



Institut de recherche et débat sur la gouvernance
Institute for research and debate on governance
Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza

Le pluralisme juridique et normatif, une voie pour refonder la gouvernance?

**Expériences africaines et latino-américaines de prise en compte de la
diversité dans la régulation du droit officiel.**

**Dossier proposé par l'IRG à l'occasion de la rencontre du Groupe international sur les
Constitutions et le Constitutionnalisme, Paris 29, 30 & 31 Mai 2012***

Claire LAUNAY-GAMA et Marion MULLER
Sous la coordination de Séverine BELLINA

**Version française du dossier publié en décembre 2012 en espagnol par Elise GADEA sous la
coordination de Claire LAUNAY-GAMA et Séverine BELLINA*

Sommaire

Introduction par Elise Gadea..... 3

I. Enjeux théoriques et conceptuels du pluralisme appliqué à des réalités géographiques . 12

1. L'approche pluraliste du droit : un défi central pour la gouvernance légitime *par Christoph EBERHARD..... 13*

2. Le pluralisme juridique en Amérique latine: De la reconnaissance légale à la démarche interculturelle *par Juan Carlos RUIZ MOLLEDA et Esther SÁNCHEZ BOTERO. 20*

3. Diversité et gouvernance légitime en Afrique: éloge du pluralisme *par Assane MBAYE et Ousmane SY 30*

II. Pluralisme juridique et Constitutions..... 37

4. La Constitution équatorienne de 2008: résultats et innovations *par Saya SAULIÈRE 38*

5. La plurinationalité: égaux et différents à la recherche du Sumak Kawsay *par Ana María LARREA MALDONADO 44*

6. Constitutions : coexistence, reconnaissance ou hybridation des différentes sources de légitimités ? *par Institut de recherche et débat sur la gouvernance 52*

7. Constitutions et constitutionnalisme en Afrique : état des lieux et diagnostic partagé en Afrique de l'Ouest, australe, de l'Est et centrale *par Télésphore ONDO 61*

III. La prise en compte et l'application du pluralisme par les différentes juridictions 65

8. Cosmovision et droits de l'homme : une jurisprudence internationale fondée sur une approche interculturelle. La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme *par Melisa LÓPEZ..... 66*

9. Pluralisme juridique en Bolivie: institutionnalisation des mécanismes de coordination et de coopération entre justices indigènes originaires et justice ordinaire *par Elise GADEA.. 69*

Introduction

Contexte

1. Le programme “Légitimité et enracinement des pouvoirs” de l’IRG.

Créé en 2006, l’Institut de recherche et débat sur la gouvernance IRG est un *think tank* hybride, avec une vocation internationale sur la gouvernance. L’objectif de cet institut est d’animer et d’alimenter le débat sur la gouvernance publique.

Sans faire référence à une définition consensuelle de la gouvernance, l’IRG centre son analyse sur les interactions entre la multiplicité des acteurs qui contribuent actuellement à l’action publique à différentes échelles (locale, nationale, régionale et internationale), sous une approche interculturelle, interdisciplinaire, interacteurs et interéchelles. <http://www.institut-gouvernance.org/index.html>

Dans le cadre de son programme « Légitimité et enracinement des pouvoirs », l’IRG s’interroge sur les fondements mêmes des liens entre État et société par lesquels l’autorité de l’État est justifiée. Ici ou ailleurs, de l’Europe aux Amériques, en passant par l’Afrique, l’actualité regorge d’exemples quotidiens de divorces, plus ou moins violents, entre les populations, les institutions publiques et les dirigeants. Le pouvoir officiel et les sociétés sont déconnectés et la régulation étatique ne permet pas de structurer effectivement l’intérêt à agir, matériel et symbolique, de l’ensemble des acteurs (institutions publiques, société civile, secteur privé, etc.).

Se pose donc la question de « la légitimité », cette valeur ajoutée au pouvoir qui fonde son acceptation et son obéissance sur les populations. C’est donc à la compréhension et à l’analyse des différentes sources de légitimité du pouvoir, de leurs interactions et des régulations plurielles qui en résultent, que l’IRG et ses partenaires se consacrent en organisant des rencontres comme celle qui nous réunit à **Lima les 12, 13 et 14 décembre 2011**.

Du local au mondial, les processus de prise de décisions deviennent plus complexes. En effet, d’autres systèmes de régulation (religion, tradition, violence armée, économie, etc.) agissent à côté du droit (situation de pluralisme normatif). Par ailleurs, les droits autres que l’étatique (droits indigènes, traditionnels, religieux, locaux, etc.) interviennent dans la régulation sociale réelle des sociétés (situation de pluralisme juridique). L’art et le défi de la gouvernance démocratique légitime résident donc dans la création de nouveaux outils et processus adaptés

à cette complexité croissante de l'exercice du pouvoir politique et à l'intégration de cette diversité de régulations.

Un processus de réflexion sur la gouvernance, le pluralisme juridique et le constitutionnalisme à l'IRG

Une série de rencontres et ateliers en Afrique et Amérique andine

Depuis 2007, l'IRG a pris en charge la coordination d'une série de rencontres et d'ateliers en Afrique et Amérique andine, organisés avec la collaboration de ses partenaires locaux et internationaux (PNUD, Ministère français des affaires étrangères, Fondation Charles Léopold Mayer, etc.), sur la gouvernance et la légitimité du pouvoir. Une première rencontre internationale a eu lieu en 2007 au Mali (Bamako) et, en juin 2008, une deuxième rencontre a rassemblé une cinquantaine de participants en Afrique du sud (Polokwane). D'autres rencontres ont été organisées en 2009 en Tanzanie (Arusha) et en 2010 au Cameroun (Yaoundé). En Amérique andine, un séminaire a été organisé en février 2009, à Lima¹.

Des études et échanges prévus sur le constitutionnalisme en Amérique andine et en Afrique.

En 2008-2009, dans le cadre de son programme latino américain, l'IRG a coordonné deux études sur les processus constitutionnels en Équateur et au Venezuela². Au cours du premier trimestre 2011, quelques conversations sur ce sujet ont eu lieu entre l'IRG, *l'Université de los Andes* et l'organisation colombienne *De Justicia*. En Afrique, quelques articles sur le sujet ont été rédigés entre 2008 et 2011 et, au deuxième trimestre 2011, une première synthèse sur le Constitutionnalisme en Afrique a été réalisée. Également en 2010 a pris place à Johannesburg (Afrique du sud) une rencontre sur les constitutions africaines et leurs transformations.

Dans différentes régions d'Afrique et d'Amérique andine, l'IRG et ses partenaires s'efforcent donc d'analyser et mieux comprendre le décalage existant entre la légalité et la légitimité. Il s'agit également de rassembler des idées, des expériences et des propositions visant à le réduire. En somme, l'IRG cherche à explorer diverses approches qui tiennent compte du pluralisme normatif dans lequel vivent les sociétés. Dans ce sens, la réflexion sur le constitutionnalisme et l'application des constitutions dans différents pays africains et latino américains s'est avérée nécessaire.

¹ La plupart d'actes de ces différentes rencontres sont publiées sur le site web de l'IRG: www.institut-gouvernance.org.

² L'étude sur l'Équateur est disponible sur le lien: <http://www.institut-gouvernance.org/fr/dossiers/motcle-dossiers-64.html> et l'étude vénézuélienne peut être trouvée dans: <http://www.institut-gouvernance.org/fr/dossiers/motcle-dossiers-39.html>

Le colloque à Lima 2011, une opportunité pour renforcer la compréhension et la promotion du pluralisme juridique

Le colloque à Lima 2011, *Pluralisme juridique dans des sociétés multiculturelles*, propose une réflexion sur le pluralisme juridique et normatif en tant que vecteur de la gouvernance démocratique légitime. En effet, la régulation effectuée par l'État n'a plus la vocation d'intégrer la diversité dans l'unité (État de droit), mais de favoriser les dynamiques constructives favorables à l'unité dans la diversité (État de droits). Les interactions (compétition, hybridation, exclusion, complémentarité, etc.) entre les différents systèmes normatifs (internormativité) et plus particulièrement entre les systèmes divers de normes se trouvent au centre de cette approche plurielle.

Pour nourrir le débat, l'IRG propose alors une compilation d'articles sur le pluralisme juridique et les constitutions en Afrique et Amérique andine. Ce « dossier » non exhaustif est le résultat de l'apport des différents auteurs spécialisés sur ces sujets, aussi bien en Afrique qu'en Amérique latine. Il ne s'agit pas d'un regard croisé sur le sujet mais d'études de cas partant de différentes aires géographiques. Nous espérons qu'ils donneront lieu, dans les deux prochaines années, à des études comparées sur le sujet. À continuation, une présentation du contenu du « dossier ».

2. Le contenu des articles

Cette sélection d'articles sur le pluralisme juridique offre une vision globale du pluralisme juridique. Dans le premier chapitre « *Les défis, théoriques et conceptuels, du pluralisme juridique appliqué aux réalités géographiques* », nous verrons comment les théories s'adaptent quand elles sont appliquées dans la pratique. Le deuxième chapitre « *Pluralisme juridique et constitutions* » s'intéresse à la reconnaissance constitutionnelle des différents types de justice. Nous observerons en même temps la rénovation constitutionnelle qui a émergé dans quelques régions de la planète. Dans le dernier chapitre « *La prise en considération et l'application du pluralisme par les différentes juridictions* » nous nous intéresserons aux différentes manières d'institutionnaliser le pluralisme juridique. Nous verrons qu'il y a différentes voies et formes de reconnaissance du pluralisme juridique et normatif.

La présentation de cette sélection d'articles croise les points de vue, les différentes approches et les expériences mondiales du pluralisme juridique. Il ne s'agit pas d'établir une analyse dogmatique du pluralisme juridique mais de présenter un panorama sur les théories et les différentes tentatives, africaines et latino américaines, de reconnaissances du pluralisme juridique.

Le pluralisme comme source de légitimité

Le pluralisme juridique est fortement lié au concept de légitimité. Dans beaucoup de pays ayant vécu des processus d'assimilation forte, la justice occidentale et étatique a coexisté durant des siècles avec d'autres formes d'application du droit. Le défi de l'institutionnalisation du pluralisme juridique consiste donc en l'adéquation entre la légalité représentée par l'institution officielle étatique et les véritables légitimités sociales locales. Il s'agit alors d'adapter la loi aux pratiques sociales pour que l'institution juridique ne soit pas déconnectée des processus de légitimation locaux et d'établir ainsi la légitimité d'un État.

La reconnaissance des différents types de justice présents dans un pays ne peut être comparée à une forme quelconque de politique de discrimination positive ou de privilèges octroyés aux groupes exclus. Elle correspond plutôt à l'institutionnalisation des pratiques sociales, culturelles ou juridiques qui proviennent d'autres manières de penser l'ordre et la société. Ainsi, Ana María Larrea Maldonado dans « *La plurinationalité : égaux et différents à la recherche du Sumak Kawsay* » a pris l'exemple de l'Équateur pour réaffirmer, d'un point de vue théorique, le besoin d'une telle reconnaissance. Le pluralisme juridique basé sur un pouvoir institué, dans le cadre formel de son exercice – ce que nous appelons *la légalité* –, prend en compte les valeurs partagées à un moment et dans un lieu déterminés.

La reconnaissance de la diversité nationale attire alors l'attention sur les dynamiques d'interactions permanentes entre la légalité et la légitimité. Les procédures légales et le système institutionnel en vigueur sont alors issus du consentement d'une population dont les valeurs, les pratiques et les attentes sont en même temps diverses et évolutives. De cette manière se réaffirme le lien entre le droit – en tant qu'instance productrice de normes – et la société. Le droit est un des mécanismes de coercition sociale, et en même temps la matrice des mécanismes sociaux. Le droit, comme les sociétés, n'est pas un élément fixe. Nous verrons à continuation quels sont les défis liés à l'institutionnalisation du pluralisme juridique.

En rupture avec une approche monolithique, moniste du droit

Instaurer le pluralisme juridique signifie reconnaître que l'équilibre du système officiel n'est plus conformé par une logique monolithique exclusive mais par plusieurs pratiques locales qui doivent interagir au sein d'un même système. Assane Mbaye et Ousmane Sy, dans « *diversité et gouvernements légitimes en Afrique : l'éloge du pluralisme* », expliquent comment l'histoire a démontré l'échec de la greffe du concept d'État-nation. Ils soutiennent en effet qu'il est impossible de prétendre voir de l'homogénéité là où il y a du pluralisme.

Établir un système de droit pluriel équivaut à rompre avec l'accumulation de pouvoir entre quelques mains et à intensifier les processus d'interaction entre les différents éléments de la société et les différentes structures. Le pluralisme juridique ébauche une nouvelle

configuration du pouvoir, nourrie par des sources de légitimité jusqu'alors marginalisées ou simplement invisibles. Les populations locales marginalisées accèdent à l'espace public national et deviennent des acteurs sociaux reconnus. La pluralité juridique ou normative est la remise du pouvoir du peuple à ses autorités, à travers la soumission au système juridique. Le défi du pluralisme juridique, comme celui de toutes les politiques interculturelles, est celui d'intégrer et de favoriser l'échange et la participation citoyenne.

Une identité politique plurielle commence donc à s'affirmer, ce qui favorise des espaces de concertation et de dialogue en général. Comme le démontre Elise Gadea dans son article sur les mécanismes de coordination et de coopération dans la gestion du pluralisme juridique en Bolivie, les institutions publiques doivent non seulement prendre en compte la diversité des sources de légitimité du pouvoir, mais également favoriser et incarner les interactions constructives entre celles-ci afin de permettre l'élaboration d'un système de régulation partagé et accepté par tous.

Le pluralisme redéfinit la relation État/Société

En instaurant le pluralisme juridique nous assistons à une rénovation du pouvoir politique qui ne disparaît pas mais qui accepte de partager et de diversifier les sources de légitimité du pouvoir. La conception de l'État unique, indivisible et moniste, évolue jusqu'à donner plus de visibilité au pouvoir local. En effet, Télésphore Ondo dans « Constitutions et constitutionnalisme en Afrique de l'Ouest, australe, de l'Est et du Centre », insiste sur l'importance de changer de constitution quand on passe d'un modèle présidentiel à un modèle plus démocratique et participatif. Il s'interroge sur les mécanismes d'application et de suivi de ces constitutions.

Le pluralisme juridique a une dimension historique puisqu'il reconnaît souvent des pratiques très anciennes. Ainsi, par la reconnaissance des pratiques sociales, l'État se rapproche des communautés locales. Le lien et le contrôle qui existent entre l'État et les acteurs locaux deviennent plus visibles. Institutionnaliser la justice indigène équivaut à essayer de conformer la loi aux pratiques sociales et culturelles réelles qui existaient mais de manière cachée. La visualisation des différents types de justice indigène fait en sorte que ces derniers soient mieux réglementés par l'État. Rapprocher la loi de la pratique sociale signifie, de manière automatique, avoir le contrôle sur les actions des acteurs locaux. Si les pratiques n'avaient pas de visibilité, elles manqueraient d'un contrôle.

Le pluralisme juridique et normatif constitue alors en un échange entre légitimité et contrôle légal. L'articulation entre pouvoir et légitimité est très complexe. L'État, en donnant plus de légitimité, prétend contrôler et superviser les pratiques sociales qui sont institutionnalisées. Quant au débat sur le respect des droits de l'Homme, Esther Sanchez et Juan Carlos Ruiz, dans « *Le pluralisme juridique en Amérique latine : de la reconnaissance légale à la*

démocratie interculturelle » nous montrent à quel point l'établissement des standards communs dans un système pluriel est une tâche difficile. L'État, en octroyant de la légitimité, veut s'assurer que les acteurs locaux acceptent le nouveau cadre donné par l'institution légale. Le pluralisme juridique questionne souvent les changements qu'il entrave. En effet, s'intégrer dans un nouveau système pluriel signifie changer afin de créer un nouveau modèle composé d'éléments des deux systèmes juridiques.

Droits nationaux et droit international

Pour les populations marginalisées (les pauvres en général et les indigènes en particulier), le défi consiste à entrer sur la scène politique nationale et internationale et faire valoir leurs droits de citoyens, ainsi que leur volonté d'être prises en compte dans le projet politique national.

De manière paradoxale, la globalisation a favorisé une réalité multidimensionnelle. Les phénomènes de résistance à l'homogénéité ont permis d'attirer l'attention sur les réalités locales. Les institutions internationales ont joué un rôle clé dans la revendication des spécificités locales face aux États. La globalisation, par les réactions de rejet qu'elle a provoqué, et grâce à l'appui des institutions internationales, a permis aux acteurs locaux d'institutionnaliser et d'échanger leurs expériences. En effet, comme le démontre Christoph Eberhard dans son article, les défis de la gouvernance sont étroitement liés à ceux de la globalisation.

Afin d'être reconnus, les acteurs sociaux locaux font appel au pouvoir international pour faire valoir leur droits à l'échelle nationale. Le droit international doit donc être considéré comme une source de droit. Nous écartant d'une analyse du droit étatique comme source exclusive du droit, nous nous interrogerons alors sur l'application du droit local et international, en faisant intervenir les différentes échelles dimensionnelles afin de contempler de manière plus large la dimension plurielle et diverse du droit. De plus, les acteurs locaux font de plus en plus appel aux instances de régulation internationale pour faire valoir leur spécificité culturelle ou sociale. Notons d'ailleurs que la jurisprudence rendue dans les différentes cours de justice internationales est devenue une source de droit importante dans la revendication de sociétés interculturelles. Dans l'article « *La démarche interculturelle dans l'élaboration d'une jurisprudence : outil privilégié pour une approche plurielle des droits de l'Homme. Cas du système interaméricain de protection des droits de l'Homme* » de Melisa López, nous nous intéresserons à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (Cour IDH) de l'Organisation des États Américains (OEA) afin d'analyser son impact dans la redéfinition d'un droit plus respectueux de la diversité ethnique et culturelle de ce continent. Nous verrons ici comment l'*empowerment* des secteurs marginalisés crée une nouvelle conception du pouvoir entre les échelles locale et internationale. Il relativise ainsi le pouvoir national qui trouve là un rôle nouveau, porteur de plus de légitimité.

Peuples et justice indigène

Les peuples indigènes en Amérique latine ou les groupes traditionnels en Afrique font évoluer le droit d'une situation monopolistique vers l'instauration d'un vrai pluralisme normatif où les différentes formes de pouvoir local sont reconnues et légales. L'équipe de l'IRG, dans la synthèse des débats des différentes interventions du séminaire organisé par l'IRG en 2009 à Polokwane, essaye de répondre à la question centrale de comment les constitutions articulent la diversité des autorités, la pluralité des normes et les valeurs véhiculées par les différentes sources de légitimité du pouvoir. Les différentes expériences africaines et latino américaines de lutte pour l'accès au pouvoir et au contrôle du droit font alors émerger les relations de force existantes dans chaque pays. Il n'existe pas de neutralité dans le droit puisqu'il est toujours culturellement modifié et son contrôle est source de disputes entre les différents acteurs politiques.

L'émergence des peuples indigènes en Amérique latine, ainsi que l'instauration des politiques publiques nouvelles sur l'interculturalité ont favorisé l'institutionnalisation de la justice indigène. Nous nous concentrerons sur l'étude de la légitimité du pouvoir dans les pays andins d'Amérique latine, à savoir la Colombie, l'Équateur, le Pérou et la Bolivie. La zone andine a toujours été un lieu d'effervescence culturelle et sociale. De plus, dans ces pays il y a des cultures préhispaniques encore très vivantes, avec des passés politiques inestimables. Chacun a une histoire particulière et intéressante sur la gestion de la diversité culturelle et sociale et le développement d'initiatives innovatrices d'institutionnalisation des droits collectifs et culturels spécifiques.

Rénovation constitutionnelle en Amérique latine

En Amérique latine, l'instabilité politique et la répétition d'erreurs au niveau politique, ont laissé historiquement une certaine méfiance envers le pouvoir politique. De plus, les hommes politiques proviennent souvent de l'élite dominante, ce qui explique qu'il y a une faible identification de la part de la population. Les rondes paysannes au Pérou, les formes de gestion du pouvoir et de la justice indigène paysanne en Bolivie, Équateur ou Colombie... ce continent est rempli d'exemples qui montrent que le vide de légalité laisse plus de place et d'imagination à la construction des formes de pouvoir local qui se développent de manière parallèle au pouvoir officiel et légal.

L'émergence de ces pouvoirs locaux est favorisée par la situation d'isolement social. En effet, ce continent est un des plus inégaux au monde. Par ailleurs, en Amérique latine la fracture sociale est doublée par une fracture culturelle. L'isolement géographique, social ou culturel a donné lieu à plus de créativité en termes de formes différentes de gestion du pouvoir et d'enracinement de la légitimité.

Les différentes révolutions indigènes, écologistes et socialistes, qu'a connues dernièrement l'Amérique latine, ont changé considérablement la manière même de faire de la politique et d'asseoir le pouvoir. Aujourd'hui, c'est la pluralité sociale et culturelle qui est revendiquée sur la sphère politique. Aussi, ces bouleversements ont donné lieu à des changements constitutionnels dans plusieurs pays latino américains, tels que le Venezuela, l'Équateur, la Bolivie et précédemment la Colombie.

Ainsi, en 1991, la Colombie a ratifié dans la Constitution le caractère multiethnique de la nation. Plus récemment, l'Équateur et la Bolivie ont revu la conception même de l'État. Le « Bien vivre » équatorien, concept expliqué par Saya Saulière dans « *Résultats et innovations de la nouvelle Constitution équatorienne* », ou la nouvelle dénomination de l'État plurinational de la Bolivie sont apparus dans la Constitution de 2008 en Équateur ou celle de 2009 en Bolivie. Nous nous demanderons dans quelle mesure ces nouveaux scénarios politiques latino-américains ont redéfini une nouvelle relation entre légitimité, légalité et accès au pouvoir dans chaque pays. Nous analyserons les véritables portées de ces nouvelles constitutions dans la pratique et nous verrons quels sont les mécanismes qui assurent l'applicabilité de ces changements. Nous observerons si l'enracinement et la légitimité sociale qui sous-tendent ces révolutions sont maintenus dans le temps. Enfin, nous verrons dans quel sens les politiques de valorisation du pluralisme dans l'administration de la justice permettent de comprendre les défis que représente la mise en place des politiques de valorisation de la diversité dans chaque pays, que ce soit en Colombie et au Pérou (article d'Esther Sanchez et Juan Carlos Ruiz), en Équateur (articles de Saya Saulière, Santiago Ortiz y Ana María Larrea Maldonado) ou en Bolivie (article d'Elise Gadea).

Elise GADEA³

³ Elise Gadea est doctorante en anthropologie à l'Institut des Hautes Études de l'Amérique Latine, IHEAL, de l'Université Paris Sorbonne.

I. Enjeux théoriques et conceptuels du pluralisme appliqué à des réalités géographiques.

1. L'approche pluraliste du droit : un défi central pour la gouvernance légitime.

Par Christoph Eberhard⁴

Les enjeux de la gouvernance sont profondément liés à ceux de la globalisation. Ils devraient inciter, selon Christophe Eberhard, à une réinvention pluraliste de nos cadres juridiques hérités de l'histoire européenne, et à une approche pluraliste de la juridicité qui fait intervenir d'autres acteurs que l'État.

Serions-nous en train de nous acheminer vers un « plurivers⁵ », un monde qui ne soit marqué ni par une globalisation impérialiste et uniformisante, ni par l'éclatement en un archipel planétaire, voire par un choc des civilisations ? Reconnaître que nous vivons dans un monde pluraliste, entre unité et diversité, est une vision qui fait son chemin dans la pensée et l'action politique et juridique. Si elle est prometteuse, elle présente aussi de sérieux défis, dont l'un des principaux réside dans une approche pluraliste du droit⁶

Globalisation et réinvention de nos cadres juridiques classiques

Tout en reconnaissant l'importance de ce qui nous lie – avec le danger homogénéisant que peut comporter la vision du « village global » et des approches uniquement économiques, financières et néolibérales que cela implique –, les analyses en termes de globalisation sont finalement plus ouvertes à la reconnaissance des altérités et à l'incertitude que les approches classiques se situant entre universalisme et relativisme. Si ces dernières privilégiaient l'idéalisme et une logique d'opposition des contraires, les analyses en termes de globalisation – du moins celles qui l'abordent dans ses dimensions anthropologique, culturelle, juridique, historique, politique⁷ –

⁴ Christoph Eberhard est chercheur et professeur en théorie et anthropologie du droit aux Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles et à l'Académie européenne de théorie du droit. Titulaire de la chaire « Droit, gouvernance et développement durable » de la FPH et chercheur du projet « Courage » de la Fondation Bernheim, il travaille depuis de nombreuses années sur la question du droit dans une perspective interculturelle et sur des alternatives responsables à la globalisation.

⁵ Voir Christoph Eberhard, « De l'univers au plurivers. Fatalité, utopie, alternative ? », in Anne-Marie Dillens (dir.), *La Mondialisation : utopie, fatalité, alternatives ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2008.

⁶ Compris au sens anthropologique non pas uniquement comme « droit étatique », mais comme « juridicité », comme ce qui met en forme et met des formes aux sociétés pour leur reproduction et la résolution de leurs conflits.

⁷ Voir, par exemple, Anne-Marie Dillens (dir.), *La Mondialisation : utopie, fatalité, alternatives ?*, op. cit. ; GeMDeV, *Mondialisation. Les mots et les choses*, Karthala, 1999 ; Daniel Mercure (dir.), *Une société monde. Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001 ; Roland Robertson, *Globalization. Social Theory and Global Culture*, Sage Publications, 1994.

cherchent plutôt à comprendre les changements et les bouleversements de nos modes de vie actuels par l'irruption du « global », compris comme la « structuration du monde comme un tout ». Elles renvoient à un questionnement sur les relations entre le global et le local, et invitent à des analyses en termes de « glocalisation ». Celle-ci se distingue par une logique de complémentarité des différences et une attention portée sur les pratiques des acteurs et de leurs enchevêtrements. En témoignent les analyses contemporaines qui s'interrogent sur la traduction de dynamiques du local vers le global et inversement. Dans le champ des droits de l'homme, on s'interroge ainsi par exemple de plus en plus sur les manières de traduire concrètement les déclarations en fonction des réalités et de traduire les revendications émergeant « de la base » en instruments juridiques globaux⁸.

Les enjeux de la gouvernance sont profondément liés à ceux de la globalisation. Ils mènent à une réinvention pluraliste de nos cadres juridiques hérités de la modernité européenne où l'État-nation était la référence politico-juridique centrale. Ce dernier, construit comme un modèle rationnel et supposé universel, a *de facto* été transposé sur l'ensemble de la planète à la suite des colonisations puis des décolonisations et avec la globalisation économique. Ce modèle postule que l'État est souverain et dirigé par un gouvernement à travers des lois générales et impersonnelles. Il est fondé sur le monopole étatique de la violence légitime, de la production du droit et finalement de tout le politique et du juridique. Il s'inscrit dans une logique unitaire qui ne peut concevoir le partage du pouvoir et de l'autorité avec d'autres instances.

Jusqu'à une époque récente, ces approches unitaires du droit sont demeurées pratiquement en situation de monopole dans l'action politico-juridique et dans la pensée sur l'État, les politiques publiques et les politiques de développement. Cette attitude a conduit à de véritables dénis de réalité, extrêmement flagrants dans des contextes non occidentaux, soit que l'on ait tout simplement nié les structures politiques, juridiques, économiques existantes, soit qu'on ne les ait abordées qu'en tant que reliques du passé empêchant le progrès et devant être éliminées au plus vite pour réaliser le modèle importé, supposé universel et parfait. Par là même, on niait aussi leur actualité, leur dynamisme et leur hybridation avec les logiques modernes importées de droit et de marché. Alors que l'horizon de l'État-nation se trouve actuellement de plus en plus réinventé par la prise en compte du local infra-étatique, du transnational et par l'émergence de logiques de réseaux qui apparaissent à côté des logiques pyramidales plus « classiques », on assiste à des

⁸ Voir, par exemple, Sally Engle Merry, *Human Rights and Gender Violence. Translating International Law into Local Contexts*, The University of Chicago Press, 2006.

réinventions davantage pluralistes de la gouvernance. On en trouve de belles illustrations dans les approches environnementales où l'on a vite compris que le droit de l'environnement ne saurait être efficace qu'en impliquant tous les acteurs des échelles, des plus globales aux plus locales⁹.

La notion de gouvernance, tout en continuant à reconnaître le rôle de l'État, voire à lui fournir une nouvelle légitimité comme arbitre et coordinateur des différentes parties en vue de l'intérêt général, considère celui-ci comme un acteur parmi d'autres. L'État n'est plus cette pyramide normative qui se projette sur un espace donné à côté d'autres pyramides normatives liées entre elles par le droit international. Il devient un des éléments de réseaux d'acteurs plus vastes : certains englobent l'État (unions régionales), d'autres non (régions infra-étatiques), certains sont plus puissants que lui, d'autres moins¹⁰. De fait, l'État en vient à reconnaître qu'il n'a pas le monopole de l'organisation du vivre ensemble et qu'il doit partager cette tâche avec d'autres acteurs, les stakeholders ou « parties prenantes » dans le langage de la gouvernance.

L'extension du « développement »

Parallèlement, la notion de « développement durable », très liée au concept de gouvernance, s'est popularisée. Elle est une autre illustration de la remise en cause et de la pluralisation de concepts fondateurs de notre pensée politique, économique et juridique. Jusqu'après la Seconde Guerre mondiale, le développement était avant tout pensé en termes de croissance économique. Ce n'est que progressivement que les dimensions sociale et environnementale ont été intégrées. Actuellement, des interrogations se font jour quant à la pertinence d'intégrer la culture comme quatrième pilier du développement durable, sans oublier la notion d'un « développement humain durable » qui met en avant la personne et l'épanouissement humain comme objectif de la lutte contre la pauvreté. En pointant vers l'environnement, le social, voire le culturel et l'humain, l'idée de développement, sans être remise en cause fondamentalement – ce que déplorent de nombreux auteurs critiques –, s'enrichit au contact d'autres réalités. Par ailleurs, les projets de développement durable insistent souvent sur leur caractère de «

⁹ Voir, par exemple, Olivier et Catherine Barrière, *Un droit à inventer. Foncier et environnement dans le delta intérieur du Niger (Mali)*, IRD Éditions, 2002.

¹⁰ On peut lire à ce sujet François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 ; Christoph Eberhard (dir.), *Le droit en perspective interculturelle. Images réfléchies de la pyramide et du réseau*, numéro thématique de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°49, 2002.

codéveloppement » avec les populations concernées. Quant à la coopération internationale, réagissant à son passé « néocolonial », elle tente elle aussi de prendre de plus en plus la forme de partenariats.

La lente reconnaissance du pluralisme

Que ce soit la *globalisation*, la *glocalisation*, la *gouvernance* ou le *développement durable*, il apparaît donc que l'on s'oriente vers des approches s'articulant autour de l'enjeu central de participation de tous les acteurs concernés. Si ce concept n'est pas sans poser problème – la participation telle que promue dans le cadre d'une « bonne gouvernance » par le Fonds monétaire international et la Banque mondiale se bornant souvent à « faire participer » le local à des projets décidés ailleurs par les centres du pouvoir –, il est indéniable que ce glissement ouvre la voie vers des mondes jusqu'ici ignorés¹¹. Ainsi, les réalités du pluralisme juridique, au cœur des recherches de l'anthropologie du droit depuis la création de la discipline (fin XIX^e-début XX^e siècle), commencent à devenir audibles. Elles ne l'étaient pas encore récemment, puisque ce dont elles traitaient n'avait pas d'existence légitimée, faute d'être du « droit », c'est-à-dire du droit étatique... Le modèle du gouvernement classique montre de plus en plus ses limites et, à travers la notion de gouvernance, l'exploration de nouveaux possibles ouverts sur d'autres expériences vécues du juridique, du politique et de l'économique est désormais envisageable.

Cette évolution des cadres d'analyse et d'action fait apparaître des réalités jusqu'ici sous-estimées, telles celles d'un « pluralisme juridique », d'un « pluralisme normatif », voire d'une « approche pluraliste de la juridicité ». Si la reconnaissance que le droit étatique n'est qu'un aspect de la juridicité constitue le cœur des approches anthropologiques du droit depuis des décennies, elle ne commence que petit à petit à informer la théorie et la pratique du droit au sens large. Et il est important de noter que cette réorientation ne se fait pas uniquement pour « l'ailleurs », mais aussi pour comprendre et aborder les formes de régulation émergentes « chez nous », comme en témoigne, par exemple, la préoccupation croissante d'une responsabilité sociale des entreprises.

¹¹ Voir, pour une discussion synthétique des enjeux de la « participation », Christoph Eberhard, « Préliminaires pour des approches participatives du droit, de la gouvernance et du développement durable », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 62, 2009.

L'apport des philosophes et anthropologues du droit

Pour Benoît Frydman¹², philosophe du droit réfléchissant aux phénomènes contemporains de corégulation, « dans l'environnement global, le droit ne désigne plus seulement, comme dans le modèle de la souveraineté, un cadre de référence qui détermine ce qui est permis ou interdit (sous peine de sanction) à l'intérieur duquel les interactions sociales sont censées se dérouler. Le droit devient lui-même un enjeu de luttes et un moyen d'action pour les joueurs, qui ne se contentent plus seulement de jouer des coups conformes ou non aux règles, mais tentent également de créer ou de modifier les règles à leur avantage ou pour faire progresser les objectifs dont ils poursuivent la réalisation ». Ces analyses font directement écho à celles de Michel Alliot¹³, l'un des fondateurs de l'anthropologie du droit française qui posait, il y a vingt-cinq ans, que « le droit est à la fois lutte et consensus sur les résultats de la lutte dans les domaines qu'une société tient pour vitaux » et qui soulignait que, du point de vue de l'anthropologie, « ni le lien à un État, ni la formulation de règles, ni la rationalité ne sont donc des caractéristiques du droit, mais bien plutôt la lutte et le consensus sur ses effets. Leur résultat dans les domaines qu'une société tient pour vitaux, voilà le droit ». Il poursuivait en observant que, « ayant ainsi délimité notre objet, nous pouvons bâtir nos modèles en sachant que le consensus obtenu sur le résultat des luttes menées dans une société dépend tout autant de la vision du monde qui lui est propre que de nécessités logiques qui se retrouvent de l'une à l'autre ».

Sur ces prémisses, Michel Alliot¹⁴ a proposé une théorie des « archétypes juridiques ». Prenant des exemples dans l'Égypte ancienne et dans l'Afrique traditionnelle, dans l'univers confucéen, dans l'univers occidental et dans celui de l'Islam, il distingue trois archétypes juridiques : respectivement celui de la différenciation, celui de l'identification et celui de la soumission. Dans le premier, inspiré de l'Afrique traditionnelle, le monde est vu comme résultant d'une harmonie dynamique d'une multitude de forces différenciées (plus de deux) mais complémentaires. Ce sont les principes de la différenciation et de la complémentarité des différences qui sont au fondement du lien social. En outre est valorisée l'internalité. Si la société est structurée par le jeu de groupes différenciés et interdépendants, les conflits se règlent de préférence au sein du groupe qui les a vus naître. Dans le deuxième archétype, essentiellement

¹² « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'heure de la globalisation », in Thomas Berns, Pierre-François Docquir, Benoît Frydman, Ludovic Hennebel et Gregory Lewkowicz, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

¹³ Michel Alliot, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de liaison du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris*, n° 6, 1983.

¹⁴ *Ibid.*

confucéen, on est dans une vision plus dualiste : l'univers évolue (ce qui inclut apparitions, maintiens et disparitions) en suivant sa propre voie (*dao*) et dans le balancement entre les deux principes opposés mais complémentaires que sont le *yin* et le *yang*. L'idéal est que la société humaine se conforme à cet ordre cosmique par l'autodiscipline de chacun qui se cristallise dans le respect des rites (*li*). Cependant, si le *li* est central, on reconnaît qu'il faut d'autres méthodes pour ceux qui ne respectent pas, ou ne connaissent pas, le *li*. C'est ainsi que le *li* se trouve complété par le *fa*, qui correspond davantage à notre droit et surtout à sa version pénale. Enfin, dans l'univers chrétien et ses descendants laïcisés, c'est l'*un* qui prime. Et à l'instar du monde qui est créé et régulé par l'extérieur par des lois universelles, le droit est avant tout pensé dans nos sociétés occidentales comme soumission à des normes générales et impersonnelles préexistantes à tout conflit. Nous partageons avec l'Islam la représentation que le droit vient en quelque sorte d'en haut et que nous devons nous y soumettre. Au fil des années, d'autres archétypes se sont rajoutés à cette théorie, tels celui de l'articulation caractérisant l'Inde et celui de la rationalisation caractérisant plus particulièrement l'évolution moderne des sociétés occidentales¹⁵. Mais ce sont les trois premiers qui ont permis de s'émanciper d'une vision unitaire du droit.

Pour Étienne Le Roy, les travaux de Michel Alliot ont fourni une base pour tenter de relever le défi majeur de ne pas tomber dans le piège de penser le pluralisme juridique de manière unitaire. Tout comme Jacques Vanderlinden, un des auteurs influents de la pensée francophone sur le pluralisme juridique¹⁶, Étienne Le Roy s'est attaqué au présupposé selon lequel il y aurait partout des systèmes de droit semblables au système occidental. Cette démarche comparative anthropologique a ainsi démontré que la juridicité était fondamentalement plurielle. Loin de se réduire uniquement à un droit imposé par l'État (correspondant à l'archétype de soumission), le droit repose au minimum sur trois fondements qu'on peut rapprocher des trois archétypes dégagés par Michel Alliot : les normes générales et impersonnelles (NGI) liées à un ordonnancement imposé de la réalité sociale, les modèles de conduite et de comportement (MCC) liés à un ordre négocié, et les *habitus* ou systèmes de dispositions durables (SDD) liés à un ordre accepté. Toutes les sociétés semblent connaître d'une manière ou d'une autre ces trois pieds du droit tout en les articulant différemment. Le droit serait donc « tripode ».

Cette approche – qui ne peut se comprendre que dans le cadre d'une

¹⁵ Étienne le Roy, *Le Jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du droit*, LGDJ, 1999.

¹⁶ Voir, par exemple, Étienne Le Roy, *Les Africains et l'institution de la justice*, Dalloz, 2004 ; Étienne Le Roy, Alain Karsenty et Alain Bertrand (dir.), *La Sécurisation foncière en Afrique. Pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Karthala, 1996.

approche dynamique du droit telle que la mettent en lumière les citations de Michel Alliot et de Benoît Frydman ci-dessus – a émergé de la confrontation à de nombreux terrains, plus particulièrement sous l’angle des transferts de modèles juridiques dans les ex-colonies françaises et des questions foncières et environnementales dans le cadre de politiques publiques de développement. Sa pertinence est aussi de plus en plus attestée pour comprendre et aborder les recompositions contemporaines de nos paysages juridiques et politiques. Nous n’en sommes qu’aux balbutiements d’une réinvention des gouvernances contemporaines, mais comprendre le pluralisme juridique s’avère un enjeu majeur si l’on veut pouvoir mettre en œuvre des démarches véritablement participatives de notre vivre ensemble¹⁷.

¹⁷ Pour aller plus loin dans les travaux de Christoph Eberhard, voir le site Internet <http://www.dhdi.org>, ainsi que les ouvrages suivants : Christoph Eberhard (dir.), *Droit, gouvernance et développement durable*, Karthala coll. « Cahiers d’anthropologie du droit », 2005 ; Christoph Eberhard, *Le Droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, LGDJ, 2006 ; Christoph Eberhard (dir.), *Enjeux fonciers et environnementaux. Dialogues afro-indiens*, Pondichéry, Éditions de l’Institut français de Pondichéry, 2008 ; Christoph Eberhard (dir.), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

2. Le pluralisme juridique en Amérique latine: De la reconnaissance légale à la démarche interculturelle.

Par Juan Carlos Ruiz Molleda¹⁸ et Esther Sánchez Botero¹⁹

Ce texte rassemble deux contributions sud-américaines complémentaires mais aux approches et aux styles différents. Un juriste péruvien, envisage d'abord les arrangements institutionnels rendus nécessaires par la pluralité des normes et l'intégration des communautés autochtones dans la sphère du droit de l'État. Une anthropologue colombienne quitte ensuite le terrain institutionnel pour confronter l'analyse aux défis de la diversité des représentations du monde. S'appuyant sur les exemples des rondes paysannes au Pérou et de l'assassinat d'un leader indigène en Colombie, les deux auteurs retracent tour à tour les grandes lignes d'une intégration incomplète et ouvrent quelques pistes de réflexion pour passer d'un pluralisme juridique à une approche plurielle du droit.

La justice des communautés indigènes au Pérou : incorporation de la justice coutumière dans le droit étatique²⁰

Conformément à l'article 149 de la Constitution péruvienne, la « justice des communautés » est la faculté reconnue aux autorités des communautés paysannes et autochtones d'exercer la justice en application du droit coutumier et dans le respect des droits fondamentaux de la personne. Cette reconnaissance par la norme légale suprême est le fruit d'un long processus de lutte et de consolidation, loin d'être achevé, dont on peut faire remonter les origines aux années 1980 et qui révèle les défis de la prise en compte du pluralisme juridique par l'État péruvien.

De la confrontation à la reconnaissance : justice autochtone et justice d'État

Jusqu'en 1986, la justice des communautés indigènes et paysannes manquait de reconnaissance légale. Ainsi, les « rondes paysannes » (*rondas campesinas*), ces groupes communautaires autoconstitués de surveillance qui peuvent assumer des fonctions de gestion des conflits et d'organisation sociale,

¹⁸ Juan Carlos Ruiz Molleda est péruvien, avocat et professeur à la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Il travaille également à l'Institut de défense légale de Lima.

¹⁹ Esther Sánchez Botero est colombienne, anthropologue à l'université des Andes de Bogotá et docteur en droit de l'université d'Amsterdam, Pays-Bas. Elle a consacré sa vie professionnelle à la réalisation du programme « Construction de l'entente interculturelle ».

²⁰ Contribution de Juan Carlos Molleda

étaient méconnues des acteurs du système judiciaire étatique (juges, procureurs, policiers et avocats).

C'est avec la promulgation de la loi du 7 novembre 1986, complétée deux ans après par un « règlement de l'organisation et des fonctions des rondes paysannes, pacifiques, démocratiques et autonomes », que la reconnaissance légale des rondes paysannes est intervenue. Mais, très rapidement, cette reconnaissance s'est accompagnée de tentatives de contrôle des rondes paysannes et de la justice des communautés. C'est ainsi qu'un décret suprême du 16 janvier 1993 stipulait que les rondes paysannes, à l'origine informelles et issues des communautés paysannes indigènes, devaient calquer leur organisation sur celle des comités d'autodéfense, ces structures hiérarchiques et armées, subordonnées aux militaires, qui furent mises en place pour affronter le terrorisme du Sentier lumineux et, dans une moindre mesure, le narcotrafic. La même année, la justice des communautés paysannes et indigènes est intégrée au dispositif constitutionnel du pays (article 149). Cela marque donc la reconnaissance du pluralisme de fait par le sommet du dispositif légal étatique : le sommet de la hiérarchie des normes péruviennes reconnaît la justice des communautés comme une de ses institutions fondamentales, ainsi que la faculté des leaders indigènes – c'est-à-dire des leaders des communautés paysannes, des communautés autochtones et des rondes paysannes – à rendre la justice dans le cadre du respect des droits de l'homme. Surtout, cette seconde étape du processus de reconnaissance légale de la justice des communautés paysannes et indigènes se traduit par l'incorporation, dans le dispositif étatique, du cadre d'exercice de la justice communautaire.

De la reconnaissance par l'État à la mise en œuvre

L'incorporation de la justice communautaire dans le dispositif constitutionnel ne suffit pas pour autant à rendre cette justice effective. Ainsi, de nombreux acteurs juridiques étatiques se refusent encore à la respecter, *a fortiori* quand elle est rendue par les autorités indigènes. En ce sens, un des principaux écueils de l'application réelle de l'article 149 de la Constitution est le manque de règles claires définissant les modes d'articulation et de coordination entre la justice étatique, exercée par le pouvoir judiciaire²¹, et la justice des communautés, exercée par les autorités des communautés paysannes et autochtones. La

²¹ Au Pérou, la fonction de rendre la justice appartient au pouvoir judiciaire. Cependant, la Constitution politique péruvienne a déjà reconnu d'autres organes juridictionnels en dehors du pouvoir judiciaire. Ceux qui ne sont pas prévus par la norme suprême sont toujours interdits dans notre hiérarchie des normes. Le cas de la justice des communautés indigènes est bien prévu expressément à l'article 149. Sur l'existence des tribunaux coutumiers, on peut consulter Juan Montero Aroca, *Derecho Jurisdiccional*, t. I, Tirant lo Blanch, Valence 2000.

question de la mise en œuvre concrète de cette justice des communautés se pose de manière cruciale, mettant en lumière le rôle clé des acteurs et de leurs pratiques, et plus particulièrement des juges et de la jurisprudence, pour établir des relations, constructives, entre droit moderne et pratique, entre légalité et légitimité. Par ailleurs, en 2002²², la justice des communautés est reconnue comme un domaine essentiel de la politique judiciaire de l'État, dans le cadre d'un accord regroupant l'ensemble de la classe politique péruvienne. Pas important vers la légitimation de la justice des communautés, cet accord a donné le signal de départ d'un travail législatif autour de la justice des communautés dont l'événement reste la loi des rondes paysannes du 6 janvier 2003, norme avec laquelle a commencé à être développé et précisé le contenu de l'article 149 de la Constitution pour tout ce qui concerne les rondes paysannes. Quoique cette norme ait suscité des critiques, elle est importante notamment parce qu'elle pose enfin le débat non plus en termes de simple reconnaissance de la justice des communautés, mais en termes d'articulations concrètes et de coordination entre cette dernière et la justice ordinaire, même si cela s'avère encore insuffisant.

Cette loi s'est accompagnée de la reconnaissance de la justice des communautés par la Commission spéciale de la réforme intégrale de l'administration de la justice (CERIAJUS), créée en octobre 2003 sous la présidence d'Alejandro Toledo. Ce fait constitue un indicateur encourageant du niveau d'acceptation sociale de la justice des communautés indigènes. Dans le cadre d'efforts ayant pour but de permettre l'accès de la population rurale à la justice, seize représentants des institutions du système judiciaire étatique et d'organisations représentatives de la société civile ont en effet admis l'importance des rondes paysannes et de la justice des communautés dans la régulation sociale du pays.

Pourtant, malgré tous ces actes forts, la pleine acceptation de la justice autochtone piétine. En dépit de la loi des rondes paysannes, et dans le silence assourdissant du Congrès, il existe un manque criant de règles claires quant à la coordination entre la justice des communautés et la justice de l'État. Dès lors, les juges, par leurs arrêts, en viennent à développer des règles juridiques, pas nécessairement obligatoires, qui facilitent et permettent d'améliorer la coordination entre les deux systèmes de justice. Par exemple, il a été jugé que les rondes paysannes ne commettent pas de délit de séquestration quand elles procèdent à des arrestations dans le cadre de l'exercice de la justice des

²² Cf. la 28^e politique d'État du document final de l'Accord national. Celui-ci a été une initiative du gouvernement d'Alejandro Toledo pour définir les politiques de l'État à long terme. Voir : www.adecaemperu.org/Acuerdonacional.html

communautés. De son côté, le Tribunal constitutionnel a rendu des arrêts où il réaffirme la constitutionnalité de la justice des communautés. D'autres arrêts du Tribunal, sans se référer directement à la justice des communautés, sont également utiles car ils traitent du conflit entre les coutumes (reconnues à travers le droit à la coutume) et les droits constitutionnels tels que l'intégrité physique ou le procès en bonne et due forme.

Après vingt-neuf ans d'un parcours difficile, le processus de reconnaissance de la justice communautaire a abouti à l'incorporation de ce système de régulation et des autorités qui lui sont attachées dans le dispositif institutionnel et légal du Pérou. Cela traduit certes une reconnaissance de pluralisme juridique de fait par l'État, dont le droit demeure référent, en fonction duquel est apprécié le système de la justice communautaire. De la méconnaissance à la reconnaissance juridique, ce processus ne permet cependant pas encore une coordination cohérente des deux systèmes de régulation et pose des défis institutionnels majeurs.

Les défis institutionnels de la gestion du pluralisme juridique

Ce qui est en question, c'est plutôt la façon dont peuvent se coordonner les deux juridictions, d'État et communautaire, et le fossé culturel qui, à différents niveaux, sépare les populations paysannes et autochtones des classes dominantes et urbaines, les acteurs d'un pluralisme juridique de fait et les tenants d'un monisme juridique. Pour relever ces défis, il convient, nous semble-t-il, de renforcer le dispositif légal en vue de favoriser les interactions positives entre les deux systèmes et donc l'application réelle du dispositif légal actuel. Ainsi, il est nécessaire d'identifier et d'institutionnaliser des moyens de coordination entre justice ordinaire et justice des communautés (pour mieux identifier les champs d'application respectifs de chacun des deux systèmes), dans chaque juridiction, puisque ce sont eux qui ont compétence en matière pénale. La coordination entre les deux systèmes résulte pour beaucoup de la pratique. C'est pourquoi il peut être important de faire voter une loi qui développe l'article 149 de la Constitution, établissant la diversité des formes d'administration de la justice. En particulier, cette loi ne doit pas aller dans le détail pour laisser au juge une liberté de création et d'interprétation nécessaire à la prise en compte d'une réalité complexe. Par sa proximité et sa connaissance des réalités, celui-ci est le plus à même de développer et de préciser le contenu de la justice des communautés. Cette loi doit prévoir des principes et des procédures clairs pour régler les rapports entre la justice des communautés et la justice ordinaire. Elle doit indiquer que la justice des communautés, bien qu'elle ait été intégrée à la Constitution de 1993 de façon

peu technique, met en jeu différents droits fondamentaux comme le droit à l'identité culturelle et le droit à la tutelle judiciaire effective²³. Elle doit enfin garantir que la justice des communautés respecte elle-même les droits fondamentaux, mais que l'application de ceux-ci ne doit pas vider la justice des communautés de son contenu ; elle doit enfin indiquer qu'à travers la justice des communautés l'État respecte son obligation de protéger l'identité culturelle, reconnue dans la Constitution.

Il faut, par ailleurs, développer la jurisprudence et appliquer concrètement des normes constitutionnelles, supranationales (convention 169 de l'OIT et conventions internationales des droits de l'homme), légales, réglementaires et/ou administratives en lien avec la justice des communautés. Ce rôle est dévolu aux magistrats du système judiciaire. Pour cela, il serait utile de développer un ensemble de concepts, tant de doctrine que de jurisprudence, qui permettent au juge d'appliquer la justice des communautés dans la réalité concrète à laquelle il est confronté ; d'utiliser la technique constitutionnelle de la pondération²⁴ pour résoudre les conflits entre le droit à l'identité culturelle (coutumes) et les autres droits fondamentaux (intégrité physique et tutelle judiciaire effective) ; de diffuser la jurisprudence nationale (Tribunal constitutionnel et pouvoir judiciaire) et étrangère développée dans des pays reconnaissant également la justice des communautés ou la justice indigène.

Enfin, dans le processus national de réforme de la justice en cours au Pérou, il convient de contextualiser le développement et le renforcement de la justice des communautés, de les insérer dans le cadre des efforts pour améliorer l'accès à la justice de la population rurale et du respect de la réalité interculturelle de notre pays.

La reconnaissance de la justice des communautés paysannes et indigènes du Pérou n'est pas achevée. C'est un processus ouvert qui n'a pas été facile à mettre en place. Sur cette route, il a fallu vaincre beaucoup de résistances et de craintes, et parfois faire face à des reculs. On peut même se demander si l'institution juridique moderne ne résiste pas ainsi à la confrontation avec des sources normatives qui lui sont étrangères et contre lesquelles elle s'est initialement imposée. Néanmoins, à la différence de ce qui se produisait il

²³ Le droit à la tutelle judiciaire effective, aussi appelé « droit à un procès équitable », garantit une administration correcte de la justice.

²⁴ Au Pérou, la « pondération constitutionnelle » est une technique qui est utilisée quand deux droits ou principes entrent en contradiction ou en conflit. À travers celle-ci, on harmonise ou on donne une priorité à un droit ou à un principe constitutionnel.

y a quelques années, plus personne ne peut nier le fait que la justice des communautés jouit d'une reconnaissance constitutionnelle. L'enjeu aujourd'hui est qu'elle se traduise dans les faits, ce qui suppose de mieux définir les moyens de coordination entre la justice des communautés et la justice d'État et de parvenir à institutionnaliser ces moyens. Tout cela ne pourra être mené à bien sans un dialogue interculturel entre les deux formes d'administration de la justice. Or un tel dialogue ne peut se réduire à des propos sur la fonction des différents acteurs de la sphère juridique instituée. Il exige aussi, en complément d'un regard juridique sur la diversité ethnique et culturelle, une approche authentiquement anthropologique, fondée sur l'observation de terrain, qui permet ainsi de comprendre les différences parfois irréductibles entre populations voisines.

Les développements qui suivent sont consacrés à ce « regard éloigné » propre à l'anthropologie, dont la minutie descriptive met en évidence le besoin d'une approche différenciée au sein même d'une institution – la justice – régie par le principe d'égalité. Cela pose très clairement les termes du défi fondamental auquel sont confrontés les pays pour gérer la diversité des systèmes de régulation effectivement en œuvre dans les sociétés. La contribution d'Esther Sánchez Botero nous montre qu'un positionnement effectivement pluraliste est fondé sur une démarche interculturelle.

La démarche interculturelle au fondement d'une approche pluraliste du droit : retour aux sources anthropologiques du droit²⁵

Le 19 janvier 2007 a été présentée²⁶ à la Commission interaméricaine des droits de l'homme²⁷ une expertise anthropologique au sujet de l'affaire Germán Escue, un leader indigène colombien assassiné par les forces armées vingt ans auparavant. L'État a accepté sa responsabilité. Dans le but de connaître le dommage causé et les possibilités de réparation, on avait sollicité cette enquête judiciaire anthropologique sur trois points : la situation des communautés indigènes dans le conflit interne colombien, les conséquences pour une communauté indigène de l'homicide de l'un de ses leaders et l'accès de la population indigène à la justice.

Nous abordons ici la question des conséquences qu'implique pour le peuple Paez l'homicide de l'un de ses leaders. Il est en effet inconcevable de le faire sans

²⁵ Contribution de Esther Sánchez Botero.

²⁶ Par Esther Sánchez Botero, auteure de la seconde partie de cet article.

²⁷ La CIDH est l'un des deux organismes de protection des droits de l'homme de l'Organisation des États américains (OEA), avec la Cour intermédiaire des droits de l'homme.

examiner ce fait dans le contexte de sa culture ; c'est-à-dire, des référents cognitifs que partage cette société et qui permettent à ses membres une auto-identification par rapport à des valeurs et des dispositifs dont ils disposent pour penser, agir et éprouver des sentiments. Pour les Paez, il existe des catégories linguistiques pour exprimer la physionomie et le tempérament d'un leader, lesquels n'énoncent pas seulement qui il est, mais aussi quel sens et quelle valeur il a pour son peuple.

Les jeux de langage du droit et de l'anthropologie : derrière des concepts homogènes, des valeurs hétérogènes

La notion de leader, en paez, s'énonce de différentes manières qui visent conceptuellement à le caractériser par les particularités qu'il possède réellement et par les attributs que les membres de la société paez lui confèrent. Ces représentations font partie des croyances reconnues comme constituant leur *monde réel*²⁸.

Dans la langue paez, un leader possède l'Esprit de la Nature ; il est celui dont la voix résonne en chacun, celui qui a la faculté de se faire entendre. Il est aussi celui qui avance le premier et conduit la marche. Quand le chemin est difficile, rocailleux et que d'autres s'arrêtent, le leader appelle à continuer la marche. Il est « celui qui détient les fondements du projet de vie » et « celui qui a la faculté de commander ».

Un leader aide à vivre par la recherche de la satisfaction, de la bonne vie, ce que la langue paez appelle *wesh wesh*. Cette quête peut être empêchée soit de l'intérieur – par des comportements abusifs de personnes du groupe, pour lesquels on dispose de mécanismes permettant de réorienter ces personnes tout en fortifiant le projet de vie commun –, soit de l'extérieur – par des comportements de personnes qui se révéleraient des adversaires des aspirations de la communauté.

Les dommages : mémoire et refus de la vengeance

Il existe parmi les Paez un ensemble d'actes qui nuisent à l'ensemble du groupe, des dommages extrêmes tels qu'il n'est pas bon d'en garder le souvenir. En effet, si l'on s'en souvient, naît alors l'intention de donner la mort à autrui par le

²⁸ Reprenant le logicien Kripke, il s'agit de réalités qui sont partagées collectivement en tant qu'existantes, d'artefacts culturels que l'on peut classer comme des croyances.

recours à la vengeance. Or il est établi, en tant que valeur culturelle, que la vengeance n'aide pas à calmer la douleur, qu'elle ne donne aucun courage à ceux qui ont souffert de la violence.

Il devient donc nécessaire d'aider à apprivoiser la douleur. Le mécanisme consiste à restaurer la confiance chez les personnes qui souffrent, en créant les conditions pour que soient abandonnés le désir et les sentiments qui conduisent à causer délibérément du tort à autrui. Convoquer la présence de la victime absente, pour faire naître le bien-être qu'apporte son souvenir, implique d'accepter que son esprit appelle ceux qui souffrent à se souvenir, mais sans esprit de vengeance. Pour être unis à lui, ils doivent être purs, sans mauvais sentiments, sans désir de causer du tort à autrui. C'est là le seul moyen de pouvoir le faire revenir à la mémoire.

Certains concepts expriment la nature de l'évocation et du souvenir parmi les Paez. Le mot *meju* indique « qu'il (ou elle) est en train de nous appeler à nous souvenir ». Se souvenir suppose que l'on s'unisse avec l'esprit de cette personne qui nous appelle. Quand on répond à cet appel, on est purement uni à l'esprit dont on se souvient pour le faire venir à la mémoire. D'autres concepts signifient que « ce que l'on n'oublie jamais » a été conservé comme un trésor collectif : la communauté a décidé de ne pas l'oublier. C'est ainsi que l'on cherche résolument à conserver ce souvenir et à le transmettre. La mémoire devient ainsi un patrimoine commun : ce qui appartient à tous, à quoi tous ont droit, et dont il faut prendre soin.

La conciliation, dans la norme étatique, de l'égalité comme principe juridique et de la diversité comme principe anthropologique

Revenons au cas d'espèce. L'impact de l'action violente sur un membre du peuple Paez doit être traité de façon cohérente avec la reconnaissance par la Constitution colombienne de 1991 d'un sujet collectif distinct du sujet individuel de droit, et avec la reconnaissance de la diversité ethnique et culturelle. En reconnaissant les peuples indigènes comme un sujet collectif de droit, on postule que les indigènes ne peuvent être traités devant la loi seulement comme des sujets individuels. La Cour constitutionnelle, en sa qualité d'interprète autorisé de la Constitution, fait ainsi remarquer ceci : « La protection que la Constitution étend à la diversité mentionnée dérive de l'acceptation de différentes formes de vie sociale dont les manifestations et la reproduction culturelle permanente sont imputables à ces communautés en tant que sujets collectifs autochtones et non comme simples agrégats de leurs membres, lesquels, précisément, se réalisent à travers le groupe et intègrent

pleinement l'unité de sens qui naît des différentes expériences vécues en communauté.

La défense de la diversité ne peut en rester aux postures paternalistes ni être assurée seulement par l'intermédiaire des membres de la communauté, quand celle-ci, en tant que communauté, peut se voir directement affectée dans l'ensemble de ses intérêts vitaux ; c'est pourquoi la communauté doit plutôt assumer avec vigueur ses propres revendications et présenter comme des atteintes à son égard les préjudices ou menaces qui pourraient la détruire. Dans cet ordre d'idées, on ne peut effectivement parler de protection de la diversité ethnique et culturelle et de sa reconnaissance si l'on n'attribue pas, au plan constitutionnel, une personnalité juridique substantielle aux différentes communautés indigènes, seul moyen qui puisse leur conférer un statut pour jouir des droits fondamentaux et exiger, par elles-mêmes, leur protection, chaque fois que ceux-ci se raient bafoués » (art. 1, 7 et 14 CP).

L'impact de la mort de Germán Escue, un des membres du peuple Paez, lequel est une entité vivante ayant le droit à l'intégrité de son corps, n'a pas été assez pris en compte. Il existe des référents culturels pour affirmer qu'un individu fait partie de différentes unités structurelles vis-à-vis desquelles on a différents droits et devoirs. Ces référents s'expriment dans la réalité et sont propres à l'organisation sociale et au système de parenté paez : un indigène est membre d'une famille nucléaire, d'une famille élargie, d'une patrilocalité, d'une communauté dotée d'un conseil et d'un peuple.

À l'occasion d'une décision de 1993²⁹, la Cour constitutionnelle posa les jalons d'une approche différenciée des sujets fondée sur : l'impérieuse nécessité d'éviter que le traitement différencié ne soit source de discrimination ; l'identification d'une finalité concrète motivant la mise en œuvre d'une approche différenciée ; le fait que cette dernière s'inscrive dans le cadre des valeurs et principes constitutionnels ; l'application des principes d'adéquation de moyens aux fins et de proportionnalité entre faits, finalités et moyens qui motivent l'application du traitement différencié.

²⁹ « Le principe d'égalité consacré par l'article 13 de la Constitution permet de conférer un traitement différent aux personnes, tant que sont réunies les conditions suivantes. Premièrement, que les personnes se trouvent effectivement en différentes situations de fait [...]. Deuxièmement, que le traitement différencié qui est accordé ait une finalité [...] concrète et non pas abstraite. Troisièmement, que cette finalité soit pertinente, c'est-à-dire recevable du point de vue des valeurs et des principes constitutionnels [...]. Quatrièmement, que, dans cette hypothèse, c'est-à-dire celle de la différence de situation, la finalité que l'on poursuit et le traitement différencié qui est accordé soient cohérents entre eux [...]. Et cinquièmement, que cette rationalité soit proportionnée, de telle sorte que la conséquence juridique que constitue le traitement différencié ne comporte pas de disproportion absolue avec les circonstances de fait et la finalité qui la justifie. »

La Cour concluait que si ces conditions sont réunies, « le traitement différencié sera recevable et ainsi constitutif d'une discrimination constitutionnelle légitime. Dans le cas contraire, l'accord d'un traitement différencié sera une discrimination contraire à la Constitution ». Ainsi, la Cour constitutionnelle établissait une jurisprudence fondamentale. Elle donnait corps au principe abstrait d'égalité sans détruire les différences réellement existantes : elle le mettait au contraire en accord avec l'idée de diversité.

Pour le peuple Paez, l'assassinat d'un leader représente un démembrement et un dommage à l'encontre de l'ensemble de la collectivité : une privation face à la grande confiance que son peuple a placée en lui pour qu'il l'aide à réaliser une bonne vie. Cela explique le sentiment de frustration face aux efforts collectifs réalisés pour que, avec le soutien de sa communauté, le leader puisse agir tout au long de sa mission de « personne spéciale », socialement reconnue comme dotée d'une nature particulière, mais aidée par les efforts spirituels et matériels de son peuple pour grandir et arborer sa dignité.

Pour toutes ces raisons, la réparation ne peut être due aux seuls parents directs de Germán Escue, comme le sollicitait l'avocat. Elle doit être faite au sujet collectif de droit : le peuple Paez. Ni le concept de leader ni ceux de collectif, de mémoire et de réparation n'ont de sens si on ne les décline pas selon les codes culturels. Les notions ont un sens seulement dans le contexte de sociétés particulières, où la langue fournit les référents qui conditionnent une communication réussie. C'est pourquoi, par exemple, on ne devra pas dresser une effigie en l'honneur du leader assassiné, car cela pourrait engendrer un désir de vengeance.

Les deux cas latino-américains qui viennent de nous être présentés nous ont fait passer d'un regard juridique appliqué à des questions anthropologiques à un point de vue anthropologique porté sur des questions juridiques, traduisant deux positionnements pour relever le défi posé par le pluralisme juridique. Ils montrent ainsi comment le champ de la juridicité étatique, d'abord monopolisé par le droit moderne, est remis en question au contact du droit autochtone. Ces deux articles démontrent, si besoin était, les carences du monisme juridique. Bien plus, la reconnaissance formelle d'un pluralisme juridique par la voie légale, voire constitutionnelle, ne saurait suffire. Il faut donc également sortir du monocentrisme qui fait du droit de l'État la référence suprême. Une démarche interculturelle, validée par le cadre normatif, mais mise en œuvre par les juges eux-mêmes, s'avère indispensable si l'on veut parvenir à une véritable hybridation.

3. Diversité et gouvernance légitime en Afrique: éloge du pluralisme

Par Assane Mbaye³⁰ et Ousmane Sy³¹

Bâtis sur le mirage de l'uniformité hérité des colonisateurs, les systèmes de gouvernance doivent-ils persister à se réclamer d'un tel mythe ? Telle est la question que se posent aujourd'hui beaucoup d'Africains. Assane Mbaye et Ousmane Sy plaident, exemples à l'appui, pour un « pluralisme modéré » qui, à côté de la primauté de l'État central, laisserait la diversité s'exprimer.

Le mythe des sociétés homogènes fondé sur le paradigme de la diversité dans l'unité

Dans la plupart des pays africains, la période post-indépendance a été marquée par une tendance quasi obsessionnelle à construire des États-nations³² dont la viabilité, la survie et la durabilité étaient indissolublement liées au caractère unitaire de leur organisation politique, institutionnelle, sociale et juridique³³. La présence de toute forme de diversité dans cette organisation était considérée comme une menace existentielle pour l'ordre social. Les réalités de l'époque n'y étaient pas étrangères au regard, entre autres, des risques de sécession, de coups d'État, de rivalités ethniques affectant les États fraîchement indépendants, d'une part, et de la volonté de maîtrise du pouvoir par les nouvelles élites responsables, minoritaires mais dominantes, issues de la décolonisation, d'autre part. Dans cette perspective, l'État-nation est supposé homogène par nature. S'il ne l'était dans les faits, il importait qu'il s'assignât une vocation « uniformisante ». L'homogénéité de la société était ainsi érigée en objectif, « décrétée » en quelque sorte, et la diversité occultée en ce qu'elle était incompatible avec l'idée même de nation dont le seul ferment envisagé était l'unité de toutes ses structures constitutives. Le « vice » de l'homogénéité était poussé dans ses limites les plus extrêmes : le parti unique, le totalitarisme de la norme juridique étatique, l'État unitaire

³⁰ Assane Mbaye est enseignant en droit privé à l'université Cheikh Anta Diop de Dakar, Sénégal, et coordinateur, pour l'Alliance pour refonder la gouvernance en Afrique (ARGA), des groupes thématiques sur le pluralisme juridique, les Constitutions et la justice.

³¹ Ousmane Sy est ancien ministre malien de l'Administration territoriale. Diplômé en agroéconomie et docteur en développement économique et social, il a été chercheur au Mali avant de piloter la mission de décentralisation et des réformes institutionnelles de ce pays, puis d'entrer au gouvernement. Il coordonne actuellement l'ARGA et préside l'Institut africain de la gouvernance.

³² Il s'agit de faire coïncider l'État, notion juridique et organisation politique, avec la nation, notion identitaire exprimant l'appartenance à un seul et même groupe.

³³ À l'exception notable des États ayant adopté une forme fédérale et des pays anglophones.

centralisé, la prédominance d'une ethnie. Seuls quelques bastions étaient laissés à l'expression des diversités, plus probablement par nécessité et par volonté d'instrumentalisation politique et sociale que par choix idéologique. Ainsi en était-il principalement de la religion et des cultes, dont la liberté d'exercice était généralement reconnue, sans que leur fût accordée une quelconque incidence sur l'organisation politique ou sur la production normative.

L'échec d'un modèle

L'Histoire a démontré que le modèle de base de l'État-nation ainsi conçu n'a pas bien fonctionné. Beaucoup d'analystes ont déjà démontré l'échec de la greffe de l'État-nation homogène sur des sociétés par essence plurales ou hétérogènes. Rappelons simplement, à titre illustratif, deux domaines dans lesquels l'idéologie de l'homogénéité ne s'est pas totalement imposée dans la réalité. Le premier exemple est celui du droit. L'hégémonie des doctrines positivistes légalistes qui ne reconnaissent que l'ordre juridique étatique, notamment dans les systèmes d'inspiration romano-germanique, avait conduit à l'établissement de systèmes normatifs dominés par le monisme. La loi, généralement codifiée et exclusivement issue de la production normative étatique, ne pouvait souffrir des sources concurrentes comme la coutume, générée par des collectivités autres que l'État. Au mieux, le droit positif pouvait reconnaître quelques règles coutumières, par exemple en matière de statut personnel, qu'il intégrait en son sein mais qui ne pouvaient remettre en cause l'ordre positiviste établi, cette intégration nécessitant toujours la médiation d'une règle étatique qui l'incorpore, si l'on peut dire, au système normatif reconnu. L'échec du modèle positiviste semblait pourtant inéluctable pour deux raisons au moins : le mimétisme et la persistance des pratiques représentatives d'autres réseaux normatifs. La plupart des codifications se sont largement inspirées des modèles juridiques étrangers, important des règles sous-tendues par des valeurs, des principes et des finalités qui ne sont pas propres aux sociétés qu'elles régissent. Que l'on songe à cet égard à la réglementation du mariage ou de la propriété foncière ou même des contrats. Il est aisé de constater que, dans ces domaines, le mimétisme n'a pas eu de prise sur les pratiques. En matière de mariage, par exemple, l'interdiction ou la limitation des effets du mariage célébré selon les formes coutumières pour orienter les populations vers le mariage célébré par l'officier de l'état civil n'a aucunement fait reculer les mariages coutumiers. En matière contractuelle, les exigences de preuve écrite n'ont pas adouci la force reconnue à la parole donnée et les pratiques commerciales échappant au droit civil. En matière

foncière, les règles sur la propriété n'ont fait qu'exacerber les conflits avec les pratiques coutumières.

La seconde illustration de l'échec du modèle des sociétés unitaires peut être recherchée dans les systèmes institutionnels. Au plan politique, par exemple, les régimes et les instruments du jeu démocratique adoptés par les constitutions n'ont pas fait disparaître les structures intermédiaires et les systèmes d'allégeance traditionnels entre l'État et les individus. Le pervertissement de l'élection et du modèle de démocratie fondée sur l'opposition majorité/minorité en constitue une preuve éclatante. Même la délivrance de la justice, symbole fort de la régulation étatique, n'échappe pas à la concurrence des ordres parallèles. Comme pour le droit, le mimétisme et la survivance des pratiques et liens sociaux traditionnels ont généré la coexistence de systèmes différenciés, s'hybridant, s'instrumentalisant, se concurrençant ou entrant en conflit, mais que ni la domination ni la coercition étatique n'ont réussi à unir dans une norme partagée et acceptée par tous.

Un présupposé erroné

Au-delà du mimétisme de systèmes juridiques et institutionnels empruntés le plus souvent au colonisateur, l'échec du modèle d'État-nation résulte plus fondamentalement du caractère erroné de son pré-supposé, à savoir que l'homogénéité de la société peut être décrétée. Même dans les pays occidentaux, généralement considérés comme des sociétés unitaires et homogènes et où, en se sécularisant, l'État s'est institutionnalisé, les débats récents sur le multiculturalisme montrent que la diversité est une réalité factuelle incontournable qui relève du « donné » par opposition au « construit ». Ces débats rappellent curieusement l'opposition, au début du siècle dernier, entre les assimilationnistes et les défenseurs du pluralisme aux États-Unis. C'est dire si la problématique de la régulation de la diversité n'est pas propre à l'Afrique. Dépassant même les frontières nationales, elle a changé d'échelle pour se poser en paradigme de la régulation aussi bien institutionnelle que normative ou culturelle de la société mondiale. Toutefois, la pluralité ou l'hétérogénéité des sociétés africaines s'impose avec encore plus de force qu'ailleurs en raison de la succession et de l'interpénétration historique des apports de la colonisation arabe, puis occidentale, aux systèmes originels, apports auxquels il faut ajouter, dans la période contemporaine, les influences de l'urbanisation et de la mondialisation. Les sociétés africaines se sont ainsi complexifiées ; chaque personne s'est « pluralisée » en se reconnaissant dans des statuts et réseaux multiples, communautaires, religieux, culturels, politiques, normatifs.

Face à ce « donné » qu'est le pluralisme, la question fondamentale est de savoir si les systèmes de gouvernance peuvent continuer à se réclamer d'une idéologie construite autour du mythe de sociétés homo- gènes et unitaires. La réponse nous semble évidente dès lors que nous tenons pour acquis que le pluralisme est une réalité factuelle dont la reconnaissance et la mobilisation constituent un atout et non un handicap pour les États africains. Ce qui est moins évident, c'est de passer d'une conception figée et descriptive à une conception dynamique du pluralisme qui permette de dépasser son simple usage discursif et qui l'érige comme norme, politique et programme. En effet, on constate que le discours sur le pluralisme est souvent exclusivement fondé sur l'observation et la reconnaissance de la diversité qui caractérise les sociétés. Cela ne suffit pas à notre sens. Encore faudrait-il démontrer par quels mécanismes on passe du simple constat à la traduction concrète d'une telle réalité dans les modes de régulation, c'est-à-dire à la coordination de toutes les diversités sociales dans les domaines institutionnel, juridique, politique, etc.

Le passage du « donné » au « construit » : l'unité dans la diversité

Comment construire des régulations qui tiennent compte de toutes les dimensions du pluralisme ? Comment promouvoir l'institutionnalisation du pluralisme ? La réponse à ces questions appelle un choix, peu aisé, entre deux approches possibles du mode de coordination de toutes les institutions, structures, collectivités et normes qui ont vocation à régir les sociétés et les individus. La première voie est celle d'un pluralisme qui consisterait à considérer que l'ordre étatique, dans ses différentes composantes, n'a aucune prééminence sur les autres ordres qu'il ne contrôle pas et dont la prise en considération doit être totale.

Dans cette approche, il y aurait une autonomie complète entre les ordres étatiques et non étatiques, ordres entre lesquels n'existerait pas un rapport de subordination. La seconde voie est celle d'un pluralisme que l'on peut qualifier de modéré en ce sens qu'il affirme la centralité et la primauté de l'ordre étatique sur les ordres non étatiques dont les frontières et les limites de l'autonomie seraient définies par l'État.

La première voie, celle de l'autonomie complète des divers modes de régulation des sociétés, des collectivités et des individus, nous semble très riche mais peu réaliste. Elle repose sur le postulat de l'existence d'une sorte d'inconciliabilité radicale entre ces différents modes de régulation, totalement exclusifs les uns des autres. Elle ne valorise pas les ponts susceptibles d'être construits entre ces

« mondes ». Elle ignore dans une grande mesure l'imbrication inéluctable des catégories juridiques, institutionnelles et sociales selon les lieux et les individus. Sa critique, fondée, de l'homogénéité des sociétés ne justifie pas le reproche qui pourrait lui être fait de vouloir occulter que les rapports sociaux sont tout de même fondés sur la domination. La seconde voie est plus conforme aux acquis du monde actuel et de l'évolution des pays africains. L'État, ses normes, ses institutions et sa force de domination ne se sont certes pas imposés de façon absolue, mais il n'en demeure pas moins qu'ils traduisent une réalité incontournable dont l'occultation ne serait que vaine. Malgré ses échecs, ses insuffisances, son défaut d'ancrage social, l'État garde son utilité en tant que ciment des différences et vecteur principal d'un ordonnancement minimal du pluralisme. La problématique posée évolue alors sensiblement vers la détermination des modalités par lesquelles l'État, d'un côté, laisse aux diversités l'autonomie nécessaire à leur expression au service d'intérêts particuliers et, de l'autre, les intègre au profit des intérêts dont la collectivisation garantit la pacification et l'harmonie des rapports sociaux.

Comment promouvoir le pluralisme au sein de l'ordre étatique ?

Pour illustrer les réponses possibles à cette interrogation, deux initiatives menées par l'Alliance pour refonder la gouvernance en Afrique³⁴ montrent que le pluralisme offre des perspectives intéressantes pour la refondation des États africains. La première concerne les constitutions. Elle tend à démontrer que, tout en étant le reflet de rapports de force politiques, les impasses constitutionnelles observées en Afrique sont susceptibles d'être dépassées si les constitutions intègrent davantage la dimension pluraliste des sociétés. Cette dimension ordonnerait aussi bien les processus d'élaboration et de révision des constitutions que les modalités du contrôle de constitutionnalité ; elle guiderait les valeurs contenues dans les textes constitutionnels, mais aussi les régimes politiques et les institutions de l'État. Sous ce rapport, il suffit de rappeler deux propositions fortes de l'Alliance qui méritent une sérieuse réflexion : d'une part, l'institution d'une seconde chambre parlementaire sur un modèle différent des Sénats actuels et constituée uniquement des légitimités non électorales ; d'autre part, la mise en place d'un organe représentatif de toutes les légitimités et gardien des valeurs et des consensus constitutionnels construits à partir de processus inclusifs depuis l'échelle du village, et non pas seulement des Conférences nationales dont les limites sont aujourd'hui révélées par les révisions intempestives de tous les acquis qui

³⁴ Site internet de l'Alliance : www.afrique-gouvernance.net

en étaient issus.

La seconde initiative de l'Alliance sur l'affirmation du pluralisme comme norme, politique et programme concerne la cohabitation des légitimités au niveau local. Le pluralisme est de ce point de vue mobilisé dans sa double dimension institutionnelle et normative. Les expériences recueillies dans cette double occurrence sont instructives. Au plan institutionnel, elles révèlent l'existence, à l'échelle locale, de multiples initiatives de cohabitation des légitimités en marge des cadres légaux. Dans certaines régions du Mali, par exemple, la délivrance de la justice n'est pas le monopole de la justice étatique. On trouve en effet des « cadis », juges musulmans auxquels les juges étatiques eux-mêmes renvoient parfois les justiciables pour la résolution de certains litiges alors même que le système légal ne les intègre pas dans l'organisation judiciaire. Il est apparu que les décisions des cadis sont plus rapides et plus facilement acceptées que celles rendues par les juges étatiques. Devant une telle réalité, il serait préférable que ce mode de délivrance de la justice soit pris en compte par l'État qui pourrait ainsi en contrôler les risques de dérive et définir ses rapports avec la justice étatique. Au plan normatif, la même observation reste valable. L'application de coutumes locales ne nuit pas forcément à l'harmonie sociale et elle est parfaitement compatible avec les valeurs fondamentales et les objectifs poursuivis par l'ordre étatique. L'exemple des successions ou de la validité du mariage coutumier le confirme. Au Sénégal, contrairement au Mali, le Code de la famille s'est rendu à l'évidence que la non-reconnaissance de ce dernier aurait fragilisé les couples mariés selon la forme coutumière et précarisé les enfants qui en seraient issus en les considérant comme des enfants naturels dans un environnement juridique opposé à l'égalité des enfants naturels et légitimes. Un subtil équilibre a ainsi été trouvé en reconnaissant sa validité tout en subordonnant sa dissolution volontaire au divorce judiciaire dans l'objectif de protéger les femmes contre la dissolution par répudiation. Dans la pratique, il apparaît aujourd'hui que les époux procèdent presque toujours à la célébration coutumière, obligatoire à leurs yeux, et à la célébration civile qui conditionne l'opposabilité du mariage à l'État et aux collectivités publiques, et notamment l'obtention des prestations familiales. Ces initiatives montrent que la promotion du pluralisme au sein même de l'ordre étatique est possible et souhaitable dans la mesure où il constitue un facteur de sa refondation et de renforcement de sa légitimité. Il resterait simplement à approfondir certaines implications de son admission dans la mesure où la coexistence d'institutions et de normes ayant des sources différentes aboutit à la construction de sociétés complexes. C'est précisément le rôle de l'État de gérer et d'ordonner cette complexité. Dans l'exemple précité de la délivrance de la justice, il lui appartient de définir les modalités

d'intervention et les rapports entre les divers ordres judiciaires. Au plan du pluralisme normatif, il lui revient de déterminer la part d'autonomie laissée à chaque ordre normatif, les ponts qui relient ces ordres et, éventuellement, le minimum de compatibilité dont la garantie est nécessaire à la sauvegarde de l'ordre social.

II. Pluralisme juridique et Constitutions

4. La Constitution équatorienne de 2008: résultats et innovations³⁵

Par Saya Saulière³⁶

Le désenchantement³⁷ politique et la méfiance des Équatoriennes et Équatoriens vis-à-vis de leurs institutions (Congrès et Justice) et partis politiques ont atteint des niveaux très élevés jusqu'en 2007, comme conséquence de la grave crise politique et économique de la dernière décennie. Lorsque Rafael Correa est arrivé en deuxième place au premier tour des élections présidentielles en octobre 2006, ce jeune économiste –à peine connu du peuple équatorien³⁸ – a présenté au pays sa proposition politique de refondation et de change, potentialisée par une reformulation constitutionnelle. Le président élu, conforme à son projet politique, a lancé une consultation populaire en avril 2007 qui a approuvé largement la conformation d'une Assemblée constituante dotée de pleins pouvoirs. Pendant huit mois³⁹ les membres de l'Assemblée nationale constituante, appartenant en majorité au parti du gouvernement et avec la participation et incidence d'acteurs de la société civile, ont redessiné la « Magna Carta », acceptée le 28 septembre 2008 comme la nouvelle Constitution de la République (le « si » a obtenu 63,93% de voix⁴⁰).

À la suite de l'étude « L'Assemblée constituante : contexte, fonctionnement et stratégie des acteurs », qui décrit la période antérieure à l'Assemblée et la formulation constitutionnelle, cette étude « La Constitution équatorienne de 2008 : résultats et innovations » se concentre sur l'analyse des progrès, innovations et défis de celle-ci. Les auteurs –universitaires, conseillers politiques, acteurs sociaux (parfois les trois en même temps)- ont partagé leurs points de vue et analyses sur la nouvelle Constitution récemment approuvée⁴¹. Certains ont adopté une lecture globale et transversale de la Constitution (Agustín Grijalva, Francisco Muñoz) et ont exposé ses principales innovations. D'autres ont analysé une thématique spécifique : le « *sumak kausay* » ou Bien vivre, les droits et leurs garanties, la plurinationalité, la participation citoyenne, l'ordonnancement territorial, le rôle de l'État, etc.

³⁵ Cet article est une synthèse d'une étude collective réalisée entre 2008 et 2009 par une équipe de chercheurs français et équatoriens. L'étude collective est publiée sur le site web de l'IRG: <http://www.institut-gouvernance.org/fr/dossiers/motcle-dossiers-64.html>

³⁶ Licenciée en Sociologie et Anthropologie en France et master en Études de Développement en Angleterre. Elle a travaillé en Équateur comme conseillère, soutenant de processus de participation citoyenne et de consolidation des gouvernements locaux. Elle vit actuellement à Paris et travaille avec des organisations non gouvernementales.

³⁷ Campuzano, A. 2002. Gestión participativa en los gobiernos locales del Ecuador: gobernabilidad democrática y esferas públicas. Centre de recherche CIUDAD. Première rencontre des équatorianistes.

³⁸ Sur la sphère politique il a été ministre de l'Économie et des Finances pendant trois mois durant le gouvernement d'Alfredo Palacios. Dans sa trajectoire professionnelle il a surtout été professeur universitaire.

³⁹ Du 29 novembre 2007 au 25 juillet 2008.

⁴⁰ Le « Non » a obtenu 28,1%; les votes nuls 7,23% et les votes blancs 0,75%.

⁴¹ Les articles ont été écrits à la fin de l'année 2008 et au début de l'année 2009.

Avec 444 articles, la Constitution équatorienne est une des plus étendues du monde et est reconnue pour être une des plus progressistes de la région. À continuation nous réalisons une brève présentation des principaux sujets et idées abordées par les auteurs.

Le Bien vivre – « *sumak kausay* » dans la Constitution

“(Nous avons décidé de construire) une nouvelle forme de vie en commun des citoyens, en respectant la diversité et l’harmonie avec la nature, afin d’atteindre le Bien vivre, le « *sumak kausay* » » (Préambule, Constitution de 2008). Dès ses débuts, la vision holistique et intégrale du Bien vivre est énoncée et – tout au long de la Constitution - sert comme principe ordonnateur (droits du Bien vivre, régime du Bien vivre). En tant que fil conducteur, elle permet la cohérence et surmonte le divorce existant dans la Constitution de 1998 entre la partie dogmatique et la partie organique (**Magdalena León**).

À cette époque de crise planétaire liée au caractère inviable des modèles de développement (notamment le changement climatique, la concentration de la richesse et l’approfondissement de la pauvreté), le Bien vivre –né de la cosmovision et pratique des peuples indigènes- fait appel à une relation d’harmonie entre les êtres humains et la nature. Selon **Magdalena León** il représente un changement de paradigme nécessaire face au rythme alarmant de déprédation engendré par le modèle économique. Dans la Constitution, le système économique est proclamé comme étant social et solidaire et « reconnaît l’être humain comme sujet et fin ; il favorise une relation dynamique et équilibrée entre la société, l’État et le marché, en harmonie avec la nature et il a comme objectif de garantir la production et reproduction des conditions matérielles et immatérielles qui rendent possible le Bien vivre ».

Une nouvelle classification de droits et leurs garanties

Une des innovations de la Constitution de 2008 est la classification qu’elle fait des droits. Au lieu de reprendre la division classique des droits –civils, politiques, économiques, sociaux et culturels- ; elle établit une nouvelle organisation : droits du Bien vivre, à la liberté, « des peuples », de participation, de protection, des groupes vulnérables, les droits des personnes et des groupes d’attention prioritaire, etc. Selon **Tania Arias** cette nouvelle dénomination facilite une compréhension plus directe et quotidienne du sens fondamental de chaque droit. Selon **Agustin Grijalva** elle permet de mettre l’accent sur le caractère complémentaire et la hiérarchie égale de tous les droits constitutionnels. De plus, selon **Santiago Ortiz**, elle éloigne de la vision libérale classique, centrée sur les droits individuels, et dessine une nouvelle géométrie des droits dans laquelle « les droits humains individuels ont du sens dans la mesure où il y a une reconnaissance des droits sociaux et identitaires ».

Dans les articles, les nouveaux droits ont été analysés et comparés avec la Constitution de 1998 (**Tania Arias**) et leur caractère innovateur a été souligné (**Agustín Grijalva et Magdalena León**) : leur articulation avec la vision andine du « *sumak kausay* », les droits environnementaux (droit à l'eau, à l'alimentation et à la souveraineté alimentaire, droit à la nature), droits des personnes et groupes d'attention prioritaire, droit à développer des activités économiques, etc.

En réponse aux critiques adressées contre la Constitution de 1998 –selon lesquelles, malgré les progrès en droits dans la partie dogmatique, ce qui a rendu impossible sa réalisation c'est sa désarticulation avec la section organique-, la charte de Montecristi détaille les garanties juridictionnelles⁴² telles que : la protection, l'Habeas Corpus, l'Habeas Data, l'accès à l'information publique, l'application de la loi, la tutelle contre les sentences judiciaires, la réalisation des politiques publiques, la participation citoyenne. « Plus de la moitié de la Constitution élaborée (...) est un pacte de la société pour garantir des droits, ce qui constitue la source de la nouvelle nature de « l'État constitutionnel de droits » » (**Agustín Grijalva**)

La plurinationalité: débats et progrès

L'État équatorien a défini en 1998 l'État comme pluriculturel et multiethnique. En 2008, la Constitution postule que « l'Équateur est un État constitutionnel de droit et de justice, social, démocratique, souverain, indépendant, unitaire, interculturel, **plurinational** et laïc ». La plurinationalité proposée par la CONAIE (Confédération de Nationalités Indigènes de l'Équateur) depuis la moitié des années 1980, a finalement été incluse dans la « Magna Carta ». Dans son article, **Floresmilo Simbaña**, se penche sur les débats et les divergences autour de ce sujet au sein de l'Assemblée nationale (notamment les questions de l'autogouvernement et du contrôle des ressources naturelles) et informe le lecteur sur les questions sensibles politiquement, ainsi que leur arrière-fond.

En tant que sociologue et chef du département des territoires de l'ECUARUNARI (filiale de la CONAIE), l'auteur présente la proposition et la conception de la plurinationalité et met l'accent sur sa construction historique et participative : « c'est un système de gouvernement et un modèle d'organisation politique, économique et socio-culturel qui défend la justice, les libertés individuelles et collectives, le respect, la réciprocité, la solidarité, le développement égalitaire de l'ensemble de la société équatorienne et de toutes ses régions et cultures, sur base de la reconnaissance juridico-politique et culturelle de toutes les Nationalités et Peuples indigènes qui conforment l'Équateur »⁴³. Il insiste sur le fait qu'elle ne recouvre pas seulement la dimension culturelle, mais aussi les dimensions politique, économique et socioculturelle. Enfin, elle implique une réorganisation et une reconstruction structurelle de l'État, l'instauration d'un nouveau type de démocratie et l'établissement d'une société

⁴² 152 articles des 444 inclus dans la Constitution sont consacrés à ces garanties juridictionnelles.

⁴³ CONAIE. Projet politique des Nationalités de l'Équateur. 2007. Page 17.

interculturelle, comme garantie du plein exercice des droits fondamentaux individuels et collectifs⁴⁴.

Dans la même lignée, selon **Ana María Larrea**, l'État plurinational permettra un modèle d'organisation politique pour la décolonisation des nations du Sud. Son article, écrit avec engagement avant le référendum, détaille ce qu'implique la plurinationalité : un changement dans la structure de l'État, vers le polycentrisme et la décentralisation, capable de garantir le plein exercice de la souveraineté populaire et de reconnaître les différentes formes de démocratie ; une relation différente entre l'État, le marché, la société et la nature qui permette de promouvoir une justice économique et la reconnaissance des autorités des peuples et des nationalités.

Floresmilo Simbaña et **Agustín Grijalva** récapitulent les articles relatifs à la plurinationalité et à l'interculturalité (droits collectifs, justice, éducation, santé, etc.) et analysent les dimensions de la plurinationalité –de la CONAIE et d'autres organisations- qui ont été rejetées (droit collectif à l'autogouvernement, la reconnaissance du quichua et du shuar comme langues officielles, l'Assemblée plurinationale, le droit à une préalable consultation des peuples indigènes ...).

La plurinationalité et le « *sumak kausay* » ou Bien vivre rompent de manière radicale avec les modèles néolibéraux de développement, en ouvrant les portes à la construction d'une société postcoloniale et durable.

La participation et le pouvoir citoyen

La Constitution de 1998 était progressiste en termes de participation, par rapport aux autres pays de la région. Celle de 2008 non seulement maintient, mais aussi renouvelle le pouvoir citoyen. D'ailleurs, elle établit une nouvelle configuration du pouvoir politique qui doit être exercée au moyen de la participation citoyenne, en collaboration avec les organes du pouvoir public représentatif des fonctions de l'État (**Alfredo Ruiz**).

Elle reconnaît les différentes formes de démocratie : la démocratie participative, communautaire et représentative. Elle contraste avec la Constitution de 1998 car cette dernière donnait une place prédominante à la démocratie représentative et n'éclairait pas son articulation avec les formes participatives, ce qui empêchait une vision intégrale et articulée de la démocratie.

D'autre part, deux nouvelles fonctions sont introduites dans la structure organique du pouvoir : celle de la Transparence et du Contrôle social et l'Électorale. Ceci rompt avec la formule classique des trois pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire). Le Conseil de Participation Citoyenne et de Contrôle Social, l'entité la plus importante de la nouvelle fonction, est constitué par des conseillers de la citoyenneté et des organisations de la société

⁴⁴ Ibid. Page 18

civile et a les attributions suivantes : promouvoir la participation citoyenne à travers la délibération publique, la reddition des comptes, le contrôle citoyen et le contrôle social ; enquêter sur les accusations des entraves à la participation citoyenne ou des actes de corruption ; désigner les titulaires du Ministère public de l'État et des Surintendances, le Défenseur du peuple, le Défenseur public, le Procureur Général de l'État et l'Inspection des Finances, ainsi que les membres du Conseil National Électoral, le Tribunal électoral et le Conseil de la Judicature. « De cette manière, la nouvelle Constitution permet la participation citoyenne à un niveau de décision extraordinairement important : celui de la désignation des principales autorités des entités publiques » (**Alfredo Ruiz**).

Dans son article, **Santiago Ortiz** souligne les progrès, les innovations et les risques de la participation, en adoptant un regard comparatif. Il montre comment la participation est comprise comme une expression et manifestation de la souveraineté populaire, située au même niveau que la représentation politique. On reconnaît le droit à la participation des acteurs citoyens, des personnes des communautés, des collectifs et des nationalités et celui des organisations populaires, élargissant ainsi à la communauté les sujets de droits.

Afin de rendre concrète cette participation, des nouveaux mécanismes et espaces sont créés, tels que : la création d'interfaces avec les acteurs sociaux pour la formulation, l'exécution, l'évaluation et le contrôle des politiques publiques ; les mécanismes institutionnels pour la participation en rapport avec le système de planification, de contrôle social, etc. ; la création de conseils (de genre, de générations et ethniques) définis comme des instances pour orienter et garantir le plein exercice des droits. Surgissent également des références à la participation dans les affaires sectorielles, ainsi que le droit à la gestion démocratique de la ville. Les expériences de participation au niveau local des dernières décennies ont été accueillies et l'implication des citoyens devient primordiale dans la planification, la définition du budget, la gestion et le contrôle, à travers une multiplicité d'espaces (assemblées, instances de contrôle, observatoires, etc.) « Les aspects de la Constitution proposée ne contiennent pas seulement les concepts qui sous-tendent une nouvelle forme de concevoir l'exercice du pouvoir politique, à travers une valorisation importante de la participation sociale, mais dessinent en plus les nouvelles institutions par l'intermédiaire desquelles sera effective cette participation » (**Alfredo Ruiz**).

Quant aux risques, **Santiago Ortiz** montre comment, de manière parallèle à ce nouveau pouvoir citoyen, la Constitution consolide un État centraliste, fort et souverain, avec des attributions exclusives, tel le présidentielisme. Sans une refonte du système représentatif, cet auteur considère nécessaire l'approfondissement du débat sur la construction d'une institutionnalité démocratique.

De plus, il souligne deux difficultés de conjoncture politique : d'une part, dans ses deux années de gestion, le gouvernement n'a pas montré d'intérêt à articuler la participation ou les acteurs sociaux à leurs politiques et processus. « La stratégie du gouvernement a privilégié l'accumulation de forces sociales et non pas l'articulation de nouveaux espaces et des

procédures participatives » (Santiago Ortiz). Par ailleurs, les acteurs et mouvements sociaux se trouvent fortement affaiblis, ce qui empêche de profiter de ces opportunités au niveau normatif.

Conclusion

Partant d'une lecture transversale du texte constitutionnel, quelques auteurs ont exposé leurs points de vue sur les principales innovations, d'autres ont centré leur analyse sur des thématiques spécifiques ; mais la plupart sont d'accord sur les progrès : le « *sumak kausay* » ou Bien vivre, en tant que changement de paradigme de développement et principe ordonnateur, holistique et intégral ; la classification audacieuse des droits, la création des nouveaux droits et leurs garanties ; la plurinationalité de l'État équatorien, en tant que modèle d'organisation politique, économique et socioculturel ; la participation souveraine et le pouvoir citoyen rénové et les mécanismes concrets mis en place ; la nouvelle fonction de l'État de « Transparence et Contrôle social ». Il sera intéressant, dans les prochains mois, d'observer comment ces innovations sont détaillées et converties en lois et en normes, afin de réfléchir sur les défis soulevés par leur mise en pratique.

5. La plurinationalité: égaux et différents à la recherche du Sumak Kawsay⁴⁵

Par Ana María Larrea Maldonado⁴⁶

Dans le projet de nouvelle Constitution politique de la République équatorienne qui sera soumis à l'approbation populaire en septembre de l'année prochaine, l'Assemblée nationale constituante introduit un changement de grande importance pour la vie du pays : l'État pluriculturel et multiethnique de la Constitution de 1998 devient un État interculturel et plurinational. De cette manière est reprise une des revendications les plus profondes et les plus importantes des mouvements indigènes et afro-équatoriens du pays. En effet, la définition de l'État équatorien comme interculturel et plurinational n'est pas une simple déclaration car elle implique des transformations profondes pour la société, l'État, la démocratie et le mode de développement.

Le débat social

Le débat social préalable à l'Assemblée constituante, animé par la CONAIE (Confédération des nationalités indigènes d'Equateur) et la FENOCIN (Confédération nationale des organisations paysannes, indigènes et noires) dans leurs champs d'influence respectifs, a montré les difficultés liées aux portées concrètes de la plurinationalité. Une série de contresens et de convergences a surgi. Sans aucun doute, le débat sur le rôle de l'État face aux peuples indigènes, afro-équatoriens et « montubios » - et concomitamment, le degré d'autonomie qu'impliquerait la plurinationalité - est le plus important et le plus laborieux.

Au sein des organisations sociales, la plurinationalité se confronte à une diversité des conceptions et des attentes. D'après les approches les plus radicales, provenant surtout de l'Amazonie, les organisations indigènes chassent l'État de leurs territoires et assument elles-mêmes le contrôle de leurs ressources stratégiques. En revanche, pour des organisations comme l'Ecuadorunari, la consolidation du rôle de l'État dans le contrôle des ressources stratégiques est importante. Ceci explique que beaucoup d'indigènes de l'Ecuadorunari aient revendiqué avec force la « nationalisation » des ressources stratégiques face aux politiques néolibérales de privatisation de celles-ci. Au fond, les revendications ethniques s'entrecroisent avec les revendications de classe, la lutte contre le néolibéralisme et la lutte pour

⁴⁵ Cet article a été rédigé en 2007, avant le vote de la Constitution de 2008.

⁴⁶ Ana María Larrea est actuellement Sous-secrétaire générale de la SENPLADES. Elle est anthropologue, titulaire de deux diplômes de troisième cycle en Études Internationales du Développement de l'Université d'Oslo, et en Développement et Gestion locale de l'Université Simon Bolivar. Elle a également suivi le master en Pouvoir, Développement local et Mouvements sociaux à l'Université Polytechnique Salésienne. Elle a été conseillère de la SENPLADES et Directrice de l'Institut d'Études équatoriennes (IEE), membre du Comité Directif du Conseil Latino américain des Sciences Sociales (CLACSO).

l'autodétermination. Ces deux visions sont présentes dans la CONAIE et supposent un processus profond de délibération et de construction d'accords politiques entre leurs filiales.

Le processus constituant entamé en Équateur ces derniers mois a été un terreau propice à ce que la demande relative à la plurinationalité soit reprise comme axe des revendications de la CONAIE. Au cours de l'année 2007, la CONAIE a mené un processus participatif d'élaboration d'une proposition pour la nouvelle constitution de la République équatorienne. Trois ateliers ont été réalisés dans le cadre de ce processus avec les groupes de base des trois antennes régionales de la CONAIE : CONAICE, Ecuarunari et CONFENIAE. La discussion s'est concentrée sur les portées et les implications de la proposition d'État plurinational, principale revendication du projet politique de la CONAIE publié en 1994. Les résultats du processus participatif ont été publiés dans le document de Principes et linéaments pour la nouvelle Constitution équatorienne et dans la proposition pour une nouvelle constitution de la CONAIE.

Par ailleurs, des organisations comme la FENOCIN ont adopté l'interculturalité comme élément central de leur proposition sur le caractère de l'État, provoquant une dispute avec la CONAIE en raison de leur opposition à la plurinationalité. Leur argument principal était que la plurinationalité impliquait un isolement des peuples indigènes par rapport au reste de la société, alors que l'interculturalité rendait possible les rencontres entre les différents groupes ethniques. Quelques dirigeants des peuples afro-équatoriens se sont également alignés derrière la FENOCIN.

Derrière ces différences se trouvait toute l'histoire de disputes et d'affrontements entre les deux principales organisations indigènes nationales pour des espaces au sein de l'État et l'hégémonie à l'intérieur du mouvement ethnique dans le pays.

Pendant le processus constituant, ces disputes ont entraîné l'Équateur dans un faux débat entre la plurinationalité et la multiculturalité, débat dans lequel les deux termes étaient vus comme opposés, alors qu'en réalité l'interculturalité est une dimension de la plurinationalité. Sans plurinationalité, il ne peut y avoir d'interculturalité. La relation interculturelle suppose la reconnaissance de l'autre. Si nous ne nous reconnaissons pas dans notre diversité, nous pouvons difficilement avoir des relations interculturelles. Un État monoculturel ne reconnaît pas la diversité des sociétés. Il reconnaît une seule culture, celle qui est dominante, comme la seule culture officielle. Les autres cultures ne comptent pas, elles n'ont pas de visibilité alors qu'on prétend les « intégrer » dans le cadre d'une perspective homogénéisatrice.

Dans des sociétés marquées par l'inégalité, on ne peut envisager l'interculturalité sans prendre en compte les processus de domination. En effet, le dialogue interculturel suppose le dialogue entre égaux. Celui-ci est impossible lorsqu'une des cultures est subordonnée à l'autre. Ainsi, la question des relations interculturelles, plus qu'un aspect anthropologique, devient un aspect fondamentalement politique. L'inégalité économique s'accompagne de

profonds processus d'exclusion sociale, discrimination et méconnaissance de toute autre culture. Parler d'inclusion et d'intégration sociale implique donc la création de stratégies claires de reconnaissance de la différence et de la diversité, capables d'apporter, à long terme, des changements dans les structures de pouvoir.

Et l'Assemblée constituante...

Les organisations indigènes, paysannes, afro-équatoriennes et « montubias », sont arrivées à l'Assemblée constituante sans agenda commun. La CONAIE avait fait de gros efforts pour arriver à un consensus interne et il existait une proposition sur les portées que cette organisation attribuait à la plurinationalité. Face au débat entre la plurinationalité et la multiculturalité, l'Assemblée constituante a opté pour la reconnaissance d'un État équatorien interculturel et plurinational.

Mais, quelles sont les portées attribuées par l'Assemblée constituante à la plurinationalité ? Le projet de nouvelle constitution établit la plurinationalité dans les domaines suivants : 1) la reconnaissance des territoires indigènes, afro-équatoriens ou des peuples « montubios » qui assumeront les mêmes compétences que celles du gouvernement local, régional ou national. Le « *Sumak Kawsay* » ou « bien vivre » est établi comme objectif à atteindre dans le processus de développement. 3) L'élargissement des droits collectifs. 4) La reconnaissance de la justice indigène, dans le cadre du respect des droits de l'Homme, en tant que juridiction spéciale. 5) La reconnaissance des nationalités et peuples indigènes et afro-équatoriens en tant que sujets de droits. 6) La consolidation de l'Éducation interculturelle bilingue, sous la direction de l'État, et la consolidation de l'interculturalité dans le système « hispanique » d'éducation à travers l'enseignement des langues ancestrales. 7) La reconnaissance de la nationalité équatorienne à la naissance pour les personnes de nationalité indigène reconnue dans le pays et qui sont nées en zones frontalières. 8) La reconnaissance du Castillan, Kichua et Shuar comme langues officielles dans les zones habitées par les nationalités respectives.

L'agenda de la CONAIE envisageait en plus : la représentation indigène directe, non approuvée par l'Assemblée Constituante ; un changement dans les institutions publiques afin d'obtenir une représentation indigène dans toutes les instances étatiques ; le consentement préalable des communautés pour les projets extractifs dans les territoires indigènes. L'Assemblée n'a pas accepté la question du consentement préalable, mais elle a établi qu'une consultation serait organisée par l'État et devrait être « préalable, libre et informée ». En cas de non consentement de la part des collectivités concernées, il y aurait mise en place d'un processus conforme à la loi qui permettrait de lancer un mécanisme de résolution du conflit.

Mais, quelles sont les implications de l'État plurinational?

L'État plurinational est un modèle d'organisation politique pour la décolonisation de nos nations et peuples, qui rend réel le principe de l'unité dans la diversité et cherche à surmonter la pauvreté et la discrimination historique à l'encontre des civilisations indigènes. La plurinationalité suppose donc un changement dans la structure de l'État, le modèle de développement et la démocratie (Cfr., CONAIE: 2007: 9).

Pour le modèle de développement, la plurinationalité implique la garantie du plein exercice de la souveraineté populaire et le dépassement du néolibéralisme qui a affaibli l'État en le privatisant et en le soumettant aux groupes de pouvoir économique et politique (Cfr., Ibid.). La plurinationalité implique une relation différente entre l'État, le marché, la société et la nature. Une relation basée sur le « *sumak kawsay* » ou le « bien vivre ».

De fait, l'idée de développement est inexistante dans la cosmovision des peuples indigènes andins : l'avenir est derrière, il représente ce que nous ne regardons pas et ne connaissons pas ; tandis que le passé est devant nous, nous le voyons, le connaissons, il nous constitue et nous marchons avec lui. Dans ce chemin, nous sommes accompagnés par les ancêtres qui deviennent un seul avec nous, avec la communauté et avec la nature. Nous partageons donc l'« être » ensemble avec tous ces êtres. Des êtres qui sont vivants et qui font partie de nous. Le monde du haut, le monde du bas, le monde de dehors et le monde d'ici se connectent et font partie de cette totalité, dans une perspective du temps en spirale et non une perspective du temps linéaire.

Pour tenter d'expliquer les conceptions andines, j'ai nécessairement dû faire appel au « nous » car le monde ne peut être compris à partir du « moi » occidental. La communauté abrite, protège, demande et fait partie du nous. La pensée andine est alors éminemment collective. La communauté est le soutien et la base de la reproduction du sujet collectif que nous « sommes » tous et chacun. Donc, l'être humain est une pièce d'un tout qui ne peut être compris que partiellement. La totalité s'exprime dans chaque être et chaque être dans la totalité. « L'univers est permanent, il a toujours existé et il existera toujours ; il naît et meurt en lui-même et seul le temps peut le changer » (pensée kichwa). Faire du mal à la nature équivaut donc à nous faire du mal à nous-mêmes. Chaque geste, chaque comportement a des conséquences cosmiques, les collines se fâchent ou se réjouissent, elles rient ou deviennent tristes, elles sentent... pensent... existent (sont).

Le « *sumak kawsay* », ou « vie pleine », exprime cette cosmovision. Atteindre cette vie pleine est la tâche du sage et elle consiste à arriver à un degré d'harmonie totale avec la communauté et avec le cosmos.

Si nous faisons appel à la « traduction culturelle » suggérée par Boaventura de Sousa Santos (2006: 32, 39 – 41, 49), notre débat sur le développement s'enrichit énormément : nous ne

parlons plus de croissance économique, ni de PIB, nous parlons de relations, d'amples relations entre les êtres humains, la nature, la vie communautaire, les ancêtres, le passé et l'avenir. Ceci implique que l'État et le marché ne sont plus les éléments exclusifs du développement, il faut encore ajouter la nature et la société. Donc, penser le « bien vivre » (« *alli kawsay* ») afin d'atteindre la vie pleine (« *sumak kawsay* ») nous mène à penser quel type de relation nous devons établir entre l'État, le marché, la nature et la société.

La pluriationalité promeut la justice économique et acclame l'égalité. La lutte pour l'égalité est également une lutte pour la reconnaissance de la différence. L'égalité n'est pas synonyme d'homogénéisation. Pas plus que la différence n'est synonyme d'inégalité. Il n'existe pas une véritable disjonctive entre les politiques qui promeuvent l'égalité en termes distributifs et celles qui promeuvent la reconnaissance des différences et des particularités culturelles. L'égalité et la différence ne sont pas deux notions opposées, au contraire elles constituent deux dimensions de la justice sociale. C'est le sens de l'unité dans la diversité. Donc, pour construire une société démocratique et pluraliste, l'orientation stratégique cherche la transformation sur trois plans articulés entre eux : le plan socioéconomique afin d'assurer l'égalité ; le politique pour permette des changements dans la structure du pouvoir afin que la différence cesse d'être un élément de domination et d'oppression ; et le socioculturel pour reconnaître la différence et ouvrir les possibilités d'un apprentissage entre les cultures (Díaz Polanco, 2005: 61-63).

Sur le plan démocratique, l'État plurinational suppose la construction d'un État radicalement démocratique : il récupère et consolide l'État et la société afin de garantir le plein exercice de la souveraineté populaire. La plurinationalité suppose la reconnaissance des autorités des peuples et nationalités, élues conformément à leurs us et coutumes, au sein de l'État unitaire, en égalité de conditions avec les autres secteurs de la société. La plurinationalité reconnaît et valorise donc les différentes formes de démocratie existantes dans le pays : les démocraties communautaire, délibérative et participative nourrissent et complètent la démocratie représentative par la promotion d'un véritable exercice démocratique interculturel.

La construction d'un État radicalement démocratique équivaut aussi à la construction d'un État polycentrique. La plurinationalité s'accompagne donc d'une décentralisation mais non pas d'un affaiblissement de l'État. Nous pouvons avoir un État fort et décentralisé avec une société forte.

Penser que la plurinationalité implique « la création d'un État dans un autre État » ou constitue un mécanisme pour garantir des privilèges illicites, est aussi absurde que penser que les gouvernements locaux d'un pays sont des États dans l'État. Le caractère unitaire de l'État n'est, en aucun cas, remis en question. Toutefois, il s'agit d'un État qui reconnaît les différentes formes d'exercice de l'autorité existantes dans le pays et la capacité des peuples à s'autodéterminer, ce qui constitue une dimension clé de la souveraineté populaire.

L'autodétermination est très différente de l'indépendance (De Sousa, 2007: 31- 33). De la même manière que les gouvernements à différents niveaux (local, régional, national) de ce pays jouissent d'une autonomie et sont maîtres de leurs propres décisions, les nationalités et les peuples indigènes et afro-équatoriens ont le droit d'exercer leurs propres formes de gouvernement conformément à leurs pratiques traditionnelles et dans le cadre juridique de l'État unitaire. Il convient de rappeler que les peuples indigènes équatoriens sont ceux qui ont le plus défendu la souveraineté territoriale du pays, et ils l'ont défendue avec leur propre vie. Quand les élites défendent l'autonomie, nous saluons et accueillons ce concept, mais quand la défense de l'autonomie vient des peuples, nous les accusons de séparatistes. Nous ne parlons pas de séparatisme, nous parlons d'une unité qui reconnaît la diversité, de la construction d'un nouveau type d'autonomie, basée sur la solidarité et la reconnaissance de ceux qui n'ont pas eu de visibilité durant des siècles, de ceux que Galeano nomme les « riens » :

“Les “riens”: Les enfants de personne, les propriétaires de rien.
Les “riens”: les aucuns, devenus aucuns, les laissés pour compte
Ceux qui ne sont pas, bien qu'ils soient.
Ceux qui ne parlent pas de langues, mais des dialectes.
Ceux qui ne pratiquent pas de religions, mais des superstitions.
Ceux qui ne font pas de l'art, mais de l'artisanat.
Ceux qui n'ont pas de culture, mais pratiquent le folklore
Ceux qui ne sont pas des êtres humains, mais des ressources humaines.
Ceux qui n'ont pas de visage, mais des bras.
Ceux qui n'ont pas de nom, mais des numéros.
Ceux qui ne figurent pas dans l'histoire universelle, mais dans la rubrique des faits divers de la presse locale.
Les « riens », qui valent moins que la balle qui les tue” (Galeano, 2007: 59).

La plurinationalité implique une rupture avec la notion libérale de la nation selon laquelle à chaque État correspond une nation. Reconnaître qu'un État ne cesse pas d'être unitaire s'il est constitué par de multiples nations constitue sans doute un progrès démocratique, mais également un progrès théorico-politique, basé sur la conception de la diversité. De plus, l'existence de multiples nations mène à la reconnaissance de multiples attributions identitaires : être indigène et donc appartenir à une nationalité originaire ne signifie pas cesser d'être équatorien. Les indigènes sont dès lors sujets d'une double identité, l'identité indigène et l'identité équatorienne. La plurinationalité implique la construction d'une culture commune, d'une identité partagée, qui dans notre cas est celle équatorienne.

Enfin, la plurinationalité mène à la construction d'une société postcoloniale. Le colonialisme ne s'est pas terminé avec l'indépendance. La création de nos républiques ne visait pas une lutte contre le système monarchique, mais une indépendance vis-à-vis de la couronne espagnole. Les diversités furent considérées comme un obstacle au « progrès » et par conséquent, les élites ont encouragé un processus d'homogénéisation des secteurs subalternes,

caractérisés comme manquant de potentiel politique pour la construction d'une manière alternative de penser le pays. Ainsi, la naissance de la République équatorienne est marquée par l'exclusion des majorités dans la construction nationale (Cfr., Ramón, 2004: 23 - 24).

L'idée de l'émancipation du peuple, qui a permis de rompre avec les liens coloniaux, s'est confrontée aux coutumes politiques coloniales, profondément enracinées dans les sociétés latino américaines. S'émanciper a acquis le sens de « civiliser » le peuple, loin de son retard et de son anarchie (Villavicencio, 2003 :86). Au XIXème siècle, l'idée dominante supposait que le peuple n'était pas prêt à être régi par un système républicain supérieur à sa propre capacité. Ce qui explique la tentative de fonder la république « par le haut » (Cfr., Ibid.: 81 - 82). La perpétuation du colonialisme interne a généré des processus profonds d'exclusion et requiert aujourd'hui des actions de discrimination positive envers les groupes exclus, permettant ainsi de surmonter la discrimination dans une perspective de justice historique.

Bibliographie

- CONAIE, 2007, **Proposition de la CONAIE face à l'Assemblée constituante. Les principes et les linéaments pour une nouvelle constitution équatorienne**, Quito: CONAIE.
- De Sousa Santos, Boaventura, 2007, “La reinención del Estado y el Estado plurinacional” in OSAL Année VIII, N° 22, septembre, Buenos Aires: CLACSO.
- De Sousa Santos, Boaventura. 2006, **Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social**, Buenos Aires: CLACSO.
- Díaz Polanco, Héctor, 2005, “Los dilemas del pluralismo”, in: Pablo Dávalos (comp.) **Pueblos indígenas, estado y democracia**, Buenos Aires, CLACSO.
- Galeano, Eduardo. 2007. **El libro de los abrazos**, Buenos Aires: Catálogos.
- Guerrero, Fernando y Ospina, Pablo, 2003. **El poder de la comunidad: Ajuste estructural y movimiento indígena en los Andes ecuatorianos**, Buenos Aires: CLACSO Collection de bourses de recherche CLACSO – Asdi.
- Ramón, Galo, 2003. “Estado, región y localidades en el Ecuador (1808 – 2000)”. In: Báez, Ospina y Ramón, **Una breve historia del espacio ecuatoriano**, Quito, CAMAREN – IEE, 2004.
- Villavicencio, Susana, 2003. “La (im) posible república”. En Borón, Atilio (Comp.), **Filosofía Política Contemporánea: Controversias sobre civilización, imperio y ciudadanía**, Buenos Aires: CLACSO.

6. Constitutions : coexistence, reconnaissance ou hybridation des différentes sources de légitimités ?

Par Institut de Recherche et Débat sur la gouvernance

Avis aux lecteurs :

Le présent document est la synthèse d'une des sessions de la rencontre multi-acteurs organisée à Polokwane en Afrique du sud du 17 au 19 juin 2009 par l'IRG dans le cadre de la partie africaine de son Parcours de débat et propositions sur la gouvernance. Les actes de cette rencontre sont disponibles sur le site de l'IRG à l'adresse suivante : <http://www.institut-gouvernance.org/fr/ouvrage/fiche-ouvrage-25.html>

L'intégration de ce texte au présent rapport nous a semblé essentielle car il met en exergue la question du pluralisme telle qu'elle se pose en Afrique australe depuis l'ouverture du débat sur les Constitutions. Plus encore, c'est à l'occasion de cette rencontre que l'idée de créer un Groupe international sur les Constitutions est née, en écho avec le programme déjà à l'œuvre en Afrique.

Si les débats se sont centrés sur la région d'Afrique australe, des personnes issues d'Europe, d'Amérique et d'autres régions d'Afrique sont venues participer à cette rencontre selon la méthodologie voulue par l'IRG pour chacune des rencontres qu'il coordonne.

Grâce au croisement de ces différents regards, il a été possible de mettre en perspective l'objet constitution en Afrique australe, dépassant alors les débats déjà connus sur les constitutions endogènes (résultats de processus d'élaboration participative) tout en traitant la question cruciale de sa dimension politique.

Le défi de l'incarnation par les constitutions du « contrat social » d'une société donnée, reflétant le pluralisme social et normatif à l'œuvre, apparaît alors comme l'un des défis majeurs pour l'établissement d'une gouvernance démocratique légitime.

Synthèse des débats

« Les élites qui ont conduit notre pays à l'indépendance étaient bien plus influencées par la pensée occidentale, par la primauté de la légalité et par la nécessité d'avoir des Constitutions pour supprimer ce qu'elles considéraient comme une potentielle boîte de pandores : le factionnalisme causé par la religion ou le tribalisme. (...) Aussi, cette tendance s'est diffusée aux mouvements de libération de gauche ou Marxistes, ce qui a minimisé le rôle de la religion et de la tradition dans la soi-disant nouvelle société qu'ils voulaient construire, ainsi on insiste sur la légalité et la Constitution plutôt que de renouer avec la tradition et la religion. Bien que, comme ce colloque le montre, la tradition et la religion soient importantes, elles constituent en quelque sorte une boîte constitutionnelle. »

Miguel De Brito

(Citation tirée du colloque, traduite de l'anglais)

C'est en raison même de la nature inclusive et endogène des processus constitutionnels prévalent en Afrique australe, que la sous région avait été identifiée par les participants du colloque de Bamako-Mali (janvier 2007) comme devant être la prochaine étape du « parcours africain de débats et de propositions sur la gouvernance en Afrique ». Ces processus sont en effet réputés pour leur nature participative et inclusive mais aussi pour leurs résultats : des constitutions endogènes, (*home grown*) qui refléteraient le pluralisme des sociétés qu'elles encadrent.

Par le biais de l'observation de la diversité des Constitutions en Afrique australe aujourd'hui, l'objectif de cette session consacrée à l'analyse des Constitutions était de comprendre leur légitimité propre ainsi que leur capacité à favoriser l'interaction positive des différentes sources de légitimités qui coexistent au sein des sociétés qu'elles sont censées réguler. Comment les Constitutions articulent-elles la diversité des autorités, la pluralité de normes et de valeurs véhiculées par les différentes sources de légitimité du pouvoir évoquées dans la première session ? De ce point de vue, la question fut posée de savoir si les Constitutions sont la source ou un vecteur de reconnaissance de ces différentes légitimités ? Comment se traduisent ces textes dans la pratique ? Quels sont les principaux obstacles à leur application et à leur respect par les populations concernées ? Enrichis des travaux réalisés dans le cadre du « groupe thématique sur les Constitutions⁴⁷ »,

⁴⁷ Ce groupe est né du Forum d'Addis-Abeba co-organisé par la Commission de l'Union Africaine et l'Alliance pour Refonder la Gouvernance en Afrique en novembre 2005, forum dont le Plan d'actions prévoit la mise en place d'un Groupe interafricain de recherche sur les modes de gouvernance en Afrique. C'est un groupe pluridisciplinaire ouvert aux chercheurs- universitaires mais aussi aux traditionalistes. Il est né en Afrique de l'Ouest à l'occasion d'un atelier organisé à Lomé en 2008 sur le thème « Quelles alternatives constitutionnelles pour l'Afrique? ». Il a vocation à s'élargir aux autres régions de l'Afrique. Il se donne pour finalité de contribuer à l'autonomie intellectuelle du continent et pour objet de contribuer à la construction de modèles constitutionnels représentatifs des réalités de l'Afrique, notamment au plan des valeurs et des institutions. Il est animé par l'Alliance pour refonder la gouvernance en Afrique.

qui accompagne le Parcours, la question constitutionnelle s'est révélée être l'un des points de débat centraux du colloque de Polokwane. Cette session a notamment permis de mieux comprendre la diversité des conceptions et des compréhensions du rôle des Constitutions nationales dans la sous région et d'un point de vue comparatif, en Afrique de l'Ouest. Ce fut l'objet d'échanges forts entre les participants francophones (représentants de l'Afrique de l'Ouest ayant participé au colloque de Bamako) et les anglophones ainsi que les lusophones.

Deux axes principaux se dégagent de cette session : l'affirmation d'une adhésion de principe consensuelle à la Constitution en tant que source de légitimité du pouvoir, d'une part ; et de l'autre, le constat d'un décalage évident entre cette première affirmation et la pratique, ce qui conduit à relativiser l'ancrage sociologique de la légitimité constitutionnelle.

1. Une adhésion assez générale à la norme constitutionnelle comme source de légitimité du pouvoir politique

Les débats, les témoignages ainsi que les contributions écrites recueillies à l'occasion de ce colloque, révèlent tous l'importance capitale de l'objet « Constitution » dans la compréhension des systèmes politiques et sociaux d'Afrique australe. Si la Constitution garantit un ensemble de normes fondamentales et définit un certain type d'agencement institutionnel, elle représente aussi et surtout l'existence d'un consensus au sein des sociétés sud-africaines, autour de valeurs et d'aspirations communes. Pour un grand nombre des intervenants présents, la Constitution incarne tant bien que mal le « contrat social » fondateur des pays de la sous-région. A ce titre, la Constitution a été établi, de manière quasi unanime, au cours des débats, comme la source première de légitimité politique des pays concernés par le Colloque. Les débats sur la réalité et sur l'importance du contrôle de constitutionnalité dans la région ont illustré l'importance par rapport notamment au reste du continent africain. Le dialogue entre collègues d'Afrique de l'Ouest et d'Afrique australe fut de ce point de vue très riche (voir le texte de l'intervention de Assane Mbaye).

Comment comprendre cette force symbolique de l'objet constitutionnel que la plupart des participants se sont employés à souligner ?

Les Constitutions sont perçues dans nombre de pays d'Afrique australe, comme le résultat de processus inclusifs, participatifs et ouverts. La Constitution Sud-Africaine de 1993 en est sans doute le meilleur exemple. Paul Hoffman nous l'a rappelé : elle est l'aboutissement d'un processus de près de sept ans, ayant permis l'expression d'une très large représentation d'intérêts (deux millions de personnes y auraient participé). C'est à ce titre, selon lui, qu'elle bénéficie aujourd'hui d'une profonde légitimité auprès des divers acteurs de la société sud-

africaine, que ce soit parmi les populations mais aussi la classe politique. Cette force symbolique attachée aux processus participatifs et inclusifs a également existé en Afrique de l'Ouest a rappelé Assane Mbaye qui est revenu sur le rôle des « Conférences Nationales » dans l'élaboration des Constitutions en Afrique de l'Ouest à la suite de la vague de démocratisation au début des années 90. Les débats ont cependant montré que cette légitimité procédurale était fragilisée voire remise en cause par les processus de révision utilisés aujourd'hui. Ainsi, au Sénégal, la plupart des initiatives de révision constitutionnelles sont initiées uni- latéralement par le pouvoir exécutif.

Le contexte historique d'élaboration des constitutions post libération ou apartheid de l'Afrique australe est intimement lié aux mouvements de libération nationale, et pour le cas de l'Afrique du Sud notamment, de la lutte contre l'apartheid. Ces dernières symbolisent ainsi largement dans l'imaginaire collectif, la réappropriation de leurs destins par les populations et l'avènement d'un régime politique plus proche des aspirations populaires. L'existence de constitutions issues de processus nationaux et endogènes est ainsi une source majeure de légitimité, qui s'oppose aux témoignages portés par plusieurs des intervenants ouest-africains du séminaire, qui ont déploré le caractère encore trop largement « importé » des constitutions nationales de leurs région.

Enfin, l'importante pénétration de la « culture légale » dans les pays d'Afrique australe, apparaît également comme un facteur essentiel de la légitimité des Constitutions actuelles. Dominique Darbon nous signale d'ailleurs qu'une telle prédominance des normes légales au sein de la diversité des contextes locaux ne connaît pas d'équivalent dans le reste de l'Afrique. Comme l'a rappelé M. De Brito, la normativité juridique, et notamment celle constitutionnelle, constitue aussi des remparts contre les risques tels que le factionnalisme, le non respect des droits de l'Homme pouvant émaner d'excès dans des pratiques liées à diverses sources de légitimité.

Les discussions et les témoignages échangés tout au long du colloque ont confirmé un fort attachement au symbole constitutionnel, comme source transcendante de légitimité du pouvoir politique dans la sous région. Néanmoins, le caractère passionné, quasiment idéologique lors de certaines interventions, des positions des tenants du constitutionnalisme, tout comme les inquiétudes émises par la plupart des participants quant à l'effectivité réelle de la norme constitutionnelle, reflètent l'existence d'un décalage entre la réalité d'une élite et celle de la majorité de la population. La question du constitutionnalisme a donc été posée : peut-on considérer que l'Afrique australe se caractérise par une situation de Constitutions non enracinée dans une culture du constitutionnalisme ?

2. Des Constitutions sans constitutionalisme ?

2.1 *Un décalage entre l'existence de textes et leur réelle mise en œuvre*

Le point central des débats s'est concrètement manifesté sur le lien entre une légitimité reconnue de la Constitution, et la réalité des pratiques du Constitutionalisme, quant à elle largement remises en cause aujourd'hui. L'expression de « Constitution sans constitutionalisme » du Dr Hastings Winston Opinya Okoth-Ogendo, reprise par le professeur André Mbata Mangu, désigne ce fossé grandissant entre un symbole fondateur des sociétés post-libération ou post-apartheid et sa mise en œuvre ainsi que son respect. L'intervention de Pauline Dempers a été, sur ce point, révélatrice : « l'enjeu n'est pas aujourd'hui l'existence ou non d'une Constitution, mais bien sa mise en pratique par les décideurs ». Le premier élément de remise en cause de la pratique constitutionnelle semble venir, dans la plupart des pays de la région, des gouvernements eux-mêmes. L'affaiblissement de l'indépendance du pouvoir judiciaire au profit de l'exécutif, ou même plus généralement du principe de séparation des pouvoirs, l'érosion de la frontière entre un parti au pouvoir tel que l'ANC et l'État dans son ensemble, questionnent aujourd'hui la capacité des constitutions à effectivement régir et réguler les pouvoirs. M. Paul Hoffman en a ainsi appelé à un contrôle croissant, par les acteurs de la société civile notamment, de cette pratique du constitutionnalisme par l'État lui-même. La Constitution Sud-Africaine offre les moyens juridiques de contrôler l'activité du gouvernement, mais il est de plus en plus difficile de les mettre en œuvre. Cette nécessité de contrôle, sur laquelle André Mbata Mangu est également revenu, renvoie à un principe fondamental : la légitimité de l'objet constitutionnel n'est pas une donnée éternelle, elle doit être confortée par la pratique, être en permanence nourrie par la transparence des procédures de révision et le strict respect des principes qui en émanent. La légitimité constitutionnelle est un processus « dynamique » et « politique », a ajouté le professeur André Mbata Mangu, qui peut être mise à mal par une certaine pratique du constitutionalisme. Cette perspective a été corroborée par Assane Mbaye lorsqu'il a expliqué que c'est précisément cette faiblesse dans la pratique du constitutionalisme qui affaiblit fortement la légitimité constitutionnelle en Afrique de l'Ouest : « Si la Constitution doit servir d'instrument de limitation des pouvoirs, les juges ouest-Africains ne l'entendent que trop rarement de cette manière, et portent atteinte par là-même à l'utilité et à la légitimité de nos constitutions. » L'exemple Sénégalais donne ainsi à voir la fréquence des révisions unilatérales de la Constitution par le gouvernement, destinées à adapter les cadres juridiques aux conjonctures électorales et politiques du pays.

2.2 Une légalité constitutionnelle affirmée mais une légitimité constitutionnelle à renforcer

André Mbata Mangu est plus généralement revenu sur la compréhension et le respect des principes constitutionnels par la population. Si les processus constitutionnels de certains pays, notamment l'Afrique du Sud, ont été des dynamiques plus ouvertes et inclusives que dans la plupart des autres pays africains, ceux-ci suscitent-ils aujourd'hui auprès des populations, une « confiance », une « identification », un « respect » et un « attachement » suffisant ? Ce questionnement rejoint largement celui proposé par Assane Mbaye qui écrit, dans sa contribution : « L'interrogation est difficile, presque tabou. En effet, si la Constitution n'est pas respectée, et si le constitutionalisme ne rayonne pas, n'est-ce pas en partie en raison des valeurs qu'ils véhiculent et qui les fondent ? ». La légitimité attribuée à une entité ou une norme, repose sur les croyances, les perceptions et les attentes de ses sujets. Autant d'analyses aboutissant à relativiser l'affirmation d'une adhésion pratique unanime des populations aux normes constitutionnelles dans la région. Un exemple tel que le Zimbabwe, repris par le professeur André Mbata Mangu, illustre bien ce danger d'une déconnexion entre une Constitution et le peuple qui la porte. Le passage d'une Constitution « coloniale » imposée par l'empire Britannique, à une Constitution endogène ne résout pas, à lui seul l'équation de sa légitimité. La polarisation de la vie politique et de la pratique du pouvoir autour du Parti-État constitue également un vecteur fort de déconnexion entre la constitution et les populations.

2.3 Un ancrage sociologique et une pratique constitutionnelle à conforter

Les participants ont analysé plus précisément les causes ainsi que les processus à l'origine du décalage entre la force symbolique reconnue aux Constitutions et la pratique. Ce faisant, ils ont identifiés des pistes susceptibles de renforcer l'adhésion des populations à la norme constitutionnelle :

Les Constitutions sont des objets historiques et politiques

Les interventions d'Assane Mbaye et d'autres participants non- originaires de la sous-région d'Afrique australe, ont constitué une première mise en perspective de cette puissante adhésion à la norme constitutionnelle au sein de l'imaginaire politique dans la sous région. Maurice Engueleguele a ainsi insisté sur la dimension hautement politique d'une Constitution, généralement révélatrice de l'état des rapports de force et du contexte politique d'un pays au moment de son élaboration : « Pourquoi n'arrivons-nous pas à envisager la constitution, non pas seulement comme un outil juridique mais aussi comme un instrument politique ? » s'interroge-t-il ? Selon lui, chaque Constitution apparaît avant tout comme le résultat d'un compromis politique entre les forces en présence à une période donnée. Une Constitution, explique-t-il, peut être inclusive dans son processus d'élaboration cela ne

suffit pas à en faire un objet intangible. Et si les procédures de révision ne sont pas, elles aussi inclusives, la Constitution perd alors de sa légitimité. C'est également ce que nous a rappelé le professeur André Mbata Mangu lorsqu'il a évoqué la Constitution Sud-africaine de 1993 comme le résultat d'un compromis subtil entre le gouvernement de l'Apartheid et les mouvements de libération. Un appel à la vigilance a donc été fait, par plusieurs des participants, face au risque de « fétichisme constitutionnel » dénoncé par Maurice Engueleguele. C'est cette vigilance qu'a notamment adopté le professeur Dominique Darbon dans ses commentaires. Ce dernier a avant tout insisté sur l'existence d'une forme « d'histoire sacrée » (holy story) à l'origine même des processus constitutionnels, et sur l'impossibilité de tenir l'objet « Constitution » uniquement dans le champ légal-rationnel. Il a ainsi rappelé l'origine du constitutionnalisme, en Europe au soir du XVIIIème siècle, comme une forme d'idéologie, visant à contester la Monarchie de Droit Divin, et plus globalement le pouvoir absolu. Le constitutionnalisme ne peut donc être compris hors de ses origines historique et socioculturelle.

Comprendre ainsi les processus constitutionnels permet en effet de les aborder de manière dynamique. Cela conduit également à considérer les Constitutions à partir des sociétés qu'elles sont censées incarner, et de se pencher de plus près sur les contextes, les mythes fondateurs et rassembleurs, et les évolutions propres à chacune de celles-ci.

La normativité constitutionnelle à vocation à refléter le pluralisme social et donc à prendre en compte la diversité des sources de légitimité

Au cœur de la problématique de la légitimité constitutionnelle se trouve donc aussi sa capacité à refléter la diversité des sources de légitimité qui coexistent au sein de chaque société (et sur lesquelles les débats se sont concentrés au cours de la première session : légitimité de la norme religieuse, légitimité de l'autorité traditionnelle, légitimité historique des mouvements de libération nationale et de leurs héros, etc.). Car, comme l'a rappelé Assane Mbaye, la proclamation des valeurs d'une nation constitue l'un des points de rencontre entre la constitution et l'exigence de légitimité. « Les Constitutions des États doivent être le reflet de la diversité sociale ». Or, la référence aux autres sources de légitimité du pouvoir dans le cadre des Constitutions, suffit-elle, en soi, à ce que ces Constitutions reflètent effectivement l'imaginaire collectif issu du pluralisme social ?

Cette question de l'insertion au sein des Constitutions de la région, de « références » formelles d'une diversité de sources de légitimité, chacune étant portée par des autorités et des systèmes normatifs, a été soulevée par plusieurs participants. André Mbata Mangu est ainsi revenu sur le rôle constitutionnel joué par la chefferie traditionnelle au Lesotho, ou encore la présence de ces chefs dans les Assemblées officielles du Zimbabwe. Il a également signalé l'influence forte des mouvements de libération nationale dans les Constitutions nationales, particulièrement visible dans les Constitutions du Zimbabwe et

de la Namibie. Plus globalement, se référant au cas des autorités traditionnelles, Assane Mbaye a posé la question suivante : la reconnaissance formelle d'autorités, de normes ou mêmes de valeurs relevant de sources de légitimité du pouvoir autres que celle constitutionnelle, constitue-t-elle la source de légitimité de ces dernières ou la simple formalisation d'une légitimité ancrée dans des croyances traditionnelles, religieuses, etc.

Pour autant, cette intégration « officielle », cette « légalisation » ou cette « formalisation » permet-elle aux Constitutions d'être acceptée comme la référence normative première pour les populations ? L'ensemble des acteurs du pays considèrent-ils la Constitution et plus largement la normativité étatique comme la règle partagée régissant leurs comportements ? Comme le cadre social et culturel au sein duquel ils pensent et agissent ? (Eberhard 1997). Le Chef Leretholi nous a de ce point de vue rappelé : « Nous ne sommes pas devenus des êtres nouveaux avec l'avènement de ces nouvelles constitutions. Nous nous considérons encore comme des peuples « traditionnels », guidés par un certain nombre de pratiques culturelles. Un fossé se creuse entre ce que la Constitution nous propose et ce que les populations considèrent comme leurs priorités. ». Ces priorités peuvent procéder d'une appréciation des valeurs très différente de celles qui sont affirmées par la Constitution. Ainsi certains chefs traditionnels sud-Africains se disent très mal à l'aise avec les dispositions constitutionnelles concernant, par exemple, l'interdiction de la peine de mort ou celle des droits des homosexuels.

« La loi peut-être considérée comme la légitimité formelle mais tout ce qui résulte de la légitimité n'est pas systématiquement inclus dans la légalité » rappelle André Mbata Mangu. La tendance est en effet, face au pluralisme juridique de fait, de reconnaître l'existence d'autres ordres juridiques (traditionnels, religieux etc.) mais seulement ceux reconnus par l'État analyse le Professeur Camille Kuyu. En outre, cette formalisation, ou légalisation de la légitimité, ne prend que très rarement en compte les valeurs sous-jacentes incarnées dans ces autres sources de légitimité ainsi que les autres pôles d'élaboration de la norme (l'État n'étant dans les faits pas la seule source de pouvoir normatif). Bref, au lieu d'incarner le dynamisme des sociétés, il peut parfois figer sa structuration et ses régulations. L'hybridation des valeurs normatives sous-jacentes renforce la nature vivante de l'institutionnalisation, là où le pluralisme juridique restrictif a tendance à figer voire à folkloriser ces dernières. C'est sur cet enjeu que revient le professeur Dominique Darbon lorsqu'il analyse les degrés d'articulation véritables des pratiques locales aux normes constitutionnelles : « Que se passe-t-il si une majorité de la population s'en réfère en premier lieu à la tradition et que la Constitution devient un élément de régulation périphérique ? La loi coutumière devrait-elle être alors incluse dans la Constitution ? Est-ce que l'on doit changer la Constitution ou changer la loi coutumière ? » C'est également la question que soulève Ross Herbert lorsqu'il questionne ce que pourrait être une « bonne » Constitution. « Qu'est-ce qu'une Constitution élaborée avec justesse ? C'est une Constitution capable de comprendre la façon dont la population se comporte ».

Les présentations et les discussions de cette session ont permis de mettre en exergue trois défis généraux relatifs à la légitimité des processus constitutionnels d'une part et des constitutions de l'autre : Comment les Constitutions peuvent-elles aller plus loin dans l'articulation entre un socle de valeurs collectives et internationalement reconnues et la spécificité des modes de régulation propres à chaque société ?; Comment en outre permettre de prendre en compte l'évolution des modes de régulations propres à chaque société ?; Comment assurer que la légitimité et la mise en œuvre effective des normes constitutionnelles ne soient pas remises en cause par les pratiques constitutionnelles mêmes?

Plus spécifiquement, les débats ont ainsi marqué le fort attachement des acteurs de la sous-région à l'objet « Constitution » à la fois comme source et comme vecteur de légitimité. Dans la plupart des pays de la sous-région, les processus constitutionnels résultent historiquement de processus participatifs et inclusifs mus par une dynamique de réconciliation nationale. En résulte, leurs caractères innovant et éminemment politique. Ils ont donné naissance à des textes constitutionnels internationalement reconnus pour essayer de prendre en compte le pluralisme social des sociétés en questions. Cependant, les débats ont permis de mettre en exergue le décalage entre cette référence constitutionnelle et la pratique quotidienne des populations. Ces dernières dans leur majorité, ne trouvent pas, à l'heure actuelle, dans la constitution et la normativité légale rationnelle qui en découle (droit public, etc.) la source de régulation structurant leurs pratiques quotidiennes. La tradition et/ou à la religion demeurent mobilisées comme substitut, ou parfois en concurrence, de la norme légale-rationnelle.

À ce niveau, les discussions autour du pluralisme juridique ont permis d'ouvrir de nouvelles perspectives. Si la légitimité du pouvoir ne peut se fonder sur la référence à une seule source de légitimité (la légitimité internationale, légale rationnelle, etc.) elle ne peut davantage se confondre avec une simple superposition des différentes sources de légitimité du pouvoir. La question de la légitimité du pouvoir ne peut en effet être résolue par un effet mosaïque, fut-il cette boîte constitutionnelle évoquée par M. De Brito. Elle requiert métissage et hybridation, c'est à dire l'émergence d'une normativité nouvelle qui dépasse la simple addition (en l'occurrence la simple référence) des différentes sources de légitimité. La gouvernance légitime requiert en effet une quête créatrice qui doit être ancrée dans l'analyse des pratiques de confrontation, d'hybridation, etc. entre les différentes sources de légitimité. Comme le rappelait déjà Dominique Darbon dans la synthèse de la première session, « la gouvernance ne concerne pas seulement la domination d'un ordre (normatif) sur les autres ou la coexistence de ces différents ordres; c'est aussi la discussion et le suivi l'organisation des impacts de leurs hybridations ». C'est dans cette perspective que fut abordée la troisième session sur le défi de la gestion foncière, comme espace d'analyse de ces pratiques.

7. Constitutions et constitutionnalisme en Afrique : état des lieux et diagnostic partagé en Afrique de l'Ouest, australe, de l'Est et centrale

Par Télésphore ONDO⁴⁸

Les réflexions synthétisées dans cette fiche sont le fruit d'une analyse transversale réalisée par Télésphore Ondo, sur la base des discussions qui se sont déroulées à l'occasion de chacune des rencontres sous régionales coordonnée par l'IRG, depuis 2007, en Afrique dans le cadre du Parcours international de débat et propositions sur la gouvernance. C'est pour les approfondir que l'IRG et ses partenaires ont initié le Groupe International sur les Constitutions et le Constitutionnalisme (GIC).

I. État des lieux et diagnostic partagés.

Les années 1990 ont été marquées par une véritable effervescence constitutionnelle en Afrique consacrant la démocratie pluraliste, après trois décennies de dictature fondée sur le système monolithique. Ce renouveau constitutionnel et démocratique, porté par les forces vives de la nation, a été particulièrement porteur d'espoirs pour les populations.

Cette espérance investie sur les Constitutions nouvelles ou révisées peut être justifiée pour au moins deux raisons.

D'une part, pour la première fois, les processus d'élaboration ou de révision des Constitutions, manifestement en rupture avec le passé constitutionnel récent, sont ouverts, inclusifs et participatifs. En effet, ces procédés constitutants ont légitimement fait croire que la constitution était véritablement une œuvre collective impliquant tous les segments de la nation et que, partant, les compromis qu'elle formalisait jouissaient d'une certaine intangibilité qui devait en assurer la durabilité et la préservation contre les volontés individuelles.

D'autre part, les nouveaux textes ont pour rôle essentiel la disqualification du régime présidentiel par l'encadrement juridique du pouvoir présidentiel et la construction d'un Etat de droit démocratique, garant des droits fondamentaux des citoyens.

Ces différents mécanismes ont largement contribué au renforcement des valeurs démocratiques et à la promotion des droits de l'homme et partant à la légitimation des Constitutions dans les Etats africains.

⁴⁸ Maître-assistant à l'Université Omar Bongo (Gabon) et chercheur au Centre d'Etudes et de Recherches en Droit et Institutions Politiques (CERDIP)

Toutefois, plus de vingt après, le bilan des conquêtes démocratiques et l'épanouissement corrélatif des Constitutions et du constitutionnalisme sont globalement mitigés, suscitant perplexité et interrogation face à un régime présidentieliste inébranlable qui verrouille les pouvoirs constituants, mettant ainsi en péril les acquis démocratiques et constitutionnels et les droits fondamentaux des citoyens.

Cette situation met en exergue la crise du constitutionnalisme et des Constitutions africaines dont les causes sont clairement identifiées : une crise de la démocratie représentative qui découle de l'unilatéralisme et de l'absence de consensus des processus de révisions constitutionnelles ; une crise de la justice constitutionnelle liée non seulement au principe d'autolimitation auquel les juges se sont eux-mêmes imposés et à sa proximité réelle ou supposée avec le pouvoir en place, mais aussi aux conditions souvent restrictives de sa saisine qui font une part belle aux institutions politiques, en excluant les citoyens ; une crise de légitimité de la norme constitutionnelle en raison notamment de son caractère extraverti ou mimétique et de son incapacité à refléter la diversité des valeurs sociétales et des sources de légitimité, à réguler le pouvoir et à pacifier les rapports sociaux et politiques.

II. Pistes de réflexion et de propositions.

L'enjeu du renouveau constitutionnel est clair : assurer l'effectivité sociale ou l'immersion sociale et politique des Lois fondamentales, c'est-à-dire s'interroger sur leur légitimité propre et sur leur capacité à favoriser les interactions positives de différentes sources de légitimités qui coexistent au sein des sociétés qu'elles sont censées réguler, dans une perspective plurielle.

Quelques propositions doivent être rapidement relevées à cet égard :

- l'institution d'un constituant permanent (dérivé) représentant un quatrième pouvoir au sein de l'État, garant de la sacralité de la Constitution, de l'opportunité et de la pertinence de toute modification et émanation des différentes légitimités de la société par sa composition;
- la réforme ou l'institution au sein des Parlements des deuxièmes Chambres reflétant la diversité sociale mais dont seraient exclus les partis politiques et ayant le pouvoir législatif.
- En ce qui concerne la préservation du caractère consensuel des Constitutions et le maintien des verrous qui symbolisent les limitations du pouvoir, il est suggéré de réfléchir sur :
 - un meilleur encadrement de l'initiative de la révision constitutionnelle notamment par l'interdiction faite à tout acteur politique d'initier une révision touchant non seulement à l'agencement constitutionnel de son propre statut et de ses propres prérogatives, mais aussi aux droits fondamentaux des citoyens, le tout garanti par un contrôle juridictionnel sur les lois de révision constitutionnelle ;
 - un meilleur encadrement de la procédure d'adoption de toute révision en rendant

obligatoires des consultations nationales préalables et des processus inclusifs et non plus exclusivement politiques, en supprimant la révision par voie parlementaire ou encore en imposant que les processus de révision soient inscrits dans la durée et concernent une évaluation de l'ensemble du texte constitutionnel pour échapper aux révisions conjoncturelles, faites dans l'urgence et visant exclusivement à instrumentaliser la Constitution à des fins partisans et purement politiciennes;

- l'internationalisation des garanties constitutionnelles par l'établissement de normes de convergence constitutionnelle au niveau régional et la mise en place de mécanismes efficaces de sanction des violations des Constitutions.
- Enfin la dernière catégorie de propositions concerne la justice constitutionnelle et touche :
 - au renforcement de son indépendance par la modification des modalités de désignation des juges constitutionnels (notamment soit l'obligation d'associer des organes non élus à leur nomination soit, plus énergiquement et en vertu d'une séparation stricte des pouvoirs, retirer le pouvoir de nomination à l'exécutif et au législatif, voire l'attribuer au constituant);
 - la modification de la composition des juridictions constitutionnelles pour les ouvrir à des non juristes en raison des implications des sujets sur lesquels elles statuent et qui ne répondent pas exclusivement à des considérations d'ordre juridique;
 - la modification des conditions de saisine des juridictions constitutionnelles notamment par la généralisation de l'ouverture du droit d'action aux citoyens;
 - l'extension des catégories d'actes redevables du contrôle de constitutionnalité aux actes infra-législatifs et la consécration d'un principe général de compétence du juge constitutionnel en tant qu'interprète de la Constitution dès lors que l'acte qui lui est soumis peut avoir des incidences sur l'interprétation ou la mise en œuvre de la Constitution;
 - la création d'une justice constitutionnelle supranationale, juge de recours contre certaines décisions des juridictions nationales touchant les normes de convergence constitutionnelle définies au plan régional.

L'état des lieux et le diagnostic partagé des Constitutions et du constitutionnalisme en Afrique de l'Ouest, australe, de l'Est et centrale incite donc à s'interroger sur leur légitimité propre et sur leur capacité à favoriser les interactions positives de différentes sources de légitimités qui coexistent au sein des sociétés qu'elles sont censées réguler, dans une perspective plurielle. Autrement dit, les Constitutions africaines peuvent-elles constituer le fondement ou un vecteur de reconnaissance des différentes légitimités ? Si tel est le cas, comment articulent-elles la diversité des autorités, la pluralité de normes et de valeurs véhiculées par les différentes sources de légitimité du pouvoir ? Comment se traduisent ces textes dans la pratique ? Quels sont les principaux obstacles à leur effectivité et à leur respect tant par les gouvernants que par les populations ? Comment rétablir ou renforcer la socialisation de la Constitution ou encore la fonction politique et symbolique de la Loi fondamentale, au-delà de sa dimension juridique ?

C'est pour répondre à ces différentes interrogations que l'IRG et ses partenaires initient le Groupe International sur les Constitutions et le Constitutionnalisme (GIC), justifié par la pertinence du croisement des regards entre continents sud américain et africain constatée lors du colloque de Yaoundé en 2010 et confortée par l'actualité brûlante sur le printemps arabe. A travers ce mécanisme, il s'agit de favoriser un diagnostic international sur les processus constitutants et d'identifier les critères d'élaboration nationale, de mise en œuvre locale et d'ajustement dans le temps, favorables à la promotion de Constitutions légitimes incarnant le projet collectif de sociétés données. Bref, il s'agit de co-élaborer une pensée sur l'approche plurielle appliquée aux Constitutions.

III. La prise en compte et l'application du pluralisme par les différentes juridictions

8. Cosmovision et droits de l'homme : une jurisprudence internationale fondée sur une approche interculturelle. La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme.

Par Melisa Lopez⁴⁹

A. De la gestion des réalités multiculturelles...

Institution judiciaire autonome de l'Organisation des États américains (OEA) chargée d'appliquer et d'interpréter les dispositions de la Convention Américaine des droits de l'homme (CADH) la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (Cour IDH)⁵⁰ s'affirme comme un espace de discussion et de gestion de la coexistence des différentes réalités culturelles et normatives existantes sur le continent sud américain. Plus spécifiquement, c'est à partir de 2001, avec l'affaire de la Communauté Mayagna Awas Tingni.⁵¹, que la Cour IDH se trouve face au défi d'interpréter la CADH en tenant compte des diverses conceptions du monde des peuples indigènes. La Cour IDH se référant au principe établi par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), selon lequel les normes internationales des droits de l'homme sont des "instruments vivants"⁵² dont l'interprétation doit être évaluée en fonction de l'évolution des conditions de vie⁵³, considère que ces normes doivent être adaptées et être interprétées selon le contexte dans lequel elle s'applique⁵⁴. Pour la Cour IDH cela implique plus spécifiquement que la CADH doit être appliquée en prenant en compte le droit

⁴⁹ Doctorante. Centre d'Études et de Recherche sur le Droit, l'Histoire et l'Administration Publique. Grenoble II.

⁵⁰ La Cour IDH fut créée en 1979 et est basée à San José, Costa Rica. Ses fonctions principales sont d'arbitrage et le conseil. En vertu de la CADH, seuls la Commission Interaméricaine des droits de l'homme et les États parties peuvent initier un recours à la Cour IDH. A la différence de la Cour européenne des droits de l'homme, les citoyens des États membres ne sont pas autorisés à saisir directement la Cour. Les particuliers qui considèrent que leurs droits ont été violés doivent d'abord déposer une plainte auprès de la Commission laquelle se prononce sur la recevabilité de la réclamation. Si l'affaire est jugée recevable et l'État considéré en faute, la Commission présentera généralement une liste de recommandations et une amende pour la violation en question, à l'État concerné. C'est seulement si l'État ne respecte pas ces recommandations, ou si la Commission décide que l'affaire est d'une importance ou d'un intérêt juridique particulier, que l'affaire sera renvoyée à la Cour.

⁵¹ Corte I.D.H, Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni, la comunidad Yakye Axa Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. En l'espèce, l'État du Nicaragua avait octroyé à une compagnie étrangère une concession pour l'extraction du bois dans les terres ancestrales de la Communauté Mayagna (Summo) Awas Tigni. La CIDH a considéré que le Nicaragua avait violé le droit à la propriété des membres de la communauté, avec cette concession.

⁵² Cette principe a été établis dans les affaires *Johnston et autres c. Irlande* (No 9697/82) arrêt du 18 de décembre de 1986, Cour EDH et, *Pretty c. Royaume-Uni* (No 2346/02) arrêt du 29 avril 2002, CEDH.

⁵³ Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. párr 114. "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal."

⁵⁴ Par cette interprétation forte du principe établi par la CEDH, la CIDH ouvre la voie à une jurisprudence dans laquelle la CEDH ne s'est pas engagée. En effet, la jurisprudence de cette dernière juridiction est plus modérée en matière d'interprétation culturelle puisqu'elle a laissé aux États et au juge national la résolution spécifique des ses problématiques socioculturelles.

à l'identité culturelle des peuples indigènes⁵⁵. La mise en œuvre de ce principe a ouvert le système juridictionnel Interaméricain aux différentes cosmovisions des communautés indigènes. Adapter les instruments internationaux aux contextes signifie accepter que d'autres pratiques sociales existent, et que, par conséquent, le système interaméricain des droits de l'homme se doit de dialoguer avec ces réalités et de les prendre en compte, au moment de définir, ce qui est une violation aux droits des peuples indigènes.

B. ... à l'élaboration d'un droit international pluriel en matière de droit de l'homme.

Ce faisant, les décisions de la Cour IDH concernant les communautés indigènes ont amélioré la compréhension interculturelle des droits de l'homme permettant de comprendre ce que signifie un dommage selon les valeurs culturelles d'une communauté indigène déterminée et ainsi d'adapter les décisions en matière des violations aux droits humains aux réalités culturelles des peuples indigènes. Une telle démarche permet une véritable hybridation des systèmes normatifs mobilisés – CADH et normativité locale - par les acteurs concernés. Elle renforce le respect des décisions prises par la Cour IDH puisque celles-ci répondent à une conception et une finalité de la justice acceptées et reconnues par les acteurs concernés.

La reconnaissance de la propriété collective des terres ancestrales

Dans l'affaire dite de la Communauté Mayagna Awas Tingni la Cour IDH engage une démarche interculturelle, et prononce une décision fondatrice par laquelle elle assume les défis qui impliquent la prise en compte du multiculturalisme pour l'application de la CADH. Cet arrêt est aussi la première décision judiciaire internationale qui a établi les droits collectifs des peuples indigènes à la terre et aux ressources naturelles. Dans ce cas la Cour IDH, se fondant sur les témoignages des personnes de la communauté concernée et sur des rapports d'experts, a conclu que pour les indigènes, le bien foncier est considéré comme une propriété collective, car celle-ci ne se concentre pas seulement sur un individu mais sur le groupe et sa communauté. De même pour la Cour, la nature de la relation que les indigènes ont avec la terre doit être reconnue et être comprise comme la base fondamentale de leur culture, leur vie spirituelle, leur survivance économique, leur préservation et la transmission de leur culture aux générations futures⁵⁶.

En 2007, dans le cas du peuple Saramaka contre le Surinam⁵⁷, la Cour IDH confirme cette tendance est considère que l'État ne peut pas autoriser le développement de projets

⁵⁵ Ce principe a été établi dans le Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

⁵⁶ Ibidem. Parágrafo 149

⁵⁷ Corte I.D.H Caso del Pueblo Saramaka Vs Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2007. Serie C No. 172 Voir aussi. RIVERA Francisco, RINALDI Karine « Pueblo Pueblo Saramaka Vs Suriname: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos » En: Revista CEJIL 2008.

économiques dans les territoires des peuples indigènes, si ces projets mettent en risque la capacité de survivance du peuple indigène en question. La Cour a déclaré que, pour déterminer un tel risque, l'État doit consulter le peuple indigène, avant de la réalisation de ces projets. Ce faisant, la jurisprudence de la Cour IDH contribue à la construction d'un espace coutumier autochtone pour la gestion et la protection de l'environnement des terres traditionnelles des peuples autochtones⁵⁸.

L'influence de la vision du monde des peuples indiens dans la conception du dommage immatériel

En 2004, la Cour IDH propose une conception du dommage immatériel depuis une perspective culturelle et collective dans l'affaire « massacre de Plan Sánchez contre Guatemala ». Ainsi dans des cas de massacres de peuples indigènes la Cour a considéré comme dommage immatériel le fait que la communauté n'ait pas pu enterrer selon ses rites et traditions, les indigènes qui ont été massacrés et par la suite incinérés. La Cour a pris en compte au moment de faire l'estimation des dommages le fait que dans les traditions du peuple Maya Achi, les rites et les coutumes prennent une place essentielle dans la vie communautaire. La spiritualité de cette communauté se manifeste dans l'étroite relation qui existe entre les vivants et les morts. Celle-ci s'exprime, à partir de la pratique des rituels d'enterrement, comme une forme de contact permanent, en solidarité avec les ancêtres⁵⁹.

De même, en 2007, à l'occasion de l'affaire Escué Zapata contre la Colombie⁶⁰, la Cour a considéré, en s'appuyant sur les témoignages des membres de la communauté, l'importance de la relation qui existe entre les vivants, les morts et la terre - au sein de la culture Nasa - afin de faire l'estimation des dommages immatériels. Dans cette culture lorsque l'enfant vient au monde c'est comme s'il germe de la Terre tout en restant attaché à elle par le cordon ombilical. Et quand la personne meurt, elle doit être semée dans la terre. La Cour IDH a estimé que la longue attente des restes du corps du leader indien Zapata, tué arbitrairement par l'armée colombienne, a eu des répercussions négatives, à caractère spirituel et moral, pour sa famille et sa culture, affectant ainsi l'harmonie du territoire.⁶¹

⁵⁸ Ghislain Otis, « Coutume autochtone et gouvernance environnementale : l'exemple du système interaméricain de protection des droits de l'homme », *Journal of Environmental Law and Practice*, N°20, 2010, population.233-254.

⁵⁹ Dans ce cas, des membres de l'armée du Guatemala ont massacré 268 personnes appartenant au peuple Maya Achi. Les personnes survivantes ont été obligées d'enterrer les corps incinérés des victimes sur le lieu du crime. Corte IDH. Caso masacre Plan Sánchez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 29 de abril de 2004. Serie C No 105. Citado en: Parra Op. Cit. p. 1

⁶⁰ Corte I.D.H. caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Julio de 2007. Serie C No. 165

⁶¹ *Ibidem*. Paragraphe 153. Pág. 41

9. Pluralisme juridique en Bolivie: institutionnalisation des mécanismes de coordination et de coopération entre justices indigènes originaires et justice ordinaire.

Par Elise Gadea⁶²

Depuis quelques décennies les communautés indigènes d'Amérique latine luttent pour être acceptées en tant que peuples. Leur mouvement s'est constitué en demande politique afin que leurs spécificités soient tenues en compte au niveau national par le gouvernement. Le cas de la Bolivie constitue, dans l'actualité, un des exemples les plus remarquables de reconnaissance politique des ethnies natives.

Les chiffres qui mesurent la présence indigène en Bolivie sont parmi les plus élevés du continent – la population indigène est plus élevée que la population métisse ou celle d'origine européenne⁶³. Par ailleurs, l'ascension d'Evo Morales représente un symbole politique qui rompt avec les oligarchies traditionnelles. Il est considéré comme le premier président indigène du pays et sa politique est basée sur la destruction des symboles de la domination coloniale et néocoloniale, donnant lieu maintenant à la promotion des droits et à la libre détermination des différents peuples « indigènes – originaires ».

Les politiques publiques de « décolonisation » cherchent à faire de la reconnaissance du pluralisme culturel du pays une de ses priorités : l'égalité entre les différents peuples présents sur le territoire national est légitimée par la Nouvelle Constitution Politique de l'État Plurinational Bolivien de 2009, qui valorise les droits collectifs et culturels et promeut la reconnaissance des traditions et des savoirs indigènes, notamment dans l'application de la justice.

Ainsi, les peuples indigènes ont su démontrer que le droit n'est pas fixe, souvent il se résume à un ensemble de pratiques juridiques complexes et évolutives, avec une dimension politique, voire même opportuniste⁶⁴. Le droit n'est pas neutre, il est toujours culturellement et socialement marqué. Il fonctionne comme acteur du monde social, il est aussi bien le modèle que celui qui subit les changements⁶⁵.

Dans cet article nous nous focaliserons sur le concept du droit, vu comme un ensemble de doctrines et de règles qui évoluent en fonction des obligations et des pressions sociales, par opposition à la définition selon laquelle le droit est son propre fondement. La définition du

⁶² Elise Gadea est doctorante en anthropologie à l'Institut des Hautes Études de l'Amérique Latine, IHEAL, de l'Université Paris Sorbonne. Nouvelle sur le pluralisme juridique et l'application de la Loi de délimitation juridictionnelle en Bolivie.

⁶³ Selon le dernier recensement effectué en Bolivie en 2002, 62% de la population s'identifiait comme appartenant à un peuple indigène.

⁶⁴ D'après Gilda Nicolau, Geneviève Pignarre et Régis Lafargue, « *Ethnologie juridique* », Dalloz, Paris, 2007.

⁶⁵ D'après Bronislaw Malinowski, « *Trois essais sur la vie sociale des primitifs* », Éditions Pavot & Rivage, Paris, 2001. Nous incluons dans cette définition le droit coutumier, donc reconnu par tous sur base des coutumes. Sa fonction consiste à assumer une coopération basée sur des concessions et des sacrifices mutuels afin d'atteindre un objectif commun. Le droit, par ses règles et ses processus, constitue une entité sociale organique.

droit fait encore l'objet de débats, néanmoins nous le définirons comme une sélection de normes de conduite en vigueur dans une société qui imposent à un individu ou à un groupe des obligations devant être suivies pour des raisons morales, sentimentales ou pragmatiques. Pierre Bourdieu considérait le droit et la jurisprudence comme un effet des relations de force existantes et particulièrement des intérêts de la classe dominante⁶⁶, dans un champ juridique caractérisé par un processus d'universalisation de ses caractéristiques historiques. Il soutient qu'il n'y a pas de « droit naturel ». Le contact entre différentes cultures instaure une relation de pouvoir, faisant de l'accès au savoir juridique un des défis de cet affrontement.

Tout d'abord nous analyserons le processus de reconnaissance de la justice indigène originaire de ce pays. Nous verrons comment le pays est arrivé à la promulgation de la Loi de délimitation juridictionnelle et quelles sont les principales caractéristiques de ce processus en Bolivie. Ensuite, nous observerons que, bien que la justice originaire soit entrée dans l'agenda du gouvernement, le pluralisme juridique n'est pas une invention politique, il est une pratique réelle, révélatrice de la constitution des peuples indigènes boliviens aujourd'hui.

Le processus d'institutionnalisation du pluralisme juridique en Bolivie

La justice communautaire indigène, encore reconnue dans quelques pays, reste souvent subordonnée à la justice dite ordinaire, dont l'origine se trouve dans le droit gréco-romain européen. Par exemple, bien que la Colombie soit pionnière dans la reconnaissance de la justice indigène, selon Esther Sánchez, celle-ci représente encore une « *épine au pied* »⁶⁷ dans la justice de ce pays⁶⁸. Le processus de légitimation mené dans les territoires indigènes locaux d'un grand nombre de pays a été innovateur à son époque mais il ne permet pas de prendre en compte les véritables relations entre les différents systèmes judiciaires.

En Bolivie, la reconnaissance constitutionnelle la plus récente de la justice indigène prétend garantir une véritable égalité hiérarchique entre les différentes juridictions. En adéquation avec les politiques « décolonisatrices » de ce pays, l'application du pluralisme dans l'administration de la justice bolivienne ne veut pas isoler les peuples indigènes du reste de la société, mais plutôt rendre possibles les rencontres entre les différents groupes ethniques.

Dans la Constitution de 1994, la justice indigène est reconnue à condition qu'elle soit en adéquation avec la justice ordinaire. Les marges de liberté dans l'application officielle de la justice indigène étaient donc limitées. Dans la Constitution de 2009, Evo Morales n'a pas seulement reconnu la justice indigène originaire dans les territoires indigènes, celle-ci peut

⁶⁶ Pierre Bourdieu, « *La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique* » publié dans le n° 64 (« De quel droit ? ») de la revue « *Actes de la recherche en sciences sociales* », Édition Maison des sciences de l'homme, Paris, 1986.

⁶⁷ Esther Sánchez, « *El Ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena como Fuente de Legitimidad del Estado Colombiano* », article paru dans le séminaire de l'IRG, Lima, 2009.

⁶⁸ Une réalité qui peut être expliquée par le nombre peu élevé des populations indigènes. En Colombie, selon le dernier recensement national de 2005, la population indigène représente 1.03%, ce qui est incomparable avec des pays où la moitié de la population s'auto-définit comme appartenant à un peuple indigène.

désormais être appliquée dans n'importe quel lieu où les intérêts d'une communauté indigène sont touchés.

Selon l'article 191 de la nouvelle Constitution politique de l'État plurinational de 2009, la « Justice indigène originaire paysanne » n'est pas délimitée territorialement, matériellement ou personnellement. La loi indigène pourrait être appliquée à tous les cas où les intérêts d'une communauté autochtone sont atteints ou si une personne indigène est concernée, soit qu'elle ait entamé la poursuite judiciaire, soit qu'elle se trouve à l'origine du conflit. De ce fait, la coordination et les relations entre les juridictions qui appliquent la justice sont très importantes en Bolivie puisque la justice communautaire ne s'arrête pas aux limites établies ; l'Autorité originaire peut juger n'importe quel conflit ayant lieu à l'intérieur ou en dehors de son territoire indigène, de la même manière qu'elle peut impliquer un tiers qui ne soit pas nécessairement indigène. La relation entre les deux juridictions est fondamentale en Bolivie puisque la Constitution efface la hiérarchie implicite qu'il existe souvent entre les juridictions originaire et ordinaire.

La relation de coordination inter-juridictionnelle existe seulement quand il y a égalité hiérarchique. La coordination est un bon indicateur du degré d'acceptation de la justice indigène. La reconnaissance de la justice originaire n'implique pas toujours une instauration de véritables mécanismes de coordination et de coopération entre les deux juridictions. Par exemple, au temps de la Colonie espagnole, la justice indigène était déjà reconnue mais seulement dans les territoires indigènes, elle se limitait aux cas concernant des indigènes et des situations peu graves⁶⁹. Cette forme de reconnaissance se rapproche davantage d'une forme de tolérance où la justice indigène peut être appliquée mais seulement dans un lieu séparé du centre de la vie coloniale⁷⁰. Cette forme de tolérance, basée sur un concept de supériorité de la culture européenne, est limitée et n'exprime pas une véritable prise en considération des mérites et valeurs des autres cultures.

En Bolivie il ne s'agit pas de faire coexister deux systèmes juridiques indépendants, appliqués chacun dans son territoire, mais plutôt de créer un système intégrateur avec plusieurs sous-systèmes et plusieurs cultures ethniques juridiques. En termes de Ramiro Molina, il s'agit « *d'un système régi par deux types de rationalités, mais sous une même logique* »⁷¹. C'est un seul système mais les rationalités culturelles qui le régissent sont multiples. À l'image d'une maison bâtie sur plusieurs piliers, le système juridique bolivien essaye de trouver un bon fonctionnement sur base de plusieurs logiques culturelles.

Le défi de la mise en place des politiques innovatrices sur le pluralisme réside dans le fait que plusieurs logiques culturelles doivent interagir dans un même ensemble. L'équilibre du système global dépend de ces différentes cultures aussi bien que des interrelations qui existent entre elles. Ces politiques plurinationales appliquées en Bolivie s'inspirent beaucoup

⁶⁹ Les colonies de indiens étaient contrôlées par les villes espagnoles où vivaient les Espagnols ou Métisses mais étant donné qu'il s'agissait d'un système reconnu comme différent du principal, celui-ci jouissait d'une certaine autonomie pour la justice et l'administration de son territoire.

⁷⁰ Une ségrégation qui prétend préserver la différence culturelle et raciale entre les Indiens et les Espagnols, basée sur l'idée d'infériorité naturelle des Indiens.

⁷¹ Ob. Sit. « *¿Dos racionalidades y una lógica jurídica? La justicia comunitaria en el altiplano boliviano* », Ramiro Molina, Ana Arteaga, Publication du Ministère de Justice, La Paz, octobre 2008.

de l'approche tayloriste où la notion moderne d'égalité renvoie à la création de politiques de la différence et de la reconnaissance de la spécificité culturelle. Charles Taylor considère universel ce qui est particulier à chacun. Il rejette les politiques aux approches neutres, dans la mesure où elles « *imposent un moule hégémonique qui n'est pas neutre et crée des discriminations* »⁷². Taylor préconise de laisser vivre les cultures et de reconnaître leurs mérites. D'après lui, l'État ne doit pas garantir la neutralité mais plutôt le bien-être de toute culture sans avoir peur de changer la culture dominante.

S'inspirant de cette approche, le pluralisme juridique en Bolivie représente un changement dans l'administration globale de la justice. La transformation de l'ancien système officiel monolithique en un nouveau système pluriel implique une évolution et une intégration des nouvelles valeurs culturelles d'application de la justice. Le pluralisme juridique constitue un défi mais en même temps il reflète un besoin réel. Le mauvais fonctionnement de la justice ordinaire étatique ou son absence dans les zones rurales peut expliquer, en partie, la permanence de la justice originaire dans un grand nombre de communautés indigènes : aujourd'hui, la justice ordinaire étatique traverse une véritable crise⁷³, caractérisée par un retard procédural dans toutes les instances formelles judiciaires (tribunaux, Parquet, instances de défense publique), des hauts degrés de corruption et impunité, des abus permanents de la part des fonctionnaires étatiques, un manque de procureurs et de juges, un budget insuffisant pour enquêter dans les zones rurales. La justice ordinaire, en ne permettant pas une bonne résolution de tous les cas, a favorisé la permanence d'autres types de solution des conflits qui, pour la plupart d'entre eux, portent atteinte de manière directe ou indirecte aux droits de l'Homme et plus particulièrement aux garanties constitutionnelles. Ainsi, la reconnaissance de la justice indigène peut être vue comme une meilleure opportunité par rapport au système global.

En effet, dans beaucoup de communautés indigènes boliviennes la collaboration entre la juridiction ordinaire et les Autorités originaires a été mise en place bien avant que la loi l'oblige. Dans certaines communautés de l'Altiplano bolivien le juge ordinaire a besoin de la coopération des Autorités originaires pour qu'elles servent d'intermédiaire entre lui et la population. Elles permettent de traduire les différences culturelles qui rendent difficile le dialogue entre les juges et les personnes de la communauté étant donné que, généralement, les juges ne connaissent pas bien le mode de vie paysan indigène du lieu où ils ont été mutés. La présence des Autorités leur permet de comprendre les cas afin d'établir un procès après avoir clairement compris la situation. Ce sont des véritables « traducteurs culturels » entre le juge et les parties qui s'opposent dans le conflit. Par ailleurs, dans un grand nombre de zones rurales il n'y a pas de procureurs donc la juridiction ordinaire demande souvent de l'aide aux Autorités originaires pour mener l'enquête.

Dans l'exemple précédent nous faisons référence au manque de procureurs dans les zones rurales, situation qui est assez fréquente dans les différents peuples indigènes –

⁷² Charles Taylor, *«El multiculturalismo y la política del reconocimiento»*, Mexique, 2003.

⁷³ Le rapport de 2009 du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme sur les activités de son bureau dans l'État plurinational bolivien établit que la gestion de la justice dans ce pays « *traverse encore une profonde crise structurelle et de longue date* ».

originaires. En Bolivie sont officiellement reconnus 36 nations et peuples indigènes. Chaque nation a différentes manières d'administrer la justice. En réalité, il n'existe pas dans ce pays une justice indigène mais plusieurs. De plus, au sein du même peuple indigène la gestion de la justice peut être différente en raison des trajectoires diverses et des influences externes qu'a connues chaque communauté. Nous pouvons citer comme exemples la présence des syndicats et des grandes exploitations agricoles au temps colonial, la distance et l'accessibilité de la communauté au centre urbain le plus proche, ainsi que l'interprétation des valeurs sociales et culturelles.

La diversité de la gestion de la justice indigène existe aussi bien dans les procédures que dans les domaines de compétence. Dans quelques communautés la justice indigène s'est spécialisée dans certains sujets. Souvent il s'agit de questions qui ont plus d'importance dans ces cultures (notamment la question agraire ou le rapport à la terre) ou qui concernent des conflits légers⁷⁴. Mais dans d'autres communautés, le domaine de compétence est beaucoup plus vaste et la justice indigène peut résoudre des cas pénaux (assassinats, viols, etc.). Quelques communautés, les plus isolées, peuvent même juger la quasi totalité des cas juridictionnels.

Il y a une hétérogénéité importante dans la gestion de la justice dans plusieurs communautés indigènes du pays. Les difficultés dans l'application d'une norme de coordination et coopération entre différents types d'application de la justice ne viennent pas seulement du choc culturel entre la justice indigène et la justice ordinaire. Les pratiques et les domaines de compétence des différents types de justice indigène ne sont pas égaux.

La Loi de délimitation juridictionnelle

Il a été très difficile de systématiser toutes ces pratiques dans une seule loi. La Loi de délimitation territoriale, qui prétend établir des mécanismes de coordination et de coopération adoptés par la Constitution, s'avère primordiale dans la mesure où elle définit le champ d'application de chacune des juridictions et quelle va être la relation entre la justice ordinaire et la justice indigène. Dans le droit bolivien, la relation entre les différentes formes de justice est primordiale car l'équilibre de tout le système en dépend. La Loi de délimitation, approuvée par le Sénat en décembre 2010⁷⁵, soulève quelques questions.

Tout d'abord, elle établit dans l'article 5 que « *toutes les juridictions reconnues constitutionnellement sont tenues de garantir le respect du droit à la vie ainsi que d'autres droits et garanties reconnus par la Constitution politique de l'État* » et que « *les autorités de juridiction indigène d'origine paysanne ne peuvent avoir recours à la perte des terres ou l'expulsion comme sanction* ». Nous pouvons nous poser la question de comment va être établie l'adéquation entre ces obligations ou interdictions et les pratiques réelles des Autorités

⁷⁴ La subordination juridique imposée par les Espagnols depuis leur arrivée a laissé des grandes traces. Dans beaucoup de communautés la justice indigène est encore considérée comme une "pré-justice".

⁷⁵ Délimitation juridictionnelle entre la justice indigène et la justice ordinaire.

originaires⁷⁶. Les Autorités originaires vont-elles accepter de changer leurs pratiques ou le Tribunal Suprême Plurinational tolérera-t-il quelques exceptions à la loi ?

Surgit alors le « droit négocié » qui intervient lorsque « les règles du jeu ne sont plus capables de faire face aux problèmes rencontrés par les acteurs de la vie sociale et lorsque, pour des raisons diverses, le mode formel et officiel de mobilisation du droit (écrit et étatique) est inopérant et évanescent. Plus précisément lorsque les solutions utilisées auparavant ne peuvent plus s'appliquer et que la manière de penser les contacts sociaux doit privilégier les problèmes nouveaux qui restent à résoudre »⁷⁷.

Ensuite, nous pouvons voir que la Loi de délimitation suit une approche radicalement différente à celle qui caractérisait l'application du pluralisme juridique dans la Constitution. La Constitution établit une vaste reconnaissance de la justice indigène mais cette loi la limite. Le domaine de compétence extra-territoire indigène, présent dans la Constitution, disparaît dans la Loi de délimitation juridictionnelle. De plus, dans l'article de la Loi de délimitation, la justice indigène ne peut pas juger les cas suivants :

- “a) Dans les affaires pénales, les crimes contre le droit international, les crimes contre l'humanité, les crimes contre la sécurité intérieure et extérieure de l'État, les crimes liés au terrorisme, les infractions fiscales et douanières, les crimes liés à la corruption ou à tout autre crime dont la victime est l'État, les crimes liés à la traite et au trafic des personnes, au trafic d'armes et de stupéfiants. Également les crimes commis contre l'intégrité physique des enfants et des adolescents, les crimes liés au viol, à l'assassinat ou à l'homicide;*
- b) En matière civile, tout processus auquel l'État est partie ou constitue un tiers intéressé, par l'intermédiaire de son administration centrale, décentralisée, déconcentrée, autonome et tout ce qui lié au droit de propriété;*
- c) Le droit du travail, le droit de la sécurité sociale, le droit fiscal, le droit administratif, le droit minier, le droit pétrolier, le droit forestier, le droit informatique, le droit international public et privé, le droit agraire, à l'exception de la répartition interne des terres dans les collectivités qui détiennent une propriété légale ou un droit de propriété collective sur celles-ci⁷⁸ ;*
- d) D'autres domaines réservés par la Constitution politique de l'État et la loi aux tribunaux ordinaires, agro-environnementaux et d'autres juridictions reconnues légalement. »*

Nous pouvons nous interroger sur l'avenir des peuples qui jugent encore les affaires pénales, comme c'est le cas des peuples du Nord de la province de Potosí. Vont-ils respecter cette loi et faire appel à la justice ordinaire lorsqu'il s'agira d'une affaire pénale ? Y aura-t-il

⁷⁶ Le bannissement ou l'exil forcé sont des sanctions encore utilisées par plusieurs peuples indigènes boliviens dans la résolution de leurs conflits.

⁷⁷ Ob. Sit. p 341, Etienne Le Roy, « *Droit négocié, Droit imposé ?* » publié par Éditions Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996.

⁷⁸ Cette restriction concernant le droit agro-environnemental a été adoptée pour « protéger » les territoires des peuples indigènes de l'Amazonie. En effet, les terres de cette forêt sont des terres cultivables, très convoitées par les propriétaires terriens, les peuples indigènes pourraient donc être tentés de les vendre.

une dérogation spéciale face au droit agro-environnemental ? Qu'en est-il de la plupart d'affaires traitées par la justice indigène dans un grand nombre de communautés de l'Altiplano ?

Même si les domaines de compétence sont clairement établis, l'article 2 de cette loi « *garantit la libre détermination, l'autonomie et l'autogouvernement* » et l'article 10 établit que « *la juridiction indigène originaire paysanne traite les affaires ou les conflits qu'elle a historiquement et traditionnellement connus* ». Ces deux articles permettent de relativiser et de comprendre de manière plus large les domaines de compétence attribués à la justice indigène. D'ailleurs, cette loi fut l'objet de nombreuses disputes et affrontements au moment de son vote au Parlement. La négociation entre les opposants et les partisans de la reconnaissance de la justice indigène fut difficile, ce qui explique les contradictions que l'on trouve entre certains articles.

Nous pouvons donc voir cette loi sous deux angles différents, soit la justice indigène originaire s'applique en prenant en compte les pratiques coutumières et les expériences réelles, soit cette loi est plus prohibitive en ce qui concerne les domaines de compétence de la justice originaire. Quelle lecture le Tribunal suprême plurinational va-t-il privilégier ?⁷⁹

Seule la jurisprudence adoptée déterminera quelle est l'interprétation de la loi qui prévaudra. Ainsi, la Loi de délimitation qui avait comme objectif de rapprocher les pratiques sociales des institutions normatives a beaucoup surpris par sa considération de la justice indigène comme une forme de pré-justice et son interprétation très restreinte des principes de la Constitution. La Loi de délimitation assume encore une hiérarchie procédurale où la justice ordinaire se trouve au-dessus de l'originaire.

D'ailleurs nous pouvons questionner les différents points de vue, de la Constitution et de la Loi de délimitation. Comment expliquer ces distorsions entre la Constitution et la Loi de délimitation ? Un des facteurs explicatifs concerne la Constitution de l'État plurinational. Cette Constitution a une dimension très politique : certes, elle constitue la base du droit du pays, mais elle est plutôt comprise comme un ensemble de valeurs qui veulent être appliquées et non pas comme une norme légale suprême nationale.

Encore, pour aller plus loin : comment les mêmes parlementaires ont-ils permis la promulgation de la Constitution pour ensuite s'opposer à l'application de ses préceptes ? Et quant aux apports de cette Constitution très politisée : quels sera sa véritable portée dans la pratique ?

Les peuples indigènes boliviens et la revendication d'une justice propre

L'ascension d'Evo Morales au pouvoir a permis aux peuples indigènes de devenir une véritable force sociale. Les différentes nations et peuples originaires sont rassemblés sous diverses organisations qui représentent aussi bien les indigènes de l'Amazonie (dénommés de l'Orient) et de l'Altiplano, que les femmes indigènes ou les indigènes syndicalisés.

⁷⁹ Élu au suffrage direct le 16 octobre 2011, le Tribunal suprême plurinational fonctionnera à partir du début de l'année 2012.

L'organisation et la capacité de négociation avec le pouvoir politique de ces peuples les placent dans une position iconoclaste en Amérique latine où la plupart des relations entre les peuples et l'État ont tendance à être verticales et conflictuelles.

Depuis la Constitution de 2009 les peuples indigènes sont reconnus comme des sujets de droit collectif. La reconnaissance de leur manière de gérer la justice est un exemple des droits que l'État leur octroie au nom de leur valeur culturelle. Toutefois, malgré leur organisation et *empowerment*⁸⁰, les peuples indigènes manifestent aujourd'hui peu d'intérêt public pour le pluralisme juridique. Certes, la reconnaissance de la justice indigène fut une de leurs revendications initiales et il y a eu un processus de consultation concernant la Loi de délimitation juridictionnelle, mais peu de réactions ont été entendues lors de la promulgation de la Loi de délimitation. Les différents peuples indigènes ne se sont pas appropriés la question de la justice indigène et pourtant ils ont dans leurs mains les outils qui leur permettraient de le faire.

De la même manière que nous observons le niveau d'organisation des peuples indigènes boliviens par rapport à leur manière de revendiquer leur justice, le pluralisme juridique nous permet d'analyser les puissants mécanismes sociaux et d'intégration culturelle qui interagissent au sein d'une communauté. La manière d'appliquer la justice est particulière et permet de montrer les forces sociales de coalition qui sous-tendent une société. Du degré de gravité accordé au non respect d'une règle, jusqu'au type de punition de ce délit, tous les aspects constitutifs du processus judiciaire sont révélateurs des mécanismes sociaux qui créent cette même société.

Le pluralisme juridique peut être analysé comme un indicateur de la relation entre deux cultures ou de l'évolution culturelle et sociale d'une unité locale. Tout comme le syncrétisme religieux, le pluralisme juridique permet de voir comment s'est développée l'intégration culturelle au niveau local. À travers la permanence d'un système juridique hybride, il est possible d'analyser quels sont les traits culturels et pourquoi sont-ils encore en vigueur et légitimes dans une communauté indigène. Ainsi, le pluralisme juridique nous permet de visualiser l'interaction entre les phénomènes d'intégration et de contre-acculturation qui interviennent dans une communauté. Pourquoi différents types de justice sont-ils respectés à la fois ? Dans quels cas les personnes font-elles appel à la justice indigène et/ou à la justice ordinaire et pourquoi ?

Aussi, l'évolution des pratiques du pluralisme juridique permet d'en apprendre davantage sur la justice indigène si l'on tient compte du fait que les pratiques de la justice indigène d'aujourd'hui ne sont pas les mêmes que celles qui existaient lors de l'arrivée des Espagnols. Actuellement la justice indigène est un mélange de pratiques préhispaniques et des traits culturels introduits par les Espagnols ou par les Créoles. Les pratiques actuelles des communautés indigènes paysannes sont révélatrices, avant tout, d'une construction historique et sociale.

La culture est en constante évolution et réinvention. À toutes les époques il y a eu des rencontres, des mélanges et des échanges entre les cultures. En matière d'application de la

⁸⁰ Le conflit récent du TIPNIS qui oppose le gouvernement et les peuples indigènes illustre très bien cette thématique.

justice il est intéressant d'analyser les racines historiques de chaque pratique afin de suivre son évolution, son origine et si elle a été influencée par une autre culture. Par exemple, le fouet, symbole principal de la justice indigène de l'Amazonie et de l'Altiplano, fut à l'origine introduit par les Espagnols. Il est intéressant de voir que cet élément est aujourd'hui revendiqué comme étant préhispanique. Nous pouvons voir à travers cet exemple comment le droit exogène a pu être assimilé au point de devenir endogène.

En Bolivie la justice communautaire indigène est très souvent associée aux phénomènes d'auto-justice (notamment le lynchage). Au-delà de cette distorsion véhiculée aussi bien dans les discussions ordinaires que dans la presse nationale et internationale et même au sein des communautés indigènes, il existe une réelle confusion entre la justice indigène et les exécutions de la justice par ses propres mains. Théoriquement la justice indigène ne ressemble en rien à ces cas de lynchage ou de torture physique, mais cette confusion peut avoir des conséquences au niveau pratique. Si dans le discours la justice indigène est associée aux pratiques d'auto-justice, la revendication de la justice indigène pourrait faire croître le nombre de cas d'exécution de la justice par ses propres mains. À El Alto⁸¹, par exemple, les cas de lynchage ont augmenté ces dernières années⁸² et cela pourrait être un effet direct de cette confusion.

La justice indigène, comme chaque type de justice, se caractérise par une institution légitime chargée de l'administrer, qui dicte des normes spécifiques, des procédures propres et des sanctions définies et reconnues par tous. De plus, durant le procès, la justice indigène garantit une sécurité judiciaire avec un droit à la défense pour la partie accusée. Par opposition, l'exécution de la justice par ses propres mains n'a pas les caractéristiques d'un système juridique, elle se présente comme une forme de « non-justice » qui se développe à partir du manque d'une procédure judiciaire et de sécurité citoyenne. Puis, c'est un phénomène urbain plus que rural. Mais nous pourrions nous poser la question : Pourquoi l'auto-justice (les phénomènes de non-justice) est-elle (ou sont-elles) revendiquée(s) comme une justice indigène ou comme une forme de justice en soi ?

⁸¹ El Alto fut à l'origine une extension de la tâche urbaine de la ville de La Paz – la capitale politique et administrative du pays –, ceci en raison des limitations topographiques qui empêchaient la croissance de la ville. Aujourd'hui, par sa croissance vertigineuse, la ville d'El Alto est reconnue comme une nouvelle municipalité. Cette ville se compose d'une population issue des migrations internes, notamment des zones rurales.

⁸² Dans son rapport annuel de 2009 le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme manifeste son inquiétude « pour la violence enregistrée et pour le fait que le nombre de lynchages ait triplé depuis 2008 ».

Bibliographie

- Bastenier Albert, « *Qu'est ce qu'une société ethnique* », PUF, Paris, 2004.
- Bengoa José, “*La emergencia de los movimientos indígenas en América Latina*”, Fondo de cultura económica, Santiago du Chili, 2000.
- Bourdieu Pierre, article « *La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique* », publié dans le n° 64 (« De quel droit ? ») de la Revue « Actes de la recherche en sciences sociales », Édition Maison des sciences de l’homme, Paris, 1986.
- Etxeberria Xavier, “*Sociedades multiculturales*”, Bilbao, Edition Mensajero, 2004.
- Fernández Osco Marcelo, “*Practica del derecho indígena originario en Bolivia*”, Edición Rubén Vargas, La Paz, 2009.
- Fernández Osco Marcelo, “*Modos Originarios de Resolución de Conflictos en Pueblos Indígenas de Bolivia*”, PIEB/UNIR, La Paz, 2007.
- Giraudo Laura, “*Derecho, costumbres y jurisdicciones indígena en América Latina contemporánea*”, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008.
- Gomez Magdalena, “*Derecho indígena*”, La Edición, México, 1997.
- Guachalla Escobar Jennifer, “*Propuestas para la Ley de Deslinde Jurisdiccional*”, Publication du programme “Construir”, La Paz, 2009.
- Molina Ramiro et Arteaga Ana, “*Dos racionalidades y una lógica jurídica, la justicia comunitaria en el altiplano boliviano*”, Fondation Dialogo, La Paz, 2008.
- Le Roy Etienne, « *Droit négocié, Droit imposé ?* » publiée par les Éditions Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996.
- Ordoñez Cifuentes José Emilio Rolando, « *Análisis interdisciplinario del convenio 169 de la OIT, IX Jornadas Lascasianas* », UNAM, México, 2000.
- Platt Tristan, “*Estado boliviano y ayllu andino. Tierra y tributo en el Norte de Potosí*”, La Paz, 1982.

- Sánchez Esther, “*El Ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena como Fuente de Legitimidad del Estado Colombiano*”, article paru dans le séminaire de l’IRG, Lima, 2009.
- Taylor Charles, « *El multiculturalismo* », Londres, 2003.
- Yhonny Mollericona Juan, Tinini Nicoska, Paredes Adriana « *La seguridad ciudadana en la ciudad de El Alto, fronteras entre el miedo y la acción vecinal* », Recherche régionale El Alto, La Paz, 2007.