablo de Greiff dans *Theorizing Transitional Justice*¹⁴¹.

¹³⁹ *Case of Barrios Altos v. Peru*, préc., note 139.

¹⁴⁰ P. MCAULIFFE, *Transitional Justice and Rule of Law Reconstruction: A Contentious Relationship*, Routledge, 2013, p. 106.

¹⁴¹ Pablo DE GREIFF, « Theorizing Transitional Justice » (2012) 51 *Nomos*, 31-77.

L'auteur propose une lecture particulière des différentes mesures de justice transitionnelle qui, à terme, répondent toutes à un objectif appartenant à une dimension plus large, et qui permet à l'auteur de justifier leur existence. Ensemble, ces dimensions clarifient les liens indirects et peu clairs de certaines mesures avec les objectifs de la justice transitionnelle. Les mesures font partie de la justice transitionnelle car elles deux objectifs intermédiaires (reconnaître les victimes et favoriser la confiance des citoyens) et deux objectifs finaux (contribuer à la réconciliation et à la démocratisation)¹⁴². Dès lors, il n'est plus question de choisir une mesure plutôt qu'une autre.

De Greiff est critique de cette théorie de la distinction associée à Teitel. Celle d'une justice différente selon qu'elle s'applique en période de transition ou non. Il défend l'idée d'une théorie qui s'adapte au contexte. Cependant, sa théorie ne s'imbrique pas dans cette logique de compromis qui tend soit à prioriser le contexte, et donc modifier ou sacrifier les principes constitutifs de la justice, soit à ne pas toucher à ces principes, ce qui n'aboutit pas à la prise en compte suffisante du contexte¹⁴³. Il y a une différence majeure dans l'application de ces principes, « not only in the narrow sense of implementation but in the more fundamental sense of coming to an understanding of what it is reasonable to expect the principles in question to imply under specific circumstances¹⁴⁴. »

¹⁴² P. DE GREIFF, préc., note 142, p. 40. Les termes « intermédiaires » et « finaux » ne sont pas des points de référence dans le temps, mais situent les dimensions sur un point causal : chaque mesure partage ces buts. Seulement les liens de causalité qui les unissent à la réconciliation et à la confiance publique sont plus courts que ceux qui les unissent à la réconciliation et à la démocratie.

¹⁴³ *Id.*, p. 62.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 63.

1.4 Conclusion

Nous avons analysé dans ce premier chapitre la notion de primauté du droit et de justice transitionnelle, posant ainsi le cadre théorique de ce mémoire.

Dans le premier titre, nous avons distingué les conceptions formelles et substantielles. Ainsi, nous avons pu définir un noyau dur de caractéristiques, qui, ensemble, constitue le concept de primauté du droit : le principe de légalité, la prévention de l'abus des pouvoirs discrétionnaires du gouvernement, l'indépendance des juges et l'égle application de la loi entre le gouvernement et les citoyens. Au sein du second titre, nous avons identifié les caractéristiques de la justice transitionnelle, en soulignant les cinq piliers qui la composent : la justice, la vérité, les réparations, les garanties de non-répétitions et la mémorialisation. Finalement, dans un troisième titre, nous avons soulevé plusieurs critiques quant aux définitions de la primauté du droit soucieuses de poursuivre un objectif social. Celles-ci s'illustrent théoriquement par les risques que comporte une définition trop large de la primauté du droit. Aussi, grâce à l'analyse de Pablo De Greiff, nous pourrions définir la primauté du droit en justifiant nos modifications du concept de primauté du droit par rapport aux exigences de la justice transitionnelle au Sri Lanka.

Le processus de transition au Sri Lanka a commencé alors même que le conflit ne s'était pas achevé. À cette occasion, la multiplication des manquements vis-à-vis des piliers qui composent la justice transitionnelle a profondément marqué la perception de la justice transitionnelle par les victimes du conflit. Avant de nous pencher davantage sur ces premiers mécanismes, nous proposons, dans un second chapitre, de dessiner les grandes lignes du conflit srilankais.

CHAPITRE 2 : LE CONFLIT

Le Sri Lanka est composé de deux groupes linguistiques, cinghalais et tamouls, et de six grands groupes de populations : cinghalais (1), principalement bouddhistes, mais aussi chrétiens ; tamouls (2), principalement hindous ; tamouls à l'origine indienne récente (3) amenés d'Inde au XIXe siècle pour travailler dans la plantation de thé au Sri Lanka ; musulmans (4); burgers (5), descendants des Néerlandais, Portugais et Anglais et enfin les Malais (6). Le dernier recensement datant de 2012 (Annexe 1) établit que les Cinghalais représentent 74,91% de la population au Sri Lanka, tandis que la somme des deux communautés tamoules atteint 15,27%. Ces deux peuples se côtoient au Sri Lanka depuis la colonisation du pays par les Européens, période durant laquelle les tensions débutèrent.

2.1 Des tensions historiques

Les origines du conflit entre Cinghalais et Tamouls sont pour beaucoup comprises comme l'héritage de l'impérialisme britannique qui débuta en 1796, et de la rancœur qui naquit au sein des deux groupes ethniques par la suite. D'abord avec un certain favoritisme des Anglais envers les Tamouls. Les Tamouls ont bénéficié de réseaux commerciaux plus larges et d'un plus grand nombre d'opportunités. Les autorités coloniales britanniques ont souvent placé des écoles de langue anglaise dans les zones à prédominance tamoule. En conséquence, ceux-ci ont reçu davantage de possibilités dans la fonction publique et sur le plan professionnel que leurs homologues cinghalais¹⁴⁵. Le sentiment d'isolement et d'oppression vécu par les Cinghalais a

¹⁴⁵ Nithyani ANANDAKUGAN, « The Sri Lankan Civil War and Its History, Revisited in 2020 », *Harvard International Review*, (31 août 2020), en ligne : <<https://hir.harvard.edu/sri-lankan-civil-war/>> (consulté le 12 décembre 2020).

changé de côté peu après l'indépendance du pays en 1948. Cette période voit l'ascension de plusieurs Cinghalais au pouvoir, et le début d'une législation discriminatoire envers les Tamouls.

Le *Sinhala Only Act* de 1956 fait du cinghalais la seule langue officielle, et limite l'accès des Tamouls aux services gouvernementaux ou cherchant un emploi dans l'administration¹⁴⁶. À cela s'ajoutent des mesures dites de discrimination positive favorisant les étudiants cinghalais dans leur accès à l'université. Ces mesures sont mises en œuvre pour compenser le manque de possibilités de ces étudiants avant l'indépendance.

En mai 1958, les premières émeutes anti-tamoules éclatent au Ceylan. Le nombre considérable de morts et de Tamouls déplacés marque le début d'une longue et violente réprimande des populations tamoules dans la recherche de leurs droits. En 1961, l'armée fut envoyée dans le nord du pays pour réprimer les manifestations pacifiques des Tamouls qui dénonçaient la politique discriminante du gouvernement. Les humiliations qu'ils subirent durant cette période ont définitivement motivé la volonté séparatiste de nombreux Tamouls¹⁴⁷.

Les années 1970 sont caractérisées par le durcissement des violences à leur égard, et par la radicalisation de ces derniers pour l'expansion de leurs droits. C'est aussi durant cette période qu'émergent plusieurs groupes politiques tamouls revendiquant l'existence d'un territoire tamoul. Aussi, une nouvelle constitution est rédigée par le gouvernement cinghalais, empêchant toute dévolution du pouvoir législatif aux Tamouls¹⁴⁸. La conférence internationale de recherche tamoule en 1974 marque un tournant décisif dans le mouvement sécessionniste. Lors de la conférence,

¹⁴⁶ PARLIAMENT OF CEYLON, *Official Language Act*, (1956), 33, en ligne : http://www.commonlii.org/lk/legis/num_act/ola33o1956180/s2.html (consulté le 12 décembre 2020).

¹⁴⁷ Neil DE VOTTA, « The Liberation Tigers of Tamil Eelam and the Lost Quest for Separatism in Sri Lanka », (2009) 49 *Asian Survey*, 1021-1051, 1026.

¹⁴⁸ *Constitution du Sri Lanka*, 1972, art. 2, en ligne : [https://www.parliament.lk/files/ca/4.%20The%20Constitution%20of%20Sri%20Lanka%20%20%201972%20\(Article%20105%20%E2%80%93134\)%20Chapter%20XIII.pdf](https://www.parliament.lk/files/ca/4.%20The%20Constitution%20of%20Sri%20Lanka%20%20%201972%20(Article%20105%20%E2%80%93134)%20Chapter%20XIII.pdf) (consulté le 10 juin 2022).

l'intervention de la police a entraîné la mort d'une dizaine de personnes. Cet évènement a directement nourri la rédaction de la résolution *Vaddukoddai*, appelant à la création d'un « free, sovereign, secular, socialist state of Tamil Eelam¹⁴⁹. »

La résolution demande clairement, pour la première fois, la création d'un État pour la *Nation Tamoul*, basée sur leur territoire historique au nord et à l'est du pays. En 1977, le parti politique du Front Uni de Libération Tamoul (TULF) devient le principal parti d'opposition au parlement. La politique du parti repose sur un programme séparatiste. Pour plusieurs auteurs, cette position indépendantiste cherchait avant tout à permettre une marge de négociation avec le gouvernement¹⁵⁰. Néanmoins, leur arrivée au parlement a suscité de la peur chez une partie de la population cinghalaise, déjà en colère contre les tensions et perturbations au nord du pays. Ceci expliquerait notamment les raisons des émeutes anti-tamoules de 1977. Les mois d'août et de septembre 1977 ont été témoins d'une multitude d'incidents visant directement les Tamouls partout sur l'île¹⁵¹.

C'est au tournant des années 1970 que les Tigres de Libération de l'Ealam Tamoul (LTTE) émergent comme le groupe politique aux actions violentes le plus fort. La fin de cette décennie est marquée par l'exacerbation de l'opposition entre l'État et les Tamouls, avec notamment le vote du *Prevention of Terrorism Act (PTA)*¹⁵².

¹⁴⁹ *Vaddukoddai Resolution*, Tamil United Liberation Front, 14 mai 1976, en ligne : <https://www.sangam.org/FB_HIST_DOCS/vaddukod.htm> (consulté le 12 décembre 2020).

¹⁵⁰ International Crisis Group, Sri Lanka : *Tamil politics and the quest for a political solution*, Asia Report n° 239, novembre 2012, p. 3, en ligne <<https://www.refworld.org/pdfid/50ac990c2.pdf>> (consulté le 14 décembre 2020) ; N. DE VOTTA, préc., note 149, p. 1028.

¹⁵¹ *Report of the presidential commission of inquiry into the incidents which took place between 13th August and 15 September 1977*, Sessional Paper n°VII, 1980 en ligne : <<https://lankafreelibrary.com/2019/10/15/sansoni-commission-1980/>> (consulté le 14 décembre 2020).

¹⁵² *Prevention of Terrorism Act*, Act n°48 of 1979, en ligne : <<https://www.lawnet.gov.lk/prevention-of-terrorism-3/>> (consulté le 14 décembre 2020).

Au sein de la police, les violences à l'égard des Tamouls sont de plus en plus fortes. Un nombre significatif de Tamouls sont torturés et décèdent dans les commissariats. S'y ajoutent les différents bâtiments incendiés par la police à Jaffna en 1981 : la destruction des bureaux du *Tamil Newspaper*, de la maison du parlementaire tamoul V. Yogeswaran, et, en particulier, de la bibliothèque publique de Jaffna, prélude des combats opposant les LTTE au Gouvernement jusqu'en 2009¹⁵³.

2.2 La violence du conflit

L'armée et les LTTE sont les deux acteurs principaux du conflit. Celui-ci se caractérise par une rare violence. La population civile a entièrement été intégrée dans le conflit. Elle a subi la violence des affrontements, mais a aussi été directement visée : les civils ont très probablement été employés comme bouclier humain durant les dernières années du conflit¹⁵⁴, la population a été affamée¹⁵⁵ et victime de contrôle et de privation de liberté à l'intérieur du pays dans des camps fermés¹⁵⁶. Les parties ont refusé que la population civile reçoive de l'aide humanitaire¹⁵⁷, et les enfants ont été recrutés et utilisés lors des hostilités par les LTTE¹⁵⁸.

¹⁵³ N. DE VOTTA, préc., note 149, p. 1028; Virginia A. LEARY, *Ethnic Conflict and Violence in Sri Lanka: Report of a Mission to Sri Lanka in July-August 1981 on behalf of the International Commission of Jurists*, New York, p. 31, en ligne : <<https://www.icj.org/wp-content/uploads/1983/08/Sri-Lanka-ethnic-conflict-and-violence-fact-finding-mission-report-1983-eng.pdf>> (consulté le 15 décembre 2020).

¹⁵⁴ Isabelle LASSÉE et Eleonore VERMUNT, « Fitting the Bill: Incorporating International Crimes into Sri Lankan Law » dans Isabelle LASSÉE (dir.), *Sri Lanka's Time to Try: Prosecuting Conflict-Related Abuses*, South Asian Centre for Legal Studies, 2019, p. 156-178, à la page 165.

¹⁵⁵ Yasmin SOOKA, Steven RATNER et Marzuki DARUSMAN, *Report of the Secretary General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka*, 2011, par. 128, en ligne : <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/POE_Report_Full.pdf> (consulté le 4 mars 2021).

¹⁵⁶ *Report of the OHCHR Investigation on Sri Lanka (OISL)*, Doc N.U. A/HRC/30/CRP.2 (16 septembre 2015), par. 1172, en ligne : <<https://www.refworld.org/docid/55ffb1d04.html>> (consulté le 4 mars 2021).

¹⁵⁷ *Report of the OHCHR Investigation on Sri Lanka (OISL)*, préc., note 158, par. 1166.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 1140.

Il faut noter le nombre élevé de violences sexuelles perpétrées par l'armée¹⁵⁹, de meurtres injustifiés¹⁶⁰, et l'emploi de la torture par les LTTE, et à grande échelle par l'armée¹⁶¹. Enfin, ce conflit a fait du Sri Lanka le second pays au monde ayant connu le plus de disparitions forcées¹⁶².

Le conflit cesse officiellement en mai 2009 avec la mort de Velupillai Prabhakaran, dirigeant historique des LTTE. Cette dernière année comptabilise un nombre élevé de civils tués. À cet égard, le haut-commissaire aux droits de l'homme s'est prononcé sur le caractère « choquant » du niveau de victimes civiles¹⁶³. Sur les 26 ans de conflit, le pays totalise plus de 100 000 morts, et près de 60 000 disparitions forcées.

L'ensemble du pays a été touché. Il faut toutefois noter que les violences se sont accrues au nord. Lors des derniers mois du conflit, cette région a été le théâtre de nombreuses violations des droits humains. Aujourd'hui encore, le paysage est empreint des ultimes affrontements entre les LTTE et l'armée. En témoigne l'implication du Comité International de la Croix Rouge, l'intensité du conflit et l'organisation au sein des corps armés chez les deux parties font manifestement tomber cette période sous la qualification des conflits armés non-internationaux¹⁶⁴. Comme nous le verrons, juger l'ensemble des violences sur la base du droit pénal national emporte de graves conséquences sur la justice et la gouvernance future.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 571- 574.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 209.

¹⁶¹ *Id.*, par. 532, par. 566.

¹⁶² *Id.*, par. 386.

¹⁶³ Haut-Commissariat au droit de l'homme, *Serious violations of international law committed in Sri Lanka conflict: UN human rights chief*, Communiqué de presse (13 mars 2009), en ligne : <<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2009/10/serious-violations-international-law-committed-sri-lanka-conflict-un-human>> (consulté le 3 septembre 2021).

¹⁶⁴ Voir notamment ICRC, *ICRC in Sri Lanka*, 1615/002, 2021, en ligne : <https://www.icrc.org/sites/default/files/wysiwyg/Worldwide/asia/sri-lanka/210720_icrc_in_sl_brochure_final.pdf> (consulté le 12 mars 2023) ; Article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et art. 1 du Protocole additionnel II.

À plusieurs reprises durant les années de conflit, le gouvernement vainqueur a instigué des commissions d'enquête et des commissions de vérité. C'est dans un troisième chapitre que nous constatons que les minorités tamoules n'ont connu ni justice, ni vérité. Les dix années qui suivent la fin du conflit n'ont pas non plus été témoin de progrès substantiels dans ces deux domaines. Dès lors, la reconstruction de la confiance entre les minorités tamoules, dont l'expérience traumatisante du conflit est absente du discours national, et les institutions, est capitale.

CHAPITRE 3 : LES EFFORTS DE TRANSITION

L'importance des violences ayant eu lieu durant le conflit, ainsi que le nombre exceptionnellement élevé de disparitions, est encore présente dans les mémoires, sans pour autant que la vérité soit faite sur les années de conflit, sans que le discours des victimes soit entendu par l'État. Les efforts du gouvernement pour permettre la transition semblent n'être qu'un subterfuge pour ne pas attirer les foudres de la communauté internationale.

De nombreuses organisations internationales ont dénoncé l'artifice de ces mesures. Elles se sont exprimées sur la Commission Enquête et Réconciliation (LLRC), investie en 2010, quelque temps après la fin du conflit. Dans une lettre conjointe, Amnesty International, Human Rights Watch (HRW) et International Crisis Group (ICG) exposent en quelques lignes les raisons pour lesquelles ils déclinent l'invitation de la LLRC à la rejoindre, clairement résumées dans cette phrase : « [The LLRC] not only fails to meet basic international standards for independent and impartial inquiries, but it is proceeding against a backdrop of government failure to address impunity and continuing human rights abuses. »¹⁶⁵

Cette réalité s'est aggravée avec la volonté du gouvernement de ne pas progresser dans la transition, malgré les mesures porteuses d'espoir en 2015¹⁶⁶. L'ONU a rendu le 27 janvier 2021 un rapport

¹⁶⁵ Amnesty International, Human Rights Watch, at International Crisis Group, « Sri Lanka: International inquiry needed to address alleged war crimes (Joint Letter to the Lessons Learned & Reconciliation Commission (LLRC) on Sri Lanka from Amnesty International, Human Rights Watch & International Crisis Group) », *Amnesty International*, (14 octobre 2010), en ligne : <<https://www.amnesty.org/en/documents/ASA37/015/2010/en/>>, cité par Jessica CHANDRASHEKAR, « State-Based Truth Commissions, The Case of Post-war Sri Lanka » dans Nergis CANEFE (dir.), *Transitional Justice and Forced Migration: Critical Perspectives from the Global South*, New York, Cambridge University Press, 2019, p. 135 - 157, à la page 142.

¹⁶⁶ Sous le gouvernement de coalition du premier ministre Maithripala Sirisena, les pouvoirs du président quant aux nominations des hauts magistrats, des membres des commissions indépendantes du procureur général et de l'inspecteur général de la police ont été limités, et l'avis du public a été recueilli pour réformer la constitution. Enfin, le gouvernement a mis en place le Bureau des personnes disparues chargé, notamment, d'enquêter sur le sort des personnes disparues et des victimes de disparitions forcées. Il a également mis en place un Bureau des réparations et a libéré certaines terres civiles occupées par l'armée dans les zones touchées par le conflit. Parlement de la République socialiste et démocratique du Sri Lanka, *The Office on Missing Persons Act (Establishment, Administration and*

accablant sur la situation au Sri Lanka¹⁶⁷. Le gouvernement maintient l'impunité des auteurs des violations des droits humains en « faisant activement obstacle » à la mise en œuvre des enquêtes et des procès. Ce rapport a notamment pu ouvrir la voie à la résolution du 23 mars 2021 du Comité des droits de l'homme, dans laquelle le comité renforce la surveillance internationale de la situation des droits humains au Sri Lanka. Cet espoir est aussi le rappel de la situation critique dans le pays. La justice est attendue. Les précédents efforts gouvernementaux pour adresser les violations passées n'ont pas apporté les fruits que les défenseurs des droits humains souhaitaient voir mûrir.

À cela s'ajoute la peur de nombreuses victimes que les preuves des violations qu'ils dénoncent puissent disparaître ou être altérées par le gouvernement¹⁶⁸. Enfin, le gouvernement de Gotabaya Rajapaska renforce les compétences de l'exécutif. Et ce, au détriment de l'égalité des pouvoirs, en intervenant, par exemple, au cours des procédures judiciaires pour permettre l'abandon de poursuites à l'encontre des auteurs présumés de crimes de guerre.

De la même façon, la gouvernance future est minée par ce processus de transition qui ne progresse pas. La déception apportée par les commissions d'enquête durant les années de conflit et l'actuelle action gouvernementale pour freiner la justice participent d'une perte de confiance certaine dans les institutions. Rama Mani distingue plusieurs « états de délabrement » afin de montrer l'impossibilité de retenir une conception unique de la primauté du droit pour les sociétés post-

*Discharge of Functions) Act, n°14, 2016, en ligne : <http://documents.gov.lk/files/act/2016/8/14-2016_E.pdf> (consulté le 15 décembre 2020); Parliament of Sri Lanka, *Office for Reparations Act, (2018) L.D.—O. 12/2018, en ligne : <http://documents.gov.lk/files/act/2018/10/34-2018_E.pdf> (consulté le 15 décembre 2020), cité par Amnesty International, *Old ghosts in new garb: Sri Lanka's return to fear*, ASA 37/3659/2021, 2021, p. 11 et 12, en ligne : <<https://www.amnesty.org/download/Documents/ASA3736592021ENGLISH.PDF>> (consulté le 15 décembre 2020).**

¹⁶⁷ *Rapport du Haut-Commissariat aux droits de l'homme sur la Promotion de la réconciliation, de la responsabilité et des droits de l'homme au Sri Lanka*, Doc. N.U. A/HRC/46/20 (9 février 2021), en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/028/53/PDF/G2102853.pdf?OpenElement>> (consulté le 15 décembre 2020).

¹⁶⁸ Voir notamment International Crimes Evidence Project, *Island of impunity? Investigation into international crimes in the final stages of the Sri Lankan civil war, 2014*, en ligne : <https://piac.asn.au/wp-content/uploads/island_of_impunity.pdf> (consulté le 22 décembre 2020); HRW, *Open Wounds and Mounting Dangers, Blocking Accountability for Grave Abuses in Sri Lanka, 2021*, en ligne : <https://www.ecoi.net/en/file/local/2044618/srilanka0221_web.pdf> (consulté le 15 décembre 2020).

conflit. Elle y identifie un état de corruption et de dysfonctionnement de l'appareil étatique, qui fait directement écho à la situation que connaît le Sri Lanka :

« The most significant failing is the judiciary's loss of independence and impartiality, as it is manipulated by the executive branch of government and, often, the military. The judiciary is controlled largely by the executive, and becomes a tool for the benefit of the political, military and economic elite¹⁶⁹. »

L'impossibilité même d'établir la responsabilité des auteurs de violations des droits humains témoigne d'un processus de transition à l'arrêt. Plus encore, ce sont les signes d'un possible retour du conflit.

La recherche de la vérité est un enjeu clé pour chaque société en transition. Dans le cadre des travaux sur la justice transitionnelle, l'apport de la vérité dans ce processus reste très discuté¹⁷⁰. Ce décalage marginalise les communautés tamoules, et ruine la confiance entre elles et les institutions publiques.

Nous abordons deux versants de la justice transitionnelle dont le gouvernement est l'auteur. Cela permet de rendre compte de cette cassure entre minorités tamoules et institutions. Tout d'abord, nous nous pencherons sur les commissions, qui n'ont pas réussi à saisir la seule réalité du conflit. En plus de cela, nous soulignerons le discours poursuivi par le gouvernement depuis la fin du conflit, visant à faire porter la responsabilité des violences aux seuls LTTE, renforçant l'idée d'un discours national discriminant. Nous pourrions alors discuter de la culture de l'impunité qui s'est installée dès les premières commissions d'enquête du début des années 1980. Les interventions du

¹⁶⁹ Rama MANI, *Beyond Retribution: Seeking Justice in the Shadows of War*, Blackwell Publishing Company, 2002, p. 74.

¹⁷⁰ Voir par exemple David MENDELOFF, « Truth-Seeking, Truth Telling, and Postconflict Peacebuilding: Curb the Enthusiasm? », (2004) 6 *International Study Review*, 355-380; Erin DALY, « Truth Skepticism: An Inquiry into the Value of Truth in Times of Transition », (2008) 2 *International Journal of Transitional Justice*, 23-41; Vishakha WIJENAYAKE, « The Plurality of Truth in Post-Conflict Societies and the Right to Truth in International Law », (2018) 26 *Sri Lanka Journal of International Law*, 31-52.

gouvernement dans la mission des commissions d'enquête et de vérité, ont considérablement réduit l'objectif de rupture avec les violences passées, tout comme la création d'un nouveau discours inclusif. Puis dans un second temps, nous nous pencherons sur la notion de confiance des individus envers les institutions.

Sans la confiance publique, les mécanismes de transition ne pourront accomplir leur mission. Ultimement, le succès de la gouvernance future est déterminé par la confiance des individus dans le système pour rendre la justice¹⁷¹. En étudiant la nécessité de rendre justice, nous apporterons des éléments explicatifs à la perte de confiance dans les institutions : le frein qu'oppose le gouvernement aux mécanismes de transition témoigne de l'extrême retard de la justice pour les exactions passées. Il nourrit la perte de confiance des individus dans les institutions chargées d'établir la justice transitionnelle.

Nous verrons successivement deux particularités dans le fait d'adresser les violences du conflit et d'établir la justice pour leurs auteurs. Dans un premier temps, nous montrerons comment la vérité sur le conflit s'est construite pendant et après le conflit. Puis, dans un second temps, nous nous pencherons sur l'impunité qui est entretenue depuis plusieurs années au Sri Lanka. Enfin, ces analyses sur l'assertion de la vérité et sur la culture de l'impunité nous amèneront à conclure au renforcement des principes qui composent le concept de primauté du droit.

3.1 Sur l'assertion de la vérité

¹⁷¹ Mark PLUNKETT, « Reestablishing Law and Order in Peace-Maintenance », (1998) 4 - 1 *Global Governance*, 61-79, 68; cité par R. MANI, préc., note 171, p. 84.

Le 9 janvier 2021, le mémorial de l'Université de Jaffna qui commémorait les milliers de Tamouls morts à Mullivaikkal durant les dernières années du conflit a été détruit, sans que la responsabilité de cette décision soit clairement établie. Tandis que le gouvernement soutient que celle-ci était prise par l'administration de l'université, la communauté tamoule impute la responsabilité de la destruction au gouvernement. Cet acte est l'un des derniers chapitres en date soulignant l'obstruction récurrente aux efforts de transition. Peu avant cela, le gouvernement avait déclaré qu'il n'observerait plus la résolution 30/1 du Conseil des droits de l'homme, la promesse de réalisation de la transition en 2015¹⁷². Cette décision renforce le sentiment selon lequel le processus de transition commencé au début des années 1990 n'a jamais fourni de résultats satisfaisants dans l'élaboration de la justice transitionnelle.

Les commissions d'enquête sont notamment chargées, par leurs découvertes additionnées, d'écrire la vérité du conflit.¹⁷³ C'est ce qui est affirmé par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme dans son étude sur le droit à la vérité, où « commissions of inquiry (...) may constitute important tools for ensuring the right to truth. »¹⁷⁴ Le droit à la vérité n'est apparu que de façon très partielle dans le processus d'enquête commencé au début des années 1990. Ce dernier s'est illustré par un récit incomplet des atrocités passées, par l'impossibilité de rendre public les rapports de ces commissions, et par la non-intégration de leur recommandation dans la politique nationale¹⁷⁵.

¹⁷² Conseil des droits de l'homme, *Favoriser la réconciliation et l'établissement des responsabilités et promouvoir les droits de l'homme au Sri Lanka*, Doc. N.U. A/HRC/RES/30/1 (14 octobre 2015), en ligne : <<https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/HRC/40/23&Lang=F>> (consulté le 16 mars 2021).

¹⁷³ Priscilla B. HAYNER, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, Londres, Taylor & Francis Group, 2010. p. 84.

¹⁷⁴ *Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, étude sur le droit à la vérité*, préc., note 99, par. 61, en ligne : <<https://www.refworld.org/docid/46822b6c2.html>> (consulté le 26 avril 2021).

¹⁷⁵ Kishali PINTO - JAYAWARDENA, *Post-war justice in Sri Lanka - Rule of law, the Criminal Justice System and Commissions of Inquiry*, 2010, en ligne : <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2010/01/srilanka_impunity_18_01_20102.pdf> (consulté le 18 décembre 2020).

Les efforts réalisés par le Sri Lanka dans l'élaboration de la justice transitionnelle pour le pays sont soulignés par le Conseil des droits de l'homme dans le préambule de la même décision qui constate l'arrêt de la transition¹⁷⁶. Le mandat des commissions limite matériellement et temporellement leurs enquêtes. Successivement, les gouvernements ont fondé les premières commissions d'enquête sur la loi des commissions d'enquête de 1948¹⁷⁷. Cette loi est inadaptée pour des allégations de violations graves des droits humains dont l'État est l'auteur présumé.

En effet, la loi est muette sur l'assurance que les révélations d'actes criminels conduisent à des poursuites. Elle ne se prononce pas non plus sur la garantie de la protection des victimes et des témoins, ainsi que sur la protection des droits de ceux qui peuvent être ultérieurement accusés d'infractions pénales¹⁷⁸. Enfin, cette loi laisse aux commissions le soin de déterminer leurs propres procédures, ce qui fut problématique lors de l'intervention des commissions régionales établies en 1994. Si la libre fixation des procédures des commissions est *a priori* bénéfique compte tenu des spécificités régionales du conflit, elle s'est traduite par une asymétrie entre ces commissions dans l'accès du public aux trois commissions¹⁷⁹. En outre, grâce à cette liberté dans la définition de la procédure, les auteurs présumés et ceux les accusant n'ont pas été contre-interrogés. Dans la mesure où ce seul examen n'aboutissait pas à l'identification de la culpabilité des auteurs présumés, leurs noms ne sont pas apparus dans les rapports de 1994¹⁸⁰. Les commissions laissaient à la charge de la commission suivante le soin de pousser les enquêtes, mais elle n'y fut pas autorisée¹⁸¹.

¹⁷⁶ *Favoriser la réconciliation et l'établissement des responsabilités et promouvoir les droits de l'homme au Sri Lanka*, préc., note 174.

¹⁷⁷ *Commissions of inquiry Act*, 8 septembre 1948, en ligne : <<https://www.lawnet.gov.lk/commissions-of-inquiry>> (consulté le 4 janvier 2021).

¹⁷⁸ K. PINTO - JAYAWARDENA, préc., note 178, p. 16.

¹⁷⁹ À cet effet, la commission chargée d'enquêter sur les disparitions à l'Ouest, au Sud et dans la région de Sabaragamuwa a tenu ses audiences à huis clos ; K. PINTO - JAYAWARDENA, préc., note 178, p. 87.

¹⁸⁰ Ils ont été transmis au président.

¹⁸¹ K. PINTO - JAYAWARDENA, préc., note 178, p. 87.

Bien que le mandat des commissions régionales ne s'apparentât pas à la détermination d'une culpabilité individuelle comme devant un tribunal, cette ambiguïté est notable.¹⁸² Elles sont chargées d'établir les contours d'une responsabilité, sans pour autant poursuivre la même mission qu'un tribunal pénal. Le mandat de plusieurs commissions leur demandait de déterminer les faits et de recommander ou non un procès pénal. Malgré cela, le mandat ne reconnaît pas clairement l'appréciation de la responsabilité des présumés auteurs. Si les commissions d'enquête visent davantage à rechercher l'existence de crimes, il n'est pas rare qu'elles nomment de présumés auteurs. De fait, la conduite de procès pénaux capables d'engager des enquêtes à l'encontre des personnes nommées est cruciale.

Ce fut le cas pour la commission Kokkadicholai, établie en 1991, chargée d'enquêter sur la mort d'une centaine de Tamouls dans la ville du même nom le 12 juin 1991. Les enquêtes, à la qualité très contestée, n'ont pas permis de mettre à jour des preuves suffisantes pour recommander un procès pénal dans certains cas, ce qui participe directement de l'impunité des auteurs des violations des droits humains. Les enquêtes établissent ainsi une potentielle responsabilité individuelle aux yeux des minorités tamoules. En écartant dès lors tout procès pénal « [they] ran the risk of displacing the jurisdiction of criminal courts by failing to take due care for issues of fairness and preservation of evidence. »¹⁸³

La détermination de la période couverte par les commissions précédemment mentionnées a permis d'exclure un certain nombre de crimes commis avant ou après. Les premières commissions présidentielles portant sur les disparitions, établies en 1991, du fait de leur mandat très limité, n'ont pu se pencher que sur les nouvelles disparitions ayant eu lieu après l'établissement de la

¹⁸² *Id.*, p. 88.

¹⁸³ *Id.*, p. 111.

Commission d'enquête présidentielle en 1991. Elles ont ainsi écarté une dizaine de milliers de cas de disparition entre 1988 et 1990¹⁸⁴.

C'est la qualité de l'ensemble des processus d'enquête sur les exactions commises durant les années de conflit que nous critiquons. En plus de la forme ambiguë de certaines commissions, la superficialité de nombreuses enquêtes a caractérisé la recherche de la vérité dans le pays. Par exemple, les premières commissions d'enquête de 1991 se sont abstenues d'examiner les disparitions liées à la détention militaire au motif que le contexte du conflit armé ne le permettait pas¹⁸⁵. Comme le souligne Chandra Lekha Sriram, les rapports produits par les commissions d'enquête régionales en 1997 sont discutables. D'abord parce qu'elles n'ont pas pris en compte les mêmes périodes.¹⁸⁶ Ensuite, parce qu'elles omettent d'examiner la période qui précède 1988, et les années qui suivent l'entrée en fonction de l'administration de Kumaratunga en 1994, en particulier lors de la disparition des Tamouls à l'est du pays entre 1994 et 1998¹⁸⁷.

Ensuite, dû à la situation peu sécuritaire du nord du pays, la commission chargée d'enquêter dans cette région n'a pu mener d'investigations poussées¹⁸⁸. De nombreux cas de disparitions ne furent pas traités, et quelques 10 135 autres plaintes soumises par des parents et des témoins restèrent non examinées. Aussi, en 1998, la commission présidentielle chargée de traiter des cas de disparition

¹⁸⁴ K. PINTO - JAYAWARDENA, préc., note 178, p. 77; Amnesty International, *Twenty years of make-believe - Sri Lanka's commissions of inquiry*, ASA 37/005/2009, 2009, p. 10, en ligne : <<https://www.amnestyusa.org/pdf/srilanka2009.pdf>> (consulté le 18 décembre 2020).

¹⁸⁵ K., PINTO - JAYAWARDENA, préc., note 178, p. 101.

¹⁸⁶ « One report addressed disappearances through 1991 [Commission chargée de l'Ouest, du Sud et des provinces de Sabaragamuwa], another through 1996 [Commission chargée du Nord et de l'Est] and one was less clear about its cut-off [Commission chargée des provinces centrales, du nord-ouest, du nord central, et des provinces d'UVA] », *Id.*, p. 70.

¹⁸⁷ C. L. SRIRAM, « Sri Lanka, Atrocities, Accountability, and the Decline of Rule of Law » dans Renee JEFFERY et Hun Joon KIM (dir.), *Transitional Justice in the Asia-Pacific*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 61-86, à la page 68.

¹⁸⁸ C. L. SRIRAM, « Sri Lanka, Atrocities, Accountability, and the Decline of Rule of Law », préc., note 190, p. 69. Par exemple, la commission chargée des enquêtes au nord du pays n'a pas pu donner de noms. Plus encore, la commission a invité les Tamouls résidant en dehors de Jaffna à venir dans la capitale et à déposer un dossier auprès de la commission.

non inspectés par les précédentes commissions régionales vit le jour et reçut pour ce faire un mandat géographiquement étendu à tout le pays¹⁸⁹. Malgré les 10 316 dossiers traités, peu de cas au nord du pays ont été mis en lumière¹⁹⁰.

En 2001, la commission présidentielle de vérité sur les violences ethniques est chargée d'enquêter sur les violations de droits humains et la destruction de propriétés commises entre 1981 et 1984. La commission s'illustre par un rapport fragile, et ne consacre pas suffisamment de temps du point de vue des enquêtes. L'avocat vétérinaire des droits civils et secrétaire du Mouvement pour les Droits Civils (CRM) Suriya Wickremasinghe a témoigné sur les massacres de la prison de Welikada devant cette commission :

« Where the Welikade massacres were concerned for instance it did hardly any —if any— investigation of its own. It relied on me for practically everything (for instance, even the inquest proceedings were supplied to it by us) and seemed more than happy with just our material. What it should have done is taken our material as a starting point and then followed up from there, with all its powers of investigation and summoning witnesses, which we didn't have. For instance, it could and should have tried to obtain the statements recorded by the police after the first massacre¹⁹¹. »

Enfin, la commission d'enquête sur les causes du conflit armé qui vit le jour peu après la fin des combats a été sévèrement remise en cause dans sa façon de promouvoir la paix et la justice.

L'insécurité des témoins fut soulignée, poussant une partie d'entre eux à ne pas se présenter devant

¹⁸⁹ K. PINTO - JAYAWARDENA, préc., note 178, p. 93.

¹⁹⁰ « The majority of the 10 316 files inquired into came from Kandy (Central Province - 3397 files), Kurunegala (Northwestern Province - 1581 files) and Matale (Central Province - 1042 files) and Anuradhapura (North-Central Province - 883 files). Files from the North/East provinces were considerably less in number, totalling Jaffna - 42 files, Batticaloa - 18 files, Kilinotchi - 8 files, Mannar - 1 file, Mulaithivu - 7 files, Trincomalee - 9 and Vavuniya - 3 files. », K. PINTO - JAYAWARDENA, préc., note 178, p. 93.

¹⁹¹ Cité par les enseignants universitaires pour les droits humains (Jaffna), Colombo Telegraph, « Scripting the Welikade Massacre Inquest and the Fate of Two Dissidents » (24 juillet 2013), en ligne : <https://www.colombotelegraph.com/index.php/scripting-the-welikade-massacre-inquest-and-the-fate-of-two-dissidents/> (consulté le 19 décembre 2020), cité par K. PINTO - JAYAWARDENA, préc., note 178, p. 98.

les commissions. Celles-ci ne précisent pas si elles ont eu accès à la dernière zone de guerre, où la plupart des victimes civiles sont identifiées¹⁹².

Ces quelques éléments témoignent de l'absence de prise en compte de l'expérience des victimes du conflit dans la découverte de la vérité. Plus encore, ils nous indiquent que lorsque l'État, partie au conflit, a le contrôle des commissions.

L'établissement de commissions d'enquête durant un conflit est un choix critiqué du fait des risques que cela entraîne sur leurs bons fonctionnements. Dans le rapport sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires de mai 2008, le Rapporteur spécial indique qu'il est pratiquement impossible que le gouvernement assure l'indépendance des commissions en temps de conflit¹⁹³. Ces propos sont confirmés par la loi de 1948 sur les commissions d'enquête qui laisse au président la liberté de supprimer discrétionnairement les commissaires, compromettant ainsi leur indépendance¹⁹⁴.

Dans une plus grande mesure, cette impossible indépendance a été soulevée dès l'apparition des premières commissions, précisément dans le cadre de la commission d'enquête Sansoni établie en 1977¹⁹⁵. Elle était chargée d'enquêter sur les incidents ayant eu lieu entre le 13 août et le 15 septembre de la même année. Déjà, le défenseur des droits humains Rajan Hoole écrivait : « In

¹⁹² Amnesty International, *Quand obtiendront-ils justice ? Défaillances de la commission enseignement et réconciliation au Sri Lanka*, ASA 37/008/2011 2011, p. 33, en ligne : <<https://www.amnesty.org/download/Documents/28000/asa370082011fr.pdf>> (consulté le 22 décembre 2020) ; International Crisis Group, « Statement on the Report of Sri Lanka's Lessons Learnt and Reconciliation Commission » (22 décembre 2011), en ligne : <<https://www.crisisgroup.org/asia/south-asia/sri-lanka/statement-report-sri-lanka-lessons-learnt-and-reconciliation-commission>> (consulté le 22 décembre 2020).

¹⁹³ *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, Doc. N.U. A/HRC/8/3 (2 mai 2008), par. 35, en ligne : <<https://undocs.org/A/HRC/8/3>> (consulté le 18 décembre 2020).

¹⁹⁴ Section 5 de l'acte sur les commissions d'enquête de 1948, modifiée par l'amendement n° 16 en 2008. Cet amendement a apporté des garanties d'indépendances pour les commissions futures, sans pour autant briser la discrétion du chef de l'État dans la suppression des commissaires.

¹⁹⁵ *Report of the presidential commission of inquiry into the incidents which took place between 13th August and 15 September 1977*, préc., note 153

a context where the politics of the nation is wayward and the executive both too powerful and thoroughly unscrupulous, to expect a good commission report on a matter involving high stakes, is to expect too much from individuals¹⁹⁶. »

Plus encore, dans le cadre des commissions de vérité, nous assistons à l'élaboration d'un discours fondé sur la réalité du conflit, au sein duquel les voix des victimes en font partie intégrante. Les commissions de vérité révèlent une vérité du conflit dans un discours nationaliste qui se veut inclusif et à l'écoute des victimes afin de marquer une rupture avec le passé. Or, comme le souligne Jessica Chandrashekar, lorsque ces commissions interviennent pendant le conflit, ce nationalisme reproduit souvent la violence structurelle du passé¹⁹⁷. L'histoire d'un peuple au sein d'un conflit est modelée par le pouvoir étatique pour l'inclure dans un discours national portant sur le conflit, mettant dès lors à la marge ce peuple dans son expérience des atrocités. Cela est renforcé lorsque les rapports des commissions d'enquête ne sont pas rendus publics. Ce fut le cas à plusieurs reprises¹⁹⁸. Ces enquêtes ayant abouti à l'identification de différents crimes, elles procèdent à la fois d'une impunité certaine des auteurs inquiétés par leurs découvertes, et ne participent pas du discours national sur la vérité du conflit.

Si les commissions d'enquête, par leurs recherches assemblées, illuminent peu à peu la vérité du conflit, les commissions de vérité la visent directement. Elles réalisent un compte rendu précis du

¹⁹⁶ Rajan HOOLE, *Sri Lanka: The arrogance of power: myths, decadence & murder*, Wasala Publications, Colombo, 2001, p. 37.

¹⁹⁷ J. CHANDRASHEKAR, préc., note 167, p. 138.

¹⁹⁸ Ce fut le cas pour les rapports des commissions présidentielles de 1977. Voir notamment K. PINTO - JAYAWARDENA, préc., note 178, p. 77. Ce fut aussi le cas, en ce qui concerne les commissions d'enquête (par opposition aux comités qui ont été nommés) : pour la commission d'enquête de 2006 sur l'assassinat du député du district de Batticaloa, Joseph Pararajasingham, pour la commission d'enquête Mahanama Tilakaratne de 2006 portant sur les enlèvements, les disparitions, les cadavres non identifiés et les meurtres inexplicables et pour la commission d'enquête Udalagama de 2006 chargée d'enquêter sur les 16 incidents impliquant des violations graves présumées des droits humains survenues depuis le 1er août 2005. Voir notamment Center for Policy Alternatives, « A List of Commissions and Committees Appointed by Government of Sri Lanka (2006 - 2013) », (9 décembre 2013), en ligne : <<https://www.cpalanka.org/a-list-of-commissions-and-committees-appointed-by-gosl-2006-2013/>> (consulté le 20 décembre 2020).

passé, en donnant un espace de parole première aux victimes, témoins et survivants du conflit, brisant ainsi le silence qui entoure les violences. Aussi, des recommandations naissent de ces témoignages, et peuvent être transformées dans un second temps en politique¹⁹⁹.

Contrairement aux commissions d'enquête, les commissions de vérité ne produisent pas de rapports visant spécifiquement à déterminer l'existence d'un crime, ainsi que leurs présumés auteurs, en fournissant des éléments de preuve susceptible de faire jouer leur responsabilité²⁰⁰. Un débat existe quant au fait que les commissions de vérité puissent fournir de telles preuves raccrochées à l'identification d'une responsabilité pénale²⁰¹. Toutefois, cela ne prend pas le dessus sur leur mission première d'établissement d'un récit complet du conflit centré sur les victimes et leur droit à la vérité.

C'est à la fois ce double objectif de concentration du travail de la commission sur les victimes et d'exposition complète des faits du conflit qui a fait défaut à la LLRC, chargée de rendre compte des événements survenus entre le 21 février 2002 et le 19 mai 2009. Établi en 2010, elle reste sévèrement critiquée. Elle était composée de huit commissaires nommés par le président Mahinda Rajapaksa, qui avait également été président et commandant en chef des forces armées pendant la phase finale la plus sanglante du conflit²⁰². Sa nature est ambiguë. Elle devait identifier les responsables de la rupture du cessez-le-feu de 2002, ce qui s'apparente à la mission des commissions d'enquête. Elle était aussi chargée d'établir les raisons pour lesquelles le cessez-le-feu avait échoué, émettre des recommandations pour que ces événements ne se reproduisent pas,

¹⁹⁹ P. B. HAYNER, préc., note 156, p. 20 - 23. Voir aussi, Conor HARTNETT (dir.), *The Relationship between Truth-Seeking and Prosecution*, Colombo, International Center for Ethnic Study 2016, p. 13, en ligne : <<http://ices.lk/wp-content/uploads/2016/12/the-relationship-between-truth-seeking-and-prosecution.pdf>> (consulté le 15 janvier 2021).

²⁰⁰ Stephan LANDSMAN, « Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: Of Prosecution and Truth Commissions » (1996) 59-4 *Law and Contemporary Problems*, 81-92, 87-90.

²⁰¹ *Id.*, p. 87-88.

²⁰² J. CHANDRASHEKAR, préc., note 167, p. 142.

et établir comment la réparation des victimes devait être effectuée²⁰³. En essayant de comprendre les causes de la résurgence de la guerre, et en reconnaissant les expériences des survivants dans le but de prévenir tout conflit futur²⁰⁴, un nouveau discours sur l'histoire du conflit s'ouvre. Cependant, la vérité « dévoilée » par cette commission est critiquable pour plusieurs raisons.

D'abord pour ne pas avoir été indépendante. Il lui est reproché d'avoir eu un parti progouvernemental, ce qui appuie cette idée de pertinence du nouveau discours national. Plus précisément, Amnesty International souligne que les membres de la commission ont imposé leurs propres idées lors de l'audition des témoins, que les experts et témoins qui critiquent les autorités ont été fermement remis en cause, que la commission n'a pas répondu aux menaces proférées contre certains d'entre eux, et que les victimes et leurs familles n'ont pas été traitées avec dignité²⁰⁵. De plus, une grande partie des crimes commis par l'armée n'ont pas été relevés par la commission. Pour les cinq attaques impliquant le gouvernement qu'elle a identifiées, le rapport justifie les manœuvres de l'État en accusant les LTTE.

La manipulation de l'histoire pour créer une mémoire nationale par un État qui n'a pas été transformé constitue un risque majeur pour la transition. L'emploi des témoignages de victimes pour légitimer l'État peut donner naissance à des archives vides de ce que les victimes du conflit ont à raconter²⁰⁶.

²⁰³ Chita Ranjan DE SILVA, Amrith ROHAN PERERA, Mohamed TAHIR JIFFRY, Karunaratna HANGWATA, Chandirapal CHANMUGAM, Hewa Matara Gamage Siripala PALIHAKKARA, Manohari RAMANATHAN et Maxwell Parakrama PARANAGAMA (dir.), *Report of the Commission of Inquiry on Lesson Learnt and Reconciliation*, 2011, en ligne : <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/FINAL%2520LLRC%2520REPORT.pdf>> (consulté le 19 décembre 2020).

²⁰⁴ J. CHANDRASHEKAR, préc., note 167, p. 153.

²⁰⁵ Amnesty International, *Quand obtiendront-ils justice ? Défaillances de la commission enseignement et réconciliation au Sri Lanka*, préc., note 30, p. 25-34 ; HRW, « Sri Lanka : New Evidence of Wartime Abuses », (20 mai 2010), en ligne : <<https://www.hrw.org/news/2010/05/20/sri-lanka-new-evidence-wartime-abuses>> (consulté le 22 décembre 2020).

²⁰⁶ J. CHANDRASHEKAR, préc., note 167, p. 139.

De fait, il n’y a pas de vérité dans cette transition, mais bien la construction d’une mémoire collective qui exclut un héritage de l’oppression. S’il n’y a jamais une seule vérité sur l’histoire d’un conflit²⁰⁷, des commissions de vérité pilotées par la volonté politique d’un État vainqueur peuvent ne pas reconnaître le droit à la vérité d’une communauté ciblée en décidant de ne pas intégrer leurs discours dans le récit du conflit. Le principe même de réconciliation, qui repose sur l’écoute et la prise en considération du discours des victimes ne trouve plus de fondements. Doublé de l’impunité dont bénéficient les auteurs identifiés par les commissions, la réconciliation est éclipsée par un fossé entre Tamouls et institutions, dans lequel les démons du passé menacent de renaître.

Il importe maintenant de se tourner vers l’impunité qui règne depuis plusieurs années, et qui apparaît dès les premiers rapports des commissions d’enquête des années 1990.

3.2 Sur l’impunité

Le premier élément qui indique d’ores et déjà l’existence d’une longue histoire de l’impunité dans le contexte de la transition se trouve dans les enquêtes des commissions. Nous avons déjà mentionné leur manque de qualité. Ici, notre argument repose davantage sur le refus de se pencher sur la responsabilité de certains individus au seul stade de l’enquête. Plus précisément, cela concerne les commissions chargées de recommander les procès d’individus et ayant décidé de ne pas se pencher sur les membres des corps armés au cœur des incidents. L’analyse de la commission internationale des juristes est particulièrement intéressante²⁰⁸. L’organisation souligne que, dès les premières commissions d’enquête, les choix des commissaires sur l’admissibilité des preuves et

²⁰⁷ V. WIJENAYAKE, préc., note 172, p. 51.

²⁰⁸ K. PINTO - JAYAWARDENA, préc., note 178, p. 67-77.

leur décision d'examiner ou non la responsabilité des membres de l'armée et du gouvernement sont très contestables²⁰⁹.

Lorsque les rapports des commissions d'enquête ont été rendus publics, certains individus ont vu leurs noms apparaître en tant qu'auteurs présumés. L'impunité des auteurs s'illustre de deux façons. Une majorité des individus mentionnés par les rapports n'ont pas comparu devant les tribunaux. En même temps, une grande partie des individus ayant été reconnus coupables devant les tribunaux ont bénéficié d'une grâce présidentielle. Une tendance se dégage des processus d'enquêtes existant depuis le début du conflit. Une majorité de recommandations sont en faveur d'une mise en œuvre de la responsabilité des auteurs identifiés sans pour autant influencer sur « [the] enduring culture of impunity »²¹⁰. Les rapports des commissions d'enquête régionales de 1994 ont épinglé plusieurs hauts membres du gouvernement et de l'administration comme auteurs de violations des droits humains²¹¹. Dans le cadre de la commission d'enquête chargée des disparitions des régions du Centre, du Nord central, du Nord-ouest et de la région d'Uvu, vingt-sept membres du parlement, quatorze membres du conseil provincial, douze granas niladharis (responsables

²⁰⁹ *Id.*, p. 73 - 75. Par exemple, la commission d'enquête nommée pour enquêter sur l'attaque par des avions qui ont causé des blessures et des dommages au personnel et aux biens de Médecins sans Frontières (MSF) le 3 mai 1991 et de déterminer si le tir d'un hélicoptère gouvernemental sur le véhicule de MSF était intentionnel ou accidentel. La commission internationale expose que « the uncritical acceptance of the evidence of the relevant air force personnel leads this commission to its inevitable conclusion that no blame can be attached at all to government personnel. » Nous pouvons aussi citer la commission d'enquête Kokkadichola chargée d'enquêter sur un possible lien entre l'explosion d'un engin le 12 juin 1991, qui a entraîné la mort de deux soldats et en a blessé un autre, et le meurtre de soixante-sept habitants civils des villages voisins de Batticaloa. La commission internationale des juristes précise que dans la mesure où la commission d'enquête devait déterminer les faits et recommander un procès pénal, « the decision of the Commission not to examine the responsibility of senior officers in command at the Kokkadicholai army camp is inexplicable. »

²¹⁰ K. PINTO - JAYAWARDENA, *A Legacy to Remember, Sri Lanka's Commissions of Inquiry, 1963-2002: A Reference Guide to Commission Reports with a Tabulated List of Recommendations*, Colombo, Law & Society Trust, 2010, p. 140. L'organisation ajoute à ses études sur les rapports des commissions régionales et présidentielles six autres commissions qui soulignent cette tendance.

²¹¹ K. PINTO - JAYAWARDENA, *Post-war justice in Sri Lanka - Rule of law, the Criminal Justice System and Commissions of Inquiry*, préc., note 178, p. 80. Par exemple, l'ancien ministre de la Justice, de l'Intégration nationale, de la réforme législative et de Buddha Sasana a été impliqué dans trois disparitions, l'ancien ministre du Développement régional central dans neuf disparitions, l'ancien ministre du Développement de l'eau dans quatre disparitions, l'ancien ministre de l'Irrigation dans une disparition et un député particulièrement controversé aurait été impliqué dans trente disparitions dans sa région.

administratifs locaux), un prêtre bouddhiste, vingt commissaires de police, cinquante et un officiers de police, douze capitaines de l'armée et quatre majors, ont été mis en cause²¹². Les forces armées ont largement été épinglées par ces commissions, comme en témoigne le rapport de la commission chargée d'enquêter sur les disparitions du Nord et de l'Est. Celle-ci établit que près de quatre-vingt-dix pour cent des disparitions étaient causées par l'armée, la marine, l'armée de l'air et la police²¹³. Le souhait des trois commissions régionales de laisser le soin à la prochaine commission d'établir la responsabilité des individus nommés s'est traduit par un mandat empêchant cette dernière (la commission d'enquête sur les disparitions de 1998) de réaliser cette tâche²¹⁴.

L'impossibilité de soulever la responsabilité des auteurs de violations des droits humains s'est prolongée sur la période entière du conflit, avec des exemples toujours ancrés dans les mémoires²¹⁵. Bien que certains auteurs pointent la difficile sanction des auteurs de ces violations alors que le conflit se déroule, cette impossible mise en œuvre de responsabilité a conduit à la reproduction de ces violences durant les années post-conflit. En effet, « It became increasingly clear that the absence of credible mechanisms that dealt with past abuses had given perpetrators a free licence to

²¹² Imran VITACHI, « Disappearances Commissions point fingers at UNP Politicos and Security Officers », *The Sunday Times* (15 mars 1998), cité par K. PINTO - JAYAWARDENA, *Post-war justice in Sri Lanka - Rule of law, the Criminal Justice system and Commissions of Inquiry*, préc., note 178.

²¹³ K. PINTO - JAYAWARDENA, *Post-war Justice in Sri Lanka - Rule of law, the Criminal Justice System and Commissions of Inquiry*, préc., note 178, p. 42.

²¹⁴ *Id.*, p. 92.

²¹⁵ En 2001, la commission Bindunuwewa se penchait sur la mort de 28 jeunes Tamouls et de 14 autres Tamouls sérieusement blessés lors d'une attaque par des civils cinghalais en octobre 2000 sur le Centre de réhabilitation de Bindunuwewa. La police présente sur le camp n'a pas empêché les civils cinghalais d'agir, et a donné l'ordre de tirer sur les Tamouls du camp. Aussi, si la commission identifie la culpabilité d'officiers et de sous-officiers durant cet événement, ceux-ci n'ont pas été inquiétés et il n'y a pas eu de sanction à l'intérieur du corps policier. Par la suite, la police a pu mener des enquêtes sur les auteurs de ces crimes. Et alors que les procureurs accusèrent 41 personnes de divers crimes, la majeure partie des inculpés ont été acquittés, et 5 des accusés reconnus coupables et condamnés à mort ont vu leurs condamnations annulées par la Cour suprême. HRW, *Sri Lanka : Failure of Justice for Victims of Massacre* (2 juin 2005), en ligne : <<https://www.hrw.org/news/2005/06/02/sri-lanka-failure-justice-victims-massacre>> (consulté le 22 décembre 2020). La Commission Batalanda identifia un commissaire de police et plusieurs politiciens, dont l'ancien premier ministre, comme directement ou indirectement liés à l'établissement de camp de torture. Leurs recommandations sur la création d'un procès pour juger de leur responsabilité ne furent pas réalisées. Voir C. L. SRIRAM, « Sri Lanka, Atrocities, Accountability, and the Decline of Rule of Law », préc., note 190, à la page 67; K. PINTO - JAYAWARDENA, *Post-War Justice in Sri Lanka - Rule of law, the Criminal Justice System and Commissions of Inquiry*, préc., note 178, p. 62.

continue similar abuses in the post-war period. »²¹⁶ La fin des affrontements en 2009 n'a pas marqué la fin des exactions à l'encontre des minorités tamoules.

Ce barrage à la justice pour les victimes est un effort récurrent de l'actuel gouvernement. Les années post-conflit sont à la fois marquées par cette pérennité de la violence et par l'incapacité des tribunaux à rendre la justice. La Commission d'enquête sur les allégations de victimisation politique établie par le président Gotabaya Rajapaksa en janvier 2021 a entravé les tribunaux pour des affaires dans lesquelles des associés de Rajapaksa faisaient l'objet d'enquêtes de police ou de poursuites pour corruption ou atteintes aux droits humains présumées. Le procureur général a par ailleurs soutenu que la commission outrepassait son autorité²¹⁷. Récemment, le chef de l'État a formulé sa volonté de mettre en œuvre plusieurs décisions de cette commission d'enquête, détaillées dans le rapport de la commission²¹⁸. Dans une récente déclaration sur la motion devant le Parlement visant à mettre en œuvre ces mesures, l'association du Barreau du Sri Lanka a exprimé ses craintes quant aux impacts de ces mesures sur la primauté du droit, notamment sur les garanties d'indépendance des tribunaux²¹⁹.

Ce constat rappelle directement ce qu'a connu le Salvador, et que le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition a souligné dans son rapport sur le processus de mémorialisation²²⁰ :

²¹⁶ Gehan GUNATILLEKE, *Confronting the Complexity of Loss - Perspectives on Truth, Memory and Justice in Sri Lanka*, Colombo, Law and Society Trust, 2015, p. 34, en ligne : <https://groundviews.org/wp-content/uploads/2016/05/truth-memory-justice_final-a5.pdf> (consulté le 26 mars 2021).

²¹⁷ HRW, « Sri Lanka : Reject 'Political Victimization' Findings », (30 avril 2021), en ligne : <<https://www.hrw.org/news/2021/04/30/sri-lanka-reject-political-victimization-findings>> (consulté le 3 juillet 2021).

²¹⁸ Le rapport de la commission n'a pas encore été officiellement publié.

²¹⁹ Rajeev AMARASURIYA, *Statement on the motion before parliament seeking to implement certain decisions of the presidential commission of inquiry (on political victimization)*, Bar Association of Sri Lanka, 2021, en ligne : <<https://basl.lk/statement-on-the-motion-before-parliament-seeking-to-implement-certain-decisions-of-the-presidential-commission-of-inquiry-on-political-victimization/>> (consulté le 23 avril 2021).

²²⁰ *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition*, Fabián Salvioli, préc., note 88, par. 69.

« L'impunité s'est accompagnée d'un système institutionnel et généralisé de déni et d'oubli des violations passées qui a creusé des blessures profondes dans le tissu social de la population salvadorienne. Durant ce processus, les victimes de crimes odieux ont été oubliées et rendues invisibles²²¹. »

3.3 Renforcer les garanties procédurales

Ce récit sur les tentatives de réalisation de la justice transitionnelle révèle l'importance des principes de la primauté du droit défini dans le Chapitre 1. Les commissions qui ont été investies durant le conflit ont déçu, et la réalité décrite par certaines n'a pas donné lieu à la mise en œuvre de la responsabilité des auteurs des violations.

Dans cette quête de vérité, le renforcement de la prévention de l'abus des pouvoirs discrétionnaires est crucial, notamment pour l'ouverture des enquêtes et la publication des rapports. La marge de manœuvre octroyée à l'exécutif n'est pas suffisamment encadrée. La découverte de la vérité est freinée quand les enquêtes ne sont pas lancées pour des dignitaires de l'armée ou des membres du gouvernement visés par de nombreuses allégations. De la même façon, la censure des rapports des commissions qui épinglent certains noms publics est un abus du point de vue du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif.

Aussi, il est du devoir des agents de l'État de faire respecter la loi, qu'elle s'applique aux membres du gouvernement ou à tout autre individu. Les officiels ne doivent pas pouvoir se soustraire à la justice lorsque les commissions d'enquête ont révélé leur implication dans la commission de plusieurs crimes. Avec l'impunité endémique dans le pays, il s'agit davantage d'un pardon forcé.

²²¹ *Observations préliminaires sur la visite officielle au Salvador du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la réparation et des garanties de non-répétition, M. Fabián Salvioli, du 23 avril au 3 mai 2019, Déclaration à la presse sur le site des Nations Unies (3 mai 2019), en ligne : <<https://www.ohchr.org/es/2019/05/preliminary-observations-official-visit-el-salvador-special-rapporteur-promotion-truth?LangID=S&NewsID=24557>> (consulté le 26 mars 2021).*

Ici, la grâce présidentielle dessert la justice en annulant constamment les sanctions édictées. Finalement, garantir l'indépendance des juges est crucial. En assurant la condamnation des auteurs des crimes, les tribunaux apportent la seule réponse capable de montrer à la population que le pays rompt avec la période précédente en assurant la condamnation des auteurs des crimes.

Ce tour d'horizon du conflit et des années qui le suivent est déterminant pour la suite de notre étude, et la façon dont nous allons étudier la primauté du droit. Le « processus de transition » entamé par le gouvernement depuis le début des années 2000 n'a fait qu'aggraver le gouffre entre les Tamouls et les institutions. Les promesses des gouvernements successifs depuis la fin du conflit se sont illustrées au travers de commissions d'enquête sourdes aux discours des victimes, et avec des tribunaux dont le jugement a souvent été dirigé par la volonté politique du gouvernement. Cela va de soi, l'impunité continue de ceux ayant commis les violences entraîne une perte de confiance des victimes dans les institutions chargées de juger ces individus.

Les institutions qui se penchent sur les années de conflit sont tributaires de la participation des victimes du conflit. Les commissions de vérité ont besoin de l'engagement de la société civile pour accomplir quelconques succès, au même titre que les individus doivent avoir confiance dans la capacité des tribunaux à rendre la justice, sans quoi ils ne signaleront pas les crimes dont ils sont témoins ou victimes²²². Ce constat a un impact conséquent sur la gouvernance future. Dans la mesure où les commissions mandatées par le gouvernement ont failli dans leur découverte de la vérité, que les tribunaux n'ont pas sanctionné les responsables des violations des droits humains et n'ont pas agi pour la réparation des victimes, les institutions publiques dépositaires de la justice

²²² Y. SOOKA, préc., note 134, p. 314 et 317 ; P. DE GREIFF, préc., note 142, p. 48.

sont menacées de ne plus être perçues comme des garants de la protection des droits et libertés individuelles.

La fin officielle du conflit en 2009 n'a pas été synonyme de reconstruction de la confiance des minorités tamoules dans les institutions, et à ce titre, les propos de la Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme en octobre 2007 sont toujours d'actualité : « people from across a broad political spectrum and from various communities have expressed to me a lack of confidence and trust in the ability of existing relevant institutions to adequately safeguard against the most serious human rights abuses²²³. »

Dans ce contexte, les déceptions des minorités questionnent la capacité du concept de primauté du droit à générer leur engagement dans les institutions qui avancent la primauté du droit. Cet engagement recherché est constitutif de la primauté du droit en période de transition. Dans le cas où les composantes du concept de primauté du droit ne l'engendrent pas, nous proposerons d'adapter le concept mentionné en introduction.

²²³ *Communiqué de presse du Haut-Commissaire aux droits de l'homme à l'issue de sa visite au Sri Lanka* (13 octobre 2007), cité par Mario GOMEZ, « *Keeping Rights Alive : Reform and Reconciliation in Post-War Sri Lanka* », (2011) 17 *Asian Yearbook of International Law*, 117 - 148, 142.

CHAPITRE 4 : LIMITES DE LA PRIMAUTÉ DU DROIT DANS SA CAPACITÉ À SUSCITER LA CONFIANCE PUBLIQUE

La confiance publique apparaît comme un élément essentiel de la justice transitionnelle au Sri Lanka. Ce chapitre spécifie l'approche holistique dans la définition de la primauté du droit. Nous abordons d'abord la confiance publique. C'est à partir de la grille de lecture de cette confiance, élaborée par Max Weber, que nous montrons le lien possible unissant primauté du droit et confiance publique. Cependant, cette intuition ne résiste pas aux deux critiques réalisées dans le titre suivant. La première porte sur les garanties institutionnelles dans le pays. La constitution ne protège pas le pouvoir judiciaire du pouvoir exécutif. Aussi, celle-ci n'assure pas suffisamment la protection des droits fondamentaux des individus. Cette critique est corroborée par la mise en œuvre sur plusieurs années d'une législation d'urgence. Bien que les lois soient issues d'un processus législatif qui est, du point de vue de la procédure, « correct », comme le souligne Weber, elles constituent la ruine de la confiance publique des minorités tamoules.

Aussi, la domination légitime fondée sur un caractère rationnel ne prend pas en compte la notion d'appartenance à une norme. Cette critique de Claus Offe à l'égard de Weber souligne la dimension sociale de la confiance publique, qui ne peut pas être générée *per se* par le concept de primauté du droit. Afin d'illustrer ce dépassement, nous examinons les commissions de médiations dans le pays.

4.1 Intégration de la confiance publique à la primauté du droit

La confiance publique est à la fois une condition et une conséquence de la justice transitionnelle. Elle se révèle être une priorité de la justice transitionnelle au Sri Lanka. Le fonctionnement du système pénal, par exemple, repose sur la volonté des citoyens de signaler les crimes dont ils sont

témoins et victimes. Cette volonté de dénonciation se fonde sur leur confiance dans le fait que le système pénal produira les résultats escomptés²²⁴. La confiance publique occupe donc une place prépondérante dans le fonctionnement même des cours et des tribunaux des sociétés démocratiques, notamment au Canada²²⁵, en Australie²²⁶, aux États-Unis²²⁷ et sur le continent européen²²⁸. Elle prend notamment racine dans la légitimité de ces institutions, dans la croyance selon laquelle elles méritent respect et obéissance²²⁹.

Erik Gilbert Jensen et Thomas C. Heller ont souligné la difficulté qu'ils ont rencontrée dans leur explication des fondements de cette légitimité²³⁰. De la même façon, Michael J. Trebilcock et Ronald J. Daniels, en écrivant sur la réforme du pouvoir judiciaire, identifient la place décisive de la légitimité des tribunaux. Sans elle, les citoyens peuvent décider de ne pas s'en remettre aux juridictions, ce qui peut réduire les effets attendus des réformes du pouvoir judiciaire²³¹. Nous proposons au sein de cette première partie de définir la confiance publique. Par la suite, nous

²²⁴ P. DE GREIFF, préc., note 142, p. 41.

²²⁵ *Arrêt Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, par. 137 (Cour suprême du Canada) : « La précieuse confiance que porte le public envers son système de justice et que chaque juge doit s'efforcer de préserver est au cœur du présent litige. Elle en délimite les moindres contours et en dicte l'ultime conclusion. »

²²⁶ « The principles applicable to judicial conduct have three main objectives: To uphold public confidence in the administration of justice; To enhance public respect for the institution of the judiciary; To protect the reputation of individual judicial officers and of the judiciary. Any course of conduct that has the potential to put these objectives at risk must therefore be very carefully considered and, as far as possible, avoided. » The Council of Chief Justices of Australia, *Guide to Judicial Conduct*, 3^e éd., Melbourne, Australian Institute of Judicial Administration Inc., 2017, p. 5, en ligne : <<https://ajja.org.au/wp-content/uploads/2017/12/GJC-3ed-Nov2020.pdf>> (consulté le 13 février 2021).

²²⁷ American Bar Association, *Joint Commission to Evaluate the Model Code of Judicial Conduct*, « Final Draft Report », 2005, Canon 1, p. 1 : « Rule 1.01: Promoting Confidence in the Judiciary: A judge shall act at all times in a manner that promotes public confidence in the independence, integrity, and impartiality of the judiciary. »

²²⁸ Groupe judiciaire sur le renforcement de l'intégrité de la justice et révisé lors de la table ronde des premiers présidents organisée au Palais de la Paix à La Haye, *Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire*, La Haye, 2002, Préambule, 6e attendu : « ATTENDU QUE la confiance du public dans le système judiciaire et dans l'autorité morale et l'intégrité de l'appareil judiciaire revêt la plus grande importance dans une société démocratique moderne. »

²²⁹ Erik G. JENSEN, Thomas C. HELLER, *Beyond common knowledge: empirical approaches to the rule of law*, Stanford, Stanford University Press, 2003, p. 26.

²³⁰ *Id.*

²³¹ M. J. TREBILCOCK et R. J. DANIELS, préc., note 14, p. 65 - 66.

préciserons les effets de la confiance publique sur la définition de la primauté du droit dans le cadre de la justice transitionnelle au Sri Lanka.

Au sein de sociétés aux communautés divisées, l'État peut jouer un rôle clé vis-à-vis de la création d'un nouveau lien de confiance entre les individus. La primauté du droit occupe une place centrale dans ce processus, en fournissant un terrain propice à la naissance de cette confiance. Fukuyama écrivait à ce propos:

« No one will volunteer to work for a neighbourhood organization if the police cannot guarantee public safety; no one will trust the government if public officials are immune to prosecution; no one will sign a business contract with a stranger in the absence of tort law and enforceable contracts²³². »

La confiance publique diffère quelque peu de la confiance entre les individus, dans la mesure où la première implique une conformité certaine du comportement de ceux-ci envers les normes :

« “trusting institutions” means something entirely different from “trusting my neighbour”: it means knowing and recognizing as valid the values and the form of life incorporated in an institution and deriving from this recognition the assumption that this idea makes sufficient sense to a sufficient number of people to motivate their ongoing active support for the institution and the compliance with it²³³. »

La sociologie du droit aide à comprendre cette perception des institutions par les individus. Les développements de Max Weber sur la question de la légitimité constituent un cadre d'analyse pertinent. En effet, celui-ci a considérablement marqué les théories subséquentes de la légitimité chez les théoriciens du droit et du politique²³⁴.

²³² Francis FUKUYAMA, « Social Capital and Development: The Coming Agenda », (2002) 22 - 1 SAIS Review, 23-37, 33, cité par Carolyn BULL, *No entry without strategy: an evaluation of UN transitional administration approaches to building the rule of law in disrupted states*, thèse, Canberra, The University of New South Wales, p. 56.

²³³ Claus OFFE, « How Can We Trust our Fellow Citizens? » dans Mark E. WARREN (dir.), *Democracy and Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 42-87, à la page 70.

²³⁴ Nous pensons plus directement aux travaux de Jürgen Habermas, Niklas Luhmann et Carl Schmitt. Sur son influence : Michel COUTU, Guy ROCHER, *La légitimité de l'état et du droit : autour de Max Weber*, Presses de l'Université Laval, 2005 ; Jürgen HABERMAS, *Le discours philosophique de la modernité*, Paris, Gallimard, 1985 ; Niklas LUHMANN, *A Sociological Theory of Law (Zweckbegriff und Systemrationalität)*, Oxford, Routledge, 2006.

Ses écrits sont utiles aux analyses portant sur le fonctionnement des institutions et permettent donc de mieux appréhender le lien vertical entre individus et institutions, ainsi que l'aspect procédural porté par ces dernières et directement lié à l'étude de la primauté du droit. Dans le même ordre d'idée, Claus Offe souligne les conditions horizontales de diffusion de la confiance entre individus par ce processus d'institutionnalisation de la confiance²³⁵.

Max Weber introduit la question de la rationalisation de la société au début du XX^e siècle. Sa critique des sociétés modernes est fondamentale pour la sociologie du droit. Weber diagnostique la manière dont la société évolue d'un système de valeurs à un système qui s'appuie de plus en plus sur des décisions fondées sur les conséquences rationnelles qui en découlent, sur le calcul des finalités et sur la pénétration du raisonnement scientifique dans la prise de décision politique²³⁶. Cette rationalisation des symboles s'opère finalement à travers la rationalisation du monde administratif et par le biais des acteurs majeurs que sont les individus responsables des décisions politiques. Cette rationalité formelle²³⁷ se déploie notamment dans la façon dont le discours politique s'organise pour donner naissance à une décision : il vise l'efficacité et suppose la recherche d'une certaine concordance entre moyens et fins²³⁸. Aussi, dans les sociétés traversées par ce changement profond, la domination politique trouve sa source soit dans la tradition²³⁹, soit dans une domination légale.

²³⁵ C. OFFE, préc., note 236.

²³⁶ « Agit d'une manière purement rationnelle en valeur celui qui agit sans tenir compte des conséquences prévisibles de ses actes, au service de ce que, selon sa conviction, paraissent lui commander le devoir, la dignité, la beauté, les directives religieux, la piété ou la grandeur d'une cause, quelle qu'en soit la nature. [...] Agit de façon rationnelle en finalité celui qui oriente son activité d'après les fins, moyens et conséquences subsidiaires et qui confronte en même temps rationnellement les moyens et les fins, la fin et les conséquences subsidiaires et enfin les diverses fins possibles entre elles. » Max WEBER, *Économie et Société*, Plon, vol. 27, coll. Recherche en Sciences Humaines, 1971, p. 12.

²³⁷ Par opposition à la rationalité substantielle des valeurs.

²³⁸ Philippe RAYNAUD, « Chapitre premier - les limites de la rationalisation » dans Philippe RAYNAUD (dir.), *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, 123-156.

²³⁹ La domination politique se rapporte alors à une rationalité de valeur.

Le droit se comprend alors en tant que moyen d'exercice de la domination moderne, laquelle se définit comme un ensemble de règles abstraites identiques pour tous, issues d'une décision fondée sur la disposition des moyens pour atteindre une fin. Enfin, comme Weber l'a écrit, le passage d'une rationalité substantielle à une rationalité formelle s'opère le plus souvent par l'action d'individus « capables d'expériences considérées comme anormales²⁴⁰ ». La domination exercée alors dans cette période est dite « charismatique ».

Ainsi, selon Weber, il est possible d'expliquer « l'obéissance volontaire » des individus envers les institutions selon trois types de domination qui cherchent à « éveiller et à entretenir la croyance en leur légitimité » : traditionnelle, charismatique et légale²⁴¹. Comme il le mentionne, il s'avère presque impossible qu'un modèle unique de domination légitime soit présent dans une société, tant la réalité historique ne peut se laisser « emprisonner dans le schéma conceptuel »²⁴².

Ainsi, nous utiliserons cette grille de lecture conceptuelle des dominations légitimes afin d'analyser la confiance publique au Sri Lanka. Nous comprendrons de quelles façons les normes acquièrent leur légitimité, elles-mêmes se révélant dépendantes de la façon dont les décisions politiques sont instiguées – selon que ces décisions se rapportent à des principes et valeurs partagés par les individus, selon que ces derniers reconnaissent le caractère extraordinaire d'un chef ou selon la force de persuasion du calcul réalisé en fonction des moyens et des fins déterminés.

Lorsque la légitimité s'appuie sur le caractère sacré des dispositions transmises par le temps, Weber parle de domination dite « traditionnelle »²⁴³. Comme nous l'avons mentionné en introduction, la

²⁴⁰ M. WEBER, préc., note 239, p. 333.

²⁴¹ *Id.*, p. 219- 222.

²⁴² *Id.*, p. 290.

²⁴³ *Id.*, p. 232.

majeure partie des habitants du pays sont Cinghalais, ce qui fait du bouddhisme la religion majoritaire au Sri Lanka.

Au sein de la tradition bouddhiste, le chef d'État a acquis un pouvoir conséquent. À ce sujet, nous pouvons d'ores et déjà nous appuyer sur l'étude anthropologique de Michael Roberts à propos de la formation du politique et de la culture au Sri Lanka : « As a number of scholars have illustrated over and over again, the sacred tasks of the Sinhala kings provided them with ample scope for the legitimation of royal power through patronal and symbolic tasks²⁴⁴. » Il existe en effet une survivance de cette figure du chef au sein du Sri Lanka moderne. L'ensemble des organisations politiques majeures dans le pays depuis les années 1930 « have suffered from an excessive concentration of power in the hands of its leader »²⁴⁵.

La seconde domination est celle qui repose sur le charisme d'un individu²⁴⁶. Le profil de l'actuel président, perçu comme un héros de guerre, et la posture anti-politique qu'il adopte, ont conquis de nombreux Srilankais²⁴⁷. Le charisme de cette figure participe de son prestige et s'accorde avec

²⁴⁴ Michael ROBERTS, *Exploring Confrontation: Sri Lanka: Politics, Culture and History*, Colombo, Harwood Academic Publishers, 1994, p. 69.

²⁴⁵ James MANOR, *The Expedient Utopian. Bandaranaike and Ceylon*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 140. Cette place qu'occupe le chef dans la tradition bouddhiste au Sri Lanka et que souligne Roberts est partagée par plusieurs autres travaux. Voir notamment John DAVY, *An Account of the Interior of Ceylon, and of Its Inhabitants: With Travels in that Island*, Cambridge, Cambridge University, 2012, p. 105; Robert KNOX, *An Historical Relation of the Island Ceylon in the East-Indies*, J. Ryan (dir.), Glasgow, J. Maclehose and Sons, 1911, p. 60-61.

²⁴⁶ Max Weber définit le charisme comme « la qualité extraordinaire d'une personne, qui est, pour ainsi dire, doué de forces ou de caractères surnaturels ou surhumains ou tout ou moins en dehors de la vie quotidienne, inaccessible au commun des mortels ; ou encore qui est considéré comme envoyé par Dieu ou comme un exemple, et en conséquence considéré comme un chef. », M. WEBER, préc., note 239, p. 249.

²⁴⁷ Ambika SATKHUNANATHAN, « Authoritarian (in)efficiency and the undermining of democracy in Sri Lanka », *Daily Financial Times*, (11 janvier 2021), en ligne : <<https://www.ft.lk/columns/Authoritarian--in-efficiency-and-the-undermining-of-democracy-in-Sri-Lanka/4-711439>> (consulté le 20 février 2021). L'auteure écrit que: «The politically disillusioned Sri Lankan public that has suffered inequality, discrimination, and poverty for decades and feels alienated from politicians and civil society, that are viewed as privileged or cosmopolitan and not sensitive to the issues that affect the 'real people', not surprisingly gravitate towards the anti-politician. The President astutely reminds the people that just as he saved the country from the LTTE he will now save the people from poverty, corruption, the underworld/drug lords and extremists. In Sri Lanka's patronage driven culture with a feudal hangover, in which people expect the dispensation of favours in exchange for obeisance, he is hailed a hero who people believe will save them and the country from corrupt and unscrupulous politicians. »

la domination légitime dite « traditionnelle » ; il assoit cette perception du chef comme élément fondamental de l'obéissance volontaire des individus. En effet, le spectre de la domination dite « charismatique » permet également de comprendre le soutien remarquable que reçoit Gotayaba, qui apparaît aux yeux de nombreux Cinghalais comme celui ayant sauvé le pays du péril des LTTE et mis fin au conflit. Ce prestige explique aussi la division nationale issue de son élection : cette renommée lui a permis de conquérir les urnes en 2019 et de recueillir la confiance d'une majorité de Cinghalais, mais de nombreux Srilankais ne le perçoivent pas de la même façon. Pour de nombreux Tamouls, Gotayaba est celui qui a réprimé leur communauté et qui maintient une politique discriminante à leur égard.

La troisième et dernière forme de domination légitime mentionnée par Weber existe par son caractère *rationnel* « reposant sur la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens²⁴⁸ ». L'adhésion des individus est fondée sur la croyance partagée dans la capacité du droit à organiser les relations entre gouvernants et gouvernés et dans celle du droit des gouvernants à se prévaloir du droit pour exercer la domination²⁴⁹. Claus Offe souligne ainsi : « It is not clear, however, why subjects and the personnel of the administrative apparatus should obey orders simply because they are in this sense procedural "correct". » Cela s'expliquerait notamment par « the hidden normative content of formal correctness, i.e. the fairness and impartiality of the rules and procedures²⁵⁰ ». La légitimité de ces normes peut s'expliquer par la rationalisation formelle des décisions politiques qui écartent le libre arbitre des décideurs. Ce dernier est en effet remplacé par l'étude scientifique de toutes les possibilités de choix politique en réponse à une situation donnée et par la comparaison

²⁴⁸ M. WEBER, préc., note 239, p. 222.

²⁴⁹ Thierry DELPEUCH, Laurence DUMOULIN, et Claire de GALEMBERT, *Sociologie du droit et de la justice*, coll. U. Sociologie, Paris, A. Colin, 2014, p. 108.

²⁵⁰ C. OFFE, préc., note 236, p. 20.

des options disponibles afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport entre avantages et coûts ainsi que celle visant la meilleure efficacité après une étude des fins et moyens²⁵¹. Aussi, des règles s'appliquant de façon impartiale et égale reproduiraient cette logique forte et convaincante de la décision scientifique²⁵². La légitimité fondée sur cette logique est alors retranscrite par la neutralité revendiquée du droit, lequel s'accompagne d'une prévisibilité certaine permettant à chaque individu d'anticiper l'action de l'autre²⁵³.

Les principes qui forment le concept de primauté du droit marquent une séparation claire avec les années de conflit. Comme l'écrit McAuliffe, « where citizens can be confident they will be treated equally before the law and perversions of the law are impermissible, the trust among adversaries necessary for peace is more likely to be fostered in a context where previously the antithesis was the norm²⁵⁴ ». Les garanties issues du concept de primauté du droit sont susceptibles d'engendrer l'engagement des minorités tamoules dans les mécanismes liés au conflit. Nous nous pencherons ainsi sur l'existence des principes qui composent le concept de primauté du droit au Sri Lanka.

²⁵¹ Jean-Marc FERRY, « Max Weber ou Jürgen Habermas : Administration rationnelle ou politique raisonnable ? », (1982) 63 *Raison présente*, 57-75, 68.

²⁵² Il est nécessaire de noter que cette rationalité formelle n'est pas capable de rendre compte de cette légitimité recherchée en ce sens que l'administration ne possédait pas encore les techniques permettant de rationaliser les choix eux-mêmes, tandis qu'aujourd'hui cet idéal technocratique est susceptible de connaître son apogée avec une administration capable de rationaliser les choix et réduit le choix politique en étudiant tous les choix possibles. Mais une telle rationalisation met directement en péril la démocratie. À ce titre, voir J. HABERMAS, *La Technique et la science comme « idéologie »*, Gallimard, 1973, p. 109 ; J. M. FERRY, préc., note 254, p. 69.

²⁵³ Cette certitude que les actions de chaque individu ont des conséquences égales aux yeux de la loi peut être rattachée au propos de Raz lorsqu'il écrit que l'un des aspects de la primauté du droit est que « the law should be such that people will be able to be guided by it », J. RAZ, préc., note 9, p. 213.

²⁵⁴ P. MCAULIFFE, *Transitional Justice and Rule of Law Reconstruction: A Contentious Relationship*, préc., note 141, p. 57.

4.2 Une primauté du droit incapable d'engendrer la confiance des minorités tamoules

Les premières parties de notre mémoire ont fait état de l'héritage des efforts gouvernementaux durant les années de conflit dans le but de faire progresser la transition. Sans compter les premières procédures instaurées au nom de la vérité au début du siècle, le conflit s'est terminé il y a plus de dix ans. Les différents mécanismes instruits par le gouvernement dans le cadre de la justice transitionnelle ont durablement marqué la perception de la justice des tamoules. La justice transitionnelle doit agir dans le contexte de la perte totale de confiance entre les tamoules et les institutions, et le conflit qui menace de renaître. La difficulté de proposer des mécanismes visant la réconciliation s'explique par le fait que leurs fondements sont bâtis sur la confiance érodée des minorités durant les années de conflit. Cette affirmation est commune à de nombreuses sociétés sortant d'un conflit et devant mettre en œuvre la justice transitionnelle. Cependant, au Sri Lanka, la confiance des minorités continue d'être sabordée depuis 2009 par un gouvernement qui accentue leur discrimination²⁵⁵.

Les années post-conflit se définissent par un exécutif fort rassemblant de nombreux individus autour d'une figure charismatique ancrée dans la tradition bouddhiste du pays. Les institutions se révèlent dépourvues de moyens de construire la confiance publique, notamment car l'actuel chef de l'État expose ouvertement son souhait de faire disparaître les mécanismes législatifs et

²⁵⁵ À titre d'exemple: Niro KANDASAMY, « Sri Lanka's crisis is not just about the economy, but a long history of discrimination against minority groups », *The Conversation*, (14 juillet 2022), en ligne : <<https://theconversation.com/sri-lankas-crisis-is-not-just-about-the-economy-but-a-long-history-of-discrimination-against-minority-groups-186747>> (consulté le 16 juillet 2022); Aljazeera, « Sri Lanka pardons soldier who killed Tamil civilians », (27 mars 2020), en ligne : <<https://www.aljazeera.com/news/2020/3/27/sri-lanka-pardons-soldier-who-killed-tamil-civilians>> (consulté le 5 octobre 2021) ; Aljazeera, « Sri Lanka arrests Tamil MP for commemorating separatist rebel », (24 septembre 2021), en ligne : <<https://www.aljazeera.com/news/2021/9/24/sri-lanka-arrests-tamil-mp-separatist-rebel>> (consulté le 5 octobre 2021).

judiciaires agissant comme des contre-pouvoirs²⁵⁶. À cette volonté présidentielle s'ajoute le cadre juridique en place depuis plusieurs années qui soutient une situation d'urgence alors que l'exécutif détient les pleins pouvoirs et éclipse la possibilité de mener une justice dépolitisée.

Le Parlement et les tribunaux ont cessé de jouer leur rôle de contre-pouvoirs et de garants des droits des individus. La place acquise par l'exécutif s'avère trop importante pour qu'un quelconque formalisme garantisse ces droits. Le Parlement n'a jamais usé de ses prérogatives de contrôle de la législation d'urgence et s'identifie davantage comme une chambre d'enregistrement que comme un contre-pouvoir. Ces mêmes mesures permettent à l'exécutif de procéder plus rapidement à un certain nombre d'arrestations et de détentions prolongées au détriment de l'aval judiciaire et des droits humains. Ces actes ont mis en lumière la faible valeur des droits au sein des institutions et l'aura puissante de la volonté politique du gouvernement.

4.2.1 L'absence de garanties institutionnelles

La première constitution du pays est écrite par un Anglais, Lord Soulbury, et fut adoptée par un Conseil²⁵⁷. Celui-ci était composé de Lord Soulbury, gouverneur général du Ceylon, de J.F. Rees, directeur du collège universitaire du sud du Pays de Galles ayant traité de la souveraineté du Ceylan, et de Sir Frederick, gouverneur du Bengale et anciennement président du syndicat national des cheminots. La section 29 du texte garantit les droits des minorités, prévoyant notamment qu'aucune loi ne puisse conférer un privilège à des individus en fonction de leur appartenance à

²⁵⁶ Economynext, « Judiciary should not needlessly interfere with Legislature and Executive - President », 15 février 2020, en ligne : <<https://economynext.com/judiciary-should-not-needlessly-interfere-with-legislature-and-executive-president-50809/>> (consulté le 5 octobre 2021); The Wire, Sri Lanka: « Under Rajapaksas' Watch, Rule of Law Suffers the Onslaught of Politics », 13 novembre 2020, en ligne : <<https://thewire.in/south-asia/srilanka-rajapaksa-rule-of-law-suffers-onslaught-politics>> (consulté le 5 octobre 2021).

²⁵⁷ *Ceylon (Constitution) Order in Council*, Privy Council, Londres, 1946, en ligne : <<https://tamilnation.org/srilankalaws/46constitution.htm>> (consulté le 10 juin 2022).

une communauté ou à une religion particulière. Malgré cette disposition, le « Sinhala Only Act » de 1956, a reconnu le cinghalais comme langue unique du pays, supprimé la citoyenneté des travailleurs tamouls dans les plantations et privé un certain nombre d'étudiants tamouls de l'accès à l'éducation supérieure²⁵⁸. La Constitution de 1972 est le premier acte reconnaissant le Sri Lanka comme un État unitaire, en accordant une place centrale au bouddhisme et en faisant du cinghalais la langue officielle du pays²⁵⁹. Le pouvoir judiciaire est interdit de tout contrôle de constitutionnalité de la législation²⁶⁰. Cette constitution investit le Premier ministre de l'initiative de mise en œuvre de l'état d'urgence sans que cette décision soit soumise à l'approbation du Parlement²⁶¹. La Constitution de 1978 vient abroger les dispositions de son aînée en matière linguistique²⁶². Toutefois, l'exécutif conserve une place prépondérante, si ce n'est fondamentale, dans le fonctionnement institutionnel.

Les garanties constitutionnelles ne sont pas suffisantes pour prévenir l'immixtion du pouvoir exécutif dans le pouvoir législatif. D'une part, l'article 43 (3) permet au chef de l'État de nommer comme chef du gouvernement un député qui, selon lui, « *command the confidence of Parliament*²⁶³ » et les ministres de cabinet parmi les membres du Parlement. En tant que chef de cabinet, dont les membres contrôlent l'agenda législatif au Parlement, le chef de l'État contrôle indirectement le Parlement. D'autre part, la perte de l'appartenance au parti politique sous lequel un membre du Parlement a été élu entraîne également la perte du siège du député. Ainsi, le président est en mesure de s'assurer de la loyauté des députés d'arrière-ban²⁶⁴. À cela s'ajoute le pouvoir de

²⁵⁸ V. A. LEARY, préc., note 155.

²⁵⁹ *Constitution du Sri Lanka*, 1972, préc., note 150, art. 2, art. 6 et art. 7.

²⁶⁰ *Id.*, art. 48(2).

²⁶¹ *Constitution du Sri Lanka*, 1972, préc., note 150, art. 134 (1).

²⁶² *Constitution du Sri Lanka*, adoptée le 31 août 1978, art. 18(2), en ligne : <<https://www.parliament.lk/files/pdf/constitution.pdf>> (consulté le 2 octobre 2021).

²⁶³ *Id.*, art. 43(3).

²⁶⁴ Niran ANKETELL, Asanga WELIKALA, *A systematic crisis in context: the impeachment of the chief justice, the independence of the judiciary and the rule of law in Sri Lanka*, Center for Policy Alternatives, 2013, p. 16.

dissolution et de prorogation du chef de l'État, qui lui donne encore davantage de contrôle. Enfin, si le président doit nommer un Premier ministre bénéficiant du soutien de la Chambre, il est libre de confier des portefeuilles ministériels à tout membre du Parlement, voire à lui-même²⁶⁵.

En 2017, le dernier rapport sur la place des juges au Sri Lanka critique la Constitution sur sa capacité à préserver le pouvoir judiciaire de la pression de l'exécutif. À ce titre, le rapport expose: « many credible concerns relating to the independence, and competence of the judiciary were reported²⁶⁶. » L'indépendance du pouvoir judiciaire s'érode au fil des attaques de l'exécutif. En 2013, Shirani Bandaranayake, juge en chef de la Cour suprême, est visée par une motion de destitution. Les accusations dont elle faisait l'objet ont été entendues par un comité restreint composé de sept parlementaires de la majorité et de quatre parlementaires de l'opposition. La Cour suprême a jugé que ce comité ne disposait d'aucune compétence pour enquêter sur les allégations visant la juge en chef et que cette mesure était donc inconstitutionnelle²⁶⁷. Malgré cette décision, l'exécutif a procédé à l'exécution de la motion²⁶⁸. M. Mohan Peiris a pris sa place jusqu'en 2015 et son impartialité et son indépendance ont été mises en doute par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme²⁶⁹. Avec le 20^e amendement à la Constitution d'octobre 2020,

²⁶⁵ *Id.*, p. 17.

²⁶⁶ *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'indépendance des juges et des avocats sur sa mission à Sri Lanka*, A/HRC/35/31/Add.1 (23 mars 2017), par. 35, en ligne : <<https://digitallibrary.un.org/record/1301719>> (consulté le 4 octobre 2021).

²⁶⁷ Rohini HENSMAN, « Independent Judiciary and Rule of Law: Demolished in Sri Lanka », (2013) 48 *Economic*, n° 9, 16-19, 17.

²⁶⁸ *Id.*

²⁶⁹ « Mr. Mohan Peiris, has been at the forefront of a number of government delegations to Geneva in recent years to vigorously defend the Sri Lankan government's position before the Human Rights Council and other human rights mechanisms. This raises obvious concerns about his independence and impartiality, especially when handling allegations of serious human rights violations by the authorities. » Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Press briefing notes on Mali, Sri Lanka, Zimbabwe and Iran*, 2013, en ligne : <<https://www.ohchr.org/en/press-briefing-notes/2013/01/press-briefing-notes-mali-sri-lanka-zimbabwe-and-iran?LangID=E&NewsID=12936>> (consulté le 25 août 2021).

le chef de l'État a le pouvoir de nommer tous les juges de la Cour suprême ainsi que le président et les juges de la Cour d'appel²⁷⁰.

La Constitution permet à plusieurs mesures gouvernementales d'outrepasser la protection accordée à certains droits fondamentaux pour des motifs équivoques. De nombreux droits garantis par la Constitution peuvent être « restreints » dans « l'intérêt de la sécurité nationale » ou dans « les intérêts de l'harmonie raciale et religieuse », notamment l'égalité de traitement devant la loi, la liberté de circulation, la liberté d'association et la liberté d'expression religieuse et culturelle²⁷¹. Les violations des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution de 1978 par les mesures d'urgence ont été soulevées seulement par quelques individus devant la Cour Suprême, seule juridiction ayant compétence en la matière²⁷². Sur un plan pratique, cela s'explique par le manque de connaissances des individus concernant leurs droits et le processus judiciaire lui-même, le coût de l'assistance légale et le coût du transport pour se rendre à Colombo devant la Cour, ainsi que la peur des familles et des avocats menacés par les forces de sécurité ayant été accusées²⁷³.

4.2.2 Le maintien d'une législation d'urgence, garantie de la ruine de la légalité et du renforcement de l'abus des pouvoirs discrétionnaires

4.2.2.1 Public Security Ordinance

Avec la Public Security Ordinance (PSO) en 1947, adoptée à l'origine pour lutter contre les grèves organisées par différents syndicats ouvriers de la fin des années 1940 aux années 1960, les droits des individus ont été soumis à une politique d'urgence. Depuis 1959, le chef de l'État peut déclarer

²⁷⁰ *Constitution du Sri Lanka*, adoptée le 31 août 1978, préc., note 265, Article 107(1).

²⁷¹ *Id.*, art. 15(1), art. 15(7).

²⁷² *Constitution du Sri Lanka*, adoptée le 31 août 1978, préc., note 265, art.126(1).

²⁷³ Radhika COOMARASWAMY, Charmaine DE LOS REYES, « Rule by emergency: Sri Lanka's postcolonial constitutional experience », (2004) 2 - 2 *I.CON*, Oxford University Press, New York University School of Law, 272-295, 286.

une situation d'urgence pour tout ou partie du pays. Rapidement, « ethnic-nationalist and political activity superseded trade union activity as the principal reason for invoking emergency powers²⁷⁴ ». Cette ordonnance a été utilisée par les gouvernements successifs afin de faire taire les voix dissidentes et mettre fin aux insurrections naissantes²⁷⁵. Dès son entrée en vigueur, la Constitution de 1978 précise que la PSO doit être considérée comme une loi votée par le Parlement²⁷⁶. Ainsi, chaque décision prise dans son sillage passe outre toute législation qui y serait contraire²⁷⁷. Finalement, les agents publics agissant dans le cadre de cette ordonnance ont bénéficié d'une immunité de juridiction²⁷⁸. En d'autres termes, cela signifie que les agents ne peuvent faire l'objet de poursuites pour tout acte accompli en application de la réglementation d'urgence. La seule façon de faire tomber cette immunité consiste à formuler un recours en *habeas corpus* possiblement exercé devant les cours supérieures, notamment la Cour suprême. Toutefois, ce recours est procédural et ne peut donner accès à un procès en matière pénale²⁷⁹.

De 1983 à 2011, le pays a connu l'état d'urgence. En mars 2018, l'état d'urgence a été déclaré dans la région de Kandy, puis, de nouveau, en septembre dernier, afin de faire face à une crise alimentaire. Le PTA, dont nous traiterons plus amplement, a été modifié en 2011. L'article 27 permet désormais de poursuivre l'application de plusieurs mesures du PSO, notamment le

²⁷⁴ *Id.*

²⁷⁵ K. PINTO - JAYAWARDENA, *Authority without accountability: The crisis of impunity in Sri Lanka*, International Commissions of Jurists, 2012, p. 25-26, en ligne : <<https://www.refworld.org/pdfid/50ae365b2.pdf>> (consulté le 10 décembre 2021).

²⁷⁶ *Constitution du Sri Lanka*, adoptée le 31 août 1978, préc., note 265, art. 155(1).

²⁷⁷ *Public Security Ordinance (PSO)*, Ordonnance n°25 de 1947, art. 7, art. 8 et art. 21(3).

²⁷⁸ *Id.*, art. 9, art. 23. Cette immunité a été confirmée par les Cours supérieures. Voir notamment : *Wijesuriya c. L'État*, [1973] S. C. n°623/71, p. 62 (Cour d'appel du Sri Lanka), en ligne : <<https://www.lawnet.gov.lk/wp-content/uploads/2016/11/005-NLR-NLR-V-77-A.-WIJESURIYA-and-another-Appellants-and-THE-STATE-Respondent.pdf>> (consulté le 26 juillet 2021).

²⁷⁹ Jayantha DE ALMEIDA GURENATNE; Kishali PINTO JAYAWARDENA, *Habeas Corpus in Sri Lanka: Theory and Practice of the Great Writ in Extraordinary Times*, Colombo, Law & Society Trust, 2011 p. 23-24; cité par International Commission of Jurist, préc., note 255, p. 31.

règlement 2 (1) des réglementations n°4 de 2011, qui empêchent les magistrats de lever les mesures de détention établies sous le PSO²⁸⁰.

Le contrôle législatif des mesures d'urgence est affirmé par l'article 155, aux paragraphes 4 et 6 : les textes sont débattus avant leur publication et, si un renouvellement est censé se prolonger au-delà de quatorze jours, le Parlement doit donner son approbation. Il en va de même pour la disposition 5 (3) de la PSO: « Any emergency regulation may be added to, or altered or revoked by resolution of Parliament or by regulation made under the preceding provisions of this section²⁸¹. » Néanmoins, ainsi que beaucoup d'auteurs l'ont souligné, le Parlement agit comme une chambre d'enregistrement et n'a jamais usé de ces prérogatives²⁸².

4.2.2.2 Prevention of Terrorism Act

Si la gouvernance dans le pays se définit depuis plusieurs années autour de la ruine de la séparation des pouvoirs et par une législation qui accorde un pouvoir trop grand à l'exécutif, le Prevention of Terrorism Act (PTA) s'est intégré à la culture légale du pays. Ce texte est en application depuis près de 40 ans et a définitivement fait passer le caractère d'exception de l'urgence à la normalité.

En 1979, le Parlement srilankais votait le PTA sans contrôle de constitutionnalité par la Cour suprême²⁸³. Cet acte constitue l'une des causes majeures de la ruine de la primauté du droit dans le

²⁸⁰ *Prevention of Terrorism (Detainees and Remandees)*, (2011), n°1721/4, Gazette of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, en ligne : <http://www.documents.gov.lk/files/egz/2011/8/1721-04_E.pdf> (consulté le 3 février 2021).

²⁸¹ PSO, préc., note 280, art. 5(3). En 1987, la Cour invalide pour la première fois une mesure d'urgence de la PSO dans *Joseph Perera alias Brutten Perera v. the attorney-general and others* [1992] S.C., 107/86, S.C. 108/86 et S.C. 109/86 (Cour suprême du Sri Lanka). Quelques mois plus tard, le gouvernement amende la Constitution et inclut l'article 154(J) qui précise que toutes proclamations prises en vertu de cette même ordonnance ou de la loi relative à la sécurité publique, ne peuvent être remises en cause devant n'importe quel tribunal.

²⁸² R. COOMARASWAMY, C. DE LOS REYES, préc., note 276, p. 277.

²⁸³ Le projet de loi a été introduit au Parlement en vertu de l'article 122 de la Constitution comme étant « urgent dans l'intérêt national », donnant à la Cour suprême seulement vingt-quatre heures pour se prononcer sur sa constitutionnalité. Du que le projet était approuvé par une majorité des deux tiers aux parlements, la Cour suprême n'a

pays. Il favorise, entre autres, une détention des individus pendant plusieurs années sans qu'ils soient reconnus coupables devant un tribunal ou sans qu'un contrôle judiciaire de leur détention soit effectué. L'article 9, paragraphe 1, du PTA précise:

« Where the Minister has reason to believe or suspect that any person is connected with or concerned in any unlawful activity, the Minister may order that such person be detained for a period not exceeding three months in the first instance, in such place and subject to such conditions as may be determined by the Minister, and any such order may be extended from and any such order may be extended from time to time for a period not exceeding three months at a time: Provided, however, that the aggregate period of such detention shall not exceed a period of eighteen months²⁸⁴. »

Cette décision ne peut être mise en cause par le pouvoir judiciaire. La détention « shall not be called in question in any court or tribunal by way of writ or otherwise²⁸⁵ ». Aussi, le PTA renverse la charge de la preuve, la faisant peser sur les détenus, et autorise la recevabilité de leurs aveux. Le résultat de cette mesure est l'usage grandissant de la torture lors d'interrogatoires. Ces mesures sont complétées par la mise à l'écart du pouvoir judiciaire dans le contrôle des détentions²⁸⁶. Comme l'explique le rapporteur spécial pour les Nations Unies, « through exceptional provisions that admit the use of uncorroborated confessions made to police officers as the sole basis for convictions, it has fostered the endemic and systematic use of torture²⁸⁷ ».

pas été autorisée à se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions du projet de loi. Conformément à l'article 84 de la Constitution, lorsqu'un projet de loi est adopté par le Parlement à la majorité des deux tiers, il peut être promulgué malgré les incohérences avec la Constitution. La Cour suprême a déterminé que le projet de loi ne nécessitait pas de référendum pour être adopté. Elle a en effet estimé que le projet de loi n'abrogeait, ni ne modifiait, aucune disposition ancrée dans la Constitution ; K. PINTO - JAYAWARDENA, *Authority without Accountability : The Crisis of Impunity in Sri Lanka*, préc., note 278, p. 47 ; *Prevention of Terrorism Act*, préc., note 154.

²⁸⁴ *Prevention of Terrorism Act*, préc., note 154, par. 1.

²⁸⁵ *Id.*, art. 10.

²⁸⁶ Le droit à un examen judiciaire d'une détention sans jugement est reconnu dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), en particulier en période d'état d'urgence. Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1976), 999 R.T.N.U.171, art.9(1) et art. 9(4) ; Comité des droits de l'homme, *Observation Générale n°29, État d'urgence - Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Recueil des Traités, 999 R.T.N.U.171, 2021, par. 14 et 16.

²⁸⁷ Haut - Commissariat aux droits de l'homme, *Human rights and counterterrorism: UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism concludes visit to Sri Lanka*, Déclaration, 14 juillet 2017, en ligne :

L'article 13 de la Constitution proscrit les arrestations, la détention et les sanctions arbitraires, et l'article 141 reconnaît le droit à l'*habeas corpus*. Pourtant, le PTA multiplie les mesures allant à l'encontre de ces droits : limitation du contrôle de la détention à un comité consultatif nommé par le président, autorisation de la détention dans des lieux irréguliers et jusqu'à 30 jours avant la présentation du détenu devant le tribunal. Enfin, le procureur en chef dispose d'un droit de veto sur toutes les demandes de mise en liberté sous caution, restreignant ainsi le pouvoir judiciaire et facilitant la violation des droits et libertés des individus garantis au Chapitre 3 de la Constitution.

De plus, bien que le gouvernement laisse entrevoir depuis la fin de l'application de l'acte d'urgence²⁸⁸, ce dernier s'implante dans la durée. Il connaît même des élargissements dans son application. En mars 2021, le gouvernement publiait la régulation n°01, portant modification du présent acte et favorisant la détention sans procès de tout individu pendant deux ans pour avoir provoqué ou voulu provoquer des « acts of violence or religious, racial or communal disharmony²⁸⁹ ». Si les tribunaux ne peuvent se prononcer à son sujet, l'acte d'urgence élargit le spectre de mise en détention, en particulier concernant les minorités.

Le droit à un examen judiciaire d'une détention sans jugement est reconnu par le Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP), en particulier en période d'état d'urgence²⁹⁰. Les termes

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21883&LangID=E> (consulté le 13 janvier 2022).

²⁸⁸ En 2015, notamment, le président de l'époque s'est associé à une résolution unanime du Conseil des droits de l'homme qui engageait le Sri Lanka à prendre une série de mesures pour faire respecter les droits humains, parmi lesquelles le remplacement du PTA par une législation antiterroriste respectant les normes juridiques internationales. Nombre de ces engagements n'ont jamais été tenus. En 2018, une loi alternative de lutte contre le terrorisme, la loi antiterroriste, a été soumise au parlement. Malgré des lacunes, ce projet de loi aurait remplacé bon nombre des dispositions les plus abusives du PTA, mais il n'a jamais été adopté. HRW, « Sri Lanka : Repeal Abusive Counterterrorism Law », (10 janvier 2020), en ligne : <https://www.hrw.org/news/2020/01/10/sri-lanka-repeal-abusive-counterterrorism-law> (consulté le 18 janvier 2020).

²⁸⁹ *Prevention of Terrorism (De-radicalization from holding violent extremist religious ideology)*, (2021), n°2218/68, Gazette of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, en ligne : http://www.documents.gov.lk/files/egz/2021/3/2218-68_E.pdf (consulté le 3 février 2021).

²⁹⁰ PIDCP, préc., note 289. Voir aussi Comité des droits de l'homme, *Observation Générale n° 29*, préc., note 289.

vagues de cette loi permettent une incarcération plus facile des individus et retire le contrôle de la détention des prérogatives judiciaires. Aucun des critères constitutifs du concept de primauté du droit n'est ici présent afin de guider le comportement des individus et de planifier leurs vies.

Plus encore, la perte de confiance des minorités dans les institutions s'explique par ce formalisme minimaliste, lequel rime avec violence et discrimination. La primauté du droit devient un outil au service du gouvernement, ce qui pervertit les fins théoriques qui lui sont associées.

Le PTA est un acte originellement voté par le Parlement, qui a institutionnalisé sur près de 40 ans un exécutif au pouvoir non contesté par les autres institutions.

La perte de confiance des individus à l'égard des institutions srilankaises s'explique notamment par l'incapacité de ces dernières à reconnaître l'incompatibilité du PTA avec la Constitution. Le maintien du PTA dans le pays vient relativiser l'idée qu'une primauté du droit définie uniquement autour du concept mentionné en introduction est susceptible de permettre la transition. En effet, l'aspect majeur sous-entendu dans cet acte est l'existence dans le pays d'une primauté du droit minimaliste, conçue comme un outil pour l'exécutif, lui permettant de soumettre à la fois le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. La primauté du droit ne doit pas autoriser l'exécutif à utiliser la loi comme il le souhaite et à écarter les institutions qui ralentissent sa politique.

Le PTA peut expliquer la lecture de la primauté du droit dans le pays selon laquelle celle-ci s'assimile à un ensemble de règles, dont le degré d'application dépend de la volonté politique du gouvernement. Il ne s'agit pas d'un dysfonctionnement du système, dans le sens où les actes discriminatoires du gouvernement sont légalement établis. En fait, le concept de primauté du droit est perverti. Ses attributs existent sans pour autant que les fins théoriques qui y sont attachées ne soient effectives. Le gouvernement s'affranchit des normes qui limitaient ses pouvoirs, et la

législation d'urgence permet de maintenir une discrimination constante à l'égard des minorités tamoules, ce qui va directement à l'encontre des objectifs de la justice transitionnelle.

Cet aperçu des garanties constitutionnelles et de la législation d'urgence montre que les principes qui composent le concept de primauté du droit ne sont pas établis au Sri Lanka ou le sont de façon seulement embryonnaire. Ainsi, en renforçant les garanties institutionnelles, les individus pourraient porter un nouveau regard sur leurs institutions. Garantir l'impartialité et l'indépendance des tribunaux dans l'exercice du contrôle des droits et des libertés des individus pourrait ultimement amener l'ordre et la stabilité. Cela permettrait aux minorités tamoules d'avoir confiance dans leur capacité à rendre la justice vis-à-vis de faits qui remontent à la période du conflit entre les LTTE et l'armée.

Au même titre, des lois claires votées selon une procédure régulière réduiraient la marge d'appréciation des agents de l'État chargés de l'appliquer et permettraient en dernière instance une application égale de la loi. De fait, la norme jouirait d'une légitimité issue de la prévisibilité engendrée par ces termes clairs et généraux, et permettrait donc aux minorités d'anticiper l'action des autres. Cependant, le gouvernement doit faire preuve d'une volonté politique suffisante afin de renforcer l'existence de la primauté du droit.

Le Salvador a connu un passé similaire : même si le pays bénéficiait de ressources internes et d'une assistance extérieure, le gouvernement n'a pas témoigné d'une volonté politique suffisante et a obstrué la primauté du droit dans le pays²⁹¹. Seul un changement des membres du gouvernement a permis la transition. Encore récemment, le positionnement du gouvernement Rajapaksa s'est illustré avec le rejet des résolutions des Nations Unies visant à promouvoir l'obligation de rendre

²⁹¹ R. MANI, préc., note 171, p. 71.

des comptes pour les violations commises dans le passé, notamment la résolution 46/1 du Conseil des droits de l'homme²⁹² soutenue par l'Union européenne et adoptée en mars 2021, qui prévoit la collecte et l'analyse de preuves de crimes internationaux. La volonté politique constitue un élément essentiel à la réalisation de ces progrès. Bien que le Sri Lanka soit doté d'un nombre suffisant d'instruments juridiques, le souhait de maintenir cette discrimination à l'encontre des Tamils transparaît dans le maintien du PTA à l'intérieur de l'ordre juridique srilankais.

4.3 Limite du concept de la primauté du droit dans sa capacité à engendrer la confiance publique

4.3.1 L'appartenance à une norme

La justice transitionnelle vise à rebâtir le lien social et non à maintenir la fiabilité institutionnalisée que les individus partagent du fait de l'existence de la primauté du droit. Le fait qu'un individu puisse anticiper que les autres citoyens soient prêts à se conformer à la règle n'est pas similaire à la confiance que l'on accorde à quelqu'un. En ce sens, De Greiff souligne que la loi ne peut, en soit, s'apparenter à cette confiance²⁹³.

Les règles élaborées par les institutions législatives sont considérées comme des normes juridiques : d'une part, parce que les individus portent attention aux éléments propres aux normes elles-mêmes, comme leur faculté à guider leur comportement ; d'autre part, parce qu'ils accordent à cette règle une certaine légitimité. Cette reconnaissance est issue du processus ayant conduit à

²⁹² Conseil des droits de l'homme, *Favoriser la réconciliation et l'établissement des responsabilités et promouvoir les droits de l'homme à Sri Lanka*, Doc. N.U. A/HRC/RES/46/1 (26 mars 2021), en ligne : <<https://undocs.org/A/HRC/RES/46/1>> (consulté le 28 avril 2021).

²⁹³ P. DE GREIFF, *Transitional Justice*, coll. « Security and Development: Security and Justice thematic paper », Washington D. C., World Bank, 2011, p. 11. Il ajoute alors: « I trust someone when I have reasons to expect a certain pattern of behaviour from her, and those reasons include not just her consistent past behaviour, but also, crucially, the expectation that among her reasons for action is the commitment to the norms and values we share. »

l'élaboration de la norme et « in virtue of the fact that we can consider it to be our rule, one that we give to ourselves—via recognized procedures²⁹⁴ ». La légitimité se déploie également au sein des tribunaux. Le caractère jugé désirable de l'activité du tribunal fonde sa légitimité, qui fait naître un sentiment d'obligation chez le citoyen et le justiciable, et non la contrainte d'une autorité qui serait valable en soi²⁹⁵.

Ce sentiment est à la fois attribuable aux lois *en soi* et aux individus qui l'appliquent. Le passage d'un régime autoritaire à un régime démocratique n'implique pas forcément que les individus cessent d'être suspicieux envers les tribunaux, même si le nouveau régime est porteur de nouvelles lois et garanties procédurales. En effet, la réalisation de la confiance publique dépend également des juges eux-mêmes²⁹⁶.

À cet égard, il importe de prendre en compte l'agentivité du personnel administratif, du législateur et des citoyens. Les règles peuvent être modifiées par des décideurs politiques, eux-mêmes susceptibles d'abuser de leur marge de discrétion et de verser dans l'opportunisme. La conformité du citoyen dépendra de son évaluation de la probabilité que l'ensemble des citoyens soit également motivé pour s'y conformer²⁹⁷.

Selon Offe, les institutions apportent, à travers l'action des individus qui y participent, des références et des valeurs qui donnent du sens aux normes produites et, par ce biais, génèrent un sens institutionnel partagé par des personnes qui ne se connaissent pas. Offe identifie plusieurs valeurs favorisant la diffusion de cette confiance, mettant en lumière une dynamique verticale (individus-institutions) et une dynamique horizontale (entre individus). Les institutions doivent

²⁹⁴ P. DE GREIFF, *Transitional Justice*, préc., note 296, p. 12.

²⁹⁵ Pierre NOREAU, Chantal ROBERGE, « Émergence de principes généraux en matière de déontologie judiciaire : Éléments d'une théorie générale », (2005) 84 *Canadian Bar Review*, 457 - 499, 487.

²⁹⁶ E. G. JENSEN, T. C. HELLER, préc., note 232, p. 27.

²⁹⁷ C. OFFE, préc., note 236, p. 69.

engager leurs membres à dire la vérité et détecter efficacement quand ils violent cette règle ; ensuite, elles doivent les inciter à respecter les promesses qu'ils formulent et générer des pratiques fondées sur les valeurs d'équité, d'impartialité et de neutralité ; enfin, Offe affirme qu'il faut adopter une politique de solidarité afin de compenser les différences qui ne peuvent être considérées comme librement choisies, mais structurellement imposées par les contraintes inéluctables qui conditionnent une répartition inégale des chances dans la vie, comme le statut social à la naissance²⁹⁸.

Les pratiques des individus au sein des institutions qu'Offe identifie permettent de diffuser une certaine confiance entre les institutions et les citoyens, ce qui rejoint directement les propos de De Greiff lorsqu'il écrit : « Legal systems, when they operate well, also catalyze trust in the system and among citizens; by stabilizing expectations, legal systems diminish the costs of trusting others, particularly strangers²⁹⁹. »

4.3.2 Des éléments de réponse pour rompre avec les principes qui composent le concept de primauté du droit : les atouts de la justice informelle au Sri Lanka

Depuis 1988, le ministère de la Justice a instauré des mécanismes de résolution du conflit dans les différentes régions du pays. L'inaccessibilité des tribunaux liée à leur coût financier et au délai de traitement des affaires a permis à ces commissions de s'implanter.

Au début des années 1990, les districts de Colombo, de Puttalam, Kandy, Kegalle, Galle et Matara sont d'abord concernés. Puis sont apparus les premiers Community Mediation Board à Nallur en novembre 2005 (district du Nord). Par la suite, d'autres commissions de médiation ont été établies

²⁹⁸ C. OFFE, préc., note 236, p. 73-75.

²⁹⁹ P. DE GREIFF, préc., note 142, p. 48.

jusqu'en 2001 à Jaffna (district de Vavuniya), entre 2010 et 2013 dans les districts de Kilinochchi et de Mannar, et, enfin, en 2014 dans le district de Mullaitivu. Aujourd'hui, il existe plus de 320 commissions de médiation dans le pays³⁰⁰. Bien que ces dernières ne traitent que d'affaires criminelles mineures³⁰¹, elles jouent un rôle clé dans la résolution des conflits, ce qui s'avère particulièrement vrai pour les musulmans et les Tamouls du nord de l'île, région dans laquelle ces dispositifs représentent une solution de remplacement aux dispositifs formels les confrontant à la police³⁰².

La résolution du conflit s'opère grâce aux normes sociales³⁰³ : « Mediators, disputants and the process followed by the Community Mediation Boards to settle the disputes are embedded in the same, shared social fabric. As a result, mediators are able to factor the local, cultural differences in settling disputes and foster accountability to the community³⁰⁴. » Là où au nord et à l'est de l'île, la police reçoit les plaintes des Tamouls en cinghalais, l'utilisation de la même langue que celle parlée par les parties au sein de ces comités renforce la participation des minorités tamoules. En outre, ces procédures prennent souvent en compte le contexte social et mettent en avant des préceptes issus du bouddhisme, de l'islam ou de l'hindouisme selon les parties en présence et la région concernée³⁰⁵.

³⁰⁰ Mohamed MUNAS, Hasanthi TENAKOON, Malinda MEEGODA et Mehala MAHILRAJAH, *Community Mediation: Dispute resolution of the people, by the people and for the people - A Sociological Enquiry about People's Perceptions and Experiences of Mediation Boards: Northern, Eastern and Uva Provinces*, coll. « Working Paper Series », n° 29, 2018, p. 1, en ligne : <<https://www.cepa.lk/wp-content/uploads/2020/08/Community-Mediation-Study-2-WPS-29-2018.pdf>> (consulté le 5 avril 2021).

³⁰¹ Akshina LIYANAGE, Tharushi GAMAGE, « What is Mediation 3 - (Mediation Board System in Sri Lanka) », (23 septembre 2020), en ligne : <<https://lawfacrotaract.com/2020/09/23/mediation-board-system-in-sri-lanka/>> (consulté le 5 avril 2021); M. MUNAS, H. TENAKOON, M. MEEGODA and M. MAHILRAJAH, préc., note 303.

³⁰² *Id.*

³⁰³ Voir notamment B. TAMANAHA, « A General Jurisprudence of Law and Society », Oxford University Press, New York, 2001, p. 116; Masaji CHIBA, « Legal Pluralism in Sri Lankan Society - Toward a General Theory of Non-Western Law », (1993) 25 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 197-212, 204-208.

³⁰⁴ M. MUNAS, H. TENAKOON, M. MEEGODA and M. MAHILRAJAH, préc., note 303, p. 4.

³⁰⁵ *Id.*, p. 32.

L'engagement de la population envers les comités de médiation n'est pas anodin. Une grande partie des individus connaissent ces mécanismes et les côtoient davantage que les tribunaux. C'est le cas au nord du pays, où une majorité de Tamouls vivent encore avec l'héritage du conflit. Les comités de médiation n'ont pas pour objectif d'utiliser la loi pour mettre fin au contentieux, mais davantage de trouver une solution à un désaccord entre deux parties, de mettre en œuvre par le dialogue certaines normes sociales, différentes des normes émanant de l'État. De fait, la posture des comités dans le cadre du règlement d'un différend s'écarte du formalisme procédural des tribunaux et favorise ainsi le dévoilement de la vérité sur le conflit qui lie les deux parties : « Because the rules of evidence and trial procedures are relaxed, disputants have a greater opportunity to explain their problem and to participate in trying to solve it³⁰⁶. »

Les comités de médiation sont marqués du sceau de l'État. Plusieurs symboles les identifient comme des organismes officiels. La police et les tribunaux les connaissent et les mentionnent. Aussi, les lettres de convocation des parties portent l'emblème du gouvernement.

La proximité entretenue par les comités de médiation ne doit pas les substituer aux tribunaux dans l'exercice de la justice transitionnelle. Seuls ces derniers peuvent juger les auteurs de violations des droits humains durant le conflit.

La primauté du droit minimaliste entretenue dans le pays ne permet pas la participation des Tamouls. L'espace de parole créé afin que les parties puissent raconter leur histoire, notamment par le biais de comités de médiation, est déterminant pour la justice transitionnelle. Les comités prennent en compte les normes sociales issues de la culture tamoule et s'assurent que les Tamouls puissent s'exprimer dans leur langue. Au sein de ces comités, la voix des Tamouls joue un rôle

³⁰⁶ Tom R. TYLER, « The Quality of Dispute Resolution's Procedures and Outcomes: measurement problems and possibilities », (1989) 66 *Denver University Law Review*, 419 - 436, 428.

dans le dénouement du différend. Ce mécanisme garantit leur contribution, constituant ainsi une forme de résolution collective d'un conflit, dans le sens où le discours des deux parties est considéré et peut influencer la décision de l'arbitre. Nous avançons qu'une telle proposition ne doit pas s'arrêter aux règlements des litiges, mais donner lieu à une participation susceptible de fonder une confiance nouvelle des Tamouls dans les institutions. Il importe toutefois de maintenir une justice pénale à l'encontre des auteurs des violations des droits humains et, ainsi, de s'assurer que la primauté du droit est garante d'une procédure et d'un jugement dépolitisé, soucieux de l'égalité des parties.

À cet égard, la question de la légitimité soulignée par Weber se révèle précieuse. Le cadre théorique qu'il propose saisit les multiples dimensions clés de la réalisation de la justice transitionnelle. Plus précisément, ses écrits nous aident à comprendre de quelles façons un individu fait sienne une loi.

La qualité d'une norme qui permet aux individus de se l'approprier ne s'explique pas par la rationalité formelle. Si les principes et les valeurs soutenus par une rationalité substantielle rendent compte d'une possible appartenance, la rationalité formelle contraint à justifier la règle par un raisonnement scientifique implacable. Or, ce raisonnement scientifique exclut toute idée d'appartenance. En effet, il repose sur un calcul commun à la raison de tous et ne peut se spécifier dans le cadre d'une communauté ou d'une culture. L'appartenance implique la capacité d'un individu à s'approprier une norme et non à constater l'argument logique qui la rend la plus adaptée à une situation. Alors, afin de rendre compte de cette appartenance, il faudrait se tourner vers un mode d'élaboration de la règle qui permet la participation de chacun. En somme, nous introduisons ici le sujet de l'exercice de la souveraineté populaire selon le modèle démocratique. Nous développerons davantage cette idée au sein de notre dernier chapitre.

Le rôle de cette participation dans la réalisation de la justice transitionnelle est tel qu'il nous faut dépasser la conception formelle de la primauté du droit. Malgré la défaillance des tribunaux, des dispositifs existants au Sri Lanka peuvent inclure le discours des minorités tamoules dans des processus de résolution de différends. Bien que nous soulignons l'existence de ces mécanismes, ceux-ci ne doivent pas pour autant remplacer les tribunaux, seules institutions capables de rendre la justice pénale. Cette justice distingue la période entre le conflit et la gouvernance future au travers d'une procédure et d'un jugement dépolitisés soucieux de garantir l'égalité des parties.

CHAPITRE 5 : VERS UNE CONCEPTION QUI NE SE SATISFAIT PAS DES SEULS PRINCIPES DU CONCEPT DE PRIMAUTE DU DROIT

Ce dernier chapitre constitue le résultat de l'analyse menée tout au long de ce mémoire. Nous proposons de définir la primauté du droit au Sri Lanka en intégrant les exigences de la justice transitionnelle dans le pays. Si le chapitre précédent avait pour but de montrer que le lien unissant le concept de primauté du droit et confiance publique devait être dépassé, ce chapitre propose d'expliquer comment définir la primauté du droit afin de réaliser ce dépassement dans le contexte de transition au Sri Lanka. Afin que la primauté du droit éveille la confiance des Tamouls envers les institutions, celle-ci doit répondre à deux objectifs majeurs : d'abord, garantir une justice dépolitisée capable de s'extraire d'une légalité trop stricte afin que le dévoilement de la vérité ne soit pas perçu comme une simple suite de mots sans valeur ; ensuite, intégrer à notre compréhension de la primauté du droit une portée plus substantielle, ce qui pourrait générer la participation politique des Tamouls.

5.1 Intégration relative des éléments formels de la primauté du droit

Les caractéristiques du concept de primauté du droit demeurent primordiales au sein des tribunaux en matière pénale, en particulier si l'institution judiciaire se penche sur les années de conflits. D'un autre côté, la place laissée au dialogue entre les deux parties dans le cadre de la justice informelle est un argument en faveur de la création de mécanismes visant un discours de vérité et un effort de mémorisation. La nécessité de s'écarter du discours national élaboré depuis plusieurs années implique de reconstruire la vérité sur les événements du conflit. La capacité des tribunaux à rendre une justice qui met l'accent sur cette vérité est néanmoins limitée. D'autres procédures sont plus à

même de l'engendrer. Réussir à combiner ces deux points favorisera la légitimité de l'institution judiciaire et, en dernière instance, renforcera la confiance publique des minorités tamoules.

L'institutionnalisation de la confiance ne peut découler des fins théoriques associées aux conceptions formelles. Comme nous le soulignons avec les propos d'Offe, les individus qui participent au fonctionnement des institutions sont les acteurs principaux de cette dynamique. De ce fait, les normes établies selon une procédure régulière créent une confiance publique. Si les victimes du conflit désavouent les institutions qui se penchent sur le conflit, leur efficacité est mise en péril³⁰⁷. Les commissions de vérité passées n'ont pas reconnu leur expérience des affrontements. La lumière n'est pas faite sur certains événements traumatisants et la responsabilité des criminels de guerre n'est toujours pas soulevée – au contraire, certains d'entre eux accèdent à des postes gouvernementaux. Il est dès lors difficile d'imaginer une confiance quelconque de la part des minorités.

À ce titre, nous rejoignons les propos de Yasmin Sooka, membre des commissions pour la vérité et la réconciliation en Afrique du Sud et en Sierra Leone :

« In post-conflict countries, victims are often told by the successor government that they need to move on. As a consequence, they find themselves left out of the current political dispensation and are out of sync with the new political rhetoric. The problem for most victims, of course, is that they cannot move on, because they are often at the bottom of the pile in society. Their realities have not really changed. Sadly, this is often accompanied by a consolidation of the political elites across the political spectrum³⁰⁸. »

³⁰⁷ Y. SOOKA, préc., note 134, p. 317.

³⁰⁸ *Id.*, p. 324.

5.1.1 La nécessité d'une justice dépolitisée

Assurer une procédure régulière ainsi que l'indépendance des futures commissions d'enquête et des tribunaux s'avère essentiel dans l'optique de garantir la justice et de favoriser la confiance des Tamouls dans les institutions. De cette façon, les décisions qui émanent des tribunaux marquent une rupture certaine avec la volonté gouvernementale de s'affranchir du passé. À travers l'affirmation que personne n'est au-dessus de la loi et que la justice peut être rendue pour les crimes passés, la reconnaissance nationale des victimes peut commencer à s'opérer³⁰⁹.

Les découvertes sur les disparitions forcées à la fin du conflit doivent aujourd'hui s'accompagner d'une justice dépolitisée, sans quoi ce travail resterait lettre morte : d'une part, parce que les organes capables d'apporter vérité et justice sont traditionnellement distincts et, d'autre part, parce que, additionnées, la justice et la vérité constituent la seule solution pour revitaliser le lien social. En effet, la réparation des victimes à l'issue d'une décision de justice, en l'absence d'un discours de vérité, est susceptible d'être interprétée comme une tentative visant à acheter leur acceptation³¹⁰. De la même façon, le discours de vérité doit être complété par la réparation des victimes afin que les mots ne soient pas simplement « [an] inconsequential chatter³¹¹ ».

L'étude sur les commissions d'enquête réalisée dans la deuxième partie du chapitre 3 a montré qu'il importe d'associer la découverte de la vérité avec des mécanismes susceptibles de prouver la

³⁰⁹ Jemima GARCÍA-GODOS, « It's About Trust: Transitional Justice and Accountability in the Search for Peace » dans Cecilia MARCELA BAILLIET et Kjetil MUJEZINOVIC LARSEN (dir.), *Promoting Peace Through International Law*, coll. Research Handbooks in International Law series, Oxford, Oxford University Press, 2019, 321-343, p. 322 ; L. HUYSE, « The process of reconciliation » dans David BLOOMFIELD et Teresa BARNES (dir.), *Reconciliation after violent conflict*, Handbook Series, Stockholm, 2003, p. 19 - 34, à la page 21 ; Richard DUBE et Margarida GARCIA, « Enjeux politiques et juridiques autour du principe de la confiance du public dans l'administration de la justice pénale », (2020) 61-1 *Cahiers de droit*, 7-34, 30.

³¹⁰ Voir notamment Susan SLYOMOVICS. « No Buying off the Past: Moroccan Indemnities and the Opposition », (2003) 229 *Middle East Report*, Middle East Research and Information Project (MERIP), 34-37.

³¹¹ P. DE GREIFF, préc., note 142, p. 37.

responsabilité des auteurs des crimes. Cette double nécessité, *a fortiori*, concerne directement les travaux des organes gouvernementaux sur les disparitions dans le pays.

Le nombre de disparitions liées au conflit srilankais est l'un des plus élevés jamais enregistrés parmi les différents conflits internes ayant existé, estimé entre 60 000 et 100 000 cas par Amnesty International³¹². La commission présidentielle d'enquête sur les disparitions de personnes a été critiquée à plusieurs reprises, notamment pour le manque de transparence et d'informations du point de vue des procédures et de leur conduite. À cela s'ajoutent les intimidations et le harcèlement qu'ont fait subir les agents de l'armée et du renseignement aux familles³¹³. Plus encore, la condamnation des auteurs de ce crime a davantage concerné les membres des LTTE³¹⁴.

En 2016, le gouvernement srilankais instaurait le Bureau chargé des personnes disparues. Il s'agit de l'une des rares initiatives saluées par la communauté internationale ; en effet, plusieurs retours positifs ont été formulés à cet égard³¹⁵. Le bureau est doté de pouvoirs d'enquête dans le but d'obtenir des informations d'un parent d'une personne disparue ou de tout autre individu ou organisation ; il peut ainsi ouvrir une enquête, une investigation ou les deux, sur le lieu et sur les circonstances de la disparition, dès lors qu'une plainte est déposée ou à partir d'une base d'informations recueillies par des commissions d'enquête.

Ce bureau a permis de mettre en lumière l'ampleur des cas de disparitions forcées dans le pays. Ce crime est défini de la manière suivante :

³¹² Amnesty International, « Il faut répondre aux demandes des familles disparues », (15 février 2020), en ligne : <<https://www.amnesty.fr/presse/sri-lanka-il-faut-rpondre-aux-demandes-des-famille>> (consulté le 8 décembre 2020).

³¹³ *Rapport complet du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur le Sri Lanka*, Doc. N.U. A/HRC/30/61 (28 septembre 2015), par. 32, en ligne : <<https://undocs.org/A/HRC/30/61>> (consulté le 28 avril 2021).

³¹⁴ *Id.*, par. 64.

³¹⁵ *Les processus de mémorialisation dans le contexte des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire : le cinquième pilier de la justice transitionnelle*, préc., note 38, par. 23 et 24.

« L'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivis du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi³¹⁶. »

La réalité des faits soulignée par le bureau se heurte alors à un cadre légal inadapté. Soulever la responsabilité des auteurs des exactions s'avère particulièrement difficile. La justice reste étrangère à de nombreux cas de disparitions forcées. La décision de lancer une enquête et celle d'instruire ou non un dossier demeurent hautement politiques. Aussi, en raison du caractère secret des disparitions forcées, identifier une quelconque responsabilité individuelle sans passer par des modes d'établissement moins stricts se révèle complexe. L'emploi de la responsabilité des auteurs pour commandement ou au nom de l'entreprise criminelle commune (ECC) faciliterait les condamnations d'un plus grand nombre de responsables. Plus précisément, si le Sri Lanka n'intègre pas les crimes internationaux et ces modes d'engagement de la responsabilité, les tribunaux ne pourront pas juger nombre d'exactions perpétrées durant le conflit.

³¹⁶ Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 23 décembre 2010, art. 2, en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>> (consulté le 3 avril 2021).

5.1.2 Intégration des crimes et modes de mise en œuvre de la responsabilité issus du droit pénal international – implication pour la primauté du droit

Les différentes lois d'urgence dans le pays facilitent la perpétration des crimes de disparitions forcées. Les découvertes de la commission sur les disparitions forcées et la capacité de la justice à condamner leurs auteurs varient grandement.

Le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires a visité le Sri Lanka une première fois en 2015. Il a formulé un certain nombre de recommandations pour le pays³¹⁷, en particulier celles d'intégrer le crime de disparitions forcées dans son ordre légal et d'établir une législation distincte et complète en la matière. La commission a aussi appelé le gouvernement à prendre des mesures pour prévenir ce crime, à mener des enquêtes indépendantes, à édicter des sanctions appropriées et à assurer la réparation des victimes³¹⁸.

En ne reconnaissant pas expressément plusieurs des crimes majeurs en matière de violation des droits humains, les autorités freinent les investigations et les jugements des individus des corps armés et du gouvernement³¹⁹. Outre le crime de disparition forcée, le crime de génocide, le crime contre l'humanité et les crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé interne ne sont pas criminalisés par le droit pénal du pays³²⁰.

³¹⁷ Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires sur sa mission à Sri Lanka*, Doc. N.U. A/HRC/33/51/Add.2 (8 juillet 2016), en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/146/64/PDF/G1614664.pdf?OpenElement>> (consulté le 7 août 2021).

³¹⁸ *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires sur sa mission à Sri Lanka*, préc., note 320, art. 14 et art. 15.

³¹⁹ *Id.*, art. 48, art. 49.

³²⁰ I. LASSEE, E. VERMUNT, préc., note 137, à la page 157.

Ce même groupe a réalisé un suivi de cette première visite et a publié son rapport en 2019³²¹. La commission souligne que le Sri Lanka a effectivement incorporé à son régime légal la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. L'article 6 (1) de la Convention précise que :

« Tout État parti prend les mesures nécessaires pour tenir pénalement responsable au moins :

- Toute personne qui commet une disparition forcée, l'ordonne ou la commande, tente de la commettre, en est complice ou y participe ;
- Le supérieur qui :

i) Savait que des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs commettaient ou allaient commettre un crime de disparition forcée, ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) Exerçait sa responsabilité et son contrôle effectifs sur les activités auxquelles le crime de disparition forcée était lié ; et

iii) n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer la commission d'une disparition forcée ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites. »

La ratification de cette convention invite à aller plus loin concernant l'intégration du droit pénal international dans l'ordre normatif srilankais. Les tribunaux pourront condamner l'ensemble des exactions perpétrées lors du conflit. Plus encore, cela aidera à reconnaître les crimes associés à cette période. Cette vague de violence ne sera plus assimilée à n'importe quelle violation susceptible d'être jugée au sein de l'ordre normatif actuel.

³²¹ Conseil des droits de l'homme, *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, Doc. N.U. A/HRC/42/40/Add.1 (10 septembre 2019), en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/267/26/PDF/G1926726.pdf?OpenElement>> (consulté le 7 août 2021).

5.1.2.1 Intégrer les crimes de guerre et crimes contre l'humanité afin de saisir le contexte du conflit dans les jugements rendus

La définition même du crime de disparition forcée souligne le rôle que joue l'État ou une organisation politique dans son instigation. Ainsi que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) l'a spécifié dans l'une de ses affaires les plus emblématiques, avoir recours à la catégorie des crimes ordinaires pour juger des crimes abominables serait « a travesty of law and a betrayal of the universal need for justice³²² ».

Au regard du droit national, le jugement ne peut pas reconnaître le caractère omniprésent des disparitions durant une période spécifique et la politique en application de laquelle elles sont apparues. C'est ce qui a été souligné par le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et par plusieurs États ayant à traiter des crimes de guerre : leur droit pénal demeurerait inadapté à la nature des crimes qu'ils ont à juger³²³. Malgré la ratification de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, aucun jugement n'a été rendu en application de celle-ci, et l'intégration de ce crime dans le droit pénal du pays se fait attendre³²⁴.

De plus, le droit interne doit être modifié afin d'appliquer de façon rétroactive le droit susceptible de juger des atrocités commises durant le conflit. Dès lors, s'écarter davantage des conceptions

³²² *Le Procureur du Tribunal c. Tadić*, [1995] Affaire n° IT-94-1, par. 58 (TPIY).

³²³ *Le Procureur c. Bagaragaza*, [2006] Affaire n° ICTR-05-86-AR11bis, par. 21 (ICTR). Concernant les tribunaux nationaux, voir notamment *R c. Finta, Cory J*, [1994] 1 RCS 705 (Cour suprême du Canada) : « a war crime or a crime against humanity is not the same as a domestic offence. [...] There are fundamentally important additional elements involved in a war crime or a crime against humanity » ; *Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ enlèvement d'enfants de moins de 10 ans*, [2001] Affaire n°8686/2000 (Cours Fédérale de Buenos Aires); cité par Isabelle LASSEE, E. VERMUNT, préc., note 137, à la page 168.

³²⁴ Malgré l'incorporation de la dites Convention, le Sri Lanka n'a toujours pas criminalisé le crime de disparitions forcées. À ce titre, voir notamment Ishara KUMUDUMALEE MUNASINGHE, *Offence of enforced disappearance: enhancing the parameters of criminal law of Sri Lanka*, International Research Conference, 2018, 122-128, en ligne : <http://ir.kdu.ac.lk/bitstream/handle/345/2584/Law%20new_20.pdf?sequence=3&isAllowed=y> (consulté le 13 mars 2022).

formelles de la primauté du droit apparaît nécessaire, notamment dans l'établissement de la responsabilité des crimes commis durant le conflit.

5.1.2.2 Redéfinir le spectre de la responsabilité pénale : s'écarter d'une stricte légalité

Différents modes d'établissement de la responsabilité des auteurs de crimes de guerre ont été développés par les tribunaux pénaux internationaux, notamment la responsabilité pour commandement, absente du droit pénal srilankais. La responsabilité pour commandement doit s'appliquer afin de juger des disparitions forcées³²⁵.

L'idée qui sous-tend la responsabilité du commandement est la suivante : que le subordonné soit ou non tenu pour responsable de la commission effective d'un acte criminel, le supérieur (le commandant) doit assumer la responsabilité personnelle de l'instigation ou de la tolérance de cet acte³²⁶. L'ampleur du nombre de cas identifiés durant le conflit renforce l'urgence d'ouvrir ce mode d'établissement de la responsabilité. En son absence, « those most responsible for the offence would escape prosecution³²⁷ ».

La décision cruciale de poursuivre ou d'abandonner l'accusation est prise par le procureur général. En l'occurrence, aucune poursuite n'a été menée à l'encontre d'un individu ayant un grade

³²⁵ Voir notamment Bhavani FONSEKA, Charya SAMARAKOON, et Kushmila RANASINGHE, *Revisiting Ten Emblematic Cases in Sri Lanka : Why Justice Remains Elusive*, Colombo, Centre for Policy Alternatives, 2021, p. 21, en ligne : <<https://www.cpalanka.org/wp-content/uploads/2021/01/Revisiting-Ten-Emblematic-Cases-in-Sri-Lanka-final-draft-1.pdf>> (consulté le 14 mai 2021).

³²⁶ Yoram DINSTEIND, « Command responsibility », *Max Planck Encyclopedias of international Law*, 2015, en ligne : <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e273>> (consulté le 13 juin 2020).

³²⁷ Asian Human Right Commission, *Sri Lanka Dysfunctional Criminal Justice System*, Hong Kong, 2007, p. 22, en ligne : <<http://www.humanrights.asia/wp-content/uploads/2019/05/Full-Version.pdf>> (consulté le 13 juin 2020).

supérieur à inspecteur de police durant le conflit et le département du procureur n'a jamais déposé d'acte d'accusation sur la base de la responsabilité pour commandement³²⁸.

Cette doctrine de la responsabilité pour commandement a connu une application au sein du TPIY³²⁹ ainsi que du TPIR³³⁰ et se retrouve dans le statut de la Cour pénale internationale (CPI). Ensuite, plusieurs mécanismes nationaux et hybrides ont employé ce mode d'engagement de la responsabilité³³¹. Dans le cas du Sri Lanka, le droit pénal ne différencie pas sa procédure selon que les faits sont associés au conflit ou non.

L'ECC dispose que les crimes émanant d'un groupe sont imputables à tous les membres qui partagent un but commun, soit celui de commettre ces crimes et de promouvoir activement l'objectif du groupe³³². Trois formes d'ECC sont à distinguer. D'abord, nous trouvons les affaires de coaction : les participants agissent sur la base d'un dessein commun avec une intention délictueuse commune³³³ – il s'agit de la seule forme adéquatement retranscrite dans le Code pénal srilankais, aux articles 32 à 36.

La seconde catégorie, aussi appelée « forme systémique », concerne des crimes commis par des individus qui sont membres d'unités militaires ou administratives sur la base d'un dessein

³²⁸ Asian Human Right Commission, préc., note 330.

³²⁹ Voir par exemple *Prosecutor v. Krnojelac*, [2003] IT-97-25-A, par. 29 (TPIY); *Prosecutor v. Vasiljević*, [2004] IT-98-32-A, par. 95 (TPIY).

³³⁰ Voir par exemple *Prosecutor v. Ngirabatware*, [2012] ICTR-99-54-T, par. 1299 (TPIR); *Prosecutor v. Karemera and Ntirumpatse*, [2006] ICTR-98-44-A, par. 15 (TPIR).

³³¹ Voir par exemple *The Prosecutor v. Hashim Thaçi, Kadri Veseli, Rexhep Selimi, and Jakup Krasniqi*, [2021] KSC-BC-2020-06, par. 185 (Kosovo Specialist Chamber); *Prosecutor v. Brima et al.*, [2007] SCSL-04-16-T, par. 61 (Residual Special Court for Sierra Leone); *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, [2011] STL-11-01/I, par. 256 (Special Tribunal for Sierra Leone).

³³² *Le Procureur c. Tadić*, [1999] IT-94-1-A, par. 196 (TPIY), cité dans Juan-Pablo PEREZ-LEON-ACEVEDO, « Bringing the Bosses to International Criminal Trials: The Problems with Joint Criminal Enterprise and the “Control over the Crime” Approach as a Better Alternative », (2019) 32-1 *Pace International L. Rev.*, 1-56, 14.

³³³ *Id.*, par. 220.

commun³³⁴. Il est nécessaire de prouver la connaissance par l'individu du système criminel, de la nature de ce dessein et sa participation active et volontaire dans son application³³⁵. Cette forme est absente du droit pénal srilankais. Elle demeure pourtant cruciale dans le cadre de la poursuite des personnes ayant essentiellement contribué à la nature généralisée et systématique de certains crimes³³⁶.

La troisième et dernière forme renvoie aux actes qui outrepassent le but commun imputé aux individus parce qu'ils sont une conséquence « naturelle et prévisible » de la réalisation du plan³³⁷ : la commission de l'acte par l'un des membres était prévisible et le membre en question a volontairement pris ce risque³³⁸. Ceux qui ont conçu le plan de détention, ou qui ont participé à des plans stratégiques sur les enlèvements, et qui ont contribué de manière substantielle à sa réalisation, tout en sachant que les disparitions forcées étaient une conséquence naturelle et prévisible du plan de détention ou du plan d'enlèvement, doivent également être pénalement responsables de la disparition forcée³³⁹.

Le terme même d'« entreprise » implique déjà un certain flou : il peut désigner un petit groupe armé, une partie du commandement d'une armée, des participants à un système de détention ou encore des autorités politiques³⁴⁰. La caractéristique principale de l'ECC est la finalité criminelle

³³⁴ Kai AMBOS, « Criminal Responsibility, Modes of », *Max Planck Encyclopedias of International Law*, par. 4, en ligne:

<<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law9780199231690e1853?rskey=VdmqnR&result=2&prd=MPIL>> (consulté le 13 juin 2020).

³³⁵ *Le Procureur c. Tadić*, préc., note 335, par. 202.

³³⁶ I. LASSEE, E. VERMUNT, préc., note 137, à la page 170.

³³⁷ K. AMBOS, préc., note 337, par. 4.

³³⁸ *Le Procureur c. Tadić*, préc., note 335, par. 228.

³³⁹ Isabelle Lassée et Eleanor Vermunt tiennent des propos identiques pour les cas de torture en détention. Néanmoins, le nombre considérable de disparitions forcées et leurs caractères systématiques interrogent quant à la connaissance d'individus étant concernés, tant chez les LTTE que dans l'armée.

³⁴⁰ Elisabeth CLAVERIE et Rafaëlle MAISON, « L'"entreprise criminelle commune" devant le Tribunal Pénal pour l'Ex Yougoslavie » dans P. TRUCHE, *Juger les crimes contre l'humanité vingt ans après le procès Barbie*, ENS Editions, Lyon, 2009, 183-205, p. 5, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01024154/document>> (consulté le 1 juillet 2020).

combinée, associée ou commune des participants. Le but commun correspond à l'élément collectif de la doctrine de l'ECC, laquelle provient d'une théorie de la responsabilité collective basée sur un modèle institutionnel participatif ou systémique d'imputation ou d'attribution³⁴¹.

Les éléments constitutifs de l'élément matériel en matière de responsabilité pénale individuelle sont mis en retrait. L'attention se porte davantage sur cet élément commun. Il s'agit d'un dépassement de la responsabilité individuelle qui implique de définir précisément les actes dont l'accusé est l'auteur, ce qui a pour effet d'obliger le procureur à se représenter en détail le mode de participation à l'infraction³⁴². Il nécessite que la volonté de commettre le crime projeté soit établie ou que l'accusé ait eu conscience, au cours de sa participation, du fait que le crime finalement commis constituait une conséquence prévisible du projet originel. En ce sens, la troisième forme est particulière, car elle étend la responsabilité au-delà de l'accord explicite des membres de l'organisation et repose sur l'idée d'une certaine prévisibilité³⁴³.

De nombreux défenseurs de cette troisième forme soutiennent que, dans la mesure où cette façon de soulever la responsabilité des auteurs est laissée à la discrétion du bureau du procureur, les abus les plus flagrants de la doctrine seront évités – notamment le fait que les individus ayant participé moins directement se retrouvent jugés au même titre que ceux ayant activement perpétré les exactions. Cependant, adopter des doctrines trop larges en comptant sur le pouvoir discrétionnaire des procureurs afin d'éviter leurs excès paraît problématique : cela installe une « règle des fonctionnaires » plutôt que la primauté du droit³⁴⁴.

³⁴¹ K. AMBOS, préc., note 337, par. 5.

³⁴² E. CLAVERIE et R. MAISON, préc., note 343.

³⁴³ K. AMBOS, préc., note 337, par. 5.

³⁴⁴ Darryl ROBINSON, « The Rise of Joint Criminal Enterprise: Lessons for Reasoning » dans Darryl ROBINSON (dir.), *Justice in Extreme Cases: Criminal Law Theory Meets International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 249-256, à la page 252.

Ainsi, une légalité stricte n'apparaît pas compatible avec l'emploi des différentes formes de l'ECC. Laisser le choix de leur utilisation au procureur rend difficilement compréhensibles les conditions légales qui exigent leur application. De ce point de vue, l'engagement de la responsabilité pénale doit être strict. Les faits commis ainsi que l'intention de les commettre sont des éléments constitutifs de l'infraction et, de fait, doivent être clairement établis. Pour autant, la responsabilité pour commandement et l'ECC s'écartent de cette précision. La responsabilité pour commandement s'affranchit de la preuve des faits matériels et l'ECC simplifie l'identification de l'intention coupable.

L'emploi de ces modes d'identification de la responsabilité individuelle doit bénéficier d'une marge d'appréciation. La gravité des faits reprochés représente un argument en faveur de leur application et, à la fois, doit inciter à une grande précaution. En dernier lieu, il semble essentiel d'éviter un engagement aveugle dans leur application, en particulier de l'ECC : les théories de la responsabilité qui déforment la contribution des défendeurs des crimes qui se sont finalement produits risquent, au fil du temps, de former le récit d'une période violente inapte à rendre compte de la manière dont lesdits crimes ont été commis et de leur raison d'être³⁴⁵. Il ne faut pas que les raisons ayant poussé à l'usage des modes d'identification de la responsabilité individuelle soient desservies par une politique qui s'applique davantage à sanctionner les auteurs qu'à donner des réponses aux victimes et à leur famille.

³⁴⁵ Allison MARSTON DANNER et Jenny S. MARTINEZ, « Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law », (2005) 93 - 1 *California Law Review*, 75-169, 75.

5.1.2.3 Renforcer l'indépendance du procureur

En déclenchant les enquêtes concernant tous les auteurs présumés de violations, le procureur incarne la volonté de l'État de rendre justice, marquant une différence claire avec l'image d'un État acteur des violences durant le conflit.

Devant les tribunaux de première instance, il revient au juge d'instruire ou non l'affaire ; le souhait du procureur d'engager des poursuites est, à cet égard, décisif. Devant les cours supérieures, l'instruction revient au procureur, lequel peut décider de mettre fin au procès en déposant un *nolle prosequi*.

La nature politique du procureur général, issue de son lien étroit avec l'administration, a été expressément reconnue par la Cour suprême en 1998 dans l'affaire *Victor Ivon v. Sarath N. Silva, Attorney General and another*³⁴⁶. En 2010, le 18^e amendement portant modification de l'article 41(1) de la Constitution a soumis la nomination du procureur général à la décision du chef d'État, sur conseil d'un comité hautement politisé. En mai de la même année, la compétence de ce conseil a été écartée et le bureau du procureur a directement été soumis à la volonté du président (incluant la nomination du procureur général).

Ce contrôle de l'exécutif a considérablement altéré la justice dans le pays, notamment durant le mandat de 33 mois du procureur général Mohan Peiris qui n'a pas poursuivi un seul crime commis envers des journalistes, des défenseurs des droits humains et des avocats. S'ajoute à cela qu'il a le droit d'être entendu par la Cour suprême sur la constitutionnalité des projets de loi, alors qu'il a précédemment conseillé le gouvernement sur la constitutionnalité du même projet. Le

³⁴⁶ *Victor Ivon v. Sarath N. Silva, Attorney general and another*, [1998] S. C. 89/98 (Cour suprême du Sri Lanka), en ligne : <<https://www.lawnet.gov.lk/wp-content/uploads/2016/11/039-SLLR-SLLR-1998-1-VICTOR-IVON-v.-SARATH-N.-SILVA-ATTORNEY-GENERAL-AND-ANOTHER.pdf>> (consulté le 13 septembre 2021).

gouvernement échappe ainsi aux poursuites à son encontre et décide de façon discrétionnaire quelle affaire doit être instruite et quelle affaire ne doit pas l'être. Cela constitue un abus des compétences discrétionnaires du gouvernement et maintient l'illégalité entre les individus et le gouvernement dans l'application de la loi.

Renforcer l'indépendance du procureur réduit l'arbitraire du gouvernement et, ultimement, favorise une application égale de la loi, indépendamment des opinions religieuses et politiques ainsi que de l'ethnie de chacun.

Si le pouvoir discrétionnaire du procureur dans la conduite des poursuites et sa proximité avec le gouvernement doivent être réformés, la volonté politique actuelle du gouvernement constitue un obstacle majeur. Il est peu probable que soit engagée une réforme substantielle du secteur de la justice, tout comme nous n'envisageons pas que le gouvernement soit à l'initiative de la révocation de l'actuelle législation d'urgence.

Ce blocage politique appelle à dépasser le concept de primauté du droit identifié dans notre premier chapitre. Nous proposerons ainsi d'intégrer une condition substantielle dans notre définition de la primauté du droit.

5.2 Intégration des éléments permettant une participation politique des individus

Si les garanties procédurales semblent primordiales à la réalisation d'une justice criminelle au Sri Lanka, la volonté politique du gouvernement apparaît à la fois comme un moteur majeur de la transition et comme son plus grand obstacle. L'exécutif est en effet à l'origine des mesures qui permettent à la transition de progresser, notamment en établissant le discours national sur les années de conflits ; pour autant, cette même volonté politique limite l'action de la justice,

transforme mémorialisation en pardon forcé et invoque ou écarte, quand il le souhaite, les garanties procédurales portées par les conceptions formelles de la primauté du droit.

Nous remettons en cause, au sein de cette partie, la place des conceptions formelles de la primauté du droit au Sri Lanka dans la mesure où ces dernières sont creuses. Il n'existe pas de règles générales susceptibles de guider le comportement des individus et l'arbitraire du gouvernement ne connaît pas de fin. Il en va de même pour les commissions d'enquête, les commissions de vérité et les tribunaux. Les garanties procédurales limitant l'interaction du gouvernement ne seront mises en œuvre qu'à la condition que le gouvernement y consente. Il faut qu'une conception substantielle de la justice intègre la primauté du droit afin de permettre une participation politique des individus, sans quoi les statuts légaux et l'actuel pouvoir politique bloqueront le processus de transition.

Les garanties procédurales associées aux conceptions formelles de la primauté du droit se sont effacées face à la volonté de l'exécutif lorsqu'il s'agissait de rendre la justice quant aux actes de certains criminels de guerre après les années de conflit. L'exécutif est intervenu par moments dans les procédures judiciaires. Il a permis que certains criminels de guerre ne comparaissent pas devant les tribunaux. Il maintient un état d'urgence qui sape les compétences des juges en matière de contrôle des arrestations et des détentions et ne porte aucun projet en matière d'assouplissement de la légalité dans le cadre des disparitions forcées. Les éléments théoriques associés aux conceptions formelles de la primauté du droit adoptent les couleurs que la volonté politique souhaite leur donner. Celles-ci participent de la perte de confiance des minorités tamoules dans les institutions publiques.

S'il est difficile d'affirmer que la participation politique des minorités, dans l'exercice de la souveraineté populaire, renforce de fait les garanties formelles de la primauté du droit, il n'est pas insensé de dire que cette intégration de leur discours dans la politique du pays favorise un

changement de politique judiciaire. Les menaces et pressions exercées par le gouvernement à la fois sur les familles des victimes qui demandent justice, sur leurs avocats, sur les organisations relatives aux droits humains et sur la presse permettent de comprendre les effets premiers de ce nouvel espace de parole³⁴⁷.

Ce changement est susceptible de porter ses fruits à plusieurs niveaux : en premier lieu, sur le plan légal, avec une nouvelle impulsion dans la réforme du droit pénal et dans la véritable remise en question du PTA ; en second lieu, sur le plan politique, une modification à terme de la politique pénale pourrait s'illustrer par le biais d'un nouveau comportement du procureur ou par la promotion à l'échelle nationale de la mémorisation et de la découverte de la vérité.

De plus, les différentes mesures prises par le pouvoir politique srilankais afin de faire progresser la justice transitionnelle dans le pays pendant et après le conflit sont également toutes capitales pour la compréhension de cette intégration substantielle à la primauté du droit. Les commissions de vérité établies jusqu'alors ont dans leur ensemble souffert de la présence du gouvernement au cours du processus de dévoilement de la vérité et de la rédaction du mandat des commissions. La garantie d'un véritable espace de discussion susceptible de marquer les décisions politiques est indispensable, afin que des paroles qui ne sont pas transformées, cachées ou simplement ignorées puissent exister et intégrer, à terme, le discours national sur le conflit. Si la société civile est impliquée dans le processus décisionnel dès le départ, elle aura la possibilité d'influencer le processus législatif, y compris la formulation du mandat de la commission et la sélection de ses

³⁴⁷ Concernant la pression du gouvernement sur ceux qui remettent en cause la responsabilité des auteurs devant les tribunaux : Amnesty International, « Deliver justice, truth and reparation to families of the disappeared » (27 novembre 2020), en ligne : <<https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2020/11/sri-lanka-deliver-justice-truth-and-reparation-to-families-of-the-disappeared/>> (consulté le 8 décembre 2020).

commissaires. Par ailleurs, elle sera bien placée pour exiger des comptes à la commission et au gouvernement³⁴⁸.

Enfin, la participation politique des minorités a pour effet de légitimer l'application du droit. En ce sens, cette participation est essentielle à la transition, puisqu'elle crée une rupture avec la gouvernance précédente en restaurant la confiance des minorités à l'égard des institutions publiques.

5.2.1 La confiance publique dans la participation politique

Après avoir mis en évidence les limites d'une conception formelle de la primauté du droit au Sri Lanka, nous montrerons que la participation politique des minorités tamoules favorise grandement les objectifs poursuivis par la justice transitionnelle en revitalisant le lien de confiance avec les institutions. Cette participation vient limiter cette superposition de la politique sur les garanties procédurales de la primauté du droit en s'opposant de façon continue à la volonté unique du gouvernement, notamment en entretenant une politique qui met l'accent sur la justice et la vérité.

Le processus même de transition est dépendant de la perception par les minorités de l'action de l'exécutif. Cette superposition de la volonté politique sur les garanties formelles de la primauté du droit et la création d'un discours de vérité qui occulte l'expérience des victimes sont révélatrices de la façon dont nous devons penser la primauté du droit dans le cadre de la justice transitionnelle au Sri Lanka. L'intégration du discours des minorités tamoules et l'affirmation du pouvoir judiciaire semblent tributaires de leur participation à la vie politique du pays. En définitive, la

³⁴⁸ Y. SOOKA, préc., note 134, p. 314.

justice transitionnelle implique de valoriser l'opinion des victimes du conflit afin de créer une justice qui s'écarte d'une « justice des vainqueurs ».

Si de Greiff est souvent perçu comme l'un des pères de la justice transitionnelle, les écrits de Jürgen Habermas ont considérablement marqué sa pensée³⁴⁹. Sa mise en lumière du lien entre la participation politique et la primauté du droit est particulièrement utile à notre étude. Il répond directement à l'étude du « pouvoir » réalisée par Weber, en ce sens où ce dernier associe la question de la légitimité à la domination. Habermas porte un discours critique sur les droits et l'appareil étatique. Tous deux traitent de ce rapport vertical entre institutions et individus : Weber insiste davantage sur une approche du haut vers le bas par le biais de cette idée de « domination » et Habermas met un point d'honneur à souligner le rapport des individus aux institutions.

Plus encore, les écrits d'Habermas peuvent être perçus comme une prolongation du diagnostic effectué par Weber. En effet, ce dernier aborde la légitimation du pouvoir politique à travers l'importance sans cesse accrue de la rationalisation formelle. Les écrits d'Habermas, eux, visent à concevoir le rapport légitime entre le politique et le savoir spécialisé afin que ce dernier n'exclue pas l'opinion publique du politique. En effet, il s'agit de l'un des enjeux majeurs que nous avons identifiés à la fin de notre étude sur Weber : cette rationalisation formelle toujours plus grande du monde politique tend à éliminer tout choix politique en présentant la décision la plus efficace pour répondre à une situation donnée.

Habermas considère le droit comme un facteur crucial dans la rationalisation de la société. Sa conception du droit s'écarte toutefois de celle de Weber. Ce dernier considère que les problèmes

³⁴⁹ Pablo De Greiff fait référence de nombreuses fois à la théorie politique d'Habermas, que ce soit de façon directe dans P. DE GREIFF, « Habermas on Nationalism and Cosmopolitanism », (2002) 15 *Ratio Juris*, 418-438 ; ou afin de fonder sa propre analyse, en particulier sur la justice transitionnelle : P. DE GREIFF, « Theorizing Transitional Justice », préc., note 142.

normatifs ne peuvent être appréhendés que sur la base de cette rationalité formelle, qui s'exprime au regard d'un but poursuivi, tandis que Habermas estime que tenir un discours constitue l'une des principales tâches des sociétés modernes et que le droit reste légitimé par des principes moraux normatifs. Néanmoins, ces derniers ne peuvent simplement être légitimés au nom de la tradition, mais doivent être soutenus par de bons arguments afin d'être légitimes³⁵⁰.

Après avoir identifié une société qui serait « politique » (en cela que les choix seraient fondés sur des principes et valeurs) et une société qui serait « technocratique » (en ce sens où le savoir scientifique définit la sphère de décision), Habermas oriente son analyse vers le modèle pragmatique de la politique scientifiée, qui admet implicitement un lien avec la démocratie. Il existe un dialogue permanent entre les instances de la politique et celles des experts, du savoir scientifique, dans la mesure où « il y a interrelation entre, d'une part, les valeurs qui procèdent d'intérêts déterminés et, d'autre part, les techniques destinées à certains besoins³⁵¹ ». La conceptualisation de la démocratie chez Habermas trouve plusieurs de ses fondations dans la critique des sociétés modernes de Weber et dans la pénétration permanente de la rationalité formelle à l'intérieur de la sphère purement politique³⁵².

Dans ce rapport et selon sa volonté de légitimer les décisions qui sont prises, Habermas élabore sa théorie de la discussion, qui suppose que les réglementations pouvant prétendre à la légitimité sont

³⁵⁰ Mathieu DEFLEM, « La notion de droit dans la théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas », (1994) 18 - 1 *Déviance et société*, 95-120, 98 ; J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, 3^e éd., traduit par Jean Louis SCHLEGEL, Paris, Fayard, 1987, p. 333-364.

³⁵¹ J. M. FERRY, préc., note 254, p. 70. « Il y a donc une interaction nécessaire entre le système technique et scientifique d'une part, et le système social et moral d'autre part. Et cette interaction ne peut avoir d'autre sens que celui d'une communication entre le système (de la science, de la technique [...]) d'une part, et le monde vécu social d'autre part. Ce mode communicationnel de scientification de la politique permet d'envisager une rationalisation qui n'est plus seulement technique, mais également, pratique. Et parce que cette rationalisation suppose fondamentalement un dialogue entre la science et l'opinion publique, le modèle pragmatique présente un lien nécessaire avec la démocratie. »

³⁵² L'expression « politique pure » traduit l'idée qu'il n'y a ici que des décisions fondées sur les principes et valeurs, où la rationalité formelle est étrangère.

celles auxquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées pourraient consentir en tant que participants à la discussion rationnelle. Elle prend forme grâce à un « savant dispositif de communication » : « il s'agit des conditions dans lesquelles les formes de communications nécessaires à une édicition légitime du droit peuvent être, à leur tour, juridiquement institutionnalisées³⁵³. » C'est ici que se situe le soubassement substantiel de la primauté du droit : l'exigence d'institutionnaliser en matière de droits la pratique des minorités, qui consiste en l'usage public des libertés d'expression, est remplie par les droits humains eux-mêmes³⁵⁴. Ce volet est essentiel à la compréhension de la primauté du droit, laquelle devrait s'appliquer de la sorte au Sri Lanka.

En effet, en soulignant le lien interne entre primauté du droit et démocratie, Habermas affirme que les droits sociaux fondent cette adhésion volontaire des individus au pouvoir des institutions. Il traite de l'impact de cette relation verticale sur les rapports des individus entre eux. Tout comme chez Offe, ce rapport vertical se ramifie sur le plan horizontal en favorisant la confiance entre les individus.

Habermas identifie avec une grande clarté le lien de légitimité qui unit participation politique et respect de la loi : les normes assorties de menaces, de sanctions étatiques émanant des décisions révisables de la part d'un législateur politique, sont indissociables de l'exigence de légitimation. Cette dernière requiert qu'un droit ainsi édicté garantisse sans distinction l'autonomie de tous les sujets de droit. Le processus démocratique de législation doit ainsi satisfaire cette exigence³⁵⁵.

³⁵³ Voir J. HABERMAS, « Du lien interne entre État de droit et démocratie », dans J. HABERMAS (dir.), *L'Intégration Républicaine - Essais de théorie politique*, traduit par Rainer ROCHLITZ, Paris, Pluriel, 2014, p. 383-399, à la page 392. Cette théorie est fondamentale dans la pensée d'Habermas, puisque c'est à partir de cette idée que, selon lui, nous pouvons distinguer la légitimité de la morale.

³⁵⁴ *Id.*, p. 392.

³⁵⁵ J. HABERMAS, préc., note 356, à la page 385.

Aussi, Habermas souligne, d'un côté, le lien conceptuel entre le caractère obligatoire et révisable du droit et, de l'autre, un mode d'édiction de ce droit générateur de légitimité. Ce lien est au cœur des mesures visant la transition puisque ces dernières fondent l'importance de respecter la loi, non pas en permettant aux individus de seulement « consider norms merely as factual constraints on [our] freedom and take a strategic approach to the calculable consequences of possible rule violations », mais davantage en adoptant « une attitude performative », en considérant qu'il importe de respecter la loi car elle représente « les résultats de la formation commune de la volonté, qui prétendent à la légitimité³⁵⁶ ».

De Greiff reprend à son compte cette idée de processus démocratique qui permet de légitimer les normes pour l'intégrer à sa conception de la justice en période de transition : « transitional justice measures work, to the extent they do, in virtue of their capacity to affirm norms. In the domain of justice, however, as we know, what matters is not just what type of norms we are expected to comply with but the ways in which those norms are "produced".³⁵⁷ »

La question de l'appartenance des normes se déploie au sein de ce mode décisionnel. L'adhésion volontaire des minorités tamoules aux institutions s'explique théoriquement par le fait que le caractère procédural du droit, dans son édicition et dans sa réalisation, agit comme un processus de légitimation de la formation de la volonté politique³⁵⁸. Les débats contradictoires et les opinions qui s'affrontent dans le cadre des délibérations politiques ont une force de légitimation, dans le sens où ces dernières « autorisent la conquête du pouvoir, mais encore dans la mesure où la

³⁵⁶ J. HABERMAS, préc., note 356, à la page 385.

³⁵⁷ P. DE GREIFF, « Theorizing Transitional Justice », préc., note 142, p. 56.

³⁵⁸ J. HABERMAS, « Répliques aux intervenants du colloques organisé par la Cardozo Law School » dans J. HABERMAS (dir.), *L'Intégration Républicaine - Essais de théorie politique*, traduit par Rainer ROCHLITZ, Paris, Pluriel, 2014, p. 403-524, à la page 444.

discussion politique poursuivie de façon continue a une force d'obligation³⁵⁹ ». Aussi, quand Offe commente l'analyse de Weber en écrivant qu'il est difficile de comprendre les raisons qui poussent les individus à avoir confiance dans les règles seulement parce qu'elles sont correctes du point de vue procédural, Habermas explique que la procédure doit en ce sens retranscrire au mieux le processus de légitimation démocratique et ainsi lier les individus aux institutions.

Habermas réconcilie la « liberté des anciens » et la « liberté des modernes », définies par Benjamin Constant. Ce dernier différencie les libertés qui garantissent l'indépendance de l'individu et celles qui soutiennent l'exercice de la souveraineté par chacun, entendu comme l'exercice de la souveraineté populaire³⁶⁰ ; c'est ce qu'il nomme « opposition entre autonomie privée et autonomie publique ». La souveraineté du peuple renvoie aux droits de communication et de participation qui assurent l'autonomie publique des citoyens, tandis que l'indépendance des individus est garantie par les droits fondamentaux « classiques »³⁶¹ des membres de la société³⁶². Habermas résume sa position dans la formule suivante :

« On the one hand, citizens can make appropriate use of their public autonomy only if, on the basis of their equally protected private autonomy, they are sufficiently independent; on the other hand, they can realize equality in their enjoyment of private autonomy only if they make appropriate use of their political autonomy as citizens³⁶³. »

Pour que les destinataires du droit se considèrent également comme ses auteurs, cette idée d'auto-législation doit être affirmée dans le médium du droit lui-même. Les minorités doivent donc

³⁵⁹ J. HABERMAS, « Trois modèles normatifs de la démocratie » dans J. HABERMAS (dir.), *L'Intégration Républicaine - Essais de théorie politique*, traduit par Rainer ROCHLITZ, Paris, Pluriel, 2014, p. 361-382, à la page 369.

³⁶⁰ Benjamin CONSTANT, « The liberty of the ancients compared with that of the moderns », dans Benjamin CONSTANT (dir.), *Collection Complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la constitution actuelle ou Cours de politique constitutionnelle*, Paris et Rouen, Wentworth Press, 1820, p. 238-274.

³⁶¹ Par opposition aux droits civils et politiques, considérés comme « droits nouveaux ». Voir J. HABERMAS, « Du lien interne entre État de droit et démocratie », préc., note 362, à la page p. 363.

³⁶² J. HABERMAS, *L'Intégration Républicaine - Essais de théorie politique*, préc., note 356, à la page 390.

³⁶³ *Id.*

bénéficier d'un ensemble de droits qui leur permettent de s'exprimer et de partager leurs opinions politiques ; il est dès lors impératif de protéger les droits et les libertés sociales nécessaires à leur expression. Ces droits doivent conférer un espace de discussion suffisamment large afin que les minorités tamoules puissent développer et formuler leurs préférences et, ainsi, ne pas être compris comme les instruments de ceux qui détiennent le pouvoir politique³⁶⁴.

En ce sens, la primauté du droit vise aussi à faire respecter les droits humains. Une véritable participation politique susceptible de générer un respect de la loi par l'État implique que tous les individus soient effectivement dotés des droits humains. Le contexte de transition au Sri Lanka nécessite que les individus participent, afin que le gouvernement ne s'oppose pas de façon catégorique à être soumis à la loi ou n'évite pas toute tentative de réforme en la matière. En assurant le respect des droits des minorités, l'égalité devant la loi constitue la clé de voûte de cette participation. Finalement, il nécessite de veiller à l'indépendance du pouvoir judiciaire, de sorte que le gouvernement ne contourne pas l'application de la loi.

Le spectre des droits civiques qui génèrent la participation politique des minorités est large. Au Sri Lanka, l'ensemble des droits garantissant la vie privée de l'individu sont attaqués, notamment ceux garantissant la liberté d'opinion et la liberté d'expression – en particulier l'expression religieuse garantie comme inviolable par le PIDCP, même en période d'urgence³⁶⁵. À cela s'ajoute le droit à l'information qui fonde la discussion politique et empêche que l'État censure l'accès aux rapports des commissions qui se penchent sur le conflit. Le droit à la réunion et le droit d'association, quant à eux, garantissent de pouvoir s'engager dans le débat politique et de pouvoir partager ses opinions. L'ensemble de ces droits sont fondamentaux pour la participation politique des minorités. Cette

³⁶⁴ P. DE GREIFF, « Theorizing Transitional Justice », préc., note 142, p. 57.

³⁶⁵ PIDCP, préc., note 289, article 4(2) et article 18.

liste que nous dressons n'est pas exhaustive ; seulement, au regard des éléments avancés au préalable, il apparaît pertinent de fournir cet échantillon³⁶⁶.

Comme le souligne de Greiff, « [i]n the absence of political transformation, it is not clear that even "successful" redress exhausts the justice agenda »³⁶⁷. Le fait même que l'actuel président soit perçu par les minorités tamoules comme l'un de ceux ayant activement participé à la disparition de leurs proches et aux violences qu'elles ont subies complique bien assez la volonté de tracer une ligne de démarcation entre le conflit passé et l'actuelle gouvernance.

La législation d'urgence est un frein à l'existence de la primauté du droit ; mais cette conception substantielle peut déjà permettre aux minorités d'empêcher l'État d'ignorer l'existence de leur souffrance. En redéfinissant la primauté du droit autour de cet axiome de garantie de la participation politique des minorités, nous proposons un espace au sein duquel peut émerger un droit pénal soucieux de juger le conflit en tant que tel. Cet espace pourra engendrer un changement dans les poursuites du procureur grâce à la transformation de la politique pénale du ministère de la Justice et, surtout, donnera aux normes une valeur nouvelle, susceptible de générer la confiance publique des minorités.

5.2.2 Une protection de la participation politique importante au Sri Lanka

La notion de « chef » au Sri Lanka n'est pas sans répercussions sur la compréhension de la primauté du droit dans le pays. La fusion du président avec l'État trouve ses racines dans la tradition bouddhiste cinghalaise du pays, là où un culte fort de la personnalité s'est développé au fil des années, permettant de caractériser une culture politique que Roberts nomme « the Ashokan

³⁶⁶ Aussi, De Greiff cite quelques-uns de ces droits lorsqu'il évoque le rôle des droits civiques dans la garantie de la participation politique. Voir notamment P. DE GREIFF, « Theorizing Transitional Justice », préc., note 142, p. 57.

³⁶⁷ *Id.*, p. 55.

persona³⁶⁸ ». Cette dernière « can be presented in summary as a cultural paradigm which encapsulates a relationship between a superior and a subordinate, which describes a superior who is regarded as a divine and righteous exemplar³⁶⁹ ».

La figure du président Gotayaba Rajapaksa devient en quelque sorte celle qui fait loi et brise les garanties institutionnelles qui alimentent la confiance des individus dans les institutions, en commençant par la justice. Très récemment encore, à la suite de la résolution de l'Union européenne condamnant le PTA, Gotayaba Rajapaksa a accordé la grâce présidentielle à 94 prisonniers condamnés sous cette même loi, ce qui témoigne d'une certaine indifférence vis-à-vis du pouvoir judiciaire. Cet acte n'est pas anodin ; plus tôt au cours de son mandat, l'actuel chef de l'État a rappelé à plusieurs reprises sa propre perception de la primauté du droit. En septembre 2020, Gotayaba Rajapaksa déclarait que ses instructions verbales devaient être prises pour des circulaires. En février 2020, il affirmait : « It is important that the Judiciary does not interfere needlessly in the functioning of the Executive and Legislative branches of the Government³⁷⁰. »

Cette obéissance et cette loyauté se traduisent par les louanges du président et de ses ministres ainsi que par la diffusion de messages annonçant que les initiatives étatiques utilisant les fonds publics ont été mises en œuvre³⁷¹. Le triomphe du président dans les urnes en 2019 s'explique notamment par sa position anti-politique, celle d'un homme prêt à agir pour sauver le pays et jouissant d'un

³⁶⁸ M. ROBERTS, préc., note 247, p. 32.

³⁶⁹ *Id.*

³⁷⁰ Arjuna RANAWANA, « Judiciary should not needlessly interfere with Legislature and Executive - President », dans *Economynext*, 2020, en ligne : <<https://economynext.com/judiciary-should-not-needlessly-interfere-with-legislature-and-executive-president-50809/>> (consulté le 8 octobre 2021).

³⁷¹ A. SATKHUNANATHAN, « How Democratic Institutions Are Undermined: Notes from Sri Lanka » dans *The Wire*, 2021, en ligne : <<https://thewire.in/south-asia/sri-lanka-democracy-authoritarianism-populism>> (consulté le 25 septembre 2021).

succès de héros de guerre, capable de régler les problèmes du Sri Lanka, comme lorsqu'il mit fin au conflit en 2009³⁷².

Ambika Satkhunanathan souligne la symbiose de l'État et du président en tant qu'individu, jusqu'à ce que les deux entités n'en forment plus qu'une. Le 1^{er} janvier 2021, les agents publics ont prêté serment de réaliser à la fois leur mission de service public et le manifeste électoral du président intitulé « Vistas of Prosperity and Splendour », que nous percevons comme le symbole de cette confusion entre État et personne présidentielle. En reprenant l'analyse de Weber sur la domination légitime, nous affirmons que la forte légitimité dont jouit l'actuel président s'appuie sur cette figure de chef charismatique ayant stoppé les LTTE, convergeant avec une tradition bouddhiste partagée par une part notable de la population, et ancre de cette façon la perception d'un président aux vertus salvatrices.

Dès lors, les décisions prises directement par le chef de l'État, ainsi que celles qu'il soutient, n'appellent pas à la discussion publique. Cela renforce la fragilité des droits et des libertés qui génèrent la participation politique des minorités, la création d'un véritable espace de discussion, aussi bien au sein de la société civile que de façon institutionnalisée au sein du parlement.

Le rôle des tribunaux se révèle décisif dans le contrôle de l'action du gouvernement et dans la mise en œuvre de l'égalité de tous devant la loi. Ces deux points sont communs à de nombreuses sociétés en transition. La particularité au Sri Lanka est que cette figure du chef capable de s'extraire du carcan normatif n'est pas favorable à l'émancipation du pouvoir judiciaire. Comme le note Klenfield, « reformers would be naive not to expect recalcitrance and evasion of reforms meant to achieve this end (bound the government to rule by law) from those who stand to lose power³⁷³ ».

³⁷² A. SATKHUNANATHAN, « How Democratic Institutions Are Undermined: Notes from Sri Lanka », préc., note 390.

³⁷³ R. KLEINFELD BELTON, préc., note 12, p. 9.

L'ouverture du pouvoir politique à travers la création d'un espace de parole pour les minorités tamoules représente une condition *sine qua non* de la réforme du pouvoir judiciaire.

Finalement, les tribunaux seront garants de cet espace, en veillant à que les droits des minorités tamoules ne soient pas que de simples mots mais bénéficient d'une véritable reconnaissance lorsqu'ils sont violés. La Cour suprême au Sri Lanka s'inscrit dans cette volonté de donner un plein effet aux droits humains ; et ce, malgré l'actuelle législation.

Il est tout à fait clair que cet espace est aujourd'hui inexistant dans le pays ou, du moins, n'existe qu'à l'état embryonnaire. En effet, la place donnée aux libertés de rassemblement et aux libertés d'expression et d'opinion est restreinte par l'article 15 de la Constitution. D'un point de vue légal, ces droits sont constitutionnellement limités pour des motifs équivoques (en particulier dans les intérêts de l'harmonie raciale et religieuse et dans le cadre de l'incitation à une infraction), affaiblissant considérablement la sécurité juridique de cet espace. D'un point de vue pratique, comme nous l'avons souligné dans le chapitre précédent, l'accès à la justice est malmené autant par les pressions des forces de sécurité que par le coût financier afin de faire valoir les droits devant la Cour suprême.

Cette dernière essaie depuis plusieurs années d'asseoir les droits civiques et politiques des individus. Les développements de la Cour suprême en la matière nous confirment la place prépondérante des droits permettant la participation politique dans l'ordre juridique et témoignent d'un pouvoir judiciaire prêt à garantir cet espace.

Cet aspect est particulièrement vrai pour la liberté d'expression, droit devant être garanti en priorité afin que la participation politique des minorités tamoules s'effectue. Celle-ci est inscrite à l'article 14 (1) de la Constitution. Dans la mesure où la Constitution ne fournit pas de définition précise de

cette liberté et où cette dernière peut être restreinte pour des motifs sans contours clairs selon l'article 15, la Cour suprême joue un rôle central dans la définition des protections fondées sur ce droit.

Dès 1983, des juges de la Cour suprême avaient déjà défendu, dans leurs opinions dissidentes, la valeur de ce droit, au cours d'une affaire où les actionnaires d'un journal (les demandeurs) avaient contesté la décision de l'autorité compétente de fermer ledit journal, au fondement qu'ils avaient publié plusieurs reportages sur des violences policières et avaient exprimé leur sympathie pour les familles tamoules³⁷⁴. D'autre part, bien que les faits de l'affaire démontrent une asymétrie entre la réponse excessive de l'État d'ordonner la fermeture et de réglementer le contenu des publications du journal, la Cour s'en remet à l'État uniquement en raison de l'urgence nationale³⁷⁵.

En 1993, dans l'affaire *Amaratunga c. Sirimal*, la Cour suprême affirme que les protestations politiques qui s'illustrent par des marches dans la rue, par exemple, sont couvertes par la liberté d'expression³⁷⁶. Cette compréhension du droit d'expression sera confirmée en 1999 dans l'une des affaires que nous aborderons ci-après.

L'affaire *Joseph Perrera* est un symbole fort du pouvoir judiciaire en tant que garant des droits humains. En vertu de la Constitution et du PSO, celui-ci n'a pas à se prononcer sur la validité de tout état d'urgence prolongé après quatorze jours³⁷⁷. Or, dans le cadre de la violation du droit à la

³⁷⁴ *Jvisuvalingam and others v. Liyanage and others*, [1983] S. C. n°47/83, n°53/83 et n°61/83, p. 335-377 (Cour suprême du Sri Lanka), en ligne : <<https://www.lawnet.gov.lk/wp-content/uploads/2016/11/030-SLLR-SLLR-1983-2-VISUVALINGAM-AND-OTHERS-v.-LIYANAGE-AND-OTHERS.pdf>> (consulté le 9 octobre 2021). Le raisonnement donné par le juge Soza montre à la fois une compréhension profonde de la valeur de la liberté d'expression, et une compréhension de la proportionnalité nécessaire de la mesure prise par les autorités pour la limiter.

³⁷⁵ *Id.*

³⁷⁶ *Amaratunga v. Sirimal and others*, [1993] S.C. n°468/92, p. 270 (Cour suprême du Sri Lanka): « speech and expression extend to forms of expression other than oral or verbal - placards, picketing, the wearing of black armbands, the burning of draft cards, the display of any flag, badge, banner or device, the wearing of a jacket bearing a statement. »

³⁷⁷ Seule l'approbation du Parlement est requise par l'article 155(6) de la Constitution.

libre expression, la Cour déclare pour la première fois que « the President's legislative power of making emergency regulations is not unlimited³⁷⁸ ».

Le juge Sharvananda, écrivant pour la majorité, souligne que la liberté d'expression est déterminante pour l'exercice de la souveraineté de chacun, idée centrale pour la compréhension de la primauté du droit dans le contexte de transition du pays, et utilise cette liberté pour fonder le droit à la libre association :

« The freedom of speech and expression is not only a valuable freedom in itself but is basic to a democratic form of Government which proceeds on the theory that problems of government can be solved by the free exchange of ideas and by public discussion. Free discussion of governmental affairs is basic to our constitutional system. Our form of government is built on the premise that every citizen shall have the right to engage in political expression and association, the people are the sovereign, not those who sit in the seats of power. [...] The Constitutional protection for speech and expression was fashioned to bring about political and social changes desired by the people³⁷⁹. »

Le juge Shavananda défend par la suite que la liberté d'expression renvoie à la libre discussion des affaires gouvernementales, à la publication sans entraves dans les médias et à la capacité de critiquer les actions du gouvernement, même en période d'urgence. Il affirme que la liberté d'expression ne peut être légalement restreinte que si l'expression a pour but ou démontre une tendance manifeste à porter atteinte à la sécurité de l'État, à l'ordre public ou à inciter à commettre un délit³⁸⁰.

En 1996, la Cour reconnaît que le droit à l'information est constitutif de la liberté d'expression. Le requérant soutenait que la Sri Lanka Broadcasting Corporation, contrôlée par le gouvernement, avait mis fin à son programme d'éducation et avait dans le même temps violé ses droits

³⁷⁸ *Amaratunga v. Sirimal and others*, préc., note 395, p. 214.

³⁷⁹ *Joseph Perera alias Bruten Perera v. the attorney-general and others*, préc., note 284, p. 223, en ligne : <<https://www.lawnet.gov.lk/joseph-perera-alias-bruten-perera-v-the-attorney-general-and-others/>> (consulté le 9 octobre 2021).

³⁸⁰ *Id.*, p. 225.

fondamentaux à la « liberté de parole et d'expression ». La Cour a décidé à l'unanimité que le droit de recevoir des informations et de communiquer ses opinions constituait un aspect du droit fondamental à la liberté d'expression du programme et que, par conséquent, son retrait constituait une violation du droit d'expression garanti par la Constitution³⁸¹.

En 1999, la Cour suprême étend la liberté d'expression en l'interprétant de manière à incorporer toutes les formes de discours et d'expressions silencieuses ou verbales, y compris le droit de vote. Simultanément, la Cour rappelle que ce droit doit être interprété à la lumière des « fundamental principles of democracy and the Rule of Law », qualifié de « the bedrock of the Constitution³⁸² ».

Cette compréhension légale semble avoir perduré alors même que le gouvernement actuel est ouvertement hostile à la liberté d'expression ainsi définie³⁸³. Récemment, la Cour suprême a rendu un verdict concernant la censure et l'arrêt prématuré du programme télévisé Rupavahini en 2008. L'un des pétitionnaires était un panéliste de cette émission. Le jugement a souligné le fait que les commentaires critiques sur le gouvernement ne devaient pas être un motif de censure. L'autre pétitionnaire était un téléspectateur qui affirmait que son droit à recevoir des informations avait été violé. La Cour a statué qu'il avait le droit de recevoir des informations censées être diffusées par le programme, ainsi que celles qu'il aurait pu recevoir en posant des questions par téléphone.

³⁸¹ *Fernando v. The Sri Lanka Broadcasting Corporation and Others*, [1996] S. C. n°81/95, p. 175-176 (Cour suprême du Sri Lanka).

³⁸² *Karunathilaka and another v. Dayanda Dissanayake, Commissioner of Elections and Others*, [1999] S.C. Application n°509/98, p. 173 (Cour suprême du Sri Lanka), en ligne : <<https://www.lawnet.gov.lk/wp-content/uploads/2016/11/020-SLLR-SLLR-1999-V-1-KARUNATHILAKA-AND-ANOTHER-v.-DAYANANDA-DISSANAYAKE-COMMISSIONER-OF-ELECTI.pdf>> (consulté le 8 octobre 2021).

³⁸³ En mars 2021, le chef d'État déclarait : « I know how to teach a lesson if they (media) need to be taught. Those who worked against us during the war are in those media institutions. » Colombo Telegraph, *Sirasa Network Under Fire Again: Nandasena Vows He Knows 'How To Teach Media A Lesson*, 21 Mars 2021, en ligne <<https://www.colombotelegraph.com/index.php/sirasa-network-under-fire-again-nandasena-vows-he-knows-how-to-teach-media-a-lesson/>> (consulté le 8 octobre 2021).

La Cour suprême a identifié, à plusieurs reprises, que la liberté d'expression avait des ramifications multiples, comme le droit à l'information et le droit d'association ; et ce, malgré la législation qui réduit considérablement leur portée. D'autre part, elle a rappelé que ce droit devait se comprendre à la lumière de la primauté du droit et souligné ainsi l'importance de la participation politique de tous les individus dans la réalisation de la gouvernance au Sri Lanka. Comme mentionné en amont, ces développements ne doivent pas être considérés comme la description d'un état de fait dans le pays. Cependant, la Cour suprême confirme une certaine compatibilité entre les propos d'Habermas et la gouvernance au Sri Lanka. La liberté d'expression occupe une place fondamentale dans l'ordre juridique srilankais et la relation interne entre la primauté du droit et le processus démocratique a été confirmée par la Cour suprême. Aussi, les multiples autres droits fondés sur cette liberté témoignent du désir de garantir l'existence de cet espace de parole.

Cette perspective légale constitue, selon nous, le signe qu'une primauté du droit axée sur la garantie de la participation politique des individus trouverait parfaitement sa place au Sri Lanka. Celle-ci répondrait à la fois aux dangers que font peser le gouvernement et l'actuelle législation sur la justice transitionnelle, tout en s'intégrant dans un environnement légal dont les fondations seraient bâties par la Cour suprême.

CONCLUSION

L'argument que nous avançons dans notre mémoire concernant la définition de la primauté du droit dans le cadre de la justice transitionnelle au Sri Lanka s'inscrit dans un débat théorique ouvert depuis le procès de Nuremberg. Ce débat continue d'interroger le bien-fondé de la primauté du droit de nos démocraties au sein des pays qui doivent affronter un lourd héritage d'abus à grande échelle. L'impossibilité d'obtenir une réponse unanime depuis lors pourrait interroger la pertinence de mon mémoire. Pourtant, en montrant dans quelle mesure le gouvernement srilankais a instauré la justice pendant et après le conflit, puis de quelles façons la primauté du droit est capable de répondre à l'objectif de reconstruction de la confiance des minorités tamoules, ce travail est certainement révélateur des imbrications et des imperfections de la primauté du droit dans le cadre de la justice transitionnelle au Sri Lanka.

Notre présentation du débat théorique sur la définition de la primauté du droit dans nos sociétés établies nous a amené à définir de façon conceptuelle la primauté du droit dans les démocraties établies. Nous avons identifié un noyau dur de principes composant la primauté du droit : la légalité, la prévention de l'arbitraire du gouvernement, l'indépendance des juges et l'égalité d'application de la loi entre le gouvernement et les citoyens. Nous avons alors procédé à la définition de la justice transitionnelle à partir des piliers identifiés par Diane Orentlicher et Fabián Salvioli.

Une fois les fondations théoriques dressées, le tour d'horizon du conflit a mis en lumière les violences ainsi que les origines des tensions entre Tamouls et Cinghalais. D'une part, ce récit montre l'enjeu que constitue la réconciliation au Sri Lanka et, d'autre part, illustre la déception engendrée par les balbutiements de la justice transitionnelle au Sri Lanka.

L'assertion de la vérité a caractérisé les mesures de transition du gouvernement depuis la fin des années 1990. Sous couvert de promouvoir la vérité et de rendre la justice durant le conflit, les gouvernements successifs ont écarté du discours national l'expérience du conflit de la population tamoule et ont eu recours à une législation hautement attentatoire à leurs droits. La justice peine à se déployer dans le pays et toute initiative visant à développer le récit des victimes qui met à mal le gouvernement durant le conflit est écartée ou censurée.

Les échecs du gouvernement entraînent le besoin de rebâtir la confiance des minorités à l'égard des institutions chargées de mettre en œuvre la justice transitionnelle. Sans cet engagement de la part des minorités, ces institutions ne pourront pas accomplir leurs objectifs de vérité et de justice. Dès lors, nous avons concentré notre attention sur cette capacité du concept de primauté du droit à générer la confiance publique des Tamouls, en commençant par définir plus précisément cette confiance.

Après avoir identifié le lien théorique unissant confiance dans les institutions et légitimité de la norme, nous avons souligné les différentes sources de cette adhésion volontaire des individus en actualisant les écrits de Weber, concluant ainsi que seule la domination légale semble ne pas contrevenir à la justice transitionnelle. En interrogeant cette domination légale, nous avons observé de quelle façon la primauté du droit est envisagée dans le contexte srilankais. La volonté politique du gouvernement se traduit par une conception formelle minimaliste qui ne peut engendrer la confiance publique des minorités tamoules.

Les normes sont procéduralement correctes, en ce sens qu'elles répondent aux exigences institutionnelles quant à leur édicton. Cependant l'élaboration de ces dispositions constitutionnelles, grâce aux dispositions d'urgence, n'est soumise qu'à la seule volonté politique du gouvernement et n'est remise en question ni par le parlement ni par les tribunaux. Ainsi, les

composantes formelles du concept de primauté du droit, ne permettent pas de fonder la confiance des individus. Notre étude des mécanismes de justice informelle a permis d'éclairer dans quelle mesure leur succès est issu de l'engagement des minorités, autant dans leur participation au procès que dans la reconnaissance des normes sociales employées, et ce malgré l'absence des principes qui composent le concept de primauté du droit.

Nous avons ensuite affiné la définition de la primauté du droit dans le contexte de transition. L'intégration d'un discours de vérité afin de renouer avec les minorités tamoules ne peut s'effectuer sans rendre la justice concernant les exactions passées. Les crimes de disparitions forcées, en plus d'être inadaptés au droit pénal national, nécessitent la mise en œuvre de différentes façons d'engager la responsabilité des auteurs. Ces exigences redessinent la primauté du droit en affirmant qu'une stricte légalité constitue un frein à l'application de cette responsabilité. Aussi, le rôle déterminant du ministère public dans la poursuite des auteurs et dans l'emploi de ces mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité a parachevé notre analyse selon laquelle la justice transitionnelle ne se déploierait qu'à partir d'un changement de la volonté politique, laquelle engendre la confiance publique des minorités.

Dès lors, nous nous sommes penchés sur la dernière implication de la justice transitionnelle quant à la primauté du droit au Sri Lanka, ayant trait à la participation politique des minorités tamoules afin de fonder leur confiance dans les institutions.

Habermas, en inscrivant son étude dans la pensée de Weber, nous a permis de comprendre de quelles façons la légitimité des mécanismes chargés d'établir la justice transitionnelle prend forme. Notre argument met en valeur le lien unissant la démocratie et la primauté du droit afin d'éclairer les besoins de la confiance publique au Sri Lanka abordée en amont. Ainsi, afin de donner naissance à cette discussion présentée par Habermas, les individus doivent bénéficier de droits sociaux qui

préservent leur participation à l'élaboration de la politique du pays. En soulignant l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de liberté d'expression et la portée que la Cour confère à ce droit, nous avons souligné l'existence d'un ordre légal qui, malgré les restrictions dont ces droits font l'objet, serait prêt à leur accorder une réelle protection.

Au Sri Lanka, le conflit qui a opposé les LTTE au gouvernement a pris fin il y a plus de dix ans. Depuis l'écriture des premières lignes de ce mémoire, l'État n'a pas approfondi son rapport au passé du pays. Il n'a pas non plus jugé les membres du gouvernement auteurs des exactions durant le conflit. Pire encore : le gouvernement actuel, faisant fi de son passé, construit en toile de fond un régime de plus en plus autoritaire. Le pays traverse aujourd'hui une crise économique sans précédent, puisqu'il a annoncé un défaut de paiement de sa dette extérieure s'élevant à 51 milliards de dollars. Toute tentative de renforcement des institutions devra tenir compte de ce contexte, en définissant précisément les effets de ces réformes lors de la reconstruction de la primauté du droit dans le pays.

Cette crise risque de fortement réduire les garanties en matière de droits humains. Sans spéculer sur les conséquences probables, nous sommes inquiets quant à l'émergence de nouvelles violences, particulièrement au nord du pays, où une frange conséquente de la population vit déjà en-dessous du seuil de pauvreté. Les motifs flous de l'actuelle législation d'urgence pourraient conduire à de nombreuses incarcérations et l'exclusion des tribunaux dans le contrôle des détentions risque de mener aux pires abus.

NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

BIBLIOGRAPHIE

Acte juridique, projet/proposition de loi, traités internationaux

Constitution de la République socialiste démocratique de Sri Lanka, 1978.

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, dans Résolution de l'Assemblée Générale, 2007, 2716 R.T.N.U. 3.

Parlement du Sri Lanka, Code Pénal du Sri Lanka, 1885.

Parlement du Sri Lanka, The Official Language Act n°33 of 1956, désigné comme *The Sinhala Only Act*, 1958.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, 999 R.T.N.U.171.

Jurisprudence: Sri Lanka

Fernando v. The Sri Lanka Broadcasting Corporation and Others, [1996], S. C. n°81/95 (Cour suprême du Sri Lanka)

Joseph Perera alias Brutten Perera v. the attorney-general and others, [1992] S.C. n°107/86, S.C. n°108/86 et S.C. n°109/86 (Cour suprême du Sri Lanka)

Amaratunga v. Sirimal and others, [1993] S.C. n°468/92 (Cour suprême du Sri Lanka)

Jvisuvalingam and others v. Liyanage and others, [1983] S. C. n°47/83, n°53/83 et n°61/83 (Cour suprême du Sri Lanka)

Victor Ivon v. Sarath N. Silva, Attorney general and another, [1998] S. C. n°89/98 (Cour suprême du Sri Lanka).

Jurisprudence : Canada

Arrêt Therrien (Re), [2001] 2 R.C.S. 3, par. 137 (Cour suprême du Canada)

Jurisprudence : Argentine

Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ enlèvement d'enfants de moins de 10 ans, [2001] Affaire n° 8686/2000 (Cours Fédéral de Buenos Aires)

Jurisprudence : Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie

Le Procureur du Tribunal c. Tadić, [1995] Affaire n° IT-94-1-T (TPIY)

Le Procureur c. Tadić, [1999] Affaire n° IT-94-1-A (TPIY)

Jurisprudence : Tribunal Pénal International pour le Rwanda

Le Procureur c. Bagaragaza, [2006] Affaire n° ICTR-05-86-AR11bis (ICTR)

Ouvrage, thèse, dictionnaire

BULL C., *No entry without strategy: an evaluation of UN transitional administration approaches to building the rule of law in disrupted states*, School of Humanities and Social Sciences, Canberra, The University of New South Wales, 2006.

CAROTHERS T., *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, 2e éd., Washington D.C., Carnegie Endowment, 2011.

DICEY A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8e éd., Londres, Macmillan, 1915.

DICEY A. V., *Comparative Constitutionalism*, J.W.F. Allison éd., vol. n°II, New York, Oxford University Press, 2013.

DWORKIN R., *Law's Empire*, Harvard, Harvard University Press, 1988.

DWORKIN R., *A Matter of Principles*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

GUNATILLEKE G., *Confronting the complexity of loss - Perspectives on Truth, Memory and Justice in Sri Lanka*, Law and Society Trust, 2015.

HAYNER P., *Unspeakable Truths - Facing the Challenges of Truth Commissions*, New York, Routledge Press, 2002.

- HAYNER P., *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, Londres, Taylor & Francis Group, 2010.
- HOOLE R., *Sri Lanka, The Arrogance of Power; Myths, Decadence and Murder*, Colombo, Wasala Publications, Colombo, 2001.
- KLEINFELD BELTON R., *Competing definition of the Rule of Law, Implications for Practitioners*, vol. 55, Coll. Democracy and Rule of Law Project, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 2005.
- MCAULIFFE P., *Transitional Justice and Rule of Law Reconstruction: A contentious relationship*, Liverpool, Routledge, 2013.
- MANI R., *Beyond Retribution: Seeking Justice in the Shadows of War*, Oxford, Blackwell Publishing Company, 2002.
- MINOW M. et J. GOLDSTONE R., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*, Boston, Beacon Press, 1998.
- RAZ J., *The authority of law: Essay on law and morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- ROBERTS M., *Exploring confrontation: Sri Lanka: Politics, Culture and History*, Colombo, Harwood Academic Publishers, 1994.
- SHKLAR. J.N., *Legalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- STROMSETH J., WIPPMAN D., et BROOKS R., *Can Make Rights? Building the Rule of Law after Military Interventions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- TAMANAH B. Z., *A general jurisprudence of law and society*, New York, Oxford University Press, 2001.
- TAMANAH B. Z., *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- TEITEL R. G., *Transitional Justice*, New York, Oxford University Press, 1977.
- TREMBLAY L. B., *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1997.
- TREBILCOCK M. J., DANIELS R. J., *Rule of Law Reform and Development, Charting the fragile path of progress*, Edward Elgar Publishing Limited, 2008.
- VICLERE MABIALA R., *La justice dans les pays en situation de post-conflit : justice transitionnelle*, Paris, L'Harmattan, 2009.

WADE E. C. S., BRADLEY A. W., *Constitutional and Administrative Law*, 10e éd., Oxford, Oxford University Press, 1985.

WADE H. W. R., et FORSYTH C., *Administrative Law*, 9e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004.

WEBER M., *Économie et Société*, Coll. Recherche en Sciences Humaines, vol. 27, Paris, Plon, 1971.

Chapitre, articles de revue, entrée d'encyclopédie

BINGHAM L. « The Rule of Law », (2007) 66 - 1 *The Cambridge Law Journal*, 67-85.

CHANDRASHEKAR J., « State-Based Truth Commissions, The Case of Post-war Sri Lanka » dans Nergis CANEFE (dir.), *Transitional Justice and Forced Migration: Critical Perspectives from the Global South*, New York, Cambridge University Press, 2019, 135-157.

CHIBA M., « Legal Pluralism in Sri Lankan Society - Toward a General Theory of Non-Western Law », (1993) 25 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 197-212.

COLLIOT-THELENE C., « Retour sur les rationalités chez Max Weber » (2011) 22 - 2 *Les Champs de Mars*, 13-30.

CONSTANT B., « The liberty of the ancients compared with that of the moderns » dans Benjamin CONSTANT (dir.), *Collection Complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la constitution actuelle ou Cours de politique constitutionnelle*, Paris et Rouen, Wentworth Press, 1820, p. 238-274.

CRAIG P., « Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework » dans Richard Paul BELLAMY (dir.), *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Ashgate, 2005, p. 95-115.

DALY E., « Truth Skepticism: An inquiry into the value of truth in Times of Transition », (2008) 2 *International Journal of Transitional Justice*, 23-41.

DEFLEM M., « La notion de droit dans la théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas », (1994) 18 - 2 *Déviance et société*, 95-120.

DE GREIFF P., « Theorizing Transitional Justice », (2012) 51 *Nomos*, 31-77.

DE GREIFF P., « Habermas on Nationalism and Cosmopolitanism » (2002) 15 - 4 *Ratio Juris*, 418 - 438.

- DEVOTTA N., « The Liberation Tigers of Tamil Eelam and the Lost Quest for Separatism in Sri Lanka », (2009) 49 - 6 *Asian Survey*, 1021-1051.
- DUBE R. et M. GARCIA, « Enjeux politiques et juridiques autour du principe de la confiance du public dans l'administration de la justice pénale », (2020) 61 - 1 *Cahiers de droit*, 7-34.
- FALLON R. H., « 'The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse », (1997) 97-1 *Columbia Law Review*, 1-56.
- FERRY J. M., « Max Weber ou Jürgen Habermas : Administration rationnelle ou politique raisonnable ? », (1982) 63 *Raison présente*, 57-75.
- FLYNN J., « Habermas on Human Rights: Law, Morality, and Intercultural Dialogue », (2003) 29 - 3 *Social Theory and Practice*, 431-57.
- FUKUYAMA F., « Social capital and development: the coming agenda », (2002) 22 - 1 *SAIS Review*, 23-37.
- GARCIA-GODOS J., « It's About Trust Transitional Justice and Accountability », dans Cecilia Marcela BAILLIET et Kjetil Mujezinovic LARSEN (dir.), *Promoting Peace Through International Law*, Oxford, 2019, 321- 343.
- GIBSON J. L., « Truth, Reconciliation, and the Creation of a Human Rights Culture in South Africa », (2004) 38-1 *Law & Society Review*, 5 - 40.
- GOMEZ M., « Keeping Rights Alive: Reform and Reconciliation in Post-War Sri Lanka », (2011) 17 *Asian Yearbook of International Law*, 117 - 148.
- HABERMAS J., « La souveraineté populaire comme procédure, un concept normatif d'espace public », (1989) 7 *Lignes*, 29 - 58.
- HUYSE L., « The process of reconciliation » dans David BLOOMFIELD et Teresa BARNES (dir.), *Reconciliation after violent conflict*, Handbook Series, Stockholm, 2003, p. 19 - 34.
- HUYSE L., « Justice » dans David BLOOMFIELD et Teresa BARNES (dir.), *Reconciliation after violent conflict*, Handbook Series, Stockholm, 2003, p. 96 - 121.
- LASSÉE I. et VERMUNT E., « Fitting the Bill': Incorporating International Crimes into Sri Lankan Law », dans Isabelle LASSÉE (dir.), *Sri Lanka's Time to Try: Prosecuting Conflict-Related Abuses*, South Asian Centre for Legal Studies, 2019, p. 156-178.
- LECLERC A. et SINTOMER Y., « La démocratie impossible ? Politique et modernité chez Weber et Habermas », (2000) 13 - 51 *Politix*, 221 - 226.

- LEMASSON L., « La démocratie radicale de Jürgen Habermas, entre socialisme et anarchie », (2008) 58 - 1, *Revue française de science politique*, 39 - 67.
- MAZUIR F., « Le processus de rationalisation chez Max Weber », (2004) 86 - 4 *Sociétés*, 119-124.
- MCAULIFFE P., « Transitional Justice and the Rule of Law: The Perfect Couple or Awkward Bedfellows? » (2010) 2 *Hague Journal on the Rule of Law*, 127-154.
- MCAULIFFE P., « UN Peacebuilding, Transitional Justice and the Rule of Law in East Timor: The Limits of Institutional Responses to Political Questions », (2011), 58 - 1 *Netherlands International Law Review*, 103 - 135.
- MARSTON DANNER A., S. MARTINEZ J., « Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law », (2005) 93 - 1 *California Law Review*, 75-169.
- MENDELOFF D., « Truth-Seeking, Truth Telling, and Postconflict Peacebuilding: Curb the Enthusiasm? », (2004) 6 *International Study Review*, 355-380.
- MINOW M., « Between Vengeance and Forgiveness: South Africa's Truth and Reconciliation Commission », (1998) 14 *Negotiation Journal*, 319 - 355.
- OFFE C., « How can we trust our fellow citizens » dans *Democracy and Trust*, Mark WARREN (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 42 - 87.
- PLUNKETT. M., « Reestablishing Law and Order in Peace-Maintenance », (1998) 4 - 1 *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 61-79.
- PROVINZINO L., « Transitional Justice », (2001) 26 - 1 *Yale Journal of International Law*, 444-445.
- RAYNAUD P., « Chapitre premier - les limites de la rationalisation » dans Philippe RAYNAUD (dir.), *Max Weber et les dilemmes de la raison modern*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, p. 123-156.
- REITER A. G., « Examining the use of amnesties and pardons as a response to internal armed conflict » (2014) 47 - 1 *Israel Law Review*, 133-147.
- ROBINSON D. « The Rise of Joint Criminal Enterprise: Lessons for Reasoning » dans Darryl ROBINSON (dir.), *Justice in Extreme Cases: Criminal Law Theory Meets International Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 249 - 256.

- SANNERHOLM R., « Legal, Judicial and Administrative Reforms in Post-Conflict Societies: Beyond the Rule of Law Template » (2007) 12 – 1 *Journal of Conflict & Security Law*, Oxford, Oxford University Press, 65-93.
- SATKHUNANATHAN A., « Authoritarian (in)efficiency and the undermining of democracy in Sri Lanka », *Daily Financial Times*, 2021.
- SATKHUNANATHAN A., « How Democratic Institutions Are Undermined: Notes from Sri Lanka », *The Wire*, 2021.
- SHKLAR. J.N., « Political Theory and the Rule of Law » dans Allan HUTCHINSON & PATRICK J. MONAHAN (dir.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1987, p. 1-16
- SLYOMOVIC S., « No Buying off the Past: Moroccan Indemnities and the Opposition », (2003) 229 *Middle East Report*, Middle East Research and Information Project (MERIP), 34 - 37.
- SRIRAM C. L., « Justice as Peace? Liberal Peacebuilding and Strategies of Transitional Justice », (2007) 21 *Global Society*, 579-591.
- SRIRAM C. L., « Sri Lanka, Atrocities, Accountability, and the Decline of Rule of Law » dans Renee JEFFERY et Hun Joon KIM (dir.), *Transitional Justice in the Asia-Pacific*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 61-86.
- SOOKA Y., « Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability dans International », (2006) 88 - 89 *Review of the Red Cross*, 311 - 325.
- TAMANAHA B., « The lessons of law and development studies », (1995) 89 *Journal of International Law*, 470 - 486.
- TEITEL R. G., « Transitional Justice Genealogy », (2003) 16 *Harvard Human Rights Journal*, 69 - 94.
- WIJENAYAKE V., « The Plurality of Truth in Post-Conflict Societies and the Right to Truth in International Law », (2018) 26 *Sri Lanka Journal of International Law*, 31 - 52.

Documents de Nations Unies

Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 1545, (2004) Doc. N.U. S/RES/1545 (21 mai 2004).

Conseil de sécurité des Nations Unies, Résolution 1580, (2004) Doc. N.U. S/RES/1580 (22 décembre 2004).

Rapports

Secrétaire Général des Nations-Unies, *Rapport du Secrétaire général sur le rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Conseil de sécurité des Nations Unies, Doc N.U. S/2004/616*, 2004.

PORCIUNCULA M., *Rapport de recherche : Mesure des résultats et suivi des progrès des processus de justice transitionnelle*, New York, Centre International pour la Justice transitionnelle, 2021.

HARNETT C., *Report of a dialogue, The relationship between truth-seeking and prosecution*, Colombo, International Center for the Ethnic Study, 2016.

Amnesty International, *Old ghosts in new garb: Sri Lanka's return to fear*, Londres, ASA 37/3659/2021, 2021.

International Crimes Evidence Project, *International Crimes Evidence Project, Island of impunity? Investigation into international crimes in the final stages of the Sri Lankan civil war*, Public Interest Advocacy Centre Ltd, 2014.

PINTO - JAYAWARDENA K., *Post-war justice in Sri Lanka - Rule of law, the criminal justice system and commissions of inquiry*, International Commissions of Jurists, 2010.

Amnesty International., *Twenty years of make believe - Sri Lankas commissions of inquiry*, Londres, ASA 37/005/2009, 2009.

Amnesty International, *Quand obtiendront-ils justice? Défaillances de la commission enseignements et réconciliation au Sri Lanka*, Londres, ASA 37/008/2011, 2011.

Alston P., *Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires*, Conseil des droits l'Homme, A/HRC/8/3, 2008.

SANSONI M. C. (dir.), *Report of the presidential commission of inquiry into the incidents which took place between 13th August and 15 September 1977*, Colombo, Sessional Paper n° VII 1980, 1980.

PINTO-JAYAWARDENA K., *A Legacy to Remember, Sri Lanka's Commissions of Inquiry, 1963- 2002: A Reference Guide to Commission Reports with a Tabulated List of Recommendations*, Colombo, Law & Society Trust, 2010.

International Crisis Group, *Sri Lanka: Tamil Politics and the Quest for a Political Solution*, Asia Report n°239, 2012.

LEARY V. A., *Ethnic conflict and violence in SRI LANKA Report of a Mission to Sri Lanka in July - August 1981 on behalf of the International Commission of Jurists*, Genève, International Commission of Jurist, 1983.

ANDREU-GUZMÁN F. (dir), *Enforced Disappearance and Extrajudicial Execution: Investigation and Sanction, Practitioner Guide n° 9*, Genève, International Commission of Jurists, 2015.

TENNAKOON H., MEEGODA M. ET MAHILRAJAH M. (dir.), *Community Mediation: Resolution of Mohamed the People, by the People and for the People a Sociological Enquiry about People's Perceptions and Experiences of Mediation Boards: Northern, Eastern and Uva Provinces, Sri Lanka*, Working Paper Series n°29, Colombo, Centre for Poverty Analysis, 2018.

Fonseka B., Samarakoon C., et Ranasinghe K. (dir.), *Revisiting Ten Emblematic Cases in Sri Lanka: Why Justice Remains Elusive*, Colombo, Centre for Policy Alternatives, 2021.

Human Rights Watch, *Open Wounds and Mounting Dangers, Blocking Accountability for Grave Abuses in Sri Lanka*, 2021.

Résolutions

Assemblée Générale des Nations Unies. Résolution 67/97, A/RES/67/97,2012

Assemblée Générale des Nations Unies. Rapport du Secrétaire général, A/72/280, 2017

Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. *Favoriser la réconciliation et l'établissement des responsabilités et promouvoir les droits de l'homme au Sri Lanka*, A/HRC/RES/30, 2015.

Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non - répétition*, A/HRC/45/45, 2020.

Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. *Favoriser la réconciliation et l'établissement des responsabilités et promouvoir les droits de l'homme au Sri Lanka*, A/HRC/46/L.1/Rev.1,2021.

Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Oral update of the High Commissioner for Human Rights on promoting reconciliation, accountability and human rights in Sri Lanka*, A/HRC/27/CRP.2., 2014.

Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. *Rapport complet du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur Sri Lanka*, A/HRC/30/61, 2015.

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. *Résolution du Conseil Économique et Social*, E./CN.4/2005/102/Add.1, 2005.

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. *Résolution du Conseil Économique et Social*, E/CN.4/2006/91, 2006.

Internet

Amnesty International, Human Rights Watch, at International Crisis Group, « Sri Lanka: International inquiry needed to address alleged war crimes (Joint Letter to the Lessons Learned & Reconciliation Commission (LLRC) on Sri Lanka from Amnesty International, Human Rights Watch & International Crisis Group) », *Amnesty International*, (14 octobre 2010).

ANANDAKUGAN N., « The Sri Lankan Civil War and Its History, Revisited in 2020 », *Harvard International Review*, (31 août 2020).

Centre for Policy Alternatives, « A List of Commissions and Committees appointed by Government of Sri Lanka (2006 — 2013) », (9 janvier 2014).

HRW, « Sri Lanka: New Evidence of Wartime Abuses », (20 mai 2010).

HRW, « Sri Lanka: Repeal Abusive Counterterrorism Law », (10 janvier 2020).

International Crisis Group, « Statement on the Report of Sri Lanka's Lessons Learnt and Reconciliation Commission », (22 décembre 2011).

Newswire, « President issues Gazette declaring a new detention facility for PTA suspects », (8 juin 2021).

VITACHI I., « Disappearances Commissions point fingers at UNP Politicos and Security Officers », *The Sunday Times*, (15 mars 1998).

ANNEXE

Annexe 1 : Recensement de la population au Sri Lanka - 2012 (Source: Statistic.gov.lk)

District	in Distributio	Sex		Ethnicity												Religion					
		Male	Female	Sinhalese	Tamil	Indian	Tamil	Malay	Chinese	Burgher	Other	Buddhist	Hindu	Islam	Christian	Other					
Sri Lanka	20359439	9856634	10502805	1525081	2269266	839504	1892638	38293	44130	5995	1717	18215	14272056	2561299	1967523	1261194	291967	6400			
Colombo	2324349	1140472	1183877	1778971	235980	24289	24609	13306	14444	915	690	7035	1632225	186454	274087	162314	66994	2275			
Gampaha	2304833	1116893	1187940	2086469	81245	9137	97621	10784	12720	3861	568	2428	1642767	52973	112746	449398	46080	889			
Kalutara	1221948	591284	630664	1060107	23035	22317	113320	1188	689	36	43	313	1018809	39541	114556	39774	8956	212			
Kandy	1375382	65791	719591	1023468	69210	8511	191570	2384	2444	91	33	1051	1009220	133744	197076	22379	12798	165			
Norale	484531	233657	250874	391305	24279	22328	44786	386	392	22	11	112	385151	43432	45682	7899	2342	25			
Nuwara Eliya	711644	340347	371297	282053	32583	37637	17652	761	543	75	11	349	278254	363163	21116	33476	15508	127			
Galle	1063334	509902	553432	1003722	13953	6146	38790	256	106	12	8	341	998647	15584	39267	4415	5315	106			
Nagara	814148	389903	424145	767580	8772	12127	25254	131	58	6	11	109	766323	16421	25614	2432	3208	50			
Hambantota	599903	294736	305167	582301	2105	120	6629	146	8064	17	3	418	580344	1222	15204	1139	1692	302			
Jaffna	583882	274173	309709	2284	57138	1807	2162	126	23	23	22	97	2168	483255	2363	75474	20511	111			
Namar	99570	50053	49517	2305	80103	692	16436	12	11	1	0	10	1809	24027	16512	52415	4790	17			
Vavuniya	172115	84715	87400	17138	141144	1979	11748	58	8	0	0	40	16853	119401	11972	15305	8498	86			
Mulleltivu	92238	46036	46202	8927	79107	281	1821	49	11	0	1	41	8185	69377	1880	9063	3664	69			
Kilinochchi	113510	57183	57727	1331	110494	1030	629	1	2	0	0	23	1275	92986	700	12063	6436	50			
Batticaloa	526567	250676	275891	6797	380930	2078	133854	2814	28	7	0	59	6281	338882	134065	24454	22833	52			
Ampara	649402	314352	335050	262468	112457	846	281702	1036	187	5	0	711	251427	102829	281987	7588	5541	30			
Trincomelee	379541	187472	192069	101483	116646	1227	158771	966	356	16	4	72	99344	98442	159418	14493	7774	70			
Kurunegala	1618465	777201	841264	1479863	18041	2594	115302	663	1220	119	40	623	1431632	14721	118395	43711	9936	170			
Pitiam	762396	369971	392425	560838	48341	1953	147546	1152	611	200	201	1534	329705	28811	159404	240221	12093	1162			
Anuradhapura	860575	420100	440475	782808	4728	477	70692	246	161	21	34	1408	775366	3231	71493	6747	3660	78			
Polonnaruwa	406088	200780	205308	368197	7301	161	30177	88	46	3	5	110	364229	8886	30465	3192	1276	40			
Badulla	815405	391948	423457	595372	21880	15044	44716	992	1331	66	16	528	591799	157608	47192	12020	6615	171			
Moneragala	451058	224168	226890	428104	8206	5001	9508	116	63	15	0	45	465762	11997	9809	1601	899	30			
Ratnapura	1088007	536401	551606	947811	54437	62124	22346	405	288	35	12	549	943644	101962	24446	10844	7212	79			
Kegalle	840648	400820	439828	718389	17861	42748	59997	227	184	49	4	209	709917	54350	61164	8777	6386	54			