



CONSEIL INTERNATIONAL SUR LES
POLITIQUES DES **DROITS HUMAINS**

**Lorsque les univers
juridiques se recoupent
Droits humains, droit étatique
et non étatique**

Résumé

À PROPOS DU CONSEIL

Le Conseil international sur les politiques des droits humains a été créé à Genève en 1998 afin d'effectuer des travaux de recherche appliquée sur les problèmes actuels des droits humains. Par ses recherches, il souhaite fournir des connaissances pratiques aux décideurs au sein des organisations internationales et régionales, des gouvernements ainsi qu'aux organisations bénévoles quelles qu'elles soient. Le Conseil international est indépendant, ses membres sont internationaux et son approche méthodologique privilégie la participation de ces décideurs. Il est enregistré comme fondation à but non lucratif soumise au droit suisse.

MEMBRES DU CONSEIL INTERNATIONAL

Lydia Alpizar Duran (Costa Rica)
Roberta Clarke (Trinidad & Tobago)
Lyse Doucet (Canada)
Roger Raupp Rios (Brésil)
Wilder Tayler* (Uruguay)
Devendra Raj Panday (Népal)
Fateh Azzam* (Palestine)
Marco Sassoli* (Suisse)
Hina Jilani* (Pakistan) – Présidente

Jelena Pejic (Serbie)
Fouad Abdelmoumni (Maroc)
Juan Mendez (Argentine)
Chidi Anselm Odinkalu* (Nigéria)
Maggie Beirne* (Royaume-Uni)
Usha Ramanathan (Inde)
Cynthia Brown (États-Unis)
Ghanim Al-Najjar (Koweït)
Emma Playfair* (Royaume-Uni)

* *Membre du Comité directeur*

INTRODUCTION

Le rapport, qui est résumé ici, met en lumière les répercussions et les dilemmes en matière de droits humains suscités par l'existence d'une pluralité de lois étatiques et non étatiques, telle que celles relatives au droit de la famille qui reposent sur la religion, les pratiques judiciaires coutumières et les modes alternatifs de résolution des conflits (ADR).

Il y a une pluralité d'ordres juridiques lorsque divers ordres juridiques « *se superposent, s'interpénètrent ou se combinent* »¹, ce qui entraîne le fait qu'un différend ou une question spécifiques sont régis par une multitude de normes, de lois ou de forums qui coexistent au sein d'une juridiction ou d'un pays donnés.

La pluralité des ordres juridiques trouve son ancrage dans un cadre historique et politique complexe et suscite des intérêts politiques importants ainsi que des luttes autour de questions relatives à l'identité ou au contrôle des ressources. Les États, en particulier, ont intérêt à accroître leur contrôle et à conforter leur légitimité en reconnaissant, en préservant ou en créant des normes juridiques « locales », « traditionnelles » ou « coutumières ». De nombreux États ont, pour toutes ces raisons, maintenu la pluralité des ordres juridiques introduite durant la domination coloniale.

L'émergence d'une pluralité d'ordres juridiques est liée à d'autres facteurs tout aussi importants parmi lesquels figurent les situations de conflits et de reconstruction post-conflit, l'imposition ou l'importation de concepts juridiques, les politiques liées à l'identité, y compris le fondamentalisme religieux et ethnique ; les politiques multiculturelles qui font appel à la notion de « communauté » comme moyen de gouverner leurs minorités (souvent issues de la migration) ; et l'influence d'acteurs et de politiques économiques, relatives notamment à la privatisation et aux réformes orientées vers l'économie de marché.

Les ordres juridiques non étatiques sont constitués de normes ou d'institutions souvent considérées comme ayant force de loi par ceux qui y sont soumis. Ces ordres juridiques non étatiques affirment tirer leur autorité morale d'une culture ou de coutumes contemporaines ou traditionnelles, ou encore de croyances et de pratiques religieuses plutôt que de l'autorité politique de l'État. Dans certains cas, les ordres juridiques non étatiques se multiplient parce que l'ordre juridique étatique officiel apparaît comme étranger, parce qu'il n'est pas pertinent ou parce qu'il est absent (parfois suite au retrait délibéré d'un État). Ces ordres juridiques non étatiques peuvent également tirer leur légitimité de la résistance à l'ordre juridique étatique ou bien s'appuyer sur des réformes qui renforcent le secteur judiciaire informel.

PRINCIPALES CONCLUSIONS – I

NORMES ELATIVES AUX DROITS HUMAINS ET PLURALITÉ DES ORDRES JURIDIQUES

Questions relatives à l'établissement des normes

Étant donné que la pluralité des ordres juridiques a des répercussions sur plusieurs domaines des droits humains – les droits des minorités, des peuples autochtones et des femmes, la non-discrimination, l'administration de justice, les procès équitables, le traitement égal devant la loi, etc. – les normes de droits humains applicables en cas de pluralité d'ordres juridiques figurent dans de nombreux instruments et mécanismes de droits humains au niveau international, régional et national.

Le Comité des droits de l'homme des Nations unies reconnaît (dans son Observation générale N° 32) l'existence de la pluralité juridique dans la mesure où l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) – portant sur le droit à un procès équitable – s'applique « *quand l'État, dans son ordre juridique, reconnaît les tribunaux de droit coutumier ou les tribunaux religieux et leur confie des fonctions judiciaires* ». Une résolution adoptée, en 2006, par l'Assemblée générale de l'ONU appelle les États à « *faire en sorte que leurs systèmes politiques et juridiques reflètent la pluralité des cultures existant au sein de la société...* ».

La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée en 2007, reconnaît que les peuples autochtones ont le droit « *de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles et leurs (...) systèmes ou coutumes juridiques, en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme* ». Cette Déclaration amplifie la portée de normes similaires figurant dans la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail adoptée en 1989. Par ailleurs, le Rapporteur spécial des Nations unies sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones a précisé que : « *Dans de nombreux pays, une conception moniste du droit interne empêche de reconnaître à sa juste valeur la pluralité des traditions juridiques, ce qui a pour effet de subordonner les systèmes de droit coutumier à une norme juridique officielle unique (...) une sorte de pluralisme juridique semble un moyen constructif de concilier des régimes fondés sur des valeurs culturelles différentes*² ».

D'un autre côté, cependant, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) a déclaré que : « *La coexistence de systèmes juridiques multiples comportant des lois coutumières et religieuses qui régissent le statut personnel et la vie privée et l'emportent sur le droit positif, voire même sur les dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité, reste une source de grave préoccupation*³ ».

La position ambivalente des organes de protection des droits humains face à la pluralité des ordres juridiques⁴ – qui reflète, de manière plus générale, une fragmentation du droit international – crée des défis politiques importants.

Une réponse imparfaite à ce problème consiste à tenter d'« équilibrer les droits ». En réalité, les efforts consacrés à concilier des revendications concurrentes de droits tendent à opposer un ensemble de normes à un autre, parce que le droit relatif aux droits humains fournit peu de directives quant à la manière de résoudre ce type de revendications concurrentes⁵. L'argument de « l'équilibre entre les droits » a été exploité par certains gouvernements afin de favoriser les revendications culturelles ou religieuses au détriment de l'égalité entre les sexes.

Une autre réponse imparfaite (voir par exemple l'Observation générale N° 32 du Comité des droits de l'homme) consisterait à limiter la compétence du droit coutumier ou des tribunaux religieux aux délits qualifiés de « mineurs » et aux affaires civiles : le problème réside ici dans le fait que ce type de questions (qui touchent généralement des domaines relevant du droit de la famille, tels que l'abandon du foyer conjugal par le mari, le divorce, le versement d'une pension alimentaire, l'héritage) ont fréquemment des conséquences graves en matière de respect des droits humains.

Ces deux approches portent atteinte à l'indivisibilité des droits humains.

En général, les recommandations émises par les organes de protection des droits humains en ce qui concerne le droit coutumier ou religieux appellent souvent les États, de manière assez imprécise, à harmoniser, équilibrer ou appliquer ces lois conformément au droit international relatif aux droits humains, mais elles ne précisent pas comment parvenir concrètement à ce résultat. Ce manque de clarté ne reflète pas seulement la difficulté de traiter des questions relatives à la culture. Elle est également une réaction à la manière dont certains États font appel à la « culture » ou à la « religion » pour promouvoir des choix politiques qui marginalisent ou répriment les droits humains.

Répercussions sur les droits humains de la pluralité des ordres juridiques

La pluralité des ordres juridiques ne constitue pas nécessairement un phénomène néfaste ; elle peut, toutefois, du fait de sa structure, entraîner des répercussions négatives en matière de respect des droits humains. Lorsqu'un régime juridique fondé sur l'appartenance à une identité applique des normes différentes à divers groupes de personnes, il subordonne le respect des droits à l'appartenance à une identité donnée, ce qui entraîne une discrimination et une inégalité devant la loi.

Les confusions relatives aux questions de compétence et d'application des lois, fréquentes à travers le monde lorsque l'on est en présence d'une pluralité d'ordres juridiques, entraînent des abus de compétence et de pouvoir, des atteintes aux droits, une réduction des garanties de procédure prévues par la loi, et une limitation

de l'accès à la justice. Cela est particulièrement le cas pour les modes alternatifs de résolution des conflits (ADR) et les ordres juridiques non étatiques.

Le fait de soumettre des minorités à des ordres juridiques distincts peut contribuer à isoler celles-ci de l'élaboration générale des normes et des institutions; de plus, en raison des forts intérêts politiques en jeu dans ce type de situations, avec le temps, il devient très difficile de réformer de tels régimes.

La pluralité des ordres juridiques offre souvent des opportunités économiques et politiques que des élites puissantes peuvent exploiter, ce qui renforce les inégalités socio-économiques au sein des communautés et entre elles. Lorsque, du fait de la reconnaissance par un État d'une pluralité d'ordres juridiques, le statut ou le pouvoir de figures traditionnelles de l'autorité (chefs, etc.) se trouvent accrus, cela peut limiter plutôt qu'encourager l'émergence d'une société civile active⁶.

Le droit de la famille et celui relatif au statut personnel (qui concerne le mariage et le divorce, la garde et la tutelle des enfants, l'adoption, l'héritage et la succession) sont souvent régis par une pluralité d'ordres juridiques. Ce facteur a des implications très importantes en matière de droits humains qui sont sous-estimées. Les militants des droits humains ont accordé peu d'attention au droit de la famille, alors même que le contrôle de ce droit (et, par extension, le contrôle des droits de la femme) constitue un élément crucial du pouvoir des acteurs étatiques et non étatiques. Le droit de la famille apparaît largement soustrait aux « *cadres juridiques communs fondés sur un socle transculturel* ».

À travers le monde, la pluralité des ordres juridiques a des répercussions négatives et disproportionnées sur les femmes et sur leurs droits, mais elle affecte également les droits des hommes et des enfants. En ce qui concerne le droit de la famille, ce phénomène limite ou influence souvent la jouissance de nombreux droits, notamment le droit de se marier et de fonder une famille ainsi que le droit à la liberté de conviction et de religion. En général, la présence d'une pluralité d'ordres juridiques dans le domaine du droit de la famille tend à accentuer les différences et l'exclusion.

PRINCIPALES CONCLUSIONS – II

DROIT, CULTURE ET DROITS HUMAINS

Le droit permet la mise en place d'un état de droit grâce à des procédures administratives et judiciaires, mais rend également possible « *l'état par le droit en créant une réalité et des significations sociales considérées comme évidentes*⁸ ». Tout en reconnaissant ce pouvoir, il est important de lutter contre la propension à recourir au droit pour toute question. Tous les problèmes se présentant comme juridiques n'ont pas une solution juridique ; beaucoup de ces problèmes appellent des réponses sociales, politiques et économiques plus larges qu'un simple accroissement des normes juridiques.

La relation entre la culture et le droit n'est pas simple. Étant donné qu'au sein d'un même pays, toutes les cultures sont marquées par la diversité et sont l'objet de contestations, une culture partagée n'entraîne pas nécessairement des normes juridiques partagées. Dans le même temps, des valeurs peuvent être partagées au-delà des frontières culturelles et, par conséquent, la diversité culturelle n'implique pas nécessairement l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques. Il est important d'établir une distinction entre la position sociale d'une personne, son identité et ses valeurs.

Les individus sont à la fois porteurs de culture et titulaires de droits : l'acceptation de l'une ne signifie pas le rejet des autres. Tous deux se situent dans des domaines contestés, soumis à des changements et des négociations perpétuels. Une approche constructive de cette question consiste à considérer la culture, non pas comme une « ... *barrière à la mobilisation en faveur des droits humains, mais comme un contexte qui définit des relations et des significations et élabore des possibilités d'action*⁹ ».

Le fait de demander que le droit reflète la diversité culturelle est fondé sur le principe de l'égalité universelle, mais cette exigence requiert (paradoxalement) la reconnaissance d'éléments qui ne sont pas universellement partagés. Les revendications des peuples autochtones basées sur le droit à l'autodétermination sont cependant ontologiquement différentes, car elles ont des origines socio-historiques distinctes des revendications fondées, par exemple, uniquement sur la différence culturelle.

Lorsque le droit reconnaît les différences culturelles, il est probable qu'il ossifie ce qui est dynamique et fluide, et qu'il privilégie certaines voix et interprétations aux dépens d'autres. Cela explique que les relations entre les droits humains, le droit et la culture sont non seulement complexes, mais également de nature profondément politique.

Le fait d'aborder cette question sans esprit critique a pour conséquence de masquer bien souvent les injustices entre les divers groupes ou au sein d'entre eux, ou de créer de fausses distinctions entre des identités *publiques ou privées* – à l'instar de certains groupes fondamentalistes religieux qui invoquent les droits humains, particulièrement les droits des minorités, pour promouvoir des normes conservatrices.

PRINCIPALES CONCLUSIONS – III

QUESTION DE LA RECONNAISSANCE DES ORDRES JURIDIQUES NON ETATIQUES

Les distinctions entre les ordres juridiques étatique et non étatique sont rarement clairement définies. Ces deux ordres se constituent souvent mutuellement ; ils ont des intérêts entrelacés, et cherchent à s'approprier réciproquement la légitimité de l'autre. Cela peut rendre plus difficile la tâche des défenseurs des droits humains en matière de détermination des responsabilités des différents acteurs.

Pourtant, ces deux ordres ne fusionnent pas totalement l'un avec l'autre puisqu'en définitive, dans la plupart des cas, le droit étatique détermine « *les termes selon lesquels les acteurs non étatiques intègrent leurs lois dans la pratique étatique*¹⁰ ».

Le fait de trop mettre l'accent sur la relation étatique/non étatique peut masquer la pluralité existant au sein des ordres étatiques et le fait que les divers ordres juridiques non étatiques se contestent mutuellement.

L'opinion publique ne désire pas toujours que les ordres juridiques non étatiques soient reconnus ou incorporés dans le système judiciaire officiel. Les ordres juridiques non étatiques ne sont pas nécessairement toujours plus économiques, plus rapides, plus équitables et plus légitimes. Le soutien dont ils bénéficient peut refléter des obligations et des contraintes sociales et économiques plutôt qu'une préférence normative ou le fait qu'ils disposent d'une légitimité inhérente (par rapport aux ordres juridiques étatiques).

Bien que les ordres juridiques non étatiques ne remettent pas nécessairement en cause le respect des droits humains, ils sont très probablement amenés à reproduire les déséquilibres de pouvoir existant au sein de la communauté en matière normative et institutionnelle¹¹. L'impact des ordres juridiques non étatiques sur les droits humains est rarement positif au sein des systèmes juridiques qui incluent des régimes du droit de la famille fondés sur la religion, notamment dans les États qui, de plus, ne disposent pas d'un système de droit civil assurant l'égalité entre tous les citoyens.

Lorsque des réformes des ordres juridiques non étatiques ont abouti à des résultats positifs en matière de respect des droits humains, elles ont eu tendance à : adopter des approches à multiples facettes qui augmentent la connaissance et la confiance des acteurs clés dans l'utilisation de divers ordres juridiques ; renforcer l'accès collectif aux droits en changeant l'attitude des élites et en donnant davantage de pouvoirs aux personnes désavantagées ; et remettre en cause la discrimination structurelle grâce à la participation des communautés.

Le rôle des ONG de défense des droits humains et de l'État est crucial. La fonction de l'État en tant que garant des droits est essentielle, et elle est d'autant

plus importante lorsqu'un ordre juridique non étatique est intégré au sein d'un ordre juridique étatique suite à sa reconnaissance, à son incorporation ou à une politique de décentralisation.

Les revendications fondées sur la coutume n'impliquent pas toujours un recul vers le passé et peuvent légitimer, actuellement ou à l'avenir, des demandes de nature politique. Les termes « non étatique » et « traditionnel » ne sont pas non plus synonymes. Les appels à la tradition expriment souvent « *les revendications de groupes politiques spécifiques en faveur d'une nouvelle organisation du pouvoir politique et économique, de nouvelles normes d'inclusion ou d'exclusion, et de nouveaux fondements de la légitimité du pouvoir étatique*¹² ». Ceux qui sont en marge de la société sont en marge de tous les systèmes juridiques (à la fois étatique et non étatique), et tout système juridique est susceptible d'être manipulé par les personnes bien informées, matériellement aisées et disposant d'un grand réseau de relations¹³.

RECOMMANDATIONS

RECONNAÎTRE LES ORDRES JURIDIQUES NON ÉTATIQUES

- Éviter les définitions catégoriques et passe-partout des lois et pratiques coutumières¹⁴. Adopter une approche flexible qui permet aux communautés d'élaborer des normes et de les adapter aux nouvelles réalités.
- Si le droit coutumier est reconnu, placer cette reconnaissance dans un cadre plus large qui protège les droits civils, politiques, sociaux et économiques de tous les membres de la communauté.
- Veiller à ce que les processus de reconnaissance répondent à la fois aux tensions internes au sein de la communauté et aux influences externes.
- Ne pas établir des systèmes juridiques différents et éventuellement conflictuels qui génèrent des inégalités et des inefficacités.
- Définir clairement, en cas de coexistence de plusieurs ordres juridiques, les éléments qui déterminent le fonctionnement efficace de cette pluralité : contenu normatif, compétence, autorité, processus juridictionnel, application des décisions.
- En cas de reconnaissance d'un ordre juridique non étatique, évaluer les politiques en matière de culture et de production culturelle ainsi que les perceptions externes des pratiques culturelles ; tenir compte des motivations et des dynamiques de pouvoir en jeu et y répondre.
- Surveiller les processus d'atteinte des résultats, y compris des résultats involontaires (comme par exemple l'érosion de la légitimité dont peut souffrir un ordre juridique non étatique suite à sa reconnaissance par un État manquant de crédibilité).

PROJETS DE RÉFORME DU SECTEUR JUDICIAIRE

Outre les principes directeurs et le cadre d'évaluation décrits infra, les personnes engagées dans des projets de réforme de la justice et les bailleurs de fonds en particulier doivent veiller à ce que :

- Les projets soient basés sur des recherches et des études fiables.
- Le bien-fondé des ordres juridiques non étatiques fasse l'objet d'une évaluation basée sur des informations fiables, et qu'ils ne soient ni idéalisés ni diabolisés.
- Les normes relatives aux droits humains, en particulier celles concernant l'égalité et les garanties de respect des procédures prévues par la loi, soient respectées.

- La participation locale soit réelle et significative et inclue les personnes qui peuvent être désavantagées.
- Les projets fassent l'objet d'un contrôle et d'une évaluation effectifs.
- Les bailleurs de fonds et les autres acteurs coordonnent leur travail, encouragent l'apprentissage mutuel sur la base de l'expérience, et évitent les objectifs conflictuels.

UNE APPROCHE DE LA PLURALITÉ DES ORDRES JURIDIQUES FONDÉE SUR LES DROITS HUMAINS : QUELQUES PRINCIPES DIRECTEURS

- Nonobstant certaines limitations, les normes internationales relatives aux droits humains offrent des outils utiles pour les politiques et les actions de plaidoyer, tout particulièrement lorsque les défenseurs sont capables de traduire avec cohérence des normes universelles dans des contextes locaux.
- Il faut affirmer systématiquement l'interdiction de la discrimination ainsi que la non-recevabilité de tout argument culturel défendant l'inégalité entre les sexes ; et distinguer les aspects de la culture qui sont discriminatoires de ceux qui ne le sont pas.
- Lorsque des droits se retrouvent apparemment en conflit, il faut ne pas tant se concentrer sur le fait de savoir si un droit l'emporte sur un autre. Se concentrer plutôt sur les résultats : se demander quels résultats minimiseront l'étendue de la remise en cause de chacun des droits en question¹⁵.
- Reconnaître que l'obligation d'adapter et de soutenir les cultures minoritaires n'a pas un caractère absolu, et que la justice dans un contexte multiculturel implique l'égalité entre les divers groupes et au sein de chacun d'entre eux en ce qui concerne la reconnaissance sociale, la répartition économique et la participation politique¹⁶.
- Reconnaître que les individus sont à la fois titulaires de droits et porteurs d'une culture. Transcender le problème apparent de l'« équilibre » entre les droits et de la fragmentation de l'identité (a) en adoptant une approche intersectionnelle de l'identité ; (b) en considérant la culture, la coutume, la tradition et la religion comme des facteurs qui évoluent et sont l'objet de contestations internes ; et (c) en contextualisant l'analyse, et en considérant les détenteurs de droits simultanément comme des individus et comme des membres de nombreux groupes collectifs.
- En cas de coexistence de différents ordres juridiques, analyser le contenu, la structure et les procédures de cette pluralité et son impact sur les droits humains en ce qui concerne les relations de pouvoir, en tenant compte

des facteurs historiques ainsi que des facteurs sociaux, économiques et politiques actuels. Partir du point de vue de ceux qui sont le plus exposés aux discriminations entre les divers groupes et au sein d'entre eux, et chercher à y remédier.

- Les évaluations des bénéfices et désavantages des ordres juridiques étatiques et non étatiques doivent être basées sur des éléments de preuve empiriques quantitatifs et qualitatifs.
- Les décisions quant aux meilleures manières de promouvoir et protéger les droits humains, en cas de coexistence de plusieurs ordres juridiques, impliquent des choix moraux et politiques. Toutes les personnes concernées, y compris les défenseurs des droits humains ou les bailleurs de fonds, doivent veiller à la transparence de leur choix.

Les politiques et revendications visant à préserver, réformer ou introduire une situation où coexistent plusieurs ordres juridiques peuvent être évaluées sur la base de six paramètres :

- Dans quelle mesure le fondement de cette revendication de pluralité est-il clairement exprimé ?
- Qui plaide pour cette pluralité et quelles sont leurs motivations et intérêts ?
- Quelle est la cohérence interne de cette politique ou de cette revendication ?
- Dans quelle mesure cette politique permet-elle de promouvoir les droits humains au niveau national ?
- Est-ce que, de manière plus générale, le contexte national renforce ou affaiblit les arguments en faveur de cette politique ou de cette revendication ?
- Quel impact aura cette politique ou cette revendication sur le respect des droits entre les divers groupes et au sein de chacun d'entre eux ?

La nature concrète, procédurale ou institutionnelle d'une coexistence (réelle ou proposée) de plusieurs ordres juridiques peut également être évaluée sous six angles différents :

- Est-ce que le processus adopté pour élaborer le contenu et la structure d'une situation où coexistent plusieurs ordres juridiques est ouvert à tous ?
- Existe-t-il suffisamment de capacités institutionnelles et de ressources pour assurer un fonctionnement efficace garantissant le respect des droits humains ?
- Est-ce que les normes et la substance des lois au sein d'une situation où coexistent plusieurs ordres juridiques permettent de promouvoir le respect des droits humains ?
- Existe-t-il des garanties procédurales et des mécanismes de révision des institutions adéquats ?
- Est-ce que les garanties ex-ante et ex-post des droits humains envisagées sont adéquates ?
- Dans quelle mesure les protections relatives aux droits humains sont garanties de manière plus générale ?

CADRE POUR UNE ÉVALUATION DE L'IMPACT SUR LES DROITS HUMAINS EN CAS DE COEXISTENCE DE DIFFÉRENTS ORDRES JURIDIQUES

Le rapport intégral de la présente étude fournit un cadre ayant pour objectif d'aider les défenseurs des droits humains à évaluer les situations où coexistent plusieurs ordres juridiques, à apprécier les propositions visant à établir ou à reconnaître une pluralité d'ordres juridiques ou à examiner les demandes de reconnaissance d'ordres juridiques non étatiques.

Ce cadre énumère des questions qui facilitent l'analyse de chaque paramètre. Chaque question identifie un problème potentiel, propose des réponses qui exigent l'adoption par les défenseurs des droits humains d'actions spécifiques, qui doivent être définies par leur compréhension du contexte politique, et présente l'éventail d'options disponibles pour mettre en œuvre des réformes ou assurer une réparation. L'objectif n'est pas de générer de simples catégories de « bonnes » ou de « mauvaises » réponses, ou bien d'identifier des cas de figures où une pluralité d'ordres juridiques a des effets « positifs » ou « négatifs », mais d'encourager tous les acteurs concernés à prendre en compte une large variété de possibilités lorsqu'ils cherchent à protéger les droits humains dans un contexte où coexistent plusieurs ordres juridiques.

ÉLABORATION DES NORMES RELATIVES AUX DROITS HUMAINS

Le rapport suggère que les points suivants requièrent davantage de recherche et d'analyse :

- La signification et l'application pratique des garanties de diligence dans le contexte d'une coexistence de plusieurs ordres juridiques, y compris d'ordres juridiques non étatiques.
- Les normes en matière de respect des procédures prévues par la loi dans le cadre des litiges civils (dans le contexte de l'arbitrage et des mécanismes quasi-judiciaires). Il peut être utile d'élaborer un ensemble de principes directeurs, en se basant sur le modèle de ceux développés à l'intention des mécanismes non judiciaires tels que les commissions vérité et réconciliation.
- Les normes régissant les litiges portant sur la reconnaissance des mariages entre deux ressortissants de pays différents ainsi que sur d'autres problèmes survenant dans ce type de situation (divorce, adoption ou autres questions connexes).
- L'impact de la reconnaissance des ordres juridiques non étatiques (particulièrement les ordres juridiques des peuples autochtones) sur les droits humains. Il est essentiel de renforcer les meilleures pratiques au niveau national ; des recherches dans ce domaine aideraient également à définir et à orienter l'élaboration de normes internationales.
- La cohérence des normes nationales et internationales en cas de coexistence de plusieurs ordres juridiques. Les organes et organisations de défense des droits humains à l'échelle nationale et internationale doivent coopérer afin d'élaborer, de manière cohérente et exhaustive, des normes relatives au respect des droits des femmes, des droits des minorités ethniques et religieuses, des droits des peuples autochtones, aux questions d'orientation sexuelle, etc. Le droit de la famille doit faire l'objet d'un dialogue entre les organisations de défense des droits des femmes et les organisations qui défendent les droits humains de manière globale.

LE PROCESSUS DE RECHERCHE

Le présent résumé expose les principaux arguments et conclusions d'un rapport publié en 2009 sous le titre *Lorsque les univers juridiques se recourent : droits humains, droit étatique et non étatique*.

Durant la première étape de ce travail, le Conseil a rédigé une note conceptuelle, basée sur un travail de recherche préliminaire mené par l'ICHRP. Ce texte a fait l'objet d'un examen lors d'une réunion d'experts organisée en janvier 2008. L'équipe de recherche a alors préparé un document d'orientation qui, après d'autres consultations, a abouti à la finalisation de l'élaboration de ce projet.

Outre une vaste étude de la littérature portant sur ce sujet et émanant aussi bien de sources universitaires que non universitaires, deux documents généraux ont été préparés dans le cadre de la recherche initiale. Puis, l'ICHRP a commandé deux documents de recherche. Le premier était une étude comparative du pluralisme juridique concernant les droits des peuples autochtones en matière d'adoption et d'appartenance à ces peuples en Australie, au Canada, aux États-Unis d'Amérique et en Nouvelle-Zélande ; le second était une évaluation comparative du droit relatif au statut personnel en Égypte, en Inde et en Israël.

Deux ateliers de recherche, organisés fin 2008, ont permis d'élargir le champ de la recherche. Ils ont réuni des experts de différentes régions, y compris des anthropologues juridiques, des sociologues, des avocats spécialisés dans le droit international relatif aux droits humains, des militants des droits humains travaillant au sein d'organisations locales et internationales, des consultants en développement ainsi que des spécialistes des sciences politiques.

Le rapport de l'ICHRP tire sa source et fait état d'un large corpus de travaux universitaires et non universitaires, publiés ou non, ainsi que des expériences et des points de vue de militants et de défenseurs des droits humains. Une grande partie de cette littérature est basée sur un travail de recherche mené sur le terrain par des universitaires, des militants et des analystes politiques. Un CD-ROM contenant une compilation de ces recherches et ouvrages de référence issus de cet ensemble de documents est disponible avec la version papier du présent rapport.

Divers experts provenant de différentes régions et travaillant dans des disciplines diverses ont commenté une version préliminaire de ce rapport et celui-ci a grandement bénéficié de ces réactions et suggestions. Cette version préliminaire a également été publiée sur le site Internet de l'ICHRP à des fins de commentaires et d'examen.

REMERCIEMENTS

Le Conseil international sur les politiques des droits humains (ICHRP) remercie toutes les personnes qui ont contribué à la réalisation réussie de ce projet, en particulier:

Les chercheurs : Cassandra Balchin, chercheuse consultante, qui a également dirigé la rédaction de ce rapport ; Yüksel Sezgin et Kirsty Gover qui ont rédigé les documents de travail de ce projet; Matthew John, assisté de Anuj Bhuwania, qui a préparé les documents de recherche généraux et les *Conseillers de projet* : Prof. Anne Griffiths, Imrana Jalal, Dr. Celestine Nyamu-Musembi, Gita Sahgal et le Prof. Franz von Benda-Beckmann.

Par ailleurs, l'ICHRP exprime ses remerciements aux personnes suivantes qui nous généreusement accordé de leur temps précieux afin d'assister à la première réunion d'experts et aux ateliers de recherche ultérieurs ou qui ont commenté une version préliminaire de ce rapport, débattu de ce projet ou ont encore échangé des documents ou des informations avec le Conseil : Abdullahi An-Na'im; Karima Bennoune; Judith Beyer; Chetan Bhatt; Julian Burger; Claude Cahn; Kamala Chandrakirana; Sylvia Chirawu; Mark Davidheiser; Marie-Benedicte Dembour; Christoph Eberhard; Sally Engle Merry; Raquel Y. Fajardo; Julio Faundez; Miranada Forsyth; Yash Ghai; Stephen Golub; Lisa Gormley; Kirsty Gover; Anne Griffiths; Manfred O. Hinz; Sara Hossain; Robert Husbands; Jean Jackson; Mathew John; Christina Jones-Pauly; Helene Maria Kyed; Leslie Lois; Hallie Ludsin; Vivek Maru; Ingrid Massage; Juliane Neuhaus; Enyinna Nwauche; Celestine Nyamu-Musembi; Chidi Odinkalu; Pragna Patel; Mireya Maritza Pena Guzman; Faustina Pereira; Bishnu Raj Upreti; Gita Sahgal; Yüksel Sezgin; Dina Siddiqi; Rachel Sieder; Shannon Speed; Rodolfo Stavenhagen; Gila Stopler; Franz von Benda-Beckmann; Sohail Akbar Warraich; Marcus Weilenmann; Lynn Welchmann; Richard A. Wilson; Gordon Woodman; Nira Yuval-Davis.

L'ICHRP remercie Steve Ako Tanga, James Douglas, Sandra Oyella, et Tom Sanderson qui, étaient stagiaires au sein du Conseil et ont contribué au travail de recherche ou ont fourni une autre assistance.

Vijay Kumar Nagaraj, le Directeur de recherché à l'ICHRP, a dirigé et géré ce projet.

Le Conseil international sur les politiques des droits humains remercie le Département pour le Développement International (DFID), Royaume-Uni, le Ministère fédéral allemand de la coopération économique et du développement (BMZ) et l'Agence allemande de coopération technique (GTZ), le ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas, le ministère des Affaires étrangères de la Norvège, l'Agence suédoise pour le développement international (Sida), la Direction suisse du développement et de la coopération (DDC), la Fondation Ford (New York), l'Organisation catholique pour le Développement d'outre-mer (CAFOD) (Royaume-Uni) et un donateur anonyme pour leur soutien financier. Le contenu de ce rapport ne reflète pas nécessairement les opinions ou politiques de ces donateurs.

NOTES

- 1 de Sousa Santos dans Dupret, Baudouin. "Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-Specification." *European Journal of Legal Studies* 1 (2007), p. 9.
- 2 Stavenhagen, Rodolfo. *Human Rights and Indigenous Issues: Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous Peoples*. Nations Unies conseil économique et social, E/CN.4/2004/80, 2004b, paras 54 et 67.
- 3 Déclaration adoptée lors de la commémoration du 25^{ème} anniversaire de l'adoption de la CEDAW, 13 octobre 2004 : www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25anniversary/cedaw25-CEDAW.pdf.
- 4 Bennoune, Karima. "Secularism and Human Rights: A Contextual Analysis of Headscarves, Religious Expression, and Women's Equality Under International Law." *Columbia Journal of Transnational Law* 45, n. 2 (2007), p. 404.
- 5 Kyed, Helene M., et Lars Buur. *State Recognition and Democratization in Sub-Saharan Africa: A New Dawn for Traditional Authorities?* New York: Palgrave MacMillan, 2007, p. 12.
- 6 Tibi in Galanter, Marc, et Krishnan Jayanth K. "Personal Law Systems and Religious Conflict: A Comparison of India and Israel." Dans *Religion and Personal Law in Secular India: A Call to Judgment*, édité par Gerald James Larson. Bloomington: Indiana University Press, 2002.
- 7 Pradhan, Rajendra. *Negotiating Multiculturalism in Nepal: Law, Hegemony, Contestation and Paradox*. 2007, p. 3. www.uni-bielefeld.de/midea/pdf/Rajendra.pdf.
- 8 Merry, Sally E. *Human Rights and Gender Justice: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, pp. 8-9 et 222.
- 9 Eckert, Julia. *Governing Laws – On the Appropriation and Adaptation of Control in Mumbai*. Max Planck Institute for Social Anthropology, Working Paper n. 33, 2002, p. 17.
- 10 C'est particulièrement vrai pour ce qui concerne les droits et la participation des femmes.
- 11 Benda-Beckmann, Franz von, Keebet von Benda-Beckmann, J. Eckert, F. Pirie, y B. Turner. *Vitality and Revitalisation of Tradition in Law: Going Back into the Past or Future-Oriented Development?* Max Planck Institute for Social Anthropology, Rapport 2002–2003: 296–306 (pp. 300–302).
- 12 Cela offre « aux élites autochtones dominantes en Afrique un choix à la fois en matière de forum et de localisation du processus judiciaire... [Il est] possible, par exemple qu'un homme puissant accepte de manière peu plausible l'égalité conjugale (conformément au droit civil) et rejette l'égalité des sexes (en se fondant sur le droit coutumier) ». Odinkalu, Chidi Anselm. "Poor Justice or Justice for the Poor? A Policy Framework for Reform of Customary and Informal Justice Systems in Africa." In *The World Bank Legal Review, Volume 2: Law, Equity, and Development*, édité par Caroline Mary Sage et Michael Woolcock. The World Bank/Martinus Nijhoff, 2006, pp. 157–158.
- 13 ALRC.
- 14 Charters, Claire. "Universalism and Cultural Relativism in the Context of Indigenous Women's Rights." Dans *Human Rights Research*, édité par P. Morris et H. Greatrex. Victoria University of Wellington. Wellington: Milne Printers Limited, 2003, p.21.
- 15 Voir Stopler, Gila. "Contextualizing Multiculturalism: A Three Dimensional Examination of Multicultural Claims." *Law and Ethics of Human Rights* 1, édition 1, article 10 (2007).
- 16 Rapport, pp.149–156.

Comment commander des publications du Conseil

Toutes les publications du Conseil peuvent être commandées auprès du Secrétariat à l'adresse suivante :

ICHRP
17 rue Ferdinand-Hodler
CH-1207 Geneva
Switzerland
Phone: +41 (0) 22 775 33 00
Fax: +41 (0) 22 775 33 03
Email: order@ichrp.org

Toutes nos publications peuvent également être commandées en ligne, à l'adresse suivante : **www.ichrp.org**. Vous pouvez également accéder en ligne à nos publications au format PDF. Pour obtenir davantage d'informations sur le Conseil international et sur son travail, veuillez nous contacter à l'adresse suivante : **info@ichrp.org**.

ISBN: 2-940259-89-5

© 2010 Conseil international sur les politiques des droits humains. Tous droits de reproduction réservés. Illustration de couverture: © The Trustees of The British Museum. Tissu en bogolan (bogolanfini). Peuples Bamana, milieu du 20^{ème} siècle, Mali, Afrique de l'ouest. Maquette : Fairouz El Tom, Coordinatrice des relations extérieures et des publications au Conseil international sur les politiques des droits humains, et Benjamin Peltier. Traduction : Salvatore Saguès. Impression : Imprimerie Gasser SA, Le Locle, Suisse.



Papier FSC, encres végétales

Impression climatiquement neutre – www.climatepartner.com – Projet no. SC2010060702



Le rapport met en lumière les répercussions et les dilemmes en matière de droits humains suscités par l'existence d'une pluralité de lois étatiques et non étatiques, telle que celles relatives au droit de la famille qui reposent sur la religion, les pratiques judiciaires coutumières et les modes alternatifs de résolution des conflits (ADR). Se fondant sur des exemples de pluralité d'ordres juridiques existant à travers le monde, il propose des principes et un cadre afin d'orienter les praticiens des droits humains et les décideurs politiques. Ce rapport identifie également les défis liés à l'incorporation du droit non étatique dans le droit étatique, à la reconnaissance par le droit des différences culturelles et aux réformes du secteur judiciaire. Mettant l'accent sur la nature contestée de la notion de culture - notamment lorsque celle-ci touche à l'égalité des sexes, à la liberté religieuse et aux droits des peuples autochtones - ce rapport souligne la nécessité d'évaluer la pluralité des ordres juridiques en se fondant sur des éléments probants qui accordent une attention spéciale aux populations vivant en marge du droit étatique et non étatique ainsi qu'à la question de l'égalité entre les communautés et au sein de celles-ci.

« Un excellent bilan... l'approche est objective et mesurée, elle constitue un véritable défi pour la communauté des droits humains non seulement en termes de bilan, mais aussi en termes d'actions à mener. »

Rodolfo Stavenhagen

Ancien Rapporteur Spécial de l'ONU sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones

« Excellent ... extrêmement intéressant et instructif »

Abdullahi A. An-Na'im

Professeur de droit titulaire de la chaire Charles Howard Candler, Faculté de Droit, Université d'Emory aux États-Unis

« Approfondi, très riche en substance et bien écrit... l'étude comble une lacune importante dans la littérature consacrée à ce sujet [et] apporte également des idées et des sources d'inspiration utiles aux praticiens du développement qui travaillent dans le domaine des réformes juridiques. »

Juliane Osterhaus

Directrice du projet "Realising Human Rights in Development Cooperation" Agence allemande de coopération technique (GTZ) GmbH

« Ce rapport présente un plaidoyer convaincant : les praticiens des droits humains ne peuvent plus se permettre d'ignorer la pluralité des ordres juridiques comme champ d'intervention. »

Imrana Jalal

Conseillère en droits humains pour la Pacific Regional Rights Resource Team (RRRT)

ICHRP

17 rue Ferdinand-Hodler
CH-1207 Genève
Suisse

Téléphone : +41 (0) 22 775 33 00
Télécopie : +41 (0) 22 775 33 03
ichrp@ichrp.org
www.ichrp.org

