

Les Rapports Entre les Droits Coutumiers Africains et les Droits de la Personne en Contexte de Pluralisme Juridique au Soudan du Sud

Aboubacar Dakuyot

En raison de son histoire coloniale et « postcoloniale », le Soudan du Sud a développé un système juridique caractérisé par la coexistence du droit formel et des droits coutumiers propres aux divers groupes ethniques et religieux du pays. Cet article examine cette situation en analysant les rapports entre les droits coutumiers et les droits de la personne. Adoptant une approche normative du pluralisme juridique, l'étude soutient que les droits coutumiers sont du « droit » au même titre que le droit formel de l'État. En outre, retraçant l'émergence historique et l'état des droits coutumiers au Soudan du Sud, l'étude montre, dans la même ligne que de nombreuses études menées dans divers contextes en Afrique subsaharienne, que ces droits sont à la fois complémentaires et conflictuels avec les droits de la personne. L'étude en conclut que le pluralisme juridique est à la fois une opportunité et un défi à la protection effective des droits de la personne. L'étude soutient alors que les États africains gagneraient à intégrer les droits coutumiers dans les initiatives visant à construire l'État de droit tout en s'efforçant de les harmoniser avec les droits de la personne.

[†] Aboubacar Dakuyo est professeur à temps partiel à la faculté des sciences sociales de l'Université d'Ottawa où il enseigne les droits internationaux de la personne et les procédures de justice pénale et restauratrice. Son domaine de recherche général porte sur les processus de justice transitionnelle dans les contextes de transition politique post-confliktuelle ou post-autoritarienne en Afrique. Titulaire d'un doctorat en droit de l'Université d'Ottawa, sa thèse a porté sur la mise en œuvre d'une approche transformative de la justice transitionnelle au Soudan du Sud. Aboubacar Dakuyo est aussi titulaire d'une maîtrise en droit international (L.L.M) de l'Université du Québec à Montréal (UQÀM) et d'une maîtrise en art (M.A) en études du développement de l'Institut des hautes études internationales et du développement de Genève (IHEID). Il est, par ailleurs, membre du Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne (CREDP) de l'Université d'Ottawa.

As a result of its colonial and "post-colonial" history, South Sudan has developed a legal system characterized by the coexistence of formal law and the customary laws of the country's ethnic and religious groups. This article examines this dynamic by analyzing the relationship between customary law and human rights. Taking a normative approach to legal pluralism, the article argues that customary law constitutes "law" just as formal state law does. Additionally, by tracing the historical emergence and status of customary law in South Sudan, the study – aligned with numerous studies across sub-Saharan Africa – demonstrates that customary law is both complementary to and sometimes in conflict with human rights. The study concludes that legal pluralism presents both an opportunity and a challenge to the effective protection of human rights. The study thus contends that African states would benefit from integrating customary law into rule-of-law initiatives while striving to harmonize it with human rights.

I. Introduction

En raison de son histoire coloniale et « postcoloniale »¹, le Soudan du Sud a développé un système juridique caractérisé par la coexistence du droit formel et des droits coutumiers propres aux divers groupes ethniques et religieux du pays². Cette coexistence de plusieurs ordres juridiques au sein d'un même champ social est qualifiée de « pluralisme juridique »³. Dans le contexte de l'Afrique subsaharienne, en général, le pluralisme juridique a souvent été perçu comme un problème en raison du rôle des droits coutumiers dans la régulation sociale. Au Soudan du Sud, les droits coutumiers se réfèrent à « l'ensemble des traditions, des mœurs, des conventions sociales et des règles qui, par un long usage et une acceptation généralisée, dirigent et régissent la société »⁴. De nature généralement orale, les droits coutumiers comportent parfois des normes en contradiction avec le droit international des droits de la personne⁵. Du fait de ces tensions, le pluralisme juridique a été considéré par certains auteurs comme un obstacle au développement des pays africains⁶. Cependant, bien que les efforts passés

¹ Il convient de souligner que l'épithète « postcoloniale » est sujette à controverses. Le préfixe « post » peut exprimer deux sens: soit « temporel » comme un « à venir », soit « idéologique » comme « se substituant » ou « remplaçant » le colonialisme. C'est ce deuxième sens qui fait l'objet de nombreux débats, puisqu'un État peut être formellement indépendant et donc « postcolonial » tout en étant économiquement et politiquement dépendant et ainsi être dans une situation de « néocolonialisme ». Voir Ania Loomba, *Colonialism/Postcolonialism*, 3rd ed, London, Routledge, 2015 aux pp 28-29. Dans cet article, nous utilisons l'épithète pour nous référer à l'après colonialisme britannique à partir de l'indépendance du Soudan en 1956.

² Les groupes ethniques du Soudan du Sud se répartissent comme suit: les Dinka 36%, les Nuer 16%, les Azande 6%, les Bari 4%, les Shilluk 3%, les Taposa 2%, les Utho 2%, les Luo 1%, les Moru 1%, les Murle 1% et les autres groupes ethniques 28%. Voir World Atlas, « Ethnic Groups of South Sudan » (25 avril 2017), en ligne : <worldatlas.com/articles/ethnic-groups-of-south-sudan.html> [perma.cc/J63F-E32S]. Quant aux groupes religieux, nous faisons référence aux musulmans qui forment 6,1% de la population du Soudan du Sud en 2024. Voir Countrymeters, « Soudan du Sud Population » (dernière consultation le 3 avril 2024), en ligne : <countrymeters.info/fr/South_Sudan> [perma.cc/5YQG-DZNA].

³ Sally Engle Merry, « Legal Pluralism » (1988) 22:5 Law & Soc'y Rev 869 à la p 870.

⁴ Aleu Akechak Jok, Robert A Leitch et Carrie Vanderwint, « A Study of Customary Law in Contemporary Southern Sudan », World Vision International and the South Sudan Secretariat of Legal and Constitutional Affairs, 2004 à la p 11 [notre traduction]. Voir généralement, TW Bennett, « Comparative Law and African Customary Law », dans Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2e éd, Oxford, Oxford University Press, 2019 à la p 653.

⁵ Bonolo Ramadi Dinokopila et Bonno Kgoboge, « Customary Law and Limitations to Constitutional Rights in Botswana », (2021) 39:3 Nordic J Human Rights 339; Tamar Ezer, « Forging a Path for Women's Rights in Customary Law » (2016) 27:1 Hastings Women's LJ 65; Muna Ndulo, « African Customary Law, Customs, and Women's Rights » (2011) 18:1 Ind J Global Leg Stud 87.

⁶ Voir Brian Z Tamanaha, Caroline Sage et Michael Woolcock, *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

de construction de l'État de droit, principalement axés sur le droit formel, aient conduit à quelques succès, ils ont également donné lieu dans plusieurs contextes à des échecs⁷. Ainsi, à partir du début des années 2000, des organisations internationales comme les Nations Unies, la Banque mondiale, International Development Law Organisation, ou Open Society Justice Initiative ont commencé à attirer l'attention sur la nécessité de prendre en compte les ordres juridiques informels, dont les droits coutumiers, dans les projets de développement et de consolidation de la paix dans les sociétés post-confliktuelles⁸.

Alors que le pluralisme juridique a des implications complexes et variées dans les États « postcoloniaux » d'Afrique subsaharienne, la présente étude vise à l'analyser sous le prisme du droit international des droits de la personne. Cependant, puisque le pluralisme juridique, en tant que fait social, ne dit rien de prime abord sur sa compatibilité matérielle avec les droits de la personne, nous examinerons cette question à la lumière du contenu concret des normes qui le composent en particulier les pratiques coutumières dans le contexte spécifique du Soudan du Sud. Nous analyserons les rapports entre les normes coutumières et certaines dispositions juridiques spécifiques des droits de la personne, à savoir le droit à l'égalité devant la loi et l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, le droit à un procès équitable, le droit à l'intégrité physique et par conséquent l'interdiction des châtiments corporels comme mode de justice. Cette analyse permettra de tirer des leçons sur la situation du pluralisme juridique au Soudan du Sud en particulier et en Afrique subsaharienne en général.

Pour ce faire, il convient de noter que le pluralisme juridique est une nébuleuse, en ce sens qu'il existe plusieurs tendances en raison de la manière

⁷ Voir Brian Z. Tamanaha, « The Primacy of Society and the Failures of Law and Development » (2011) 44:2 Cornell Intl LJ 209.

⁸ Voir par ex *Rapport du Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité sur le Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, CS NU, S/2004/616 (2004); United Nations Development Programme, *Doing Justice: How Non-State Justice Systems Can Contribute*, United Nations Development Programme - Oslo Governance Centre, 2006; Open Society Justice Initiative, *Between Law and Society: Paralegals and the Provision of Primary Justice Services in Sierra Leone*, New York, Open Society Institute, 2006; Leila Chirayath, Caroline Sage et Michael Woolcock, « Customary Law and Policy Reform: Engaging with the Plurality of Justice Systems », (2005) World Bank, Background Paper; International Development Law Organization, *Searching for Success: Narrative Accounts of Legal Reform in Developing and Transition Countries*, Legal and Governance Reform, Lessons Learned No. 1, 2006.

dont les ordres juridiques informels sont reconnus ou non dans la structure du système juridique de l'État. De ce fait, l'étude procèdera tout d'abord à une revue historique du pluralisme juridique pour comprendre son évolution et ses différentes tendances (II). Ensuite, l'étude présentera l'émergence et l'état du pluralisme juridique au Soudan du Sud en exposant les processus par lesquels celui-ci est apparu dans le pays et sa relation avec le système juridique formel de l'État (III). En outre, l'étude analysera les pratiques coutumières du Soudan du Sud afin d'évaluer leur concordance ou non à certaines règles des droits de la personne (IV). Cela nous amènera à tirer des leçons sur la situation du pluralisme juridique en Afrique subsaharienne en général à savoir si celui-ci constitue une entrave ou au contraire, un avantage à la protection des droits de la personne.

II. Revue Historique et Tendances du Pluralisme Juridique

Le pluralisme juridique a d'abord émergé comme une théorie descriptive de la pluralité des foyers juridiques dans les sociétés non occidentales avant de devenir une théorie normative d'analyse du droit et de la juridicité dans le monde globalisé contemporain⁹. Dans la première situation, il sert à constater et à expliquer la pluralité juridique, tandis que dans la seconde, il vise à défendre et à promouvoir les vertus, voire le bien-fondé du pluralisme juridique comme instrument de régulation sociale¹⁰. Depuis que les sociologues et les anthropologues du droit ont commencé à s'y intéresser dans les années 1970 dans les contextes coloniaux et « postcoloniaux » jusqu'à ce jour, le pluralisme juridique a connu plusieurs tendances, de sorte que des auteurs lui ont consacré une étude, en 2003, sous le thème, « les pluralismes juridiques »¹¹. Il ne s'agit pas ici de présenter dans le cadre de cette étude toutes les conceptions du pluralisme juridique¹², mais seulement d'en exposer les principaux linéaments qui nous permettront de comprendre

⁹ Berihun Adugna Gebeye, « The Janus face of legal pluralism for the rule of law promotion in Sub-Saharan Africa » (2019) 53:2 R can études africaines 337.

¹⁰ Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », dans Ghislain Otis, (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012 à la p 9.

¹¹ Cahiers d'anthropologie du droit, *Les pluralismes juridiques*, Paris, Karthala, Laboratoire d'anthropologie juridique, 2003.

¹² Plusieurs études antérieures se sont prêtées à cet exercice dont, entre autres, Baudouin Dupret, « Pluralisme juridique, pluralité de droits et pratiques juridiques: théories, critiques et reformulation praxéologique », (2019) 49:2 *Revue générale de droit* 591; Keebet von Benda-Beckmann et Bertram Turner, « Legal Pluralism, Social Theory, and the State », (2018) 50:3 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 255; Brian Z Tamanaha, « Understanding Legal Pluralism : Past to Present, Local to Global », (2008) 30:3 *Sydney Law Review* 375.

l'évolution de la théorie afin de mieux analyser le contexte du Soudan du Sud. Nonobstant l'éclectisme des conceptions du pluralisme juridique, il faut noter que celles-ci partagent un certain nombre de traits à savoir que le droit ne se limite pas au seul droit étatique et qu'il est fondamentalement tributaire de son environnement culturel¹³. Dans cette même veine, on peut soutenir, à l'instar de Hassan Abdelhamid que quatre étapes caractérisent le développement du pluralisme juridique : la mise en question des sources de la loi, la fonction sociale du droit, la reconnaissance de la pluralité des ordres juridiques, et le pluralisme juridique radical ou extra-étatique¹⁴.

La première étape du pluralisme juridique, portant sur l'interrogation des sources de la loi peut être située à la fin du XIX^e siècle, à la suite de la crise du droit induite par la nouvelle ère industrielle. Des auteurs critiques comme François Gény, dans son ouvrage *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, contestaient la « primauté de la loi » étatique comme seule source du droit¹⁵.

La deuxième étape du pluralisme juridique remet en cause « l'étatisme juridique », c'est-à-dire, le fait que « la culture juridique occidentale a réduit l'empire du droit à l'empire de l'État, quand elle n'a pas conçu « État » et « droit » tels deux synonymes »¹⁶. Dans ce contexte, on peut souligner les « juspluralistes »¹⁷ pour qui le droit existerait potentiellement dans toutes les sociétés humaines sous la forme de contrôle social¹⁸. Pour John Griffiths, le centralisme juridique est un mythe, une illusion, alors que le pluralisme juridique est une réalité factuelle et empirique¹⁹. Il définit le droit comme le processus par lequel les champs sociaux s'autorégulent. Ainsi, il distingue entre le « pluralisme juridique fort » et le « pluralisme juridique faible ».

¹³ Dupret, *supra* note 12 à la p 593.

¹⁴ Hassan Abdelhamid, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », dans Otis (dir.), *supra* note 10 aux pp 140–47.

¹⁵ François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919. Voir aussi François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Recueil Sirey, 1913–1924. Voir aussi Abdelhamid, *supra* note 14 à la p 150.

¹⁶ Boris Barraud, *Qu'est-ce que le droit? – Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, Paris, L'Harmattan, 2017 à la p 213.

¹⁷ Voir Ghislain Otis, « La gestion du pluralisme juridique: définitions et approche », dans Ghislain Otis, Jean Leclair et Sophie Thériault, *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LGDI, 2022 aux pp 9–10.

¹⁸ Pour des auteurs pionniers qui s'inscrivent dans cette conception voir par ex, Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, Londres, Routledge et Kegan Paul, 1926; Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Society of Law*, traduit par Walter L Moll, vol 5, Harvard Studies in Jurisprudence, Cambridge, Harvard University Press, 1936; Georges Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935.

¹⁹ John Griffiths, « What is Legal Pluralism? », (1986) 18:24 *Journal of Leg Pluralism & Unofficial L* 1.

Pour lui, le pluralisme serait fort lorsque des ordres juridiques existent indépendamment les uns des autres, sans lien avec l'État. En revanche, le pluralisme juridique serait faible lorsque plusieurs ordres normatifs existent, mais restent subordonnés à la reconnaissance du droit étatique.

Dans sa réflexion sur le sujet, Sally Falk Moore propose une conception tout aussi éclairante du pluralisme juridique. Elle fonde sa théorie sur l'idée que la « structure sociale » est constituée de plusieurs « champs sociaux semi-autonomes » auxquels appartiennent les individus et qui peuvent refuser l'accès à des normes extérieures en fonction du niveau d'indépendance de ses membres²⁰. Pour Sally Engle Merry, la notion de « champ social semi-autonome » de Moore serait « la conception la plus durable, la plus généralisable et la plus largement utilisée des ordres juridiques pluriels »²¹. Des auteurs soutiennent cependant que la tendance de l'approche sociologique du droit à considérer tout ordre normatif comme du droit²² soulève la question de la pertinence conceptuelle du terme « droit » si celui-ci ne se distingue guère d'autres notions plus neutres comme la norme²³.

Certains auteurs vont même plus loin en affirmant que le droit n'est pas un concept empirique et universel, mais plutôt une notion étroitement contingente à l'apparition de l'État-nation moderne²⁴. Toutefois, il convient de signaler que l'idée de substituer le « pluralisme juridique » par le « pluralisme normatif » n'a pas été suivie par la majorité des auteurs, sans doute en raison de l'attrait du concept de droit par la majorité des chercheurs²⁵.

Dans ce contexte de débats infructueux entre intellectuels sur les conditions qu'une normativité sociale doit remplir pour constituer du droit, Tamanaha soutient qu'il appartient aux seuls acteurs sociaux de déterminer

²⁰ Sally Falk Moore, « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as Appropriate Subject of Study » (1973) 7:4 *Law & Soc'y Rev* 719; Sally Falk Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach*, Londres, Henley et Boston, Routledge et Kegan Paul, 1978 à la p 78.

²¹ Merry, *supra* note 3 à la p 878 [notre traduction].

²² Brian Z Tamanaha, « The Promise and Conundrums of Pluralist Jurisprudence », (2019) 82:1 *Modern L Rev* 159.

²³ Otis, *supra* note 17 à la p 10. Voir aussi Maxime St-Hilaire, « The Study of Legal Plurality Outside 'Legal Pluralism': The Future of the Discipline? », dans Helge Dedek et Shauna Van Praagh (éds.), *Stateless Law: Evolving Boundaries of a Discipline*, Ashgate, Farnham, 2015 aux pp 116-18.

²⁴ Baudouin Dupret, *Positive Law from the Muslim World: Jurisprudence, History, Practices*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021 aux pp 1-20.

²⁵ Otis, *supra* note 17 à la p 10.

ce qui relève du droit et ce qui ne l'est pas²⁶. Cette approche conventionnaliste qui vise simplement à identifier et à décrire le droit dans la vie sociale est soutenue par les chercheurs du pluralisme juridique sous des angles théoriques différents²⁷. Dans la présente étude, nous considérerons les termes « règle », « norme », « pluralisme juridique » et « pluralisme normatif » comme interchangeables.

La troisième étape du pluralisme juridique caractérisée par la reconnaissance de la pluralité des ordres juridiques apparaît lorsque des associations professionnelles demandent à l'État le statut de personne morale autonome dotée de capacité juridique²⁸. L'État français par exemple reconnaît la liberté d'association sous forme de syndicat ou de corps intermédiaires²⁹. Des auteurs comme Léon Duguit, Maurice Hauriou, Georges Gurvitch s'inscrivent dans ce contexte en s'opposant au centralisme juridique et en soutenant que le droit reflète la réalité sociale³⁰. Dans la même veine, le juriste italien Santi Romano théorise le droit dans une perspective de pluralisme juridique en considérant que « le droit ne doit pas être pensé à partir du concept de normes. Il est [...] plus qu'un ensemble de normes. Il est même plus qu'un système de normes »³¹. Ainsi, des institutions comme l'Église, les écoles, les organes administratifs, les collectivités locales sont des ordres juridiques au même titre que le droit étatique³².

La quatrième étape du pluralisme juridique apparaît avec la distinction entre la perspective du pluralisme dite classique et celle dite extra-étatique ou radicale. Le pluralisme classique est associé aux études anthropologiques réalisées en Océanie et en Amérique du Nord sur les peuples autochtones ainsi que dans les sociétés d'Afrique « postcoloniale ». Ces recherches ont montré que dans les zones situées en dehors des centres urbains, le droit étatique avait un effet quasi inexistant sur les populations. Celles-ci étaient

²⁶ Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001 aux pp 192-94.

²⁷ Voir par exemple Ehrlich, *supra* note 18 qui avance l'idée d'un « droit vivant » par opposition au droit exclusivement étatique; Georges Gurvitch, *L'idée du droit social et système du droit social: histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Sirey, 1932 qui soutient l'idée de l'existence d'un « droit interindividuel » ou d'un « droit intergroupe » et du « droit social » à côté du droit étatique.

²⁸ Abdelhamid, *supra* note 14 aux pp 152-53.

²⁹ *Ibid* à la p 153.

³⁰ *Ibid*.

³¹ Santi Romano, *L'ordre juridique*, [1917-1918], traduction française par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975 à la p VI et VII.

³² *Ibid* à la p 27 et suivant.

régies par d'autres normes, en concurrence avec le droit étatique qui demeurerait néanmoins l'ordre juridique de référence³³.

Le pluralisme juridique radical vise à dépasser le centralisme juridique étatique. Il apparaît avec des auteurs comme Jacques Vanderlinden qui propose une conception du pluralisme juridique qui reconnaît la particularité du droit étatique et qui va au-delà du contrôle social³⁴. Il considère que les individus appartiennent à des réseaux sociaux divers et sont assujettis à une pluralité de systèmes juridiques³⁵.

Dans le même sens, Boaventura de Sousa Santos inscrit sa conception du pluralisme juridique dans ce qu'il nomme le courant post-moderniste du droit. Pour lui, le pluralisme juridique correspond à des « espaces juridiques superposés, combinés et mélangés dans nos esprits et nos actions » dans une sorte de « légalité poreuse ou de porosité juridique, où de multiples réseaux d'ordres juridiques nous forcent constamment à des transitions ou à des empiètements [...], c'est-à-dire, l'interlégalité »³⁶.

Ce courant post-moderniste se positionnerait, selon Hassan Abdelhamid, contre l'univocité qui fonde la pensée juridique moderne dominée par le positivisme juridique. Il serait caractérisé par la plurivocité des systèmes juridiques contemporains, qui se distinguent par les paradigmes de la complexité et du relativisme. La complexité est la notion utilisée pour appréhender les contradictions et l'imprévisibilité des systèmes juridiques actuels. Quant au relativisme, dont l'une des versions les plus importantes est le relativisme culturel, il soutiendrait le respect des normes, des valeurs et des particularités culturelles de chaque société³⁷.

À la suite de Vanderlinden et de Sousa Santos, Étienne Le Roy propose le concept de « multijuridisme » pour rendre compte de la multiplicité des fondements du droit et de la « complémentarité des différences » dans l'environnement normatif des sociétés contemporaines³⁸. Pour lui, dans ce contexte marqué par la « complexité », « [p]enser le Droit signifierait [...] confronter, par la négociation, les divers enjeux en prenant en considération

³³ Abdelhamid, *supra* note 14 à la p 156.

³⁴ Voir sur ce point, Dupret, *supra* note 12 à la p 599.

³⁵ Jacques Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique » (1993) 2 RRJ 573.

³⁶ Boaventura De Sousa Santos, « Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit » (1988) Dr et soc n°10 363 à la p 382.

³⁷ Abdelhamid, *supra* note 14 aux pp 140-47.

³⁸ Étienne Le Roy, « L'hypothèse de multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », dans Andrée Lajoie et al, *Théories et émergence du droit, pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Bruxelles, Thémis, Bruylant, 1998 aux pp 29-43.

diverses variables, statuts des acteurs, ressources, conduites, logiques, échelles d'interactions, processus, forums de gestion et ordonnancements sociojuridiques »³⁹.

Cependant, des critiques ont été formulées à l'égard des approches pluralistes du droit. Baudouin Dupret résume ces critiques en trois points, portant sur la définition du concept de « droit », sa fonction sociale et la nature culturaliste et essentialiste du pluralisme juridique. Selon lui, le pluralisme juridique relève d'une idéologie, puisque le problème définitionnel se pose lorsque les sociologues confondent des « concepts descriptifs » et des « concepts non descriptifs » : les chercheurs pluralistes créeraient une confusion lorsqu'ils utilisent le mot « droit » pour décrire des situations normatives générales que le bon sens qualifierait difficilement de « droit ». Pour ce qui est du fonctionnalisme du droit, pour Dupret, les auteurs pluralistes l'expriment en ces termes : « (1) le droit a un rôle et une nature; (2) ces rôles et natures sont déterminés a priori par leur fonction sociale; (3) cette fonction est de maintenir l'ordre de la société ». Pour lui, le problème du fonctionnalisme est qu'il ne donne pas la possibilité aux institutions sociales d'agir de façon « non fonctionnelle », alors que la réalité empirique atteste d'une telle possibilité. Pour ce qui est de la critique essentialiste et culturaliste, Dupret souligne que la référence du pluralisme juridique à des concepts comme « droit populaire, droit indigène, droit autochtone [...] » font croire à l'existence d'un « vrai droit » qui serait une représentation de la « société authentique » alors que cela n'a aucun fondement empirique⁴⁰.

En raison de ces reproches vis-à-vis du pluralisme juridique, nous nous inscrivons dans la même ligne que Dupret qui, à la suite de travaux de recherche antérieurs comme ceux de Tamanaha⁴¹, adopte une perspective praxéologique pour appréhender les phénomènes juridiques. L'approche praxéologique consiste à utiliser des critères propres à l'environnement

³⁹ Étienne Le Roy, « L'ordre négocié. À propos d'un concept en émergence », dans Philippe Gérard, François Ost et Michel Van de Kerchove (dir.), *droit négocié, droit imposé?* Paris, Presses Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1996 aux pp 341-51.

⁴⁰ Dupret, *supra* note 12 aux pp 604-10.

⁴¹ Brian Z Tamanaha, appréhende le droit non pas en tant que « catégorie fondamentale », mais comme ce que les gens considèrent comme étant du droit dans leurs pratiques sociales. Voir Brian Z Tamanaha, « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism » (2000) 27:2 *JL & Soc'y* 296 aux pp 315-19; Brian Z Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and Social Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

interne des sociétés pour déterminer les compréhensions que les gens donnent à leurs conduites⁴². Aussi, au lieu d'adopter dans la présente étude une approche descriptive du pluralisme juridique au Soudan du Sud, nous utilisons une perspective normative, ce pour deux raisons : tout d'abord, la reconnaissance constitutionnelle des droits coutumiers engendre un pluralisme *de jure* dans le système juridique du pays. En conséquence, on peut dès lors s'interroger sur la conformité des normes coutumières avec le droit international des droits de la personne auquel l'État Sud-Soudanais est lié. D'autre part, la reconnaissance *de jure* du pluralisme juridique légitime une situation normative empirique façonnée par l'histoire de la région. De ce fait, nous défendons le pluralisme juridique comme solution au problème de la protection des droits de la personne et de l'accès à la justice dans le pays. Ainsi, avant d'analyser la question des rapports entre le pluralisme juridique et les droits de la personne dans le pays, nous proposons d'examiner d'abord l'émergence et l'état particulier du pluralisme juridique.

III. L'émergence et l'état du Pluralisme Juridique au Soudan du Sud

L'émergence du pluralisme juridique au Soudan du Sud remonte à l'époque où le territoire faisait encore partie de la République du Soudan. La région entre en contact de manière significative avec la civilisation islamique pendant les périodes médiévales et modernes, avec l'émergence du sultanat de Sennar (910/1504-5-1820) et du sultanat de Keira de Darfour (1603-1874/1916)⁴³. Cela marque le début de l'établissement progressif du droit musulman dans le pays. Le Sultanat de Keira a été détruit par al-Zubayr Pasha en 1874⁴⁴. Au Nord du Soudan, des communautés musulmanes hétérogènes s'étaient établies et étaient principalement régies par l'école juridique islamique sunnite malékite, dont l'interprétation de la *Shari'a* s'appuyait sur les leaders communautaires et les coutumes (*'urf*) locales⁴⁵.

⁴² Dupret, *supra* note 12 aux pp 612-17.

⁴³ Voir Rex S O'Fahey et Jay L Spaulding, *Kingdoms of the Sudan*, London, Routledge, 2017.

⁴⁴ Le sultanat de Keira est plus tard brièvement ravivé par Ali Dinar (1898-1916), voir *ibid*.

⁴⁵ Mark Fathi Massoud, « How an Islamic State Rejected Islamic Law » (2018) 66:3 Am J Comp L 579 à la p 584. Les écoles juridiques islamiques Sunni sont au nombre de quatre à savoir : Maliki, Hanafi, Shafi'i, Hanbali. Pour plus de détails sur ces écoles, voir Sayyid Hashim Al-Musawi, « The Schools of the Islamic Figh [Jurisprudence] » (dernière consultation le 23 avril 2024), en ligne : <al-islam.org/course-islamic-jurisprudence-manhajul-fiqhil-islami-sayyid-hashim-al-musawi/schools-islamic-figh> [perma.cc/Y82F-UA62].

Le sultanat de Sennar est plus tard conquis par le Vice-Roi d'Égypte Muhammad Ali Pasha en 1820, permettant ainsi le début de l'administration turco-égyptienne du Soudan (1820-1884). C'est la première fois qu'une puissance étrangère s'impose à Khartoum et étend une administration décentralisée sur de vastes territoires de la région. Son administration repose sur un droit inspiré de l'école juridique islamique sunnite hanafite⁴⁶. Il s'en suit alors une domination égyptienne (1822-1881), marquant l'introduction d'un droit moderne⁴⁷. À partir de 1881, un mouvement islamique révolutionnaire dit Mahdiste (messianique islamique), dirigé par Muhammad Ahmad ibn al Sayyid abd Allah, se lance dans un djihadisme contre l'administration turco-égyptienne⁴⁸.

Après avoir conquis le Soudan, le Mahdi l'unifie sous une idéologie islamique, malgré la diversité culturelle des tribus présentes⁴⁹. Bien que de courte durée, ce mouvement détruit les éléments de droit moderne introduits⁵⁰ et fonde l'État du Soudan sur une revendication d'autorité islamique⁵¹. Au décès du Mahdi en juin 1885, ses successeurs, les Khalifa, dominent le Soudan jusqu'à leur défaite face à l'alliance anglo-égyptienne lors de la bataille d'Omdurman en 1896⁵². Malgré l'application de la *Shari'a* sous les Mahdistes, puis les Khalifa, la plupart des régions rurales du Soudan, en particulier le Sud, restent peu influencées par l'Islam et sont majoritairement régies par des pratiques coutumières fondées sur des valeurs éthiques, morales et religieuses des communautés locales⁵³. Toutefois, ces pratiques coutumières étaient loin d'être homogènes, la région

⁴⁶ Mark Fathi Massoud, « The Politics of Islamic Law and Human Rights : Sudan's Rival Legal Systems », dans Heinz Klug et Sally Engle Merry (eds.), *The New Legal Realism*, Volume II, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 à la p 98. L'école Hanifi fonde l'interprétation de l'islam non seulement sur le Coran et les Sunnah, mais aussi sur les opinions personnelles et sur l'analogie. Voir Al-Musawi, *supra* note 45.

⁴⁷ Hervé Bleuchot, « La formation du droit soudanais », (1994) 17 *Égypte/Monde arabe* 1 à la p 1. Le droit « moderne » est ici entendu dans le sens de son autonomie et de sa différenciation d'autres champs sociaux comme la religion, l'économie, la politique. Voir Hugues Rabault, « Le problème de la fonction sociale du droit » (2020) 1:71 *Droits* 227.

⁴⁸ Mandour El Mahdi, *A Short History of the Sudan*, London, Oxford University Press, 1965 aux pp 88-89.

⁴⁹ Peter Malcolm Holt, *A Modern History of the Sudan: From the Funj Sultanate to the Present Day*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1961 aux pp 35-37.

⁵⁰ Bleuchot, *supra* note 47 à la p 1.

⁵¹ Massoud, *supra* note 46 à la p 98.

⁵² Holt, *supra* note 49 aux pp 92-108.

⁵³ Francis M Deng, « Customary Law in the Cross Fire of Sudan's War of Identities », dans Isser Deborah H Isser, (éd.), *Customary Justice and the Rule of Law in War-Torn Societies*, United States Institute of Peace Press, Washington DC, 2011 à la p 287.

ayant déjà été en contact avec diverses civilisations étrangères⁵⁴. La Grande-Bretagne et l'Égypte signent en 1899 un accord d'administration conjointe du Soudan dénommé Condominium Anglo-Égyptien⁵⁵. L'accord concède formellement la souveraineté du Soudan à la Grande-Bretagne et à l'Égypte, mais dans la pratique, la première détient le plein contrôle du territoire⁵⁶.

Le système de droit introduit par le colonisateur anglais était le *Territorial Law*. Ce droit territorial comprend, d'une part, le droit public (le droit constitutionnel, le droit administratif et le droit financier) et, d'autre part, le droit mixte (le droit pénal et les procédures). Il s'imposait à tous, tandis que le droit islamique s'appliquait au statut personnel de certaines personnes, notamment en raison de leur appartenance religieuse⁵⁷. En effet, ne voulant pas contrarier les musulmans du Nord, le régime colonial leur permit d'adopter des systèmes de justice coutumiers fondés sur une *shari'a* moins rigide sur l'application des infractions pénales islamiques (les *hudud*)⁵⁸. Cependant, au Soudan du Sud, bien qu'ils ne veuillent pas s'ingérer dans les coutumes africaines, les Britanniques y interviennent néanmoins pour mettre fin à des usages contraires aux notions de justice et d'humanité ou à des conflits intertribaux⁵⁹. Ainsi, bien que les administrateurs britanniques eussent envisagé d'imposer la common law anglaise, comme en Inde, ils ont finalement opté pour la préservation des identités culturelles dans les régions du Sud⁶⁰.

En 1899, le régime colonial anglais adopte au Soudan les premières lois territoriales, à savoir le Code pénal et le Code de procédure pénale, tous

⁵⁴ La région de l'actuel Soudan a connu des processus d'incorporation, d'indigénisation et d'hybridation culturelles qui s'étalent sur plusieurs siècles. Nous soutenons le caractère hétérogène des coutumes de cette période et réfutons une ethnophilosophie africaine qui se fonderait sur un savoir africain considéré « pur » remontant à la période précédant le colonialisme occidental. Une telle philosophie a été abondamment dénoncée à partir des années 1970, entre autres, par Paulin J Hountondji, *Sur la « philosophie africaine » : Critique de l'ethnophilosophie*, Paris, François Maspero, 1977; Valentin-Yves Mudimbe, *L'invention de l'Afrique : Gnose, philosophie et ordre de la connaissance*, 1988, Traduit de l'anglais par Laurent Vannini, Paris, Présence Africaine Éditions, 2021; voir par ex Peter Malcolm Holt, *A Modern History of the Sudan: From the Funj Sultanate to the Present Day*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1961.

⁵⁵ Sur les facteurs qui ont prévalu à la signature du Condominium anglo-égyptien, voir par ex Holt, *supra* note 49 aux pp 111–26. Voir aussi Anne-Claire de Gayffier-Bonneville, « La rivalité anglo-égyptienne au Soudan: les enjeux de la décolonisation », (2008) 1:133 *Relations internationales* 71.

⁵⁶ El Mahdi, *supra* note 48 à la p 121.

⁵⁷ Bleuchot, *supra* note 47 à la p 1.

⁵⁸ Deng, *supra* note 53 à la p 287.

⁵⁹ Robert Collins et Richard Herzog, « Early British Administration in the Southern Sudan », (1961) 11:1 *J African History* 119 aux pp 128–32.

⁶⁰ Mohamed Fadlalla, *Customary Law in the Southern Sudan: Customary Laws of the Dinka and Nuer*, New York, iUniverse, Inc., 2009 à la p xvi.

deux adaptés des versions indiennes⁶¹. En 1900, l'administration coloniale adopte l'*Ordonnance de Justice Civile*, une loi portant sur l'organisation judiciaire et la procédure civile. L'article 3 de celle-ci prévoit que les affaires civiles englobent la succession, l'héritage, la volonté, les legs testamentaires, les dons, le mariage, le divorce, les relations familiales et le *waqf* (la fiducie islamique). La disposition soutient également que lorsque les parties en cause sont des musulmans, la *Shari'a* s'applique sauf si une coutume en décide autrement. Cette disposition semblait ainsi mettre les droits coutumiers au-dessus du droit islamique⁶². En 1902, l'adoption de l'*Ordonnance des Tribunaux de droit Mahométan* subdivise l'organe judiciaire de la *Shari'a* en deux branches : l'une administrative et l'autre judiciaire⁶³. Les tribunaux shar'ia n'avaient de compétence que sur le statut personnel⁶⁴. En outre, l'Ordonnance accorde au Grand *Qadi* (juge islamique) une large autonomie pour statuer sur les affaires relevant du droit de la famille, notamment le mariage, le divorce et l'héritage⁶⁵. Par ailleurs, afin d'apparaître comme une autorité bienveillante et d'asseoir sa légitimité auprès des Soudanais, l'administration coloniale privilégie le *Qanun al-mahaliyya* (« la loi de la localité ») qui permet aux zones rurales d'être régies par des droits coutumiers tant qu'ils ne sont pas contraires (*répugnant*) à la justice naturelle, à l'équité et à la bonne conscience, c'est-à-dire au « droit européen »⁶⁶.

À partir de 1902, lorsque le régime colonial pénètre dans la région du Sud, il met en œuvre un programme d'administration visant à la traiter comme une entité distincte du Nord. Étant donné qu'à l'exception des royaumes hiérarchisés tels que les Shilluk et les Azande, le Sud était considéré par l'administration coloniale comme dépourvu de leaders politiques locaux tels que les Sheikhs et les Omdas du Nord, l'intégration des structures indigènes dans le régime colonial prendra du temps. Les codes pénaux adoptés par le régime colonial en vertu du droit territorial ne

⁶¹ Bleuchot, *supra* note 47 aux pp 1-2.

⁶² Abdel Rahman Ibrahim ElKhalifa, *Development and Future of English Law and Islamic Law in the Sudan*, McGill, DCL Thesis, 1988 à la p 192.

⁶³ *Ibid* à la p 192.

⁶⁴ Bleuchot, *supra* note 47 à la p 2.

⁶⁵ Mark Fathi Massoud, *Law's Fragile State: Colonial, Authoritarian, and Humanitarian Legacies in Sudan*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2013 aux pp 56-57.

⁶⁶ Leila Chirayath, Caroline Serge et Michael Woolcock, « Customary Law and Policy Reform: Engaging with the Plurality of Justice Systems » (2005) Background Paper, World Bank à la p 9.

s'appliquaient pas aux régions du Sud, y compris le Darfour et Kordofan⁶⁷. À partir de 1920, le régime britannique adopte la *Closed Districts Ordinance* qui empêche les agents publics, les marchands (les *jallaba*), la police et les soldats du Nord de pénétrer les régions du Sud sans autorisation du gouvernement colonial⁶⁸.

Dans ces régions, les Cours de chefs, régies par des normes coutumières constituées d'un mélange de coutumes locales et d'innovation britannique, seront mises en place plus tard en 1920 et intégrées dans la gouvernance coloniale⁶⁹. En outre, le régime britannique adopte à partir de 1922 la « politique du Sud » ou politique indigène (*native policy*) qui vise à limiter les influences de la langue arabe et de la religion musulmane et à encourager les langues locales, les coutumes et les pratiques coutumières dans la région⁷⁰. Le régime colonial privilégie une administration fondée sur la chefferie et opte pour le terme de « chef » au lieu de celui de « sheikh »⁷¹. Le régime colonial s'appuie sur les structures coutumières existantes et quand celles-ci font défaut, il nomme des chefs en lieu et place⁷².

Les chefs étaient des « agents de l'administration coloniale », collectant les taxes et jugeant les affaires locales au nom du gouvernement colonial sur le fondement des droits coutumiers⁷³. Il convient de noter que, bien qu'il y ait eu des chefs locaux au Soudan du Sud « précolonial », la notion de « chef », avec les pouvoirs qui y sont associés pendant le régime colonial, est une pure création de ce dernier⁷⁴. Par exemple, le régime colonial choisit des chefs qui n'avaient aucune légitimité au sein de leur communauté et réduit les pouvoirs d'autres chefs afin de satisfaire ses intérêts économiques et politiques⁷⁵. L'administration coloniale était hiérarchisée, avec les

⁶⁷ Bleuchot, *supra* note 47 à la p 2.

⁶⁸ Aboubacar Dakuyo, « Pluralisme normatif, État de droit et développement durable au Soudan du Sud », (2020) Centre for International Governance Innovation, document d'orientation no. 8 1-7; Éric Denis, « Inégalités régionales et rebellions au Soudan » (2007) 3:20 *Outre-Terre* 151 à la p 160.

⁶⁹ Douglas H Johnson, *The Root Causes of Sudan's Civil Wars*, Bloomington, Indiana University Press, 2003 à la p 12; Bleuchot, *supra* note 47 à la p 2.

⁷⁰ Abdullahi A Gallab, *The First Islamic Republic: Development and Disintegration of Islamism in the Sudan*, London, Routledge, [2008], 2016 à la p 31.

⁷¹ Cherry Leonardi, *Dealing with Government in South Sudan: Histories of Chiefship, Community and State*, New York, Boydell and Brewer, 2013 à la p 41.

⁷² Antony Nicolas Allott, « What is to Be Done with African Customary Law? The Experience of Problems and Reforms in Anglophone Africa from 1950 », (1984) 28:56 *J Afr L* 56 à la p 58.

⁷³ Leonardi, *supra* note 71 aux pp 81-95.

⁷⁴ Voir Cherry Leonardi et al, *Local Justice in Southern Sudan*, Washington DC, United States Institute of Peace, 2010 à la p 23.

⁷⁵ Collins et Herzog, *supra* note 59 aux pp 129-30.

administrateurs britanniques au sommet et les chefs coutumiers à un niveau inférieur⁷⁶. Au fil du temps, les chefs investis de pouvoirs de coercition commençaient à utiliser leur position et les Cours de chef pour s'enrichir, ce qui a fait dire à Mahmood Mamdani qu'ils étaient « despotiques »⁷⁷. Cette gestion coloniale par des natifs locaux était dénommée « administration indirecte indigène » (« *Devolution* » ou « *Native administration* »)⁷⁸. Ces changements apportés par le régime colonial ont conféré aux règles appliquées par les tribunaux coutumiers le statut de « droits coutumiers africains ». Ces droits résultent de l'interaction entre les systèmes juridiques coloniaux et les coutumes et normes d'origine « précoloniale »⁷⁹. À travers ce régime, le droit coutumier a été complètement intégré dans la gouvernance coloniale⁸⁰.

Les réformes faites de 1922 à 1932 en créant des tribunaux coutumiers de premier degré sur l'ensemble du Soudan, compétents pour des affaires pénales et civiles mineures, officialisent le recours à ce système de justice⁸¹. Les droits coutumiers étaient toutefois de nature patriarcale, car ils plaçaient les hommes dans une position hiérarchique au-dessus des femmes⁸². Les femmes par exemple étaient rarement incluses dans les structures coutumières qui favorisaient les jeunes hommes⁸³. Le régime colonial ne s'est pas intéressé à modifier cette pratique. En effet, le droit colonial, c'est-à-dire

⁷⁶ Katharina Diehl, Ruben Madol Arol et Simone Malz, « South Sudan : Linking the Chiefs' Judicial Authority and the Statutory Court System », dans Mattias Kötter et al, *Non-State Justice Institutions and the Law: Decision-Making at the Interface of Tradition, Religion and the State*, Hampshire et New York, Palgrave Macmillan, 2015 à la p 57.

⁷⁷ Mahmood Mamdani, « Beyond Settler and Native as Political Identities: Overcoming the Political Legacy of Colonialism », (2001) 43:4 *Comp Studies in Society and History* 651 à la p 56.

⁷⁸ Lam Akol, *Southern Sudan: Colonialism, Resistance and Autonomy*, Eritrea, The Red Sea Press, 2007 aux pp 21-25.

⁷⁹ Sally Engle Merry, « Law and Colonialism » (1991) 25:4 *Law & Soc'y Rev* 889 à la p 894. L'épithète « précoloniale » est utilisée ici simplement pour appréhender la longue période précédant le colonialisme occidental qui a suivi la Conférence de Berlin de 1884-1885. Elle ne considère pas l'Afrique de cette période comme constituée de sociétés homogènes. Voir sur ce point Olufémi Táíwò, « It never existed. The idea of a 'precolonial' Africa is theoretically vacuous, racist and plain wrong about the continent's actual history » (13 janvier 2023), en ligne: <aeon.co/essays/the-idea-of-precolonial-africa-is-vacuous-and-wrong> [perma.cc/PJ4Y-QEUP].

⁸⁰ L. Amede Obiora, « Reconsidering African Customary Law » (1993) XVII: 3 *Legal Studies Forum* 217 à la p 225.

⁸¹ Bleuchot, *supra* note 47 à la p 2.

⁸² Tim Allen et Anna Macdonald, « Post-Conflict Traditional Justice: A Critical Overview » (2013) *The Justice and Security Research Programme Paper* 3.

⁸³ Leonardi, *supra* note 71 aux pp 94-95; Bonny Ibhawoh, *Imperial Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013 à la p 68.

la politique juridique mise en œuvre par les colons britanniques, était lui-même de nature patriarcale.⁸⁴ Il reflétait le droit de la famille – alors en vigueur en Grande-Bretagne – qui n'était pas suffisamment consacré à l'égalité entre les hommes et les femmes⁸⁵. Au niveau de la hiérarchie judiciaire, des tribunaux ordinaires compétents au pénal comme au civil pour des infractions majeures se trouvaient au-dessus des tribunaux coutumiers⁸⁶. En 1931, le régime colonial adopte la *Chiefs Courts Ordinance* et en 1932, la *Native Courts Ordinance*.⁸⁷ Ces deux ordonnances avaient la même fonction de consacrer la reconnaissance officielle des juridictions de droits coutumiers, bien que celles-ci fussent déjà reconnues par la *Civil Justice Ordinance* de 1929⁸⁸, mais elles visaient des aires géographiques différentes. L'ordonnance sur les *Native Courts* visait les six provinces du Nord y compris les musulmans de cette région, alors que l'ordonnance sur les *Chief Courts* visait le Sud y compris les Dinka Ngok d'Abyei au Nord de la province du Kodorfan⁸⁹.

Quelques années après l'indépendance du Soudan, proclamée le 1^{er} janvier 1956, le nouvel État souverain adopte en 1977 la *People's Local Courts Acts*⁹⁰. Cette loi est révisée en 1981 en abrogeant la *Chiefs Courts Ordinance* de 1931 et la *Native Court Ordinance* de 1932 tout en demeurant une continuation du système d'administration indigène britannique⁹¹. L'abandon de la politique indigène en 1932 n'empêchera pas le recours à ces tribunaux après l'indépendance du Soudan⁹². Toutefois, durant les périodes de guerre civile (1955–1972 et 1983–2005), la notion de chef et les mécanismes coutumiers éprouvent de nouvelles transformations substantielles. Les Cours de chef sont régulièrement sollicitées par le Mouvement/l'Armée populaire de libération du Soudan (M/APLS) pour contribuer aux efforts militaires⁹³. Plusieurs chefs sont tués, d'autres ont dû fuir et d'autres encore sont forcés

⁸⁴ Martin Chanock, « Neither Customary nor Legal: African Customary Law in an Era of Family Law Reform » (1989) 3:1 Intl JL Pol'y & Fam 72.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Bleuchot, *supra* note 47 aux pp 2–3.

⁸⁷ See Alexander P. Danne, 'Customary and Indigenous Law in Transitional Post-Conflict States: A South Sudanese Case Study', (2004) 30:2 Monash UL Rev 19.

⁸⁸ Jok, Leitch et Vanderwint, *supra* note 4 à la p 14.

⁸⁹ Deng, *supra* note 53 à la p 304.

⁹⁰ Francis M Deng, *Customary Law in the Modern World: The Crossfire of Sudan's War of Identities*, Oxon, Routledge, 2010 à la p 29.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Bleuchot, *supra* note 47 à la p 3.

⁹³ Diehl, Arol et Malz, *supra* note 76 à la p 59.

de suivre des formations militaires pour répondre efficacement aux ordres des militaires⁹⁴. Ces conditions ont contribué à rendre ambiguë la légitimité des chefs, puisqu'ils obtenaient très souvent leur position non pas selon les règles coutumières de dévolution de la chefferie, mais en vertu de leur courage ou de leur qualité de médiateur entre les populations et le M/APLS⁹⁵. Les conflits et la militarisation accrue de la société du Soudan du Sud ont ainsi eu des effets négatifs sur le fonctionnement des institutions juridiques et judiciaires. Celles-ci se caractérisent par la corruption, l'ineffectivité et l'arbitraire dans les décisions rendues⁹⁶.

À la faveur de la signature de l'Accord global de paix de 2005⁹⁷, la *Constitution Intérimaire du Soudan du Sud* (CISS) (*The Interim Constitution of Southern Sudan*, 2005), la *Loi sur l'administration locale* (*Local Government Act*, 2009) et la *Constitution transitionnelle de la République du Soudan du Sud* (CTRSS) (*Transitional Constitution of the Republic of South Sudan*, 2011) reconnaissent toutes les coutumes et les traditions comme sources de droits et l'« autorité traditionnelle » comme institution de l'administration locale⁹⁸. Ce faisant, le Soudan du Sud se caractérise par un pluralisme juridique

⁹⁴ Barbara Unger et Olivier Wils, *Systemic Conflict Transformation and Inclusive Governance in Southern Sudan*, Berlin, Study Prepared for the Berghof Foundation for Peace Support, 2007.

⁹⁵ Cherry Leonardi, « Violence, Sacrifice and Chiefship in Central Equatoria, Southern Sudan », (2007) 77:4 *Africa* 535. Le M/APLS est le mouvement à la fois politique et militaire qui a lutté contre les gouvernements successifs du Soudan jusqu'à l'obtention de la sécession du Soudan du Sud le 9 juillet 2011 à la suite du référendum d'autodétermination organisé du 9 au 15 janvier 2011.

⁹⁶ Jan Arno Hessbruegge, « Customary Law and Authority in a State under Construction: The Case of South Sudan » (2012) 5 *African J Legal Studies* 295 aux pp 304-05.

⁹⁷ Cet accord a été signé pour mettre fin à la longue période de guerre civile entre le Nord et le Sud du Soudan (1955-1972 et 1983-2005). Voir « The Comprehensive Peace Agreement Between The Government of The Republic of The Sudan and The Sudan People's Liberation Movement/Sudan People's Liberation Army » (9 janvier 2005), en ligne (pdf): <unmis.unmissions.org/sites/default/files/old_dnn/cpa-en.pdf> [perma.cc/3MUK-S2BK].

⁹⁸ Les domaines de compétence des droits coutumiers sont le mariage; y compris la portée de l'union, les mariages successifs, la procréation, la cohabitation sexuelle, les frais de mariage et les cérémonies; l'adultère, y compris des sanctions; le divorce, y compris les critères de nullité du mariage, les questions de consentement et la dot; la garde des enfants, y compris le choix de la loi dans le partage de la propriété; la propriété, y compris le transfert de propriété, la délimitation, les successions testamentaire et l'héritage, le droit foncier, biens personnels, le droit sur les ressources (y compris les minéraux, l'eau et les animaux) et la perte du titre; les obligations sociales, y compris les contrats, la responsabilité délictuelle pour homicide et la responsabilité pour les blessures causées par les animaux; les lois de procédure, y compris les principes fondamentaux de la gestion des affaires coutumières. Voir sur ce point *Local Government Act*, 2009, en ligne: <nec.gov.ss/download/local-government-act-2009/?wpdmdl=3000&refresh=67db9870abfcc1742444656> [perma.cc/FD94-VRD4] [*Local Government Act*, 2009], aux articles 98-102. Voir aussi Jok, Leitch et Vanderwint, *supra* note 4 à la p 13; Danne, *supra* note 87 à la p 205.

intraétatique⁹⁹. Selon la *Loi sur l'administration locale*, « Chiefs shall be elected according to conventional electoral system or selected according to traditional practices as the case may be »¹⁰⁰. Cependant, le gouvernement du Soudan du Sud les fait élire par un comité présidé par un juge de droit statutaire étatique¹⁰¹. Il apparaît donc que le système juridique, administratif et politique des régimes coloniaux et « postcoloniaux » au Soudan a contribué à la multiplicité et à la complexité juridique qui est propre au Soudan du Sud indépendant depuis le 9 juillet 2011.

Le système juridique du nouvel État est dualiste reposant sur deux types de juridiction : d'une part, les juridictions de droits coutumiers des communautés ethnoculturelles et religieuses qui incluent le droit islamique et, d'autre part, les juridictions de droit formel d'origine coloniale de la common law anglaise¹⁰². La cinquantaine de groupes ethniques qui composent le Soudan du Sud dispose chacun de son propre droit coutumier¹⁰³. Le droit islamique sert à résoudre les litiges de compétence coutumière impliquant la minorité de Sud-Soudanais musulmans¹⁰⁴ en grande majorité sunnite de l'école juridique Shafi'i¹⁰⁵, estimés à 6,1 % de la population du Soudan du Sud de 13 195 048 habitants en 2024¹⁰⁶. Les droits coutumiers sont principalement de nature orale en raison de résistances sociales passées à leur codification¹⁰⁷. Mais quelques travaux importants

⁹⁹ Voir notamment, les articles 12, 19, 22, 97 et 98 de la *Local Government Act, 2009*, *supra* note 98; les articles 174 et 175 de la CISS, 2005 et les articles 5, 33, 166 et 167 de la CTRSS, 2011.

¹⁰⁰ *Local Government Act, 2009*, *supra* note 98, article 117.

¹⁰¹ Hessbruegge, *supra* note 96 à la p 311.

¹⁰² Danne, *supra* note 87 à la p 208. Sur cet héritage juridique colonial de façon générale, voir Ali A Mazrui, *The Africans: A Triple Heritage*, Boston, MA, Little Brown & Co, 1986.

¹⁰³ Deng, *supra* note 53 à la p 317.

¹⁰⁴ Jok, Leitch et Vanderwint, *supra* note 4 aux pp 11-12. Ces musulmans vivent leur foi selon la doctrine *fiqh al-aqalliyat al-muslima* (doctrine juridique des musulmans minoritaires dans une société). Voir sur ce point Noah Salomon, « Religion after the State: Secular Soteriologies at the Birth of South Sudan », (2014) 29:3 *JL & Religion* 447 à la p 467. Pour plus de détails sur cette doctrine, voire entre autres Shammai Fishman, « *Fiqh al-Aqalliyat: A Legal Theory for Muslim* », (2006) 2 *Minorities Research Monographs on the Muslim World* 1-19.

¹⁰⁵ Mahdi Garba, « A Brief History of Islam in East Africa », Karbala Centre for Studies and Research, 3 mai 2021, en ligne : <c-karbala.com/en/kcsrs-activities/5507> [perma.cc/49ZG-X3T5]; Gofran Abdulrahman Al-Absi, « Comparative Review of Muslim Family Laws in the Greater Horn of Africa Region » (dernière consultation le 20 avril 2024), en ligne (pdf) : <campaignforjustice.musawah.org/wp-content/uploads/2023/11/GHoA-Comparative-Review_FINAL-COPY.pdf> [perma.cc/N3RD-3G5G]; Matthias Basedau et Carlo Koos, « When Do Religious Leaders Support Faith-Based Violence? Evidence from a Survey Poll in South Sudan », (2015) 68:4 *Political Research Quarterly* 760 à la p 764. L'école juridique Shafi'i se fonde sur une interprétation textuelle du Coran et des Sunnah. Voir Sayyid Hashim Al-Musawi, *supra* note 45.

¹⁰⁶ Countrymeters, *supra* note 2.

¹⁰⁷ Voir Aleu Akechak Jok, Robert A Leitch et Carrie Vanderwint, *supra* note 4 aux pp 22-25.

d'écriture de certaines normes coutumières ont eu lieu dans le passé. Dans les années 1970 et 1980 par exemple, les chefs de ce qui était alors la province du Bhar-el-Ghazal se sont réunis en conférence pour surmonter les différences dans l'application des droits coutumiers et mettre sur écrit le droit sur la propriété, le statut personnel, les blessures, etc.¹⁰⁸ La codification la plus significative est celle du juge John Wuol Makec qui, en tant que président de l'Assemblée régionale de Bhar-el-Ghazal, a rédigé le *Bhar-el-Ghazal Customary Law Act* de 1984 qui regroupe les droits coutumiers des Dinka, des Luo, et des Ferti. Dans la même année, les trois principaux groupes ethniques du Haut-Nil que sont les Dinka, les Nuer et les Shilluk ont écrit leurs droits coutumiers¹⁰⁹.

Ces dernières années, il y a une opinion de plus en plus répandue qui soutient l'écriture des droits coutumiers¹¹⁰ et leur harmonisation éventuelle en vue de les aligner avec la CTRSS et le droit international des droits de la personne¹¹¹. Du fait de la reconnaissance constitutionnelle des droits coutumiers par le droit formel de l'État, le contexte du Soudan du Sud peut être qualifié selon la terminologie de Griffiths de « pluralisme juridique faible ». Il s'agit ici d'une situation de « gestion par articulation » du pluralisme juridique, caractérisée par la prise en compte par un « système gestionnaire » en l'occurrence l'État d'un autre « système de référence », à savoir les foyers juridiques coutumiers en leur reconnaissant des effets de

¹⁰⁸ Deng, *supra* note 53 aux pp 317-18.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ En 2012, le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), en partenariat avec le gouvernement du Soudan du Sud, a commandité une évaluation des droits coutumiers de quatorze groupes ethniques du Soudan du Sud qui a abouti aux rapports suivants: William Tate Olenasha et al., *In Search of a Working System of Justice for a New Nation: The Ascertainment of Customary Laws of the Toposa, Lokuto (Otuho), Lango and Lopit Communities of the Eastern Equatoria State of South Sudan* (South Sudan: United Nation Development Program (UNDP), South Sudan, Serie 1, Volume 1, 2012. William Tate Olenasha et al., *In Search of a Working System of Justice for a New Nation: The Ascertainment of Customary Laws of the Balanda Bviri, Bongo, Ndogo and Mundari Communities of the Western Bahr El Ghazal and Central Equatoria States of South Sudan* (South Sudan: United Nation Development Program (UNDP), South Sudan, Serie 1, Volume 2, 2012. William Tate Olenasha et al., *In Search of a Working System of Justice for a New Nation: The Ascertainment of Customary Laws of the Avukaya, Moru, Baka, Wa'di and Jur-Bel Communities of the Western Equatoria and Lakes State of South Sudan*, South Sudan: United Nation Development Program (UNDP), South Sudan, Serie 1, Volume 3, 2012.

¹¹¹ Voir Tiernan Mennen, *The Study on the Harmonization of Customary Laws and the National Legal System in South Sudan*, South Sudan, United Nations Development Program (UNDP), South Sudan, 2016. Voir aussi Cherry Leonardi et al. 'Politics of Customary Law Ascertainment in South Sudan,' (2011) 63 *Journal of Legal Pluralism* 111-142.

droit¹¹². Toutefois, ce pluralisme juridique ne signifie pas la coexistence de foyers normatifs d'origines étatique et non étatique totalement séparés, mais plutôt des normes qui s'entrecroisent et se fécondent mutuellement pour former un ordre juridique hybride devant les juridictions tant coutumières que de droit formel¹¹³. Ce pluralisme juridique se reflète dans le concept d'« interlégalité » qui exprime des répertoires normatifs qui se superposent, s'interpénètrent et se mélangent dans l'esprit et l'action des justiciables¹¹⁴. Ainsi, les populations se trouvent généralement dans une sorte de « marché aux normes » ou « marché de justice » où elles peuvent choisir le forum qui répond le plus à leurs intérêts, en raison de sa réputation à rendre des décisions justes et/ou à pratiquer les frais les moins onéreux¹¹⁵.

Avec l'entrée en vigueur de la CTRSS, l'architecture juridictionnelle du pays se présente de la manière suivante : au niveau des juridictions de droit formel, au sommet se situe la *Cour suprême*, ensuite, il y a les *Cours d'appel*, les *Hautes Cours*¹¹⁶ et enfin les *Cours de comté* et d'autres *Cours* dont l'établissement serait jugé nécessaire et en accord avec la CTRSS et la loi¹¹⁷. La *Cour suprême* est située à Juba la capitale veillant au respect de la Constitution du Soudan du Sud et des Constitutions des États du pays.

Les trois branches de la *Cour d'appel* (*Cours régionaux d'appel*) sont situées dans les villes de Juba, Malakal et Rumbek. Ils reçoivent des appels des *Hautes Cours* et leurs décisions peuvent faire l'objet de pourvoi devant la *Cour suprême*. Les *Hautes Cours* sont situées dans les capitales des différents États du Soudan du Sud¹¹⁸. Les *Cours de comté* sont des juridictions de niveau inférieur situées théoriquement dans chaque comté. Leur établissement est en cours et il n'est pas clair combien d'entre elles ont été établies à ce jour.

¹¹² Ghislain Otis et Sophie Thériault, « Les procédés de gestion du pluralisme juridique », dans Otis, (dir.), *supra* note 17 à la p 32.

¹¹³ Leonardi, *supra* note 71 à la p 17.

¹¹⁴ Boaventura De Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization and Emancipation*, 2nd ed, London, Edinburgh Dublin, Butterworths, 2002 à la p 437.

¹¹⁵ Hessbruegge, *supra* note 96 à la p 304.

¹¹⁶ Selon l'article 161(1) de la CTRSS de 2011, « [t]he territory of South Sudan is composed of ten states governed on the basis of decentralization ». De 2011 à 2015, ces États et leurs capitales étaient subdivisés de la manière suivante : La région du Bahr el Ghazal était formée de l'État du Bahr el Ghazal du Nord (Aweil); l'État du Bahr el Ghazal Occidental (Wau); l'État des Lacs (Rumbek); de l'État de Warrap (Kuajok). La région de l'Équatoria était formée de l'État de l'Équatoria Occidental (Yambio); l'Équatoria Central (Juba); l'Équatoria Oriental (Torit). La région du Grand Haut-Nil était composée de l'État du Haut-Nil (Malakal); l'État du Jonglei (Bor); et l'État de l'Unité (Bentiu).

¹¹⁷ CTRSS, 2011 article 124.

¹¹⁸ International Commission of Jurists, « South Sudan: Court structure », 16 juin 2014 à la p 21, en ligne : <icj.org/cijl/countryprofiles/south-sudan/south-sudan-introduction/south-sudan-constitutional-structure/> [perma.cc/XF5V-FDQR].

Au niveau des juridictions de droit coutumier, la CTRSS soutient que « The courts shall apply customary law subject to this Constitution and the law »¹¹⁹. Quant à l'organisation des systèmes de justice coutumier, la *Loi sur l'administration locale* de 2009 dispose que « [t]here shall be established Customary Law Courts as follows: (a) "C" Courts; (b) "B" Courts or Regional Courts; (c) "A" Courts or Executive Chief's Courts; and (d) Town Bench Courts »¹²⁰. Les Cours "C" sont situées au niveau des comtés (juridictions de niveau supérieur des villes), les Cours "B" ou régionales sont situées dans les *Payam* (juridictions de niveau intermédiaire des villages), les Cours "A" sont situées au niveau des *Boma*, c'est-à-dire, des subdivisions des *Payam* (juridictions de droit formel de premier degré) et les *Town Bench Courts* sont des juridictions coutumières spéciales des grandes villes et sont de deux types : les premiers sont compétents pour les décisions des Cours "B" et les seconds sont compétents pour les décisions des Cours "A"¹²¹.

Les juridictions coutumières sont présidées par des chefs coutumiers et appliquent les coutumes, traditions, normes et éthiques des communautés¹²². Les *Boma* des villages sont les premiers domaines d'opération des juridictions coutumières. Leurs décisions peuvent faire l'objet d'appel devant les *Payam* qui sont des juridictions tranchant des litiges coutumiers majeurs et des infractions mineures d'ordre public¹²³. Les décisions de ces derniers peuvent faire l'objet de recours devant les juridictions coutumières de comté. Les décisions des juridictions coutumières de comté peuvent faire l'objet d'appel devant le juge de la *Cour de comté* de première instance qui applique le droit étatique formel¹²⁴. Les décisions des *Town Bench Courts* peuvent faire l'objet d'appel vers les *Cours de comté* de première instance qui applique le droit étatique formel¹²⁵ (voir ci-après le schéma du système judiciaire du Soudan du Sud). Pour connaître les droits et les décisions coutumiers, les décisions des juridictions étatiques

¹¹⁹ CTRSS, 2011 article 166(3).

¹²⁰ *Local Government Act*, 2009, *supra* note 98, article 97(1).

¹²¹ *Ibid* article 102(1); International Commission of Jurists, *supra* note 114. Voir aussi Cherry Leonardi et al, *supra* note 74 aux pp 22–25.

¹²² *Local Government Act*, 2009, *supra* note 98, article 98(1).

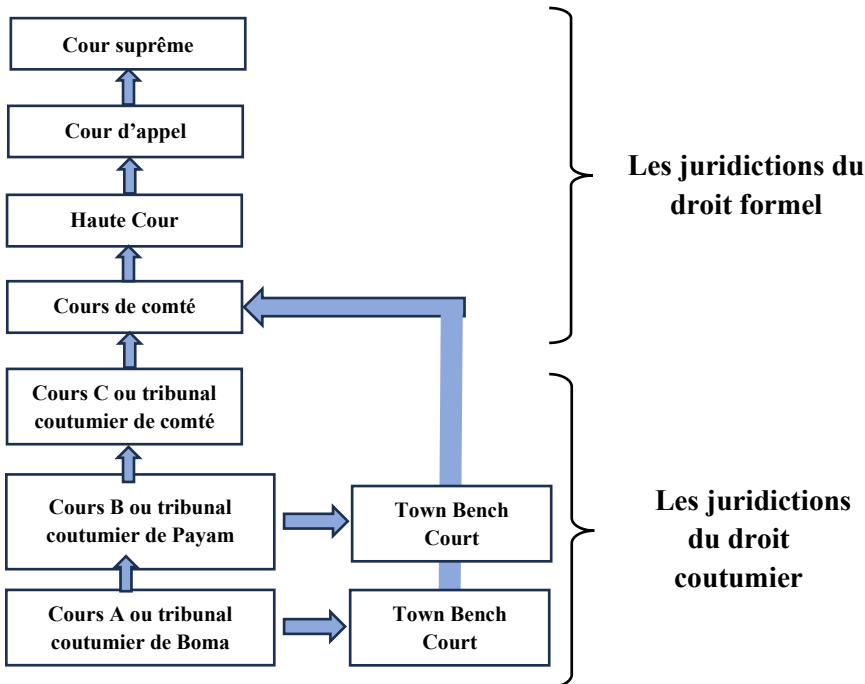
¹²³ *Ibid* article 100(2).

¹²⁴ *Ibid* article 99(3).

¹²⁵ *Ibid* article 102(2).

formelles se fondent sur l'article 5 de la CTRSS qui dispose que « [t]he sources of legislation in South Sudan shall be: (a) this Constitution; (b) customs and traditions of the people; (c) the will of the people; and (d) any other relevant source ».

Le système judiciaire du Soudan du Sud



La *Loi sur l'administration locale* de 2009, en son article 98(1)(2), accorde aux juridictions coutumières seulement une compétence pour des litiges de nature coutumière. Elles n'ont pas en principe une compétence pénale à moins que les affaires qui leur sont déférées par une juridiction de droit formel aient une « interface coutumière »¹²⁶. Cependant, dans la pratique, du fait que les tribunaux étatiques n'ont pas été établis dans plusieurs comtés, les instances coutumières sont devenues des juridictions de première

¹²⁶ David K Deng, « Challenge of Accountability: An Assessment of Dispute Resolution Processes in Rural South Sudan », South Sudan Law Society, Pact, Mars 2013 à la p 18, en ligne (pdf) : <icnl.org/wp-content/uploads/South-Sudan_sslsdeng.pdf> [perma.cc/2YE8-XMB7]. Voir aussi Report of the Commission on Human Rights in South Sudan, *Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General*, Human Rights Council Fifty-fifth session, A/HRC/55/26, 29 February 2024 à la p 14.

instance dans les litiges civils et criminels dans les régions rurales¹²⁷. Cette compétence pénale *de facto* pourrait s'expliquer par le fait que la justice coutumière vise ultimement le maintien de l'harmonie au sein des groupes ethniques et religieux. Les instances coutumières sont donc en théorie et en pratique investies de l'autorité et de la légitimité des communautés pour traiter des affaires pénales. Ce faisant, plus de 90% des litiges sociaux sont de nos jours soumis aux juridictions coutumières¹²⁸. Les juridictions coutumières rendent leurs décisions dans la langue nationale de l'administration locale¹²⁹. Dans les *Boma* où il manque généralement de recours vers des juridictions étatiques de droit formel¹³⁰, les justiciables n'ont très souvent pas d'autres options que de porter leurs affaires devant les juridictions coutumières¹³¹. En outre, en plus du fait que les justiciables peuvent faire appel des décisions coutumières des *Town Bench Courts* devant les juridictions de droit formel, ils peuvent aussi faire appel devant le Commissaire de Comté (*County Commissioner*)¹³², surtout lorsqu'il y a des difficultés d'exécution des décisions coutumières¹³³. Cette situation montre, comme le souligne Giselle Corradi, que nombre de sociétés d'Afrique

¹²⁷ Deng, *supra* note 126 à la p 18.

¹²⁸ International Organization for Migration (IOM), *Customary Law, Norms, Practices and Related Factors that Enable and Constrain Women's Access to Housing, Land and Property in South Sudan: A Desk Review*. IOM, Juba, 2021 à la p 16; Mediel Hove et Enock Ndawana, « Women's rights in jeopardy: The case of war-torn South Sudan », (2017) Sage Open 1 à la p 8.

¹²⁹ *Local Government Act, 2009*, *supra* note 98, article 10.

¹³⁰ Diehl, Arol et Malz, *supra* note 76 à la p 69.

¹³¹ Voir Report of the Commission on Human Rights in South Sudan, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, Human Rights Council Fifty-fifth session, A/HRC/55/26, 29 February 2024 à la p 8.

¹³² Selon l'article 48 de la *Local Government Act, 2009*, *supra* note 98, « (1) There shall be a County Commissioner for each Local Government Council. (2) The County Commissioner shall be directly elected by the people of the County by universal suffrage in a general election. (3) The tenure of office of the County Commissioner shall be four (4) years from the date of assuming office, and may be re-elected for one additional term only. (4) The County Commissioner shall:- (a) be the head of the County Executive Council; (b) be the Chairperson of the County Security Committee; (c) be the representative of the State Governor in the County; (d) not be a member of the Legislative Council; and (e) be accountable to the County Legislative Council in the discharge of his or her functions and duties ». Selon l'article 52 de la *Local Government Act, 2009*, *supra* note 98, « The County Commissioner shall be the head of the Local Government in the County and shall, inter alia, exercise the following functions and duties:- [...] (b) preserve the security of the County and protect its people and its territorial integrity; (c) maintain law and order in the County; (d) execute policies passed and By-laws enacted by the Legislative Council, resolutions and decisions of the Executive Council; (e) preside over the meetings of the County Executive Council; (f) initiate legislations and amendments to the Legislative Council and assents and signs them into law [...] ».

¹³³ Deng, *supra* note 126 à la p 22.

subsaharienne se caractérisent par l'existence sur le terrain d'une pluralité d'expression de la justice coutumière ou informelle¹³⁴. C'est au regard de ce contexte qu'il convient d'analyser les rapports entre le pluralisme juridique et les droits de la personne au Soudan du Sud.

IV. Les Rapports Entre le Pluralisme Juridique et les Droits de la Personne

L'approche normative du pluralisme juridique se rapporte aux politiques et législations adoptées par un État pour régir les relations qu'entretiennent divers ordres normatifs¹³⁵. À ce titre, le pluralisme juridique se présente manifestement comme une politique délibérée et investie d'une fonction prescriptive¹³⁶. La reconnaissance des droits coutumiers locaux au Soudan du Sud et partant du pluralisme intraétatique s'inscrit dans cette dynamique. En reconnaissant les droits coutumiers tout en les conditionnant au respect de la CTRSS qui garantit les droits de la personne, le Soudan du Sud s'est placé dans le sillage de plusieurs États africains qui ont choisi, au moment de leur accession à l'indépendance, de sauvegarder leurs identités culturelles tout en résistant à un Africanisme culturel tourné vers le passé¹³⁷. En effet, les nouvelles réalités « postcoloniales » caractérisées d'enjeux économiques et de développement les ont convaincus de la nécessité d'adopter des législations plus modernes¹³⁸. Ainsi, en dépit de ses héritages coloniaux et « postcoloniaux » caractérisés par la prégnance des droits coutumiers, le Soudan du Sud a choisi une CTRSS qui se situe dans la tradition de la démocratie libérale¹³⁹. L'État est dès lors censé respecter le droit international des droits de la personne applicable sur son territoire, car les obligations qui découlent de

¹³⁴ Giselle Corradi, « Human Rights Promotion in Post-Conflict Sierra Leone: Coming to grips with Plurality in Customary Justice », (2010) 60 *Journal Leg Pluralism* 73 à la p 96.

¹³⁵ Giselle Corradi, « Can Legal Pluralism Advance Human Rights? How International Development Actors Can Contribute », (2014) 26:5 *European Journal of Development Research* 783 à la p 784.

¹³⁶ Otis, *supra* note 10 à la p 17.

¹³⁷ Mark Toufayan, « When British Justice (in African Colonies) Points Two Ways: On Dualism, Hybridity, and the Genealogy of Juridical Negritude in Taslim Olawale Elias », dans Oche Onazi (éd.), *African Legal Theory and Contemporary Problems: Critical Essays, Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice*, Vol. 29, Dordrecht, Heidelberg, New York, London, Springer, 2014 à la p 54.

¹³⁸ *Ibid* à la p 55.

¹³⁹ La CTRSS comporte une Déclaration de droits (article 9 à 34), consacre un gouvernement national composé des organes exécutif, législatif et judiciaire théoriquement indépendants (article 51), reconnaît comme mode de dévolution du pouvoir d'État des élections générales (article 97) et fonde l'État sur un système de gouvernance démocratique décentralisé et multipartite (préambule de la CTRSS).

l'adhésion aux conventions internationales relatives aux droits de la personne incombent premièrement aux États qui les ont signés en tant que dépositaires de la souveraineté territoriale¹⁴⁰.

De ce fait, même si le Soudan du Sud n'est pas encore partie au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, probablement en raison de la situation de violations récurrentes des droits de la personne sur son territoire¹⁴¹, les dispositions de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (DUDH) lui sont opposables devant les instances régionales et internationales de protection des droits de la personne. Cela s'explique non seulement par leur nature de normes du droit international coutumier¹⁴², mais aussi par l'obligation qui pèse sur les membres des Nations Unies de respecter et protéger les droits de la personne¹⁴³. En outre, le Soudan du Sud est partie à plusieurs conventions internationales de protection des droits de la personne. Au niveau international, on peut citer la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, la *Convention sur les droits de l'enfant* et la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*. Au niveau régional, on peut mentionner la *Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples* (CADHP) et le *Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes* (Protocole de Maputo). Par conséquent, la question se pose de savoir quels rapports existent-ils entre les droits coutumiers, et par extension, le pluralisme juridique et les droits de la personne au Soudan du Sud ? Ces rapports sont-ils harmonieux ou conflictuels?

Tout d'abord, il convient de souligner qu'au Soudan du Sud comme dans nombre de pays d'Afrique subsaharienne, certaines normes et pratiques coutumières s'arriment bien avec les droits de la personne. Au Soudan du Sud, les normes coutumières de la cinquantaine de groupes ethniques qui composent le pays ont plus de ressemblances que de dissemblances, en ce

¹⁴⁰ Christian Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford, Oxford University Press, 3^e éd, 2014 à la p 165.

¹⁴¹ Voir, par exemple, Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Commission sur les droits de l'homme au Soudan du Sud, A/HRC/52/26, 31 janvier 2023.

¹⁴² Voir Hurst Hannum, « The Statute of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law », *Ga J Intl & Comp L*, 25, 1995-1996, pp 287-397.

¹⁴³ Voir les articles 55 et 56 de la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, 1 RTNU 993 (entrée en vigueur le 24 octobre 1945).

qu'en réalité « [d]ifferences tend to be ones of style rather than substance »¹⁴⁴. Pour chacune de ces communautés, le principal point commun est qu'en cas de conflit l'objectif visé est la réconciliation et l'harmonie intercommunautaire¹⁴⁵. Le premier groupe ethnique d'importance que sont les Dinka est régi par la philosophie morale du *cieng* qui renvoie à l'idée de maintenir de bonnes relations interpersonnelles, de traiter les autres avec bienveillance, générosité, hospitalité et gentillesse ; et le second groupe ethnique d'importance que sont les Nuer est gouverné par la philosophie du *ciang* qui fait référence à l'unité, la solidarité et l'harmonie entre les membres du groupe¹⁴⁶.

Ces communautés ethniques reconnaissent à leurs membres individuellement et collectivement une dignité propre qui se manifeste par exemple par le concept de *dheeng* des Dinka¹⁴⁷. Le *dheeng*, dans sa forme nominale se réfère à la noblesse, la grâce, l'élégance et le charme qu'une personne peut atteindre par sa façon de vivre¹⁴⁸. Son adjectif est *adheeng*. Une personne qui est considérée comme ayant de l'*adheeng* est généreuse avec sa richesse ou même dans son état de pauvreté¹⁴⁹. Selon cette moralité, les Dinka considèrent le caractère sacré de la vie et du corps humain et des mesures adéquates doivent être prises pour réparer toute violation. Aussi, en situation de conflits intercommunautaires, l'éthique de la guerre exigerait qu'un ennemi se trouvant en dehors du champ de bataille ne soit pas attaqué, qu'un combattant blessé ou qui a trouvé refuge chez une femme ne soit pas tué ou soumis à des tortures¹⁵⁰.

Même si les normes coutumières se rapportant au respect de la dignité humaine se trouvent dans presque toutes les sociétés du monde et ne doivent pas être considérées comme équivalentes aux droits de la personne, ces deux ordres normatifs peuvent être appréhendés comme étant parfaitement complémentaires¹⁵¹. C'est pourquoi nous pensons qu'une

¹⁴⁴ Jok, Leitch et Vanderwint, *supra* note 4 à la p 21.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ William Twining, « Francis Deng on Dinka Culture and Human Rights », (2013) 46:2 *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America* 197 à la p 205; Deng, *supra* note 53 aux pp 293-95; Francis M Deng, *Africans of Two Worlds*, New Haven, Yale University Press, 1978 aux pp 64-65.

¹⁴⁷ Deng, *supra* note 53 à la p 296.

¹⁴⁸ Twining, *supra* note 146 à la p 205.

¹⁴⁹ Deng, *supra* note 53 à la p 268.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Voir sur ce point Bonny Ibhawoh, « Cultural Relativism and Human Rights: Reconsidering the Africanist Discourse », 19:1 (2001) *Nethl QHR* 43.

première façon d'arrimer les droits coutumiers avec les droits de la personne serait de considérer que l'universalité des droits de la personne ne signifie pas pour autant leur uniformité, mais plutôt une égale dignité de tous les êtres humains dans la diversité de leurs identités¹⁵². Cela veut dire que les droits coutumiers pourraient être appréhendés comme des vecteurs de l'universalisme des droits de la personne. Pour ce faire, les droits de la personne pourraient être mieux réceptionnés dans les communautés locales du Soudan du Sud à travers leur « vernacularisation ». Elle se définit comme un processus d'enracinement des droits de la personne dans les communautés locales à travers des interactions avec les normes coutumières afin de produire des cadres normatifs hybrides qui assurent la protection des droits de la personne¹⁵³. Cette « culturalisation des droits de la personne »¹⁵⁴ pourrait se faire en liant les concepts des communautés locales du Soudan du Sud comme le *cieng*, le *ciang* ou le *dheeng* aux principes et normes des droits de la personne. Cette approche pourrait permettre aux droits coutumiers de concourir dans une certaine mesure à la protection des droits de la personne.

Toutefois les droits coutumiers au Soudan du Sud ne favorisent pas toujours la protection des droits de la personne. Au contraire, ils sont très souvent considérés comme en partie opposés aux droits de la personne¹⁵⁵. Ils sont perçus comme se fondant, entre autres, sur des structures sociales patriarcales caractérisées par l'absence d'égalité et la discrimination contre les femmes et les filles¹⁵⁶, l'absence de garanties de procès équitable et l'infliction de châtiments corporels comme mode de justice¹⁵⁷. Examinons ces points à la lumière des droits de la personne.

¹⁵² Gérard Cohen-Jonathan, « Universalité et singularité des droits de l'Homme », (2003) 53 RUDH 3 à la p 10.

¹⁵³ Bonny Ibhawoh, *Human Rights in Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018 aux pp 225–31; Sally Engle Merry, *Human Rights Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, Chicago, Chicago University Press, 2006.

¹⁵⁴ Bonny Ibhawoh, *supra* note 153 aux pp 225–31.

¹⁵⁵ Pour plus de détails sur ce point, voir Aboubacar Dakuyo, 'Defining Human Rights in the Socio-cultural and Political Context of South Sudan: How to Move Towards the Assertion of Full Human Rights in Line with International Law?' (2025) *International Journal of Human Rights*, 1-27.

¹⁵⁶ Diehl, Arol et Malz, *supra* note 76 à la p 72.

¹⁵⁷ Rachel Ibreck, Hannah Logan et Naomi Pendle, « Negotiating Justice: Courts as local civil authority during the conflict in South Sudan », The Justice and Security Research Programme, The London School of Economics and Political Science, 2017, en ligne (pdf) : <eprints.lse.ac.uk/84470/1/17-0048-Sudan-Report-v9.Web.pdf> [perma.cc/RMX5-CT53].

En ce qui concerne le droit à l'égalité et contre la discrimination, l'article 14 de la CTRSS dispose que « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi sans discrimination fondée sur la race, l'origine ethnique, la couleur, le sexe, la langue, la croyance religieuse, l'opinion politique, la naissance, la localité ou le statut social »¹⁵⁸. Cependant, bien que la CTRSS garantit à chaque enfant et à chaque citoyen le droit à l'éducation (articles 17 et 29), les normes et pratiques coutumières du Soudan du Sud dévalorisent l'éducation des filles et des femmes en les considérant comme ayant seulement vocation à être des « propriétés » après le mariage¹⁵⁹. De ce fait, dans les zones rurales surtout où les normes coutumières ont une forte prégnance, les familles sont généralement réticentes à inscrire les filles à l'école, préférant plutôt inscrire les garçons. Cette discrimination contre les filles et les femmes en vertu des normes coutumières viole ainsi l'obligation générale de l'État d'assurer l'égalité de toutes les personnes devant la loi et en particulier l'éducation pour tous.

Un autre aspect de l'égalité concerne l'égal accès à la justice. En effet, la question se pose de savoir si le fait que tous les citoyens ne soient pas soumis aux mêmes règles de droit peut être considéré comme une violation du principe d'égalité des citoyens. Sur ce point, il existe un débat sur la question de savoir si l'égal accès à la justice exige seulement une égalité formelle ou plutôt s'il doit nécessairement être une égalité substantive¹⁶⁰. En définissant l'État de droit comme « every person in society is treated equally under the law » et que « justice is accessible to all »¹⁶¹, la Banque mondiale par exemple semble adopter une approche de l'égal accès à la justice qu'on pourrait qualifier de formelle. Pourtant, les Nations Unies semblent adopter une approche plus substantive en considérant que l'accès à la justice doit être en harmonie avec les droits de la personne¹⁶². Devant cette controverse, il convient de souligner que lorsque le droit international fait référence aux juridictions nationales des États, il ne fait généralement pas la distinction

¹⁵⁸ Notre traduction. Voir aussi les articles 10, 21 et 26 de la DUDH; et les article 3 et 13 de la CADHP.

¹⁵⁹ Jane Kani Edward, « Conflict, customary law, gender, and women's rights in South Sudan », dans Amir Idris (éd.), *South Sudan Post-Independence Dilemmas*, London, New York, Routledge, 2018 à la p 64.

¹⁶⁰ Voir sur ce point Laura Grenfell, *Promoting the Rule of Law in Post-Conflict States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 à la p 77.

¹⁶¹ World Bank, *Legal and Judicial Reform, Observations, Experiences, and Approach of the Legal Vice Presidency*, The World Bank, Washington DC, 2002 à la p 1.

¹⁶² United Nations Development Program, *Programming for Justice: Access for All. A Practitioner's Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice*, 2005 à la p 5. L'accès à la justice y est défini comme: « [t]he ability of people to seek and obtain a remedy through formal or informal institutions of justice, and in conformity with human rights standards ».

entre les juridictions formelles et les juridictions coutumières reconnues par l'État, en privilégiant les premières aux dernières¹⁶³. En outre, dans la pratique, l'une des principales contributions des juridictions coutumières est qu'elles permettent de combler le besoin de justice des populations des zones rurales, pauvres ou des sociétés post-confliktuelles lorsque le droit étatique formel est absent, manque de confiance ou inaccessible. À ce titre, la justice coutumière contribuerait à respecter l'accès des citoyens à la justice – ce qui constitue un droit fondamental de la personne. C'est en raison de ce rôle crucial que les Nations Unies et les organisations de développement recommandent finalement d'associer ces mécanismes aux dispositifs de résolutions des conflits tout en veillant à les arrimer avec les droits de la personne.

Pour ce qui est du droit à un procès équitable, il n'est pas clairement défini devant les systèmes de justice coutumiers¹⁶⁴, si ce n'est que cette justice doit être conforme à la CTRSS¹⁶⁵. Pourtant, en raison de la nature patriarcale des droits coutumiers, les hommes dominent les prises de décision devant les instances coutumières, car les femmes ne peuvent très souvent parler pour elles-mêmes dans les litiges fonciers par exemple qu'à travers leurs maris ou un représentant mâle¹⁶⁶. Dans certaines régions du Soudan du Sud comme au Nord de Bahr al-Ghazal par exemple, les femmes ne peuvent participer aux débats devant les juridictions coutumières au même titre que les hommes¹⁶⁷. Il est parfois demandé aux femmes de rester à l'extérieur des instances coutumières en attendant que les hommes décident dans les affaires qui les concernent¹⁶⁸. En outre, les décisions prises devant les systèmes de justice coutumiers peuvent être arbitraires et/ou

¹⁶³ Pacifique Manirakiza, « Les juridictions traditionnelles et la justice pénale internationales », (2003) 41 Canadian YB Intl L 51 à la p 76.

¹⁶⁴ Cynthia M Caron, « Customary law, norms, practices and related factors that enable and constrain women's access to housing, land and property in South Sudan », Juba, South Sudan, International Organization for Migration, 2021 à la p 16.

¹⁶⁵ Voir CTRSS, 2011, article 167 (3).

¹⁶⁶ Caron, *supra* note 164 à la p 16.

¹⁶⁷ Marina Santschi, « Traditional Authorities, Local Justice and Local Conflict Resolution Mechanism in South Sudan », dans Sara Hellmüller et Martina Santschi (éds.), *Is Local Beautiful? Peacebuilding between International Interventions and Locally Led Initiatives*, Heidelberg et New York, Springer, Swiss Peace, 2014 à la p 48.

¹⁶⁸ Ministry of Gender, Child, and Social Welfare (MGCSW), *Consultation report on women's land rights: recommendations from focus group discussions*, Report, Government of South Sudan, MGCSW, Juba, 2019 à la p 24.

contraires au droit écrit du pays¹⁶⁹. Ces procédures judiciaires coutumières contreviennent ainsi au droit des femmes à un égal accès à la justice.

En ce qui concerne les châtiments corporels, ils sont régulièrement utilisés devant les tribunaux coutumiers, en dépit de l'adhésion du Soudan du Sud à la *Convention contre la torture et autres traitements inhumains et dégradants* et à la CTRSS qui garantit la dignité et l'intégrité de la personne (article 11). Des coups de fouet sont infligés aux hommes et aux femmes, mais les femmes en reçoivent généralement doublement du fait qu'elles en subissent d'abord à la maison¹⁷⁰. À Rumbek par exemple, ville où le taux de violences sexuelles était le plus élevé en 2011, les juridictions coutumières sont généralement indifférentes dans les affaires dans lesquelles la femme est battue pour une faute qu'elle aurait commise, à moins qu'elle ne soit enceinte. Lorsque la femme était fautive, elle était généralement punie de 30 coups de fouets¹⁷¹. Ces décisions des juridictions coutumières sont contraires aux droits de la personne qui interdisent les traitements inhumains et dégradants et exigent le respect de l'intégrité et de la dignité des femmes¹⁷².

À travers ces exemples, il apparaît que certaines normes et pratiques coutumières au Soudan du Sud sont clairement en conflit avec le droit international des droits de la personne. Dans ces situations, il convient d'examiner dans quelle mesure la responsabilité de l'État pourrait être

¹⁶⁹ Caron, *supra* note 164 à la p 16. Voir aussi Anna Stone, « Nowhere to go: Displaced and returnee women seeking housing, land and property rights in South Sudan », Norwegian Refugee Council, Oslo, 2014 à la p 47, en ligne : <reliefweb.int/report/south-sudan/nowhere-go-displaced-and-returnee-women-seeking-housing-land-and-property-rights#:~:text=Many%20female%20headed%20households%20which,livelihoods%20and%20achievin%20durable%20solutions> [perma.cc/57NJ-AZY6].

¹⁷⁰ Jenna Stern, « Establishing Safety and Security at Protection of Civilians Sites: Lessons from the United Nations Peacekeeping mission in South Sudan », (2015) 2 *Civilians in Conflict* 1 à la p 12.

¹⁷¹ Haki, « Combatting Gender-Based Violence in the Customary Courts of South Sudan », 2011 à la p 45, en ligne (pdf): <static1.squarespace.com/static/53f7ba98e4b01f78d142c414/t/53ffdb13e4b0bf4098a1194d/1409276691505/Combatting+GBV+in+South+Sudan_Haki.pdf> [XMC9-CV3R].

¹⁷² Dans d'autres contextes dont en Amérique latine, des juridictions constitutionnelles sont parvenues à des résultats différents. Par exemple, la Cour constitutionnelle de la Colombie a considéré que le châtiment corporel par le fouet comme sanction coutumière n'était pas contraire aux droits de la personne, car il était appréhendé par la culture Paez comme un coup de foudre qui sert de médiateur entre la lumière et les ténèbres et contribuant ce faisant à une forme de purification. Voir Corte Constitucional de Colombia (Cour Constitutionnelle de la Colombie), sentence T-523/97 du 15 octobre 1997. En plus de ce cas, pour d'autres situations similaires au Guatemala et au Pérou, voir André Hoekema, « Taking the Challenge of Legal Pluralism for Human Rights Seriously », dans Giselle Corradi, Eva Brems et Mark Goodale (éds.), *Human Rights Encounter Legal Pluralism: Normative and Empirical Approaches*, Oxford, Hart Publishing, 2017 aux pp 86–89.

engagée en vertu des principes du droit international public¹⁷³. Sur ce point, deux cas de figure peuvent se présenter. Tout d'abord, l'État pourrait engager sa responsabilité pour fait internationalement illicite si une action ou une omission constitutive d'une violation d'une obligation internationale lui est attribuable par le fait de ses organes¹⁷⁴. En outre, le droit international contemporain considère que les acteurs non étatiques ne sont pas directement responsables des violations du droit international des droits de la personne et que celles-ci incombent à l'État¹⁷⁵. Concrètement, différentes obligations pèsent sur l'État selon la typologie tripartite originellement proposée par Henry Shue, à savoir respecter, protéger et donner effet aux droits de la personne¹⁷⁶. Pour Shue, l'obligation de respecter signifie que l'État ne doit pas porter atteinte aux droits de la personne par les actions de ses organes. Cela implique qu'au Soudan du Sud, les juridictions coutumières en tant que structures étatiques ne doivent pas soutenir la discrimination contre les femmes et les filles, l'absence de garanties de procès équitable et les châtiments corporels comme mode de justice. L'obligation de protéger requiert que l'État prenne des mesures positives pour prévenir la violation des droits de la personne par des tiers. L'obligation de donner effet exige que l'État s'engage diligemment dans la réalisation la plus complète possible des droits de la personne. Dans ces deux derniers cas, le Soudan du Sud doit non seulement prendre des mesures de protection des droits de la personne, mais aussi s'engager activement à assurer leur respect dans toutes les sphères de la société.

Dans le cadre de l'obligation de protéger en particulier, l'État du Soudan du Sud doit mettre en place des mécanismes qui assurent le respect des droits de la personne. Même s'il existe un ministère des collectivités locales qui est censé veiller à l'exécution des lois¹⁷⁷, aucune mesure contraignante n'a été prise à l'égard des normes coutumières contraires aux droits de la personne¹⁷⁸. De plus, bien que la *Loi sur l'administration locale* de 2009 institue

¹⁷³ Voir sur ce point Commission du droit international, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite », 2001, Nations Unies, 2005 articles 2–11.

¹⁷⁴ *Ibid* article 2 et 4.

¹⁷⁵ Voir sur ce point Comité des droits de l'homme, *Observation générale no 31: La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, UN Doc CCPR/C/21/Rev 1/Add 13, 24 mai 2006 au para 8.

¹⁷⁶ Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980 à la p 52.

¹⁷⁷ *Local Government Act*, 2009, *supra* note 98, article 125.

¹⁷⁸ Diehl, Arol et Malz, *supra* note 76 aux pp 68–69.

le Conseil du droit coutumier (*Customary Law Council*) comme étant la plus haute autorité dans les comtés dont la fonction est de garantir le respect des droits et libertés consacrés par la Constitution¹⁷⁹, dans la pratique, ces garanties fondamentales sont rarement mises en œuvre par cette institution¹⁸⁰. En outre, lorsque les juridictions coutumières tranchent les litiges, les parties ont la possibilité de faire appel devant la juridiction coutumière supérieure, la Cour C, et ensuite devant une juridiction de comté appliquant le droit formel¹⁸¹. Cependant, la *Loi sur l'administration locale* de 2009 demeure silencieuse sur la procédure officielle à suivre en cas d'appel. La *Loi sur le Code de procédure civile* de 2007 toujours en vigueur ne contient pas de disposition sur les appels des décisions des juridictions coutumières¹⁸². Pourtant, ces juridictions connaissent dans la pratique des affaires pénales. En droit international, il n'existe pas un droit général de faire appel, sauf en matière pénale. L'État du Soudan du Sud devrait mettre en place des procédures officielles d'appel surtout dans des affaires criminelles des juridictions coutumières pour permettre une meilleure protection des droits de la personne. Cette absence de recours effectif est préjudiciable à l'accès à la justice du fait qu'elle pourrait exclure davantage des groupes marginalisés comme les femmes de forums qui respectent le mieux leurs droits¹⁸³. Sous cet angle, le pluralisme juridique intégrant les droits coutumiers au Soudan du Sud constitue un obstacle à la protection effective des droits de la personne.

V. Conclusion

Le paradigme du pluralisme juridique a connu des évolutions et des tendances diverses depuis que les anthropologues et sociologues du droit ont commencé à s'y intéresser à partir des années 1970. Après avoir présenté les grandes étapes de ce développement, cette étude a adopté une approche normative pour analyser la situation du Soudan du Sud. L'étude soutient que les droits coutumiers sont du « droit » au même titre que le droit formel de l'État puisque tant les acteurs sociaux du pays que l'État les reconnaissent comme tels. À ce titre, comme dans la plupart des États de l'Afrique

¹⁷⁹ *Local Government Act, 2009, supra* note 98, article 96(4).

¹⁸⁰ Deng, *supra* note 122 à la p 47.

¹⁸¹ *Local Government Act, 2009, supra* note 98, article 99(3).

¹⁸² Diehl, Arol et Malz, *supra* note 76 à la p 69.

¹⁸³ Corradi, *supra* note 135 à la p 786.

subsaharienne, le pluralisme juridique au Soudan du Sud entretient des rapports complexes avec les droits de la personne. Le pluralisme juridique en tant que pluralisme juridique intraétatique démontre bien cet imbroglio. D'une part, les droits coutumiers pris en compte par le pluralisme juridique pourraient être considérés comme une opportunité, dans la mesure où ils permettraient la « vernacularisation » ou la « culturalisation » des droits de la personne, contribuant ainsi à leur appropriation au niveau local en vue de leur respect. Aussi, ils permettraient l'accès à la justice aux populations rurales ou pauvres qui ont souvent recours aux systèmes de justice coutumiers comme seule avenue pour accéder à la justice. D'autre part, les droits coutumiers comportent des normes et pratiques qui engendrent des violations des droits de la personne dont par exemple l'absence d'égalité et la discrimination fondée sur le sexe, les violations du droit à un procès équitable et de l'intégrité physique des personnes. Au regard de ces constats, nous pouvons conclure cette étude par l'affirmation qu'au Soudan du Sud en particulier et en Afrique subsaharienne en général, le pluralisme juridique entretiendrait des relations à la fois positives et négatives avec les droits de la personne. Cependant, au regard des aspects positifs des droits coutumiers, les États africains gagneraient plus à les intégrer dans les initiatives de construction de l'État de droit tout en travaillant à les harmoniser avec les droits de la personne.