

# DROITS DE L'HOMME ET SYSTÈMES DE JUSTICE TRADITIONNELLE EN AFRIQUE



NATIONS UNIES



NATIONS UNIES  
DROITS DE L'HOMME  
HAUT-COMMISSARIAT



# DROITS DE L'HOMME ET SYSTÈMES DE JUSTICE TRADITIONNELLE EN AFRIQUE



NATIONS UNIES



NATIONS UNIES  
**DROITS DE L'HOMME**  
HAUT-COMMISSARIAT

New York et Genève, 2016

## NOTE

Les appellations employées dans la présente publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>I. DÉFINITIONS ET TERMINOLOGIE.....</b>	<b>4</b>
A. Définitions.....	5
B. Définition de travail aux fins de la présente publication .....	12
C. Terminologie.....	14
<b>II. NATURE ET CARACTÉRISTIQUES DES SYSTÈMES DE JUSTICE TRADITIONNELLE .....</b>	<b>16</b>
A. Utilité et rôle en matière d'accès à la justice .....	17
B. Compétences <i>ratione materiae</i> et <i>ratione personae</i> .....	21
C. Structure institutionnelle.....	23
D. Composition des mécanismes de justice traditionnelle.....	24
E. Participation de la communauté .....	26
F. Principes directeurs et pratiques courantes .....	27
G. Jugements .....	29
H. Exemples de systèmes de justice traditionnelle dans des États d'Afrique .....	31
<b>III. DROITS DE L'HOMME ET SYSTÈMES DE JUSTICE TRADITIONNELLE... </b>	<b>44</b>
A. Normes internationales et régionales en matière de droits de l'homme.....	45
B. Droit à un procès équitable .....	50
C. Interdiction de la torture et d'autres formes de mauvais traitements ou de peines .....	57
D. Droit à la vie .....	59
E. Liberté de religion ou de croyance .....	60
F. Droit à l'égalité et à la non-discrimination .....	63
G. Droits de l'enfant .....	72

<b>IV. STRATÉGIES PROGRAMMATIQUES .....</b>	<b>74</b>
A. Reconnaissance étatique des systèmes de justice traditionnelle .....	75
B. Limites à la compétence .....	75
C. Droits des femmes .....	76
D. Réforme législative ou constitutionnelle .....	77
E. Éducation et information .....	77
F. Formation aux droits de l'homme .....	78
G. Rôle accru des initiatives d'autonomisation des organisations non gouvernementales .....	79
H. Assistance technique aux États et aux communautés traditionnelles .....	79
<b>V. OBSERVATIONS FINALES .....</b>	<b>80</b>

## INTRODUCTION

La présente publication examine les systèmes de justice traditionnelle en Afrique subsaharienne<sup>1</sup> sous l'angle des droits de l'homme et, en particulier, des droits énoncés dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Depuis toujours, ces systèmes de justice traditionnelle font office d'alternative ou de complément au système judiciaire officiel d'un État. Ils sont généralement basés sur les pratiques, traditions et règles coutumières des communautés qui, avec le temps, ont été considérées comme formant du droit coutumier. Un pays donné peut compter un nombre important de systèmes de justice traditionnelle puisqu'il n'est pas rare que chacune des différentes communautés qui le composent dispose de son propre droit coutumier. Le droit coutumier peut être oral ou écrit, et les décisions rendues ne sont pas forcément consignées dans un recueil de jurisprudence<sup>2</sup>.

Les systèmes de justice traditionnelle basés sur des traditions orales sont souvent qualifiés de « droit coutumier vivant ». Certains ont avancé que le droit coutumier était dynamique et souple du fait qu'il dépendait des circonstances de l'espèce et de normes sociales en constante évolution. Le droit coutumier écrit est souvent associé aux tentatives colonialistes visant à codifier le droit coutumier, une démarche qui a été critiquée du fait qu'elle lui a fait perdre sa souplesse et ne lui a pas permis d'évoluer avec le temps. Cependant, d'autres ont observé que le droit coutumier écrit tel que pratiqué à l'époque postcoloniale offrait une certaine prévisibilité quant aux exigences de la loi, tout en préservant un certain degré de souplesse et d'adaptabilité<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dans la présente publication, le terme « Afrique » s'entend systématiquement de l'Afrique subsaharienne.

<sup>2</sup> Dans certains systèmes, les échelons inférieurs du système judiciaire formel ont adapté et incorporé des mécanismes de justice traditionnelle. Bien que ces instances informelles ne se substituent pas au système formel en soi (une partie ne peut pas choisir une autre instance officielle, mais doit plutôt commencer par l'instance traditionnelle), elles sont examinées dans la présente publication puisqu'elles ont été créées dans le but de fournir une alternative plus accessible au système judiciaire.

<sup>3</sup> Voir, en général, Janine Ubink, « Stating the customary : An innovative approach to the locally legitimate recording of customary law in Namibia », in : *Customary Justice : Perspectives on Legal Empowerment*, Janine Ubink (dir. pub.) et Thomas McInerney (dir. coll.), Legal and Governance Reform : Lessons Learned, n° 3/2011, Rome, Organisation internationale de droit du développement (OIDD), 2011, p. 132 à 143. Voir aussi Chuma Himonga, « The living customary law in African legal systems : Where to now ? », in : *The Future of African Customary Law*, Jeanmarie Fenrich, Paolo Galizzi et Tracy Higgins (dir. pub.), Cambridge University Press, 2011.

Il se peut que des systèmes de justice traditionnelle ne relèvent pas du contrôle de l'État, bien qu'ils soient juridiquement reconnus dans certains États comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique interne. Si les décisions qu'ils rendent peuvent être juridiquement contraignantes, elles s'apparentent à de la médiation dans certains types de systèmes de justice traditionnelle, où les parties à un litige sont libres d'accepter ou de rejeter le règlement proposé. Généralement, lorsque des systèmes de justice traditionnelle sont juridiquement reconnus, leurs compétences *ratione materiae* et *ratione personae* sont limitées, même si certains d'entre eux ont compétence pour connaître de crimes graves, y compris de meurtres.

La présente publication a pour objectif d'analyser les problèmes que les systèmes de justice traditionnelle peuvent poser en matière de droits de l'homme. Il convient de préciser qu'une telle démarche procède d'un effort général consenti à l'échelon international tendant à encourager et à aider les systèmes juridiques nationaux, indépendamment de leur nature, à fonctionner d'une manière qui soit compatible avec le droit international des droits de l'homme. Ainsi, les organes des Nations Unies chargés des droits de l'homme se penchent régulièrement sur les systèmes judiciaires nationaux. À titre d'exemple, le Comité des droits de l'homme a manifesté sa volonté de continuer de soumettre à examen non seulement les systèmes de justice formels, mais également – lorsqu'ils existent – les systèmes de justice coutumière afin de déceler d'éventuelles violations des droits de l'homme. Le droit international des droits de l'homme reconnaît le pluralisme juridique des États, à condition que le type de système juridique utilisé, quel qu'il soit, respecte les normes internationales en matière de droits de l'homme. Bon nombre des problèmes relatifs aux droits de l'homme que la présente analyse aborde peuvent également se poser dans des systèmes de justice formels.

La présente publication entend aider les personnes qui défendent les droits de l'homme à mieux comprendre les systèmes de justice traditionnelle, et s'adresse avant tout aux avocats et aux personnes ayant suivi une formation juridique. Elle recense un certain nombre de problèmes spécifiques en matière de droits de l'homme que les systèmes de justice traditionnelle peuvent poser, et renvoie à des lois et de la jurisprudence pouvant aider à en comprendre les implications. Les préoccupations relatives aux droits de l'homme dans un pays donné présenteront toujours des caractéristiques qui

leur sont propres ; le présent document ne cherche donc pas à arrêter ou à promouvoir une solution toute faite.

Différentes entités relevant du système des Nations Unies ont abordé le thème des systèmes de justice traditionnelle. Le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) et l'Entité des Nations Unies pour l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes (ONU-Femmes) ont étudié les systèmes de justice traditionnelle ainsi que les systèmes de justice informels de manière plus générale<sup>4</sup>. Dans la même veine, la Banque mondiale<sup>5</sup> a également mené des travaux à ce sujet. La présente publication vise à compléter ces efforts et se concentre sur les droits de l'homme, conformément au mandat du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH).

---

<sup>4</sup> Ewa Wojkowska, *Doing justice : How informal justice systems can contribute*, PNUD, Centre d'Oslo pour la gouvernance, 2006 ; PNUD, *Programming for Justice : Access for All – A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice*, Bangkok, 2005 ; ONU-Femmes, UNICEF et PNUD, *Informal Justice Systems : Charting a Course for Human Rights based Engagement*, 2013.

<sup>5</sup> Minneh Kane et autres, Sierra Leone : *Legal and judicial sector assessment*, Banque mondiale, mai 2004.



- **DÉFINITIONS ET  
TERMINOLOGIE**



Le présent chapitre est consacré tant aux définitions qui ont été employées pour renvoyer aux systèmes de justice traditionnelle, parfois appelés « systèmes de justice coutumière », qu'à la terminologie qu'il convient d'utiliser pour qualifier les acteurs d'un processus judiciaire traditionnel. Ces deux points méritent un examen approfondi dans la mesure où les ouvrages existant emploient un large éventail de termes, parfois avec un manque de rigueur considérable. Il convient de bien connaître la signification des termes employés dans la présente publication avant d'analyser les problèmes que les systèmes de justice traditionnelle peuvent poser en matière de droits de l'homme.

## A. DÉFINITIONS

De nombreuses études se sont intéressées au concept souvent désigné par le terme « justice non étatique » ou le terme « justice informelle ». Une conférence internationale organisée au Danemark est cependant parvenue à la conclusion qu'aucun de ces termes ne retranscrivait fidèlement le concept à l'examen. Il a toutefois été reconnu qu'aucun terme recouvrant cette notion ne faisait l'objet d'un consensus international<sup>6</sup>. Le terme « justice non étatique » ne convient pas dès lors que, dans certains pays d'Afrique, la loi reconnaît que les systèmes de droit coutumier font partie intégrante du système juridique. De même, le terme « justice informelle »<sup>7</sup> a été jugé inadapté dans la mesure où il recouvre une vaste gamme de systèmes de justice autres que ceux basés sur le droit coutumier. Par exemple, il peut comprendre des systèmes de justice organisés et gérés par des organisations non gouvernementales (ONG) ou des associations professionnelles qui prévoient des modes alternatifs de règlement des différends ne relevant pas de l'ordre juridique établi.

<sup>6</sup> *Access to justice and security : Non-State actors and the local dynamics of ordering, organisée par le Danish Institute for International Studies à Copenhague du 1<sup>er</sup> au 3 novembre 2010.*

<sup>7</sup> Le PNUD qualifie aussi bien les modes alternatifs de règlement des différends que les systèmes de justice traditionnelle et autochtone de « systèmes de justice informels », bien qu'il reconnaisse que ce terme suscite un large débat dans la mesure où, parfois, de tels systèmes peuvent être établis par l'État (comme lorsque les modes alternatifs de règlement des différends sont approuvés par l'État) et donc être considérés comme officiels. Dans ces circonstances, les systèmes de justice informels renvoient aux systèmes de justice traditionnelle ainsi qu'aux divers modes alternatifs de règlement des différends. La définition du PNUD se réfère aux systèmes de justice traditionnelle et autochtone séparément mais les mentionne ensemble sans doute parce qu'ils sont aussi tous deux basés sur le droit coutumier. Voir PNUD, *Programming for Justice : Access for All*, p. 97.

Le PNUD a tenté de définir les termes pertinents<sup>8</sup>. Par exemple, il a fait observer ce qui suit : « les systèmes de justice traditionnelle et autochtone désignent les types de systèmes judiciaires qui existent au niveau local ou communautaire et qui n'ont pas été établis par l'État. Ils peuvent aussi être perçus comme un système de justice qui suit généralement les principes du droit coutumier ou un ensemble de règles de comportement non codifiées, qui est mis en œuvre à l'aide de sanctions et peut évoluer avec le temps »<sup>9</sup>. Le PNUD semble reconnaître que les systèmes de justice traditionnelle et autochtone sont deux éléments distincts de la catégorie plus large de la justice coutumière. L'Organisation internationale du Travail (OIT) a distingué les peuples indigènes et les peuples tribaux<sup>10</sup>, sans se pencher sur la terminologie à utiliser pour qualifier les systèmes de justice spécifiques que ces groupes peuvent avoir.

Le Comité des droits de l'homme a évoqué deux types de systèmes juridiques autres que les systèmes de droit formel : les systèmes fondés sur le droit coutumier et ceux basés sur le droit religieux. Dans son observation générale n° 32 de 2007 relative au droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, le Comité a mentionné le cas de figure dans lequel « l'État, dans son ordre juridique, reconnaît les tribunaux de droit coutumier ou les tribunaux religieux et leur confie des fonctions judiciaires ». Théoriquement, tant les systèmes de justice traditionnelle que les systèmes de justice autochtone peuvent être considérés comme des systèmes de justice coutumière puisqu'ils sont tous deux principalement basés sur les coutumes et les pratiques des communautés.

<sup>8</sup> Le PNUD établit une distinction entre ce qu'il nomme les « modes alternatifs de règlement des différends » et les « systèmes de justice traditionnelle et autochtone ». Les modes alternatifs de règlement des différends s'entendent des processus mis à disposition pour régler un litige sans suivre la voie judiciaire officielle. Il s'agit non seulement de modes alternatifs de règlement des différends qui ont été approuvés par l'État, tels qu'un mécanisme de règlement des différends rattaché à un tribunal, mais également de mécanismes de règlement des différends communautaires et de services de règlement des différends fournis par d'autres acteurs non étatiques (comme la société civile). *Ibid.*, p. 97 et 100.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>10</sup> Voir art. 1 de la Convention (n° 169) de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, qui fait la distinction entre les peuples tribaux et les peuples indigènes, bien qu'il convienne de noter que les systèmes de justice traditionnelle ne sont pas forcément de nature tribale.

La présente publication ne traite pas des systèmes de justice autochtone soit parce qu'ils ne sont pas spécifiquement reconnus par des États qui sont d'avis que tous les groupes ethniques vivant depuis toujours sur leurs territoires sont des autochtones, ou soit parce que les communautés reconnues comme étant des peuples autochtones sont très petites<sup>11</sup>. Il ressort d'une étude réalisée par l'OIT et par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples consacrée aux peuples autochtones dans 24 pays africains<sup>12</sup> que de nombreux États ont émis des réserves quant à l'utilisation du terme « peuple autochtone », et que ces peuples ne jouissaient pas officiellement d'une reconnaissance constitutionnelle ou législative suffisante<sup>13</sup>. Un seul de ces États<sup>14</sup> a ratifié la Convention (n° 169) de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones n'est pas juridiquement contraignante<sup>15</sup>. Certains États d'Afrique ont utilisé le terme « peuples autochtones » pour désigner des groupes spécifiques. Il peut s'agir de groupes nomades, mais aussi de communautés pastorales ou des chasseurs-cueilleurs qui vivent des produits de la terre ou des forêts. Ces

<sup>11</sup> *Country Report of the Research Project by the International Labour Organization and the African Commission on Human and Peoples' Rights on the Constitutional and Legislative Protection of the Rights of Indigenous Peoples : Uganda* (ci après « Rapport concernant l'Ouganda »), Genève, 2009. Voir aussi Constitution de l'Ouganda, troisième annexe (qui énumère les 65 groupes ethniques qui composent l'Ouganda et s'intitule « Les communautés autochtones en Ouganda au 1<sup>er</sup> février 1926 »).

<sup>12</sup> « Aperçu du rapport du Projet de recherche par l'Organisation internationale du Travail et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples relatif à la protection constitutionnelle et législative des droits des peuples autochtones dans 24 pays africains » (ci-après « Aperçu du rapport »), Genève, 2009, p. vi et 162.

<sup>13</sup> La République du Congo a néanmoins adopté en 2011 une loi portant promotion et protection des droits des populations autochtones (loi n° 5-2011 du 25 février 2011).

<sup>14</sup> La République centrafricaine a ratifié la Convention (n° 169) de l'OIT en 2010.

<sup>15</sup> La Convention (n° 169) de l'OIT prévoit que les peuples autochtones « doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international » (art. 8, par. 2). La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones prévoit que « [l]es peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État » (art. 5). Bien que 35 États du continent africain aient voté en faveur de l'adoption de cette déclaration, ils sont peu nombreux à l'avoir transposée dans leur droit interne.

groupes peuvent aussi vivre dans le désert<sup>16</sup>. Le terme « peuple autochtone » a également été utilisé pour désigner des personnes de très petite taille, appelées « pygmées » dans certains États, en particulier en Afrique centrale. La plupart du temps, ces groupes sont relativement restreints, pauvres et parmi les plus marginalisés. Souvent, ils sont attachés à leurs terres et à ses ressources et ont une identité culturelle qui leur est propre<sup>17</sup>. Il est possible que des groupes puissent prétendre à une reconnaissance internationale de leur qualité d'autochtones même s'ils ne sont pas spécifiquement reconnus en tant que tels au niveau national<sup>18</sup>.

Dans un certain nombre de pays africains, une distinction est établie entre les peuples autochtones et les communautés traditionnelles, lesquelles relèvent d'autorités traditionnelles, comme c'est le cas, par exemple, en Afrique du Sud, au Botswana et en Namibie.

Les autorités traditionnelles sont généralement communautaires, hiérarchisées et organisées, et peuvent gouverner un territoire spécifique *de jure* ou *de facto*, bien que leurs pouvoirs soient souvent limités. En général, les peuples autochtones d'Afrique ne disposent pas d'une structure hiérarchisée bien définie et figurent parmi les groupes les plus marginalisés. Leur influence politique et leur reconnaissance juridique s'en trouvent alors limitées, surtout par rapport aux communautés traditionnelles relativement bien organisées qui vivent dans certaines zones géographiques et peuvent jouir d'une représentation juridique et politique.

À titre d'exemple, l'association des chefs traditionnels en République démocratique du Congo ne compte pas de membres autochtones étant donné que les sociétés des peuples autochtones du pays ne sont pas organisées de façon hiérarchique et ne reconnaissent pas une autorité centrale<sup>19</sup>. Le droit interne des quelques États africains qui reconnaissent les peuples

---

<sup>16</sup> Voir aussi Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, « Rapport du groupe de travail d'experts de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur les populations/communautés autochtones », document DOC/OS(XXXIV)/345, p. 96 à 106.

<sup>17</sup> Aperçu du rapport, p. 4 à 8 et 22 à 24.

<sup>18</sup> Rapport concernant l'Ouganda. Conformément à la Constitution de l'Ouganda, « tout est mis en œuvre pour favoriser une culture de la coopération, de la compréhension, de l'appréciation, de la tolérance et du respect à l'égard des coutumes, traditions et croyances d'autrui ».

<sup>19</sup> Aperçu du rapport, p. 52.

autochtones traite souvent ces peuples et les communautés traditionnelles comme étant des groupes distincts aux caractéristiques différentes.

Tandis que les peuples autochtones ne sont pas spécifiquement reconnus par la loi dans de nombreux États africains, les autorités traditionnelles et leurs communautés ont acquis une reconnaissance juridique bien plus importante, y compris la reconnaissance officielle de leur recours au droit coutumier.

En Afrique du Sud, par exemple, la Constitution reconnaît « l'institution, le statut et le rôle de l'autorité traditionnelle, conformément au droit coutumier [...], sous réserve des dispositions de la Constitution » (chap. 12). En outre, le *Traditional Leadership and Governance Framework Amendment Act* de 2003 (loi n° 41 portant amendement de la loi sur l'autorité et le cadre de gouvernance traditionnels) reconnaît les communautés traditionnelles dont les coutumes reconnaissent l'autorité traditionnelle et le droit coutumier, même si la loi ne vise pas les groupes autochtones puisqu'ils ne disposent pas de structures établies qui reconnaissent l'autorité traditionnelle. Le *White Paper on Traditional Leadership and Governance* (livre blanc sur le pouvoir et la gouvernance traditionnels), publié en 2003 par le Ministère chargé des autorités provinciales et locales, ne s'applique pas aux peuples autochtones. La seule mention des peuples autochtones khoï et san dans la Constitution est liée à l'établissement du *Pan South African Language Board* (conseil national des langues sud-africaines) chargé de favoriser et de créer des conditions propices au développement et à l'utilisation des « langues khoï, nama et san » et de la langue des signes, en plus des 11 autres langues officielles.

La Constitution de la Namibie reconnaît aussi que les autorités traditionnelles et le droit coutumier font partie intégrante de son système juridique (art. 66, par. 1). Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a toutefois identifié des peuples autochtones en Namibie, à savoir les peuples San et Himba, qui ne relèvent pas des communautés traditionnelles du pays. La Namibie compte un nombre important de communautés traditionnelles qui sont dotées d'un dispositif de mécanismes de justice traditionnelle qui est reconnu et structuré<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> HCDH, *Namibia : Indigenous peoples « not seen promises of independence fulfilled »*, communiqué de presse, 2 mai 2013, disponible à l'adresse : [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

Si les systèmes de justice traditionnelle en Afrique ont fait l'objet de nombreuses études et analyses, il n'en va pas de même pour les systèmes de justice autochtone en Afrique<sup>21</sup>. Les études menées à ce sujet ont principalement porté sur d'autres régions du monde, notamment les Amériques et la région Asie-Pacifique.

La présente publication n'aborde pas non plus les systèmes de justice religieux. En Afrique, ces systèmes consistent souvent, mais pas exclusivement, en l'application des lois islamiques par des tribunaux religieux. De par leur nature, les tribunaux islamiques sont basés sur des sources religieuses écrites. Bien que la religion islamique permette d'interpréter ces sources de différentes façons, celles-ci constituent la référence pour l'application de la justice islamique. Les systèmes de justice traditionnelle, quant à eux, tirent souvent leur origine au niveau local et traduisent les valeurs, les coutumes et les traditions de communautés spécifiques, à moins qu'il ait été établi qu'un système donné de droit coutumier s'appliquait de manière généralisée aux différents groupes ethniques et tribaux.

Si certains systèmes de justice traditionnelle peuvent reposer sur des valeurs spirituelles ou être influencés par une religion spécifique à certains égards, il n'existe pas de texte religieux écrit fédérateur qui jette les bases de leur existence, comme c'est le cas pour les tribunaux de la charia, qui appliquent le droit islamique. Il convient de relever que, si les valeurs religieuses peuvent tenir un rôle important dans certains systèmes de justice traditionnelle, il est possible qu'elles ne jouent qu'un rôle mineur, voire aucun, dans d'autres systèmes. En conséquence, plusieurs types de systèmes de justice traditionnelle peuvent cohabiter dans un seul et même pays, et la nature de ces systèmes peut considérablement varier. Les mécanismes de justice religieux ne partagent pas ces caractéristiques et méritent d'être examinés séparément, dans la mesure où ils reposent sur une base conceptuelle autre que celle des systèmes de justice coutumière<sup>22</sup>.

La présente publication n'aborde pas ce qu'on pourrait appeler au sens large les initiatives juridiques soutenues par la société civile ou des ONG. Ces

<sup>21</sup> Voir Aperçu du rapport, p. 66 à 73.

<sup>22</sup> ONU-Femmes, UNICEF et PNUD, *Informal Justice Systems*, p. 257. Outre la place importante qu'occupent le droit islamique et les tribunaux de la charia dans certains États, l'Église chrétienne peut également jouer un rôle en fournissant des services de médiation. Ibid., p. 58.

programmes s'emploient à améliorer l'accès à la justice en favorisant un plus grand recours aux assistants juridiques ou aux avocats de l'aide juridique. Certaines ONG prêtent aussi leur concours à des procédures de règlement des différends axées sur la négociation, la médiation ou l'arbitrage sous diverses formes, et encouragent l'éducation des groupes défavorisés afin qu'ils connaissent mieux leurs droits et la manière de les faire valoir. Ces initiatives sont importantes en ce qu'elles peuvent potentiellement améliorer l'accès à la justice, même si leur fonctionnement est fondamentalement différent de celui des systèmes de justice traditionnelle.

Ainsi, cette publication s'intéresse uniquement aux systèmes de justice traditionnelle, car ils méritent un examen distinct et spécifique. Cela est particulièrement vrai dans la mesure où de tels systèmes sont relativement répandus dans de nombreux pays d'Afrique et où de nombreuses communautés peuvent les considérer comme la principale façon de régler des différends. Les systèmes de justice traditionnelle semblent avoir laissé un héritage culturel durable dans une grande partie de l'Afrique. Dans certains États, ils font l'objet de dispositions constitutionnelles ou législatives spécifiques qui les reconnaissent et régissent leur pouvoir et leur compétence.

En raison de la diversité des systèmes de justice traditionnelle, ainsi que du contexte politique et culturel unique propre à chacun d'eux, il est difficile d'en définir les traits de manière générale. Même à l'échelon national, il n'est pas aisé de les classer avec précision. En Ouganda, par exemple, chaque groupe ethnique dispose d'un système juridique distinct<sup>23</sup>. La Namibie compte 49 autorités traditionnelles reconnues, chacune dotée de son propre système de gouvernance et de règlement judiciaire. Il existe aussi, semble-t-il, un certain nombre de communautés traditionnelles non reconnues qui suivent leurs propres lois coutumières<sup>24</sup>. L'Éthiopie abrite 62 groupes tribaux distincts, dont au moins sept groupes ethniques différents. Il a été signalé que ces groupes préféreraient utiliser leurs propres systèmes de justice

<sup>23</sup> Refugee Law Project, *Peace first, justice later : Traditional justice in Northern Uganda*, Refugee Law Project Working Paper N° 17, Kampala, juillet 2005, p. 23.

<sup>24</sup> Manfred Hinz, « Traditional courts in Namibia – part of the judiciary ? Jurisprudential challenges of traditional justice », in : *In Search of Justice and Peace : Traditional and Informal Justice Systems in Africa*, Manfred Hinz et Clever Mapaura (dir. pub.), Windhoek, Namibia Scientific Society, 2010, p. 93.

traditionnelle, y compris pour sanctionner les comportements qui pourraient être qualifiés de criminels par nature<sup>25</sup>.

## B. DÉFINITION DE TRAVAIL AUX FINS DE LA PRÉSENTE PUBLICATION

Le terme « justice traditionnelle » est employé dans la présente publication parce qu'il reflète la terminologie utilisée par un certain nombre de pays africains dans leur droit interne<sup>26</sup>, ainsi que celle de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>27</sup>. Les systèmes de justice traditionnelle sont habituellement des mécanismes communautaires de règlement des différends dont les origines ne sont pas étatiques, même s'ils sont par la suite reconnus et régis par l'État. Ils reposent normalement sur des fondations culturelles et historiques ancestrales et existaient souvent avant l'époque coloniale<sup>28</sup>.

Bien que dans de nombreux cas ces institutions existent depuis des siècles, elles ne sont pas rigides et peuvent avoir considérablement évolué par rapport à leur forme d'origine, notamment au contact tant des traditions juridiques de l'époque coloniale que du système de justice formel instauré

<sup>25</sup> Julie MacFarlane, *Restorative justice in Ethiopia : a pilot project*, University of Windsor, Canada, 2006.

<sup>26</sup> Par exemple, l'Afrique du Sud, le Libéria, le Malawi et la Namibie reconnaissent les « tribunaux traditionnels » ou les « communautés traditionnelles », y compris leur droit de disposer de leur propre système juridique fondé sur le droit coutumier. Le terme « justice traditionnelle » a aussi été employé dans d'autres publications concernant l'Afrique. Voir, par exemple, Luc Huyse et Mark Salter (dir. pub.), *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict : Learning from African Experiences*, Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008.

<sup>27</sup> Voir « Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique », 2003, point S., Emploi des termes, où il est dit ce qui suit : « L'expression "Tribunal traditionnel" désigne toute instance qui, dans une localité particulière, est dotée du pouvoir de résoudre les conflits conformément aux coutumes, aux valeurs culturelles ou ethniques, aux normes religieuses ou aux traditions locales. ».

<sup>28</sup> L'exigence voulant que le système traditionnel tire ses origines de l'époque précoloniale a été contestée au motif qu'elle conduit à l'hypothèse erronée selon laquelle l'institution est demeurée inchangée, et fait fi de ses interactions avec les puissances coloniales, d'autres intervenants externes et l'évolution du domaine de la justice une fois l'indépendance proclamée. Voir Celestine Nyamu Musembi, *Critical evaluation of « Access to Justice in Sub Saharan Africa : The Role of Traditional and Informal Justice Systems »*, p. 2 (où il est recommandé de ne pas recourir à une définition d'ordre temporel, car une distinction établie sur cette base est controversée et inutile). Pour ces raisons, la définition donnée ici n'exige délibérément pas d'un système judiciaire traditionnel qu'il tire ses origines de l'époque précoloniale.

par l'État indépendant. Les systèmes de justice traditionnelle appliquent généralement le droit coutumier pour ce qui est des règles de fond et de la procédure. Ils fonctionnent souvent dans un environnement où les autorités traditionnelles sont réputées tenir, officiellement ou non, un rôle de premier plan dans une communauté et à l'égard d'un territoire donné. Certains systèmes peuvent être liés à une communauté tribale ou ethnique précise, tandis que d'autres peuvent s'appliquer à plusieurs groupes tribaux et ethniques.

La présente publication porte aussi sur les systèmes de justice traditionnelle qui sont reconnus comme faisant partie intégrante d'un système juridique national. Certains États conservent une structure verticale (comme le Malawi, la Namibie et la Zambie), dans laquelle le système traditionnel occupe le niveau le plus bas du système judiciaire. D'autres États (comme l'Ouganda) disposent d'un système parallèle, où l'instance traditionnelle et la juridiction officielle œuvrent côte à côte et offrent aux parties le choix du for.

Dans certains pays, il est possible qu'une instance judiciaire traditionnelle de l'ordre juridique étatique n'ait pas officiellement qualité de tribunal et que le résultat puisse ne pas être contraignant pour les parties. Si une partie à un litige n'est pas satisfaite du règlement proposé, la décision peut être rejetée et l'affaire peut faire l'objet d'une nouvelle procédure devant un tribunal officiel. Dans d'autres États, les instances traditionnelles peuvent fonctionner plus ou moins comme des juridictions de première instance, où les procédures sont enregistrées et les dossiers y afférents servent de base à tout recours. Un recours peut être formé devant un tribunal officiel spécifié, même si, dans certains pays, des cours d'appel de droit coutumier ont été instituées pour connaître de tels recours. Dans les États qui prévoient un cadre législatif pour les systèmes de justice traditionnelle, la nature de ces systèmes mêmes peut avoir évolué en raison des limites fixées à leur compétence, de règles spécifiques applicables à la sélection de la personne qui tranchera les litiges et d'une représentation minimale des femmes dans les instances décisionnaires. Dans certains pays, le système judiciaire traditionnel n'est pas reconnu par l'État et évolue en marge de son ordre juridique. Dans de tels cas de figure, le mécanisme de justice traditionnel s'apparente davantage à un mode alternatif non reconnu de règlement des différends.

### C. TERMINOLOGIE

Dans la mesure où, contrairement aux tribunaux officiels, les systèmes de justice traditionnelle ne font généralement pas la distinction entre juridiction pénale et juridiction civile, des termes tels que « partie », « partie au litige », « plaignant/requérant/demandeur » et « partie défenderesse/intimé » sont utilisés ici en référence tant aux affaires pénales qu'aux litiges civils<sup>29</sup>. S'il a parfois été avancé que les procédures judiciaires traditionnelles n'apportaient qu'une réponse civile et non pénale en cas d'acte illicite, ce n'est pas le cas. Il arrive que le mécanisme de justice traditionnel sanctionne un acte illicite en imposant des travaux d'intérêt général, un châtimeur corporel, un bannissement ou une autre mesure punitive, et l'assortisse ou non d'une obligation de réparations.

Les systèmes de justice traditionnelle dont il est question dans cette publication ne sont en aucun cas les seuls en Afrique. Bien qu'ils aient été choisis afin de rendre compte des différents systèmes, le peu d'études et de données empiriques disponibles a été un facteur restrictif aux fins de leur sélection. Le terme « système judiciaire traditionnel » est utilisé dans la présente publication de sorte à ne pas préjuger la question de savoir si un mécanisme peut être qualifié soit de tribunal reconnu dans l'ordre juridique d'un État et habilité à rendre des décisions juridiquement contraignantes, soit d'instance proposant des modes alternatifs de règlement des différends. Il s'agit là d'une question importante du point de vue des droits de l'homme puisque la prescription imposée par le Comité des droits de l'homme, selon laquelle les tribunaux coutumiers se conforment à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne s'applique qu'aux tribunaux reconnus dans l'ordre juridique national.

Les possibilités en lien avec les systèmes de justice traditionnelle sont fort variées. Il arrive que ces systèmes puissent être considérés à raison comme des tribunaux, et parfois que l'instance traditionnelle s'apparente davantage à un effort structuré déployé par des chefs communautaires dans le but de trouver une solution à un acte illicite qui soit équitable pour toutes les parties, et ce, au terme d'un long processus de négociation et de médiation.

<sup>29</sup> Ce choix a également été fait dans *Access to Justice in SubSaharan Africa : The Role of Traditional and Informal Justice Systems*, Penal Reform International (PRI), Londres, 2001, p. 12.





- **NATURE ET CARACTÉRISTIQUES  
DES SYSTÈMES DE JUSTICE  
TRADITIONNELLE**



## A. UTILITÉ ET RÔLE EN MATIÈRE D'ACCÈS À LA JUSTICE

Les systèmes de justice traditionnelle se distinguent des tribunaux officiels en ce qu'ils présentent des traits uniques. Des chefs communautaires habilités à prendre des décisions, des membres de la communauté qui participent au débat public et des procédures qui tendent à la réconciliation et au maintien de l'harmonie sont autant de caractéristiques qui leur sont propres. Malgré les différences culturelles, historiques et politiques qui existent entre les divers systèmes de justice traditionnelle, ils présentent toutefois des points communs. Il convient peut-être avant tout de faire observer qu'il est fréquemment fait appel à ces instances en Afrique et qu'elles jouent un rôle de premier plan dans le règlement des différends.

Dans de nombreuses communautés, ce sont elles qui tranchent la vaste majorité des litiges. Cela vaut surtout dans les zones rurales, où accéder à des tribunaux officiels peut se révéler particulièrement difficile. Par exemple, en Afrique du Sud, la Constitution prévoit expressément la reconnaissance des tribunaux des chefs traditionnels et, tandis que les magistrats des tribunaux et hautes cours administrent la justice dans les zones urbaines en grande partie conformément aux principes juridiques occidentaux, quelque 1 500 chefs traditionnels proposent à la population rurale un système judiciaire à un prix abordable, qui applique un droit, un niveau de langue et une procédure auxquels elle est habituée<sup>30</sup>. Selon les estimations, dans certains États africains, les systèmes de justice traditionnelle gèrent 80 à 90 % du nombre total des affaires. Ils peuvent également jouer un rôle dans les zones urbaines où le système de justice étatique fonctionne et est accessible, et les « chefs de village » qui officient dans des zones urbaines sont connus dans certains États<sup>31</sup>.

Une autre caractéristique importante des systèmes de justice traditionnelle tient au fait qu'ils suivent des procédures et une philosophie qui leur sont propres. Étant donné qu'ils font office d'instance de substitution, les facteurs qui contribuent à ce qu'une communauté les utilise méritent d'être évoqués. Le manque de ressources ; la méconnaissance du droit procédural et du droit matériel, ainsi que la défiance à leur égard ; et les différences

<sup>30</sup> Tom Bennett, « Traditional justice under the South African Constitution », in : *In Search of Justice and Peace*, p. 67.

<sup>31</sup> ONUFemmes, UNICEF et PNUD, *Informal Justice Systems*, p. 307 à 310, et note de bas de page 13.

philosophiques avec les méthodes et l'approche des tribunaux officiels figurent parmi les principales raisons pour lesquelles les parties cherchent à résoudre leur litige sans faire appel au système judiciaire officiel<sup>32</sup>. Le recours à des chefs locaux, des procédures informelles, la participation de la communauté et l'attention particulière accordée à la réconciliation et aux réparations les distinguent des tribunaux officiels, dont les procédures sont accusatoires, complexes et longues, et dont les sentences – comme une peine d'emprisonnement ou une indemnité financière importante – peuvent sembler inadaptées à la réalité et à la philosophie qui sous-tendent le règlement des conflits dans les communautés traditionnelles.

Dans de nombreux pays, les frais, les déplacements et le temps nécessaires pour porter une affaire devant une juridiction formelle font qu'une telle démarche est impossible, ou du moins difficile, pour une grande partie de la population<sup>33</sup>. Le recours aux procédures formelles peut nécessiter une représentation juridique, et l'aide juridique ou d'autres formes d'appui font souvent défaut. La barrière de la langue est un autre problème fréquent. De surcroît, les tribunaux officiels ne sont pas toujours à même de trancher des litiges et de rendre des jugements avec diligence et équité. Dans les pays pauvres, il est souvent difficile de recruter et de former des juges ayant l'expérience et la formation requises. Les tribunaux peuvent ne pas avoir l'infrastructure et les ressources permettant aux juges de s'acquitter efficacement de leurs tâches, en particulier dans les zones rurales<sup>34</sup>. Les magistrats n'ont souvent pas été formés au droit coutumier, même s'ils ont compétence pour l'appliquer. Dans certains États d'Afrique, l'appareil judiciaire officiel manque de financement et il n'y a pas suffisamment de tribunaux pour répondre comme il se doit aux besoins de la population, notamment dans les zones rurales et éloignées. Le contexte institutionnel

<sup>32</sup> Pour une liste complète des obstacles courants qui entravent l'accès à la justice, voir PNUD, *Access to justice – Practice note*, 9 mars 2004, p. 4.

<sup>33</sup> Les frais comprennent les frais d'utilisation et les honoraires d'avocat, ainsi que les frais de déplacement pour se rendre au tribunal (il y a peu de tribunaux dans les zones rurales) et les coûts engagés par la perte de travail. Même lorsque le plaignant a suffisamment de ressources pour saisir le tribunal, les frais encourus peuvent ternir le jugement final.

<sup>34</sup> Au Malawi, par exemple, les magistrats n'ont pas de livres de droit ou d'autres ouvrages de référence juridiques. Voir Wilfried Schärf et autres, *Access to justice for the poor of Malawi ? An appraisal of access to justice provided to the poor of Malawi by the lower subordinate courts and the customary justice forums*, Malawi Law Commission, 2003, p. 22.

plus large a également son importance : la capacité des forces de police de maintenir la paix et la sécurité influe sur le point de savoir si la communauté sera en mesure d'accorder sa confiance aux institutions étatiques ou si elle se tournera vers des mécanismes traditionnels communautaires. Enfin, les retards dans le prononcé des jugements et les problèmes d'exécution des décisions sont autant d'autres désagréments que présentent les tribunaux officiels pour les personnes qui y recourent.

Certains États d'Afrique comptent peu d'avocats par rapport à la taille de la population et ceux-ci se trouvent principalement dans les zones urbaines. Il n'est pas rare qu'un État donné ne compte que quelques centaines d'avocats<sup>35</sup>. Le système judiciaire traditionnel constitue donc un élément essentiel du secteur judiciaire et peut effectivement résoudre la plupart des différends.

La décision de ne pas régler un différend par la voie formelle, ou de ne l'envisager qu'en dernier ressort, est également prise en fonction de la probabilité d'obtenir un jugement satisfaisant. Les jugements rendus par les tribunaux officiels sont souvent considérés comme insuffisants, voire préjudiciables. Cela vaut particulièrement dans le domaine pénal où les sanctions (plutôt que l'indemnisation de la victime) sont généralement vues comme une réparation inappropriée. Premièrement, les communautés sont préoccupées par l'effet qu'aurait une peine d'emprisonnement sur la famille de l'accusé et son aptitude à subvenir à ses besoins. Deuxièmement, des audiences formelles sont considérées comme un motif possible de dissension au sein de la communauté. Certaines communautés préfèrent la justice traditionnelle aux tribunaux officiels, car celle-ci est axée sur la conciliation et s'emploie à restaurer la cohésion sociale, tandis que les institutions formelles sont « difficiles d'accès, étrangères et intimidantes »<sup>36</sup>. L'appareil judiciaire officiel est peu connu, en particulier des populations analphabètes ou peu instruites. Cette méconnaissance alimente les préjugés, même lorsque le système étatique fonctionne correctement.

<sup>35</sup> Selon différentes études, il y a environ 300 avocats au Malawi (ONUFemmes, UNICEF et PNUD, *Informal Justice Systems*, p. 306) ; 150 en Sierra Leone (Kane et autres, *Sierra Leone : Legal and judicial sector assessment*) ; et moins d'une centaine au Burundi (Tracy Dexter et Philippe Ntahombaye, *The role of informal justice systems in fostering the rule of law in postconflict situations : The case of Burundi*, Centre for Humanitarian Dialogue, juillet 2005, p. 27).

<sup>36</sup> PNUD, *Access to justice*, p. 8.

Des facteurs contextuels encouragent aussi le recours à des instances de substitution. Dans certains pays, notamment ceux qui connaissent ou ont connu un conflit, le système juridique étatique peut être obsolète ou moribond.

Contrairement aux tribunaux officiels, les systèmes de justice traditionnelle sont accessibles. Dans pratiquement tous les pays étudiés aux fins de la présente publication, les instances de substitution sont considérées comme étant davantage accessibles : elles sont moins coûteuses, plus rapides et mieux connues<sup>37</sup>. Par exemple, les procédures ont lieu en soirée ou pendant les week-ends et sont tenues dans la langue locale. De plus, les sanctions imposées ou les réparations accordées peuvent être mieux adaptées au contexte. Ces instances tendent généralement à préserver l'harmonie sociale et à encourager la réconciliation, et leurs jugements tiennent compte en règle générale des ressources de la partie défenderesse. De surcroît, la plupart du temps, elles sont perçues comme moins entachées de corruption que les tribunaux officiels.

Si le recours généralisé et continu aux systèmes de justice traditionnelle peut, dans une certaine mesure, avoir un rapport avec le fait que le système formel ne réponde pas aux besoins de la population, cela ne saurait être la seule explication possible. Même lorsque les tribunaux officiels fonctionnent relativement bien, les communautés peuvent – et c'est souvent le cas – préférer recourir à des mécanismes traditionnels de règlement des différends. Il est donc important de ne pas limiter la présente analyse à une comparaison des deux systèmes : améliorer le système formel ne reviendra pas nécessairement à abolir ou restreindre le rôle que les systèmes traditionnels jouent. Dans le même ordre d'idées, bien que les systèmes de justice traditionnelle offrent certains avantages – notamment en termes d'accessibilité, comme il a été souligné plus haut –, ils comportent aussi des inconvénients, et il faut se garder de les idéaliser.

---

<sup>37</sup> Voir, par exemple, Ministère du développement international du Royaume-Uni, *Non-State justice and security services*, Policy Division Info series, mai 2004, p. 1 et 2, disponible à l'adresse : [www.gsdrc.org/docs/open/ssaj101.pdf](http://www.gsdrc.org/docs/open/ssaj101.pdf), et PNUD, *Access to justice*, p. 4.

## B. COMPÉTENCES RATIONE MATERIAE ET RATIONE PERSONAE

Dans un nombre important de pays qui ont réglementé leurs systèmes de justice traditionnelle, la compétence de ces derniers a souvent été limitée aux affaires familiales, à la délinquance juvénile, aux successions ou aux infractions pénales mineures. Dans la pratique, les instances traditionnelles peuvent en fait exercer une juridiction plus étendue, soit parce que les limites de leurs compétences ne sont pas clairement définies, soit parce que les parties au litige préfèrent faire appel à leurs services, voire les deux.

Toutefois, dans quelques pays, des instances traditionnelles continuent de connaître de crimes graves, tels que de meurtres, et peuvent imposer la peine de mort, même si ce genre de sanction semble exceptionnel. En 2007, dans son examen du rapport présenté par Madagascar, le Comité des droits de l'homme a relevé qu'un mécanisme de justice traditionnelle appliquait la peine de mort<sup>38</sup>.

Outre les affaires familiales, la délinquance juvénile, les successions ou les infractions pénales mineures, les systèmes de justice traditionnelle pourraient connaître des types d'affaires suivants selon les communautés : indemnisation des victimes d'actes illicites et de préjudice corporel accidentel, responsabilités liées aux animaux, successions (dont testaments oraux et funéraires), attribution de droits et d'obligations, droits fonciers, fiscalité, accords contractuels (concernant notamment l'échange de biens, les gages, les prêts, l'emploi et le commerce), affaires liées à des meurtres, actes de cruauté et châtement<sup>39</sup>. Certaines autorités coutumières ont également exercé leur compétence en délivrant des licences de vente d'alcool, des permis de port d'armes et des autorisations de transport de bétail, ainsi qu'en réglementant les matériaux de construction, en administrant les réserves et les forêts communautaires et en réglementant l'industrie du tourisme<sup>40</sup>.

Les autres sphères de la compétence *ratione materiae* qui semblent propres aux systèmes de justice traditionnelle sont la succession royale (d'un chef, d'un roi ou d'une reine), les représailles, les malédictions et la sorcellerie.

<sup>38</sup> Voir CCPR/C/MDG/CO/3, par. 15. Voir aussi CCPR/C/MDG/2005/3.

<sup>39</sup> Effa Okupa, *Traditional and informal justice systems in Africa*, présentation faite lors de la réunion d'expert du HCDC (en coopération avec la faculté de droit de l'Université de Namibie), Windhoek, juin 2007.

<sup>40</sup> Hinz, « Traditional courts in Namibia – part of the judiciary ? », p. 97.

Il est courant de tenter tout d'abord de résoudre le différend en famille, ou au sein de la famille élargie, avant de saisir une instance coutumière en cas d'échec. Les règles de fond et la procédure sont souvent appliquées oralement, même si dans certains systèmes de justice traditionnelle les lois coutumières ou les décisions, ou les deux, sont écrites.

Les systèmes de justice traditionnelle exercent généralement leur compétence à l'égard d'un large éventail d'affaires civiles et pénales. Souvent, il n'y a pas ou presque pas de différence entre ces deux concepts puisque les instances judiciaires traditionnelles décident uniquement si le litige ou le comportement reproché est illicite ou non<sup>41</sup>. Cela peut refléter la nature du droit coutumier, la nécessité que les parties au litige règlent intégralement leur différend dans le cadre d'une seule et même procédure et le fait qu'une solution sera jugée satisfaisante si elle allie réparations et sanctions.

Lorsque la législation ou la constitution délimite officiellement la compétence, celle-ci est fonction soit des réparations disponibles – montant maximal des amendes, par exemple –, soit de l'objet du litige. Dans les États qui n'ont pas de disposition à cet effet, ce sont les pratiques coutumières ou générales qui donnent des orientations de manière informelle. Un grand nombre de systèmes de justice traditionnelle n'ont pas compétence pour connaître de crimes graves, mais les soumettent à la police et les défèrent aux tribunaux officiels. Généralement, la compétence est aussi indirectement limitée par le fait que la plupart des systèmes de justice traditionnelle n'ont pas le pouvoir de faire appliquer leurs décisions.

Les parties qui s'attendent à ce que l'exécution des décisions les concernant soit problématique peuvent saisir un tribunal formel, où il est plus probable que la sentence sera exécutée ou que le contrevenant sera sanctionné<sup>42</sup>. Si l'affaire implique, par exemple, un viol ou les droits de succession des femmes, elle peut aussi directement être renvoyée devant un tribunal formel, dans l'espoir qu'elle ait peut-être une meilleure chance d'être tranchée de manière satisfaisante.

<sup>41</sup> PRI, *Access to Justice in SubSaharan Africa*, p. 29.

<sup>42</sup> Les chefs traditionnels de la province du Limpopo, en Afrique du Sud, ont expliqué qu'ils renvoyaient les litiges concernant des pensions alimentaires aux magistrats des tribunaux, car ils n'avaient pas les ressources pour s'assurer que leurs décisions sont mises en œuvre. Boyane Tshehla, *Traditional justice in practice : A Limpopo case study*, Monograph Series N° 115, Pretoria, Institute for Security Studies, avril 2005, p. 19.

Il est intéressant de se demander si les systèmes de justice traditionnelle peuvent avoir compétence pour une personne qui ne vient pas d'un territoire administré par les autorités traditionnelles. Historiquement, un tel cas d'espèce n'était pas de leur ressort et l'acte illicite commis par la personne étrangère à la communauté, en particulier s'il pouvait être qualifié de délit pénal, était jugé par des tribunaux officiels.

### C. STRUCTURE INSTITUTIONNELLE

La structure d'un système judiciaire traditionnel peut être étroitement liée à celle de l'appareil judiciaire officiel, ainsi qu'à l'organisation des communautés qui les utilisent. Dès lors que les systèmes de justice traditionnelle viennent fréquemment combler l'écart entre les besoins de la communauté et les services proposés par l'appareil judiciaire officiel, les contours et la conception des systèmes de justice traditionnelle changent à mesure que l'appareil judiciaire officiel et les besoins de la communauté évoluent.

Les systèmes de justice traditionnelle ont considérablement évolué pour s'adapter au colonialisme, puis à l'indépendance. Le colonialisme a donné naissance à des modèles mixtes, où coexistaient systèmes traditionnels et systèmes étatiques officiels. Pendant très longtemps, les modèles mixtes ont été assez répandus dans les colonies de l'Italie et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, ce qui pourrait contribuer à expliquer pour quelles raisons les communautés traditionnelles, le droit coutumier et les systèmes de justice traditionnelle continuent de jouir d'une large reconnaissance juridique dans ces anciennes colonies. Toutefois, dans d'anciennes colonies françaises, le pluralisme juridique était moins bien toléré du fait qu'il était considéré comme une menace au pouvoir de l'État et, une fois leur indépendance proclamée, les États concernés n'ont accordé qu'une reconnaissance juridique limitée à la justice coutumière.

Après leur accession à l'indépendance, certains États ont tenté de supprimer les systèmes de justice traditionnelle et il est arrivé que des mécanismes de justice traditionnelle subsistent dans certains pays en dépit de toute reconnaissance juridique. Dans d'autres cas, les deux systèmes ont formé une structure cohérente et complémentaire. Cette alliance s'est produite de plusieurs manières : les instances traditionnelles ont été incorporées dans

le système officiel, où elles occupent les échelons inférieurs (comme au Malawi, au Mozambique et au Soudan) ; les instances traditionnelles ont fait office de tribunal parallèle à l'égard duquel les tribunaux officiels ont une compétence d'appel (comme en Afrique du Sud, en Ouganda et au Zimbabwe) ; ou l'appareil judiciaire officiel a reconnu et intégré certains aspects du droit coutumier du système traditionnel pour ce qui est des règles de fond ou de la procédure (comme au Niger). Dans certains pays, les parties au litige peuvent choisir entre le système judiciaire traditionnel ou l'appareil judiciaire officiel. Dans d'autres, le mécanisme de justice traditionnelle est la seule instance disponible dans un premier temps.

L'opération consistant à incorporer l'instance traditionnelle dans l'appareil judiciaire officiel n'est pas universelle. Dans un grand nombre d'États, les deux systèmes fonctionnent indépendamment l'un de l'autre. De plus, même dans les pays dont les tribunaux officiels ont intégré des éléments issus de la justice traditionnelle ou sont habilités à appliquer le droit coutumier, les systèmes de justice traditionnelle peuvent continuer à fonctionner de manière autonome sous leur forme originelle. Toutefois, de nombreux États ont tenté à de maintes reprises de restreindre la compétence des systèmes de justice traditionnelle au profit de celle du système judiciaire officiel. Néanmoins, par commodité et par manque de ressources, de nombreux États continuent à s'en remettre, du moins en partie, aux systèmes de justice traditionnelle pour qu'ils règlent les litiges et rendent la justice, en particulier dans les zones rurales et éloignées.

## **D. COMPOSITION DES MÉCANISMES DE JUSTICE TRADITIONNELLE**

Au sein des systèmes de justice traditionnelle, les décisions sont prises par des membres de la communauté – que ce soit le chef ou les sous-chefs, le ou la chef du village, ou un groupe d'aînés qui guide la communauté – ou par vote de la communauté réunie en assemblée générale. Dans certaines communautés, des chefs traditionnels sont désignés dans le but explicite de remplir des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires. Dans d'autres, la position d'un individu en tant que chef politique traditionnel s'accompagne de la responsabilité d'entendre et de trancher les différends. Certains États ont établi des tribunaux communautaires qui sont souvent indirectement sous le contrôle ou l'influence des chefs traditionnels, lesquels proposent

de nommer des candidats aux postes vacants. Plus rarement, ce sont les parties au différend qui choisissent les personnes habilitées à prendre des décisions.

Le pouvoir du chef traditionnel découle de son statut de membre respecté de la communauté et il peut parfois avoir hérité de ses fonctions. Des qualifications officielles ne sont généralement pas requises, et il n'est pas rare de constater qu'ils ne connaissent pas la loi écrite et sont illettrés<sup>43</sup>. Une connaissance préalable des parties et de l'affaire est considérée comme un avantage pour la procédure, car cela aide le décideur à parvenir à la conclusion la plus juste. Les liens souvent étroits qui unissent les parties au litige et ceux qui dirigent le processus de règlement dudit litige peuvent poser problème pour plusieurs raisons qui sont les mêmes que celles invoquées pour vanter les mérites de tels liens : si connaître les parties au litige peut être utile aux fins du processus d'établissement des faits, cela ouvre aussi la porte à des possibilités de corruption ainsi que de parti pris en faveur des membres les plus puissants de la communauté. Quoi qu'il en soit, les systèmes de justice traditionnelle sont généralement considérés comme moins entachés de corruption que les systèmes judiciaires officiels.

De même, lorsque les décideurs sont des membres puissants de la communauté, il y a des risques que leurs décisions tiennent compte de leurs propres intérêts à conserver leur ascendance. Les chefs des systèmes traditionnels peuvent subir une influence politique, souvent du fait de la participation d'acteurs externes tels que des agents de l'État ou des dirigeants politiques élus. Or, étrangement, il a été jugé dans de nombreuses affaires que le chef et les souschefs émettaient un avis impartial de par la nature même de leurs fonctions. La jurisprudence des tribunaux sud-africains l'a fait remarquer en ces termes : « Les personnes qui ajoutent foi et adhèrent au droit coutumier africain considèrent que le chef ou le roi fait montre d'impartialité dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. Imposer tout autre avis contraire porterait atteinte à l'essence même du système juridique africain, en particulier à ses instances judiciaires. »<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Au Burundi, une grande partie des chefs coutumiers appelés *bashingantahe* seraient analphabètes. Voir Dexter et Ntahombaye, *The role of informal justice systems*, p. 21.

<sup>44</sup> *Bandindawo and Others v. Head of the Nyanda Regional Authority and Another*, 1998 (3) SA 262 (TK), affaire tranchée par le juge Madlanga.

Certains États africains interdisent aux chefs traditionnels d'occuper des fonctions au sein de partis politiques ou d'exercer des fonctions politiques pour le compte d'un gouvernement. Cette interdiction vise à renforcer l'impartialité du chef ou de son ou ses sous-chefs, et à les relever de leurs fonctions pour qu'ils n'exercent pas le contrôle politique de l'État ou celui du parti politique au pouvoir.

## E. PARTICIPATION DE LA COMMUNAUTÉ

La participation de la communauté est une autre caractéristique des systèmes de justice traditionnelle. On retrouve souvent ces systèmes dans des communautés qui ont des « relations diversifiées », à savoir où les membres entretiennent des liens économiques, sociaux et familiaux<sup>45</sup>. En raison des liens étroits qui unissent les membres de la communauté, c'est le groupe dans son ensemble qui assume souvent la responsabilité de régir le comportement de ses membres.

Le degré de participation de la communauté varie : parfois ce sont uniquement les parties et les témoins qui participent aux procédures, d'autres fois c'est la communauté tout entière qui y prend part. La participation publique et la responsabilité collective eu égard au jugement sont d'autres exemples des divers degrés de participation de la communauté. Le plus souvent, les procédures font intervenir les membres intéressés de la communauté dans le processus d'établissement des faits et de réconciliation. Dans certaines communautés, les lois qui régissent la procédure exigent que l'instance soit ouverte au public. Les audiences publiques sont courantes dans les systèmes de justice traditionnelle, montrant ainsi qu'ils mettent principalement l'accent sur la réconciliation au niveau communautaire. La participation de la communauté a pour conséquence que les décisions rendues doivent être jugées acceptables par cette dernière.

En Afrique du Sud, par exemple, les tribunaux coutumiers (traditionnels) officiellement reconnus autorisent les parties au litige à amener des personnes qui les soutiennent, en particulier des membres de leur famille et des amis, et permettent aux membres de la communauté présents de poser des questions

<sup>45</sup> PRI, *Access to Justice in SubSaharan Africa*, p. 22.

et de formuler des observations<sup>46</sup>. Dans les procédures relevant du système juridique *xeer* qui tranchent les différends entre clans en Somalie, les parties, accompagnées de leur clan, peuvent choisir d'accepter ou de rejeter les décisions des aînés (à savoir des représentants de chaque clan et, parfois, d'un clan tiers), et décider d'interjeter appel ou de convoquer une nouvelle audience avec un « *xeer beegti* » (groupe d'aînés) nouvellement composé<sup>47</sup>. Il est logique que le clan approuve la décision rendue puisqu'il porte la responsabilité collective des infractions commises par l'un de ses membres.

La participation de la communauté aux systèmes de justice traditionnelle sert plusieurs fins. Premièrement, elle confère une autorité au processus, ce qui est nécessaire pour s'assurer que les jugements sont exécutés et que ces systèmes continuent d'être utilisés. Généralement, les autorités sont respectées non pas parce que leur pouvoir inspire la crainte, mais parce que la société reconnaît la légitimité du processus. Le respect de la communauté envers le pouvoir des chefs traditionnels a peut-être joué un rôle important dans la décision de certains États de reconnaître juridiquement que les systèmes de justice traditionnelle font partie de leur ordre juridique.

Deuxièmement, la participation de la communauté favorise la réconciliation et préserve l'ordre social, deux éléments considérés comme des objectifs essentiels des systèmes de justice traditionnelle. Maintenir un consensus est particulièrement important dans les communautés où les membres entretiennent des relations d'interdépendance. Des décisions qui ne font pas l'unanimité pourraient menacer ces relations. Enfin, une participation est particulièrement essentielle lorsque la famille ou la communauté partage la responsabilité de se conformer au jugement et de faire appliquer la réparation ou la sanction.

## F. PRINCIPES DIRECTEURS ET PRATIQUES COURANTES

La réconciliation et le maintien de l'harmonie au sein de la communauté constituent les principes directeurs du règlement traditionnel des différends. Ainsi, les processus élaborés et suivis par les systèmes de justice traditionnelle s'emploient à ce que les deux parties, ainsi que la communauté, soient

<sup>46</sup> Ibid., p. 42.

<sup>47</sup> Andre Le Sage, *Stateless justice in Somalia : Formal and informal rule of law initiatives*, Centre for Humanitarian Dialogue, juillet 2005, p. 35.

satisfaites de la décision rendue. Trouver un compromis et mettre tout le monde d'accord quant à la décision rendue est essentiel. La responsabilité individuelle et les sanctions sont considérées comme secondaires.

Ces principes ne sont pas de simples différences d'ordre philosophique : ils reflètent également des considérations pratiques. L'environnement dans lequel ces systèmes opèrent généralement permet d'expliquer le contraste avec les modèles de justice formels qui accordent une grande valeur au verdict de culpabilité ou à la reconnaissance de l'innocence, ainsi qu'à la découverte de la vérité. Les systèmes de justice traditionnelle sont plus courants dans les communautés très soudées, où il importe de préserver l'harmonie pour maintenir la cohésion. Dans de nombreuses communautés, priver un individu (en général, un homme qui subvient aux besoins de son foyer) de sa communauté en le mettant en prison ferait peser la charge de sa famille sur d'autres personnes. Pour cette raison, la détention est généralement considérée comme une sanction qui manque de bon sens.

Les procédures s'apparentent souvent à de l'arbitrage ou à de la médiation, plutôt qu'à une audience de type accusatoire. Dans le contexte pénal, les aveux et les excuses jouent un rôle majeur, et l'établissement des faits a moins d'importance que dans les tribunaux officiels où cette pratique est courante. Un exemple intéressant tiré des procédures devant la juridiction *xeer* en Somalie met en évidence la valeur accordée au consentement et au règlement rapide des différends. Dans les tribunaux *xeer*, les clans peuvent choisir entre la médiation et l'arbitrage. Même si la médiation donne généralement lieu à une indemnité moins élevée, la partie qui s'estime lésée la préfère souvent à l'arbitrage, dans la mesure où elle va de pair avec le consentement de la communauté et permettra de régler rapidement le litige<sup>48</sup>.

La grande majorité des systèmes traditionnels ne recourent pas à des avocats, et nombre d'entre eux interdisent en fait que des avocats participent aux procédures. C'est notamment le cas en Afrique du Sud, en Sierra Leone et au Soudan du Sud<sup>49</sup>. De même, les membres du mécanisme de justice

<sup>48</sup> Le Sage, *Stateless justice in Somalia*, p. 35.

<sup>49</sup> Voir Kane et autres, *Sierra Leone : Legal and judicial sector assessment*, p. 12 ; PRI, *Access to Justice in SubSaharan Africa*, p. 42 ; et Aleu Akechak Jok, Robert A. Leitch et Carrie Vandewint, *A study of customary law in contemporary southern Sudan*, World Vision International, mars 2004, p. 42.

traditionnel n'ont pas suivi de formation juridique formelle et connaissent souvent mal le code juridique écrit de leur pays. Du fait que ce mécanisme suit des procédures simples, bien connues et généralement acceptées, et s'appuie sur le droit coutumier local, il lui est sans doute moins nécessaire de faire appel à des avocats et à des juges ayant une formation juridique.

Les autorités traditionnelles s'emploient généralement à parvenir à une décision qui recueille le consentement des parties et le consensus de la communauté. Toutefois, la question de savoir s'il s'agit d'un véritable consentement se pose, puisque les chefs ou la communauté peuvent faire pression sur les parties pour qu'elles adhèrent à la décision rendue. Au Malawi, les éléments qui influent sur le processus de prise de décisions des tribunaux coutumiers ont été décrits en ces termes : « Des pressions sont exercées pour parvenir à un accord qui convienne aux parties, à la hiérarchie sociale, aux attentes de la communauté et au chef »<sup>50</sup>. En raison d'un pouvoir de négociation inégal et de décisions prises par des dirigeants jouissant d'un large pouvoir au sein de la communauté, il est possible que la décision rendue ne satisfasse pas réellement les parties.

Une fois le différend réglé, il est de pratique courante dans de nombreuses instances traditionnelles que les parties et la communauté scellent leur réconciliation par un rituel ou une cérémonie. Au Burundi, par exemple, les parties partagent un verre pour remercier les *bashingantahe* (chefs) et marquer le début d'une nouvelle relation<sup>51</sup>.

## G. JUGEMENTS

La nature conciliatoire des systèmes de justice traditionnelle et les types de jugements rendus illustrent à bien des égards l'objectif visant à rétablir un équilibre et une harmonie au sein de la communauté, ainsi qu'à encourager la responsabilité collective. Il est tout particulièrement important de rétablir cette cohésion en cas de différends familiaux et dans d'autres situations où les parties restent en contact étroit. Les jugements reflètent également les nécessités pratiques de résoudre les différends d'une manière qui soit efficace et satisfaisante pour les parties au litige, et qui assure la sécurité de

<sup>50</sup> Schärf et autres, *Access to justice for the poor of Malawi* ?, p. 40.

<sup>51</sup> Dexter et Ntahombaye, *The role of informal justice systems*, p. 13.

la communauté. Dans la mesure où les mécanismes de justice traditionnelle ne font normalement pas de différence entre les affaires pénales et civiles, mais s'occupent plus généralement de ce qui est considéré comme un acte illicite commis dans la communauté, les jugements qu'ils rendent peuvent allier compensations et sanctions. Même lorsqu'une décision ne semble imposer qu'une compensation, les décideurs peuvent aussi enjoindre à la partie défenderesse de verser une somme supplémentaire, comparable à une amende, afin de dénoncer l'acte illicite.

Le plus souvent, les jugements conduisent à des ordonnances enjoignant à la partie défenderesse de verser une sorte de compensation à la partie lésée, que ce soit sous forme d'argent, de bétail ou de produits d'une récolte. Des ordonnances plus punitives peuvent prévoir des services à la communauté ou à la partie lésée. Le châtement corporel était couramment infligé auparavant et reste d'actualité dans certaines communautés traditionnelles, bien que de nombreux États l'aient interdit dans la pratique<sup>52</sup>. Dans certains systèmes de justice traditionnelle, une sanction sévère consiste à bannir la partie défenderesse de la communauté. L'Afrique du Sud applique de moins en moins cette sanction<sup>53</sup>, mais d'autres États continuent à l'imposer.

Les systèmes de justice traditionnelle n'ont jamais eu pour habitude d'imposer des peines d'emprisonnement, ce qui cadre avec leur objectif premier consistant à prôner la réconciliation pour régler un litige, tout en tenant compte de réalités pratiques, telles que l'obligation d'un individu de subvenir aux besoins de sa famille ou l'absence d'infrastructure carcérale. Toutefois, les systèmes de justice traditionnelle ne sont pas figés, et subissent l'influence de leurs interactions avec le secteur formel de la justice de l'État, une situation qui a conduit certains d'entre eux à prononcer des peines d'emprisonnement en de rares occasions. Par exemple, des systèmes de justice traditionnelle du Libéria auraient parfois recours à la détention<sup>54</sup>, et des autorités traditionnelles du Malawi, du Niger et de l'Ouganda seraient

<sup>52</sup> Pour des rapports sur le châtement corporel, voir PRI, *Access to Justice in SubSaharan Africa*, p. 33.

<sup>53</sup> Afrique du Sud, Ministère de la justice et du développement constitutionnel, *Policy framework on the traditional justice system under the Constitution*, p. 35.

<sup>54</sup> International Crisis Group, *Liberia : Resurrecting the justice system*, Africa Report N° 107, 6 avril 2006, p. 8.

habilitées à emprisonner des personnes accusées de crimes graves en attendant l'arrivée de la police<sup>55</sup>.

Dans certaines communautés, c'est la famille élargie ou le clan de l'auteur d'un fait illicite qui assume la responsabilité collective d'exécuter le jugement. En Somalie, par exemple, la personne qui commet un meurtre doit donner 100 chameaux si elle a tué un homme, ou 50 s'il s'agissait d'une femme. C'est le groupe chargé des compensations, appelées « diya », auquel appartient l'auteur du crime, qui s'acquitte de cette obligation : une dizaine de chameaux est donnée à la famille proche de la victime et une vingtaine aux parents les plus proches, tandis que le groupe chargé des diya garde le reste du troupeau. Des diya sont également versées à titre collectif en cas de préjudice corporel, viol, vol et diffamation<sup>56</sup>.

## H. EXEMPLES DE SYSTÈMES DE JUSTICE TRADITIONNELLE DANS DES ÉTATS D'AFRIQUE

La présente partie contient des informations sur les mécanismes de justice coutumiers de huit États, de sorte à mettre en lumière la nature et les fonctions des systèmes de justice traditionnelle en Afrique, ainsi que leur pluralité.

### *Malawi*

Le système de justice traditionnelle est basé sur la reconnaissance des autorités traditionnelles. Le *Chiefs Act* de 1967 (loi sur les chefs) prévoit que les autorités traditionnelles sont responsables de l'administration des communautés locales. Bien que cette loi ne prévoit pas expressément qu'il revient aux autorités traditionnelles de trancher des différends, cela est réputé faire partie de leurs fonctions et est reconnu en tant que tel dans les communautés locales. L'article 110 de la Constitution reconnaît le droit coutumier, qui est généralement appliqué par les autorités traditionnelles pour régler les différends. Ces autorités sont dotées d'une structure

<sup>55</sup> ONU-Femmes, UNICEF et PNUD, *Informal Justice Systems*, p. 57.

<sup>56</sup> Le Sage, *Stateless justice in Somalia*, p. 33 et 34. Le Sage offre deux explications au phénomène de responsabilité collective : premièrement, les personnes nomades n'auraient pas les ressources pour verser une compensation sans l'aide de la communauté et l'absence de compensation pourrait entraîner de nouvelles violences ou des actes de vengeance, ce qui nuirait à la communauté ; et, deuxièmement, la propriété est un concept plus collectif qu'individuel.

hiérarchique qui part du chef de village pour aller jusqu'au grand chef, en passant par le chef d'un groupe de villages, les sous-autorités traditionnelles, les autorités traditionnelles et les autorités traditionnelles principales. Il y aurait environ 18 000 chefs de village, 2 400 chefs de groupes de villages, 61 sous-autorités traditionnelles, 500 autorités traditionnelles, 28 autorités traditionnelles principales et 7 grands chefs. Le Bureau du Président et le Cabinet versent aux autorités traditionnelles de tous les niveaux un paiement mensuel en fonction de leur grade. Les autorités font partie du pouvoir exécutif et non judiciaire<sup>57</sup>.

Leurs fonctions consistent notamment à maintenir la paix et à s'acquitter des tâches d'ordre traditionnel conformément au droit coutumier, pour autant qu'elles ne soient pas contraires à la Constitution, à toute législation écrite, à la justice naturelle ou à la moralité. Les autorités traditionnelles interviendraient dans la résolution des litiges de différentes sortes, comme les litiges civils, les questions de droit de la famille, les successions, les dommages matériels mineurs et les différends territoriaux<sup>58</sup>. Bien que les affaires pénales ne soient pas de leur ressort, les chefs traditionnels s'occupent souvent des troubles de la paix sans gravité. Les affaires impliquant un acte criminel doivent être signalées à la police. Toutefois, les carences du système judiciaire officiel et la préférence accordée au règlement des différends par des autorités traditionnelles signifient que, dans la pratique, ces dernières jugent certains cas de conduite criminelle<sup>59</sup>.

### Mozambique

Pendant l'époque coloniale et jusqu'en 1975, le Mozambique possédait deux systèmes juridiques distincts : un système officiel, principalement pour les Européens et les populations assimilées ; et un système coutumier pour le reste de la population, fonctionnant selon les liens du sang ou les désignations de chefs traditionnels par la puissance coloniale. Une fois l'indépendance proclamée, il a été officiellement interdit aux chefs traditionnels de régler des différends. Des « tribunaux populaires » ont été établis en 1978. S'ils pouvaient se fonder sur les coutumes et l'usage des régions locales, l'État déconseillait fortement la polygamie, le versement

<sup>57</sup> ONU-Femmes, UNICEF et PNUD, *Informal Justice Systems*, p. 307 à 310.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 310.

<sup>59</sup> Schärf et autres, *Access to justice for the poor of Malawi* ?, p. 6.

d'une dot ou le mariage d'enfants. En 1992, une loi portant création de tribunaux communautaires a été adoptée afin de remplacer les tribunaux populaires, qui ont été supprimés.

En 2000, il a été reconnu par le décret 15/2000 que les dirigeants et chefs traditionnels, ainsi que certains secrétaires de village, pouvaient tirer des pouvoirs communautaires de leurs fonctions. Ces individus ont l'obligation de coopérer avec les tribunaux communautaires pour trancher les conflits civils de petite envergure conformément aux coutumes locales et dans les limites fixées par la loi. Les tribunaux des chefs ne sont toutefois pas reconnus par la loi. L'article 4 de la Constitution du Mozambique de 2004 reconnaît le pluralisme juridique, pour autant que les systèmes de règlement des différends n'appliquent pas de normes contraires aux valeurs fondamentales de la Constitution. À l'heure actuelle, les tribunaux communautaires ont compétence pour connaître d'infractions civiles et pénales mineures et ne peuvent imposer que des amendes et des travaux d'intérêt général dans leurs jugements. Les infractions plus graves et les affaires civiles de plus grande envergure sont tranchées par les tribunaux officiels des districts et provinces<sup>60</sup>.

### Namibie

Il existe deux lois de premier plan qui régissent les systèmes de justice traditionnelle en Namibie : le *Traditional Authorities Act* de 2000 (loi n° 25 sur les autorités traditionnelles) et le *Community Courts Act* de 2003 (loi n° 10 sur les tribunaux communautaires). Si ces deux instruments ont été adoptés, la loi de 2003 n'a pas encore été mise en œuvre. La Namibie compte 49 autorités traditionnelles reconnues et la plupart d'entre elles disposent d'un tribunal traditionnel à l'échelon du chef, qui est l'autorité traditionnelle suprême de la communauté. Les territoires de nombreuses communautés traditionnelles sont subdivisés en districts placés sous l'autorité de « chefs principaux » qui président les affaires portées devant les tribunaux de district traditionnels. À l'intérieur des districts, les villages relèvent d'un « chef », qui statue sur les affaires dont sont saisis les tribunaux de son village. Le *Traditional Authorities Act* a symboliquement changé les titres portés par ces personnes, qui sont désormais désignées sous le nom de « conseiller traditionnel principal » et « conseillers traditionnels ». Par

<sup>60</sup> PRI, *Access to Justice in Sub-Saharan Africa*, p. 57 et 58.

exemple, le territoire d'Ondonga est divisé en 10 districts, chacun relevant d'un chef principal. Chaque district regroupe des centaines de villages, qui ont chacun leur propre chef. Une affaire est généralement portée en premier lieu devant un tribunal de village. En fonction de la nature de l'affaire, le chef peut soit la trancher lui-même, soit la renvoyer au tribunal de district, ou à l'instance supérieure (ou du moins conseiller que l'affaire soit confiée à cette instance supérieure). Les infractions graves, comme les meurtres, sont directement confiées au chef.

Conformément au *Traditional Authorities Act*, les principales fonctions des autorités traditionnelles consistent à promouvoir la paix et le bien-être. Elles sont habilitées à juger des affaires portées devant elles et à faire du droit coutumier. Elles exercent également des fonctions exécutives. Il n'y a donc pas de séparation des pouvoirs. Le *Community Courts Act* n'a pas été mis en œuvre. Il peut y avoir plusieurs raisons à cela. Tout d'abord, le Ministère de la justice n'a pas traité les candidatures pour la nomination des juges traditionnels. Reste à savoir si le Ministère de la justice est l'entité la mieux placée pour s'acquitter de cette tâche, ou si un conseil composé de chefs traditionnels serait mieux à même de décider quel candidat est qualifié pour occuper les fonctions de juge traditionnel. Bien que cette loi prévoit symboliquement une possibilité de recours devant les tribunaux d'instance, la question se pose de savoir si les juges de ces tribunaux connaissent suffisamment le droit coutumier ou s'il vaudrait mieux avoir une cour d'appel de droit coutumier, comme c'est le cas, par exemple, au Nigéria. Enfin, certains se sont demandé si ces mécanismes pouvaient réellement être considérés comme des tribunaux et, le cas échéant, s'ils répondaient aux normes constitutionnelles applicables à de telles institutions<sup>61</sup>.

## Niger

Le cadre juridique du Niger prévoit que, sous réserve du respect des conventions internationales régulièrement ratifiées, des dispositions législatives ou des règles fondamentales concernant l'ordre public, les juridictions appliquent la coutume des parties aux différends portant sur des contrats, l'état des personnes, la famille, les successions et les donations, ainsi que sur la propriété foncière, sauf lorsque l'action en justice porte sur

<sup>61</sup> Hinz, « Traditional courts in Namibia – part of the judiciary ? » in : *In Search of Justice and Peace*.

un terrain immatriculé ou dont le transfert a été constaté par un mode de preuve établi par la loi. Quand le juge applique les coutumes des parties, il doit s'adjoindre deux assesseurs coutumiers qui connaissent les coutumes des parties au litige<sup>62</sup>. Ce sont les chefs traditionnels de la région concernée qui proposent des assesseurs coutumiers au tribunal de première instance. Ce dernier peut rejeter certaines candidatures, et le Ministère de la justice procède à la sélection définitive sur la base de la liste de candidats envoyée par le juge en chef du tribunal. Dans la pratique, il est fait appel à des assesseurs coutumiers non seulement en raison de leurs connaissances des coutumes locales, mais aussi à des fins d'évaluation des preuves et du contexte du litige.

Les assesseurs coutumiers jouent un rôle important puisqu'ils demeurent au sein de la communauté, tandis que les juges de la cour changent de lieu d'affectation régulièrement. Les assesseurs entretiennent généralement des liens étroits avec les chefs et d'autres aînés, et parlent la langue de la communauté, ce qui n'est pas forcément le cas des juges. Les assesseurs coutumiers sont donc considérés comme des intermédiaires essentiels entre les tribunaux officiels et les chefs et d'autres aînés d'une communauté donnée. Non seulement ils donnent des conseils sur les coutumes de la communauté et aident à apprécier les preuves, mais ils transmettent également à la communauté le jugement rendu par le tribunal. Certains d'entre eux peuvent porter le titre de chef traditionnel au sein de leur communauté<sup>63</sup>.

En règle générale, les parties essaient tout d'abord de régler leur différend par l'intermédiaire des chefs traditionnels. Il convient de relever qu'il existe une hiérarchie entre les chefs traditionnels au niveau des villages ou des subdivisions à l'intérieur des villages, puis entre les chefs traditionnels à l'échelle du canton, la région géographique la plus importante. Citer une personne à comparaître devant un tribunal est généralement considéré comme une situation troublant la paix locale, et les parties sont encouragées voire, dans certains cas, amenées à essayer de régler le litige devant une structure judiciaire traditionnelle avant de saisir les tribunaux officiels. Il y a deux raisons à cela : la première consiste à favoriser l'harmonie et la conciliation à la faveur d'un processus traditionnel de règlement des

<sup>62</sup> Loi organique n° 2004-50 du 22 juillet 2004 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger, art. 63, 64 et 43.

<sup>63</sup> ONU-Femmes, UNICEF et PNUD, *Informal Justice Systems*, p. 256 à 260.

différents, et la seconde à alléger la charge de travail des tribunaux officiels<sup>64</sup>.

### Nigéria

Le Nigéria est une république fédérale composée de 36 États. Les tribunaux coutumiers sont reconnus tant au niveau fédéral qu'au niveau des États. Il existe 250 groupes ethniques appliquant leurs propres lois coutumières. La Constitution reconnaît les lois coutumières des groupes tribaux et ethniques. La plupart des États du pays ont leurs propres tribunaux coutumiers et cours d'appel coutumières, bien que dans certains États du nord ces tribunaux et cours appliquent la charia. Une cour d'appel coutumière d'un État ou une cour d'appel de la charia peut transmettre un recours à la Cour d'appel fédérale. Les tribunaux coutumiers sont considérés comme faisant partie intégrante de l'appareil judiciaire de l'État. Ils ont compétence pour connaître d'affaires personnelles et familiales, y compris les mariages, les divorces, les tutelles et les gardes d'enfants. Les successions et les transactions foncières et commerciales sont également de leur ressort.

Les décisions rendues par une juridiction traditionnelle doivent remplir trois conditions pour être reconnues par les tribunaux officiels afin qu'ils les fassent appliquer : a) elles ne doivent pas être incompatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus ; b) il faut un dossier de l'affaire ; et c) les parties doivent avoir volontairement demandé d'engager la procédure. Conformément à l'Evidence Act (loi sur la preuve), il revient aux parties de prouver la coutume dont elles invoquent l'existence. La coutume est définie comme une règle qui, grâce à une longue pratique dans un district en particulier, a acquis force de loi. L'existence d'une coutume est généralement directement établie à la faveur d'une déclaration produite par des chefs traditionnels qui connaissent les lois coutumières de la communauté, bien qu'un tribunal officiel ne soit pas tenu d'accepter cette déclaration. Un tribunal officiel peut également reconnaître la valeur juridique d'une coutume à travers une reconnaissance d'office. En outre, le droit écrit prévoit qu'il est possible de déroger aux lois coutumières dans les cas suivants : a) elles sont réputées contraires à la « justice naturelle, à l'équité et à la bonne conscience » ; b) les parties sont convenues de ne pas recourir au droit coutumier ; ou c) la transaction en cause n'existe pas

<sup>64</sup> Ibid., p. 260.

en droit coutumier. Certains États du Nigéria disposent de lois coutumières codifiées.

### *Rwanda*

Le Rwanda a institué les juridictions *gacaca* après 1994, entre autres afin de juger le très grand nombre de personnes accusées d'avoir commis des crimes pendant le génocide. Quelque 800 000 personnes auraient été tuées pendant le génocide, principalement des membres de l'ethnie minoritaire tutsie, même si des Hutus modérés ont aussi été assassinés. Nombre de juges et d'avocats ont soit été tués, soit dû fuir le pays, et l'appareil judiciaire a été décimé. Au cours des mois ayant immédiatement suivi le génocide, environ 120 000 suspects ont été incarcérés dans des prisons ne pouvant accueillir que 45 000 détenus, et dans des conditions de détention très dures. Ce qui restait du système judiciaire du pays n'était pas en mesure de traiter les nombreux dossiers et de juger le grand nombre d'accusés dans un délai raisonnable<sup>65</sup>.

Pour faire face à cette situation, le Gouvernement a créé par la législation nationale de « nouveaux » tribunaux *gacaca* en tant que mesure provisoire et transitoire destinée à poursuivre et à juger les personnes qui avaient participé au génocide, ainsi qu'à promouvoir la réconciliation. Même si les tribunaux officiels du Rwanda et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, dont le siège est à Arusha en République-Unie de Tanzanie, avaient pour mandat de juger les principaux acteurs ayant planifié, organisé et supervisé la commission du génocide, la vaste majorité des poursuites, y compris à raison de meurtres « ordinaires », ont été engagées devant ces juridictions *gacaca* nouvellement instituées. Ces dernières s'inspiraient largement des tribunaux *gacaca* traditionnels ou anciens, même si les nouveaux tribunaux disposaient de pouvoirs bien plus importants. Les anciens tribunaux *gacaca* avaient perdu de leur importance au Rwanda avant le génocide et, dans les endroits où ils existaient encore, ils tranchaient principalement des litiges mineurs à l'échelon de la communauté. À l'époque coloniale, il avait été interdit aux tribunaux *gacaca* de juger des crimes graves. Les anciens tribunaux *gacaca*, ayant compétence au niveau de la communauté, avaient pour mission de rétablir l'ordre et l'harmonie au sein de la société, tandis

<sup>65</sup> Phil Clark, « The legacy of Rwanda's *gacaca* courts », paru dans Think Africa Press, 23 mars 2012.

que les fonctions des nouvelles juridictions *gacaca* consistaient largement à imposer des sanctions. L'une des raisons invoquées par le Gouvernement pour instituer ces nouvelles juridictions *gacaca* était de s'assurer que les individus ayant participé au génocide ne restent pas impunis<sup>66</sup>.

Contrairement aux anciens tribunaux *gacaca*, et effectivement à d'autres systèmes de justice traditionnelle évoqués dans la présente publication, les nouveaux tribunaux *gacaca* avaient expressément été conçus pour juger un très grand nombre de personnes ayant commis des crimes graves, dont des meurtres, pendant le génocide. Ces nouvelles juridictions étaient habilitées à condamner les accusés à une peine d'emprisonnement à vie pour les crimes les plus graves. Les personnes accusées n'étaient pas autorisées à être défendues par un avocat, même pour les crimes les plus graves. En outre, ceux qui avouaient avoir commis des crimes plutôt que de contester les accusations portées contre eux voyaient leurs peines être considérablement réduites<sup>67</sup>. Les nouveaux tribunaux *gacaca* étaient aussi en mesure d'élaborer des jugements axés sur le travail d'intérêt général, même si certains ont avancé que des peines de travaux d'intérêt général étaient des sentences bien trop clémentes pour certaines personnes reconnues coupables des crimes reprochés<sup>68</sup>. Les nouvelles juridictions *gacaca* ont été dissoutes en 2012 après que la plupart des accusés ont été soit jugés soit remis en liberté. Quelque 12 000 tribunaux *gacaca* auraient été créés et, entre 1994 et 2011, ils auraient jugé plus d'un million d'affaires en lien avec le génocide rwandais, tandis que les tribunaux nationaux n'avaient jugé que quelque 1 290 personnes<sup>69</sup>. Selon les estimations, 30 % des affaires auraient abouti à un acquittement<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Voir Huyse et Salter (dir. pub.), *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict*, p. 30 à 46 ; Stephanie Wolters, *The gacaca process : Eradicating the culture of impunity in Rwanda ?*, Situation report, Institute for Security Studies, 5 août 2005, p. 1 et 2 ; L. Danielle Tully, « Human rights compliance and the gacaca jurisdictions in Rwanda », in : *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 26, n° 2, printemps 2003, p. 397 à 400.

<sup>67</sup> Huyse et Salter (dir. pub.), *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict*, p. 39 à 41.

<sup>68</sup> Clark, « The legacy of Rwanda's gacaca courts ».

<sup>69</sup> Human Rights Watch, « Rwanda : Héritage mitigé pour les tribunaux communautaires traitant les affaires de génocide – De graves erreurs judiciaires requièrent un examen par le système judiciaire national », 31 mai 2011.

<sup>70</sup> Daniel Gakuba, « Rwanda ends gacaca genocide tribunals », paru dans Deutsche Welle, 19 juin 2012.

## Afrique du Sud

Le *Traditional Leadership and Governance Framework Act* (loi-cadre relative à la gouvernance et aux autorités traditionnelles), adopté en 2003, a rendu légitimes les chefs traditionnels et ordonné à l'État de les soutenir. Il existe environ 800 communautés traditionnelles officiellement reconnues en Afrique du Sud, et chacune d'elles dispose au moins de son propre chef traditionnel principal, de son propre chef et de son propre conseil traditionnel, tous trois officiellement reconnus. En outre, le système en vigueur avant 1994 (année de l'avènement de la démocratie constitutionnelle), selon lequel les tribunaux coutumiers respectent une hiérarchie officiellement reconnue, a été conservé<sup>71</sup>. Les chefs traditionnels (principaux) nommés avant le 24 septembre 2004, lorsque le *Traditional Leadership and Governance Framework Act* est entré en vigueur, et ceux qui ont été officiellement reconnus depuis par le Gouvernement sud-africain se sont vu délivrer des lettres officielles de la part des juridictions civiles et pénales. Ces lettres constituent le fondement juridique de leur pouvoir de convoquer et de présider des tribunaux coutumiers. Il est possible de former un recours contre les décisions judiciaires communautaires informelles (qui ne sont pas officiellement reconnues) devant le comité régional, qui ne fait pas non plus partie de l'appareil judiciaire traditionnel officiellement reconnu<sup>72</sup>. Les tribunaux traditionnels officiellement reconnus appliquent ce qui a été appelé le « droit coutumier vivant », alors que d'autres tribunaux d'États appliquent aussi bien la législation nationale que le droit coutumier enregistré, ou le « droit coutumier officiel »<sup>73</sup>. En 2003, la *South African Law Reform Commission* (commission sudafricaine de la réforme législative) a publié un rapport intitulé « *Report on traditional courts and the judicial function of traditional leaders* » (rapport sur les tribunaux traditionnels et les fonctions judiciaires des chefs traditionnels), dans lequel elle propose un système de tribunaux coutumiers reconnus qui est conforme à la Constitution, ainsi qu'un projet de loi qui accompagne ce système. Dans la mesure où

<sup>71</sup> La *South African Law Reform Commission* recommande d'employer le terme « tribunal coutumier ». Ces instances ont également été qualifiées de tribunaux traditionnels, de tribunaux des chefs et de tribunaux communautaires. Voir Tshela, *Traditional justice in practice*, p. 19.

<sup>72</sup> Joanna Stevens, *Traditional and informal justice systems in Africa, South Asia, and the Caribbean*, PRI, mars 1999, p. 24 et 25.

<sup>73</sup> Tshela, *Traditional justice in practice*, p. 20.

le *Traditional Courts Bill* (projet de loi sur les tribunaux traditionnels) n'a pas encore été adopté, le cadre applicable aux tribunaux traditionnels en vigueur à l'époque coloniale et pendant l'apartheid n'a toujours pas été remplacé. La loi-cadre de 2003 a établi la *Commission on Traditional Leadership Disputes and Claims* (commission chargée des différends et réclamations soumis aux chefs traditionnels), qui offre une instance plus accessible pour régler les différends portés devant les chefs traditionnels, qui seraient autrement tranchés par l'appareil judiciaire officiel, une voie généralement empruntée en dernier ressort<sup>74</sup>.

Les tribunaux traditionnels ont une compétence pénale très limitée ; ils ne peuvent pas connaître, par exemple, de crimes graves tels que les viols, les meurtres ou les agressions graves<sup>75</sup>. Ils ne sont pas habilités à imposer des peines corporelles ou des amendes, et les réparations qu'ils peuvent accorder sont une restitution, des travaux d'utilités, une compensation, ou l'expulsion, qui est la peine la plus sévère. Leur pouvoir d'exiger une réinstallation a récemment été restreint et les chefs traditionnels se sont dits préoccupés par cette restriction<sup>76</sup>. Leur compétence à l'égard des affaires civiles est également limitée dans une certaine mesure.

Les tribunaux sud-africains ont jugé un certain nombre d'affaires intéressantes portant sur la compatibilité entre le droit coutumier appliqué par les tribunaux traditionnels et les droits tels qu'énoncés dans la Constitution. Dans l'affaire *Bandindawo and others v. Head of the Nyanda Regional Authority and another*, 1998 (3) SA 262 (Tk), une affaire d'ordre uniquement civil, il a été avancé qu'une partie au litige qui comparait devant un tribunal traditionnel ferait face à une norme de justice moins élevée que celle suivie par des tribunaux d'instance, ce qui contreviendrait au principe d'égalité devant la loi. Le tribunal saisi de cette affaire a reconnu qu'il existait des différences considérables entre les tribunaux coutumiers et l'appareil judiciaire officiel, mais que ces écarts correspondaient à une orientation culturelle particulière et qu'on pouvait, par conséquent, déroger à juste titre au droit à l'égalité de traitement. Toutefois, dans l'affaire *Mhlekwana and Feni v. Head of the Western Tembuland Regional Authority and another*, 2001 (1) A 574 (Tk), une affaire pénale, le tribunal a tiré une conclusion différente

<sup>74</sup> Ibid., p. 18.

<sup>75</sup> Ibid., p. 19 ; PRI, *Access to Justice in Sub-Saharan Africa*, p. 42.

<sup>76</sup> Tshehla, *Traditional justice in practice*, p. 33 et 34.

en faisant remarquer que les affaires pénales mettaient en jeu des questions de droit complexes et des sanctions potentiellement très lourdes, et que rien ne justifiait de faire l'économie de certaines garanties judiciaires, telles que le droit à une représentation juridique.

### Zambie

L'appareil judiciaire est composé de la Cour suprême, de la Haute Cour, des tribunaux subalternes et des tribunaux locaux. Un tribunal des petites réclamations a récemment été institué dans la capitale, Lusaka. Selon les estimations, entre 80 et 90 % des affaires seraient jugées par des tribunaux locaux<sup>77</sup>. Ceux-ci gèrent l'administration du droit coutumier et leurs juges n'ont habituellement pas suivi de programme formel d'études en droit, bien que le pouvoir judiciaire et, parfois, des projets d'assistance proposent une formation. Même si leurs compétences varient, ces tribunaux locaux statuent sur des faits illicites, des contrats, des affaires familiales, des successions et des infractions mineures<sup>78</sup>. C'est la langue locale qui y est utilisée et les procédures sont informelles et orales. Afin de rendre les procédures moins onéreuses et moins techniques, les parties ne peuvent s'adjoindre les services d'un avocat<sup>79</sup>. Un recours contre des décisions rendues par des tribunaux locaux et la Haute Cour en application du droit coutumier peut être formé auprès des tribunaux subalternes et de la Cour suprême, respectivement. Les tribunaux locaux sont de type communautaire, tandis que les tribunaux subalternes sont des juridictions de district. Une décision rendue en application du droit coutumier sera confirmée en appel à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec la justice naturelle. Dans la mesure où les tribunaux locaux ne sont pas considérés comme des tribunaux d'archives, tous les points de fait doivent être à nouveau intégralement examinés et tranchés si l'affaire est portée devant une juridiction d'appel. En d'autres termes, l'affaire est entendue depuis le début<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Paralegal Alliance Network, Mapping of legal aid service providers in Zambia : final report, University of Zambia, School of Law, 2007, p. 14.

<sup>78</sup> Voir Alfred S. Magagula, *The law and legal research in Zambia*, version actualisée, Hauser Global Law School Programme, 2014, disponible à l'adresse : [www.nyulawglobal.org/globalex/Zambia1.html#thelocalcourts](http://www.nyulawglobal.org/globalex/Zambia1.html#thelocalcourts).

<sup>79</sup> *Local Courts Act* (loi sur les tribunaux locaux), art. 15.

<sup>80</sup> *Subordinate Courts Act* (loi sur les tribunaux subalternes), art. 11 et 16.

Le système zambien reconnaît aussi bien le droit écrit que le droit coutumier, et c'est ce dernier qui est principalement pratiqué dans les zones rurales. Même si les systèmes de justice traditionnelle gérés par des chefs traditionnels ne sont pas reconnus par l'ordre juridique de l'État, ils jouent toutefois un rôle dans le règlement des différends. Le chef traditionnel propose également des candidats potentiels, souvent trois hommes, afin de pourvoir les postes vacants au sein des tribunaux locaux de son territoire<sup>81</sup>. La Constitution (art. 23) interdit la discrimination fondée sur le sexe et la situation matrimoniale, même si cette interdiction ne vise pas la discrimination qui résulte de l'application du droit coutumier, du droit de la famille et du droit des personnes<sup>82</sup>.

Les systèmes de justice traditionnelle jouent un rôle primordial dans l'administration des biens fonciers dans les zones rurales, où quelque 80 % des terres sont détenues en application du droit coutumier. Les terres sont censées assurer des moyens de subsistance et un bien-être à la communauté dans son ensemble, et non pas à l'individu ou à la famille. En conséquence, les droits fonciers ne sont pas reconnus par une preuve de propriété écrite ou des accords contraignants, mais par des relations de fiducie gérées par des personnes désignées par l'autorité traditionnelle. Cette pratique a engendré une discrimination à l'encontre des femmes en matière de droits fonciers lorsqu'elles se marient en vertu du droit coutumier<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Afronet, *The dilemma of local courts in Zambia*, 1998.

<sup>82</sup> Voir aussi, Muna Ndulo, « African customary law, customs, and women's rights », in : *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, n° 1, hiver 2011, p. 89.

<sup>83</sup> Human Rights Watch, *Suffering in Silence : The Links between Human Rights Abuses and HIV Transmission in Girls in Zambia*, New York, 2002, p. 54 à 60.





**DROITS DE L'HOMME  
ET SYSTÈMES DE JUSTICE  
TRADITIONNELLE**



Le présent chapitre examine les systèmes de justice traditionnelle sous l'angle des droits de l'homme. Nombre d'États africains qui ont reconnu que le droit coutumier faisait partie intégrante de leur ordre juridique ont généralement assorti cette reconnaissance de la condition que les règles coutumières soient compatibles avec leur constitution ou les normes internationales en matière de droits de l'homme, ou les deux. Les normes internationales en matière de droits de l'homme fixent des normes juridiques minimales et reconnaissent expressément la nature variée des systèmes juridiques dans diverses régions du monde, y compris les systèmes qui acceptent le pluralisme.

Les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme reconnaissent aussi les droits individuels et collectifs, et protègent les droits des personnes et ceux des peuples autochtones, des minorités et des communautés culturellement distinctes. Les systèmes de justice traditionnelle posent des défis nouveaux à l'analyse des droits de l'homme. Les tribunaux ou les organes chargés des droits de l'homme doivent soigneusement examiner les éventuelles violations des droits de l'homme commises par des systèmes de justice traditionnelle avant d'exprimer leur avis sur la compatibilité d'une pratique donnée avec les normes en matière de droits de l'homme. Par exemple, dans une affaire impliquant un recours contre les procédures suivies dans une affaire tranchée en application du droit coutumier, la Haute Cour de Namibie a déclaré que toute conclusion devrait être dégagée de manière équitable et raisonnable, comme le prescrit l'article 18 de la Constitution<sup>84</sup>. Toutefois, il ne fait guère de doute que les organes internationaux et régionaux chargés des droits de l'homme continueront de condamner certaines pratiques qui enfreignent clairement les normes en matière de droits de l'homme, telles que le châtiment corporel et la discrimination sexuelle.

## A. NORMES INTERNATIONALES ET RÉGIONALES EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques contient un certain nombre de dispositions concernant les droits de l'homme dans l'administration

<sup>84</sup> *Erastus Tjiundika Kahuure and Others v. Mbanderu Traditional Authority and Others, Judgment*, 13 avril 1997, affaire n° (P) A 114/2006 (non publié). Voir Hinz, « Traditional courts in Namibia – part of the judiciary ? », in : *In Search of Justice and Peace*, p. 108 et 109.

de la justice. Son article 14 prévoit des dispositions relatives à un procès équitable, et consacre en particulier le droit à l'égalité devant les cours, le droit d'une personne à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, le principe de la présomption d'innocence, le droit d'être jugé sans retard excessif, le droit de garder le silence, le droit de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable, le droit d'être représenté par un avocat et, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, de se voir attribuer d'office un conseiller juridique, sans frais, si l'accusé n'a pas les moyens de le rémunérer, le droit d'une personne de faire examiner par une juridiction la déclaration de culpabilité et la condamnation prononcées à son encontre, ainsi que le principe selon lequel nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif.

Dans son observation générale n° 32 de 2007 relative au droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, le Comité des droits de l'homme a déclaré que l'article 14 était pertinent quand « l'État, dans son ordre juridique, reconnaît les tribunaux de droit coutumier ou les tribunaux religieux et leur confie des fonctions judiciaires ». Le Comité a fait observer que « ces tribunaux ne p[ouvaient] rendre de jugements exécutoires [...], à moins qu'il soit satisfait aux prescriptions suivantes : les procédures [...] sont limitées à des questions de caractère civil et à des affaires pénales d'importance mineure, elles sont conformes aux prescriptions fondamentales d'un procès équitable et aux autres garanties pertinentes du Pacte, les jugements de ces tribunaux sont validés par des tribunaux d'État à la lumière des garanties énoncées dans le Pacte et peuvent être attaqués par les parties intéressées selon une procédure répondant aux exigences de l'article 14 ».

La Déclaration de Dakar sur le droit à un procès équitable en Afrique, adoptée en 1999 par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, a aussi abordé cette question en ces termes : « Les tribunaux traditionnels ne dérogent pas aux dispositions de la Charte africaine relatives aux procès équitables. » (par. 4).

La question de l'applicabilité des instruments relatifs aux droits de l'homme aux systèmes de justice traditionnelle soulève plusieurs questions essentielles. Par exemple, un système judiciaire traditionnel a-t-il été reconnu comme faisant

partie de l'ordre juridique d'un État qui lui a confié des fonctions judiciaires, et l'État a-t-il habilité cette instance à rendre des jugements contraignants ? Si la réponse à cette double question est positive, les systèmes de justice traditionnelle devraient, en principe, respecter les garanties procédurales d'un procès équitable énoncées dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Quoiqu'il en soit, du moins dans les litiges civils mineurs, l'application de l'article 14 – tel qu'interprété par le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 32 de 2007 – n'exclut pas une certaine souplesse. Par exemple, il existe des tribunaux traitant de petites réclamations dans un certain nombre de pays développés et de pays en développement, dont les règles d'administration de la preuve sont moins strictes et qui, parfois, ne font pas appel à des conseillers juridiques.

Il n'est pas toujours évident de savoir si des instances traditionnelles dirigées par des chefs traditionnels ou des aînés jouissent ou non d'un statut juridique dans l'ordre juridique d'un État leur permettant de trancher des différends et de rendre des décisions ayant force obligatoire. Dans certains États, les instances coutumières ne sont pas considérées comme des tribunaux au sens judiciaire du terme, et peuvent être instituées ou abolies par le pouvoir exécutif. En outre, elles ne sont pas habilitées à rendre des jugements exécutoires puisque leurs procédures sont orales et qu'elles n'ont aucun pouvoir pour faire appliquer leurs décisions. Dans d'autres États, il est possible que les procédures n'aient pas été enregistrées ou que le dossier de la procédure ne soit pas suffisant pour un examen en appel. Généralement, dans de tels cas de figure, si les parties au différend ne sont pas satisfaites de la décision rendue par l'instance judiciaire traditionnelle, l'affaire devrait être à nouveau intégralement jugée par un tribunal officiel. Sur le plan analytique, il ne s'agit pas d'un recours, mais plutôt d'un premier échec de la procédure alternative de règlement des différends qui n'a pas réussi à aboutir à une décision satisfaisante, suivi d'une décision de l'une ou des deux parties de porter leur litige devant un tribunal officiel pour qu'il convoque une audience reprenant l'affaire depuis le début et rende un nouveau jugement.

En résumé, lorsque des systèmes de justice traditionnelle sont reconnus comme faisant partie intégrante de l'appareil judiciaire d'un État et sont en mesure de rendre des jugements exécutoires susceptibles d'appel, les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

ayant trait aux garanties procédurales devraient donc en principe être applicables. Toutefois, lorsque des instances judiciaires traditionnelles ne sont pas considérées comme des tribunaux qui mènent des procédures judiciaires, il faudrait davantage les voir comme des mécanismes alternatifs de règlement des différends qui ne tombent pas sous le coup des exigences procédurales imposées par le Pacte<sup>85</sup>.

Des instruments internationaux et régionaux prévoient des garanties de procès équitable dans les affaires pénales, et les infractions pénales graves en particulier doivent être jugées par des tribunaux officiels. Il se peut qu'un accusé n'ait pas le choix du for et, comme l'a reconnu un tribunal sud-africain, étant donné que les affaires pénales mettent en jeu des questions de droit complexes et des sanctions potentiellement très lourdes, les protections procédurales telles que le droit à une représentation juridique sont primordiales<sup>86</sup>. Quoi qu'il en soit, certains États continuent d'autoriser les systèmes de justice traditionnelle à juger des affaires impliquant des accusations criminelles graves. Le fait que de nombreux systèmes traditionnels n'établissent pas de distinction entre le contexte pénal et civil peut compliquer l'analyse, particulièrement lorsque le jugement rendu exige qu'une réparation soit versée au demandeur uniquement sous forme d'argent, de bétail ou de produits d'une récolte. Il arrive que les réparations comportent un élément punitif, qui s'apparente beaucoup à des réparations pour préjudice, accordées dans des affaires de responsabilité civile délictuelle dans certains pays de *common law*, ce qui complique encore plus l'analyse. Toutefois, l'absence de sanction punitive significative dans ces espèces soulève des questions quant à l'impunité des auteurs d'infractions graves au droit pénal.

Les systèmes de justice traditionnelle qui fonctionnent indépendamment de l'État sont bien moins susceptibles d'être liés par le droit international des droits de l'homme. Tel que libellé, l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne s'applique pas aux instances judiciaires alternatives qui fonctionnent indépendamment de l'État. En outre, l'observation générale n° 32 de 2007 du Comité des droits de l'homme

<sup>85</sup> L'article 14 du Pacte vise « les tribunaux et les cours » et précise que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal [...] qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ».

<sup>86</sup> *Mhlekwana and Feni v. Head of the Western Transvaal Regional Authority and another*.

prévoit que l'article 14 ne s'applique que lorsqu'un État a intégré les tribunaux coutumiers à son système d'administration de la justice.

Même lorsque l'État n'est pas chargé de veiller à ce que les pratiques des instances traditionnelles respectent les normes en matière de droits de l'homme, il a l'obligation de fournir une instance à même de régler des litiges et de poursuivre des personnes accusées d'un acte criminel. Dans la mesure où la communauté recourt à des systèmes judiciaires alternatifs parce que l'État ne lui fournit pas ces services, celui-ci devrait être tenu responsable de cette carence en vertu du droit international des droits de l'homme.

Dans certains pays, comme en Afrique du Sud, des restrictions législatives ou constitutionnelles aux compétences des instances traditionnelles permettent de définir et de protéger les droits de l'homme<sup>87</sup>. D'autres États ont, ou ont eu, des dispositions produisant l'effet contraire, à savoir qu'elles dispensent le droit coutumier d'accorder certaines garanties relatives aux droits de l'homme<sup>88</sup>.

Des chevauchements de compétences entre les tribunaux officiels et les systèmes de justice traditionnelle peuvent donner lieu à des conflits de lois, en particulier lorsque le droit coutumier appliqué par une instance judiciaire traditionnelle va à l'encontre du droit écrit ou de la jurisprudence des tribunaux officiels<sup>89</sup>. Cela est particulièrement important du point de vue des droits de l'homme puisque comparer la façon dont les tribunaux officiels et les instances judiciaires traditionnelles jugent des affaires similaires en application du droit coutumier permettra de mieux saisir dans quelle

<sup>87</sup> PRI, *Access to Justice in Sub-Saharan Africa*, p. 43.

<sup>88</sup> Le Kenya, la Zambie et le Zimbabwe ont de tout temps exempté certains domaines du droit coutumier et religieux de l'obligation de respecter la disposition constitutionnelle relative à la non-discrimination. Voir Ministère du développement international du Royaume-Uni, *Non-State justice and security services*, p. 20.

<sup>89</sup> Le Soudan du Sud offre un exemple de conflit avec le droit écrit, puisque les conflits entre le droit coutumier et le droit écrit, ainsi qu'entre le droit coutumier et la charia, y sont de plus en plus courants. Voir Jok, Leitch et Vandewint, *A study of customary law in contemporary southern Sudan*, p. 29 à 31. Le Malawi offre quant à lui un exemple de conflit avec la jurisprudence : les juges des tribunaux étatiques inférieurs sont plus enclins à déclarer inconstitutionnel le droit coutumier que le droit écrit, et leur jurisprudence à cet égard diffère du droit coutumier appliqué par les instances dirigées par des chefs traditionnels. Voir Schärf et autres, *Access to justice for the poor of Malawi ?*, p. 19 et 20.

mesure chacun de ces systèmes respecte les normes en matière de droits de l'homme.

Le présent chapitre aborde des normes internationales et des sujets de préoccupation spécifiques, ainsi que les aspects positifs des systèmes de justice traditionnelle. Même s'il se peut que, parfois, des instruments relatifs aux droits de l'homme n'aient aucune valeur juridique contraignante, ils fournissent toutefois un cadre pour analyser les pratiques des systèmes de justice traditionnelle en matière de droits de l'homme.

## B. DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE

L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit les normes applicables aux procès civils et pénaux, et est le principal instrument international relatif aux droits de l'homme à cet égard<sup>90</sup>. Certains instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme prévoient également des protections procédurales<sup>91</sup>.

### 1. Droit à un procès équitable et public

Le droit d'une personne « à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal *compétent, indépendant et impartial* » est reconnu aussi bien dans les affaires civiles que dans les affaires pénales<sup>92</sup>. Pour le Comité des droits de l'homme, le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial est un droit absolu<sup>93</sup>. Les systèmes de justice traditionnelle, de par leur structure et leurs procédures, présentent un risque pour la réalisation de ce droit. Ils semblent être d'une certaine manière incompatibles avec ces normes, du moins telles que définies par

<sup>90</sup> La Convention relative aux droits de l'enfant (art. 40), la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (art. 18) et la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (art. 11) traitent aussi du droit à un procès équitable.

<sup>91</sup> Voir la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 8.1 et 27.2), la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6.1) et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 7.1 et 26).

<sup>92</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14, par. 1 (pas d'italique dans l'original).

<sup>93</sup> *Miguel González del Río c. Pérou*, communication n° 263/1987, constatations adoptées le 28 octobre 1992.

les instruments internationaux. Il est donc important d'examiner les raisons politiques qui sous-tendent ces normes et la mesure dans laquelle les préoccupations exprimées n'ont pas lieu d'être.

Il est rare que des intervenants des mécanismes de justice traditionnelle aient suivi une formation juridique et qu'ils comprennent le droit écrit. L'importance de telles compétences dépend du rôle que joue le mécanisme de justice traditionnel. S'il applique le droit coutumier oral, ces lacunes ont peu d'importance, voir aucune. D'autres éléments permettant d'évaluer les compétences – tels que la connaissance des parties au litige et l'expérience de la gestion d'affaires similaires – peuvent revêtir davantage d'importance. La question de la sélection des intervenants est intimement liée à celle de savoir s'ils sont compétents. En l'absence de normes en la matière, il peut être plus difficile de s'assurer que les individus qui rendent les décisions sont à même d'occuper des postes de responsabilité. De plus, la nécessité d'assurer une représentation équitable des sexes va croissante.

Si l'exigence prévue à l'article 14, selon laquelle les tribunaux devraient être indépendants, renvoie à leur indépendance par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif de l'État ainsi qu'à d'autres types de pression, comme les incitations financières, les mêmes principes sous-jacents s'appliquent aussi aux mécanismes de justice traditionnelle : les craintes que des influences politiques, financières ou autres viennent corrompre le processus. En effet, il semblerait que le problème se pose dans certains systèmes. Évaluer l'indépendance d'un tribunal nécessite d'examiner deux points : son indépendance par rapport à l'État et son indépendance par rapport à la gouvernance communautaire. La première forme d'indépendance pose problème lorsqu'un mécanisme de justice traditionnel est tributaire du pouvoir exécutif du gouvernement ou a été établi par celui-ci, mais moins lorsque ces systèmes traditionnels fonctionnent en marge des autres branches du gouvernement ou ne relèvent aucunement de l'État. Il y a également lieu de s'inquiéter au niveau communautaire, dans la mesure où les chefs des communautés traditionnelles peuvent jouer un rôle au sein tant des mécanismes de justice traditionnelle que de la structure de gouvernance locale. Une telle concentration des pouvoirs augmente le risque d'influence indue ou de corruption. Bien que la corruption ait été considérée comme un problème dans les procédures des mécanismes de justice traditionnelle, il convient aussi de l'examiner dans le contexte du système judiciaire officiel,

où la corruption peut également être un problème. Un certain nombre de commentateurs ont conclu que la corruption avait moins cours dans les systèmes de justice traditionnelle que dans le secteur judiciaire officiel, ce qui renforce la confiance que les gens ordinaires accordent à ces instances<sup>94</sup>.

L'impartialité des mécanismes de justice traditionnelle est difficile à apprécier, dans la mesure où nombre d'entre eux sont structurés d'une manière qui met l'accent, voir s'appuie, sur le fait que les chefs traditionnels connaissent les parties au litige. Connaître les parties peut aider à établir les faits et apporter des informations utiles concernant leur situation. Comme l'a expliqué un citoyen du Burundi au sujet des *bashingantahe*, cette connaissance favorise l'accessibilité et l'efficacité : « En général, les *bashingantahe* connaissent dans les moindres détails l'origine des litiges qu'ils sont appelés à régler, il leur est donc facile d'établir les faits. Il semble que, sans les *bashingantahe*, les tribunaux seraient submergés de différends à régler, ce qui entraverait leur bon fonctionnement<sup>95</sup>. ». Si la proximité du mécanisme de justice traditionnel avec les parties au litige peut servir des objectifs importants, cela peut également présenter plusieurs risques. La principale question ici est de savoir si la structure des systèmes de justice traditionnelle protège contre certaines formes d'influences indues ou, au contraire, si elle les facilite.

Tout pouvoir de négociation inégalement réparti entre les parties peut porter préjudice au processus de manière moins visible. Des distinctions ayant trait à la famille, aux richesses ou au sexe peuvent avoir plus de poids que dans l'appareil judiciaire officiel, compte tenu de la connaissance qu'ont les chefs traditionnels des parties et de leur statut au sein de la communauté. Un rapport a dit qu'il s'agissait là de « la plus grande faiblesse » d'un mécanisme de justice traditionnel, avant d'expliquer que « le processus de compromis propre au système tend à renforcer les comportements sociaux existants, qu'ils soient souhaitables ou non<sup>96</sup> ». Ce problème peut être

<sup>94</sup> Voir, par exemple, *Customary Justice : Perspectives on Legal Empowerment*, p. 92, et Erica Harper, *Customary Justice : From Program Design to Impact Evaluation*, Rome, OIDD, 2011, p. 25.

<sup>95</sup> Dexter et Ntahombaye, *The role of informal justice systems*, p. 20. Les connaissances qu'ont les *bashingantahe* de la limite des terres, de la jurisprudence des tribunaux ainsi que des contrats et des testaments illustrent la manière dont leur mémoire facilite le processus.

<sup>96</sup> Stevens, *Traditional and informal justice systems in Africa, South Asia, and the Caribbean*, p. 52 et 53.

exacerbé dans les instances où c'est la communauté en tant que groupe qui détient le pouvoir de prise de décisions, puisque les statuts respectifs des parties au litige au sein de la communauté sont susceptibles d'influencer la décision du groupe.

Bien que cela ne semble pas être un problème pour la plupart des mécanismes de justice traditionnelle examinés dans le présent rapport, les ordalies ou les procès basés sur des preuves tirant leur origine de rituels spirituels, ou d'autres types de preuves non fiables par nature, auraient cours dans certains pays. Au Libéria, par exemple, même si la jurisprudence interdit les ordalies depuis 1916<sup>97</sup>, des formes non violentes d'ordalie semblent toujours avoir lieu dans certaines parties du pays et sont autorisées en application de règlements appelés les *Hinterland Regulations*. La forme d'ordalie la plus courante cherche à inciter les individus à dire la vérité et peut consister à identifier une personne coupable par des moyens surnaturels ou à l'issue d'un processus appelé *kafu*, dans lequel toutes les parties à un différend se partagent de la nourriture préparée de telle sorte que ceux qui ne disent pas la vérité subiront des conséquences surnaturelles.

D'autres types d'ordalies dangereuses mais non mortelles ont aussi été signalées, comme la pratique consistant à tremper une main dans de l'eau bouillante ou à poser du métal chaud sur la peau. Ces diverses épreuves reposent sur l'idée selon laquelle des pouvoirs surnaturels protégeront l'innocent et puniront le coupable. Des ordalies violentes sont encore occasionnellement pratiquées et tolérées dans les communautés de certains États. Par exemple, le Président du Libéria a accordé la grâce à 14 personnes condamnées pour avoir causé la mort d'un individu au cours d'une ordalie<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> *Jedah v. Horace* (1916) 2 LLR 63, affaire dans laquelle la Cour suprême a jugé illégale la pratique du *sassywood*, un type d'épreuve judiciaire qui consiste à faire boire un liquide contenant du poison au motif que les pouvoirs spirituels protégeront l'innocent. Selon la Cour suprême, cette pratique visait à extorquer illégalement des aveux à l'accusé, et n'était pas compatible avec la loi stipulant que « nul ne peut être contraint de produire des preuves de nature à l'incriminer ». Voir aussi *Tenteah v. Republic of Liberia* (1940) 7 LLR 63, affaire dans laquelle la Cour suprême a déclaré que l'ordalie était contraire à la Constitution et illégale.

<sup>98</sup> Amanda C. Rawls, « Policy proposals for justice reform in Liberia : Opportunities under the current legal framework to expand access to justice », in : *Customary Justice : Perspectives on Legal Empowerment*, p. 104 et 105. Voir aussi Hanibal Goitom, *Trial by ordeal in Liberia*, Custodia Legis : Law Librarians of Congress, 14 juillet 2011.

Dans certaines régions de la Guinée-Bissau, des preuves non fiables par nature qui découlent d'épreuves spirituelles, de sacrifices d'animaux ou de feuilles de palmier bouillies sont admises au procès, une pratique qui n'est pas compatible avec l'exigence de procès équitable visant à déterminer si une personne a commis un crime ou non<sup>99</sup>.

Enfin, les systèmes de justice traditionnelle qui sont davantage basés sur la notion de responsabilité collective (à l'instar de ceux qui existent au Kenya et en Somalie) que sur celle de responsabilité individuelle pourraient sembler incompatibles avec les éléments de la responsabilité pénale individuelle, tels qu'exposés à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>100</sup>.

## 2. Protections propres au contexte pénal<sup>101</sup>

L'article 14 du Pacte prévoit des protections procédurales détaillées pour les personnes accusées dans les affaires pénales. La présente partie porte principalement sur ces normes en matière de droits de l'homme que les systèmes de justice traditionnelle peuvent ne pas respecter.

Les victimes ou leur famille peuvent décider de porter une affaire devant une instance traditionnelle plutôt que devant des tribunaux officiels. Il se peut toutefois que l'accusé n'ait pas ce choix. Ainsi, même lorsque le système officiel offre des garanties procédurales suffisantes, la partie défenderesse n'est pas en mesure d'en bénéficier. En conséquence, en l'absence de procédure visant à renvoyer l'affaire devant des tribunaux officiels à la demande de l'accusé, les mécanismes de justice traditionnelle qui ont compétence pour connaître d'affaires pénales graves devraient être assujettis aux mêmes normes que les tribunaux officiels. Il est toutefois fort peu probable que cela soit le cas puisque les États ont eu tendance à restreindre les compétences civiles et pénales des mécanismes de justice traditionnelle. Quoi qu'il en soit, ces mécanismes peuvent outrepasser leur

<sup>99</sup> *Final report of the project for the collection and codification of customary law in force in the Republic of Guinea-Bissau*, préparé par la faculté de droit de Bissau, et financé par le PNUD et l'Union européenne, p. 51 à 54.

<sup>100</sup> Harper, *Customary Justice : From Program Design to Impact Evaluation*, p. 24.

<sup>101</sup> Aux fins de la présente analyse, les affaires pénales s'entendent des affaires dont les procédures (en tout ou en partie) portent sur des actes qui sont généralement considérés comme criminels, que le tribunal fasse une telle distinction ou non.

mandat, par exemple, lorsque les tribunaux officiels sont loin ou n'exercent pas en pratique leur juridiction.

Il convient de relever que les systèmes de justice traditionnelle et les tribunaux officiels parviennent souvent à des résultats différents et que le jugement rendu par un mécanisme de justice traditionnel à raison d'un comportement qui pourrait être qualifié de criminel peut être moins sévère que le jugement délivré par l'appareil judiciaire officiel. Deux questions se posent ici : les procédures traditionnelles devraient-elles suivre des normes procédurales moins strictes si l'acte reproché ne peut être considéré comme une infraction pénale grave ? Et, si le jugement rendu par un mécanisme traditionnel impose une peine légère ou n'en prévoit aucune, faut-il s'inquiéter pour le principe d'égalité devant la loi ?<sup>102</sup>

Les processus traditionnels qui s'apparentent à de la médiation ou à de l'arbitrage n'attachent généralement pas beaucoup d'importance au verdict de culpabilité ou à la reconnaissance de l'innocence. Ces procédures non accusatoires, axées sur la réconciliation peuvent aller à l'encontre du droit de l'accusé d'être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie. De même, l'importance accordée aux aveux par certains mécanismes de justice traditionnelle peut violer la garantie de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable<sup>103</sup>.

#### (a) Droit à un conseil

Le droit à un conseil<sup>104</sup> pose également des problèmes dans la mesure où la vaste majorité des systèmes de justice traditionnelle analysés ici interdisent à des avocats de participer aux procédures. Tout comme l'exigence d'impartialité, le droit d'un accusé de recourir aux services d'un conseil se heurte à certains principes de base des procédures des mécanismes de justice traditionnelle. Certains pensent qu'exclure le recours à un conseil assure qu'aucune des parties n'aura un avantage sur l'autre et protège les procédures informelles utilisées par les

<sup>102</sup> Comme il a été dit plus haut, le Comité des droits de l'homme est d'avis que les mécanismes de justice traditionnelle ne devraient pas, en principe, connaître d'affaires impliquant des accusations pénales graves. Voir observation générale n° 32 de 2007.

<sup>103</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par. 2 et al. g du paragraphe 3 de l'article 14.

<sup>104</sup> Ibid., al. d du paragraphe 3 de l'article 14.

mécanismes de justice traditionnelle. L'interdiction de la représentation juridique formelle n'empêche toutefois pas un membre de la famille de l'accusé, voire un de ses amis, de parler en son nom, et c'est même une pratique à laquelle on s'attend souvent.

### **(b) Droit d'être jugé sans retard excessif**

Le droit d'être jugé sans retard excessif<sup>105</sup> et d'autres droits liés à l'accès à la justice sont peut-être les domaines dans lesquels il est évident que les systèmes de justice traditionnelle respectent les normes en matière de droits de l'homme, parfois bien plus que les tribunaux officiels.

### **(c) Droit d'appel**

Le droit d'appel dans les affaires pénales<sup>106</sup> peut être menacé dans les systèmes qui n'ont pas de mécanisme d'appel ou dans lesquels les parties n'ont pas accès à un tribunal officiel afin de contester la procédure suivie et le jugement rendu par une instance judiciaire traditionnelle. Dans de nombreux systèmes de justice traditionnelle, l'absence de dossiers sur support papier et de décisions juridiques écrites rend l'examen d'un jugement difficile, voire impossible. Comme il a été dit plus haut, si l'accusé n'est pas satisfait de l'issue de la procédure judiciaire traditionnelle et que la décision rendue n'a pas force obligatoire dans l'ordre juridique national, il peut en principe la contester et demander à ce que l'affaire soit entendue depuis le début par des tribunaux officiels.

### **(d) Protection d'une personne contre le fait d'être poursuivie en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée par un jugement définitif**

La protection offerte à une personne contre le fait d'être poursuivie en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée par un jugement définitif<sup>107</sup> peut être menacée lorsque le système formel est susceptible d'exercer une compétence concurrente

<sup>105</sup> Ibid., al. c du paragraphe 3 de l'article 14. Le droit d'« être jug[é] sans retard excessif » figure au rang des garanties auxquelles une personne accusée d'une infraction pénale a droit au minimum.

<sup>106</sup> Ibid., par. 5 de l'article 14.

<sup>107</sup> Ibid., par. 7 de l'article 14.

à l'égard de l'accusé. La possibilité d'être jugé plus d'une fois pour un même comportement criminel a posé un problème dans certains États. Lorsque deux systèmes judiciaires exercent leur compétence, il faudrait dans l'idéal qu'ils puissent tenir compte des actions de l'autre dans le but de parvenir à un résultat d'ensemble qui soit considéré comme équitable et juste, aussi bien pour l'accusé que pour la victime<sup>108</sup>.

### (e) Droits des victimes

Un autre aspect positif des systèmes de justice traditionnelle est la participation des victimes aux procédures. Il s'agit là d'un droit considéré comme prioritaire par la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir<sup>109</sup>. L'importance de l'accès à la justice y est soulignée en ces termes : « Il faut établir et renforcer, si nécessaire, des mécanismes judiciaires et administratifs permettant aux victimes d'obtenir réparation au moyen de procédures officielles ou non qui soient *rapides, équitables, peu coûteuses et accessibles* » (par. 5, pas d'italique dans l'original). La Déclaration a relevé le rôle potentiellement important que des instances de substitution peuvent jouer dans la promotion des droits des victimes : « Les moyens non judiciaires de règlement des différends, y compris la médiation, l'arbitrage et les pratiques de droit coutumier ou les pratiques autochtones de justice, doivent être utilisés, s'il y a lieu, pour faciliter la conciliation et obtenir réparation pour les victimes » (par. 7).

## C. INTERDICTION DE LA TORTURE ET D'AUTRES FORMES DE MAUVAIS TRAITEMENTS OU DE PEINES

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que « [n]ul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » (art. 7)<sup>110</sup>. À l'exception de certaines formes d'ordalies et de

<sup>108</sup> Voir Hinz, « Traditional courts in Namibia – part of the judiciary ? », in : *In Search of Justice and Peace*, p. 111 à 113.

<sup>109</sup> Résolution 40/34 de l'Assemblée générale, annexe. Voir, par exemple, par. 6.

<sup>110</sup> Voir aussi la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

pratiques associées à la sorcellerie, la torture ne semble généralement pas être un problème dans les systèmes de justice traditionnelle. Le Comité des droits de l'homme a toutefois décelé d'autres formes de mauvais traitements infligés par des systèmes de justice traditionnelle, comme le châtiment corporel, qui constitue une violation de l'interdiction faite par le Pacte de recourir à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>111</sup>. Il convient de rappeler que de nombreux systèmes de justice traditionnelle en Afrique recourent depuis longtemps au châtiment corporel sous forme de flagellation. Bien qu'un certain nombre d'États aient aboli cette pratique, elle peut continuer à avoir cours dans quelques systèmes de justice traditionnelle.

Une autre question consiste à savoir si le fait qu'un mécanisme de justice traditionnel bannisse une personne d'une zone géographique donnée pourrait constituer une peine ou un traitement cruel, inhumain ou dégradant, au sens de l'article 7 du Pacte, ou même une violation de son article 12<sup>112</sup>. L'article 12 prévoit que « [q]uiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence ». Or, il convient de relever que les droits consacrés par l'article 12 peuvent être restreints, notamment pour des raisons d'ordre public ou pour protéger les droits et libertés d'autrui. L'Afrique du Sud a estimé que le bannissement ne devrait pas servir de sanction<sup>113</sup>, mais certains chefs traditionnels ont critiqué cette position et au moins une cour constitutionnelle (non africaine) est parvenue à la conclusion contraire<sup>114</sup>. Il convient d'observer que le

<sup>111</sup> Voir observation générale n° 32 de 2007. Voir aussi Comité des droits de l'homme, *Osbourne c. Jamaïque*, communication no 759/1997, constatations adoptées le 15 mars 2000 ; *Higginson c. Jamaïque*, communication no 792/1998, constatations adoptées le 28 mars 2002 ; et *Sooklal c. Trinité-et-Tobago*, communication no 928/2000, constatations adoptées le 25 octobre 2001.

<sup>112</sup> Voir aussi « Accès des enfants à la justice », A/HRC/25/35, par. 31.

<sup>113</sup> *Policy framework on the traditional justice system under the Constitution*, p. 35, par. 6.7.5.2.

<sup>114</sup> La Cour constitutionnelle de Colombie, par sa décision T523/97, a confirmé la pratique consistant pour un mécanisme de justice autochtone à bannir une personne d'un territoire autochtone en particulier, au motif qu'il s'agissait en fait d'une sanction culturellement protégée et limitée dans sa portée, étant donné que le bannissement se limitait à un territoire autochtone en particulier et que l'individu concerné pouvait vivre dans d'autres territoires autochtones ou non de Colombie, et que cela n'était donc pas incompatible avec l'article 34 de la Constitution.

bannissement n'est pas nécessairement permanent et qu'il peut être limité dans le temps, même pour les crimes les plus graves<sup>115</sup>.

#### D. DROIT À LA VIE

Comme il a été dit plus haut, dans ses observations finales concernant le rapport présenté par Madagascar, le Comité des droits de l'homme s'est penché sur le recours à la peine de mort par un système judiciaire traditionnel du pays. Il s'est dit préoccupé par l'existence d'un système de justice coutumière (*Dina*), qui n'était pas toujours en mesure d'assurer des procès équitables. Il a déploré que des exécutions sommaires aient été perpétrées du fait de décisions rendues par les *Dina*, et a pris note de la déclaration de l'État partie selon laquelle les *Dina* ne pouvaient plus intervenir que pour des délits mineurs et sous contrôle judiciaire. Le Comité a recommandé à l'État partie de veiller au fonctionnement d'une justice équitable au niveau des *Dina* sous le contrôle des juridictions étatiques, et l'a invité à veiller à ce que les exécutions sommaires perpétrées suite à des décisions rendues par les *Dina* ne se produisent plus et que tout accusé puisse bénéficier de l'ensemble des garanties énoncées dans le Pacte<sup>116</sup>. Au Soudan du Sud, un tribunal coutumier aurait condamné un accusé à la peine capitale alors qu'il avait également été reconnu que le tribunal coutumier en question avait outrepassé le pouvoir juridictionnel que lui conférait la loi<sup>117</sup>.

En Somalie, dans les procédures coutumières, les familles de victimes de meurtre auraient le droit de choisir entre une réparation et l'exécution des auteurs des crimes<sup>118</sup>. Laisser un tel choix à la famille de la victime est manifestement incompatible avec le droit à la vie.

Comme indiqué plus haut, l'ordalie a entraîné la mort dans certains cas. En outre, des personnes, généralement des femmes âgées, ont été exécutées

<sup>115</sup> Ezekiel Pajibo, *Traditional Justice Mechanisms : The Liberian Case*, Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008, p. 19 et 20.

<sup>116</sup> Voir CCPR/C/MDG/CO/3, par. 15 et 16. Voir aussi CCPR/C/MDG/2005/3.

<sup>117</sup> Commission internationale de juristes, *South Sudan : an independent judiciary in an independent State*, 2013, p. 23.

<sup>118</sup> Harper, *Customary Justice : From Program Design to Impact Evaluation*, p. 24.

parce qu'elles étaient considérées comme des sorcières<sup>119</sup>. Tous ces exemples sont des violations flagrantes du droit à la vie.

## E. LIBERTÉ DE RELIGION OU DE CROYANCE

La question de la sorcellerie pose également des problèmes en matière de liberté de religion ou de croyance. Bien que les croyances dans le pouvoir surnaturel et la sorcellerie ne se limitent en aucun cas à l'Afrique, la sorcellerie est un sujet qui mérite d'être examiné dans le contexte des systèmes de justice traditionnelle puisque, dans certains pays, les mécanismes de justice traditionnelle connaissent d'actes de sorcellerie dans le cadre de leur compétence *ratione materiae*. Les accusations de sorcellerie, par exemple, peuvent faire éclater des conflits entre différents membres d'une communauté, et les chefs traditionnels peuvent jouer un rôle en proposant une médiation ou en réglant de toute autre manière le conflit<sup>120</sup>. Il convient de relever que le pouvoir local peut rechigner à intervenir dans ce genre d'affaires et peut, en fonction des circonstances, s'en remettre aux chefs traditionnels.

Des croyances spirituelles de différentes sortes peuvent tenir une place importante dans les communautés traditionnelles et jouer un rôle en renforçant le pouvoir des chefs, des sous-chefs, des chefs de village ou des conseils d'ânés dans l'exercice de leurs fonctions au sein des systèmes de justice traditionnelle. Ces croyances spirituelles peuvent être associées à un large éventail de systèmes de croyances et ont des connotations tant positives que négatives. Par exemple, elles peuvent aider à expliquer certaines situations ou coïncidences énigmatiques et permettent de cibler et de surmonter des troubles psychologiques, ou sont mises à profit lors de rituels visant à guérir ou à purifier l'esprit d'une personne. Il semble que dans certaines communautés traditionnelles, les ânés agissent parfois en tant que médiums pour communiquer avec l'esprit des morts.

Cependant, de telles croyances peuvent aller de pair avec des accusations de sorcellerie, de magie et de malédiction, qui sont souvent portées contre

<sup>119</sup> Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, A/HRC/11/2.

<sup>120</sup> Maakor Quarmyne, « Witchcraft : A human rights conflict between customary/traditional laws and the legal protection of women in contemporary subSaharan Africa », in : *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 17, n° 2, 2011, art. 7, p. 482.

des femmes, en particulier des femmes âgées, ainsi que contre des enfants. Bien qu'il soit difficile de définir la sorcellerie, les cinq caractéristiques suivantes peuvent aider à définir les concepts de sorcier ou sorcière et de sorcellerie : a) les sorciers ou sorcières utilisent des moyens non physiques pour faire le malheur des autres ou leur nuire ; b) ce sont habituellement des voisins ou des parents plutôt que des inconnus qui sont visés ; c) la société désapprouve fortement ces actes, en partie parce qu'ils sont entourés de secret et en partie parce qu'ils ne sont pas motivés par la richesse ou le prestige mais par la malveillance et la rancune ; d) les actes de sorcellerie s'inscrivent dans des traditions anciennes, plutôt que dans des contextes isolés ; et e) les autres êtres humains peuvent résister aux sorciers ou sorcières en recourant à la persuasion, à des moyens non physiques (pour déjouer les sorts) ou à la dissuasion, y compris par des châtiments corporels, l'exil, des amendes ou l'exécution<sup>121</sup>.

Dans la pratique, des personnes accusées d'être des sorcières ou d'avoir usé de la sorcellerie sont rendues responsables des malheurs qui frappent une personne ou une famille de la communauté. Il peut s'agir d'un ou de plusieurs décès qui ne trouvent pas d'autre explication, d'une maladie, de l'incapacité d'avoir des enfants, d'impotence, d'une déficience mentale ou physique, d'un sous-développement dans la communauté ou d'autres phénomènes inexplicables ou douloureux. Des preuves anecdotiques donnent à entendre que des membres de la communauté peuvent être accusés de sorcellerie simplement parce qu'ils sont différents, impopulaires ou, pour une quelconque raison, craints ou profondément détestés. Si une femme est contrainte de quitter la communauté à la suite de telles accusations, ses enfants seront souvent obligés de l'accompagner. Si elle est tuée, ils peuvent parfois être forcés de quitter la communauté, car personne ne voudra s'occuper d'eux. Dans certains cas, les gens croient qu'être sorcier ou sorcière est soit héréditaire, soit transmis de génération en génération, de sorte que si un adulte est considéré comme un sorcier, ses enfants peuvent l'être aussi<sup>122</sup>.

<sup>121</sup> Ronald Hutton, « Anthropological and historical approaches to witchcraft : Potential for a new collaboration ? », in : *Historical Journal*, vol. 47, n° 2, juin 2004.

<sup>122</sup> Quarmyne, *Witchcraft*, p. 478 et 479.

Bien que les mécanismes de protection des droits de l'homme se soient peu intéressés à la sorcellerie<sup>123</sup>, le HCDH a abordé ce sujet dans un rapport consacré aux personnes atteintes d'albinisme<sup>124</sup>. Ce rapport traite principalement des attaques rituelles dont sont victimes ces personnes, dans le but, semble-t-il, d'utiliser les parties de leurs corps à des fins de sorcellerie<sup>125</sup>. Ces attaques, mutilations et meurtres sont clairement contraires aux droits de l'homme, y compris au droit à la vie, au droit à la sécurité de la personne ainsi qu'à l'interdiction de la torture et des mauvais traitements. Le HCDH a reçu des informations concernant plus de 200 attaques rituelles commises contre des personnes atteintes d'albinisme dans 15 pays entre 2000 et 2013.

La sorcellerie peut également présenter un intérêt dans le contexte de la protection des réfugiés. Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) a publié des principes directeurs relatifs aux demandes d'asile fondées sur la religion, dans lesquels il reconnaît que les femmes sont encore considérées comme des « sorcières » dans certaines communautés et brûlées ou lapidées à mort<sup>126</sup>.

Le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a recensé un certain nombre de cas, notamment au Burkina Faso, au Gabon, au Kenya et en République-Unie de Tanzanie, dans lesquels des accusations de sorcellerie avaient entraîné la mort de femmes ou d'enfants. Le Rapporteur spécial a observé que le Comité pour l'élimination

<sup>123</sup> Voir, par exemple, A/HRC/11/2.

<sup>124</sup> A/HRC/24/57. L'albinisme est une maladie génétique rare, non contagieuse, présente à la naissance. Il se caractérise par l'absence de pigments dans la peau, les cheveux et les yeux, qui rend la personne sensible au soleil et à la lumière vive. Ainsi, presque toutes les personnes atteintes d'albinisme ont des problèmes de vue et sont exposées à des risques de cancer de la peau.

<sup>125</sup> Voir aussi Représentante spéciale du Secrétaire général chargée de la question de la violence à l'encontre des enfants et Plan international, « Protéger les enfants contre les pratiques néfastes dans les systèmes juridiques pluriels – Avec un accent particulier sur l'Afrique », New York, 2012, où il est dit que les personnes atteintes d'albinisme sont perçues « comme une malédiction des dieux et [qu']un charme fabriqué avec des parties de leur corps aurait des pouvoirs magiques qui apportent la richesse, le succès et la chance ».

<sup>126</sup> HCR/GIP/04/06, par. 24. Voir aussi Jill Schnoebelen, *Witchcraft allegations, refugee protection and human rights : a review of the evidence*, New Issues in Refugee Research, n° 169, HCR, 2009 ; Nathalie Bussien et autres, *Breaking the spell : responding to witchcraft accusations against children*, New Issues in Refugee Research, n° 197, HCR, 2011.

de la discrimination à l'égard des femmes avait reçu des informations selon lesquelles près d'un millier de personnes seraient tuées chaque année en République-Unie de Tanzanie parce qu'elles sont considérées comme des sorcières. En République démocratique du Congo et au Nigéria, des rapports de la société civile donnent à entendre qu'un grand nombre d'enfants ont été abandonnés au motif qu'ils étaient des sorciers<sup>127</sup>.

Trouver une réponse légale à ce phénomène s'est révélé difficile. Le fait qu'un certain nombre d'États africains ont érigé la sorcellerie en infraction n'a pas eu de retombées importantes et les lois interdisant cette pratique ne semblent pas toujours être appliquées. En 1998, en Afrique du Sud, une conférence nationale s'est prononcée en faveur de l'abrogation du *Witchcraft Suppression Act* de 1957 (loi sur la lutte contre la sorcellerie), en partie parce que le texte pouvait par inadvertance alimenter la violence à l'encontre des personnes soupçonnées de pratiquer la sorcellerie. Le problème est que la sorcellerie est considérée comme s'inscrivant dans un système de croyances plus large qui, pour beaucoup, présente aussi des avantages et pas seulement des inconvénients. En outre, la nature du comportement qui doit être condamné est quelque peu vague, raison pour laquelle l'autre approche consiste à ne pas condamner le système de croyances en tant que tel, mais plutôt le comportement criminel qui peut lui être associé, comme un meurtre, un acte de violence physique ou un abandon d'enfants.

Les autorités traditionnelles et le secteur formel de la justice devraient tous deux s'employer à faire en sorte que de telles affaires fassent l'objet d'enquêtes, de poursuites et de sanctions adaptées. De surcroît, il est nécessaire de sensibiliser et d'éduquer le chef traditionnel et la communauté aux potentielles causes des morts inattendues, des déficiences mentales et physiques, des problèmes de santé inhabituels, ainsi que de l'impotence ou de l'incapacité d'avoir des enfants, et d'engager un dialogue à ce sujet<sup>128</sup>.

## F. DROIT À L'ÉGALITÉ ET À LA NON-DISCRIMINATION

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce la norme juridique applicable au droit à l'égalité et à la non-discrimination en ces

<sup>127</sup> A/HRC/11/2, par. 49.

<sup>128</sup> Ibid., par. 51 à 59.

termes : « [t]outes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi » (art. 26). Toute partialité du système judiciaire, qu'elle soit dissimulée ou explicite, peut menacer ce droit de plusieurs manières.

## 1. Manières dont la discrimination peut se manifester

Il a été avancé que les systèmes de justice traditionnelle tendaient à renforcer les relations de pouvoir au sein d'une communauté et qu'ils pouvaient parfois discriminer certains groupes. Les groupes qui sont victimes d'une discrimination sur la base du sexe, de la race, de la couleur, de l'âge, de la propriété, de la naissance, d'un handicap ou de l'origine nationale ou sociale figurent parmi ceux qui sont susceptibles d'éprouver des difficultés avec les systèmes de justice traditionnelle. La présente partie s'interroge sur les manières dont une telle discrimination peut se manifester. Le principal problème, et le plus évident, est l'incidence que la discrimination a sur les jugements. En tant que partie défenderesse, les membres des groupes victimes de discrimination peuvent encourir des sanctions ou des amendes excessives. Lorsque ce sont eux les demandeurs, il se peut que le jugement rendu en leur faveur ne soit pas suffisant (faible réparation ou peine légère infligée au contrevenant). Même si les règles de fond et la procédure du droit coutumier ne sont pas en elles-mêmes discriminatoires envers les personnes appartenant à certains groupes, il n'en va pas forcément de même pour leur application. D'une certaine façon, le droit coutumier non écrit risque plus facilement de se prêter à une application inéquitable ou injuste.

La partialité ou la discrimination du système judiciaire a plusieurs autres conséquences. Premièrement, les obstacles qui entravent l'accès au système judiciaire officiel sont souvent plus élevés pour les groupes victimes de discrimination. Cela signifie que contester la loi ou la « faire évoluer » dans une direction qui favorise les groupes subissant une discrimination peut se révéler particulièrement difficile. En d'autres termes, la capacité d'un individu de faire valoir ses droits est mise à mal lorsque le choix du for est limité et l'accès à une procédure d'appel n'est pas facilité. Il importe de relever ici que la relation entre le système judiciaire traditionnel et l'appareil judiciaire officiel doit être prise en considération dans la mesure où l'accès d'un individu à l'un ou l'autre de ces systèmes, voire aux deux, aura une

incidence sur sa capacité de faire valoir son droit à l'égalité et à la non-discrimination.

La compétence *ratione materiae* des systèmes de justice traditionnelle peut également être un facteur de discrimination. Si, par exemple, des systèmes de justice traditionnelle statuent couramment sur des types de litiges ou de crimes qui ont une incidence sur des individus ou des groupes victimes de discrimination, ceux-ci sont touchés de manière disproportionnée par les failles de ces systèmes. En revanche, l'homogénéité des systèmes de justice traditionnelle peut limiter certains types de discrimination. Lorsque tous les membres, ou presque, de la communauté partagent la même origine ethnique, par exemple, il y a peu de risque, voire aucun, qu'une discrimination soit fondée sur l'origine ethnique.

## 2. Discrimination à l'égard des femmes

Les clauses de non-discrimination prévues par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes interdisent la discrimination fondée sur le sexe. La Convention définit la discrimination à l'égard des femmes comme « toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine » (art. 1). Selon l'article 15, les États parties reconnaissent à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi et, en matière civile, elle jouit d'une capacité juridique identique à celle de l'homme (en particulier du droit de conclure des contrats, d'administrer des biens et de se voir accorder le même traitement à tous les stades de la procédure). L'article 16 exige des États parties qu'ils « prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes », par exemple en matière de droits et responsabilités en cas de mariage et de divorce et « de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens ».

La discrimination à l'égard des femmes est l'un des problèmes relatifs aux droits de l'homme le plus couramment cité dans le contexte des systèmes

de justice traditionnelle. Le nombre de femmes occupant des postes de responsabilité dans ces systèmes reste peu élevé, même si des améliorations ont été constatées ces dernières années. En Namibie, par exemple, il a été signalé que depuis l'indépendance, les femmes tenaient un rôle bien plus important dans les réunions des tribunaux traditionnels et avaient été encouragées à jouer un rôle actif et qu'elles ont pu endosser des responsabilités dans certains villages. Une grande partie des personnes consultées a dit que les hommes et les femmes étaient traités de manière équitable devant les tribunaux traditionnels et qu'ils avaient les mêmes chances d'obtenir une décision équitable<sup>129</sup>.

En Afrique du Sud, des femmes ont été investies dans les fonctions de chef traditionnel. En 2002, dans une affaire historique, une femme était officiellement devenue chef traditionnel, mais le fils de son oncle avait contesté sa nomination devant la Haute Cour de Pretoria au motif qu'elle était incompatible avec le droit coutumier. S'appuyant sur du droit coutumier écrit, la Haute Cour a tranché en faveur du requérant, et la Cour de cassation a confirmé cette décision en déclarant que la succession suivait des règles coutumières particulières. En appel, la Cour constitutionnelle s'est prononcée en faveur de la femme, et s'est exprimée en ces termes : « le droit coutumier est, de par sa nature, un système en constante évolution. [...] la teneur du droit coutumier doit être déterminée en fonction aussi bien de l'histoire que de l'usage de la communauté concernée<sup>130</sup> ».

Le recours à la médiation et à la réconciliation à des fins de règlement des différends peut susciter des préoccupations quant à la discrimination fondée sur le sexe, dans la mesure où ces méthodes peuvent être favorables aux hommes plus puissants de la société, lesquels peuvent avoir des conceptions stéréotypées des femmes. De même, les décisions rendues par les chefs de la communauté, ou par la communauté dans son ensemble, peuvent défavoriser les femmes qui sont généralement moins puissantes. De manière plus générale, des stéréotypes profondément ancrés concernant le rôle des femmes dans la communauté peuvent aussi avoir une incidence.

<sup>129</sup> Janine Ubink, « Gender equality on the horizon : The case of Uukwambi traditional authority, northern Namibia », in : *Working with Customary Justice Systems : Post-Conflict and Fragile States*, Erica Harper (dir. pub.), Rome, OIDD, 2011, p. 67.

<sup>130</sup> *Shilubana and Others v. Nwamitwa* (CCT 03/07) [2008] ZACC 9 ; 2008 (9) BCLR 914 (CC) ; 2009 (2) SA 66 (CC), *Judgment*, 4 juin 2008, par. 45 à 49.

Il peut être particulièrement difficile pour des femmes de saisir une instance judiciaire traditionnelle et d'avoir la garantie que les décisions rendues seront exécutées. En raison des pressions exercées par la famille et la communauté, il peut s'avérer plus difficile de régler le différend en dehors de l'instance traditionnelle. En application du droit coutumier dans la plupart des systèmes de justice traditionnelle, lorsque les biens sont répartis en cas de divorce ou de décès du mari, il se peut que la famille de l'époux défunt se les voie attribuer. Après un divorce ou le décès de son mari, il n'est pas rare qu'une femme retourne dans sa famille au lieu d'essayer de conserver une partie de ses terres ou de sa maison. Les pressions découlant du droit coutumier ou de la tradition peuvent également décourager les femmes de porter des litiges fonciers devant les tribunaux officiels<sup>131</sup>.

Le droit de succession des femmes est particulièrement problématique dans les pays qui ont une définition matrilineaire de la famille, à savoir que la filiation est déterminée par la mère et les ancêtres maternels. Cela diffère du système plus courant de la plupart des pays les plus développés, où la filiation est déterminée par les deux parents. Étant donné que les systèmes de filiation matrilineaire sont fréquents dans la majeure partie de l'Afrique, cela a créé des situations dans lesquelles, à la mort de son époux, une femme n'hérite de rien puisqu'elle n'est pas considérée comme un membre de la famille du défunt et ne peut prétendre qu'à l'héritage laissé par sa propre famille. Malgré l'obligation coutumière faite à la famille du défunt de subvenir aux besoins de sa veuve et de ses enfants, il a été rapporté qu'ils pouvaient être chassés de la maison familiale. Si la femme ne quitte pas la maison ou les terres qu'elle occupait avec son mari, il existe généralement une norme coutumière qui l'oblige à verser de l'argent aux chefs traditionnels en échange des terres en question<sup>132</sup>. Les systèmes patrilineaires, présents dans certaines parties de l'Afrique discriminent également les femmes, dans la mesure où la propriété est transmise de père en fils<sup>133</sup>.

En outre, dans certaines communautés traditionnelles, le droit coutumier applicable aux successions prévoit que la propriété n'est transmise qu'entre

<sup>131</sup> Amrita Kapur, « Two faces of change : the need for a bi-directional approach to improve women's land rights in plural legal systems », in : *Working with Customary Justice Systems*, p. 77 à 85.

<sup>132</sup> Ubink, « Gender equality on the horizon », p. 65.

<sup>133</sup> Voir Amrita Kapur, *Enhancing Legal Empowerment through Engagement with Customary Justice Systems*, Customary Justice Working Paper Series, n° 2, OIDD, 2010, p. 7 et 8.

hommes, parfois soit au premier soit au dernier fils né, ou au parent de sexe masculin le plus proche, en fonction des coutumes d'une communauté particulière. La raison en est que c'est là la seule manière de conserver la richesse de la famille élargie et que, si les femmes étaient autorisées à hériter, elles transmettraient cette fortune à une autre famille.

Ce point du droit coutumier a toutefois été contesté sur le plan juridique et législatif. Certains pays ont connu des mouvements de réforme, soit dans le droit coutumier lui-même soit à travers la législation, visant à autoriser la veuve à rester de plein droit dans la maison familiale sans verser de compensation, et ce, même si la filiation est d'ordre matrilineaire ou si la coutume favorise d'une autre façon la transmission des biens uniquement aux fils ou aux parents de sexe masculin les plus proches<sup>134</sup>. Au Botswana, le droit coutumier a été contesté avec succès par quatre sœurs qui avaient vécu avec leur mère après le décès de leur père et s'étaient occupées d'elle jusqu'à sa mort. Elles ont fait valoir à juste titre qu'elles avaient contribué financièrement à l'entretien de la maison, avaient utilisé leurs propres fonds pour rénover la propriété et n'avaient jamais vécu ailleurs. Bien que la Cour d'appel de droit coutumier ait jugé qu'en application des coutumes traditionnelles de la communauté, les femmes ne pouvaient hériter de la maison familiale, un recours formé auprès de la Haute Cour et la décision de la Cour d'appel de l'appareil judiciaire officiel ont tous deux donné raison aux demandresses<sup>135</sup>.

Dans un certain nombre de pays africains, les systèmes de justice traditionnelle peuvent également défavoriser les femmes à d'autres égards. Les auteurs de viol peuvent s'en sortir avec une impunité relative, les victimes de violence domestique n'ont guère de voie de recours, voire aucune, et les mariages d'enfants ou les mariages forcés peuvent être acceptés en vertu de coutumes et valeurs locales. Dans les communautés rurales en particulier, les veuves peuvent être tenues d'épouser le frère de leur conjoint défunt, une coutume connue sous le nom de « lévirat ». En Somalie, les mariages forcés contractés en vertu de la loi *xeer* ne sont pas rares : une veuve doit épouser un parent de sexe masculin de son époux défunt, la sœur d'une épouse défunte doit épouser le veuf de celle-ci et les victimes de viol peuvent être

<sup>134</sup> Ibid., p. 65 à 67.

<sup>135</sup> Pumza Fihlani, « The four sisters who took on Botswana's chiefs – and won », BBC News, 23 octobre 2013. Disponible à l'adresse : [www.bbc.com/news/world-africa-24623692](http://www.bbc.com/news/world-africa-24623692).

contraintes d'épouser leur assaillant. Les femmes n'ont pas non plus le droit d'hériter de certains types de biens<sup>136</sup>.

Le Comité des droits de l'homme s'est penché sur la question du traitement discriminatoire infligé aux femmes par les lois et pratiques coutumières dans des États d'Afrique et a constaté des violations fréquentes du Pacte international. Par exemple, dans ses observations finales concernant le rapport présenté par le Botswana<sup>137</sup>, le Comité a déclaré que l'État partie devrait interdire la polygamie qui est une atteinte à la dignité de la femme et prendre des mesures efficaces pour décourager la persistance de pratiques coutumières qui sont très préjudiciables aux droits de la femme. L'État partie devrait tout mettre en œuvre pour faire savoir à la population que le droit constitutionnel prime le droit et les pratiques coutumiers, et qu'elle a le droit de demander qu'une affaire soit transférée à un tribunal constitutionnel ainsi que de faire appel d'une décision devant une telle juridiction. Il a ajouté que l'État partie devrait veiller à ce que les femmes participent pleinement à l'examen du droit et des pratiques coutumiers.

Dans ses observations finales concernant le rapport présenté par la Zambie<sup>138</sup>, le Comité s'est dit préoccupé par la persistance de pratiques coutumières qui sont extrêmement préjudiciables aux droits des femmes, comme la discrimination dans le mariage et le divorce, les mariages précoces et la grossesse, la dot et la polygamie, ainsi que les restrictions dont il est fait état qui limitent la liberté de circulation des femmes. Il a fait savoir que l'État partie devrait faire plus d'efforts pour rendre le droit coutumier et les pratiques coutumières conformes aux droits prévus dans le Pacte et adopter des mesures concrètes pour décourager le maintien des pratiques coutumières qui sont fortement préjudiciables aux droits des femmes. L'État partie devrait aussi accorder une attention particulière à la pleine participation des femmes à l'examen et au processus de codification du droit coutumier et des pratiques coutumières en cours.

Dans ses observations finales concernant le rapport du Kenya<sup>139</sup>, le Comité a conclu que l'application persistante de certaines lois coutumières, y compris

<sup>136</sup> Le Sage, *Stateless justice in Somalia*, p. 38.

<sup>137</sup> CCPR/C/BWA/CO/1, par. 11 et 12.

<sup>138</sup> CCPR/C/ZMB/CO/3, par. 13.

<sup>139</sup> CCPR/CO/83/KEN, par. 10.

l'autorisation de la polygamie, restreignait la portée des dispositions antidiscriminatoires qui figuraient dans la Constitution et d'autres lois. Le Comité a formulé des observations finales similaires concernant la polygamie au Bénin et au Gabon<sup>140</sup>.

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes contient un certain nombre de dispositions visant à protéger les femmes contre la discrimination, lesquelles sont potentiellement applicables aux systèmes de justice traditionnelle, notamment l'article 5 (élimination d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes, et de l'idée de l'infériorité de l'un ou l'autre sexe), l'article 15 (égalité devant la loi) et l'article 16 (élimination de la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux).

Dans un certain nombre de ses observations finales concernant des rapports présentés par des États parties, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a appelé les États concernés à mettre un terme aux lois coutumières discriminatoires à l'égard des femmes. Dans ses observations finales concernant le rapport présenté par le Zimbabwe<sup>141</sup>, il a appelé l'État partie à mettre fin aux normes coutumières discriminatoires à l'égard des femmes concernant la polygamie, le versement de dots, le mariage et sa dissolution et les droits en matière de succession et de propriété. Dans ses observations finales sur le rapport de la Guinée équatoriale, le Comité a recensé un certain nombre de normes coutumières discriminatoires à l'égard des femmes sur des questions telles que l'âge minimum du mariage, les motifs de dissolution du mariage et les effets de la dissolution, la polygamie, la garde des enfants, les effets juridiques du mariage, le partage des biens acquis au cours du mariage, les droits en matière de succession et le fait que les femmes ne peuvent saisir les tribunaux civils pour défendre leurs droits<sup>142</sup>. Dans ses observations finales concernant le rapport de la République démocratique du Congo, le Comité a estimé que les normes coutumières introduisant une discrimination à l'égard des femmes comprenaient le lévirat, l'autorisation du « pré-mariage » avant l'âge nubile et la polygamie, et a exhorté l'État partie à sensibiliser les

<sup>140</sup> CCPR/CO/82/BEN, par. 10, et CCPR/CO/70/GAB, par. 9.

<sup>141</sup> CEDAW/C/ZWE/CO/2-5.

<sup>142</sup> CEDAW/C/GNQ/CO/6, par. 43 et 44.

groupes et les chefs traditionnels à l'importance de revoir ces pratiques discriminatoires à l'égard des femmes<sup>143</sup>.

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et son Protocole relatif aux droits de la femme en Afrique contiennent également des dispositions présentant un intérêt pour les systèmes de justice traditionnelle. S'agissant du Protocole, il s'agit en particulier de l'article 4 (interdiction de toutes les formes de violence à l'égard des femmes), l'article 5 (obligation d'éliminer toutes les pratiques néfastes envers les femmes), l'article 6 (fixation de l'âge minimum du mariage pour les femmes à 18 ans et interdiction de conclure sans le plein et libre consentement des deux parties), l'article 20 (droit d'une veuve de se remarier à l'homme de son choix et de n'être soumise à aucun traitement inhumain, humiliant ou dégradant) et l'article 21 (une veuve a le droit à une part équitable dans l'héritage des biens de son conjoint, ainsi que le droit de continuer d'habiter dans le domicile conjugal).

Si la présente analyse s'intéresse principalement aux risques de violation des droits de l'homme, il convient aussi de mentionner les avantages que les systèmes de justice traditionnelle peuvent présenter pour les femmes. Lorsqu'elles ne peuvent pas saisir des tribunaux officiels, les systèmes de justice traditionnelle peuvent être le seul moyen dont elles disposent pour obtenir réparation. En dépit des problèmes évoqués plus haut, une instance judiciaire traditionnelle destinée aux femmes peut leur permettre de voir leur différend tranché et d'obtenir un jugement. La possibilité de saisir une instance judiciaire traditionnelle moins intimidante située dans la communauté et avec des coûts réduits, ainsi que la possibilité de régler le différend relativement rapidement peuvent rendre le processus judiciaire traditionnel attrayant, du moins dans certains cas, par rapport à un règlement des litiges par les tribunaux officiels. Un tel constat montre qu'il est nécessaire d'améliorer l'accès aux tribunaux officiels ainsi que d'ébranler les préjugés sexistes des systèmes de justice traditionnelle. Or, à l'heure actuelle, il est probable que la plupart des systèmes de justice traditionnelle puissent être critiqués en ce qu'ils établissent une discrimination fondée sur le sexe. Dans un large éventail de cas de figure, comme un mariage précoce ou forcé, un divorce, des droits de succession, des restrictions à la liberté de circulation ainsi que des affaires pénales telles qu'une agression, un acte de violence sexuelle

<sup>143</sup> CEDAW/C/COG/CO/6.

et un viol, les femmes auraient normalement tout avantage à porter plainte devant des tribunaux officiels plutôt que des instances traditionnelles.

## G. DROITS DE L'ENFANT

D'une manière générale, les mécanismes de justice traditionnelle sont plus aisément accessibles aux enfants et à leur famille et les modes de règlement des différends qu'ils proposent sont moins formels que ceux des tribunaux officiels. S'agissant de ces mécanismes de justice coutumière, la Représentante spéciale du Secrétaire général chargée de la question de la violence à l'encontre des enfants a relevé qu'on s'y exprimait généralement d'une manière plus compréhensible, qu'ils avaient plus de chances d'avoir une action curative, qu'ils étaient moins onéreux et qu'ils favorisaient une participation plus directe de l'accusé et de la victime, ainsi que de leur famille et de la communauté, plus généralement. Dans les procédures judiciaires traditionnelles, un enfant comparaît généralement accompagné d'un ou plusieurs membres de sa famille et l'accent est souvent placé sur la réparation, la réconciliation et les mesures visant à préserver la place de l'enfant dans sa communauté<sup>144</sup>. Le processus judiciaire coutumier n'a pas pour habitude de placer des enfants en détention, que ce soit au stade préliminaire ou après le jugement, ce qui évite qu'ils subissent les effets néfastes de la détention et soient exposés à des risques de violence pendant leur incarcération.

Il est toutefois possible que les droits de l'homme reconnus aux enfants soient mis à mal lorsque ceux-ci participent à des procédures devant des mécanismes de justice traditionnelle<sup>145</sup>. Un des inconvénients de l'application du droit coutumier à des affaires impliquant des enfants est que, dans nombre de communautés, l'âge de majorité est fixé à 10 ans, voire moins, ce qui entraîne le risque que ces enfants soient traités comme des adultes à un très jeune âge<sup>146</sup>. En outre, des châtiments corporels ou un bannissement

<sup>144</sup> Représentante spéciale du Secrétaire général chargée de la question de la violence à l'encontre des enfants, *Promoting restorative justice for children*, New York, 2013, p. 25.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 25 et 26. Représentante spéciale du Secrétaire général chargée de la question de la violence à l'encontre des enfants, « Protéger les enfants contre les pratiques néfastes dans les systèmes juridiques pluriels », p. 9.

<sup>146</sup> Représentante spéciale du Secrétaire général chargée de la question de la violence à l'encontre des enfants, *Promoting restorative justice for children*, p. 25.

peuvent toujours être imposés<sup>147</sup>. Il a également été avancé que les systèmes de justice coutumière peuvent favoriser des pratiques traditionnelles néfastes qui touchent directement les enfants, comme le mariage précoce et forcé<sup>148</sup>. Les enfants, tout comme les adultes, devraient avoir la possibilité de saisir les tribunaux officiels s'ils souhaitent faire valoir leurs droits, et cela ne semble pas toujours être le cas dans la pratique.

Comme indiqué plus haut, il se peut que les chefs traditionnels qui sont responsables de mécanismes de justice coutumiers ne soient pas instruits ou, s'ils sont lettrés, ne connaissent pas la Convention relative aux droits de l'enfant et le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant. De même, ils peuvent ne pas connaître la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, qui souligne que les États ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour abolir « les coutumes et les pratiques négatives, culturelles et sociales qui sont au détriment [...] de l'enfant » (art. 21), et déclare également que toute pratique coutumière ou traditionnelle incompatible avec la Charte doit être « découragée » (art. 1).

---

<sup>147</sup> A/HRC/25/35, par. 31.

<sup>148</sup> Représentante spéciale du Secrétaire général chargée de la question de la violence à l'encontre des enfants, « Protéger les enfants contre les pratiques néfastes dans les systèmes juridiques pluriels », p. 9 ; voir aussi CCPR/C/ZMB/CO/3 ; CEDAW/C/GNQ/CO/6 et CEDAW/C/KEN/CO/6.

**IV**



**STRATÉGIES  
PROGRAMMATIQUES**



## A. RECONNAISSANCE ÉTATIQUE DES SYSTÈMES DE JUSTICE TRADITIONNELLE

Les États devraient envisager de reconnaître les systèmes de justice traditionnelle et de les intégrer dans leur cadre juridique pour améliorer le respect des droits de l'homme. La question de savoir si cela permettra d'améliorer le système judiciaire reste toutefois ouverte : certains avancent qu'intégrer les systèmes de justice traditionnelle dans le cadre juridique porterait atteinte à la nature volontaire du processus traditionnel, nuirait au concept de consensus social et de participation publique, et créerait le risque de voir les décisions renversées en appel du fait que les règles procédurales des instances traditionnelles ne sont pas suffisamment strictes, comme l'avancent ceux qui défendent cette thèse<sup>149</sup>.

D'autres prônent les efforts d'intégration en faisant valoir que les deux systèmes peuvent être complémentaires et que de nombreux systèmes de justice traditionnelle fonctionnent comme une sorte de mécanisme alternatif de règlement des différends qui présente plusieurs avantages pour les parties.

Tandis qu'une reconnaissance des systèmes de justice traditionnelle serait souhaitable de manière générale, les États devraient agir avec prudence afin de s'assurer que ces systèmes ne perdent par leurs avantages, que le pouvoir conféré aux responsables de ces systèmes n'est pas amoindri et que les droits de l'homme sont respectés et protégés dans les procédures tenues par ces instances. Un cadre juridique qui prévoit une reconnaissance étatique devrait laisser à toute partie à ces procédures la possibilité de contester sa participation et de porter l'affaire devant les tribunaux officiels, en particulier lorsqu'il en va d'un droit fondamental protégé par la Constitution ou par un instrument régional ou international relatifs aux droits de l'homme.

## B. LIMITES À LA COMPÉTENCE

Restreindre la compétence à l'égard des pratiques qui constituent une menace aux normes en matière de droits de l'homme est l'un des moyens grâce auxquels des États peuvent limiter les risques de violation des droits de l'homme.

<sup>149</sup> Voir PRI, *Access to Justice in SubSaharan Africa*, p. 129.

De nombreux États exigent que les infractions pénales graves soient jugées par les tribunaux officiels et si des affaires impliquant de telles infractions sont initialement portées devant des mécanismes de justice traditionnelle, celles-ci doivent être déferées aux tribunaux officiels. C'est cette démarche qui devrait être adoptée dans la mesure où elle assure aux personnes accusées de crimes graves l'ensemble des protections procédurales prévues par les tribunaux officiels. L'imposition de limites à la compétence s'est toutefois heurtée aux plaintes des chefs traditionnels. Au Burundi, par exemple, les limitations faites aux *bashingantahe* de connaître d'infractions pénales ont pour conséquence que les auteurs de tels actes restent impunis<sup>150</sup>. Des chefs traditionnels qui président les tribunaux coutumiers de Limpopo, en Afrique du Sud, auraient exprimé des préoccupations similaires concernant les limites à leur compétence<sup>151</sup>. Les chefs traditionnels considèrent que le respect de leur autorité est une condition essentielle à l'exécution de leurs jugements<sup>152</sup>.

### C. DROITS DES FEMMES

Les États devraient faire appliquer avec fermeté l'interdiction de la discrimination à l'égard des femmes, de la violence contre les femmes, y compris de la violence sexuelle, ainsi que les pratiques néfastes pour les femmes, conformément aux normes nationales, régionales et internationales en matière de droits de l'homme. Les autorités traditionnelles et d'autres personnes impliquées dans des mécanismes de justice traditionnelle devraient être sensibilisées et formées afin de s'assurer que les systèmes de justice traditionnelle cessent d'appliquer des lois ou pratiques coutumières qui vont à l'encontre des droits fondamentaux des femmes.

Il faudrait encourager une plus grande représentation des femmes dans les systèmes de justice traditionnelle. Quelques tentatives prometteuses ont

<sup>150</sup> Dexter et Ntahombaye, *The role of informal justice systems*, p. 18.

<sup>151</sup> Tshela, *Traditional justice in practice*, p. 33 et 34.

<sup>152</sup> Voir, par exemple, Dexter et Ntahombaye, *The role of informal justice systems*, p. 13 : « Normalement, la personne qui perd le procès devrait se conformer au jugement spontanément (devant le tribunal) pour éviter que sa communauté ne lui jette l'opprobre et que le chef use de son pouvoir de confisquer tous ses biens, ou de lui imposer la pire des sanctions, à savoir l'exil. En raison du prestige des *bashingantahe* et de la confiance accordée à leurs procédures, la personne qui perd une affaire peut remettre le résultat en question, mais jamais les *bashingantahe* eux-mêmes. ».

été faites pour améliorer les pratiques des systèmes de justice traditionnelle relatives aux droits de l'homme. Par exemple, dans le Limpopo, en Afrique du Sud, au moins un tiers des membres des conseils traditionnels doivent être des femmes<sup>153</sup>. En Namibie, des efforts ont été consentis pour prendre en considération les questions de parité hommes-femmes et intégrer les femmes dans les tribunaux traditionnels<sup>154</sup>. Il est à espérer qu'en incluant plus de femmes de la communauté dans les mécanismes de justice traditionnelle, elles rencontreront moins de difficultés et verront leur influence politique être renforcée.

## D. RÉFORME LÉGISLATIVE OU CONSTITUTIONNELLE

Une réforme constitutionnelle ou législative peut faciliter la protection des droits de l'homme au sein des systèmes de justice traditionnelle<sup>155</sup>. Certaines réformes juridiques méritent d'être examinées plus avant dans le but d'éventuellement les reproduire dans d'autres pays. Par exemple, dans certains États, les lois coutumières sur les successions privent la veuve de ses droits, et la maison, les terres et les biens personnels sont transmis à la famille du défunt. Il arrive donc souvent que la veuve perde sa maison, les effets personnels et le mobilier qui s'y trouvent, ainsi que le terrain qui l'entoure, un phénomène appelé « accaparement de terres ». En Zambie, toutefois, l'*Intestate Succession Act* (loi sur la succession *ab intestat*) prévoit que la veuve a droit à un pourcentage déterminé de l'héritage, à la jouissance à vie du domicile conjugal et garantit qu'elle héritera des effets personnels et du mobilier qui s'y trouvent<sup>156</sup>.

## E. ÉDUCATION ET INFORMATION

Mieux faire connaître les systèmes de justice traditionnelle est essentiel pour comprendre davantage ces mécanismes et rendre compte de la nécessité

<sup>153</sup> *Limpopo Traditional Leadership and Institutions Act 6 of 2005* (loi sur les institutions et l'autorité traditionnelles du Limpopo), art. 4, par. 6, al. a).

<sup>154</sup> Ubink, « Gender equality on the horizon », p. 61 à 63.

<sup>155</sup> Voir, par exemple, Ministère des affaires étrangères du Danemark, Danida International Development Cooperation, *How to note : Informal justice systems*.

<sup>156</sup> Voir aussi Daphne Chabu, *A critical analysis of the efficacy of the Intestate Succession Act chapter 59 of the Laws of Zambia in protecting the rights of widows*, mémoire de maîtrise, Southern and Eastern African Regional Centre for Women's Law, Université du Zimbabwe, septembre 2005.

d'une réforme juridique. Il est important de promouvoir la recherche nationale et d'encourager les établissements d'enseignement à s'engager sur cette voie au fil du temps. Quelques États ont déjà mis en place des programmes universitaires qui traitent de ces systèmes de manière approfondie. La faculté de droit de l'Université de Namibie propose un programme de certification dans le domaine de la justice traditionnelle, qui comprend des recherches sur le terrain. Ce programme forme les avocats qui exercent aussi bien devant les systèmes de justice traditionnelle que devant les tribunaux officiels, et leur inculque ainsi des connaissances spécialisées précieuses qui leur permettent de comprendre ces deux systèmes et de passer de l'un à l'autre.

Le département de criminologie de la faculté de droit de l'Université du Cap étudie depuis longtemps ces questions sous l'angle du droit pénal. La faculté de l'Université de Pretoria a acquis des connaissances spécialisées dans le domaine des droits de l'homme et des systèmes de justice traditionnelle, y compris sur la façon dont les droits fonciers, en particulier, sont influencés. L'Université nationale du Lesotho, l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar et très probablement de nombreux autres instituts de recherche et universités en Afrique sont également dotés de compétences en matière de droits de l'homme. Des organisations internationales et des donateurs ont financé un certain nombre d'études intéressantes ces dernières années et devraient continuer à le faire.

## **F. FORMATION AUX DROITS DE L'HOMME**

Former les chefs traditionnels aux droits de l'homme pourrait être un autre moyen prometteur de leur apporter une assistance technique. La formation proposée devrait principalement porter sur la Constitution et les lois de l'État, la Charte africaine et ses protocoles ainsi que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. L'Afrique du Sud a élaboré un cadre pour la formation de ses chefs traditionnels, lequel comprend un volet consacré aux droits de l'homme. Des États souhaiteront peut-être envisager d'exiger des chefs traditionnels qu'ils participent à des formations s'ils veulent continuer d'exercer leurs fonctions au sein de mécanismes de justice traditionnelle. Des donateurs, des organisations internationales et des ONG ont déjà dans une certaine mesure soutenu quelques programmes de formation à l'intention des chefs traditionnels.

Une formation devrait également être requise pour les juges et les professionnels du droit qui travaillent dans les tribunaux officiels de sorte à améliorer leurs connaissances du droit coutumier et de la manière dont il est appliqué par les mécanismes de justice traditionnelle, tout en tenant compte de la nécessité de protéger les droits de l'homme.

### **G. RÔLE ACCRU DES INITIATIVES D'AUTONOMISATION DES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES**

Les États, donateurs et organisations internationales devraient soutenir davantage les initiatives de la société civile visant à donner aux individus et aux groupes, ainsi qu'aux femmes en particulier, les moyens de mieux connaître leurs droits juridiques, d'exercer ces droits et d'accéder aux tribunaux officiels en plus des mécanismes de justice traditionnelle. Un certain nombre d'initiatives lancées par des ONG ont essentiellement porté sur des programmes de formation aux droits de l'homme à l'intention des chefs traditionnels, destinés à faire en sorte que ceux-ci appréhendent mieux les situations dans lesquelles des normes coutumières sont incompatibles avec des droits de l'homme. Des ONG ont également fourni une assistance aux populations rurales et pauvres afin qu'elles puissent accéder aussi bien à des mécanismes de justice traditionnelle qu'à des tribunaux officiels. Les ONG devraient continuer à soutenir les activités de sensibilisation aux droits des femmes dans des communautés traditionnelles.

### **H. ASSISTANCE TECHNIQUE AUX ÉTATS ET AUX COMMUNAUTÉS TRADITIONNELLES**

Apporter aux États et aux communautés traditionnelles une assistance technique sur les questions relatives aux droits de l'homme pourrait améliorer la protection de ces droits fondamentaux. Il est important de fournir des services consultatifs sur les droits économiques, sociaux et culturels, sur les droits des femmes, de l'enfant et des personnes handicapées, ainsi que sur les droits civils et politiques.

V ●

## OBSERVATIONS FINALES



Il est important qu'un État soit doté de systèmes de règlement des différends en état de marche et accessibles pour que son système juridique fonctionne bien. L'accessibilité est une condition indispensable à la protection des droits de l'homme. Comme l'a relevé une étude consacrée au Malawi, « [i]l est donc impératif que la justice cherche à s'adapter aux réalités de la population, sinon celle-ci créera des institutions extra-étatiques et des voies de recours pour répondre à ses besoins immédiats<sup>157</sup> ». La prévalence des systèmes de justice traditionnelle le prouve : ils servent souvent à combler les lacunes des tribunaux officiels qui peuvent ne pas être facilement accessibles pour les membres de communautés traditionnelles.

Le pluralisme juridique, au sein duquel les systèmes judiciaires formels et traditionnels se complètent, peut s'avérer être la meilleure option pour de nombreux États. Chaque système peut répondre à des besoins que l'autre ne peut pas prendre en charge, ou du moins difficilement. Par exemple, des mécanismes de justice traditionnelle peuvent être mieux adaptés aux différends mineurs qui surgissent dans des communautés traditionnelles, alors que les infractions pénales graves nécessitent les garanties procédurales offertes par les tribunaux officiels. Les parties qui saisissent un mécanisme de justice traditionnelle devraient avoir la possibilité de porter le litige devant un tribunal officiel, en particulier si elles n'ont pas l'impression que l'instance judiciaire traditionnelle protégera leurs droits fondamentaux comme il se doit.

Toutefois, l'accessibilité et le choix du for ne suffisent pas à eux seuls<sup>158</sup>. Tous les systèmes judiciaires, y compris les tribunaux officiels et les instances judiciaires traditionnelles, doivent répondre aux besoins de la population tout en respectant les normes en matière de droits de l'homme. Améliorer les pratiques des systèmes de justice traditionnelle relatives aux droits de l'homme nécessite de trouver un équilibre délicat entre, d'une part, préserver leurs aspects positifs et leurs méthodes uniques et, d'autre part, veiller à ce que les droits de l'homme soient respectés. Les initiatives en ce sens devraient être conçues de sorte à s'attaquer aux problèmes spécifiques auxquels les communautés traditionnelles font face, et prendre en considération les éventuelles conséquences de toute modification apportée, ainsi que le contexte social et politique plus large.

<sup>157</sup> Schärf et autres, *Access to justice for the poor of Malawi ?*, p. 4.

<sup>158</sup> « Partant, l'accès à la justice ne se limite pas à rendre les tribunaux plus accessibles ou à garantir une représentation juridique, bien au contraire. Il doit être mesuré à l'aune des garanties de résultats judiciaires et juridiques justes et équitables qu'il offre. », PNUD, *Access to justice*, p. 5 et 6.



Cover image credit: © PHOTOCREO Michal Bednarek, Shutterstock