



LA RENCONTRE ENTRE LES DROITS FONDAMENTAUX, NOTAMMENT LE DROIT À L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET LA COUTUME : LE CAS DU VANUATU COMME EXEMPLE DE PLURALISME JURIDIQUE

Thèse

Morsen Mosses

Doctorat en droit
Docteur en droit (L.L.D.)

Québec, Canada

© Morsen Mosses, 2016

RÉSUMÉ

Comme ses voisins insulaires, le Vanuatu connaît une situation de pluralisme juridique où plusieurs ordres et systèmes juridiques (droit coutumier, droit colonial et droit étatique) coexistent.

En nous appuyant sur la méthode d'analyse exégétique traditionnelle, mais plus fondamentalement sur la méthode de la critique féministe du droit, nous avons démontré que ce pluralisme juridique tel que vécu par le Vanuatu et les États du Pacifique Sud constitue, dans plusieurs cas, un obstacle au respect des droits fondamentaux, et donc aussi aux obligations internationales de ces États en la matière. En ce qui concerne la situation des femmes, l'analyse féministe nous montre que le droit dans son ensemble (système juridique, législation, jurisprudence et institutions étatiques) et le droit coutumier en particulier sont inefficaces dans certains domaines tels que celui de la famille, entre autres, parce qu'ils créent des inégalités et des discriminations envers les femmes ou encore parce qu'ils consacrent les inégalités déjà existantes entre les femmes et les hommes. Ce faisant, le droit contribue à perpétuer la subordination des femmes et à consacrer la domination patriarcale ou masculine.

Nous n'abandonnons pas le droit pour autant puisqu'il peut également constituer un outil de changement social pour les femmes. Comme les juristes féministes, nous nous sommes servi du droit pour tenter de trouver une solution à la fois globale, juridique et pratique au problème constaté. Ainsi, dans notre solution, nous avons non seulement insisté sur le respect du principe de l'universalité des droits fondamentaux et donc du droit à l'égalité des femmes, mais nous avons aussi proposé, en nous fondant, entre autres, sur la CEDEF (Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations envers les femmes), et surtout sur la jurisprudence canadienne, une interprétation innovante du droit à l'égalité permettant une meilleure protection des droits fondamentaux dont ceux des femmes au Vanuatu et dans les États de la région. Nous avons enfin proposé la mise en place d'un mécanisme national de protection des droits fondamentaux basé sur le modèle québécois, étant donné la bonne performance de la province en matière du respect des droits des femmes.

Nous espérons ainsi contribuer à l'avancement des connaissances en droit par la remise en cause de l'ordre juridique existant (ou de la neutralité du droit) à partir d'un point de vue centré sur les femmes et par une interprétation innovante du droit reposant sur l'ambition ou la volonté de parvenir à un changement ou une amélioration des rapports et des relations entre les femmes et les hommes au Vanuatu et dans les autres États de la région du Pacifique Sud.

ABSTRACT

Like its neighbouring Island Countries, Vanuatu is experiencing a situation of legal pluralism where several legal orders or legal systems (customary law, colonial law, statutory law) coexist.

Based on an exegetical analysis, but more fundamentally on a feminist methodology, the thesis attempts to show that this legal pluralism constitutes, in many cases, an obstacle to human rights and also to international obligations of these Pacific Island Countries in the matter. Concerning the situation of women, the feminist methodology shows us that the law as a whole (legal system, legislation, case law and State institutions) and the customary law in particular are ineffective in some areas such as the one of the family, among other things, because they create inequalities and discriminations towards women or because they maintain the inequalities that have already existed between women and men. By doing so, the law not only perpetuates the subordination of women, but also maintains the domination of men.

Like the feminist jurists however, we consider that the law cannot be put aside since it can constitute a powerful tool for social change. Thus, in the proposed solution to the issue observed, the thesis insists not only on the necessity of reaffirming the principle of universality of human rights (and also women's right to equality), but it also proposes an innovative interpretation of the right to equality based on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) and the Canadian jurisprudence to better protect human rights, notably women's rights in Vanuatu and in the Pacific region. The thesis also recommends the establishment of a national mechanism of human rights following Québec model considering the good performance of the province in terms of the protection and promotion of women's rights.

We thus hope that this thesis contributes to the advancement of knowledge in law by calling into question the existing legal order (or the neutrality of law) from a point of view centered on women and by putting forward an innovative interpretation of the right to equality in order to change or to improve the social relations between women and men in Vanuatu and in the Pacific region.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	III
ABSTRACT	V
TABLE DES MATIÈRES	VII
TABLE DES ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS.....	XV
REMERCIEMENTS	XIX
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
1) La question de la recherche.....	4
2) Les hypothèses de la recherche	5
3) L'objet de la recherche.....	8
4) La pertinence du sujet.....	12
a) La pertinence scientifique.....	12
b) La pertinence sociale.....	15
5) La méthodologie.....	17
a) Le cadre d'analyse féministe.....	17
b) Le cadre féministe appliqué au droit.....	18
i) La contextualisation	20
ii) La critique de l'objectivité.....	21
iii) La critique de la dichotomie sphère privée/publique.....	22
iv) La déconstruction et la reconstruction du savoir.....	22
c) Le cadre féministe appliqué à notre thèse	24
6) L'annonce du plan.....	29
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LE PLURALISME JURIDIQUE AU VANUATU ET DANS LES AUTRES	
ÉTATS DE LA RÉGION	33
INTRODUCTION	33
SECTION I : LE PLURALISME JURIDIQUE EN THÉORIE ET EN PRATIQUE	35
PARAGRAPHE I : LE PLURALISME JURIDIQUE EN THÉORIE.....	35
1) Les définitions et la conceptualisation du pluralisme juridique.....	35
2) L'opposition entre le droit étatique et le droit non étatique	39
PARAGRAPHE II : LES DROITS APPLICABLES AU VANUATU	42
1) Les lois applicables avant l'indépendance	43
a) Les lois applicables à tous les habitants du condominium.....	43
i) Les lois constitutives : de la Convention franco-britannique de Londres de 1906 au	
Protocole franco-britannique de 1914.....	43
ii) Les règlementations mixtes.....	44
b) Les lois applicables aux ressortissants britanniques et aux optants du régime de droit	
britannique.....	45

i) Les King's (Queen's) Regulations	45
ii) Les lois parlementaires britanniques.....	45
iii) Les réglementations locales adoptées conformément aux lois britanniques	46
iv) La Common Law/Equity	47
c) Les lois applicables aux ressortissants français et aux optants du régime de droit français	47
i) Les lois constitutives : De la Convention de 1906 au Protocole de 1914	47
ii) Les lois françaises	48
iii) Les textes spécifiques (les règlements)	48
d) Les lois applicables aux autochtones des Nouvelles-Hébrides	48
i) Le droit coutumier	48
ii) Les réglementations administratives.....	49
iii) Les codes « autochtones »	49
2) Les lois applicables après l'indépendance	50
a) La Constitution.....	50
b) Les lois adoptées par le Parlement du Vanuatu.....	50
c) Les lois « consacrées »	50
i) Les lois anglaises « consacrées ».....	51
ii) Les lois françaises « consacrées »	51
iii) Les réglementations mixtes	51
iv) La Common Law	52
d) Le droit coutumier	52
e) Le droit international	53
PARAGRAPHE III : DES JURIDICTIONS VARIÉES	54
1) Les juridictions avant l'indépendance.....	54
2) Les juridictions après l'indépendance.....	55
SECTION II : L'EXAMEN DE LA COUTUME OU DU DROIT COUTUMIER AU VANUATU	58
PARAGRAPHE I : LA COUTUME OU LE DROIT COUTUMIER ET SON HISTORIQUE.....	58
PARAGRAPHE II : LA PLACE DU DROIT COUTUMIER DANS LA CONSTITUTION DU VANUATU.....	63
PARAGRAPHE III : L'APPLICATION DU DROIT COUTUMIER.....	65
1) Le droit coutumier devant les tribunaux officiels	66
2) La preuve du droit coutumier devant les tribunaux officiels.....	68
3) L'application des coutumes par les chefs ou les autorités coutumières	71
PARAGRAPHE IV : LES TRIBUNAUX COUTUMIERS.....	72
1) Les tribunaux des villages ou des îles	72
2) Les tribunaux coutumiers des terres	74
PARAGRAPHE V : LES SIMILITUDES RÉGIONALES EN MATIÈRE DU DROIT COUTUMIER	75
1) Les Iles Salomon	76
2) La Papouasie-Nouvelle-Guinée	77
3) Les Iles Fidji.....	77
4) Tuvalu.....	79
5) Samoa	80
SECTION III : LA <i>COMMON LAW/EQUITY</i> ET SON RAPPORT AVEC LE DROIT INTERNE DU VANUATU ET DES AUTRES ÉTATS DE LA RÉGION	82
PARAGRAPHE I : L'HISTORIQUE DU DROIT DE LA <i>COMMON LAW/EQUITY</i>	83
PARAGRAPHE II : L'INTRODUCTION DES PRINCIPES DE LA <i>COMMON LAW/EQUITY</i> AU VANUATU ET DANS LES ÉTATS DE LA RÉGION	85

PARAGRAPHE III : L'INTERPRÉTATION DES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES ET LÉGISLATIVES INTRODUISANT LES PRINCIPES DE COMMON LAW/EQUITY DANS LE DROIT INTERNE	88
1) Quelle Common Law/Equity ?.....	88
2) La <i>Common Law/Equity</i> correspondant aux circonstances nationales	90
3) La date butoir (<i>Cut-off Date</i>) des principes de la <i>Common Law/Equity</i>	91
4) Le conflit entre le droit interne et la <i>Common Law/Equity</i>	93

PREMIÈRE PARTIE : LE PLURALISME JURIDIQUE COMME OBSTACLE AUX DROITS FONDAMENTAUX.....99

INTRODUCTION..... 99

CHAPITRE PREMIER : LES CONSÉQUENCES DU PLURALISME JURIDIQUE SUR LES DROITS FONDAMENTAUX : UNE PERSPECTIVE DE DROIT INTERNE..... 103

INTRODUCTION

SECTION I : LE DROIT À L'ÉGALITÉ DES FEMMES À L'ÉPREUVE DU DROIT COUTUMIER : L'ÉTUDE

DU DOMAINE FAMILIAL

PARAGRAPHE I : LE MARIAGE/L'UNION DE FAIT, LEURS EFFETS JURIDIQUES ET LE DROIT COUTUMIER

1) Le mariage et le droit coutumier.....

 a) Le mariage arrangé

 b) La polygamie.....

 c) La pratique de la dot ou du prix de la mariée

2) L'union de fait et le droit coutumier

3) La propriété matrimoniale et le droit coutumier

4) La garde d'enfant et le droit coutumier.....

5) La pension alimentaire pour les épouses et les enfants

6) La violence conjugale et la coutume

PARAGRAPHE II : LE DROIT DE PROPRIÉTÉ/SUCCESSION ET LE DROIT COUTUMIER

1) Le droit de propriété et le droit coutumier

2) La succession et le droit coutumier

PARAGRAPHE III : LA PRATIQUE DE RÉCONCILIATION COUTUMIÈRE DANS LA FAMILLE

SECTION II : LE DROIT COUTUMIER CONFRONTÉ AUX AUTRES DROITS ET LIBERTÉS

FONDAMENTAUX.....

PARAGRAPHE I : LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

PARAGRAPHE II : LA LIBERTÉ DE CIRCULATION.....

PARAGRAPHE III : LE DROIT À LA VIE ET À LA DIGNITÉ HUMAINE

1) La vengeance coutumière.....

2) La sorcellerie.....

PARAGRAPHE IV : L'ACCÈS À LA JUSTICE ET LE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION.....

CHAPITRE DEUXIÈME : LE RESPECT DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DES ÉTATS DU PACIFIQUE SUD ENTRAUVÉ PAR L'APPLICATION DU DROIT COUTUMIER..... 161

INTRODUCTION

SECTION I : LE DROIT INTERNATIONAL ET LE DROIT INTERNE : DES RAPPORTS BASÉS SUR UNE

DOUBLE CONCEPTION.....

PARAGRAPHE I : LE MONISME ET LE DUALISME.....	165
PARAGRAPHE II : L'INCORPORATION DU DROIT INTERNATIONAL DANS LA PRATIQUE DES ÉTATS DU PACIFIQUE SUD.....	166
1) L'application de la règle coutumière internationale dans le droit interne des États du Pacifique Sud : une manifestation moniste.....	166
2) L'application des traités internationaux dans le droit interne des États du Pacifique Sud : une manifestation dualiste.....	169
SECTION II : LES DÉFIS DE LA RATIFICATION COMME OBSTACLE AU RESPECT DU DROIT INTERNATIONAL.....	173
PARAGRAPHE I : LES DÉFIS D'ORDRE TECHNIQUE ET PRATIQUE.....	176
1) Les défis liés à la technique d'incorporation des instruments internationaux dans le droit interne.....	176
2) Les défis liés aux ressources humaines et financières.....	178
PARAGRAPHE II : LES DÉFIS D'ORDRE CULTUREL (THÉORIQUE ET PHILOSOPHIQUE).....	180
1) Les garanties constitutionnelles.....	181
2) Les critiques de la conception occidentale des droits fondamentaux.....	181
SECTION III : UNE MISE EN ŒUVRE ET UNE APPLICATION MITIGÉES DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX, NOTAMMENT LA CEDEF EN DROIT INTERNE.....	184
PARAGRAPHE I : LA VÉRIFICATION DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA CEDEF PAR LE MOYEN DES RAPPORTS PÉRIODIQUES.....	185
1) L'examen des rapports du Vanuatu : les coutumes et les règles de conduite sociales et culturelles discriminatoires à l'égard des femmes.....	187
2) L'examen des rapports du Vanuatu : l'égalité devant la loi et le droit à l'égalité des femmes dans la famille.....	194
3) Les recommandations finales du Comité sur le droit coutumier.....	196
PARAGRAPHE II : UNE APPLICATION MITIGÉE DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX, EN PARTICULIER DE LA CEDEF PAR LES TRIBUNAUX NATIONAUX.....	199
1) L'application de la CEDEF (ou d'autres instruments) par les tribunaux internes.....	200
2) Le refus d'application de la CEDEF (ou d'autres instruments) par les tribunaux nationaux.....	204
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	215
SECONDE PARTIE : POUR UNE PROTECTION EFFICACE DES DROITS FONDAMENTAUX, NOTAMMENT DU DROIT À L'ÉGALITÉ DES FEMMES.....	219
INTRODUCTION.....	219
CHAPITRE PREMIER : LA CONTROVERSE SUR L'UNIVERSALITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX.....	223
INTRODUCTION.....	223
SECTION I : LE RELATIVISME CULTUREL.....	225
PARAGRAPHE I : L'ORIGINE ET L'ÉVOLUTION DU DÉBAT ÉMANANT DU RELATIVISME CULTUREL	226
PARAGRAPHE II : LES COURANTS TIERS-MONDISTES.....	228
PARAGRAPHE III : LE RÉGIONALISME.....	230
SECTION II : LA DÉFENSE DE L'UNIVERSALITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX.....	237
PARAGRAPHE I : LES DROITS FONDAMENTAUX : DES NORMES UNIVERSELLES EN TOUT TEMPS ET TOUT LIEU.....	238

1) Des normes universelles au-delà de la culture	239
2) Des normes universelles et obligatoires pour tous les États.....	241
PARAGRAPHE II : L'UNIVERSALITÉ COMME « MEILLEUR PROTECTEUR » DU DROIT À L'ÉGALITÉ DES FEMMES.....	242
1) Les critiques féministes de la culture.....	243
2) La non-validité des arguments en faveur du relativisme culturel : le respect de la dignité des femmes	246
SECTION III : DES PROPOSITIONS SOCIOLOGIQUES RELATIVES À L'INTÉGRATION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LA CULTURE INTERNE RÉSISTANTE	248
PARAGRAPHE I : LA LÉGITIMATION CULTURELLE DES DROITS FONDAMENTAUX	249
PARAGRAPHE II : INTERPRÉTATION INCLUSIVE DE L'UNIVERSALITÉ	252
PARAGRAPHE III : « DROITS FONDAMENTAUX EN TANT QUE PRATIQUE CULTURELLE ».....	255
PARAGRAPHE IV : LE MODÈLE MULTICULTUREL À « DOUBLE VOIE » DE SEYLA BENHABIB	258
PARAGRAPHE V : LES APPROCHES RÉGIONALES ET NATIONALES	259

CHAPITRE DEUXIÈME : POUR UNE INTERPRÉTATION INNOVANTE DU DROIT À L'ÉGALITÉ AU

VANUATU	265
INTRODUCTION	265
SECTION I : LE CADRE CONSTITUTIONNEL ET CONVENTIONNEL DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX, EN PARTICULIER DE DROIT À L'ÉGALITÉ DES FEMMES.....	267
PARAGRAPHE I : LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES	268
1) Vanuatu	268
2) Les autres États de la région	269
PARAGRAPHE II : LA BASE CONVENTIONNELLE.....	272
1) La CEDEF.....	272
a) La condamnation de la coutume, culture et tradition contraires aux droits des femmes.	272
b) Le droit à l'égalité selon la CEDEF.....	274
2) Les décisions des Comités des droits de l'Homme.....	276
3) La Cour européenne des droits de l'Homme.....	278
SECTION II : LE RECOURS À LA <i>COMMON LAW/EQUITY</i>	282
PARAGRAPHE I : LA RÉFÉRENCE À LA JURISPRUDENCE CANADIENNE EN MATIÈRE DE DROIT À L'ÉGALITÉ.....	283
1) La promotion de l'égalité de substance par la Cour suprême : une meilleure prise en compte des besoins différenciés des femmes.....	284
2) L'évolution du droit à l'égalité au Canada : les tergiversations de la Cour suprême	289
a) La définition du droit à l'égalité et la grille d'analyse de l'article 15 de la Charte canadienne selon l'arrêt Andrews	290
b) Les premières contradictions.....	292
c) La trilogie de 1995 : le fractionnement de la Cour	293
d) Les arrêts Eaton et Eldridge : la nécessité de s'adapter à la différence de certains individus	295
e) L'ère Law.....	296
f) Les critiques actuelles de la position de la Cour suprême du Canada.....	300
3) Quelques leçons à retenir du cadre analytique du droit à l'égalité canadien.....	304
PARAGRAPHE II : L'ÉGALITÉ DE SUBSTANCE AU VANUATU ET L'INFLUENCE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA.....	305
1) Le droit à l'égalité, en particulier des femmes au Vanuatu.....	306
2) Vers une égalité substantielle basée sur le droit à l'égalité canadien ?	311

PARAPGRAPHE III : LE RECOURS AUX PRINCIPES DE L'ÉQUITÉ (SUBSTANTIAL JUSTICE).....	316
---	-----

CHAPITRE TROISIÈME : LE MÉCANISME NATIONAL DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX : VERS UNE APPROCHE BASÉE SUR LE MODÈLE QUÉBÉCOIS	321
INTRODUCTION	321
SECTION I : LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS FONDAMENTAUX : LES ENSEIGNEMENTS DU SYSTÈME QUÉBÉCOIS	323
PARAGRAPHE I : LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE	324
1) La place privilégiée de la <i>Charte</i> dans l'environnement juridique québécois et canadien ...	324
2) La <i>Charte</i> et le droit à l'égalité des femmes.....	327
3) La proposition d'une Charte vanuataise des droits et libertés de la personne	329
PARAGRAPHE II : LES AUTRES LÉGISLATIONS QUÉBÉCOISES EN MATIÈRE DE DROITS DES FEMMES	332
1) Une activité législative intense du Québec	332
2) La réforme législative vanuataise : une initiative louable	333
SECTION II : LES INSTITUTIONS DÉDIÉES À LA PROTECTION ET À LA PROMOTION DES DROITS FONDAMENTAUX, NOTAMMENT DES FEMMES.....	337
PARAGRAPHE I : LE CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME	338
PARAGRAPHE II : LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE.....	341
1) Les fonctions de la Commission.....	341
a) Les enquêtes de la Commission.....	342
b) La médiation et la judiciarisation proposées par la Commission	342
c) Les activités de la Commission en matière d'accès à l'égalité en emploi	344
d) Les activités liées à la recherche, à l'éducation et à la coopération	344
2) Les faiblesses de la Commission.....	346
PARAGRAPHE III : LE TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE.....	347
1) La compétence du Tribunal	348
2) La composition, le fonctionnement et les procédures du Tribunal	348
3) Les limites relatives à l'accès au Tribunal des droits de la personne	351
PARAGRAPHE IV : LA PROPOSITION RELATIVE À LA MISE EN PLACE D'UN CONSEIL DE STATUT DE LA FEMME, D'UNE COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET D'UN TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE AU VANUATU.....	355
1) L'inexistence d'un mécanisme en tant que tel en matière de protection et de promotion des droits de la personne	355
2) La mise en place d'institutions-clés en matière de protection des droits fondamentaux	357
PARAGRAPHE V : LE RÔLE DE LA COMMISSION DANS L'ÉDUCATION AUX DROITS FONDAMENTAUX ET AU DROIT À L'ÉGALITÉ DES FEMMES	361
1) La formation des citoyens et des chefs coutumiers.....	361
2) La formation des juges sur les droits fondamentaux et les droits culturels.....	363
PARAGRAPHE VI : UN MÉCANISME NATIONAL POUR CHAQUE ÉTAT DE LA RÉGION.....	365
SECTION III : L'ADOPTION PAR LES INSTITUTIONS ÉTATIQUES DE L'APPROCHE INTÉGRÉE DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES.....	368
PARAGRAPHE I : L'APPROCHE INTÉGRÉE DE L'ÉGALITÉ OU ENCORE L'ANALYSE DIFFÉRENCIÉE SELON LES SEXES	370
1) Analyse différenciée selon les sexes (approche intégrée de l'égalité) : une meilleure prise en compte des besoins différenciés des femmes	370
2) L'expérience québécoise en matière de l'ADS.....	375

PARAGRAPHE II : L'ADOPTION DES PROGRAMMES ET PLANS D'ACTION EN FAVEUR DES FEMMES AU VANUATU	378
1) Les plans d'action en faveur de l'égalité des sexes au Vanuatu.....	379
2) Les manquements du Vanuatu en matière de l'évaluation et du suivi des politiques publiques relatives à l'égalité des sexes.....	381
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	384
CONCLUSION GÉNÉRALE	387
BLIBLIOGRAPHIE	393

TABLE DES ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS

Adel L Rev	Adelaide Law review
ADS	Analyse différenciée selon les sexes
Afr J Int'l & Comp L	African Journal of International and Comparative Law
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
Am J Com L	American Journal of Comparative Law
Am J Int'l L	American Journal of International Law
Au Fem LJ	Australian Feminist Law Journal
AUF	Agence Universitaire de la Francophonie
AUSAID	Australian Agency for International Development
Aust YBIL	Australian Yearbook of International Law
Austl Prp LJ	Australian Property Law Journal
BLR	Botswana Law Reports
Brit YB Int'l L	British Yearbook of International Law
Buff L Rev	Buffalo Law Review
C	Contre
C de D	Les Cahiers de droit de l'Université Laval
Cal L Rev	California Law Review
Cal W Int'l L J	California Western International Law Journal
Cambridge L J	Cambridge Law Journal
Can J Women & L	Canadian Journal of Women and the Law
Can JL & Soc	Canadian Journal of Law and Society
CAP	Chapter in a Consolidation of Legislation
CDPDJ	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CIJ	Cour internationale de justice
CLR	Commonwealth Law Reports
CNRS	Centre national de recherche scientifique
Commonw L Bull	Commonwealth Law Bulletin
Comp LJ Pac	Comparative Law Journal of the Pacific
CPA	Community Paralegal Association
CRAP	La coalition contre la répression et les abus policiers (Québec)
CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CSF	Conseil du statut de la femme
Delhi L Rev	Delhi Law Review
Doc Off NU	Document officiel des Nations Unies
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
EJIL	European Journal of International Law
Emory J In'l Disp Resol	Emory Journal of International Dispute Resolution
ESCAP	United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific
Fem Legal Stud	Feminist Legal Studies
FJHC	Paclii Fiji Law Reports High Court

FJMC	Paclii Fiji Law Reports Magistrate Court
FLR	Fiji Law Reports
FWRM	Fiji Women's Rights Movement
Ga J Int'l & Comp L	Georgia Journal of International and Comparative Law
Geo Wash Int'l L Rev	The George Washington International Law Review
Har Hum Rts J	Harvard Human Rights Journal
Harv Int'l LJ	Harvard International Law Journal
Harv LR	Harvard Law Review
HCF	Paclii Fiji Law Reports High Court
Health LJ	Health Law Journal
Hibernian LJ	Hibernian Law Journal
How LJ	Howard Law Journal
Hum Rts Q	Human Rights Quarterly
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
Indigenous LR	Indigenous Law Review
Int J Law Policy	International Journal of Law, Policy and the Family
Int'l J	International Journal
J Legal pluralism&Unofficial L	Journal of Legal pluralism and Unofficial Law
JL & Soc'y	Journal of Law and Society
JS Pac L	Journal of the South Pacific Law
JS Pac Studies	Journal of South Pacific Studies
KICA	Paclii Kiribati Law Reports Court of Appeal
KIHC	Paclii Kiribati Law Reports High Court
LGDJ	La librairie générale de droit et de jurisprudence
LQ	Lois du Québec
LRC	Lois et règlements du Canada
LRQ	Recueil des lois et règlements du Québec
McGill LJ	McGill Law Journal
Melb J Int'l L	Melbourne Journal of International Law
NJCL	National Journal of Constitutional Law
NQF	Nouvelles questions féministes
NZSC	Paclii New Zealand Law Reports Supreme Court
OHCHR	Office of the High Commissioner for Human Rights
Ottawa L Rev	Ottawa Law Review
PACLII	Pacific Islands Legal Information Institute
PIDCP	Pacte des droits civils et politiques
PIDESC	Pacte des droits économiques sociaux et culturels
PJDP	Pacific Judicial Development Programme
PNGLR	Papua New Guinea Law Reports
PNUD	Programme des Nations Unies pour le Développement
PUF	Presses Universitaires de France
Queen's L J	Queen's Law Journal
R du B	Revue du Barreau du Québec
RCADI	Recueil des cours – Académie de droit international de la Haye
RCS	Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada
RD McGill	Revue de droit de McGill
RDUS	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
Rev jur femme drt	Revue juridique femme et droit

Rev Trim dr h	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJP	Revue juridique polynésienne
RJQ	Recueil de jurisprudence du Québec
RJT	Revue juridique Themis
RQDI	Revue québécoise de droit international
RRJ	Revue de la recherche juridique
RRRT	Pacific Regional Rights Resource Team
RTD civ	Revue trimestrielle de droit civil
RTNU	Recueil des Traités des Nations Unies
SAJHR	South African Journal of Human Rights
Sask L Rev	Saskatchewan Law Review
SBCA	Pacli Solomon Islands Law Reports Court of Appeal
SBHC	Pacli Solomon Islands Law Reports High Court
SBMC	Pacli Solomon Islands Law Reports Magistrate Court
SILR	Solomon Islands Law Reports
Sing J Int'l & Comp L	Singapore Journal of Comparative and International Law
SPC	Secretariat of the Pacific Community
Stan J Int'l L	Stanford Journal of International Law
Stan L Rev	Stanford Law Review
Sydney L Rev	Sydney Law Review
TCRDTC	Vanuatu Rural Development & Training Centers' Association
TDP	Tribunal des droits de la personne du Québec
TF	Traités de France
Transnat'l L&Contemp Probs	Transnational Law and Contemporary Problems
TVHC	Pacli Tuvalu Law Reports High Court
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal
UBCLRev	University of British Columbia Law Review
UK	United Kingdom
UNBLJ	University of New Brunswick Law Journal
UNICEF	Fonds des Nations Unies pour l'enfance
USP	University of the South Pacific
UT Fac L Rev	University of Toronto Faculty of Law Review
V	Versus
VANGO	Vanuatu Association of Non Governmental Organisations
VLR	Vanuatu Law Reports
VUCA	Pacli Vanuatu Law Reports Court of Appeal
VUIC	Pacli Vanuatu Law Reports Island Court
VUMC	Pacli Vanuatu Law Reports Magistrate Court
VUSC	Pacli Vanuatu Law Reports Supreme Court
VUWL Rev	Victoria University of Wellington Law Review
Windsor YB Access Just	Windsor Yearbook of Access to Justice
WSCA	Pacli Western Samoa Law Reports Court of Appeal
WSSC	Pacli Western Samoa Law Reports Supreme Court

REMERCIEMENTS

La réalisation de cette thèse de doctorat a été rendue possible grâce au concours de plusieurs personnes et institutions à qui je tiens à exprimer toute ma reconnaissance.

J'exprime tout d'abord ma profonde gratitude à ma directrice, la professeure et avocate Louise LANGEVIN (Université Laval), qui m'a été d'un grand soutien (académique, moral et financier) tout au long de cette aventure. Merci Madame pour votre encadrement formateur et vos judicieux conseils. Merci de m'avoir accordé de votre temps malgré vos occupations nombreuses : je pense à toutes ces rencontres et à toutes ces heures de travail interminables dans votre bureau. Cette thèse n'aurait pu aboutir sans votre aide multidimensionnelle.

Mes remerciements s'adressent ensuite à mon prélecteur, le professeur Jean-Maurice ARBOUR (Université Laval), pour la qualité de ses commentaires et corrections apportés à la première version de ce travail de recherche. Ceux-ci m'ont permis de produire la version finale de la thèse. Je souhaite également remercier les deux autres membres de jury, le professeur Sébastien GRAMMOND (Université d'Ottawa) et le professeur Louis-Philippe LAMPRON (Université Laval), pour la qualité de leurs commentaires.

Je tiens ensuite à remercier sincèrement mon épouse Iris Maria MOSSES qui par son amour, sa tendresse, sa présence et sa patience, a su combler des vides créés par la thèse à certains moments.

Je souhaite étendre mes remerciements à l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), au Gouvernement de Vanuatu, à la Faculté de droit de l'Université Laval et à l'Ambassade de France au Vanuatu pour leurs contributions financières en vue de la réalisation de cette thèse.

Je suis également reconnaissant envers mes parents pour leur estime indéfectible à mon égard et les valeurs qu'ils m'ont transmises.

Je remercie enfin toutes les personnes qui ont cru en moi et qui m'ont soutenu d'une manière ou d'une autre pendant mes études doctorales au Canada : je pense à mes beaux-parents en Allemagne, aux amis de mon église à Québec (Quebec Baptist Church), ou encore à mes amis étudiants (en cours ou diplômés) au programme de doctorat à la faculté de droit de l'Université Laval.

MERCI.

Le mode de citation retenu dans cette thèse est tiré du *Manuel canadien de la référence juridique*, 6e éd., Toronto, Carswell, 2006.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Les identités collectives culturelles sont souvent confrontées à des valeurs individuelles différentes. En effet, deux ans après la ratification de la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (ci-après la CEDEF)¹ en 1995 ainsi qu'après sa participation à la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes à Beijing en cette même année, le gouvernement du Vanuatu a entamé les travaux préparatoires pour mettre en place une législation visant à punir plus sévèrement les auteurs de violences intrafamiliales afin de respecter ses engagements internationaux. Or, il lui a fallu onze années de négociations avec le Conseil national des chefs², les organisations de défense des droits fondamentaux et les féministes du pays pour que la loi baptisée *Family Protection Act*³ soit finalement adoptée. En réponse aux recommandations⁴ proposées par le *Pacific Regional Rights Resources Team*⁵ et soutenues par les féministes de la région, le gouvernement a exigé la tenue d'une large consultation nationale sur la loi en question compte tenu, entre autres, des sensibilités culturelles autour des droits des femmes, notamment celui d'acquérir une propriété terrienne⁶. Lors d'une consultation, un certain nombre des parlementaires ont souhaité que la coutume et l'Église soient les premiers recours en matière de résolution de conflits relatifs à la violence notamment intrafamiliale et que le tribunal officiel soit le dernier ressort. Ils ont affirmé par ailleurs que des sanctions coutumières devaient être encouragées.

¹ Le Vanuatu a ratifié la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (ci-après la CEDEF) en 1995 par *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Ratification) Act n°3 of 1995, Vanuatu Sessional Legislation*, en ligne, Pacific Islands Legal Information Institute (PacLII) : [<http://www.pacii.org>] (accessible le 4 septembre 2013) [**CEDAW Ratification Act**]; *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U.13 [**CEDEF**].

² Le Conseil National des Chefs (*Malvatumaoi*) est composé des chefs coutumiers élus par leurs pairs au sein des conseils régionaux des chefs ; *Constitution de la République du Vanuatu 1980, Législation consolidée*, art. 29, en ligne : [<http://www.pacii.org>] (accessible le 4 septembre 2013) [**Constitution du Vanuatu**].

³ *Family Protection Act 2008, Vanuatu Sessional Legislation*, en ligne : [<http://www.pacii.org>] (accessible le 4 septembre 2013) [**Family Protection Act**].

⁴ Deux des recommandations proposées portaient sur l'élargissement de la définition de la violence intrafamiliale pour inclure les dégâts causés à la propriété d'un membre de la famille et la criminalisation de celle-ci avec des pénalités sévères et mandat du juge à émettre une ordonnance de protection contre le défendeur. Pour plus de détails, voir *infra* note 7.

⁵ Le *Pacific Regional Rights Resource Team – RRRRT* est un programme d'éducation des droits fondamentaux opérant sous les auspices de la Communauté du Pacifique Sud (organisation régionale). Ce programme offre non seulement des formations en la matière aux autorités gouvernementales de la région, mais aussi un soutien technique aux États, notamment dans la production des rapports périodiques sur la mise en œuvre des instruments ratifiés. Il offre en plus des services relatifs aux conseils juridiques et aux politiques à adopter en matière de protection des droits fondamentaux dans la région.

⁶ Sandra Bernklau, Virisila Buadromo, Claire Cronin, Diane Goodwillie, Hannah Harborow, Gina Hounng Lee, Patricia Imrana Jalal et Charmaine Rodrigues, *Changing Laws, A Legislative Lobbying Toolkit, For Understanding Law-Making, Parliamentary Procedures and Advocacy for Legislative Change*, Suva, Pacific Regional Rights Resource Team (RRRT) of the Secretariat of Pacific Community (SPC), Fiji Women's Rights Movement (FWRM), juillet 2010, à la page 89, en ligne : [<http://www.rrrt.org/>] (accessible le 3 janvier 2012) [**Bernklau et al., Changing Laws**].

À titre d'exemple, lorsqu'un membre de la famille décède à la suite de violence intrafamiliale, la famille du contrevenant doit compenser la perte en donnant par exemple un des leurs à la famille de la victime. Ils considéraient en plus que trop de droits étaient accordés aux femmes.

Dans une société telle que le Vanuatu où une considération particulière est accordée aux valeurs culturelles traditionnelles, la mise en œuvre dans le droit interne des engagements internationaux en matière de droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes, peut parfois paraître plus facile en théorie qu'elle en est dans la pratique. La *Family Protection Act* susmentionnée a été finalement adoptée le 18 juin 2008 et est entrée en vigueur le 2 mars 2009. Le changement le plus important apporté par celle-ci concerne non seulement des pénalités plus sévères dans la criminalisation de la violence intrafamiliale, notamment conjugale, mais aussi la facilité pour un membre de la famille à obtenir d'un juge une ordonnance de protection contre le défendeur⁷. La définition de la violence intrafamiliale a aussi été revue⁸. Nous reviendrons sur cette loi dans le corps de notre thèse.

De ces idées, un constat problématique émerge. D'une part, les États du Pacifique Sud et le Vanuatu cherchent à préserver leurs valeurs culturelles, entre autres, par le biais de l'application du droit coutumier⁹. La Constitution du Vanuatu, par exemple, dispose dans les termes de l'article 95(3) que « les règles coutumières continuent de produire tous leurs effets au sein du système juridique de la République »¹⁰. D'autre part, étant signataires des instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, ces États ont l'obligation de se conformer aux normes internationales relatives à la protection de la personne humaine. Or, généralement, alors que le droit coutumier prône les devoirs

⁷ L'article 10(1) de la loi dispose, par exemple, qu'une personne coupable de violence intrafamiliale est passible d'une peine d'emprisonnement d'au moins cinq ans, d'une amende n'excédant pas 100 000 vatus (environ 1000 dollars américains) ou l'accumulation de deux peines. Nous verrons plus loin dans le corps de notre thèse (en particulier lorsque nous aborderons la question de la violence intrafamiliale) que les peines en cas de violence à l'égard d'une femme étaient plus sévères. Par ailleurs, l'article 28 souligne qu'une demande d'ordonnance de protection de tribunal peut être faite : a) oralement ; ou b) par téléphone, radio... ; c) par écrit ; ou d) fax, télex ou courrier électronique. L'article 11(1) énonce que le tribunal peut émettre une ordonnance de protection contre le défendeur s'il est convaincu que celui-ci a commis un acte de violence intrafamiliale à l'encontre du demandeur/demanderesse ou s'il est probable qu'il commette un tel acte. Avant cette loi, la procédure d'obtention d'une ordonnance de protection était longue et compliquée. Ainsi, conformément à une réglementation, *Domestic Protection Rule* n°67 2001, la demanderesse ou le demandeur devait remplir un formulaire, le soumettre au juge et attendre l'approbation de celui-ci. De plus, les articles 44 et 45 de la nouvelle loi prévoient qu'après enquête, si la police croit que le défendeur a commis un acte de violence intrafamiliale ou a violé l'ordonnance de protection familiale émise par un juge, celle-ci doit l'arrêter et le traduire en justice dans les 48 heures qui suivent son arrestation.

⁸ Nous élaborerons ce point davantage dans le corps de notre travail.

⁹ Lors de l'accession à leur indépendance, les États du Pacifique Sud, à l'exception de Tonga, reconnaissent d'une manière ou d'une autre par leurs constitutions et lois respectives, les coutumes indigènes ou le droit coutumier. Comme nous le verrons plus tard, la coutume ou le droit coutumier doit être considéré sur le plan juridique comme une pratique contraignante.

¹⁰ *[Constitution du Vanuatu]*, art. 95(3), *supra* note 2.

et les valeurs communautaires ou collectives, les droits fondamentaux défendent essentiellement les droits individuels, les libertés et l'égalité¹¹.

La décision *Noel v. Toto*¹² de la Cour suprême du Vanuatu illustre cette tension entre la coutume et les droits fondamentaux. Dans cet arrêt, il est question d'un terrain abritant une plage sublime aux sables blancs au large de laquelle les bateaux de croisière y accostent régulièrement. Ce terrain a fait l'objet d'une dispute dans une affaire précédente dans laquelle la Cour suprême a jugé que Noel l'héritier mâle de la famille en est le propriétaire¹³. Toto, le fils de la sœur de Noel, a saisi le juge pour demander le partage des profits en arguant que Noel détient la propriété en tant que représentant de la famille entière, y compris sa mère et lui. La Cour a reconnu que dans la coutume de certaines régions du Vanuatu, notamment celle en l'espèce, lorsque la femme se marie, elle perd ses droits fonciers, ce qui n'est pas le cas pour les hommes. Elle a rappelé que l'article 5(1) de la Constitution du Vanuatu garantit l'égalité des droits entre l'homme et la femme¹⁴. Cependant, l'article 73 de la Constitution dispose que « les règles coutumières constituent le fondement du droit de propriété et d'usage des terres »¹⁵ et selon la coutume, les femmes sont rarement propriétaires terriennes. La Cour s'est posé la question suivante : si la coutume discrimine envers les femmes quant à leur droit à la propriété foncière, est-ce qu'elle limite aussi, par la même occasion, l'application de l'article 5(1) de la Constitution portant sur les droits fondamentaux dont le droit à l'égalité des femmes? La Cour a répondu à la question en considérant que ce n'est nullement l'intention du constituant de reconnaître le droit à l'égalité des femmes et de permettre du même souffle que des lois, quelles que soient leurs natures, discriminent envers ces dernières. En l'espèce,

¹¹ Jennifer Corrin, « Negotiating the Constitutional Conundrum : Balancing Cultural Identity with Principles of Gender Equality in Post-Colonial South Pacific Societies », (2006) 5 Indigenous L. J. 51, à la page 53 [**Corrin**, « **Negotiating** »] ; Voir aussi Paul de Deckker et Laurence Kuntz, *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le Pacifique Sud*, Paris/Montréal, L'Harmattan, 1998 (Dans cet ouvrage, les auteurs ont expliqué cette différence ou cette tension de la façon suivante : « la coutume, bien qu'anonyme et spontanée, obtient l'adhésion de la collectivité qui l'applique, la répète, la transmet au travers d'un espace mental qui ne peut être que collectif. [...] quant à elle, la loi est uniformisante, tant elle se doit d'être générale et impersonnelle, et s'adresse à une société d'individualités », à la page 88) [**Deckker et Kuntz**, *La bataille de la coutume*].

¹² *Noel v. Toto*, [1995] VUSC 3 [**Noel**].

¹³ *Toto v. Pasvu*, [1987] VUICB 1.

¹⁴ L'article 5(1) de la *Constitution du Vanuatu* dispose que : « La république du Vanuatu reconnaît que - sous réserve des restrictions que la loi peut imposer aux non-citoyens et dans le respect des droits de liberté d'autrui et de l'intérêt public légitime en matière de défense, de sécurité, d'ordre public, de bien-être et de santé – sont accordés à toute personne, quels que soient sa race, son lieu d'origine, ses croyances religieuses ou traditionnelles, ses opinions politiques, sa langue ou son sexe, les droits fondamentaux et les libertés individuelles suivants : a) la vie, b) la liberté, c) la sécurité de la personne, d) la garantie de la loi, e) la protection contre les traitements inhumains et les travaux forcés, f) la liberté de conscience et de culte, g) la liberté d'expression, i) la liberté d'aller et de venir, j) les garanties contre la violation du domicile et des autres biens et contre l'expropriation injuste du patrimoine, k) un traitement égal devant la loi ou l'action administrative, étant entendu qu'une loi ne contrevient pas aux dispositions de ce sous-paragraphe dans la mesure où elle prévoit des dispositions pour le bénéfice particulier, le bien-être, la protection ou l'amélioration des conditions des femmes, des enfants et des jeunes, des membres de catégories défavorisées, ou des habitants de zones moins développées » [*Constitution du Vanuatu*], *supra* note 2.

¹⁵ [*Constitution du Vanuatu*], art. 73, *supra* note 2.

le droit coutumier régissant la propriété foncière est clairement discriminatoire envers les femmes. La Cour a finalement conclu que toute règle discriminatoire à l'égard des femmes (notamment la disposition constitutionnelle sur la propriété foncière) doit être déclarée inconstitutionnelle. Elle a cependant clarifié qu'une telle décision ne signifie pas que la règle selon laquelle le droit coutumier constitue le fondement de la propriété foncière doit changer. Cette règle continue à s'appliquer, mais elle ne doit pas discriminer à l'égard des femmes. La Cour a donné raison à Toto et à sa mère en observant que la propriété foncière est collective et ces derniers ont droit au partage des profits que le terrain en question génère. La Cour a aussi expressément reconnu et donné effet à l'obligation du Vanuatu quant au respect de la CEDEF¹⁶.

Cette affaire constitue un véritable précédent en matière de respect du droit à l'égalité des femmes et de la propriété foncière. C'est la première fois dans l'histoire juridique du Vanuatu que la Cour suprême reconnaît expressément le droit de propriété terrienne à une femme. Elle montre clairement la volonté du juge à la fois de préserver les valeurs traditionnelles, et de respecter les droits fondamentaux proclamés dans la Constitution et dans les instruments internationaux.

1) La question de la recherche

Cette tension entre le droit coutumier et les droits fondamentaux nous amène à poser la question essentielle qui est à l'origine de notre thèse : les États du Pacifique Sud dont le Vanuatu, peuvent-ils préserver leur identité culturelle fondée sur des valeurs collectives tout en respectant les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes axés généralement sur les valeurs individuelles? Cette question signifie dans un premier temps que ces États sont attachés à leurs cultures et veulent les préserver. La reconnaissance du droit coutumier dans la Constitution en est une preuve parmi d'autres. Dans un second temps, non seulement consacrent-ils dans leurs constitutions respectives les droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes, mais ces États sont aussi signataires des conventions internationales, telle la CEDEF. Ils s'engagent donc à se conformer à leurs obligations internationales en matière du respect des droits fondamentaux. Or, comme nous l'avons souligné, généralement le droit coutumier et les droits fondamentaux reposent sur des fondements opposés : la collectivité contre l'individualité¹⁷.

¹⁶ Les articles 2 et 5 de la CEDEF condamnent, entre autres, les coutumes et pratiques coutumières discriminatoires à l'égard des femmes, [CEDEF], *supra* note 1.

¹⁷ Par exemple [Corrin, « **Negotiating** »], *supra* note 11, à la page 79.

2) Les hypothèses de la recherche

Pour répondre à la question susmentionnée, nous postulons l'hypothèse selon laquelle tant que ces États n'adapteront pas certains aspects de leurs cultures aux droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes, ces derniers ne seront pas pleinement respectés compte tenu de la réalité de l'opposition entre leurs valeurs culturelles et les valeurs sous-jacentes aux droits fondamentaux. Le pluralisme juridique¹⁸, mis en avant par le système juridique du pays dans le but de reconnaître les différentes valeurs aussi bien traditionnelles que fondamentales, peut avoir un effet négatif sur les droits fondamentaux. En effet, le droit coutumier reconnu, entre autres, dans la Constitution s'avère dans certains cas, un obstacle au respect des droits fondamentaux et aussi des obligations internationales de ces États en matière de droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes. En ce qui concerne ces dernières plus spécialement, la neutralité du droit (y compris le droit coutumier) envers elles est clairement remise en question. Dans plusieurs cas, le droit dans son ensemble (coutume, pluralisme juridique, jurisprudence) est source d'oppression pour les femmes. Le droit coutumier en particulier entre souvent en conflit avec le droit à l'égalité des femmes.

Deux exemples de coutumes serviront brièvement d'illustration à cette tension.

La réconciliation coutumière en matière d'infraction sexuelle en est un premier exemple. Au Vanuatu, cette pratique coutumière est légitimée par la loi. Les articles 38 et 39 du *Code pénal*¹⁹ proposent que la réconciliation et la compensation soient prises en compte dans les jugements en matière d'infraction sexuelle. Dans le contexte de ces sociétés, la réconciliation doit être entendue comme une cérémonie qui restaure l'harmonie et la paix entre les membres d'une communauté touchée par un méfait. Les contrevenants et leur famille demandent pardon pour le méfait et donnent à la famille de la victime un certain nombre de biens de valeur ou de l'argent²⁰. Ainsi, dans une affaire d'attouchement sexuel impliquant trois jeunes garçons sur une mineure, en prenant en compte la réconciliation coutumière faite entre les familles des contrevenants et celle de la victime, la Cour suprême (statuant en première instance) a réduit la peine de sept ans d'emprisonnement à

¹⁸ La Constitution du Vanuatu reconnaît aussi bien le droit écrit que le droit coutumier. Nous examinerons en détail la question du pluralisme juridique dans notre chapitre préliminaire.

¹⁹ *Code pénal du Vanuatu* 1981, *Législation consolidée*, art. 38-39, en ligne : [<http://www.pacii.org>] (accessible le 6 septembre 2013) [*Code Pénal du Vanuatu*].

²⁰ Arthi Bandhana Swamy, « Customary Reconciliation in Sentencing for Sexual Offences in Vanuatu », (2008) 12(1) J. S. Pac. L. 94, à la page 94 [Swamy, « Customary Reconciliation »].

quelques mois d'emprisonnement²¹. À notre avis, une telle pratique est une injustice à l'égard de la victime, d'autant plus que dans cette affaire, selon les faits, la victime n'a pas participé à la cérémonie de réconciliation. Or, de notre point de vue, elle porte manifestement atteinte au droit de la victime à une réparation juste, équitable et proportionnée.

Le deuxième exemple concerne un cas de discrimination à l'encontre des femmes en raison du système coutumier de chefferie. Dans la décision *Minister for Provincial Government v. Guadalcanal Provincial Assembly*²², la Cour d'appel des Iles Salomon²³ a jugé que la discrimination à l'égard des femmes en matière de représentation provinciale (un système de représentation politique qui favorise les hommes et exclut les femmes) n'est pas inconstitutionnelle, puisque la Constitution elle-même légitime la discrimination sexuelle.

En effet, l'article 114 (2) de la Constitution des Iles Salomon²⁴ exige du Parlement qu'il prenne en compte le rôle des chefs traditionnels dans la formation du gouvernement provincial. En 1996, le parlement national a adopté une loi, *Provincial Government Act*²⁵ qui prévoit, notamment dans les parties III, IV, V et VI, que les Iles Salomon sont divisées en des provinces et que chaque province est administrée par un Conseil provincial. Ce dernier est composé des présidents des assemblées villageoises (*Area assemblies*)²⁶. Chaque province est composée entre une et dix assemblées villageoises²⁷. Chaque assemblée villageoise est composée de cinquante pour cent (50%) de membres élus et cinquante pour cent (50%) de membres non élus qui sont des chefs traditionnels²⁸.

Or, la disposition constitutionnelle susmentionnée fait en sorte que dans certains cas, aussi bien les assemblées villageoises que les Conseils provinciaux peuvent être constitués seulement d'hommes qui sont des chefs traditionnels. Selon la coutume salomonaise, seuls les hommes et non les femmes sont chefs coutumiers.

²¹ *Public Prosecutor v. Avock*, [2003] VUSC 124.

²² *Minister for Provincial Government v. Guadalcanal Provincial Assembly*, [1997] SBCA 1 [**Minister for Provincial**].

²³ Nous expliquerons plus loin notre choix d'aborder également les décisions de justice des Iles Salomon.

²⁴ *Constitution of Solomon Islands*, 1978, *Consolidated Legislation*, art. 114(2) b) : « Parliament shall by law – make provision for the government of Honiara city and the provinces and consider the role of traditional chiefs in the provinces » [**Constitution of Solomon Islands**].

²⁵ *Provincial Government Act*, 1996, *Solomon Island Sessional Legislation* [**Provincial Government Act**].

²⁶ [**Provincial Government Act**], *supra* note 25 art. 7.

²⁷ [**Provincial Government Act**], *supra* note 25, art. 21 : « Each province shall have not less than one Area Assembly and not more than ten Area Assemblies ».

²⁸ [**Provincial Government Act**], *supra* note 25, art. 31(1-2) : « Immediately after an election for an area Assembly but not later than seven days, the Returning Officer shall cause a meeting to be convened in each area Assembly for the chiefs and elders in that area to appoint from amongst themselves members to that Assembly. The number of appointed members shall be equivalent to the number elected for that assembly ».

Devant la Haute Cour des Iles Salomon, le *Guadalcanal Provincial Assembly* a remis en question la constitutionnalité des dispositions susmentionnées de la loi portant sur la représentation par les chefs traditionnels dans les assemblées et Conseils provinciaux. La Haute Cour a invalidé ces dispositions en précisant que le système de gouvernement provincial doit être représentatif, aussi bien des hommes que des femmes.

Un pourvoi a été formé et la Cour d'appel (le plus haut tribunal du pays) a accepté d'examiner l'affaire en soulignant que l'article 114 (2)²⁹ de la Constitution oblige le Parlement à prendre en compte le rôle des chefs dans la formation des gouvernements provinciaux. Elle a soutenu par les voix de trois juges unanimes que la loi *Provincial Government Act* est conforme à la Constitution des Iles Salomon.

L'opinion de chacun des trois juges de la Cour est relevée dans le jugement. Alors que le juge Kapi n'a fait aucune référence aux femmes et aux chefs traditionnels, le juge Williams a quant à lui précisé que dans la coutume, seul un homme peut être un chef traditionnel. Ceci signifie que la moitié des membres de l'assemblée villageoise sera composée d'hommes. Or, cela est contraire au droit à l'égalité des femmes. Il souligne aussi que même si un tel argument est pertinent, force est de constater que la Constitution des Iles Salomon dispose que les chefs traditionnels doivent jouer un rôle dans le gouvernement provincial. La Constitution favorise elle-même la discrimination à l'égard des femmes et ce déséquilibre demeurera tant que le rôle des chefs traditionnels dans la Constitution ne sera pas réévalué.

De même, le juge Goldsbrough a soutenu que l'article 114 de la Constitution est clair et sans ambiguïté. Conformément à la Constitution, le Parlement a édicté des lois relatives à la formation du gouvernement provincial. Il prend en compte, comme il lui a été demandé, le rôle des chefs traditionnels dans le système du gouvernement provincial. Ainsi, il est clair que les femmes sont désavantagées étant donné que seuls les hommes peuvent occuper le poste de chefs traditionnels. Il conclut cependant qu'un tel déséquilibre n'est pas contraire à la Constitution qui l'a elle-même prévu.

En somme, même si les trois juges de la Cour d'appel reconnaissent que l'article 114 de la Constitution nuit aux femmes, ils ont malgré tout accueilli le pourvoi étant donné que la Constitution elle-même discrimine à l'égard des femmes en prévoyant que le rôle des chefs

²⁹ [*Constitution of Solomon Islands*] *supra* note 24, art. 114(2).

traditionnels doit être pris en compte dans la formation du gouvernement provincial. Des commentateurs en matière de droits fondamentaux dans la région notent que très peu de discussions dans les écrits ont été menées sur les effets discriminatoires des lois et des pratiques à l'égard des femmes aux Iles Salomon³⁰. Deux juges de la Cour d'appel reconnaissent clairement que les dispositions constitutionnelles peuvent avoir des effets négatifs sur les femmes, notamment lorsqu'elles renforcent le pouvoir des chefs traditionnels.

Ces deux exemples témoignent non seulement de la tension entre les normes coutumières et les droits fondamentaux, mais aussi de la remise en cause de la neutralité du droit. Comme mentionné, ce dernier est souvent à l'origine de discriminations et d'inégalités envers les femmes.

Nous postulons qu'il est cependant possible de trouver des solutions juridiques permettant non seulement de régler la question de ce conflit de normes (le droit coutumier contre les droits fondamentaux), mais surtout de protéger efficacement les droits fondamentaux des femmes bien souvent bafoués au Vanuatu et dans les autres États de la région. Comme les juristes féministes, nous nous servons du droit comme outil non seulement pour trouver une solution au problème constaté, mais aussi pour changer ou améliorer les rapports et les relations entre les hommes et les femmes. À titre d'exemple, en nous fondant sur la CEDEF, mais surtout sur la jurisprudence canadienne, nous tenterons de proposer une interprétation innovante de droit à l'égalité permettant une meilleure protection des droits fondamentaux des femmes au Vanuatu et dans les États de la région.

3) L'objet de la recherche

Notre étude portera dans un premier temps sur l'analyse et la résolution des conflits qui peuvent naître de la rencontre entre le droit coutumier et les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes, dans le domaine du droit de la famille. Nous analyserons donc différents cas y compris des décisions de justice portant sur la résolution des conflits naissant de l'interaction entre le droit coutumier et les droits fondamentaux.

Dans ce sens, il faut noter qu'au Vanuatu, comme dans les autres États insulaires du Pacifique Sud, il existe deux systèmes juridiques qui fonctionnent en interaction : un système officiel selon lequel

³⁰ Voir par exemple Patricia Imrana Jalal et Joni Madraiwiwi, dir., *Pacific Human Rights Law Digest*, Volume 2, Suva, Secretariat of the Pacific Community (SPC), Pacific Regional Rights Resource Team (RRRT), 2008, à la page, 60, en ligne : [<http://www.rrrt.org/>] (accessible le 4 septembre 2013) [*Jalal et Madraiwiwi, Pacific Human Rights Vol 2*].

opèrent des tribunaux établis par les lois (Constitution et lois) et l'autre système non officiel ou semi-officiel (droit coutumier) administré principalement par les communautés et les chefs. Soulignons que le terme semi-officiel fait référence à l'idée que dans certains cas, comme nous le verrons dans notre partie préliminaire, la loi donne expressément le pouvoir aux chefs coutumier d'appliquer le droit coutumier. Dans d'autres cas, la loi permet aux tribunaux officiels d'appliquer le droit coutumier. Cette dualité (ou pluralisme juridique) a été pensée par les pouvoirs coloniaux, entre autres, dans le souci de prendre en compte les particularismes locaux. Elle a été par la suite maintenue et constitutionnellement affirmée par les États dès leur accession à l'indépendance³¹.

Ce pluralisme juridique a l'avantage de présenter une variété d'approches et de solutions juridiques possibles³². Ainsi, les autochtones préfèrent le droit coutumier en raison non seulement de leur attachement aux valeurs traditionnelles, mais aussi parce que celui-ci demande moins de moyens aussi bien financiers que professionnels. En effet, comme le souligne un certain nombre d'auteurs, ces sociétés aiment leurs coutumes et veulent les préserver³³. De plus, la résolution des conflits au moyen de la coutume étant moins chère, voire gratuite et plus rapide comparativement à l'accès à la justice officielle, le recours au droit coutumier est quasi régulier pour une bonne partie de la population qui ne jouit pas des moyens nécessaires pour s'adresser tribunaux officiels.

Cependant, alors que le droit coutumier présente un certain nombre d'avantages³⁴ dans d'autres sphères de la vie, notamment la résolution des conflits entre individus ou entre clans dans le domaine de la pêche, il n'en est pas ainsi lorsqu'il touche les femmes dans le droit de la famille où ses effets sont particulièrement néfastes sur celles-ci. C'est la raison pour laquelle notre étude

³¹ [Deckker et Kuntz, *La bataille de la coutume*], *supra* note 11, à la page 114.

³² Sue Farran, « Is Legal Pluralism an Obstacle to Human Rights ? Considerations from the South Pacific », (2006) 52 J. Legal pluralism & Unofficial L. 77, à la page 77 [Farran, « Is Legal Pluralism »].

³³ Voir par exemple Jennifer Corrin, « Cultural Relativism vs Universalism : The South Pacific Reality » dans Rainer Arnold, dir., *The Universalism of Human Rights*, New-York, Springer, 2012, 103, à la page 121 [Corrin, « Cultural Relativism »].

³⁴ À titre d'exemple, entre autres, la justice réparatrice comme mode de résolution de disputes dans la coutume est, comme mentionné, non seulement beaucoup moins chère, voire gratuite, mais aussi plus rapide comparativement à l'accès à la justice officielle. Il s'agit là du seul recours disponible dans l'immédiat dans certaines communautés traditionnelles reculées ou éloignées des centres urbains où s'établissent les tribunaux officiels. De plus, le fait de consacrer une place à la coutume dans le système juridique est hautement symbolique pour les groupes autochtones. Au Vanuatu, la coutume a été incorporée dans le système juridique et constitue le fondement même des droits des propriétaires et d'usages des terres. Pour les pères fondateurs de l'indépendance, la coutume est primordiale pour l'identité du peuple. Ainsi, pour eux, cette incorporation consiste à donner de l'importance aux principes et codes de valeurs sociales de la communauté, mais permet aussi de rétablir une identité unique. Ce n'est pas le cas, entre autres, en Australie où le gouvernement décide du contexte dans lequel le droit coutumier doit s'appliquer, et ce, même si la jurisprudence reconnaît le droit foncier aux aborigènes. Voir dans ce sens, *R. c. Sparrow* [1990] R.C.S. 1075 ; Susan Bothmann, « Rites, Whites and Might : A Critique of the Effect of the Revival of Customary Law upon the Autonomy of Indigenous Women », dans Anita Jowitt et Tess Newton Cain, dir., *Passage of Change, Law, Society and Governance in the Pacific*, Canberra ACT, Pandanus Books, 2003, 143, à la page 151 ; *Mabo v. Queensland*, [1992] 175 CLR 1.

portera, entre autres, sur les tensions entre le droit coutumier et le droit à l'égalité des femmes dans le domaine du droit de la famille. Les pratiques coutumières qui retiendront notre attention sont celles relatives au mariage, au divorce, à la garde de l'enfant, à la propriété matrimoniale, à la pension alimentaire des épouses et des enfants, à la filiation, au droit de propriété et de succession, à la violence intrafamiliale et à la résolution des conflits familiaux. Par la même occasion, ces pratiques constituent très souvent un empêchement au respect du droit international des droits fondamentaux. En effet, la mise en œuvre des conventions internationales en matière de droits fondamentaux dans le droit interne est mitigée en raison, entre autres, de l'attachement des États du Pacifique Sud à leurs valeurs culturelles.

Face à cette problématique, il est impératif de dépasser la tension entre le droit coutumier et les droits fondamentaux (une telle idée de tension maintient le *statu quo* selon nous et n'aide pas la cause des femmes) et de proposer des mesures juridiques permettant de mieux protéger les droits et libertés de chacune et chacun et améliorer ainsi le sort des femmes dans ces États. Dans ce sens, il est important non seulement d'insister sur le respect de l'universalité des droits fondamentaux, donc du droit à l'égalité des femmes, mais aussi et surtout de proposer des outils juridiques, notamment une interprétation innovante du droit à l'égalité que les tribunaux vanuatais (et aussi des autres États de la région) peuvent utiliser pour faire avancer les droits des femmes et ainsi changer ou améliorer les rapports des sexes dans la région.

L'étude de cas portera sur le Vanuatu. Une étude approfondie de la jurisprudence, de la législation et de la doctrine sur le pluralisme juridique et surtout sur le conflit entre le droit coutumier et le droit à l'égalité des femmes sera réalisée. Par ailleurs, nous élargissons aussi notre champ d'études aux autres États du Pacifique Sud, compte tenu du problème de conflit des normes qui leur est commun. Ainsi, nous analyserons la jurisprudence et les législations des pays où la question des tensions entre le droit coutumier et le droit à l'égalité des femmes est plus criante, à savoir les Iles Salomon, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, Tuvalu, les Iles Fidji et Samoa. Même si ces États sont signataires des principaux instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, dont la CEDEF, ces ratifications n'apportent cependant pas de changement tangible à la vie quotidienne des

femmes³⁵. Dans certains de ces pays, notamment les Iles Salomon, la culture et le droit coutumier peuvent être invoqués pour justifier une norme discriminatoire, comme nous l'avons vu plus haut³⁶.

Par ailleurs, il est important de mentionner que dans cette thèse il ne sera pas question de chercher à justifier les atteintes à des droits fondamentaux par des considérations culturelles ou par des spécificités internes. Autrement dit, il ne sera pas question de s'interroger sur la légitimité des règles coutumières à défier les droits fondamentaux, notamment ceux des femmes (ceci pourrait faire l'objet d'une autre thèse). Dans ce présent travail, les femmes constituent l'objet de notre étude et notre objectif sera justement d'aller au-delà de cette idée de justification et de légitimation des valeurs culturelles néfastes envers les femmes et donc de proposer des solutions juridiques et sociologiques permettant de mieux protéger les droits des femmes bien souvent bafoués au Vanuatu et dans la région du Pacifique Sud. Un tel objectif explique pourquoi une partie importante de la doctrine consultée porte sur les droits des femmes. Plus fondamentalement, comme nous le verrons, les institutions internationales, dont le Comité des droits de l'Homme ou le Comité de la CEDEF appuient notre position, c'est-à-dire celle consistant à prendre des mesures juridiques pour mettre en place des mécanismes permettant de mieux protéger les droits fondamentaux des femmes.

Dans un souci de clarté et de précision, il convient de faire une parenthèse et d'expliquer l'expression « Pacifique Sud » que nous emploierons très souvent dans cette thèse. En effet, cette terminologie a été utilisée dans un grand nombre d'ouvrages et d'écrits portant sur la région. Elle a souvent été employée indifféremment avec d'autres expressions telles qu'« États insulaires du Pacifique » ou encore « États du Pacifique » pour signifier les États de la région du Pacifique. Pour ce qui nous concerne, l'expression « Pacifique Sud » que nous employons englobe les seize petits États insulaires formant l'Organisation régionale du Forum des Iles du Pacifique, à l'exclusion de l'Australie et la Nouvelle-Zélande (en raison de leur grosseur et de leurs cultures différentes). Ces seize petits États insulaires sont : les Iles Cook, les États fédérés de la Micronésie, les Iles Fidji, Kiribati, la République des Iles Marshall, Nauru, Niue, Palau, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, Samoa, les Iles Salomon, Tonga, Tuvalu et Vanuatu. Soulignons par ailleurs que les États du Pacifique Sud sont généralement classés en trois groupes reflétant leurs caractéristiques

³⁵ [Corrin, « Cultural Relativism »], *supra* note 33, à la page 103 ; Sue Farran, *Human Rights in the South Pacific : Challenges and Changes*, London, Routledge-Cavendish, 2009, à la page 2-3 [Farran, *Human Rights in the South Pacific*].

³⁶ [Constitution of Solomon Islands], *supra* note 24, art. 15(1) : « Subject to the provisions of subsections (5), (6) and (9) of this section, no law shall make any provision that is discriminatory of itself or in its effect ». L'article 15(5) de la même Constitution énonce que « Subsection (1) of this section shall not apply to any law so far as that law makes provision : (d) for the application of customary law » ; [Minister for Provincial], *supra* note 22.

linguistiques et culturelles, à savoir la Mélanésie (les Iles Fidji, Papouasie-Nouvelle-Guinée, les Iles Salomon et le Vanuatu), la Polynésie (les Iles Cook, Samoa, Tokelau et Tonga) et la Micronésie (les États fédérés de la Micronésie, Kiribati, les Iles Marshall, Nauru, Palau et Tuvalu). Comme nous l'avons mentionné plus haut, dans notre étude, nous allons nous concentrer surtout sur les États de la Mélanésie. Mais deux autres États de la Micronésie (Tuvalu) et de la Polynésie (Samoa) retiendront aussi notre attention considérant leur jurisprudence pertinente en la matière.

4) La pertinence du sujet

Cette thèse présente une pertinence à la fois scientifique et sociale.

a) La pertinence scientifique

Dans le présent contexte de mondialisation où les valeurs traditionnelles sont confrontées à des normes dites universelles (en l'occurrence les droits fondamentaux), notre sujet présente une grande pertinence scientifique. Alors que plusieurs écrits ont été réalisés sur le conflit entre le droit coutumier et les droits fondamentaux dans les États de la région, cette question n'a pas encore été traitée de manière détaillée dans une perspective du respect des obligations internationales et de l'affirmation de l'universalité des droits fondamentaux et par la même occasion du respect du droit à l'égalité des femmes, d'où l'importance de mener le présent travail de recherche.

En effet, la plupart des chercheurs dans la région traitent la question du droit coutumier et du respect des droits fondamentaux dans une perspective de droit interne. Un certain nombre de textes répertoriés sur le sujet constatent un conflit entre le droit coutumier et les droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes, en particulier dans le domaine du droit de la famille³⁷.

³⁷ Kenneth Brown et Jennifer Corrin, « Conflict in Melanesia : Customary Law and the Rights of Women », (1994) 24 Commw. L. Bull. 1334 [**Brown et Corrin**, « **Conflict in Melanesia** »] ; Jennifer Corrin, « Reconciling Customary Law and Human Rights in Melanesia », (2003) 4 Hibernian L. J. 53 [**Corrin**, « **Reconciling Customary Law** »] ; Jennifer Corrin, « Conflict between Customary Law and Human Rights in The South Pacific », travail présenté à la 12^e Conférence sur le droit du Commonwealth à Kuala Lumpur en septembre 1999, en ligne : [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/online/Pacific_law/Corrin.htm] (accessible le 27 septembre 2013) [**Corrin**, « **Conflict Between** »] ; Patricia Imrana Jalal, « Ethnic and Cultural Issues in Determining Family Disputes in Pacific Island Courts », Christchurch, New Zealand, lundi 8 octobre 2001, 17^{ème} Conférence biennale de Lawasia et de droit de la Nouvelle-Zélande, en ligne : [<http://www.rrrt.org/assets/Ethnic%20and%20Cultural%20Issues%20in%20Determining%20Family%20Disputes%20....pdf>] (accessible le 10 septembre 2011) [**Jalal**, « **Ethnic** »] ; Jean Zorn, « Custom Then and Now : The Changing Melanesian Family », dans Anita Jowitt et Dr Tess Newton Cain, dir., *Passage of Change, Law, Society and Governance in the Pacific*, Canberra ACT, Pandanus Books, 2003, 95 ; [**Farran**, « **Is Legal Pluralism** »], *supra* note 32 ; Sue Farran, « The Joli Way to Resolving Legal Problems : A New Vanuatu Approach ? », (2003) 7(2) J. S. Pac. L., en ligne : [<http://www.paclii.org/journals/FJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013) [**Farran**, « **Joli Way** »] ; Sue Farran, « Family

D'autres écrits abordent ce conflit dans le domaine du droit criminel³⁸, du droit foncier³⁹ et enfin, d'autres ouvrages et articles traitent d'une manière générale l'opposition entre les valeurs culturelles de cette région et les valeurs sous-jacentes aux droits fondamentaux⁴⁰. En réponse à ce conflit des normes, certains auteurs proposent que les droits fondamentaux soient conceptualisés comme des

Law and French Law in Vanuatu : An Opportunity Missed ? », (2004) 35 V. U. W. L. Rev. 367 [Farran, « **Family Law** »] ; Sue Farran, « Pigs, Mats and Feathers Customary Marriage in Vanuatu », (2004) 27 J. S. Pac. Studies 245 ; Sue Farran, « What is the Matrimonial Property Regime in Vanuatu? », (2001) 5 J. S. Pac. L., [http://www.paclii.org/journals/fJSPL/] (accessible le 8 septembre 2013) [Farran, « **What is** »].

³⁸ [Swamy, « **Customary Reconciliation** »], *supra* note 20 ; Benedicta Rousseau, « This is a Court of Law Not a Court of Morality : Kastom and Custom in Vanuatu State Courts », (2008) 12(2) J. S. Pac. L. 15 [Rousseau, « **This is a Court** »] ; Don Paterson et Anita Jowitt, « More on Customary Reconciliation Ceremonies in Sentencing for Criminal Offences », (2008) 12(2) J. S. Pac. L. 39 [Paterson et Jowitt, « **Customary Reconciliation** »] ; Don Paterson, « Customary Reconciliation in Sentencing for Sexual Offences : A Review for Public Prosecutor v Ben and others and Public Prosecutor v Tarilingi and Gamma », (2006) 10(1) J. S. Pac. L., en ligne : [http://www.paclii.org/journals/fJSPL/] (accessible le 8 septembre 2013).

³⁹ Ralph Regenvanu, « Issues with Land Reforms in Vanuatu », (2008) 12 (1) J. S. Pac. L. 64 [Regenvanu, « **Land Reforms** »] ; Susan Farran, « A Mother's Care or Land, But Not Both – Tepulolo v Pou [2005] TVHC 1 », (2005) 9(1) J. S. Pac. L., en ligne : [http://www.paclii.org/journals/fJSPL/] (accessible le 8 septembre 2013) [Farran, « **A Mother's Care or Land** »] ; Anita Jowitt, « Indigenous Lands Grievances, Customary Land Dispute and Restorative Justice », (2004) 8(2) J. S. Pac. L., en ligne : [http://www.paclii.org/journals/fJSPL/] (accessible le 8 septembre 2013) ; Dorosthy Kenneth et Henlyn Silas, « Vanuatu : Traditional Diversity and Modern Uniformity », dans Cema Bolabola, Dorosthy Kenneth, Henlyn Silas, Mosikaka Moengangongo, Aiono Fana'afi et Margaret James, dir., *Land Rights of Pacific Women*, Suva, University of the South Pacific/Institute of Pacific Studies, 1986, 68 ; David Lea, *Melanesian Land Tenure in a Contemporary and a Philosophical Context*, Lanham, University Press of America, 1997 ; Joseph Foukona, « Legal Aspects of Customary Land Administration in Solomon Islands », (2007) 11(1) J. S. Pac. L. 64.

⁴⁰ Parkinson Wirrick, « Restricting the Freedom of Movement in Vanuatu : Custom in Conflict with Human Rights », (2008) 12 (1) J. S. Pac. L. 76 [Wirrick, « **Restricting the Freedom** »] ; Dejo Olowu, « When Unwritten Customary Authority Overrides the Legal Effects of Constitutionnal Rights : A critical Review of Tuvaluan Decision in *Mase Teonea v Pule O Kaupule and Others* », (2005) 9(2) J. S. Pac. L., en ligne : [http://www.paclii.org/journals/fJSPL/] (accessible le 8 septembre 2013) [Olowu, « **When Unwritten** »] ; Miranda Forsyth, « Banishment and Freedom of Movement in Samoa : *Leituala v Mauga, Kilfifi et al* », (2004) 8(2) J. S. Pac. L., en ligne : [http://www.paclii.org/journals/fJSPL/] (accessible le 8 septembre 2013) [Forsyth, « **Banishment** »] ; Jenifer Corrin, « Cultures in Conflict : The Role of the Common Law in the South Pacific », (2002) 6(2) J. S. Pac. L., en ligne : [http://www.paclii.org/journals/fJSPL/] (accessible le 8 septembre 2013) [Corrin, « **The Role of Common Law** »] ; Ian Fraser, « Legal Theory in Melanesia : Pluralism? Dualism? Pluralism Long Dualism? », (1999) 3 J. S. Pac. L., en ligne : [http://www.paclii.org/journals/fJSPL/] (accessible le 8 septembre 2013) ; [Farran, *Human Rights in the South Pacific*], *supra* note 35 ; Jennifer Corrin, Tess Newton Cain et Don Paterson, *Introduction To South Pacific Law*, London, Cavendish Publishing Limited, 1999 [Corrin et al., *Introduction to South Pacific Law*] ; Kenneth Brown, *Reconciling Customary Law and Received Law in Melanesia : The Post Independence Experience in Solomon Islands and Vanuatu*, Darwin NT, Uniprint NT, 2005 [Brown, *Reconciling Customary Law*] ; Alex Frame, « Fundamental Rights in the Realm of New Zealand : Theory and Practice », (1992) 22 V.U.W.L.Rev. 88 [Frame, « **Fundamental Rights** »] ; Kenneth Brown, « Customary Law in the Pacific : An Endangered Species? », (1999) 3 J. S. Pac. L., en ligne : [http://www.paclii.org/journals/fJSPL/] (accessible le 8 septembre 2013) [Brown, « **Customary Law** »] ; Vincent Lunabeck, « Adjudication of Customary Law in the Pacific », (2004) 15 Commonwealth Judicial Journal 25 [Lunabeck, « **Adjudication** »] ; Patricia Imrana Jalal, *Law for Pacific Women, A Legal Rights Handbook*, Suva, Fiji Women's Rights Movement, 1998 [Jalal, *Pacific Women*] ; Konai Helu Thaman, « A Pacific Island Perspective of Collective Rights », dans Nin Tomas, dir., *Collective Human Rights of Pacific Peoples*, Auckland, University of Auckland, 1998, 1 [Thaman, « **Collective Rights** »] ; Caren Wickliffe, « Cultural Rights, Culture and Human Rights Education », dans Margaret Wilson et Paul Hunt, dir., *Culture, Rights, and Cultural Rights Perspectives from the South Pacific*, Wellington, Huia Publishers, 2000, 129 [Wickliffe, « **Cultural Rights** »] ; Laurent Chassot, « Violences et discriminations dans les États insulaires du Pacifique Sud : États des lieux au Vanuatu », (2008) 14 R. J. P. 59 [Chassot, « **Violences et discriminations** »] ; [Corrin, « **Negotiating** »], *supra* note 11.

normes qui ne doivent s'appliquer que lorsque les valeurs coutumières des sociétés du Pacifique Sud le permettent⁴¹.

D'autres universitaires avancent que les valeurs traditionnelles et les normes coutumières de ces sociétés soient adaptées aux droits fondamentaux⁴². Elles doivent cependant être interprétées dans le contexte de ces États afin d'éviter tout discours teinté d'impérialisme culturel. Selon eux, il y a lieu de miser sur les devoirs et les obligations des individus, compte tenu de la prédominance des valeurs collectives dans la région. Ils considèrent par ailleurs que la sensibilisation des tribunaux et de la population en général sur la question du droit à l'égalité des femmes, notamment par le moyen de la formation, ne doit pas être négligée. Or, force est de constater que ces propositions sont assez succinctes et ne font l'objet d'aucune mesure concrète d'application.

Comme nous l'avons souligné plus haut, tous ces écrits sont réalisés dans une perspective de droit interne. Très peu d'ouvrages et d'articles abordent la question du droit coutumier et des droits fondamentaux sous l'angle du respect du droit international ou des obligations internationales de ces États et de la nécessité de réaffirmer l'universalité des droits fondamentaux⁴³. Notre étude permettra de dresser un portrait du respect par ces États de leurs obligations internationales en la matière et de proposer des réformes du droit et des institutions nationales afin de protéger efficacement les droits fondamentaux des femmes. En effet, les praticiens et les décideurs découvriront, au travers d'une telle étude, une perspective au-delà du droit interne permettant d'élargir le débat sur le conflit entre le droit coutumier et les droits fondamentaux et d'apporter à la

⁴¹ Leulua'iali'i Tasi Malifa, « The Rights Conflict in the Constitutions of the South Pacific : Seeking Toleration into the 21st Century » dans Nin Tomas, dir., *Collective Human Rights of Pacific Peoples*, Auckland, International Research Unit for Maori and Indigenous Education, University of Auckland, 1998, 120 [Malifa, « **The Rights Conflict** »] ; Yash Ghai, « Constitutionnal Making and Decolonisation » dans Yash Ghai, dir., *Law, Government and Politics in the Pacific Island States*, Suva, University of the South Pacific, 1988, 1 [Ghai, « **Constitutionnal** »] ; Ah Angelo, « Lo Bilong Yumi Yet », (1992) 22 V.U.W.L.Rev. 40 [Angelo, « **Lo Bilong** »].

⁴² [Brown et Corrin, « **Conflict in Melanesia** »], *supra* note 37, à la page 1351.

⁴³ Les seuls écrits que nous avons recensés sont : [Corrin « **Cultural Relativism** »], *supra* note 33 ; Dejo Olowu, « The United Nations Human Rights Treaty System and the Challenges of Commitment and Compliance in the South Pacific », (2006) 7(1) Melbourne J. Int'l L. 160 [Olowu, « **The United Nations** »] ; Jean Zorn, *Women, Custom and International Law in the Pacific*, Occasional Paper number 5, Port Vila, University of the South Pacific, 2000 ; Laititia Tamata, « Application of Human Rights Conventions in the Pacific Islands Courts », (2000) 4 J. S. Pac. L., en ligne : [http://www.pacii.org/journals/fJSPL/] (accessible le 8 septembre 2013) [Tamata, « **Application of Human Rights** »] ; Caren Wickliffe, « The Relationship Between the Constitution Amendment Act 1997 and International Instruments of Women and Children », (1998) 2 J. S. Pac. L., en ligne : [http://www.pacii.org/journals/fJSPL/] (accessible le 8 septembre 2013) ; Patricia Imrana Jalal, « Pacific Culture and Human Rights : Why Pacific Island Countries Should Ratify International Human Rights Treaties », (2006) Pacific Regional Rights Ressource Team (RRRT/UNDP), en ligne : [http://www.rrrt.org/assets/Pacific%20Culture%20and%20Human%20Rights.pdf] (accessible le 2 avril 2012) [Jalal, « **Pacific Culture** »] ; Natalie Baird, « To Ratify or Not Ratify ? An Assesment of the Case for Ratification of International Human Rights Treaties in the Pacific », (2007) University of the South Pacific, en ligne : [http://rspas.anu.edu.au/papers/melanesia/conference_papers/PIPSApaper5] (accessible le 5 août 2012) [Baird, « **To Ratify** »].

lumière du droit international, mais aussi des droits des autres pays (notamment le Canada), de nouvelles solutions juridiques à la problématique constatée. En somme, cette étude montrera qu'il existe effectivement un conflit entre le droit coutumier et les droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes, et que ce droit coutumier constitue un obstacle au respect des obligations internationales de ces États. Elle ira même plus loin en proposant des solutions tirées du droit international, de la doctrine et du droit étranger pour dépasser les tensions entre le droit coutumier et les droits fondamentaux et proposer des mesures juridiques permettant de mieux protéger les droits fondamentaux des femmes au Vanuatu et dans la région du Pacifique Sud.

Dans ce sens, la première originalité de notre travail consistera à aborder, de manière détaillée, la tension entre le droit coutumier et les droits fondamentaux d'un point de vue non seulement du respect du droit interne, mais aussi du respect des obligations internationales des États du Pacifique Sud. Aucun ouvrage ou article ne traite cette question de manière aussi détaillée et dans cette double perspective. Comme nous verrons, la méthode féministe sera employée pour mener une telle étude afin de critiquer la neutralité du système et des concepts juridiques au Vanuatu et dans les autres États de la région.

La deuxième originalité (la plus importante à notre avis) consistera ensuite à s'appuyer sur la jurisprudence canadienne pour proposer une interprétation innovante du droit à l'égalité dans le but de parvenir à une meilleure protection des droits fondamentaux, notamment des femmes au Vanuatu et dans la région du Pacifique Sud. Notre travail pourra aider à forger et à produire, grâce aux enseignements de la Cour suprême du Canada, un cadre analytique du droit à l'égalité, en particulier des femmes au Vanuatu. L'objectif recherché dans cette proposition consistant à améliorer et à réformer le droit repose sur l'ambition (ou la volonté) de parvenir à une transformation sociale dans les rapports des sexes, c'est-à-dire à améliorer ou à changer les relations entre les femmes et les hommes.

b) La pertinence sociale

La pertinence sociale du sujet repose quant à elle sur deux idées principales.

Premièrement, la difficulté de conciliation du droit coutumier et des droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes, constitue une préoccupation non seulement pour la communauté juridique, mais aussi pour les autorités gouvernementales et les groupes des femmes

du Vanuatu et des États environnants. Depuis quelques années, l'atteinte de l'égalité des sexes est devenue une question préoccupante pour les gouvernements de ces États⁴⁴. Il faut noter que le Vanuatu, comme les autres États insulaires du Pacifique Sud, sont des États en développement qui dépendent essentiellement des aides étrangères venant de l'Australie, la Nouvelle-Zélande, les États-Unis et l'Union Européenne. Le versement de fonds par ces États pourvoyeurs n'est pas automatique. En effet, ils posent un certain nombre de conditions que ces États insulaires doivent respecter pour pouvoir bénéficier de ces aides, notamment la bonne gouvernance et le respect des droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes. Ainsi, le Vanuatu a envoyé une délégation composée de dix membres à la Quatrième Conférence sur les femmes qui s'est tenue à Beijing en 1995. En septembre 2000, comme les autres gouvernements de la région, le gouvernement du Vanuatu, par l'intermédiaire de son premier ministre, a participé au Sommet sur les objectifs du millénaire pour le développement organisé sous les auspices des Nations Unies à New York. Parmi les huit objectifs adoptés, le troisième porte sur l'égalité entre les sexes. Les États participants au Sommet se sont engagés à atteindre ces objectifs au plus tard en 2015⁴⁵. Or la tâche de concilier le droit coutumier et les droits fondamentaux, notamment les droits à l'égalité des femmes, est loin d'être facile puisque les prémisses du droit coutumier et des droits fondamentaux diffèrent généralement : l'individu contre la collectivité. Par ailleurs, dans une société de plus en plus internationalisée et où la pression exercée sur les États par des instances internationales pour respecter les normes internationales en matière de droits fondamentaux est continue, nul doute que la question traitée constitue un sujet de préoccupation non seulement pour les juristes, mais aussi pour les autorités gouvernementales. Nos solutions pourraient donc s'avérer utiles pour les États du Pacifique Sud qui souhaitent continuer à bénéficier de ces aides étrangères.

Deuxièmement, ces États doivent apprendre à vivre aussi bien avec les avantages que les contradictions du pluralisme juridique qu'ils connaissent. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le pluralisme juridique présente une variété d'approches et de solutions juridiques possibles à une question donnée. Dans ce contexte, le recours au droit coutumier peut être primordial pour l'harmonie et l'ordre dans la société traditionnelle. Il met aussi en avant les différences culturelles

⁴⁴ La Communauté du Pacifique Sud organise tous les trois ans une Conférence régionale majeure sur la condition féminine, qui précède la Conférence ministérielle sur ce même thème. À cette occasion se réunissent des ministres, des hauts fonctionnaires et des représentants d'ONG qui œuvrent en faveur de la condition féminine, afin d'examiner les moyens de promouvoir l'égalité des hommes et des femmes dans le Pacifique.

⁴⁵ Roselyn Tor et Anthea Toka, *Gender, Kastom and Domestic Violence. A Research on the Historical Trend, Extend, and Impact of Domestic Violence in Vanuatu*, Port Vila, Department of Women's Affairs, août 2004, à la page 55 **[Tor et Toka, Gender]** ; Nations Unies, *Objectifs du Millénaire pour le Développement*, septembre 2000, en ligne : [<http://www.un.org/fr/millenniumgoals/index.shtml>] (accessible le 2 janvier 2013), Objectif 3 : « Promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes », **[Objectifs du Millénaire]**.

de ces États. Cependant, il n'est pas sans inconvénient. Dans un système de pluralisme juridique, les différents ordres normatifs sont susceptibles d'entrer en conflit. Une réponse donnée, qu'elle soit juridique ou non, peut l'emporter sur les autres réponses possibles⁴⁶. Par conséquent, les droits et obligations ne seront pas efficacement mis en œuvre et protégés. La recherche des solutions, en particulier la proposition des réformes pour répondre à cette problématique, s'avère donc importante pour ces États puisqu'ils doivent vivre avec les avantages et les inconvénients du pluralisme juridique. Notre solution aidera à atteindre cet objectif. En effet, nous tenterons de proposer des solutions qui renforcent, entre autres, les cadres juridique et politique dans le but de promouvoir et protéger efficacement les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes.

5) La méthodologie

Dans le cadre de notre recherche, nous adoptons une approche féministe de la critique du droit et du système juridique. Une telle critique s'effectuera dans le contexte du Vanuatu et des États insulaires du Pacifique Sud. Avant de voir comment une telle méthode s'applique concrètement à notre thèse (c), attardons-nous tout d'abord sur la méthode féministe en général (a) et ensuite sur le cadre féministe appliqué au droit (b).

a) Le cadre d'analyse féministe

Le cadre théorique féministe suppose que la chercheuse ou le chercheur pose la « question des femmes », c'est-à-dire qu'elle/il tient compte des rapports sociaux inégalitaires de sexe et qu'elle/il remette en question les concepts et leurs interprétations qui ne prennent pas en considération les réalités des femmes. Cette interrogation se trouve au centre même des théories féministes⁴⁷, théories auxquelles les juristes féministes empruntent des concepts pour déconstruire et reconstruire le droit.

⁴⁶ [Farran « Is Legal Pluralism »], *supra* note 32, à la page 77-78.

⁴⁷ Les théories féministes se sont développées et se développent dans plusieurs domaines des sciences sociales, dont la sociologie, la politique, la philosophie... Voir dans ce sens, Sara Delamont, *Feminist Sociology*, London/Thousand Oaks/New Delhi, Sage publications, 2003 ; Christen Myers, Cynthia Anderson et Barbara Risman, dir., *Feminist Foundations, Toward Transforming Sociology*, Thousand Oaks/London/New Delhi, Sage publications, 1997 ; Mary Lindon Shanley et Carole Pateman, dir., *Feminist Interpretations and Political Theory*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 1991 ; Sandra Harding, *The Feminist Standpoint Theory Reader, Intellectual and Political Controversies*, New-York/London, Routledge, 2004 ; Elsa Dorlin, *Sexe, genre et sexualités, Introduction à la théorie féministe*, Paris, PUF, 2008 [Dorlin, *Sexe*] ; Martha Albertson Fineman, dir., *Transcending the Boundaries of Law, Generations of Feminism and Legal Theory*, New-York, Routledge, 2010.

Les théories féministes reposent sur « un savoir indissociablement lié à un mouvement politique qui problématise, notamment d'un point de vue épistémologique inédit, le rapport que tout savoir entretient avec une position de pouvoir, qu'il renforce, renverse ou modifie en retour »⁴⁸. En effet, le rapport dominant/dominé entre les hommes et les femmes est créé et entretenu, entre autres, par le savoir. Les femmes ont donc mis en place un mouvement dit féministe qui lutte pour une égalité entre les hommes et les femmes dans toutes les sphères de la société, traquant les préjugés relatifs à leur infériorisation ou dénonçant l'iniquité de leur condition. Plus exactement, Huguette Dagenais définit le féminisme comme :

un mouvement social à plusieurs voix/voies dont l'objectif est la transformation en profondeur des rapports sociaux de sexe, qui sont oppressifs pour les femmes, en vue d'une société juste et égalitaire. Les femmes bien entendu, sont les principales actrices de ce mouvement de libération, libération qui ne peut se limiter à la poursuite d'une égalité purement formelle, ni aux intérêts spécifiques de certaines femmes⁴⁹.

b) Le cadre féministe appliqué au droit

La question susmentionnée se pose aussi en droit. En effet, plusieurs ouvrages sont consacrés aux théories juridiques féministes ou au féminisme en droit⁵⁰. Concrètement, en droit, poser « la question des femmes » consiste à identifier les différentes implications des règles et des pratiques sur les femmes. Alors qu'elles paraissent neutres, ces normes (règles juridiques et pratiques coutumières) peuvent parfois nuire aux femmes⁵¹. La question consiste à se demander comment et pourquoi le droit prend en compte ou non les expériences et les réalités vécues par les femmes et comment les normes et les concepts juridiques « invisibilisent » et contrôlent les femmes⁵². Cette question suppose, d'une part, que la norme juridique possède un caractère androcentrique et d'autre part, que celle-ci n'est pas neutre. L'objectif de « la question des femmes » est non seulement

⁴⁸ [Dorlin, *Sexe*], *supra* note 47, à la page 7.

⁴⁹ Huguette Dagenais, « Méthodologie féministe pour les femmes et le développement », dans Marie-France Labrecque, dir., *L'égalité devant soi, sexes, rapports sociaux et développement international*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 1994, 258, à la page 260-261 [Dagenais, « Méthodologie féministe »].

⁵⁰ Joanne Conaghan, dir., *Feminist Legal Studies, Critical Concept in Law*, Volume I, II, III, IV, London/New York, Routledge, 2009 ; Kelly Weisberg, dir., *Feminist Legal Theory, Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993 ; Martha Chamallas, *Introduction to Feminist Legal Theory*, second ed., New-York, Aspen publishers, 2003 ; Nancy Dowd et Michelle Jacobs, dir., *Feminist Legal Theory, An Anti-essentialist Reader*, New York/London, New York University Press, 2003 ; Martha Albertson Fineman, Jack Jackson et Adam Romero, dir., *Feminist and Queer Legal Theory, Intimate Encounters, Uncomfortable Legal Theory*, Farnham/Burlington, Ashgate, 2009 ; Kelly Weisberg, dir., *Application of Feminist Legal Theory to Women's Lives, Sex, Violence, Work, and Reproduction*, Philadelphia, Temple University Press, 1996 ; Madhavi Sunder, dir., *Gender and Feminist Theory in Law and Society*, Burlington, Ashgate, 2007 ; Doris Buss et Ambreena Manji, dir., *International Law : Modern Feminist Approaches*, Oxford/Portland, Hart, 2005 [Buss et Manji, *International*] ; Clare McGlynn, dir., *Legal Feminisms : Theory and Practice*, Adershot/Brookfield USA/Singapore/Sydney, Ashgate, 1998.

⁵¹ Katharine Bartlett, « Feminist Legal Methods », dans D. Kelly Weisberg, dir., *Feminist Legal Theory, Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, 551 [Bartlett, « Feminist »].

⁵² [Bartlett, « Feminist »], *supra* note 51, à la page 551.

d'exposer ces caractéristiques nuisibles aux femmes, mais aussi de proposer comment celles-ci peuvent être corrigées.

De la même manière, un courant féministe critique aussi le droit international des « droits de l'Homme » en raison de son caractère androcentrique. Selon les tenants de ce courant, il s'agit *a priori* de règles qui se veulent neutres et universelles, mais une analyse profonde de celles-ci montre qu'elles sont établies essentiellement par et pour les hommes et qu'elles excluent les femmes à plusieurs égards⁵³. Dans ce sens, elles tentent de démontrer que la structure du droit international reflète une perspective masculine et assure la domination continue des hommes⁵⁴. En effet, considérant le fait que les sujets primaires du droit international sont les États et les organisations internationales, les femmes sont marginalisées dans ces deux cas. Non seulement elles sont sous-représentées dans les instances des Nations Unies, mais la plupart des leaders étatiques sont aussi des hommes⁵⁵. Ainsi, peu de femmes ont été élues aux organes chargés de la surveillance et de l'application des traités des droits fondamentaux des Nations Unies, sauf en ce qui concerne le Comité pour la CEDEF dans lequel les 23 membres sont presque souvent des femmes⁵⁶. Une telle participation déséquilibrée conduit notamment à la mise en place d'un droit international fondé sur des préjugés puisque s'appuyant sur la distinction entre les sphères publique (terrain des hommes où les décisions se prennent et où le droit international intervient régulièrement) et privée (terrain des femmes, c'est-à-dire lieu familial où le droit international n'intervient pas et où il y a très peu de

⁵³ Hilary Charlesworth, « Les critiques du droit international », traduit par Claude-catherine Lemoine et Catherine Botoko-Claesen, dans Hilary Charlesworth, *Sexe, genre et droit international*, Paris, éditions Pedone, 2013, 143, à la page 154 et s. [**Charlesworth, « Les critiques »**]; Hilary Charlesworth, « Contrarier Oscar ? L'analyse féministe du droit international », traduit par Prunelle Thibault-Bédard et Catherine Botoko-Claeyesen, dans Hilary Charlesworth, *Sexe, genre et droit international*, Paris, éditions Pedone, 2013, 45, à la page 46 et s. ; Hilary Charlesworth, Christine Chinkin et Shelly Wright, « Feminist Approaches to International Law », (1991) 85 Am. J. Int'l L. 613, à la page 621-622 [**Charlesworth et al., « Feminist Approaches »**]; Celina Romany, « State Responsibility Goes Private : A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law », dans Rebecca Cook, dir., *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1995, 85, à la page 85. Cette dernière avance que les femmes sont *étrangères* au droit international [**Romany, « State Responsibility »**].

⁵⁴ Hilary Charlesworth, « Que sont les droits des femmes en droit international ? », traduit par Catherine Botoko-Claeyesen et Amira De Kochko, dans Hilary Charlesworth, *Sexe, genre et droit international*, Paris, éditions Pedone, 2013, 95, à la page 98 et s. [**Charlesworth, « Que sont les droits »**]; [**Buss et Manji, International**], *supra* note 50 à la page 2 ; Karen Engle, « International Human Rights and Feminisms : When Discourses Keep Meeting », dans Doris Buss et Ambreena Manji, dir., *International Law, Modern Feminist Approaches*, Hart Publishing, Oxford, 2005, 47, à la page 52 [**Engle, « International »**].

⁵⁵ [**Charlesworth et al., « Feminist Approaches »**], à la page 622.

⁵⁶ En date du 15 juin 2015, un seul homme (de la Finlande) siégeait à titre de membre. [**Charlesworth, « Les critiques »**], *supra* note 53, à la page 155 ; Hilary Charlesworth, « Transformer le club des hommes unis : un avenir féministe pour les Nations Unies », traduit par Prunelle Thibault-Bédard et Catherine Botoko-Claeyesen, dans Hilary Charlesworth, *Sexe, genre et droit international*, Paris, éditions Pedone, 2013, 59, à la page 59 et s.

pouvoir décisionnel)⁵⁷. Nous reviendrons sur cette distinction (qui est aussi critiquée en droit interne) un peu plus bas.

Que ce soit en droit international ou en droit interne, le principal objectif des juristes féministes consiste à démontrer que le système et les concepts juridiques « invisibilisent » les femmes. Ainsi, inspirées par les théories féministes, ces juristes féministes recourent, entres autres, à la contextualisation (i) pour critiquer l'objectivité du droit (ii). Elles remettent aussi en question la fausse dichotomie entre la sphère publique et privée (iii) et proposent une rupture épistémologique, c'est-à-dire la déconstruction et la reconstruction du savoir juridique (iv).

i) La contextualisation

L'objectif pour les juristes féministes consiste à replacer les faits dans leur juste contexte économique, social, culturel et historique. En droit canadien, la décision *R. c. Lavallée*⁵⁸ démontre par exemple l'importance d'analyser tout le contexte, notamment psychologique pour comprendre la réalité des femmes. Dans cette affaire, Angélique Lyn Lavallée qui plaidait la légitime défense, a été acquittée du meurtre de son conjoint grâce, notamment, à la preuve d'expert sur la question du « syndrome de la femme battue ». Le « syndrome de la femme battue » doit être considéré comme « un état pathologique de dépendance et d'impuissance qui semble empêcher la personne de fonctionner normalement »⁵⁹. En effet, avant les derniers gestes de violence de son conjoint, Angélique Lyn Lavallée avait été violentée pendant des années par son conjoint. Ce syndrome a permis d'expliquer pourquoi elle ne l'avait pas quitté, mais aussi de démontrer le caractère cyclique de la violence⁶⁰. Comme l'a souligné Sylvie Frigon, « la décision ne crée pas de nouveau moyen de défense pour les femmes battues, mais reconnaît plutôt qu'il est normal de juger une accusée en tenant compte de la perspective des femmes »⁶¹. Ainsi, la juge Wilson a noté dans cette affaire que « l'intimée avait droit à ce que le jury examine ses actes à la lumière de ses propres perceptions de

⁵⁷ Hilary Charlesworth, « Un mode de différences : les distinctions public/privé en droit international », traduit par Prunelle Thibault-Bédard et Catherine Botoko-Claeysen, dans Hilary Charlesworth, Sexe, genre et droit international, éditions Pedone, Paris, 2013, 125, à la page 125 et s.

⁵⁸ *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852 [*Lavallée*].

⁵⁹ Sylvie Frigon, « L'homicide conjugal féminin de Marie-Josephte Corriveau (1763) à Angélique Lyn Lavallée (1990) : meurtre ou légitime défense », (1996) 29(2) Criminologie, 11, à la page 18 [**Frigon, « L'homicide »**].

⁶⁰ [**Frigon, « L'homicide »**], *supra* note 59, à la page 20.

⁶¹ [**Frigon, « L'homicide »**], *supra* note 59, à la page 20 ; Anne-Marie Boisvert, « Légitime défense et le « syndrome de la femme battue » : *R. c. Lavallée* », (1991) 36 R.D. McGill, 191, à la page 194.

la situation [...] »⁶². L'examen du « syndrome de la femme battue » a donc permis de valider les expériences des femmes, celles qui jusqu'alors étaient ignorées⁶³.

En somme, les juristes féministes avancent qu'il faut recourir à la contextualisation des faits pour comprendre les expériences vécues par les femmes, leurs réalités diverses et comment elles sont désavantagées par rapport aux hommes à tous les niveaux de vie. Dans ce sens, il est aussi important de tenir compte des formes multiples de discrimination qui touchent les femmes. Les juristes féministes se servent de ces réalités pour critiquer les règles de droit et proposer des réformes, des solutions et des changements⁶⁴. C'est seulement dans ce contexte que la critique du système juridique qui se dit neutre et asexué sera pertinente et efficace.

ii) La critique de l'objectivité

Par ailleurs, les féministes sont unanimes sur le rejet de l'objectivité de la norme juridique⁶⁵. En effet, les juristes féministes cherchent à dénoncer et à explorer le contenu patriarcal du droit et ses supposées caractéristiques neutres⁶⁶. Ainsi, l'application d'un cadre féministe au droit consiste en la critique du droit et des concepts mêmes du système. En posant « la question des femmes », les juristes féministes remettent en question la supposée neutralité et l'universalité du droit⁶⁷. Ainsi, le système de justice est-il réellement neutre à l'égard des femmes? À titre d'exemple, les juges qui appliquent le droit et dans certains cas, « créent » le droit (en particulier dans les pays de la *Common Law* en raison de la règle du précédent) sont-ils réellement impartiaux, alors qu'ils ne peuvent faire abstraction de leurs valeurs personnelles⁶⁸? Leur subjectivité n'est-elle pas considérée comme de l'impartialité? En effet, d'une certaine façon, les juges sont influencés non seulement par

⁶² [Lavallée], *supra* note 58, à la page 875.

⁶³ Toutefois, cette décision a été critiquée pour avoir accordé plus de poids aux experts médicaux et psychologiques qu'à « la voix des femmes » : [Frigon, « L'homicide »], *supra* note 59, à la page 24.

⁶⁴ Joanne Conaghan, « Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law », dans Joanne Conaghan, dir., *Feminist Legal Studies, Critical Concepts in Law*, Vol 1, London/New-York, Routledge, 2009, 360, à la page 363 [Conaghan, « Reassessing »].

⁶⁵ Hilary Charlesworth, « Feminist Methods in International Law », (1999) 93 Am. J. Int'l L. 379 [Charlesworth, « Feminist Methods »] ; [Dagenais, « Méthodologie féministe »], *supra* note 49, à la page 276 ; Jennifer Nedelsky, « Embodied Diversity and the Challenges to Law », dans Joanne Conaghan, dir., *Feminist Legal Studies, Critical Concepts in Law*, Volume 3, London/New-York, Routledge, 2009, à la page 249 [Nedelsky, « Embodied Diversity »] ; [Bartlett, « Feminist »], *supra* note 51, à la page 551.

⁶⁶ [Conaghan, « Reassessing »], *supra* note 64, à la page 363.

⁶⁷ [Charlesworth, « Feminist Methods »], *supra* note 65, à la page 379 ; [Dagenais, « Méthodologie féministe »], *supra* note 49, à la page 276 ; [Nedelsky, « Embodied Diversity »], *supra* note 65, à la page 249-272.

⁶⁸ Bertha Wilson, « Est-ce que des femmes juges feront une différence », (1990-1991) 4(2) Rev. jur. femme drt. 359, à la page 360-361 [Wilson, « Femmes juges »] ; Discours prononcé dans le cadre de la quatrième conférence commémorative annuelle Barbara Betcherman, École de droit Osgoode Hall, Université York, le 8 février 1990.

les habitudes apprises dans la société, mais aussi par les personnes fréquentées au courant de leur vie.

iii) La critique de la dichotomie sphère privée/publique

Les juristes féministes ont aussi dénoncé, comme nous l'avons souligné, la fausse opposition entre la sphère privée et publique. Selon cette distinction, « les hommes occupent la sphère publique, là où se prennent les décisions majeures. Les femmes sont reléguées dans la sphère privée, dans la vie familiale, sans pouvoir décisionnel et économique. Ces deux sphères sont perçues comme complémentaires et respectent les rôles dits naturels »⁶⁹.

Au nom du respect de la vie privée, certains États refusent d'intervenir dans la sphère privée. Ainsi, dans certains pays (au Vanuatu par exemple), le viol marital n'est pas criminalisé. L'État n'adopte pas de loi dans ce sens sous prétexte que la vie intime maritale est une affaire privée des couples. Or, l'inaction de l'État ne peut qu'encourager des violences sexuelles⁷⁰. Les expériences de plusieurs femmes sont invisibles et leur voix en droit est passée sous silence. Les femmes sont en réalité reléguées dans la sphère privée du foyer et de la famille. La sphère publique du lieu de travail, du droit, de l'économie, de la politique et de la vie intellectuelle est considérée comme étant la place privilégiée des hommes. Or, cette distinction maintient les femmes dans l'oppression et légitime la domination des hommes sur elles⁷¹. Pour ces raisons, les juristes féministes rejettent ce paradigme de la distinction sphère privée/publique⁷².

iv) La déconstruction et la reconstruction du savoir

Enfin, les juristes féministes œuvrent sur le plan épistémologique à déconstruire les connaissances traditionnelles juridiques, sociales, culturelles en plaçant les femmes et leurs expériences aussi bien

⁶⁹ Louise Langevin et Valérie Bouchard, « Les grands arrêts sur les droits des femmes : projet et réflexions théoriques féministes », (2011) 52(3) C. de D. 551, à la page 562 [**Langevin et Bouchard**, « **Les grands arrêts** »] ; Kate Millett a été la première à exposer et à dénoncer cette distinction dans les années 1970. Son ouvrage intitulé *La politique du mâle* est représentatif de l'idée ou (l'adage) connue depuis dans le milieu féministe selon laquelle « il n'y a pas de domaine privé dans une existence personnelle qui ne soit politique, et il n'y a pas de problème politique qui, en dernier ressort, ne soit personnel » (Kate Millett, *La politique du mâle*, Paris, Stock, 1971).

⁷⁰ [**Engle**, « **International** »], *supra* note 54, à la page 53.

⁷¹ Hilary Charlesworth, « The Public/Private Distinction and the Right to Development in International Law », (1988-1989) 12 Aust. YBIL. 190, à la page 190 [**Charlesworth**, « **Public/Private** »] ; Christine Chinkin, « A Critique of the Public/Private Dimension », (1999) 10 E.J.I.L. 387, à la page 389-390 ; Carole Pateman, « Feminist Critiques of Public Private Dichotomy », dans Carole Pateman, dir., *The Disorder of Women*, Stanford, Stanford University Press, 1989, 118, à la page 118.

⁷² [**Charlesworth**, « **Public/Private** »], *supra* note 71, à la page 190.

sur le plan individuel que collectif au centre de leur discours⁷³. La plupart des féministes soutiennent que malgré les différences de nature sexuelle, les différences entre les femmes et les hommes ne sont pas biologiquement imposées, elles sont plutôt socialement construites⁷⁴. Dans ce sens, une des grandes découvertes ou avancées des critiques féministes est la notion de genre qui vise à distinguer entre la biologie et la construction sociale du sexe. En effet, tel que susmentionné, la catégorie des hommes et des femmes est socialement construite par le savoir⁷⁵.

Les juristes féministes se sont donc données comme mission de déconstruire et reconstruire ce savoir qui favorise le pouvoir masculin. Depuis plusieurs décennies, des efforts ont été fournis pour changer la manière dont le droit produit ou construit socialement les différences entre les femmes et les hommes. Ainsi, pour Christine Littleton⁷⁶, la signification du sexe et de l'égalité est socialement construite et il est possible de la déconstruire à partir de la critique féministe.

Au final, les juristes féministes critiquent le droit et le système juridique dans le but non seulement de transformer le droit, mais aussi d'apporter un changement social et politique permettant d'améliorer la situation des femmes. Nous croyons donc, comme elles, que le droit peut être non seulement un instrument de subordination des femmes, mais aussi un outil de changement de leur condition. Ces juristes féministes cherchent à expliquer que les concepts juridiques désavantagent les femmes non seulement dans leur application, mais aussi dans leur signification. Elles considèrent la loi comme symbole et mécanisme du pouvoir masculin⁷⁷. Toutes ces critiques ont pour but de proposer des solutions que ce soit par les moyens juridiques, politiques ou autres⁷⁸.

Par ailleurs, il est important de noter que les théories féministes ne sont pas monolithiques. Les féministes s'entendent sur l'oppression des femmes, mais non sur les façons de la corriger. À titre d'exemple, elles sont divisées sur la question du port de voile. Alors qu'un certain nombre d'entre

⁷³ Sara Ahmed, « An Impossible Global Justice? Deconstruction and Transnational Feminism », dans Janice Richardson et Ralph Sandland, dir., *Feminist Perspectives on Law & Theory*, London/Sydney, Cavendish Publishing Limited, 2000, 55, à la page 55 et s. Elle soutient que la déconstruction fait partie de processus de justice. Il faut interpréter et déconstruire la loi pour la rendre juste ; [Bartlett, « Feminist »], *supra* note 51, à la page 559.

⁷⁴ Mary Joe Frug, « A Postmodern Feminist Legal Manifesto (An Unfinished Draft) », (1992) 105 Harv. L. R. 1045, à la page 1045 et s.

⁷⁵ Joan Scott, « Gender : A Useful Category of Historical Analysis », (1986) 91(5) *The American Historical Review* 1053, à la page 1053 et s. ; Joan Scott, « Genre : Une catégorie utile d'analyse historique », (1988) 37(1) *Cahiers du GRIF*, 125, à la page 125 et s. ; Joan Scott, « Genre : Une catégorie d'analyse toujours utile », (2009) 1(225) *Diogène* 5, à la page 5 et s.

⁷⁶ Christine Littleton, « Reconstructing Sexual Equality », (1987) 75 *Cal. L. Rev.* 1279, à la page 1309-1310 [Littleton, « Reconstructing »].

⁷⁷ [Littleton, « Reconstructing »], *supra* note 76, à la page 1280.

⁷⁸ Nancy Hartsock, « Feminist Theory and the Development of Revolutionary Strategy » dans Zillah Eisenstein, dir., *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminism*, New-York, Monthly Review Press, 1979, 56, à la page 56-59 ; [Charlesworth et al., « Feminist Approaches »], *supra* note 53, à la page 614.

elles le considèrent comme un signe de soumission⁷⁹, d'autres notent qu'au milieu de cette controverse, ce sont les femmes musulmanes à qui l'on refuse le pouvoir de prendre en main leur destin et leur vie⁸⁰. Ces auteures « pro-voile » considèrent que pour les femmes qui choisissent de porter le voile, il est un outil de liberté et d'émancipation et non un symbole d'oppression. Or, on les accuse de se soumettre au désir du groupe dominant si elles ne souhaitent pas le porter et, à l'inverse, d'avoir une conception erronée de leur liberté si elles affirment leur volonté de le porter.

C'est la raison pour laquelle les féministes postcoloniales attirent l'attention sur l'intersectionnalité, c'est-à-dire les différentes formes de discrimination que vivent les femmes et sur les dangers d'essentialisation et d'exclusion de certaines d'entre elles. Selon Kimberlé Crenshaw, le concept d'intersectionnalité introduit dans la construction de l'identité sexuelle d'autres dimensions identitaires telles que la race ou encore les réalités des femmes⁸¹. En analysant les rapports entre la discrimination raciale et la discrimination sexuelle, elle dénonce par le biais de l'intersectionnalité, l'exclusion et la marginalisation des femmes de couleur par chacune des catégories identitaires (les minorités visibles et les femmes).

c) Le cadre féministe appliqué à notre thèse

Dans le cadre de ce travail, nous tenterons d'appliquer un certain nombre de caractéristiques susmentionnées de la méthode féministe à notre thèse. Dans ce sens, par-delà la diversité de positionnements féministes (que nous venons de voir), nous chercherons plutôt à nous aligner sur un certain nombre de points communs tels que la remise en cause de l'ordre juridique existant (ou de la neutralité du droit) à partir d'un point de vue centré sur les femmes et l'ambition ou la volonté d'aboutir à une transformation sociale (c'est-à-dire à un changement ou une amélioration des rapports des sexes)⁸².

⁷⁹ Susan Moller Okin, « Is Multiculturalism Bad for Women ? », dans Joshua Cohen, Matthew Howard et Martha Nussbaum, dir., *Is Multiculturalism Bad for Women ?*, Princeton, University Press, 1999, 9, à la page 9-10. Elle s'oppose au multiculturalisme en raison de ses conséquences néfastes sur les femmes [Okin, « Is Multiculturalism »].

⁸⁰ Fareda Banda et Christine Chinkin, *Minorités, peuples autochtones et spécificités*, Londres, Minority Rights Group International, 2006, à la page 23.

⁸¹ Kimberlé Crenshaw, « Mapping the Magins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color », (1991) 43 Stan. L. Rev. 1242 ; Kimberle Crenshaw, « Mapping the Magins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color », dans Kimberlé Grenshaw, Neil Gotanda, Garry Peller et Kendal Thomas, dir., *Critical Race Theory : The Key Writings that Formed the Movement*, New-York, The New Press, 1995, 357 ; Marie-Claire Belleau, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle » (2001) 1 R.T.D. civ. 1, à la page 23-27 ; Chantal Maillé, « Réception de la théorie postcoloniale dans le féminisme québécois », (2007) 20(2) Recherches féministes. 91, à la page 91 et s.

⁸² Il s'agit également de la position de Joanne Conaghan : [Conaghan, « Reassessing »], *supra* note 64, à la page 366 et s. ou encore Joanne Conaghan, « Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law », (2000) 27(3) Journal of Law and Society Project 351, à la page 359 ; Voir aussi Anne Revillard, Karine Lempen, Laure Bereni, Alice Debauche et

Concrètement, nous critiquerons les systèmes juridiques des États du Pacifique Sud (en particulier du Vanuatu), leurs droits et les effets du pluralisme juridique qu'ils connaissent. Fondamentalement, nous chercherons à établir que le droit dans son ensemble (y compris la coutume, puisque reconnue par le constituant comme source de droit, la législation et la jurisprudence) est inefficace dans certains domaines tels que celui de la famille, entre autres, parce qu'il crée des inégalités et des discriminations envers les femmes ou encore parce qu'il consacre les inégalités déjà existantes entre les femmes et les hommes. Ce faisant, le droit contribue à perpétuer la subordination des femmes et à consacrer la domination patriarcale ou masculine. Nous pouvons donc affirmer, conformément à la doctrine féministe que le droit peut, dans certains cas, constituer une source d'oppression pour les femmes⁸³. L'idée maîtresse de notre méthode peut se résumer ainsi :

Bien que le système juridique et le droit aient été et continuent d'être source d'oppression pour les femmes partout sur la planète, elles se sont battues au cours des siècles pour l'obtention de nombreux droits et ont eu recours aux tribunaux. Sans la reconnaissance de droits, les femmes ne pouvaient aspirer à l'autonomie. Pourtant, malgré l'obtention de nombreux droits, les femmes sont aujourd'hui encore victimes de discrimination. Le système juridique est souvent à l'origine de ces discriminations. Que ce soit dans la sphère privée ou publique, des programmes étatiques, des lois ou des décisions des tribunaux rendent les femmes invisibles ou portent atteinte à leur droit à l'égalité⁸⁴.

Comme les féministes, nous n'abandonnons pas pour autant le droit. En effet, les expériences des femmes nous montrent que celles-ci se servent de l'outil juridique pour obtenir plus de droits et ainsi aspirer à plus d'autonomie. Dans ce sens, selon elles, le droit constitue également un outil de changement social.

Notre travail s'aligne ensuite sur la volonté (ou l'ambition) de transformer les rapports sociaux des sexes par la recherche de l'égalité réelle pour les femmes. Nous entendons par « égalité réelle » une « égalité de substance » reposant sur l'idée que « favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent

Emanuelle Latour, « À la recherche d'une analyse féministe du droit dans les écrits francophones », (2009) 28(2) NQF 4, à la page 5 [Revilard et al., « À la recherche »].

⁸³ Louise Langevin, « Introduction. Le droit comme instrument de changement social pour les femmes : une arme à double tranchant », dans Louise Langevin, dir., *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : Repenser le droit*, Paris, éditions des archives contemporaines et en partenariat avec l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), 2008, 9, à la page 9 [Langevin, « Droit comme instrument »] ; [Revilard et al., « À la recherche »], *supra* note 82, à la page 4 ; Stéphanie Hennette-Vauchez, Marc Pichard et Diane Roman, dir., *La loi & le genre, Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014, à la page 11 et s. ; Catharine A. Mackinnon, *Toward A Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, à la page 237 et s. [Mackinnon, *Feminist Theory*].

⁸⁴ [Langevin, « Droit comme instrument »], *supra* note 83, à la page 9.

le même respect, la même déférence et la même considération »⁸⁵. Contrairement à l'égalité formelle qui repose sur une égalité de traitement, c'est-à-dire sur l'idée que les femmes doivent être traitées de la même manière que les hommes⁸⁶, l'égalité de substance favorise un traitement qui va au-delà du « être comme les hommes » et qui vise à corriger les inégalités. Certes, les femmes veulent les mêmes droits que les hommes, mais ce modèle de traitement identique s'avère incapable de répondre à leurs besoins, compte tenu notamment de leurs différences biologiques⁸⁷. Pascale Fournier note que l'égalité substantielle vise à explorer les différentes échelles de domination, notamment celle des hommes envers les femmes⁸⁸. Une telle conception d'égalité a pour objectif d'exposer et d'éradiquer la position économiquement et socialement inférieure des groupes opprimés, dont les femmes. La CEDEF protège cette conception d'égalité de substance dans ses articles 1 à 4⁸⁹. Nous élaborerons davantage sur cette question de l'égalité de substance dans le corps de notre thèse.

Nous avons retenu la méthode féministe pour appréhender l'objet de notre étude en raison de la plus-value que celle-ci présente dans notre étude de cas. En effet, il est vrai qu'un certain nombre de juristes se sont penchés sur la question des conflits possibles entre le droit coutumier et les droits fondamentaux dans la région du Pacifique Sud. Ceux-ci se limitent cependant à une analyse traditionnelle de la jurisprudence et de la législation. En ce qui nous concerne, au-delà de l'analyse

⁸⁵ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 171 [**Andrews**]; *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, paragraphe 15 [**Kapp**]; Geneviève Motard et Simon Picard, « *R. c. Kapp*, quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la charte canadienne? », (2008) 2 Revue Québécoise de Droit Constitutionnel 196 [**Motard et Picard**, « **Interprétation** »]. Notre choix du droit canadien comme modèle sur la question d'égalité s'explique par le fait que celui-ci est plus avancé comparativement aux États du Pacifique Sud. Nous aborderons cette question dans la deuxième partie de notre thèse, voir *infra*.

⁸⁶ Selon l'égalité formelle, le droit est conçu comme « une entité identifiable et autonome détachée de la société et de la moralité, définie par les règles juridiques formelles adoptées par le Parlement, les tribunaux, le gouvernement et la machine étatique dans son ensemble » (Pascale Fournier, « L'égalité substantielle comme école buissonnière du droit ? À propos du caractère indéterminé du droit comparé religieux », dans Louise Langevin, dir., *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : repenser le droit*, Paris, éditions des archives contemporaines/AUF, 2008, 61, à la page 63) [**Fournier**, « **L'égalité substantielle** »]; Voir par exemple la décision *Procureur Général du Canada c. Bédard et Lavell*, [1974] R.C.S. 1349 selon laquelle la Cour suprême a adopté une conception formelle de l'égalité. Elle a soutenu que la *Loi sur les Indiens 1970 c. I-6*, art. 12(1) selon laquelle les femmes autochtones perdaient leur statut d'Indienne lorsqu'elles mariaient les hommes blancs n'était pas discriminatoire. Elle a basé son argumentation, entre autres, sur le fait que toutes les femmes indiennes étaient traitées de la même manière. Par conséquent, il ne s'agissait pas d'une discrimination. Nous verrons plus loin que cette décision a été portée devant le comité des droits de l'Homme et celui-ci a jugé que la loi violait les droits des femmes indiennes de vivre sur la réserve. [**Bédard et Lavell**].

⁸⁷ Christiane Pelchat, « La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : effets quotidiens sur la vie des femmes au Québec », Conseil du Statut de la femme de Québec, 26 mars 2010, à la page 2-3, en ligne : [<http://www.csf.gouv.qc.ca/modules/fichierspublications/fichier-28-1163.pdf>] (accessible le 30 novembre 2013) [**Pelchat**, « **La Convention** »].

⁸⁸ [**Fournier**, « **L'égalité substantielle** »], *supra* note 86, à la page 64-65.

⁸⁹ [**Pelchat**, « **La Convention** »], *supra* note 87, à la page 3; L'article premier de la CEDEF dispose par exemple que « ...l'expression 'discrimination à l'égard des femmes' vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine ».

de la jurisprudence, de la législation et des instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, l'adoption de l'approche féministe nous permet d'apporter un nouvel éclairage au sujet traité dans la mesure où elle nous amène à regarder le droit à partir des points de vue des femmes. Elle permettra de remettre en cause la neutralité du droit, critiquer les institutions patriarcales et faire des propositions de réforme du droit afin de favoriser une plus grande égalité entre les femmes et les hommes. Dans ce sens, il faut reconnaître que même si dans certains cas, le droit peut être un outil de changement social pour les femmes, les résultats sont souvent imprévisibles⁹⁰. Le progrès observé dans un domaine grâce à des lois favorables aux femmes peut être ralenti, voire anéanti, par les instances décisionnelles aussi bien étatiques que traditionnelles, compte tenu de leur attachement aux valeurs traditionnelles.

Par cet éclairage féministe, nous démontrerons que le pluralisme juridique maintient, dans certains cas, la domination des hommes et encourage l'oppression des femmes. En effet, le fait que les droits peuvent être déterminés par différents régimes (par exemple le droit étatique, le droit coutumier) peut conduire à la discrimination, à l'inégalité devant la loi et à un accès limité à la justice pour certaines personnes, en particulier les femmes⁹¹. Plusieurs caractéristiques du droit coutumier sont patriarcales et constituent une source d'oppression des femmes. De plus, comme nous le verrons, dans une situation de pluralisme juridique, il peut arriver que les droits et les obligations ne soient pas efficacement mis en œuvre et protégés puisqu'il peut en découler un conflit plutôt qu'une cohérence entre ces droits⁹². Une fois de plus, les droits fondamentaux des femmes sont aussi très souvent sacrifiés au profit des valeurs culturelles. L'État n'intervient presque pas ou n'intervient pas en leur faveur puisque les domaines dans lesquels leurs droits sont bafoués, notamment celui de la famille, sont considérés comme étant privés et donc se trouvant hors du champ d'intervention de l'État. Ainsi, en adoptant et en acceptant le pluralisme juridique, l'État cautionne un système qui freine dans certains cas le plein respect des droits fondamentaux des femmes.

⁹⁰ [Langevin, « Droit comme instrument »], *supra* note 83, à la page 9.

⁹¹ [Farran « Is Legal Pluralism »], *supra* note 32, à la page 77 ; Anne Griffiths, « Legal Pluralism in Botswana : Women's Access to Law », (1998) 42 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 123 ; Miranda Forsyth, « Spinning a Conflict Management Web in Vanuatu : Creating and Strengthening Links Between State and Non-State Legal Institutions », (2011) 63 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 179 ; Ulrike Schmid, « Legal Pluralism as a Source of Conflict in Multi-Ethnic Societies, The Case of Ghana », (2001) 46 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 1.

⁹² [Farran « Is Legal Pluralism »], *supra* note 32, à la page 77-78 ; Vijay Nagaraj, Cassandra Balchin, Anne Griffiths, Patricia Imrana Jalal, Celestine Nyamu-Musembi, Gita Sahgal, Franz Von Benda Begmann, Kirsty Gover, Mathew John et Yuksel Sezgin, *When Legal Words Overlap Human Rights, State and Non State Law*, Geneva, International Council on Human Rights Policy, 2009, à la page 2-3, en ligne : [http://www.ichrp.org/files/reports/50/135_report_en.pdf] (accessible le 6 septembre 2013) [Nagaraj *et al.*, *When Legal*].

Pour remédier à ce problème lié au conflit de normes et ayant des conséquences néfastes sur les femmes du Pacifique Sud et du Vanuatu, le savoir féministe nous est nécessaire puisque, comme nous l'avons vu, il permet de proposer une certaine amélioration ou réforme aussi bien du droit que des institutions étatiques afin de mieux tenir compte des droits et des points de vue des femmes. Dans ce sens, animé par l'ambition de la transformation sociale soulignée plus haut, nous insisterons sur la nécessité que les tribunaux vanuatais (et des autres États de la région) adoptent l'approche de l'égalité de substance qui prend mieux en compte, selon nous, les besoins différenciés des femmes. Nous tenterons donc, en nous fondant sur la jurisprudence canadienne, de proposer une interprétation innovante du droit à l'égalité favorisant une meilleure protection des droits des femmes au Vanuatu et dans la région.

Pour finir sur la question de la méthodologie, une précision importante s'impose. En effet, notre méthode féministe (développée plus haut) se conjugue avec la méthode de l'analyse exégétique traditionnelle consistant à « recueillir et agencer des données juridiques, à interpréter le droit positif et à faire l'analyse ou l'exégèse de sources juridiques fiables »⁹³. Nous analyserons donc non seulement la doctrine, mais aussi les textes juridiques (les lois y compris la coutume, la jurisprudence, les instruments internationaux et les documents gouvernementaux) afin de dégager leurs effets sur les droits fondamentaux. Ainsi, même si l'attention est accordée aux femmes dans cette thèse (autrement dit que les femmes sont l'objet de notre étude), il va de soi que nous abordons de temps à autres, les violations des autres droits fondamentaux puisque, comme nous le verrons, le pluralisme juridique constitue également, dans certains cas, un obstacle à ces derniers. De plus, la solution que nous proposerons au problème constaté visera une meilleure protection non seulement des droits des femmes, mais aussi des droits fondamentaux en général. Dans ce sens, notre solution se veut non seulement pratique et juridique, mais aussi globale. Nous verrons les détails dans la seconde partie de notre thèse.

Enfin, il convient de faire ici une précision terminologique. En effet, dans le cadre de la présente thèse, nous employons l'expression « droits fondamentaux » parce que les autres terminologies ne nous conviennent pas. D'abord, l'expression « droits de l'homme », même au sens générique, est sexiste parce qu'elle fait référence à l'homme et non à la femme. Le terme « homme » ne peut être neutre et inclure les femmes. Pour ce qui est « des droits de la personne », le mot « personne » ne saurait inclure les peuples auxquels sont reconnus les droits collectifs, dont le droit des peuples à

⁹³ Conseil de recherche en sciences humaines du Canada, *Le droit et le savoir*, Ottawa, Division de l'information, 1983, à la page 74.

disposer d'eux-mêmes. Il en va de même pour les minorités lorsque des droits collectifs leur sont reconnus. La même objection vaut aussi pour l'expression « droits humains ». De plus, cette dernière appellation est difficilement acceptée pour des raisons linguistiques. Il s'agit en réalité de la traduction littérale de '*human rights*' en anglais. Nous sommes d'avis avec Daniel Turp que l'expression « droits fondamentaux » reflète bien le contenu et la nature des droits dont il est question. En effet,

s'agissant du contenu, l'utilisation du mot « droits » permet de référer à l'ensemble des droits individuels et collectifs et de ne pas exclure les seconds aux dépens des premiers en associant au mot « droits » leur titulaire. En n'identifiant pas le titulaire du droit, on évite également le débat sur le genre et, avec justesse, la prétention selon laquelle la référence au titulaire que serait l'homme, au sens générique, est porteuse d'inégalité entre la femme et l'homme. Concernant la nature des droits, le mot « fondamentaux » me semble également fort approprié pour qualifier les droits qu'on cherche à élever à un rang hiérarchiquement supérieur en les incluant dans des constitutions ou des lois quasi constitutionnelles ou dans des instruments internationaux qui ont dans l'ordre juridique international, une primauté sur le droit interne⁹⁴.

6) L'annonce du plan

Sur le plan structurel, nous vérifierons notre hypothèse de recherche en deux temps. Dans un premier temps, nous démontrerons qu'il y a effectivement conflit entre les droits fondamentaux et les valeurs culturelles : le droit à l'égalité des femmes à l'épreuve du droit coutumier. Dans le droit interne, le pluralisme juridique peut être considéré comme étant à l'origine de ce conflit et constitue par là même un obstacle au respect des droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes (Partie I). Ce conflit se manifeste notamment dans le droit de la famille touchant des questions de mariage et divorce, de garde d'enfant, de propriété matrimoniale, de pension alimentaire des épouses et des enfants, de filiation, de droit de propriété et de succession.

Par ailleurs, ce conflit conduit à une certaine réponse mitigée de ces États à leurs obligations internationales en matière de droits fondamentaux des femmes. Soucieux de préserver leurs valeurs culturelles, ces États ne respectent pas toujours leurs obligations internationales en matière de droits fondamentaux. De plus, ces États adoptent la technique dualiste dans l'incorporation des normes internationales des droits fondamentaux dans leur droit interne. Par conséquent, dans certains cas, tant qu'une loi interne n'est pas adoptée pour transposer les dispositions des conventions internationales dans le droit interne, le juge n'appliquera pas ces conventions bien que celles-ci

⁹⁴ Daniel Turp, « Droits de l'homme, droits de la personne, droits et libertés et droits fondamentaux : essai sur la dénomination des droits et plaidoyer pour les « droits fondamentaux », dans Brigitte Lefebvre et Antoine Leduc, dir., *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Les éditions Thémis, 2012, 540, à la page 556 et 561.

aient été signées ou ratifiées par son pays. D'autres contraintes liées aux particularités de la région, notamment économiques, peuvent aussi constituer des limites à la mise en œuvre des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux.

Comme nous le verrons, l'analyse de la jurisprudence pertinente en matière de droits fondamentaux montre que dans les États de la région étudiée, les droits culturels sont souvent invoqués pour porter atteinte aux droits fondamentaux. Malgré les efforts déployés par la communauté internationale, en particulier les Organisations Non Gouvernementales et les groupes des femmes en faveur du respect des droits des femmes, les cultures patriarcales subsistent et conduisent à l'oppression des femmes⁹⁵. Ces États sont assez réticents à prendre les mesures appropriées conformément aux conventions internationales et à la CEDEF pour éliminer les pratiques coutumières néfastes ou discriminatoires à l'égard des femmes. En somme, même si elle n'est pas la seule responsable de cette situation⁹⁶, la coutume empêche cependant très souvent ces États de mettre efficacement en œuvre les conventions internationales ratifiées en matière de droits fondamentaux, dont la CEDEF.

Dans un second temps, nous tenterons de proposer une solution à cette tension entre le droit coutumier (donc des valeurs culturelles) et les droits fondamentaux en mettant l'accent sur la protection des droits des femmes (Partie II). En effet, comme en témoigne notre première partie, au Vanuatu et dans les autres États de la région du Pacifique Sud, les femmes sont particulièrement vulnérables et elles méritent une attention particulière, c'est-à-dire une protection juridique spéciale.

Notre proposition consistera dans un premier temps à réaffirmer haut et fort le principe de l'universalité des droits fondamentaux et donc également des droits des femmes. En effet, l'argument de la défense culturelle a été trop souvent invoqué par le Vanuatu et les États de la région pour se soustraire de leurs obligations internationales en matière de protection des droits des femmes.

⁹⁵ The Vanuatu Rural Development & Training Centers' Association (VRDTCA) in partnership and consultation with members of Women's Advocacy Coalition of the Vanuatu Association of Non Governmental Organisations (WAC/Vango), Port Vila Town Council of Women, Community Paralegal Association (CPA), Vanuatu Teachers' Union, Liave Association, Church of Christ Women's Fellowship, Anglican Mothers' Union, Port Vila Business Women's Association et Vanuatu Society for Disabled People, *Vanuatu NGO Shadow Report on the Implementation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*, 38th CEDAW Session, Mai 2007, à la page 14 et s., en ligne : [<http://www.iwraw-ap.org/resources/pdf/Vanuatu.pdf>] (accessible le 15 novembre 2012) [***CEDAW Shadow Report*** »] ; US Department of State, *2010 Human Rights Report : Vanuatu*, April 2011, en ligne : [<http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2010/eap/154407.htm>] (accessible le 12 janvier 2015), à la page 11.

⁹⁶ Pays en voie de développement, le Vanuatu occupe 131^e rang (sur 187) en termes d'indice de développement humain et de celui d'inégalités de genre en 2014. Voir dans ce sens, Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), Indicateurs de développement humain et tableaux thématiques, en ligne : [<http://hdr.undp.org/fr/data>] (accessible le 16 juin 2015). De même, comme nous verrons dans la deuxième partie de notre thèse, il existe de nombreuses lacunes dans les législations visant à protéger les femmes.

Il est certain qu'il existe une pluralité de sociétés dans le monde et que celle-ci conduit forcément à une divergence de valeurs culturelles, donc de diversité culturelle. Cette dernière est même considérée en droit international comme faisant partie intégrante des droits fondamentaux puisqu'elle contribue au développement et à l'épanouissement de chaque individu. Cependant, les arguments culturels ne peuvent être invoqués comme excuse ou prétexte pour porter atteinte aux droits fondamentaux, notamment les droits des femmes. En raison de leur importance pour chaque individu, les droits fondamentaux doivent avoir préséance sur les supposées valeurs culturelles ou sociales. Par conséquent, nous militons pour que les droits fondamentaux soient intégrés dans les cultures internes résistantes.

Notre proposition consistera ensuite à appuyer l'idée qu'un cadre analytique du droit à l'égalité, notamment des femmes, soit établi par les tribunaux afin de protéger efficacement les droits fondamentaux des femmes. L'expérience canadienne en matière de droit à l'égalité nous inspirera particulièrement, notamment lorsqu'on pense à l'évolution de la jurisprudence et le passage de l'égalité formelle à l'égalité de substance. Dans ce sens, il faut souligner que même si les décisions des tribunaux (canadiens, vanuatais ou autres) portent parfois atteinte au droit à l'égalité des femmes, l'on ne peut nier que grâce au combat mené par les femmes pendant des années devant les tribunaux, ces derniers jouent désormais un rôle important dans l'avancement des droits des femmes. Ainsi, une jurisprudence approfondie et développée en matière de droit à l'égalité en général et de droit à l'égalité des femmes en particulier est un élément clé dans le changement des rapports entre les sexes. Au fil des temps et avec l'évolution de la société, cette jurisprudence peut aussi être revue et améliorée de manière à assurer une meilleure protection des droits des femmes.

Enfin, considérant les progrès réalisés dans le droit canadien, mais surtout québécois depuis les années 1970 en matière de protection des droits des femmes, notre proposition consistera à la mise en place d'un mécanisme national de protection des droits fondamentaux basé sur le modèle québécois. En effet, l'expérience canadienne (et québécoise) a montré que l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹⁷ ainsi que de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*⁹⁸ a stimulé un activisme judiciaire qui a grandement contribué à l'établissement d'un cadre juridique tendant à protéger efficacement les droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des

⁹⁷ *Charte canadienne des droits et libertés, Lois constitutionnelles 1982* (ci-après la *Charte canadienne*) [**Charte canadienne**].

⁹⁸ *Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12* (ci-après la *Charte québécoise*) [**Charte québécoise**].

femmes⁹⁹. Le Québec en particulier est considéré comme un leader international et un exemple à suivre en matière de droits des femmes¹⁰⁰. Une précision importante s'impose cependant ici. En effet, si par moment, nous passons de la problématique de l'égalité des sexes à celle des droits fondamentaux en général, c'est parce que nous sommes à la recherche d'une solution qui se veut non seulement juridique et pratique, mais aussi globale. Ainsi, la proposition de mécanisme de protection des droits fondamentaux basé sur le modèle québécois aidera selon nous à mieux protéger aussi bien les droits fondamentaux que les droits des femmes. De même, comme nous verrons, le pluralisme juridique présente des défis non seulement pour le respect des droits des femmes, mais aussi pour celui des droits fondamentaux en général. La recherche d'une solution globale s'avère donc une nécessité.

Cependant, avant d'aborder en détail ce plan, une étude sur le pluralisme juridique au Vanuatu s'impose. En effet, celui-ci est très complexe et mérite une analyse approfondie. Ce sera l'objet de notre chapitre préliminaire qui permet de comprendre non seulement l'histoire, mais aussi, et surtout, l'origine de conflit des normes au Vanuatu et dans les autres États de la région qui nous intéressent.

⁹⁹ [Langevin et Bouchard, « Les grands arrêts »], *supra* note 69, à la page 553.

¹⁰⁰ Lucie Lamarche et Véronique Lebuis, « Ré/apprendre à déclinier la Charte des droits et libertés de la personne au féminin : de nouveaux enjeux... et des besoins mal compris », (2006) Hors-série R. du B. 351, à la page 357-358 [Lamarche et Lebuis, « Ré/apprendre »].

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LE PLURALISME JURIDIQUE AU VANUATU ET DANS LES AUTRES ÉTATS DE LA RÉGION

INTRODUCTION

Il faut d'emblée souligner ici que ce chapitre préliminaire constitue une partie introductive consacrée à certaines notions dont le pluralisme juridique, le droit coutumier ou encore la *Comman Law* qui méritent des explications et des clarifications avant tout travail de démonstration. Une telle partie n'est donc pas une démonstration en soi contrairement aux deux autres parties de la thèse qui seront traitées plus loin.

Précisons également que notre étude porte en particulier sur le Vanuatu. Toutefois, de temps à autre, nous n'hésiterons pas à régionaliser certaines de nos problématiques étant donné les similitudes que les États de la région présentent, notamment en matière de pluralisme juridique, de droit coutumier ou encore en raison du système juridique et de l'héritage colonial.

Pour entrer dans le vif du sujet, le Vanuatu est un archipel composé de 83 îles et îlots, situé dans le Sud Ouest du Pacifique, à environ 1700 kilomètres à l'Est de l'Australie. Avant d'accéder à son indépendance le 30 juillet 1980, il a été colonisé par la Grande-Bretagne et la France. Il était alors un condominium connaissant une double administration par ces deux puissances coloniales. La combinaison de cette double administration coloniale, d'une multiplicité des cultures locales et d'une volonté des pères fondateurs d'établir, à la suite de la colonisation, une constitution qui sera propre au pays, résulte en une expérience unique : la naissance d'un pluralisme juridique très complexe¹⁰¹.

Ainsi, dans une première section, nous examinerons le pluralisme juridique non seulement en théorie, mais aussi en pratique, en l'occurrence, le cas concret du Vanuatu (Section I). Apparu dans les années 1970, le terme « pluralisme juridique » a fait l'objet d'une théorisation dans les domaines juridique et anthropologique. Nous tenterons de comprendre cette théorisation avant d'aborder le cas du Vanuatu.

¹⁰¹ David Weisbrot, « Custom, Pluralism, and Realism in Vanuatu : Legal Development and the Role of Customary Law », (1989) 13(1) Pacific Studies 65, à la page 65 [Weisbrot, « Custom »] ; [Lunabeck, « Adjudication »], *supra* note 40, à la page 25.

Par ailleurs, en raison de l'objet de notre étude (conflits entre le droit coutumier et les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes), nous estimons utile d'examiner en détail le droit coutumier (Section II). En effet, à son accession à l'indépendance, le Vanuatu comme ses voisins insulaires, accorde une place importante à la coutume dans la Constitution et dans le système juridique national. Cependant, un certain nombre de questions (que nous aborderons) demeurent ; notamment la preuve de celui-ci et son application aussi bien par les tribunaux que par les chefs coutumiers.

Enfin, une dernière section sera consacrée à l'étude de la *Common Law* qui s'applique au Vanuatu et dans la région (Section III). En effet, le Vanuatu et les autres États de la région que nous avons choisi d'étudier connaissent tous le système de la *Common Law* étant donné leur héritage colonial.

SECTION I : LE PLURALISME JURIDIQUE EN THÉORIE ET EN PRATIQUE

Dans un premier temps, nous allons étudier les tendances théoriques liées à la question du pluralisme juridique (Paragraphe I). En effet, il existe différentes conceptions de cette notion dans la littérature anthropologique et juridique et nous ne pouvons omettre d'en traiter étant donné que le pluralisme juridique est au cœur même de nos réflexions. Dans un second temps, nous aborderons le cas du Vanuatu, autrement dit les spécificités du pluralisme juridique sur le territoire du Vanuatu (Paragraphe II). Une telle étude de cas nous permettra à mieux saisir les contours de cette notion.

PARAGRAPHE I : LE PLURALISME JURIDIQUE EN THÉORIE

Dans les lignes qui suivent, nous allons tout d'abord nous intéresser à la façon dont les auteurs définissent et conceptualisent le pluralisme juridique (1), avant d'étudier quelques difficultés auxquelles celui-ci fait face (2). Notre objectif consiste à prendre connaissance des débats et discussions théoriques autour du pluralisme juridique et ensuite, à clarifier notre position sur cette question.

Toutefois, avant d'aborder ces différentes conceptions du pluralisme juridique, il est important de noter que la notion de « pluralisme » existe dans plusieurs domaines, dont la politique, la religion, les médias, l'économie et le domaine juridique¹⁰². C'est ce dernier et ses conséquences sur les droits fondamentaux qui retiennent notre attention dans cette thèse. Cependant, des telles conséquences ne seront abordées que dans la première partie de notre travail puisqu'elles constituent l'objet même de notre recherche.

1) Les définitions et la conceptualisation du pluralisme juridique

L'apparition du terme « pluralisme juridique » est assez récente. Elle est généralement attribuée à la collection d'articles publiés sous la direction de John Gilissen en 1971 intitulée *Le pluralisme*

¹⁰² Odina Benoist et Hervé Isar, dir., *Pluralisme/Pluralismes*, Aix-En-Provence, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2011 ; Rajenda Pradhan, *Legal Pluralism and Unofficial Law in Social, Economic and Political Development*, Papers of the XIIIth International Congress, 7-10 April, 2002, Chiang Mai, Thailand, The International Centre for the Study of Nature, Environment and Culture, Kathmandu (Népal), 2002.

*juridique*¹⁰³. Pourtant, le pluralisme juridique existait bien avant 1971 et variait d'un système juridique à l'autre. Plusieurs facteurs interrelationnels tels que le colonialisme, le système juridique et la diversité culturelle ont influé sur son évolution. Il convient de noter qu'il n'existe pas de définition généralement acceptée du pluralisme juridique. Il s'agit en effet d'un terme polysémique.

Les définitions avancées par les auteurs diffèrent quelque peu selon les objectifs poursuivis. Ainsi, dans une définition qu'on peut qualifier d'académique, Jean-Guy Belley considère le pluralisme juridique comme « 1. en droit a) l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques; b) Coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit... »¹⁰⁴. Dans son livre intitulé *Legal Pluralism : An introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*¹⁰⁵ considéré comme l'écrit de référence en la matière, Bary Hooker avait pour objectif de décrire les différents systèmes de pluralisme issus de la réception transnationale des droits. Il définit le pluralisme juridique comme « la situation dans laquelle plus de deux droits interagissent »¹⁰⁶. Jacques Vanderlinden, a, quant à lui, proposé une hypothèse qui permet de regrouper un certain nombre de phénomènes juridiques caractérisant le pluralisme juridique. Selon lui, le pluralisme juridique se définit comme « l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques »¹⁰⁷. Mais comme nous le verrons, plus tard dans les années 1990, sa conception du pluralisme juridique a évolué et il a modifié cette définition. Dans les deux cas, sa définition se veut globale et générale. John Griffiths définit le pluralisme juridique comme « l'état d'une société dans laquelle plus de deux ordres juridiques existent »¹⁰⁸. Celui-ci cherchait à être précis, mais surtout à n'exclure aucun ordre qui peut produire un certain effet juridique ou semi-juridique (à l'exemple d'une coutume qui serait reconnue par la loi mais qui ne serait pas appliquée lorsqu'elle est contraire à d'autres droits fondamentaux) dans la société. Quelques années plus tard, Anne Griffiths soutient que le pluralisme juridique couvre diverses perspectives de droit souvent en conflit allant de la reconnaissance des différents ordres juridiques

¹⁰³ John Gilissen, dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1971 [**Gilissen, Le pluralisme**].

¹⁰⁴ André-Jean Arnaud, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, à la page 446, s.v. « Pluralisme juridique ».

¹⁰⁵ Bary Hooker, *Legal Pluralism : An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975 [**Hooker, Legal pluralism**].

¹⁰⁶ [**Hooker, Legal pluralism**], *supra* note 105, à la page 6. La définition originale de l'auteur : « the situation in which two or more laws interact ».

¹⁰⁷ Jacques Vanderlinden, « Le pluralisme juridique, Essai de synthèse », dans John Gilissen, dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1971, 19, à la page 19 [**Vanderlinden, « Pluralisme juridique »**].

¹⁰⁸ John Griffiths, « What is Legal Pluralism ? », (1986) 24 *J. Legal pluralism & Unofficial L.* 1. La définition originale de l'auteur : « state of affairs, for any social field, in which behavior pursuant to more than one legal order occurs » [**J. Griffiths, « What is Legal Pluralism »**].

dans un État donné jusqu'à un certain concept de droit qui ne dépend pas nécessairement de la reconnaissance de l'État pour être valide¹⁰⁹.

Il faut constater que selon ces définitions, alors que certains parlent de la coexistence des droits, d'autres font mention de la coexistence des mécanismes juridiques ou encore des ordres normatifs/juridiques. De telles expressions sont révélatrices de différentes conceptions ou tendances liées à la question du pluralisme juridique. En effet, il existe différentes conceptions de cette notion dans la littérature anthropologique et juridique.

Ainsi, dans les tentatives de conceptualisation¹¹⁰ du pluralisme juridique, autrement dit de classement de pluralités juridiques, deux principales conceptions retiennent notre attention en tant que juriste. La première conception est le pluralisme juridique « soft » ou « faible ». Étienne Le Roy y fait référence en évoquant une pluralité de solutions s'appliquant à une situation identique à l'intérieur d'un ordre juridique qui est le plus souvent étatique. Il s'agit donc de l'assimilation du droit ou plutôt de toute norme au monopole étatique et à une conception du pluralisme pensé sur un mode unitaire¹¹¹. Cette approche, plus souvent adoptée par les juristes, considère que la norme coutumière ou autochtone qui serait produite par les acteurs non étatiques doit être validée par l'État. Encore une fois, il s'agit d'une approche reposant sur un modèle juridique prônant le monopole de l'État¹¹². Une telle approche suscite beaucoup de controverses. Ainsi, John Gilissen¹¹³ et Bary Hooker¹¹⁴ avancent que le pluralisme juridique doit impliquer la reconnaissance des ordres juridiques non étatiques, notamment ceux non écrits. Ces auteurs soutiennent donc que la norme coutumière est une forme de droit et rejettent l'idée selon laquelle seul le droit étatique doit être

¹⁰⁹ Anne Griffiths, « Legal Pluralism », dans Reza Banakar et Max Travers, dir., *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2002, 289, à la page 289. La définition originale : « The term Legal pluralism covers diverse and often contested perspectives on law, ranging from the recognition of differing legal orders within the nation-state, to a more far reaching and open-ended concept of law that does not necessarily depend on state recognition for its validity » [A. Griffiths, « Legal Pluralism »].

¹¹⁰ Étienne Le Roy, dir., *Les pluralismes juridiques*, Paris, Karthala, 2003, à la page 10-12. L'auteur en tant qu'anthropologue du droit dénombre quatre conceptions du pluralisme juridique qui sont la conception positiviste, la conception « faible », la conception « hard » ou « radicale » et la conception anthropologique et sociologique [*Le Roy, Pluralismes juridiques*]; Norbert Rouland, « Le pluralisme juridique en anthropologie », (1993) 2 R.R.J. 567 [Rouland, « Pluralisme juridique en anthropologie »]. D'autres auteurs parlent de classement ou de typologie des pluralités juridiques (Ghislain Otis, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », dans Ghislain Otis, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, 9, à la page 11) [Otis, « Les figures »].

¹¹¹ [*Le Roy, Pluralismes juridiques*], *supra* note 110, à la page 10.

¹¹² [J. Griffiths, « What is Legal Pluralism »], *supra* note 108, à la page 8 et 14 ; [A. Griffiths, « Legal Pluralism »], *supra* note 109, à la page 290 ; Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence, Indigenous People and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, à la page 33-34 ; Ghislain Otis, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », dans Ghislain Otis, Abdoullah Cissé, Paul de Deckker et Wanda Mastor, dir., *Cultures juridiques et gouvernances dans l'espace francophone, Présentation générale d'une problématique*, Paris, éditions des archives contemporaines et Agence Universitaire de la Francophonie, 2010, 3, à la page 17.

¹¹³ [Gilissen, *Le pluralisme*], *supra* note 103, à la page 7-8.

¹¹⁴ [Hooker, *Legal pluralism*], *supra* note 105, à la page 1 et 119.

considéré comme droit. Pareillement, John Griffiths¹¹⁵ et Marc Galanter¹¹⁶ reconnaissent d'une manière catégorique les autres ordres normatifs, notamment le droit coutumier. Ils s'opposent au centralisme juridique qui ignore les ordres normatifs autres que le droit étatique¹¹⁷.

La deuxième conception correspond au pluralisme juridique « hard » ou radical¹¹⁸. Cette approche reconnaît les autres ordres normatifs tels que le droit coutumier comme faisant partie du droit. Cette conception est défendue par Jacques Vanderlinden depuis sa rupture avec sa position précédente¹¹⁹. En effet, depuis 1993, il a changé sa définition du pluralisme juridique pour se ranger au côté des pluralistes radicaux tels que Roderick Macdonald¹²⁰. Il propose une nouvelle définition du pluralisme juridique : « la situation dans laquelle un individu peut, dans une situation identique se voir appliquer des mécanismes juridiques relevant d'ordres juridiques différents »¹²¹. Dans sa nouvelle conception du pluralisme juridique, il précise que la reconnaissance des autres ordres normatifs a pour effet d'incorporer ces derniers dans l'ordre juridique étatique. Ainsi la reconnaissance des droits coutumiers dans certaines matières permet de les insérer dans l'ordre juridique prévalant sur le territoire où ils sont applicables. L'auteur abandonne ainsi le cadre d'une société déterminée qu'il avait développé dans sa première définition. Il souligne à ce sujet :

À chaque société correspond un droit autonome et un seul ayant vocation à représenter la norme juridique pour les membres de cette société, quelle que soit sa nature, son mode de formation ou sa dimension. Ceci ne veut pas dire que ce droit soit fermé et imperméable aux influences des autres droits. Au contraire, il existe entre tous les droits des interactions multiples et diverses qui conditionnent, en grande partie et selon une dialectique complexe, leurs évolutions respectives¹²².

Il faut noter que les auteurs divergent sur cette question de savoir si le pluralisme juridique doit « opérer » dans un milieu bien précis. Selon John Griffiths, le pluralisme juridique doit « opérer » dans une certaine société (*social field*). Il fait référence au fait social. Par conséquent, le pluralisme

¹¹⁵ [J. Griffiths, « What is Legal Pluralism »], *supra* note 108, à la page 1.

¹¹⁶ Marc Galanter, « Justice in Many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law », (1981) 19 J. Legal pluralism & Unofficial L.1, à la page 1 [Galanter, « Justice »].

¹¹⁷ [J. Griffiths, « What is Legal Pluralism »], *supra* note 108, à la page 1 ; [Galanter, « Justice »], *supra* note 116, à la page 2.

¹¹⁸ Sébastien Lebel-Grenier, *Pour un pluralisme juridique radical*, Thèse de doctorat, Université McGill, 2002, à la page xiii ; Jacques Vanderlinden, « Pluralisme juridique radical, révélation et common law anglaise », dans *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, 583 ; [Le Roy, *Pluralismes juridiques*], *supra* note 110, à la page 10-12.

¹¹⁹ Pour sa première définition du pluralisme juridique, voir [Vanderlinden, « Pluralisme juridique »], *supra* note 107, à la page 19.

¹²⁰ Martha-Marie Kleihans et Roderick Macdonald, « What is a Critical Legal Pluralism », (1997) 12 Can. J.L. & Soc. 25, à la page 25 ; Jacques Vanderlinden, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », (2002) 49 R.I.E.J. 11, à la page 23-24 [Vanderlinden, « Réseaux »].

¹²¹ Jacques Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », (1993) 2 R.R.J. 573, à la page 583.

¹²² [Vanderlinden, « Réseaux »], *supra* note 120, à la page 25.

juridique doit être considéré comme un attribut d'un groupe social¹²³. Jacques Vanderlinden abandonne la référence au territoire dans la mesure où de nombreux droits ne sont pas limités à un territoire déterminé, mais chevauchent dans des espaces divers et multiples. Finalement, celui-ci souligne que l'individu est au centre de tous ces droits. Il constate que « celui-ci est soumis, volontairement ou non, à une multiplicité de systèmes juridiques autonomes entre lesquels il tend à réaliser un équilibre qui lui convient sur une base de principes qui lui sont personnels, mais dépendant aussi de la mesure dans laquelle chaque système juridique autonome s'impose à lui »¹²⁴.

2) L'opposition entre le droit étatique et le droit non étatique

Le débat autour de la notion du pluralisme juridique est lié avant tout à la définition du droit¹²⁵. Brian Tamanaha note que la divergence des auteurs sur la définition du pluralisme juridique est due à leur conception différente de ce qu'est le droit¹²⁶. Même si ces auteurs s'accordent sur l'existence de la pluralité de droits dans toutes les sociétés, ils sont cependant en désaccord sur la définition même du droit. À titre d'exemple, en tenant compte des différents ordres normatifs, John Griffiths définit le droit comme l'autorégulation d'une société semi-autonome¹²⁷. Marc Galanter adopte le point de vue de Hart en soutenant qu'il faut différencier et réinstitutionnaliser les normes en des règles primaires et secondaires¹²⁸. Tandis que les règles primaires se rapportent aux actions que les individus doivent ou non accomplir, les règles secondaires se rapportent aux règles primaires elles-mêmes en déterminant comment ces dernières doivent être identifiées, édictées, abrogées ou modifiées¹²⁹.

Cette divergence pose un problème d'analyse du pluralisme juridique. Tant qu'il y aura désaccord sur la définition du droit, l'idée de pluralité des droits restera floue et le pluralisme juridique n'aura pas un fondement solide¹³⁰. Par conséquent, celui-ci suscite toujours autant de débats. Dans ce sens, la question suivante revient très souvent : les ordres juridiques non étatiques font-ils partie du droit?

¹²³ [J. Griffiths, « What is Legal Pluralism »], *supra* note 108, à la page 38.

¹²⁴ [Vanderlinden, « Réseaux »], *supra* note 120, à la page 25-26.

¹²⁵ [Rouland, « Pluralisme juridique en anthropologie »], *supra* note 110, à la page 570.

¹²⁶ Brian Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, New-York, Oxford University Press, 2001, à la page 172-173 [Tamanaha, *General Jurisprudence*]; Brian Tamanaha, « Understanding Legal Pluralism : Past to Present, Local to Global », (2008) 30 Sydney L. Rev. 375, à la page 390 [Tamanaha, « Understanding »].

¹²⁷ [J. Griffiths, « What is Legal Pluralism »], *supra* note 108, à la page 38. La définition originale : « Law is the self-regulation of a semi-autonomous social field ».

¹²⁸ [Galanter, « Justice »], *supra* note 116, à la page 18-19 ; [Tamanaha, *General Jurisprudence*], *supra* note 126, à la page 173.

¹²⁹ H.L.A Hart, *Le concept de droit*, Oxford, Oxford University Press, 1961, à la page 119.

¹³⁰ [Tamanaha, *General Jurisprudence*], *supra* note 126, à la page 173.

Les auteurs ne sont pas tous d'accord sur ce qui différencie le droit non étatique et le droit étatique. Brian Tamanaha soutient que le concept de droit doit être réservé seulement au droit étatique basé sur un système institutionnalisé avec les législations, la police et les tribunaux. Les autres droits ne sont que des ordres sociaux¹³¹. Or, les auteurs comme John Gilissen, John Griffiths, Marc Galanter¹³² ou encore Anne Griffiths¹³³ rejettent cette idée de monisme étatique ou centralisme juridique et considèrent que le droit non étatique y compris les normes sociales (le droit coutumier) fait aussi partie du droit. Les normes peuvent donc signifier non seulement des interdictions sanctionnées par des autorités, mais aussi des normes acceptées comme base ou critère de tout comportement approprié. La difficulté qui se pose est donc de savoir comment proposer une définition du droit qui va inclure tous ces concepts. Les définitions du droit ne permettent pas de regrouper toutes ces normes sociales. Ainsi, prenons par exemple la définition du droit d'un anthropologue. Malinowski définit le droit comme un ensemble de prescriptions obligatoires considérées comme des droits par une partie de la tribu et comme des devoirs par l'autre partie, mises en vigueur à l'aide d'un mécanisme précis de réciprocité et de publicité inhérent à la structure même de la société¹³⁴. Or, cette définition non seulement va trop loin en ce qu'elle appelle droit tout ce qui vise à assurer l'ordre, l'uniformité et la cohésion du groupe, mais elle ne correspond pas non plus au droit coutumier qui peut signifier des valeurs sous-tendant les comportements appropriés, c'est-à-dire des modes de réglementation des comportements qui ont un caractère semi-juridique.

Sur le plan purement juridique, John Austin, célèbre pour sa théorie analytique du droit, a donné une définition assez stricte du droit en soutenant qu'il s'agit d'une règle énoncée par un être intelligent à l'intention d'un être intelligent sur lequel il exerce son autorité¹³⁵. Cette conception implique l'existence d'une autorité politique souveraine à laquelle, dans une société politique organisée, le peuple a coutume d'obéir sous peine de sanction. Or cette définition ne correspond pas au droit coutumier qui peut se situer dans une société politiquement non organisée.

En somme, les définitions du droit ne permettent pas de clore le débat sur ce qu'est le droit en

¹³¹ [Tamanaha, « Understanding »], *supra* note 126, à la page 397.

¹³² [Galanter, « Justice »], *supra* note 116, à la page 2.

¹³³ [A. Griffiths, « Legal Pluralism »], *supra* note 109, à la page 289-310.

¹³⁴ Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage society*, London, Routledge & Kegan Paul Ltd, 1956, première publication en 1926, à la page 55 et 58 ; Taslim Olawale, *La nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence africaine, 1998, à la page 65 et 66 [Olawale, *Droit coutumier*].

¹³⁵ John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, Spottiswoode and Co, 1875, à la page 8 ; [Olawale, *Droit coutumier*], *supra* note 134, à la page 51-52.

prenant en compte tous les ordres normatifs¹³⁶. En constatant ce problème conceptuel, Tamanaha avance que le concept du pluralisme juridique ne peut pas ou ne doit pas être défini puisqu'il s'agit en réalité d'un concept qu'un groupe d'une société donnée parvient à découvrir et le nomme « droit ». Il ne peut pas être formulé en des termes, quels qu'ils soient, puisque les termes le décrivant changent dans le temps et dans l'espace¹³⁷. Cependant, Jacques Vanderlinden critique cette position de Tamanaha qu'il qualifie d'essentialiste. Ainsi souligne-t-il, si les rapports normatifs ne sont du « droit » que lorsque les gens situés à l'intérieur d'une arène sociale les caractérisent conventionnellement comme « droit », tel que l'écrit Tamanaha, cela suppose qu'il y ait, dans chaque société, un terme dont nous décidons qu'il correspond exactement à notre droit. Mais que fait-on des sociétés situées dans l'espace et le temps au sein desquelles pareil terme n'est pas identifiable, ou plutôt ne l'est que parce que nous y rechercherons le mot qui correspond à notre vision essentialiste du droit?¹³⁸

Ainsi, pour comprendre le concept du pluralisme juridique, les ordres et les systèmes juridiques doivent être clairement identifiés. Le pluralisme juridique en tant que tel rejette la définition du droit limité au droit étatique. Mais lorsque le droit non étatique y est admis, il est difficile de définir précisément le droit. Puisqu'il n'est pas possible de définir le droit sans tenir compte des normes sociales existantes, Woodman propose que le droit soit défini comme toute forme de contrôle social¹³⁹. Il constate que la frontière entre le droit étatique et le droit non étatique n'est pas clairement délimitée. Les normes non formelles et non adoptées par le législateur sont aujourd'hui considérées comme faisant partie du droit étatique. Les lois ont des sources diversifiées. Toutes les normes ne sont pas issues des codes législatifs¹⁴⁰. En somme, il est difficile d'établir une différence claire entre le droit étatique et le droit non étatique.

Enfin, après avoir abordé ces débats et discussions théoriques sur le pluralisme juridique, le moment est venu pour nous de prendre une position claire sur ce dernier qui nous guidera dans nos argumentations tout au long de notre recherche. Nous entendons par pluralisme juridique la coexistence dans un même espace de plusieurs ordres ou systèmes juridiques concurrentiels¹⁴¹.

¹³⁶ [Olawale, *Droit coutumier*], *supra* note 134, à la page 51-71 ; Jonathan Aleck, « Introduction : Custom is Law in Papua New Guinea », dans Jonathan Alek et Jackson Rannels, dir., *Custom At the Crossroads*, Port Moresby, Faculty of Law, University of Papua New Guinea, 1995, 1.

¹³⁷ [Tamanaha, « Understanding »], *supra* note 126, à la page 396.

¹³⁸ [Vanderlinden, « Réseaux »], *supra* note 120, à la page 34.

¹³⁹ Gordon Woodman, « Ideological Combat and Social Observation, Recent Debate About Legal Pluralism », (1998) 42 *J. Legal pluralism & Unofficial L.* 21, à la page 44 [Woodman, « Ideological »].

¹⁴⁰ [Woodman, « Ideological »], *supra* note 139, à la page 50-54.

¹⁴¹ [Otis, « Les figures »], *supra* note 110, à la page 10.

Nous nous rangeons donc aux côtés des tenants du pluralisme juridique radical qui reconnaissent les autres ordres normatifs. Nous retenons cette définition parce que nous ne nous interrogeons pas sur la validité de la coutume, autrement dit que nous croyons à la validité de celle-ci (qu'elle soit, comme nous le verrons en détail plus loin, une norme considérée par certains comme contraignante, une règle ou procédure de résolution de conflit dans certaines communautés traditionnelles ou encore des codes de valeurs auxquels les membres d'une communauté se considèrent liés). C'est ainsi que nous montrerons dans le corps de la thèse que l'interaction entre les différents ordres ou systèmes juridiques conduit à un conflit de normes pouvant constituer, dans certains cas, un défi au respect des droits fondamentaux. Notre étude de cas qui est abordée en détail dans le corps de notre thèse confirmera nos hypothèses. Autrement dit, nous serons très critique vis-à-vis du pluralisme juridique, en particulier du droit coutumier. Cela veut-il dire que nous rejetons le droit coutumier dans son entièreté? Aucunement. Comment peut-on écarter le droit coutumier alors que celui-ci représente un code de valeurs important pour les peuples autochtones?¹⁴² Comment peut-on isoler un droit qui est le fondement même du système foncier au Vanuatu? Nous plaidons donc pour une définition du droit plus large à l'image de celle de Taslim Olawale pour qui « le droit d'une collectivité donnée est l'ensemble des règles que ses membres reconnaissent comme obligatoire »¹⁴³.

Pour mieux comprendre la notion du pluralisme juridique, l'étude d'un cas concret s'impose.

PARAGRAPHE II : LES DROITS APPLICABLES AU VANUATU

Tel que mentionné précédemment, comme ses voisins insulaires du Pacifique Sud, le Vanuatu connaît un pluralisme juridique assez complexe. Il s'agit d'un héritage colonial. D'une manière générale, les droits applicables sont le droit étatique, le droit coutumier, le droit colonial (les législations britanniques et françaises) et le droit international. Nous examinons en détail deux ensembles de lois présentes au Vanuatu : premièrement, les lois applicables avant l'indépendance (1) ; deuxièmement les lois applicables après l'indépendance (2).

¹⁴² [Brown, « Customary Law »], *supra* note 40, à la page 1 et s.

¹⁴³ [Olawale, *Droit coutumier*], *supra* note 134, à la page 70 ; Cette définition va dans le même sens que celle de Marise Raynal, c'est-à-dire « un système de valeurs lié au contrôle social déterminant des productions (règles et sanctions) et des représentations juridiques qui, les unes et les autres, sont considérées comme obligatoires par la société, parce qu'indispensables à son organisation et à son fonctionnement » (Maryse Raynal, *Justice traditionnelle, justice moderne, le divin, le juge, le sorcier*, Paris, L'Harmattan, 1994, à la page 26).

1) Les lois applicables avant l'indépendance

De 1906 à 1980, le Vanuatu, anciennement appelé Nouvelles-Hébrides, était un condominium franco-britannique. Il avait fait l'objet d'une administration conjointe dirigée par la France et la Grande-Bretagne. En réalité, les deux puissances exerçaient sur le territoire en même temps une souveraineté mixte et séparée¹⁴⁴. D'abord, elles avaient une égalité de gouvernement sur le territoire. Elles disposaient ensuite des juridictions séparées sur leurs propres sujets de droit. En plus de ces juridictions séparées, elles avaient mis en place des juridictions mixtes (les tribunaux, mais aussi les prisons). Pendant la période de colonisation, quatre corps de lois s'appliquaient respectivement à tous les habitants, quelles que soient leurs nationalités (a), aux ressortissants britanniques et aux optants du régime de droit britannique (b), aux ressortissants français et aux optants du régime de droit français (c), et enfin, aux autochtones des Nouvelles-Hébrides (Vanuatu depuis 1980).

a) Les lois applicables à tous les habitants du condominium

Il s'agissait des lois constitutives (i) et des réglementations mixtes adoptées par les deux administrations coloniales (ii).

i) Les lois constitutives : de la Convention franco-britannique de Londres de 1906 au Protocole franco-britannique de 1914

La Convention franco-britannique appelée la *Convention de Londres*¹⁴⁵ du 20 octobre 1906 a été signée entre les deux pays pour renforcer leur coopération exercée sur le territoire des Nouvelles-Hébrides à partir de 1887 par le biais d'une Commission Navale Mixte. Cette dernière a été établie par la Convention relative aux Nouvelles-Hébrides signée le 16 novembre 1887¹⁴⁶ entre la France et la Grande-Bretagne. Son article 2 dispose que cette commission composée d'officiers de marine française et britannique sera chargée de maintenir l'ordre et de protéger les personnes et les biens des citoyens français et britanniques dans les Nouvelles-Hébrides. La *Convention de Londres* prévoyait un régime de condominium ou encore un système de gouvernement mixte. Elle

¹⁴⁴ [Hooker, *Legal pluralism*], *supra* note 105, à la page 474.

¹⁴⁵ *Convention de Londres relative aux Nouvelles-Hébrides, entre la France et le Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande*, 20 octobre 1906, T. F. 856 (Ci-après *Convention de Londres*) [*Convention de Londres*].

¹⁴⁶ *Convention relative aux Nouvelles-Hébrides*, 16 novembre 1887, T. F. 494.

s'appliquait à toutes les personnes sur le territoire. Elle a été modifiée par le *Protocole franco-britannique relatif aux Nouvelles-Hébrides* signé entre les deux pays le 6 août 1914 et ratifié le 18 mars 1922¹⁴⁷. Le *Protocole* de 1914 avait pour principal but de mettre en place une organisation juridictionnelle permettant une administration conjointe par la France et la Grande-Bretagne du territoire des Nouvelles-Hébrides¹⁴⁸.

ii) Les réglementations mixtes

Selon l'article VII¹⁴⁹ du *Protocole* de 1914, « les Hauts-Commissaires auront le pouvoir d'édicter conjointement pour le maintien de l'ordre et la bonne administration ainsi que pour l'exécution de la présente Convention des règlements locaux applicables à tous les habitants de l'archipel sans aucune exception et de sanctionner ces règlements par l'une ou plusieurs des sanctions pénales ». Le Condominium pouvait donc légiférer aussi bien pour les sujets français et britanniques que pour les autochtones. Toutefois, en ce qui concerne ces derniers, l'on pouvait noter une certaine ambiguïté dans les textes français et anglais. En effet, la version anglaise de l'article VIII (2) du *Protocole* de 1914 diffère de la version française. La version anglaise dispose : « The High Commissioners and Residents Commissioners shall have authority over the native chiefs. They Shall have power to make administrative and police regulations binding on the tribes, and to provide for their enforcement ». Selon la version française, « les Hauts-Commissaires et les Commissaires-Résidents auront autorité sur les chefs des tribus indigènes. Ils auront en ce qui concerne ces tribus, le pouvoir d'édicter des règlements d'administration et de police et d'en assurer l'exécution ». Dans la version française, on ignore si le condominium avait l'intention d'édicter des lois régissant les comportements des autochtones.¹⁵⁰ Dans la pratique cependant, c'est la version anglaise qui s'appliquait.

Une autre ambiguïté est liée à la compétence du Condominium à légiférer pour les autochtones alors même que la *Convention de Londres* et le *Protocole* de 1914 ne les reconnaissaient pas comme des sujets de droit britannique ou français. Certains commentateurs estiment qu'en réalité, ces textes avaient pour but d'empêcher les autochtones d'acquérir le statut de sujet ou de citoyen

¹⁴⁷ *The New Hebrides Order in Council*, 1922 (n°17) ; *Protocole franco-britannique relatif aux Nouvelles-Hébrides*, 6 août 1914 (Ci-après *Protocole* de 1914) [**Protocole de 1914**].

¹⁴⁸ Anthony Angelo, « L'application du droit français au Vanuatu : Quelques observations sur son déclin et sur son avenir », (1997) 3 R. J. P. 1, à la page 3 [**Angelo, « Droit français »**].

¹⁴⁹ L'article issu de l'amendement de 1959 (**[Protocole de 1914]**, *supra* note 147).

¹⁵⁰ Daniel Patrick O'Connell, « The Condominium of the New Hebrides », (1968-1969) 43 Brit. Y.B. Int'l L. 71, à la page 97 [**O'Connell, « Condominium »**].

des deux pays colonisateurs et de permettre à ce que ceux-ci soient régis par leurs propres coutumes¹⁵¹. En cas de litige entre un autochtone et un non autochtone, la loi nationale de ce dernier s'appliquait aux deux.

b) Les lois applicables aux ressortissants britanniques et aux optants du régime de droit britannique

La deuxième catégorie de lois s'appliquait seulement aux ressortissants britanniques et aux étrangers vivant sur le territoire, ayant la nationalité autre que française ou anglaise et optant pour le régime de droit britannique. Il s'agissait des *King's (Queen's) Regulations* (i), les lois parlementaires britanniques (ii), les réglementations locales adoptées conformément aux lois britanniques (iii) et enfin, la *Common Law* et l'équité (iv).

i) Les King's (Queen's) Regulations

Les *King's (Queen's) Regulations* étaient adoptées par le *High Commissioner of the Western Pacific* conformément au *Pacific Order in Council* de 1893. Le *New Hebrides Order* de 1911 (UK)¹⁵² étendait l'application de ces réglementations au territoire des Nouvelles-Hébrides. Celles-ci s'appliquaient uniquement aux ressortissants britanniques et aux personnes qui optaient pour le régime de droit britannique.

ii) Les lois parlementaires britanniques

Ensuite, toujours dans cette catégorie, les lois anglaises de « *general application* » ou « d'application générale » régissaient aussi les ressortissants britanniques et les optants du régime conformément à l'article 20 du *Pacific Order in Council* de 1893, et plus tard à l'article 15 du

¹⁵¹ [O'Connell, « *Condominium* »], *supra* note 150, à la page 134. Celui-ci note : « The effect of the Convention and Protocol was to subject the natives of the New Hebrides to an administrative regime while depriving them of the possibility of attaining equal civil status with the Europeans in the Group. It was, of course, envisaged that the natives would remain under the customary jurisdiction of the chiefs... » ; [Weisbrot, « *Custom* »], *supra* note 101, à la page 67-68.

¹⁵² *New Hebrides Order* 1911 (UK), en ligne : Pacific Islands Legal Information Institute, PacLII, [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/New%20Hebrides/6.%20New%20Hebrides%20Order,%201911.PDF] (accessible le 15 mars 2012).

Western Pacific (Courts) Order de 1961¹⁵³ qui a été modifié par le *New Hebrides Order* de 1973¹⁵⁴. Ce dernier a lui-même été amendé par le *New Hebrides Order* de 1975¹⁵⁵. L'article 3 de la *High Court of New Hebrides Regulation* de 1976¹⁵⁶ a finalement fixé la date d'application aux Nouvelles-Hébrides des lois anglaises « d'application générale », au premier janvier 1976 en Grande-Bretagne. Même si elle n'a pas été définie dans la réglementation en question, une « loi d'application générale » doit être considérée comme une loi relevant généralement des conditions d'autres pays, mais qui s'appliquerait de la même manière en Angleterre¹⁵⁷. Ainsi, dans une affaire de 1984, *Freddy Harrisen v. John Patrick Holloway*¹⁵⁸, la Cour d'appel du Vanuatu a soutenu que la *Police Act* de 1964 (UK) n'est pas une loi « d'application générale » (donc inapplicable au Vanuatu) compte tenu des différences entre les diverses forces de police au Royaume-Uni et une seule force de police au Vanuatu, y compris les différents modes de contrôle et de paiement et aussi du fait que le Vanuatu est une république et l'immunité de la Couronne n'y s'applique pas. Pour qu'elle soit « d'application générale », cette loi doit s'appliquer de la même manière aussi bien en Angleterre qu'au Vanuatu. Au contraire, la *Bankruptcy Act* de 1914 (UK) a été déclarée « loi d'application générale » dans une décision de 1988, *Clements and Clements v. the Hong Kong and Shanghai Banking Corporation*¹⁵⁹. Ce précédent est donc censé s'appliquer à des cas semblables qui surviendraient. Par ailleurs, la *Miscellaneous Amendment Act*¹⁶⁰ adoptée en 1988 a permis de donner effet à certaines *Queen's/King's Regulations* en tant que lois du Vanuatu.

iii) Les réglementations locales adoptées conformément aux lois britanniques

Dans cette catégorie se trouvent les différents règlements adoptés par les autorités internes conformément à la législation britannique. De plus, les règlements britanniques adoptés

¹⁵³ *Western Pacific (Courts) Order* 1961 (UK), en ligne : Pacific Islands Legal Information Institute, PacLII, [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/New%20Hebrides/8.New%20Hebrides%20Order,%201961.PDF] (accessible le 15 mars 2012) [***Western Pacific Courts Order***].

¹⁵⁴ *New Hebrides Order* 1973, en ligne : Pacific Islands Legal Information Institute, PacLII, [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/New%20Hebrides/10.New%20Hebrides%20Order%201973.PDF] (accessible le 15 mars 2012).

¹⁵⁵ *New Hebrides Order* 1975, en ligne : Pacific Islands Legal Information Institute, PacLII, [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/New%20Hebrides/11.New%20Hebrides%20Order%201975.PDF] (accessible le 15 mars 2012).

¹⁵⁶ Don Paterson, *Legal systems 1*, Volume 1, Port Vila, School of Law, University of the South Pacific, 1995, à la page 242 [***Paterson, Legal Systems Vol 1***].

¹⁵⁷ Roberts-Wray Kenneth, *Commonwealth and Colonial Law*, New York, Praeger, 1966, à la page 556 ; Jennifer Corrin, « Bedrock and Steel Blues : Finding the Laws Applicable in Vanuatu », (1998) 24(1-2) Commonwealth L. Bull. 594, à la page 599 [***Corrin, « Bedrock »***].

¹⁵⁸ *Freddy Harrisen v. John Patrick Holloway*, [1984] VUCA 7.

¹⁵⁹ *Clements and Clements v. The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation*, [1988] VUCA 3.

¹⁶⁰ *Miscellaneous Amendment Act*, 1988, *Vanuatu Consolidated Legislation*.

spécifiquement pour le territoire des Nouvelles-Hébrides s'appliquaient également aux ressortissants britanniques et aux optants pour le régime britannique.

iv) La Common Law/Equity

Comme nous le verrons plus loin, la *Common Law* est issue de la jurisprudence ou des principes développés par différentes cours de justice d'abord britanniques et ensuite des pays du Commonwealth. Les règles d'*Equity* sont basées sur des principes de justice, de moralité et d'équité permettant, entre autres, de pallier les insuffisances de la *Common Law*. Les principes de la *Common Law* et de l'*Equity* s'appliquaient aux ressortissants britanniques et aux optants du régime britannique conformément à l'article 20 du *Pacific Order in Council* de 1893. Plus tard, l'article 15 du *Western Pacific (Courts) Order* de 1961 permet spécifiquement l'application des principes de la *Common Law* et de l'*Equity* lorsque les circonstances le permettent.

c) Les lois applicables aux ressortissants français et aux optants du régime de droit français

Le troisième corps de lois s'appliquait aux ressortissants français et aux personnes de nationalité étrangère autre que française et anglaise qui optaient pour le régime du droit français. Il s'agissait des lois constitutives (i), des lois françaises édictées pour les Nouvelles-Hébrides (ii), et des règlements spécifiques adoptés pour les Nouvelles-Hébrides (iii).

i) Les lois constitutives : De la Convention de 1906 au Protocole de 1914

D'abord, la *Convention de Londres* de 1906 et le *Protocole* de 1914 relatifs aux Nouvelles-Hébrides ont été appliqués par le Haut-Commissaire français à tous les ressortissants français et aux optants du régime de droit français se trouvant sur le territoire des Nouvelles-Hébrides.

ii) Les lois françaises

Ensuite, les lois françaises édictées spécialement pour la Nouvelle-Calédonie ou les Nouvelles-Hébrides ou rendues applicables par le Haut-Commissaire français en Nouvelle-Calédonie s'appliquaient aux ressortissants français et à ceux qui optaient pour le régime du droit français. Avant l'accession à l'indépendance, cinq codes français étaient en vigueur aux Nouvelles-Hébrides : le *Code civil*, le *Code de commerce*, le *Code pénal*, le *Code de la procédure civile* et le *Code de la procédure criminelle*. Les textes juridiques français applicables aux Nouvelles-Hébrides étaient promulgués au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie. Toute modification non promulguée en Nouvelle-Calédonie ne serait pas applicable aux Nouvelles-Hébrides.

iii) Les textes spécifiques (les règlements)

À ces codes s'ajoutaient des textes spécifiques adoptés pour la Nouvelle-Calédonie et les Nouvelles-Hébrides. Même si ces textes étaient indépendants les uns des autres, ils demeuraient liés quant à leur promulgation qui dépendait du seul Gouverneur en Nouvelle-Calédonie¹⁶¹.

d) Les lois applicables aux autochtones des Nouvelles-Hébrides

Enfin, le quatrième corps de lois s'appliquait uniquement aux autochtones des Nouvelles-Hébrides. Il s'agissait tout d'abord du droit coutumier (i), ensuite des réglementations administratives (ii), et enfin des codes réservés aux autochtones (iii).

i) Le droit coutumier

Les autochtones étaient soumis aux coutumes de leurs propres communautés. Il y a eu des tentatives par les autorités coloniales de reconnaître le droit coutumier. Selon le *Protocole* de 1914, les Hauts-Commissaires de la Grande-Bretagne et de la France ont autorisé sur les chefs autochtones. Cependant, ce *Protocole* oblige ces Hauts-Commissaires à respecter dans l'exercice de leur pouvoir,

¹⁶¹ [Angelo, « Droit français »], *supra* note 148, à la page 6.

les habitudes et coutumes de la population autochtone sauf si celles-ci sont contraires à l'ordre et aux principes d'humanité¹⁶².

ii) Les réglementations administratives

Encore une fois, l'article VIII (2) du *Protocole* de 1914 permet aux Hauts-Commissaires et aux Commissaires-Résidents des deux puissances coloniales d'édicter des règlements d'administration et de police et d'en assurer l'exécution. Selon la version anglaise, ces règlements régissent les comportements des autochtones, ce qui n'est pas le cas dans la version française. Comme nous l'avons souligné, en cas de litige entre un autochtone et un non indigène, la loi nationale de ce dernier s'appliquait aux deux. Il en résulte qu'en ce qui concerne les autochtones, il n'existait pas de lois régissant les matières telles que les délits civils, les contrats... En matière foncière, les principes généraux de droit s'appliquaient conformément à l'article XXI du *Protocole* de 1914. Ces principes ne signifiaient en aucun cas le droit autochtone (ou droit coutumier) qui n'a pas été mis en place (ou codifié), mais font plutôt référence à des décisions *ad hoc* prises par les tribunaux mixtes.

iii) Les codes « autochtones »

L'article VIII (2) du *Protocole* de 1914 dispose que les coutumes conformes à l'ordre et aux principes d'humanité seraient prises en compte dans la préparation d'un code civil et d'un code criminel « autochtones ». Un code criminel pour les autochtones a été édicté et est entré en vigueur en 1938 par la *Réglementation mixte 1/1938*. Quatre cours criminelles ont été établies pour l'appliquer (*Central District N°1*, *Southern District* en 1938 puis *Central District N°2* et *Northern District* en 1943). Ce code criminel a ensuite été abrogé et remplacé par celui de 1962 rendu applicable par la *Réglementation mixte 12/1962*. Il a été abrogé et remplacé par le *Code pénal* du Vanuatu adopté en 1981. Aucun code civil n'a été édicté. Il faut cependant noter que ce code criminel était fondé entièrement sur la jurisprudence française et anglaise. Il ne contenait aucun élément du droit coutumier¹⁶³.

¹⁶² [*Convention de Londres*], *supra* note 145, art. VIII(4) et [*Protocole de 1914*], *supra* note 147, art. 8(2).

¹⁶³ [Lunabeck, « *Adjudication* »], *supra* note 40, à la page 26 ; [Hooker, *Legal pluralism*], *supra* note 105, à la page 475.

2) Les lois applicables après l'indépendance

Après l'indépendance, les lois suivantes s'appliquent : la Constitution (a), les lois adoptées par le nouveau parlement du Vanuatu (b), les lois « consacrées », c'est-à-dire issues de la colonisation (c), le droit coutumier (d) et le droit international (e).

a) La Constitution

Lors de l'accession à l'indépendance, le *Protocole* de 1914 a été annulé par l'échange des notes faites entre les gouvernements français et britannique le 23 octobre 1979. La nouvelle Constitution du Vanuatu a été rédigée par un comité constitutionnel composé des représentants des différents partis politiques et assisté par des conseillers britanniques et français. Les lois applicables avant l'indépendance y sont maintenues avec des restrictions¹⁶⁴. Le droit coutumier est aussi reconnu par celle-ci. La nouvelle Constitution est entrée en vigueur le 30 juillet 1980. L'article 2 dispose que celle-ci est la loi suprême du Vanuatu.

b) Les lois adoptées par le Parlement du Vanuatu

L'article 16 (1) de la Constitution propose que le Parlement adopte des lois concourant à la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Vanuatu. Les lois édictées par le nouveau parlement entrent en vigueur sur l'assentiment du Président de la République.

c) Les lois « consacrées »

Les lois « consacrées » sont des législations coloniales anglaises (i) et françaises (ii) y compris la *Common Law* (iii) et les réglementations mixtes (iv) qui continuent à s'appliquer après l'indépendance.

¹⁶⁴ Nous développerons ce point plus bas ; [Corrin, « **Bedrock** »], *supra* note 157, à la page 598.

i) Les lois anglaises « consacrées »

Les lois anglaises y compris les *Queen's/King's Regulations* en vigueur en 1980 (date de l'indépendance) sur le territoire des Nouvelles-Hébrides, continuent à s'appliquer conformément à l'article 95 alinéa 2 de la Constitution à moins qu'elles ne soient abrogées par le Parlement ou incompatibles avec le statut d'indépendance du Vanuatu. De plus, les lois anglaises « d'application générale » en vigueur en Angleterre le 1^{er} janvier 1976 continuent à s'appliquer conformément à l'article 3 de la *High Court of the New Hebrides Regulation* de 1976.

ii) Les lois françaises « consacrées »

Pareillement, les lois françaises y compris les codes français et les règlements adoptés spécifiquement pour les Nouvelles-Hébrides, en vigueur en 1980 sur le territoire, continuent à s'appliquer conformément à l'article 95 alinéa 2 de la Constitution à moins, encore une fois, qu'elles ne soient abrogées par le Parlement ou incompatibles avec le statut d'indépendance du Vanuatu. Cependant, même si le système juridique du Vanuatu permet au-delà du droit anglais, l'usage du droit français, la simple lecture des décisions jurisprudentielles révèle d'emblée, la place et l'influence minimales faites à ce dernier. On retire un sentiment de déclin aussi rapide qu'inexorable du droit français. Cette situation conduit à s'interroger sur la réelle portée de certaines dispositions constitutionnelles reconnaissant l'application du droit français¹⁶⁵.

iii) Les réglementations mixtes

L'article 95 (1) de la Constitution dispose que « sauf décision contraire du Parlement, les réglementations mixtes et les textes pris [sic] pour leur application, qui étaient en vigueur au jour de l'indépendance en 1980, restent applicables comme s'ils avaient été pris [sic] en application de la Constitution, ils seront interprétés en tenant compte des adaptations nécessaires pour les rendre compatibles avec la Constitution »¹⁶⁶.

Peu de temps après l'indépendance, ces règlements mixtes ont été repromulgués comme lois du Vanuatu et ont été publiés dans la gazette officielle en 1988. Pendant cette même année, 85

¹⁶⁵ [Angelo, « Droit français »], *supra* note 148, à la page 1-2.

¹⁶⁶ [Constitution du Vanuatu], art. 95(1), *supra* note 2.

règlementations mixtes considérées comme obsolètes ont été révoquées par la *Miscellaneous Repeals Act* de 1988.

iv) La Common Law

Jusqu'à l'indépendance, la *Common Law* s'appliquait conformément à l'article 15 du *Western Pacific (Courts) Order* de 1961. L'article 95 (2) de la Constitution a permis que celle-ci faisant partie des lois britanniques, continue à s'appliquer. Cependant, une question se pose. Les décisions des tribunaux britanniques après 30 juillet 1980 font-elles partie des lois applicables au Vanuatu, sachant que l'article susmentionné fait référence aux lois anglaises en vigueur au moment de l'indépendance? Jennifer Corrin a tenté de montrer qu'il n'y a pas de date limite pour l'application de la *Common Law* et que le juge du Vanuatu peut recourir aux décisions britanniques rendues après le 30 juillet 1980, date d'indépendance du Vanuatu. Dans une affaire de 1996, *Banga v. Waiwo*¹⁶⁷, le juge en chef de la Cour suprême a reconnu qu'il sera difficile de mettre de côté la *Common Law*. Ce même juge a soutenu dans l'affaire *Daniel Mouton v. Selb Pacific Limited*¹⁶⁸ que même si les juges des tribunaux inférieurs (y compris de la Cour suprême) ne sont liés que par les décisions de la Cour d'appel (la plus haute instance du pays), les autorités étrangères ne restent pas moins importantes.

d) Le droit coutumier

Le droit coutumier constitue aussi une source de droit au Vanuatu. L'article 95 (3) de la Constitution prévoit que « les règles coutumières continuent de produire leurs effets dans le système juridique du Vanuatu »¹⁶⁹. L'article 74 fait référence au rôle de la coutume en ce qui concerne les terres en disposant que « les règles coutumières constituent le fondement des droits de propriété et d'usage des terres »¹⁷⁰. De plus, l'article 47 (1) dispose que « dans le cas où toute disposition légale fait défaut, le tribunal statue selon les principes de l'équité et dans la mesure du possible, en conformité avec la coutume »¹⁷¹. L'article 51 détermine les modalités d'application du droit coutumier en affirmant que « le Parlement peut préciser les modalités permettant de vérifier

¹⁶⁷ *Banga v. Waiwo*, [1996] VUSC 5 [*Waiwo*].

¹⁶⁸ *Daniel Mouton v. Selb Pacific Limited*, [1995] VUSC 2 [*Mouton*].

¹⁶⁹ [*Constitution du Vanuatu*], art. 95(3), *supra* note 2.

¹⁷⁰ [*Constitution du Vanuatu*], art. 74, *supra* note 2.

¹⁷¹ [*Constitution du Vanuatu*], art. 47(1), *supra* note 2.

l'existence de règles coutumières qui peuvent s'appliquer, et en particulier prévoir que des personnes expertes en matière coutumière siègent avec les juges de la Cour suprême ou de la Cour d'appel, et participent aux instances »¹⁷². Nous étudierons en détail le droit coutumier dans la deuxième section de ce chapitre préliminaire. Mais pour l'heure, précisons que ces dispositions susmentionnées témoignent clairement de l'importance que la Constitution nationale accorde à la coutume.

e) Le droit international

Enfin, le Vanuatu comme ses autres voisins insulaires, en accédant à l'indépendance, adhère d'emblée à l'Organisation des Nations Unies et participe à la vie de la communauté internationale. Avant l'indépendance, aucune référence dans les lois constitutives n'était faite quant à la place et aux ambitions du pays dans la communauté internationale. L'héritage du condominium lui a légué une position ambiguë en ce qui concerne la ratification et l'application des traités internationaux dans le droit interne. Le condominium n'était pas en tant que tel, une personnalité juridique même si les Nouvelles-Hébrides étaient bien un sujet du droit international. Par conséquent, les traités signés par les deux puissances du condominium ne faisaient pas partie des dispositions transitoires applicables lors de l'indépendance¹⁷³.

Après son accession à l'indépendance, le Vanuatu à l'instar de ses voisins, adopte la technique dualiste d'incorporation des normes internationales dans le droit interne. Alors que dans l'ensemble de ces États, la ratification des conventions internationales constitue un acte exécutif, le Vanuatu est le seul État de la région à exiger la ratification par le Parlement¹⁷⁴. Nous reviendrons sur les détails du rapport entre le droit international et le droit national du Vanuatu dans la première partie de notre thèse, plus particulièrement dans le deuxième chapitre de cette partie.

¹⁷² [Constitution du Vanuatu], art. 51, *supra* note 2.

¹⁷³ [Farran « Is Legal Pluralism »], *supra* note 32, à la page 86.

¹⁷⁴ Constitution du Vanuatu, art. 26 : « Treaties negotiated by the Government shall be presented to Parliament for ratification when they - (a) concern international organisations, peace or trade ; (b) commit the expenditure of public funds ; (c) affect the status of people ; (d) require amendment of the laws of the republic of Vanuatu ; or (e) provide for the transfer, exchange or annexing of territory » [Constitution du Vanuatu], *supra* note 2.

PARAGRAPHE III : DES JURIDICTIONS VARIÉES

L'existence du pluralisme juridique au Vanuatu a par ailleurs conduit à la mise en place des tribunaux variés. Ainsi, dans ce paragraphe, nous allons dans un premier temps, aborder la question de la juridiction mixte avant l'indépendance (1). Dans un second temps, nous allons nous intéresser au système judiciaire du pays après l'indépendance, autrement dit aux juridictions actuelles (2). Notre objectif ici consiste non seulement à traiter une des facettes du pluralisme juridique (c'est-à-dire la question des juridictions variées), mais aussi de clarifier la question de la hiérarchisation des tribunaux étant donné certaines particularités du système judiciaire du Vanuatu. Ce dernier point est pertinent puisque nous allons tout au long de notre étude citer des décisions des différents tribunaux du pays pour appuyer nos propos.

1) Les juridictions avant l'indépendance

Du Condominium néo-hébridais découlait logiquement un système de juridiction mixte pendant la période coloniale¹⁷⁵. Un Tribunal mixte des Nouvelles-Hébrides (*Joint Court*) a été établi conformément à l'article 10 du *Protocole* de 1914. Il était composé d'un juge français, d'un juge anglais et d'un troisième magistrat nommé par le Roi d'Espagne (par souci de neutralité). Il avait compétence sur les litiges civils et fonciers mettant en cause un autochtone et un non autochtone. Il ne statuait sur des procès criminels que lorsqu'un autochtone commettait un crime à l'égard d'un non autochtone¹⁷⁶. Il était aussi compétent en cas de saisine concurrente des juridictions française ou anglaise (ou de leur refus de se déclarer compétentes) pour déterminer la juridiction compétente. Il pouvait aussi connaître du fond du litige sur demande conjointe de deux parties. Le Tribunal mixte n'était pas tenu de suivre les règles spécifiques de procédure que le *Protocole* de 1914 imposait aux autres juridictions¹⁷⁷. Les règles applicables relevaient du droit coutumier et des réglementations mixtes adoptées conjointement par les autorités françaises et britanniques.

Parallèlement à ce Tribunal mixte, les deux puissances coloniales mettaient en place leurs propres tribunaux de première instance compétents pour statuer sur toute action intentée par leurs sujets de droit. En ce qui concerne une action mettant en cause un Britannique et un Français, une

¹⁷⁵ [O'Connell, « Condominium »], *supra* note 150, à la page 122 et s. ; [Weisbrot, « Custom »], *supra* note 101, à la page 67 et s.

¹⁷⁶ Voir Sara Lightner et Anna Naupa, *Histri Blong Yumi Long Vanuatu*, Port Vila, Vanuatu Cultural Centre, 2005, Traduction française de Marc Tabani, à la page 18.

¹⁷⁷ [Angelo, « Droit français »], *supra* note 148, 4-5.

compétence de principe est attribuée au tribunal (français ou britannique) du défendeur conformément à l'article 20 du *Protocole* de 1914. Un sujet britannique qui intentait une action à l'encontre d'un Français, ne pouvait le faire que devant les juridictions françaises et conformément aux lois françaises applicables et inversement. Les décisions de ces tribunaux de première instance pouvaient faire l'objet d'appel devant la Cour d'appel de Fiji (pour ce qui concerne les décisions des tribunaux britanniques de première instance) et devant les tribunaux de second degré en Nouvelle-Calédonie (pour ce qui concerne les décisions des tribunaux français de première instance).

Enfin, des tribunaux indigènes ont aussi été mis en place pour connaître des litiges criminels impliquant deux autochtones. Ils étaient composés de deux assesseurs locaux et d'un agent français ou britannique. Les décisions de ces tribunaux pouvaient faire l'objet d'appel devant le Tribunal mixte.

2) Les juridictions après l'indépendance

Depuis l'indépendance, conformément à la Constitution Vanuatu et à un certain nombre de lois adoptées¹⁷⁸ portant sur le système judiciaire, différentes juridictions ont été mises en place. Dans l'ordre hiérarchique, on note la *Court of Appeal* (la Cour d'appel), la *Supreme Court* (la Cour suprême), la *Magistrates' Court* (le tribunal de première instance) et les *Island Courts* (les tribunaux des îles)¹⁷⁹.

La Cour d'appel est régie par l'article 50 de la Constitution¹⁸⁰ et les articles 45 à 48 de la *Judicial Services and Courts Act*¹⁸¹. Elle statue en appel sur des décisions de la Cour suprême. Elle siège deux fois dans l'année et les juges viennent de la Cour suprême du Vanuatu et aussi des juridictions étrangères (Cour suprême de Fidji, de la Papouasie Nouvelle-Guinée et de la Nouvelle-Zélande).

¹⁷⁸ D'abord par la *Courts Act* de 1980 (**[Courts Act]**) qui a été abrogée par la *Judicial Services and Courts Act* de 2000 (**[Judicial Services and Courts Acts]**). Cette dernière a ensuite été amendée par la *Judicial Services and Courts (Amendment) Act* de 2003. Voir aussi *Island Courts Act* de 1983 (**[Island Courts Act]**) ou encore *Custom Land Management Act* de 2013 (**[Custom Land Management Act]**).

¹⁷⁹ **[Corrin et al., Introduction to South Pacific Law]**, *supra* note 40, à la page 323.

¹⁸⁰ L'article 50 de la *Constitution du Vanuatu* prévoit que « le Parlement définit la procédure d'appel quand la Cour Suprême juge en première instance afin de déférer en appel tout jugement prononcé par une juridiction siégeant en qualité de Cour d'appel "ad hoc" constituée de deux magistrats de la Cour Suprême siégeant collégalement » **[Constitution du Vanuatu]**, *supra* note 2.

¹⁸¹ **[Judicial Services and Courts Acts]**, *supra* note 178, art. 45-48.

Elle est compétente pour connaître des procès (appels) aussi bien civils que criminels. La Cour d'appel constitue, comme nous l'avons souligné, le plus haut tribunal du pays.

La Cour Suprême est régie quant à elle par l'article 49(1) de la Constitution et les articles 27 à 44 de la *Judicial Services and Courts Act*. Selon ces dispositions, elle est investie d'un droit de juridiction absolue pour connaître de tout procès civil, criminel ou coutumier. Elle statue aussi en appel sur les décisions des *Magistrates' Courts* et des *Island Courts*. De plus, dans les termes de l'article 53 de la Constitution, la Cour suprême est compétente non seulement pour interpréter la Constitution, mais aussi pour exercer un contrôle *a posteriori* sur la constitutionnalité des lois. Par ailleurs, la Cour suprême du Vanuatu, comme celles des autres États de la région, exerce un rôle de supervision sur les tribunaux inférieurs¹⁸². Ce rôle de supervision doit être compris ici comme la compétence qu'a une Cour supérieure de réviser les décisions des tribunaux inférieurs, c'est-à-dire de rendre des ordonnances invalidant une décision (*certiorari*), refusant l'exécution d'une décision (*prohibition*), obligeant un individu à remplir un devoir public (*mandamus*), libérant une personne détenue illégalement (*habeas corpus*) ou encore forçant un individu à quitter un poste public qu'il détient illégalement (*quo warranto*)¹⁸³.

Les *Magistrates' Courts* sont régies par la *Magistrates' (Civil Jurisdiction) Act*¹⁸⁴ ainsi que par les articles 12 à 24 de la *Judicial Services and Courts Act*. Elles sont compétentes pour connaître des procès aussi bien civils que criminels, mais sous réserve d'un certain nombre de plafonds. Elles peuvent aussi statuer en appel sur des décisions civiles de *Island Courts*, sauf en ce qui concerne les questions de la propriété terrienne qui ne peuvent être attaquées que devant la Cour suprême. Les *Magistrates' Courts* ne sont cependant pas compétentes pour connaître des procès portant sur un certain nombre de questions telles que l'adoption, le statut civil, la succession, la faillite, l'insolvabilité et liquidation¹⁸⁵.

Les *Island Courts* ou les tribunaux des îles sont régis par la *Island Courts Act* de 1983¹⁸⁶. Nous reviendrons sur ces tribunaux plus bas lorsque nous aborderons la question du droit coutumier étant donné que ceux-ci sont compétents pour appliquer, entre autres, le droit coutumier. Ils sont par

¹⁸² L'article 84 alinéa 1 de la Constitution des Îles Salomon dispose par exemple que : « The High Court shall have jurisdiction to supervise any civil or criminal proceedings before any subordinate court and may make such orders, issue such writs and give such directions as it may consider appropriate for the purpose of ensuring that justice is duly administered by any such court » [*Constitution of Solomon Islands*], *supra* note 24.

¹⁸³ [*Corrin et al., Introduction to South Pacific Law*], *supra* note 40, à la page 113.

¹⁸⁴ *Magistrates' (Civil Jurisdiction) Act* 1981 [*Magistrates' Civil Jurisdiction Act*].

¹⁸⁵ Voir [*Magistrates' Civil Jurisdiction Act*], *supra* note 184, art. 2.

¹⁸⁶ [*Island Courts Act*], *supra* note 178.

ailleurs compétents pour connaître des procès civils et criminels mineurs dans les villages et les îles. Ils peuvent aussi statuer sur des questions de la propriété terrienne. Leurs décisions sur ces dernières sont finales. Seule la Cour suprême a un rôle de supervision en matière procédurale sur ces tribunaux.

Enfin, en conclusion de cette section, le colonialisme a créé une forme de pluralisme très « riche » dans les États du Pacifique Sud dont le Vanuatu. D'un point de vue théorique, il existe un débat sur les différentes conceptions du pluralisme juridique. Retenons simplement que le pluralisme juridique « faible » favorise le centralisme étatique contrairement au pluralisme juridique « radical » qui reconnaît les autres ordres normatifs. Dans cette thèse, nous soutenons la position du pluralisme juridique radical qui rejette le centralisme étatique. D'un point de vue pratique, nous étudions le pluralisme juridique au Vanuatu. Ainsi, les administrations coloniales ont amené avec elles leurs formes de système juridique en pensant que celles-ci pouvaient les aider à gouverner les peuples autochtones. Or, les systèmes traditionnels du Vanuatu et des autres États de la région n'ont pas disparu malgré qu'ils aient été lourdement touchés par le colonialisme¹⁸⁷. Aujourd'hui cependant, le système juridique et judiciaire du Vanuatu, comme celui des autres États insulaires de la région, repose essentiellement sur la *Common Law* (nous reviendrons sur ce point dans la dernière section). La Constitution permet également l'application du droit français. Toutefois, en raison de l'inexistence de juristes francophones, on assiste à une disparition progressive du droit français dans le pays. Enfin, le pluralisme juridique au Vanuatu a aussi conduit à la mise en place des juridictions variées qui reposent essentiellement sur le modèle de la *Common Law*.

Cette prééminence de la *Common Law* n'éclipse cependant pas comme nous l'avons souligné, le droit coutumier qui a toute sa place dans les communautés traditionnelles des États du Pacifique Sud. Ainsi, une étude approfondie de la coutume ou du droit coutumier au Vanuatu s'impose étant donné que celui-ci est au cœur de notre réflexion, notamment lorsque nous abordons les conséquences du pluralisme juridique sur les droits fondamentaux et les possibilités de conciliation entre les différentes valeurs en cause.

¹⁸⁷ Jennifer Corrin et Jean Zorn, « Legislating Pluralism, Statutory 'Development' in Melanesian Customary Law », (2001) 46 *J.Legal Pluralism & Unofficial L.* 49, à la page 50-51 [Corrin et Zorn, « Legislating »].

SECTION II : L'EXAMEN DE LA COUTUME OU DU DROIT COUTUMIER AU VANUATU

Dans les pays du Pacifique Sud et de la Mélanésie¹⁸⁸ en particulier, il existe une grande diversité et variété de coutumes. Aux Iles Salomon et au Vanuatu, il y a une grande variation entre les coutumes des communautés. Le Vanuatu, par exemple, est un des pays les plus riches du monde en matière de diversité culturelle et linguistique malgré sa faible population de 260 000 habitants¹⁸⁹. Non seulement il existe environ une centaine de dialectes dans tout le pays, mais les coutumes varient aussi de communauté en communauté. La grande majorité des Vanuatais vivent toujours selon leurs traditions et coutumes, malgré un certain nombre de changements apportés par les missionnaires, la colonisation et la mondialisation. Après l'indépendance du Vanuatu, la volonté de préserver les traditions et coutumes est renouvelée et cela en partie en réaction à l'Occidentalisation. Le droit coutumier est donc constitutionnalisé dans la nouvelle Constitution du pays. L'étude du droit coutumier est importante pour nos analyses et nos interprétations. En effet, avant de traiter ses effets sur les droits fondamentaux, en particulier sur le droit à l'égalité des femmes dans la première partie de notre thèse, la notion du droit coutumier doit être comprise. Nous aborderons donc respectivement ce qu'est le droit coutumier en détail et son historique (Paragraphe I), la place du droit coutumier dans la Constitution du Vanuatu (Paragraphe II), l'application du droit coutumier (Paragraphe III), les tribunaux coutumiers (Paragraphe IV) et enfin, les similitudes régionales en matière de statut du droit coutumier (Paragraphe V).

PARAGRAPHE I : LA COUTUME OU LE DROIT COUTUMIER ET SON HISTORIQUE

Le vocabulaire juridique de Gérard Cornu définit la coutume comme :

Norme de droit objectif fondée sur une tradition populaire [...] qui prêche à une pratique constante, un caractère juridiquement contraignant; véritable règle de droit (comme la loi), mais d'origine non étatique (et en général non écrite) que la collectivité a faite sienne par habitude [...] dans la conviction de son caractère obligatoire [...] Exemple : la femme prend en se mariant l'usage du nom du mari (phénomène sociologique comme l'usage, la coutume est par sa force et son domaine d'application une source de

¹⁸⁸ Nous l'avons souligné dans notre introduction générale, la Mélanésie regroupe les pays comme le Vanuatu, les Iles Fidji, les Iles Salomon, la Papouasie-Nouvelle-Guinée et la Nouvelle-Calédonie. Nous excluons cependant la Nouvelle-Calédonie de notre étude puisqu'elle est toujours colonisée par la France.

¹⁸⁹ Miranda Forsyth, « Beyond Case Law : Kastom And Courts in Vanuatu », (2004) 35 V. U. W. L. R. 427, à la page 429 [Forsyth, « Beyond »] ; [Corrin et Zorn, « Legislating »], *supra* note 187, à la page 51.

droit de rang théoriquement supérieur aux usages dont la portée est souvent limitée et la force variable)¹⁹⁰.

Dans ce sens, la *Interpretation Act*¹⁹¹ dispose que la coutume doit s'entendre comme les coutumes et pratiques traditionnelles des peuples autochtones du Vanuatu.

En analysant ces définitions, la coutume peut avoir deux significations différentes. Premièrement, elle peut signifier des simples usages et pratiques d'une personne ou d'un groupe de personnes. À titre d'exemple, dans un certain nombre de pays du Pacifique Sud, conformément aux usages et pratiques, il y a une manière de tresser les nattes et les paniers. Mais les personnes ne seront pas sanctionnées si elles n'observent pas ces pratiques. Au Vanuatu, le mot « *kastom* » issu de *custom* en anglais est régulièrement employé en *Bislama* (langue pidgin et troisième langue officielle du pays après l'anglais et le français) pour désigner la coutume. Ce terme « *kastom* » est employé d'une façon générale pour décrire les pratiques traditionnelles et la manière de faire les choses pour les autochtones, par opposition à la manière de faire les choses pour les étrangers¹⁹².

Deuxièmement, la coutume peut signifier non pas ce qui a été fait, mais ce qui doit être fait. Dans ce cas, elle est considérée comme une pratique contraignante, autrement dit une règle de droit qui doit être observée et les personnes qui ne s'y conforment pas seront sanctionnées. Ainsi dans un certain nombre d'États du Pacifique Sud, il existe des coutumes qui régissent la manière de s'adresser à un chef de la communauté, les relations sexuelles entre les membres de la famille ou entre les personnes mariées et les personnes non mariées. Les chefs de la communauté veillent au respect et à l'application de ces coutumes et les membres de la communauté qui ne s'y conforment pas seront sanctionnés. Le terme « coutume sociale » est employé pour désigner la coutume en tant que simples usages (pratiques mentionnées plus haut) et le terme « droit coutumier » est employé pour désigner les pratiques à force contraignante¹⁹³. La définition de la Commission des lois de la Nouvelle-Zélande va dans ce sens. En effet, en 2006, celle-ci s'est penchée sur la question de conflit entre les droits fondamentaux et les droits coutumiers dans les États du Pacifique, notamment au Vanuatu, et a reconnu qu'il n'est pas facile de définir les coutumes du Pacifique

¹⁹⁰Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2007, s.v. « coutume », à la page 251.

¹⁹¹ *Interpretation Act 1981 Vanuatu Legislation, Schedule 2* : « Interpretation of Words and Expressions ».

¹⁹² [Forsyth, « Beyond »], *supra* note 189, à la page 429.

¹⁹³ Don Paterson, *Legal systems 1 Course Book Two*, Port Vila, School of Law, University of the South Pacific, 1995, à la page 345 [Paterson, *Legal Systems Course Book Two*]; Aussi, Paul De Deckker et Laurence Kuntz ont défini la coutume du point de vue anthropologique comme « un ensemble de normes secrétées par un groupe depuis des temps immémoriaux et qui connaîtrait des modulations au gré des dynamiques historiques et des transformations inhérentes au groupe qui les a produites » ([Deckker et Kuntz, *La bataille de la coutume*], *supra* note 11, à la page 87).

compte tenu de leur nature changeante. Elle s'est cependant efforcée de donner une définition selon laquelle les coutumes des États du Pacifique sont « les valeurs, principes et normes que les membres d'une communauté culturelle acceptent comme base ou critère de tout comportement approprié. Le droit coutumier est donc constitué par les valeurs, principes et normes auxquels les membres d'une communauté se considèrent liés » [notre traduction]¹⁹⁴. Une telle définition (ou plutôt sous-définition puisqu'elle s'inscrit dans l'idée des pratiques contraignantes) est importante parce que comme nous le verrons, certaines décisions des chefs coutumiers sont loin d'être des simples décisions puisque ces autorités coutumières pensent réellement appliquer une coutume à laquelle ils se considèrent liés.

En s'alignant sur cette deuxième signification (celle ayant un caractère contraignant), Patricia Imrana Jalal considère que dans le contexte des États du Pacifique Sud le droit coutumier doit être considéré comme « les règles ou les procédures de résolution de conflits appliquées par les clans, les lignages et les villages traditionnels » [notre traduction]¹⁹⁵. Elle constate que le droit coutumier s'applique essentiellement aux questions relatives au droit foncier, au droit de pêche, à l'héritage, au mariage, au divorce, à la garde des enfants, mais aussi à la résolution des conflits, aux sanctions et aux interdictions.

C'est cette deuxième définition de la coutume ou droit coutumier (c'est-à-dire les pratiques contraignantes) qui retiendra notre attention dans cette étude et les termes « droit coutumier » ou « les coutumes » seront employés indifféremment. Pareillement, le juge en chef de la République du Vanuatu a soutenu que c'est cette seconde signification qui transforme la pratique en droit coutumier¹⁹⁶. Même si elle n'est pas écrite, la coutume est importante non seulement dans le processus de résolution des disputes, mais aussi dans l'établissement de l'harmonie, l'ordre et la paix dans la société traditionnelle et dans la détermination de la place de l'individu dans la communauté.

¹⁹⁴ Geoffrey Palmer, Warren Young, Eddie Durie et Helen Aikman, *Converging Currents: Custom and Human Rights in the Pacific*, Study Paper 17, Wellington, New Zealand Law Commission, 2006, à la page 46, en ligne : [http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/publications/2006/10/Publication_120_340_SP17.pdf] (accessible le 27 octobre 2013). La définition originale de la Commission : « ...the values, principles and norms that members of a cultural community accept as establishing standards for appropriate conduct, and the practices and processes that give effect to community values » [*Palmer et al., Converging*].

¹⁹⁵ [Jalal « Ethnic »], *supra* note 37, à la page 2. La définition originale de l'auteure : « the rules and dispute-resolution proceedings of clans, lineages and traditional villages ».

¹⁹⁶ [Lunabeck, « Adjudication »], *supra* note 40, à la page 25.

En ce qui concerne l'historique de la coutume ou de droit coutumier, avant l'arrivée des Européens dans la région du Pacifique Sud et au Vanuatu, ces pays avaient déjà mis en place des systèmes de droit coutumier renforcés par les chefs des communautés. Miranda Forsyth a noté qu'avant la colonisation de ces États, les comportements criminels sont dissuadés non pas par les lois et les sanctions, mais par le pouvoir positif des liens sociaux entre les communautés. Autrement dit, les disputes se règlent par consensus. Le règlement des disputes vise à restaurer la paix et l'harmonie entre les parties et réparer les dommages¹⁹⁷. La régulation de l'ordre social n'était donc pas écrite, mais était au contraire communiquée à l'oral et par l'action.

Au XIXe siècle, lorsque les gouvernements européens ont commencé à exercer leur contrôle dans ces communautés, ils avaient à décider quel rôle le droit coutumier devait jouer dans les systèmes gouvernementaux qu'ils établissaient dans ces îles. En réalité, ces gouvernements n'étaient pas prêts à reconnaître les coutumes ou les droits coutumiers comme faisant partie du droit officiel et les tribunaux qu'ils établissaient n'étaient pas autorisés à appliquer les coutumes des autochtones. Les raisons pour ce rejet s'expliquaient dans une large mesure par les conflits de cultures et de valeurs. Contrairement au droit que connaissaient les Européens, les droits coutumiers n'étaient pas écrits, mais s'exprimaient oralement. Par conséquent, il était difficile pour les Européens d'en avoir la compréhension exacte. Même s'ils connaissaient un certain nombre de ces coutumes, ils considéraient plusieurs d'entre elles comme contraires à leurs valeurs fondamentales. Ils les considéraient inappropriées, non uniformes et non conformes à l'administration qu'ils établissaient. Ainsi, certaines coutumes, par exemple celles qui permettaient aux chefs coutumiers d'infliger les mutilations et l'exil aux membres de leurs communautés, étaient considérées par les Européens comme barbares et contraires aux principes fondamentaux de l'humanité. Pareillement, les coutumes qui permettaient aux chefs coutumiers d'infliger des sanctions à l'encontre des membres de leurs communautés sans écouter leurs arguments étaient considérées comme contraires aux principes fondamentaux de la justice. De même, les coutumes interdisant aux individus de sortir de certains types de comportements étaient considérées par les Européens comme contraires aux principes fondamentaux de la liberté et du développement économique¹⁹⁸.

Par ailleurs, pendant la colonisation, le Condominium néo-hébridais ne régulait pas directement les affaires autochtones. L'article VIII du *Protocole* de 1914 disposait que « les Hauts-Commissaires et les Commissaires-Résidents auront autorité sur les chefs des tribus indigènes. Ils auront, en ce qui

¹⁹⁷ [Forsyth, « Beyond »], *supra* note 189, à la page 430.

¹⁹⁸ [Paterson, *Legal Systems Course Book Two*], *supra* note 193, à la page 341-346.

concerne ces tribus, le pouvoir d'édicter des règlements d'administration et de police et d'en assurer l'exécution »¹⁹⁹.

En effet, certaines initiatives du condominium semblaient mettre à mal plutôt que de réguler les organisations tribales et les pouvoirs des chefs. Ainsi, aucune loi n'a été adoptée en ce qui concerne l'action civile entre les peuples autochtones, les droits des peuples autochtones à créer une entreprise commerciale ou encore jusqu'en 1967 d'enregistrer les naissances, les morts et les mariages.

De plus, comme mentionné précédemment, l'article 8 du *Protocole* de 1914 dispose que les coutumes conformes aux principes d'humanité et au maintien de l'ordre seraient prises en compte dans la préparation d'un *Code civil* et d'un *Code criminel* autochtones. Un Code criminel indigène a été édicté, mais ne contenait aucun élément du droit coutumier. Les tribunaux indigènes qui ont été mis en place appliquaient donc essentiellement le droit colonial (même s'ils ont été autorisés à appliquer les coutumes). On notait cependant quelques exceptions dans certains autres pays de la région. Ainsi, aux Iles Salomon, à partir de 1942, des tribunaux autochtones ont été établis et avaient pour compétence de statuer sur des procès civils et criminels mineurs. Toujours aux Iles Salomon (à partir de 1972), les tribunaux officiels établis étaient autorisés à statuer en appel sur des décisions relatives à la coutume, notamment celles concernant les terres coutumières où les intérêts des autochtones étaient en jeu²⁰⁰.

En accédant à l'indépendance, ces États avaient un intérêt grandissant à s'assurer que le droit coutumier soit appliqué par les tribunaux qu'ils venaient de mettre en place. À l'exception de Tonga, ils prévoyaient tous dans leurs nouvelles Constitutions que le droit coutumier constitue le fondement de la propriété et de l'usage des terres. Aux Iles Salomon, Tuvalu et Vanuatu, des lois disposent que la coutume s'applique en tant que loi du pays par tous les tribunaux. Ces États s'engagent donc d'une manière ou d'une autre, dans un processus de développement d'un système juridique moderne incluant des éléments du droit coutumier. Il est cependant important de souligner ici que dans cette étude, c'est la manifestation de la coutume après l'indépendance (et donc aussi celle actuelle) de l'État océanien qui nous intéresse.

¹⁹⁹ La version anglaise est quelque peu différente : « The High Commissioners and Resident Commissioners shall have authority over the native chiefs. They shall have power to make administrative and police regulations binding on the tribes, and to provide for their enforcement » [*Protocole de 1914*], *supra* note 147.

²⁰⁰ [*Paterson, Legal Systems Course Book Two*], *supra* note 193, à la page 346-347.

PARAGRAPHE II : LA PLACE DU DROIT COUTUMIER DANS LA CONSTITUTION DU VANUATU

La nouvelle Constitution du Vanuatu entrée en vigueur le 30 juillet 1980, a rétabli la prédominance du droit coutumier. L'article 95 (3) dispose que « les règles coutumières continuent de produire tous leurs effets au sein du système juridique de la République »²⁰¹. Cependant, même s'il n'est pas expressément prévu par la Constitution, l'application du droit coutumier est censée être limitée dans trois cas : lorsqu'elle n'est pas conforme à la Constitution, à la législation et aux réglementations adoptées conformément à la législation²⁰². La première limite est justifiée par l'article 2 de la Constitution qui prévoit que « la Constitution est la loi suprême du Vanuatu ». La deuxième limite découle de l'article 16(1) de la Constitution selon lequel le Parlement promulgue des lois concourant à la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Vanuatu. Enfin considérant le fait que les réglementations sont adoptées conformément à la législation, le droit coutumier est censé ne pas s'appliquer en cas de non-conformité avec celles-ci. Or, comme nous le verrons plus tard dans cette étude, ces limites ne sont pas toujours observées dans la pratique.

De plus, l'article 96(2) prévoit que « Sauf décision contraire du Parlement, les lois françaises et britanniques en vigueur au Vanuatu au jour de l'indépendance continuent à s'appliquer à compter de ce jour tant qu'elles n'auront pas été expressément abrogées et dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec le statut d'indépendance du Vanuatu et avec la coutume »²⁰³. Cet article donne l'impression que le droit coutumier a préséance sur les lois coloniales françaises et britanniques en cas de conflit. Mais comme nous verrons plus bas, selon les tribunaux vanuatais, notamment dans la décision *Banga v. Waiwo*²⁰⁴, les lois coloniales applicables au Vanuatu font partie du droit national et ont par conséquent ont préséance sur la coutume. La coutume ne s'applique qu'en cas de défaut d'application de la loi nationale ou coloniale.

Par ailleurs, la Constitution attribue un rôle en matière coutumière au Conseil National des Chefs (aussi connu sous le nom de *Malvatumaoi*). L'article 28(1) de la Constitution prévoit que « le Conseil National des Chefs est compétent dans tous les domaines relatifs à la coutume et à la tradition [...] »²⁰⁵. Il s'ensuit qu'en théorie, toute décision gouvernementale en matière coutumière

²⁰¹ [*Constitution du Vanuatu*], art. 95(3), *supra* note 2.

²⁰² [*Paterson, Legal Systems Course Book Two*], *supra* note 193, à la page 372-374.

²⁰³ [*Constitution du Vanuatu*], art. 96(2), *supra* note 2.

²⁰⁴ [*Waiwo*], *supra* note 167.

²⁰⁵ [*Constitution du Vanuatu*], art. 28(1), *supra* note 2.

doit être prise sur consultation du Conseil. En pratique, comme nous le verrons, il n'en est pas toujours ainsi.

Ensuite, la Constitution fait de la coutume non seulement une des sources principales du droit vanuatais, mais aussi une méthode à suivre dans la résolution des disputes²⁰⁶. L'article 47 (1) dispose que « [...] dans le cas où toute disposition légale fait défaut, le tribunal statue selon les principes de l'équité et, dans la mesure du possible, en conformité avec la coutume »²⁰⁷.

En ce qui concerne le système foncier, la Constitution précise dans son article 73 que « toutes les terres situées dans le territoire de la République appartiennent aux propriétaires coutumiers indigènes et à leur descendance »²⁰⁸ et dans son article 74, elle prévoit que « dans la République, les règles coutumières constituent le fondement des droits de propriété et d'usage des terres »²⁰⁹. L'article 75 dispose que « seuls les citoyens indigènes de la République ayant acquis leurs propriétés selon un système reconnu de tenue foncière détiennent des conditions de propriété perpétuelle sur ces propriétés »²¹⁰. Le droit foncier est un des domaines privilégiés du droit coutumier dans la région du Pacifique Sud²¹¹. En effet, comme l'ont expliqué Paul de Deckker et Laurence Kuntz²¹² :

c'est en matière foncière que les particularismes s'institutionnalisent dès l'accession à l'indépendance des États du Pacifique Sud. La revendication des terres, exercée au nom d'une primauté dans le temps et de l'occupation de l'espace, s'est imposée comme le fer de lance de la lutte pour le droit à la différence. Enjeu identitaire, social et économique pour les uns, menace de déstabilisation de l'unité nationale pour les autres, la question du foncier s'est vue réserver une place tout à fait prééminente dans le débat État et communautés traditionnelles autochtones dans le Pacifique Sud.

En étant conscient de ces réalités, le constituant n'a pas hésité à donner plus de détails sur la question. Ainsi l'article 78(2) de la Constitution du Vanuatu prévoit que « le gouvernement prend toutes dispositions pour que les instances ou les procédures coutumières compétentes concourent à la solution des conflits nés de la propriété d'une terre coutumière »²¹³. Et selon l'article 79(1), « [...] les transactions immobilières entre les citoyens indigènes d'une part et les autres citoyens non indigènes ou les non-citoyens d'autre part, doivent être soumises à l'autorisation préalable du

²⁰⁶ [Lunabeck, « Adjudication »], *supra* note 40, à la page 26.

²⁰⁷ [Constitution du Vanuatu], art. 47(1), *supra* note 2.

²⁰⁸ [Constitution du Vanuatu], art. 73, *supra* note 2.

²⁰⁹ [Constitution du Vanuatu], art. 74, *supra* note 2.

²¹⁰ [Constitution du Vanuatu], art. 75, *supra* note 2.

²¹¹ Voir [Deckker et Kuntz, *La bataille de la coutume*], *supra* note 11, à la page 126. L'autre domaine privilégié que nous élaborerons davantage plus loin est le droit des personnes autochtones.

²¹² [Deckker et Kuntz, *La bataille de la coutume*], *supra* note 11, à la page 126-127.

²¹³ [Constitution du Vanuatu], art. 78(2), *supra* note 2.

gouvernement »²¹⁴. Cette autorisation ne peut être délivrée dans l'hypothèse où elle est préjudiciable aux intérêts du propriétaire coutumier ou de la communauté propriétaire, d'un citoyen autochtone même s'il n'est pas propriétaire coutumier, de la collectivité locale dont dépend la propriété ou qui fait l'objet de l'achat et lorsqu'elle touche à l'intérêt de la république en général.

Par ailleurs, pour ce qui est d'application des règles coutumières ou de la vérification de leur existence, étant donné qu'elles sont essentiellement orales, l'article 51 de la Constitution dispose que « le Parlement peut préciser les modalités permettant de vérifier l'existence de règles coutumières qui peuvent s'appliquer et, en particulier prévoir que des personnes expertes en matière coutumière, siègent avec les juges de la Cour suprême ou de la Cour d'appel, et participent aux instances »²¹⁵. Cependant, comme nous le verrons ultérieurement, le législateur n'a toujours pas exécuté un tel vœu. Ce qui n'est pas le cas en Papouasie-Nouvelle-Guinée et aux Iles Salomon où le Parlement a respectivement adopté la *Underlying Law Act*²¹⁶ et la *Customs Recognition Act*²¹⁷ pour respecter la volonté du constituant et répondre aux questions liées à l'application et à la preuve du droit coutumier.

Enfin, l'article 52 de la Constitution prévoit que « le Parlement crée les tribunaux de village ou d'île avec compétence en matière coutumière ou autre, et définit le rôle des chefs auprès de ces tribunaux ». Un système des tribunaux de village ou d'île a été établi en 1983. Cependant, comme nous le verrons, il connaît des lacunes, non seulement en matière de modalités d'application et de vérification de l'existence des règles coutumières, mais aussi en matière de procédure qui s'apparente à celle du système juridique officiel et l'on se demande s'il s'agit bien d'un système coutumier.

PARAGRAPHE III : L'APPLICATION DU DROIT COUTUMIER

Un certain nombre de questions se posent quant au recours au droit coutumier. Ainsi, quelle coutume doit-elle être appliquée? Doit-elle l'être à l'égard d'une certaine communauté? Ces questions sont pertinentes puisque les coutumes varient d'une communauté à l'autre. Ensuite, la

²¹⁴ [Constitution du Vanuatu], art. 79(1), *supra* note 2.

²¹⁵ [Constitution du Vanuatu], art. 51, *supra* note 2.

²¹⁶ *Underlying Law Act 2000* ([*Underlying Law Act*]) qui a complété *Customs Recognition Act 1963*, *Papua New Guinea Consolidated Legislation*.

²¹⁷ *Customs Recognition Act n°7 de 2000*, *Solomon Islands Legislation*, [*Customs Recognition Act*].

coutume doit-elle être prouvée et si c'est le cas, comment? Le droit coutumier doit-il s'appliquer à toutes les matières ou doit-il se limiter à certaines matières ne concernant que les peuples autochtones? Pour répondre à ces questions, nous aborderons successivement l'application du droit coutumier par les tribunaux officiels (1), la preuve du droit coutumier devant les tribunaux officiels (2) et l'application des coutumes par les chefs ou les autorités coutumières (3).

1) Le droit coutumier devant les tribunaux officiels

Après l'entrée en vigueur de la Constitution du Vanuatu, le Parlement n'a promulgué aucune loi précisant les modalités permettant de vérifier l'existence de règles coutumières qui peuvent s'appliquer, comme le prévoit l'article 51 de la Constitution. L'expérience dans tout le Pacifique montre que l'application du droit coutumier manque de cohérence sans directives bien définies concernant l'utilisation de ce dernier. Compte tenu de cette lacune, les tribunaux ont tenté de fournir une certaine orientation dans leurs décisions en matière coutumière. La décision *Banga v. Waiwo*²¹⁸ de la Cour suprême du Vanuatu sert de bonne illustration. Il s'agit d'un cas d'adultère qui se termine par un divorce. Lors de son divorce, Emily Waiwo réclamait une amende à son ex-mari et à Mary Rose Banga, la nouvelle conjointe, pour adultère. N'étant pas satisfaite de la petite somme que les chefs de l'île de Tanna ordonnèrent à Marie Rose Banga de lui payer, elle l'assigna au tribunal de première instance (*Magistrate Court*) pour une somme de 100 000 vatus (environ 1000 dollars américains). En effet, les chefs avaient ordonné à l'ex-mari d'Emily Waiwo de verser au mari de Marie Rose Banga une amende de 20 000 vatus. Ils avaient ensuite demandé à Marie Rose Banga de verser à Emily Waiwo une amende de 5000 vatus (environ 500 dollars américains) et de lui donner quelques vêtements. Les chefs avaient aussi imposé à Emily Waiwo, la demanderesse, de verser 5000 vatus d'amende à Marie Rose Banga puisqu'elle l'a insultée lors de la réunion tenue par les chefs en vue de résoudre le litige.

Devant le tribunal, Marie Rose Banga, la défenderesse, a soutenu que la somme de 100 000 vatus qu'Emily Waiwo réclamait constituait des dommages et intérêts punitifs. Or l'article 17(1) de la *Matrimonial Causes Act 1986*²¹⁹ ne prévoyait pas le versement des dommages et intérêts punitifs en cas d'action en divorce. Elle a affirmé que cet argument était conforme à l'interprétation que les tribunaux anglais ont faite d'une disposition équivalente de la *Matrimonial Causes Act 1965*

²¹⁸ [*Waiwo*], *supra* note 167.

²¹⁹ *Matrimonial Causes Act 1986*, art. 17(1) : « A petitioner may on a petition for divorce claim damages from any person on the ground of adultery with the respondent ». Le mot « punitif » ou l'expression « dommages et intérêts punitifs » ne sont pas clairement indiqués [*Matrimonial Causes Act*].

(UK)²²⁰. Vincent Lunabeck, le juge vanuatais du tribunal de première instance (*Magistrate Court*) d'alors, a refusé d'appliquer la *Matrimonial Causes Act* qui est d'origine coloniale. Il a au contraire appliqué la coutume. Ainsi, il a souligné que dans la coutume du Vanuatu, l'adultère est considéré comme une infraction grave (ou sérieuse). Il a donc accepté la demande d'Emily Waiwo et a ordonné à Marie Rose Banga de lui verser une amende de 100 000 vatus.

Une telle amende suscite cependant des interrogations. Les arguments qui ont conduit le juge Vincent Lunabeck à prononcer une telle somme peuvent être critiqués. Il n'a pas dit pourquoi sa décision de prononcer une telle amende conformément à la coutume diffère de celle des chefs de Tanna. Il n'a pas non plus parlé de la forme de mariage en question qui est en réalité un mariage civil et non coutumier. Sa décision serait certainement mieux fondée s'il avait apporté ces précisions. Cependant, son point de vue selon lequel la coutume fait partie intégrante du système juridique retient notre attention. Selon lui, la coutume doit s'appliquer dans tous les cas où les Vanuatais sont concernés et surtout à défaut d'application de la loi. Il a interprété l'article 95(2)²²¹ de la Constitution comme suit : pendant la période coloniale, les lois britanniques et françaises s'appliquaient seulement et respectivement aux Britanniques, aux Français et aux autochtones qui optaient pour l'un de deux systèmes. Les Vanuatais étaient soumis aux réglementations mixtes édictées par les autorités britanniques et françaises qui agissaient de concert. Pour lui, les lois britanniques et françaises continuent de s'appliquer, mais seulement aux Britanniques et aux Français présents sur le territoire. Les Vanuatais sont régis par les lois édictées par le nouveau Parlement national. À défaut d'application de ces lois, la coutume doit être retenue. Il a estimé que la coutume ou le droit coutumier doit être découvert, adopté et appliqué. Les juges nationaux doivent développer une jurisprudence adaptée aux réalités du Vanuatu.

Cette décision a par la suite été rejetée par la Cour suprême. Même s'il partage l'avis du juge Vincent Lunabeck sur les dommages et intérêts punitifs accordés, le juge en chef D'Immeccour, un juge expatrié, affirme cependant que le recours à la coutume n'est pas nécessaire. Il a expliqué qu'au Vanuatu la coutume varie d'un endroit à l'autre et souvent d'un village à l'autre et aucune d'entre elles n'est écrite. Selon lui, dans « la vraie » coutume, il n'y a pas d'argent. Ce dernier n'a fait son entrée dans les règlements coutumiers que récemment. De plus, les juges et les magistrats ne sont pas des chefs coutumiers et ne sont pas experts de la coutume de quelque endroit que ce soit

²²⁰ *Matrimonial Causes Act* 1965 (UK) remplacé par la *Matrimonial Causes Act* 1973 (UK) [*Matrimonial Causes Act 1973*].

²²¹ [*Constitution du Vanuatu*], art. 95(2) : « Les règles coutumières continuent de produire tous leurs effets au sein du système juridique de la République », *supra* note 2.

au Vanuatu. Il ne voit pas la coutume comme « droit ». Il est d'accord sur les dommages et intérêts punitifs accordés, mais il est en désaccord avec le rôle de la coutume dans les tribunaux. Il a affirmé que l'on ne peut recourir à la coutume que s'il n'y a pas de loi applicable. Il a par ailleurs observé que l'article 95 de la Constitution change le statut des lois britanniques et françaises de sorte qu'après l'indépendance, celles-ci s'appliquent aussi aux autochtones du Vanuatu. Par conséquent, il a appliqué la loi coloniale d'origine britannique, la *Matrimonial Causes Act*²²² qui impose une amende à la défenderesse pour cause de l'adultère.

Cependant, un certain nombre de critiques peuvent être avancées à l'encontre de sa décision. Le juge en chef n'a pas pris en compte le fait que la coutume change avec le temps et la coutume d'auparavant n'est pas la même aujourd'hui. De plus, le fait que la loi coloniale s'applique aussi aux Vanuatais suscite des questions, notamment dans la situation où trois lois différentes peuvent s'appliquer (la loi britannique, française et vanuataise).

Cette décision soulève par ailleurs une question pertinente qui est celle de la preuve du droit coutumier dans le système de justice officielle, ce qui fera l'objet du sous-paragraphe suivant.

2) La preuve du droit coutumier devant les tribunaux officiels

Comme l'expliquent Jean Zorn et Jennifer Corrin²²³, les juges savent où trouver les lois. Les bibliothèques, les bureaux des juges contiennent des ouvrages, des rapports juridiques, des journaux officiels, des codes, des traités... Avec la modernisation de l'informatique, tous ces documents peuvent désormais être consultés en ligne. Cependant, il n'en est pas ainsi avec la coutume qui est plus difficile à trouver puisqu'elle n'est pas écrite, ni adoptée par le législateur et les juges, sauf exception, n'apprennent pas comment les trouver. Pour plusieurs juges, la coutume est un mystère. Ils ne savent pas ce qu'est la coutume, et se demandent si les tribunaux doivent appliquer les coutumes récentes, anciennes ou précoloniales. Encore plus important, les juges craignent d'appliquer une coutume qui n'est pas coutume pour une partie en litige ou qui n'est en aucun cas une coutume puisque celle-ci n'est pas écrite. Plusieurs juges dans le Pacifique croient que la coutume n'est pas source du droit bien que les constitutions affirment le contraire. Pour eux, le « vrai » droit est celui qui émane de l'État.

²²² [*Matrimonial Causes Act*], *supra* note 219, art. 17(1).

²²³ Jean Zorn et Jennifer Corrin, *Proving Customary Law in the Common Law Courts of the South Pacific*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2002, à la page 1-2 [*Zorn et Corrin, Proving*].

Comment prouver l'existence d'une coutume pour montrer qu'elle fait partie du système juridique? Telle est la question que nous nous posons. Comme nous l'avons précisé plus haut, l'article 51 de la Constitution du Vanuatu prévoit que « le Parlement peut préciser les modalités permettant de vérifier l'existence de règles coutumières qui peuvent s'appliquer et, en particulier prévoir que des personnes expertes en matière coutumière, siègent avec les juges de la Cour suprême ou de la Cour d'appel, et participent aux instances ».

Il est clair d'après cet article que le constituant a l'intention de donner au Parlement le pouvoir d'adopter des directives procédurales permettant aux tribunaux de trouver et appliquer la coutume. Le Parlement a adopté une législation relative aux assesseurs coutumiers. En effet, l'article 14(1) de la *Courts Act*²²⁴ dispose qu'en cas de besoin, la Cour suprême siège avec deux assesseurs coutumiers. Ils ont pour rôle de donner leur opinion sur la nature et la pertinence de la coutume. Le juge n'est cependant pas lié par leur opinion. Cette loi a été modifiée en 1989²²⁵ et depuis lors, les juges de la Cour suprême siègent sans assesseurs. Il y a cependant une pratique selon laquelle les juges demandent l'opinion des assesseurs sur des questions spécifiques telles que les pénalités coutumières pour des infractions. De plus, la *Island Court Act* de 1983²²⁶ oblige la Cour suprême et les tribunaux de première instance (*Magistrate Court*) à siéger avec deux assesseurs ou plus, connaisseurs de coutume, lorsqu'ils se prononcent sur un appel venant des tribunaux des villages ou des îles.

Cependant, le Parlement national n'a toujours pas adopté de loi permettant de préciser les modalités de l'existence de la coutume, autrement dit permettant de trouver la coutume. Nous sommes donc confrontés à cette question : est-ce que les tribunaux doivent établir leurs propres règles permettant de trouver et prouver la coutume en l'absence de l'action du Parlement? La situation serait-elle différente si l'article 51 de la Constitution disposait que le Parlement « doit préciser... » et non « peut préciser... »? Peut-on déduire que dans ce cas d'utilisation du verbe permissif, et qu'en cas d'inaction du Parlement, d'autres institutions gouvernementales ont la permission d'agir? Les tribunaux vanuatais offrent des réponses variées sur cette question. Dans la décision *Banga v. Waiwo* que nous avons précédemment examinée, le magistrat a proposé un ensemble de directives

²²⁴ *[Courts Act]*, supra note 178, art. 14(1) : « Subject to subsections (2) and (3) and save as otherwise provided by any other law every proceeding in the Supreme Court shall be heard and disposed of before a judge of the Supreme Court sitting with two assessors who shall have an advisory function. The judge shall in every case record the opinions of the assessors but the decision shall be vested exclusively in the judge ».

²²⁵ *Courts Regulations Amendment Act* n°15 de 1989.

²²⁶ *[Island Courts Act]*, supra note 178 (amendée en 1989 et en 2001), art. 22(2).

permettant de trouver la coutume. Il a expliqué comment les juges doivent appliquer la coutume. Il a affirmé que lorsque les deux parties viennent du même endroit et sont soumises à la même coutume, le juge doit appliquer cette coutume. Si les deux parties viennent de différents endroits du Vanuatu et ont des coutumes différentes, il appartient à la Cour de trouver une base commune de leurs coutumes et la transformer en règle. Ce magistrat était moins clair cependant sur le cas impliquant un Vanuatais et un étranger. Mais il a affirmé qu'il doit y avoir une place pour la coutume dans le système juridique du Vanuatu. Il a souligné qu'un moyen de déterminer et de prouver la coutume constitue le témoignage oral des témoins experts ou non en droit coutumier, donc témoins des faits. Ces témoins, même s'ils ne sont pas qualifiés pour dire ce qu'est le droit coutumier, peuvent cependant témoigner en ce qui concerne un certain nombre d'évènements historiques qui peuvent aider la Cour à prendre une décision. Il a expliqué que le juge ne doit pas se limiter aux règles techniques de la preuve, mais doit accepter la preuve relative à l'expression de l'opinion ou à ce qu'il entend. De plus, selon lui, la Cour doit s'informer si nécessaire. Dans une autre décision rendue deux années plus tard, *Molu v. Molu*²²⁷, le magistrat en question (Vincent Lunabeck) a même tenté de suivre les directives qu'il a lui-même établies dans l'affaire *Banga v. Waiwo*.

Cette façon d'établir la preuve est expressément prévue par la loi dans d'autres pays de la région. Ainsi, aux Iles Tuvalu, l'article 4 du *Schedule 1* de la *Laws of Tuvalu Act*²²⁸ portant sur la preuve de la coutume, dispose que la Cour n'est pas obligée de suivre une procédure juridique stricte ou d'appliquer des règles techniques de la preuve. Elle peut recourir aux opinions d'un témoin. La coutume relèvera plutôt de la règle du oui-dire et des opinions plutôt que des faits.

Demander des conseils aux anciens des communautés et aux chefs coutumiers pourrait être une approche intelligente pour déterminer l'existence et la preuve du droit coutumier puisque ceux-ci peuvent connaître mieux le droit coutumier de leur propre communauté. Cependant, le problème se pose lorsque les cultures changent rapidement et par conséquent, les chefs n'ont pas la même version de la coutume. Il est aussi difficile de déterminer quel chef possède des connaissances approfondies en droit coutumier. Le fait d'être chef ne veut pas nécessairement dire que celui-ci possède des connaissances en droit coutumier. Les chefs n'ont pas suivi des formations particulières

²²⁷ *Molu v. Molu*, [1998] VUSC 15 [*Molu*].

²²⁸ *Laws of Tuvalu Act 1987* [*Laws of Tuvalu Act*]. C'est aussi le cas aux Iles Salomon où l'article 5(1) de *Customs Recognition Act 2000* dispose que : « In considering a question referred to in section 3, a court (a) is not bound to observe strict legal procedure or apply technical rules of evidence and expressions or opinion) ; and (b)-(i) admit and consider such relevant evidence as is available (including hearsay evidence and expressions or opinion) ; and (ii) otherwise inform itself as it thinks proper », [*Customs Recognition Act*], *supra* note 217.

en droit coutumier. De plus, les chefs coutumiers peuvent interpréter le droit coutumier selon leurs propres intérêts ou selon les intérêts de leur clan. Dans la décision *John Selwyn Regenvanu Family v. Erick Ross and Jack Abel*²²⁹, deux assesseurs nommés pour siéger devant la Cour suprême ont été remplacés à la suite des objections faites par les demandeurs selon lesquelles ils auraient des affinités avec l'une des parties au litige.

Si la preuve de la coutume est difficile à établir, son application par les chefs coutumiers l'est tout autant.

3) L'application des coutumes par les chefs ou les autorités coutumières

La Constitution donne au Conseil National des Chefs un rôle de gouvernance et l'investit d'une compétence générale de discussion et de recommandations sur les matières touchant la coutume, la culture, la tradition et les langues. Il est aussi prévu que le Conseil National des Chefs puisse être consulté sur les questions concernant la tradition et la coutume, en lien avec tout projet de législation du Parlement²³⁰. Le Parlement consulte également le Conseil National des Chefs lorsqu'il légifère sur la question des terres. Les représentants du Conseil participent à certaines nominations, notamment celle du Procureur général et le médiateur de la République. Cependant, tel que l'explique Vincent Lunabeck, même si le constituant avait l'intention de donner un rôle significatif aux chefs coutumiers en ce qui concerne les affaires nationales, en réalité, ils ont moins de pouvoir et d'influence que leurs homologues de Tonga, de Samoa ou encore des îles Marshall²³¹. En effet, depuis l'indépendance, le gouvernement consulte rarement le Conseil dans l'adoption des lois et dans les politiques à mettre en place dans différents domaines et il justifie son choix par le fait que celui-ci n'a pas d'expertise en finance, en services sociaux, en commerce et média. Le manque de consultation démontre clairement le malaise du gouvernement sur le rôle du Conseil National des Chefs. Quant à ces derniers, ils sont en colère et déçus que leur prééminence d'avant l'indépendance n'ait pas été restaurée après la fin du colonialisme et que leurs conseils ne soient pas sollicités ou qu'ils soient refusés lorsqu'ils sont proposés. La capacité du Conseil à offrir une voix différente et claire ou encore à avoir une influence politique a été mise à mal par plusieurs facteurs,

²²⁹ *John Selwyn Regenvanu Family v. Erick Ross and Jack Abel*, [1980] 1VLR 284.

²³⁰ **[Constitution du Vanuatu]** art. 28 : « 1) Le Conseil National des chefs est compétent dans tous les domaines relatifs à la coutume et à la tradition, et il peut faire des recommandations au Parlement ou au gouvernement concernant la protection et la promotion de la culture et des langues du Vanuatu. 2) Le Conseil National des chefs peut être consulté sur question, particulièrement celles relatives à la tradition et à la coutume, en liaison avec tout projet du Parlement », *supra* note 2.

²³¹ **[Lunabeck, « Adjudication »]**, *supra* note 40, à la page 33.

notamment le manque de ressources et d'organisation, la diversité des régimes coutumiers et le manque d'unité, qui conduisent à des questionnements sur leur qualification en tant que chefs coutumiers.

Force est de constater qu'une telle lacune dans l'institutionnalisation et la systématisation de la chefferie au Vanuatu n'empêche cependant pas l'exercice du rôle des chefs coutumiers dans la résolution des conflits naissants dans les communautés. En effet, même si, sauf exception²³², ce rôle n'est pas expressément prévu par la loi, les chefs coutumiers au Vanuatu continuent d'administrer et d'appliquer le droit coutumier notamment dans la résolution des conflits touchant la famille, la pêche, la chasse, les questions foncières... Un tel rôle peut cependant soulever des controverses spécialement dans le domaine de la famille et des droits fondamentaux des femmes. Nous examinerons cette question plus en profondeur dans la première partie de notre thèse, le présent chapitre préliminaire étant réservé aux grandes lignes permettant de mieux aborder la thèse.

PARAGRAPHE IV : LES TRIBUNAUX COUTUMIERS

Un certain nombre des États du Pacifique Sud ont mis en place des tribunaux coutumiers devant lesquels des questions relevant de la coutume sont discutées et parfois décidées avant d'être entendues en dernier ressort par les tribunaux officiels. Les Iles Salomon, le Tuvalu, les Iles Samoa, la Papouasie-Nouvelle-Guinée et le Vanuatu disposent des tribunaux coutumiers. Nous allons dans ce paragraphe nous limiter à l'analyse des tribunaux coutumiers du Vanuatu, à savoir les tribunaux des villages ou des îles (1) et le tribunal coutumier des terres (2).

1) Les tribunaux des villages ou des îles

L'article 52 de la Constitution du Vanuatu prévoit que « le Parlement crée les Tribunaux de village ou d'île avec compétence en matière coutumière ou autre, et définit le rôle des chefs auprès de ces tribunaux »²³³. Cette disposition a été concrétisée en 1983 lorsque le Parlement national a édicté la

²³² Les articles 38 et 39 du *Code Pénal du Vanuatu* proposent que la réconciliation et la compensation soient prises en compte dans les jugements en matière d'infraction sexuelle (*[Code Pénal du Vanuatu]*, *supra* note 19). Les réconciliations coutumières sont souvent administrées par les chefs coutumiers dans les communautés.

²³³ *[Constitution du Vanuatu]*, art. 52, *supra* note 2.

loi sur les tribunaux des villages ou des îles²³⁴. Chaque tribunal de village ou d'île est établi par mandat du Président de la Cour suprême. Un tribunal de village ou d'île a une compétence territoriale qui couvre tout le village ou toute l'île sur lequel il est établi. La fonction primaire de ce tribunal est d'assurer la paix et l'harmonie et de tenter de résoudre à l'amiable les disputes et appliquer la coutume dans le respect de l'esprit de la Constitution et de l'article 10 de la loi en question²³⁵. Le tribunal de village ou d'île opère d'une manière moins formaliste que les tribunaux officiels (*Magistrate Court*, Cour suprême et Cour d'appel). En établissant les tribunaux villageois ou d'îles, le législateur avait l'intention de fournir un forum accessible en ce qui concerne la résolution des disputes ou d'infractions mineures afin de répondre aux attentes et aux besoins des communautés locales.

Les juges dans ces tribunaux n'ont pas de formation juridique. Au moins trois juges sont nommés dans un tribunal du village ou d'île. Ils sont nommés par le Président de la République après consultation de la Commission du service judiciaire. Ils doivent connaître la coutume. Au moins un d'eux doit être un chef coutumier dans le territoire en question. Tous les procès autres que fonciers sont entendus par les trois juges. Un magistrat est nommé par le Président de la Cour suprême pour superviser le tribunal. Il a le pouvoir de réviser les jugements des trois juges sauf ceux portant sur les affaires foncières. Toute affaire foncière est entendue par le magistrat et les trois juges. Dans ce dernier cas, les trois juges n'ont qu'un rôle de conseiller.

Les tribunaux coutumiers ne sont pas liés par des règles concernant la preuve. Les avocats ne sont pas autorisés à participer à l'audition. Les appels contre les décisions des tribunaux des villages ou d'îles peuvent être faits devant les tribunaux de première instance (autre que les affaires foncières) c'est-à-dire devant les *Magistrate Courts*. Les appels en matière foncière se font directement devant la Cour suprême.

Les tribunaux coutumiers des villages ou des îles sont critiqués, entre autres, en raison de l'absence d'un droit coutumier général régissant la manière dont les disputes en droit coutumier doivent être réglées²³⁶. En effet, ces tribunaux n'ont pas une compétence générale en matière de droit coutumier.

²³⁴ [*Island Courts Act*], *supra* note 178 ; Anita Jowitt, « Island Court in Vanuatu », (1999) 3 J. S. Pac. L., en ligne : [<http://www.pacii.org/journals/FJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013) [Jowitt, « *Island Courts* »] ; [Lunabeck, « *Adjudication* »], *supra* note 40, à la page 32.

²³⁵ [*Island Courts Act*], *supra* note 178 : L'article 10 dispose qu'un tribunal de village ou d'île administre le droit coutumier qui s'applique dans le territoire de sa juridiction tant que celui-ci n'entre pas en conflit avec le droit écrit et n'est pas contraire à la justice, à la moralité et au bon ordre.

²³⁶ [Paterson, *Legal Systems Course Book Two*], *supra* note 193, à la page 376.

Dans le domaine criminel, ils encouragent la réconciliation et le règlement à l'amiable, notamment par l'application du droit coutumier. En matière civile, la coutume n'a quasiment pas de rôle à jouer. Ces tribunaux appliquent donc souvent le droit écrit. La compétence de ces tribunaux qui selon la *Island Courts Act*, sera spécifiée par un mandat émis par le Président de la Cour suprême pour l'établissement de ces tribunaux est souvent confinée aux procès criminels et civils mineurs.

Cependant, force est de constater que plusieurs de ces tribunaux de village ou d'île n'existent que par nom. Malgré le mandat du Président de la Cour suprême pour leur mise en place, faute de moyens adéquats, notamment en ressources humaines et financières, ces tribunaux ne sont que fictions²³⁷. Une fois de plus, les chefs coutumiers continuent cependant d'administrer et d'appliquer de manière informelle le droit coutumier sans encadrement et en dehors de tout cadre officiel dans les communautés.

2) Les tribunaux coutumiers des terres

En 2001, le Parlement a édicté la *Customary Land Tribunal Act*²³⁸ permettant de régler tous différends concernant les terres. L'objectif principal de cette loi consiste à fournir un système fondé sur la coutume permettant de résoudre les disputes concernant les terres coutumières. La décision d'un tribunal coutumier des terres est finale et lie les parties. Elle ne peut faire l'objet d'appel, de révision, ni d'annulation devant aucune cour quelle qu'elle soit et sur aucun fondement quel qu'il soit²³⁹. Il faut cependant noter qu'il existe une hiérarchisation des tribunaux des terres, à savoir le tribunal des terres villageois, le tribunal des terres des sous aires coutumières, le tribunal des terres des aires coutumières et enfin, le tribunal des terres de l'île. La décision de ce dernier est finale. La Cour suprême exerce un rôle de supervision sur le tribunal coutumier des terres, mais seulement en ce qui concerne la question de procédure. Ainsi, l'appel devant la Cour suprême est possible seulement dans deux circonstances : premièrement lorsqu'une personne participe aux procédures alors qu'elle n'est pas qualifiée pour être membre ou secrétaire du tribunal des terres et deuxièmement lorsqu'un tribunal coutumier des terres ne suit pas les procédures prévues par cette loi²⁴⁰.

²³⁷ [Jowitt, « *Island Courts* »], *supra* note 234, à la page 1 et s.

²³⁸ *Customary Land Tribunal Act* n°7, 2001 [*Customary Land Tribunal Act*].

²³⁹ [*Customary Land Tribunal Act*], *supra* note 238, art. 33.

²⁴⁰ [*Customary Land Tribunal Act*], *supra* note 238, art. 39.

Cependant, une nouvelle loi (*Custom Land Management Act*²⁴¹) a été adoptée en 2013 pour abroger la loi susmentionnée *Customary Land Tribunal Act* de 2001 et établir une nouvelle procédure judiciaire en matière de disputes foncières.

En effet, une étude menée sur les tribunaux des terres en 2004 a montré, entre autres, que les règles relatives aux disputes foncières et à la détermination des propriétaires terriens coutumiers sont très complexes et que ces tribunaux sont aussi très mal perçus par les chefs coutumiers²⁴². Désirant résoudre eux-mêmes les disputes concernant leurs terres, les chefs coutumiers considèrent que leur autorité est mise à mal par ces tribunaux. De plus, dans une décision de 2002, la Cour d'appel a remis en question le rôle de ces tribunaux en observant que seuls les tribunaux des îles et la Cour suprême sont compétents pour déterminer les propriétaires coutumiers²⁴³. Pour ces raisons, la loi en question a été abrogée. La nouvelle loi établit une nouvelle procédure visant à identifier et à reconnaître les membres d'un groupe coutumier propriétaire terrien. Elle donne aussi le pouvoir aux groupes autochtones (tribu, clan) de résoudre les disputes foncières selon leurs propres coutumes. Si elles ne parviennent pas à résoudre les disputes à l'échelle du clan, les parties peuvent procéder selon leur choix, soit à la médiation, soit à la saisie d'un tribunal de terres villageois pour régler leur différend²⁴⁴.

PARAGRAPHE V : LES SIMILITUDES RÉGIONALES EN MATIÈRE DU DROIT COUTUMIER

Loin de développer en détail le système juridique de chaque État de la région, nous allons montrer brièvement qu'à l'instar du Vanuatu, les autres États insulaires du Pacifique Sud, notamment les Iles Salomon (1), la Papouasie-Nouvelle-Guinée (2), les Iles Fidji (3), Tuvalu (4) et Samoa (5) présentent des similarités en matière du droit coutumier.

²⁴¹ [*Custom Land Management Act*], *supra* note 178.

²⁴² Joel Simo, « Report of the National Review of the Customary Land Tribunal Program in Vanuatu », Vanuatu Cultural Centre, en ligne : [http://www.vanuatuculture.org/site-bm2/publications/050627_customarylandtribunalreport.shtml] (accessible le 22 janvier 2014) [**Simo, « Report »**] ; Chris Lunnay, Jim Fingleton, Michael Mangawai, Edward Nalyal et Joel Simo, « Vanuatu : Review of National Land Legislation, Policy and Land Administration », mars 2007, à la page 12, en ligne : [http://www.ausaid.gov.au/publications/pdf/vanuatu_land.pdf] (accessible le 22 janvier 2014), à la page 65 [**Lunnay et al., Review**].

²⁴³ *Valele Family v. Touru*, [2002] VUCA 3 ; [**Regenvanu, « Land Reforms »**], *supra* note 39, à la page 65-66 ; [**Simo, « Report »**], *supra* note 242.

²⁴⁴ Ministry of Lands, *Plan Blong Ol Jenis Long Ol Loa Blong Graon Folem Ol Resolusen Blong 2006 Nasonal Lan Samit*, Port Vila, Blue Planet Media + Communications and Colorite Grafiks, september 2013, à la page 4, en ligne : [<http://www.governmentofvanuatu.gov.vu/>] (accessible le 22 janvier 2014) [**Ministry of Lands, Plan**].

1) Les Iles Salomon

Comme le Vanuatu, la Constitution des Iles Salomon reconnaît aussi le droit coutumier. L'article 75 de la Constitution de 1978 dispose que : « (1) Le Parlement édicte les réglementations pour l'application des lois, y compris le droit coutumier. (2) En édictant des réglementations conformément à cet article, le Parlement doit avoir un regard particulier sur les coutumes, valeurs et aspirations du peuple des Iles Salomon » [notre traduction]²⁴⁵.

De plus, le paragraphe 3 du *Schedule 3* de la même Constitution énonce que : « (1) [...] le droit coutumier s'applique et fait partie de droit salomonais. (2) Ce sous-paragraphe ne s'applique pas à la coutume contraire à la Constitution et au droit écrit » [notre traduction]²⁴⁶.

Le droit de la *Common Law* et de l'équité s'applique aussi aux Iles Salomon, autant qu'ils ne sont pas contraires au droit coutumier. Ainsi, le droit coutumier est une source reconnue de droit conformément à la Constitution qui le place au-dessus de la *Common Law* et de l'équité, mais au-dessous des lois constitutionnelles et de droit écrit salomonais. Il a cependant été décidé dans l'affaire *K v. T and KU* qu'il doit avoir préséance sur la législation britannique, c'est-à-dire la loi coloniale²⁴⁷.

En 2000, la *Customs Recognition Act*²⁴⁸ est adoptée pour préciser les modalités d'application du droit coutumier. Cependant, même si elle renforce la reconnaissance de la coutume, cette loi est venue placer un fardeau sur le droit coutumier. En effet, elle prévoit que les questions concernant l'existence, la nature et l'application de la coutume, sont déterminées comme étant des faits²⁴⁹. Autrement dit, la coutume est considérée comme des faits et par conséquent, les tribunaux officiels ne l'appliqueront que lorsqu'elle est prouvée de la même manière que le droit écrit²⁵⁰. Cela n'empêche pas les juges de faire appel aux témoignages et opinions des chefs coutumiers²⁵¹. Ils

²⁴⁵ [*Constitution of Solomon Islands*], art. 75, *supra* note 24.

²⁴⁶ [*Constitution of Solomon Islands*], *Schedule 3*, *supra* note 24.

²⁴⁷ *K v. T and KU In Re Custody Application*, [1985] SBMC 2 [*Re Custody*].

²⁴⁸ [*Customs Recognition Act*], *supra* note 217.

²⁴⁹ [*Customs Recognition Act*], *supra* note 217, art. 3 : « Subject to the provisions of section 5, questions as to the existence of any customary law and the nature of such customary law in relation to a matter, and its application in or relevance to any particular circumstances, shall be ascertained as though they were matters of fact ».

²⁵⁰ [*Corrin et Zorn, « Legislating »*], *supra* note 187, à la page 50 et 64.

²⁵¹ [*Customs Recognition Act*], *supra* note 217, art. 5 : « (1) In considering a question referred to in section 3 a court – (a) is not bound to observe strict legal procedure or apply technical rules of evidence ; and (b) shall – (i) admit and consider such relevant evidence as is available (including hearsay evidence and expressions or opinion) ; and (ii) otherwise inform itself as it thinks proper. (2) For the purposes of deciding on a question referred to in section 3 a Court may – (a) refer to books, treaties, reports or other works of reference, or statements by Provincial Government or chiefs (whether published or not) ; (b) accept any matter or thing stated in such works as evidence on the question ; and (c) of its own motion, call such evidence or require the opinions of such persons as it thinks fit [...] ».

doivent cependant recourir à d'autres preuves écrites tel que souligne l'article 5. Aussi, les juges ne peuvent pas appliquer le droit coutumier en se fiant à leur propre connaissance sur la coutume ou à leurs recherches personnelles sur celle-ci²⁵².

2) La Papouasie-Nouvelle-Guinée

En Papouasie-Nouvelle-Guinée, le droit coutumier est aussi reconnu par la Constitution. Le *Schedule 2.1.1. (1)* dispose que : « Subject to subsection (2) and (3), custom is adopted, and shall be applied and enforced, as part of the underlying law »²⁵³. Cependant, l'alinéa suivant (2) souligne que la coutume ne s'applique pas lorsqu'elle est contraire à la Constitution, au droit écrit ou encore lorsqu'elle est attentatoire aux principes généraux de l'humanité. Il précise que : « Subsection (1) does not apply in respect of any custom that is, and to the extent that it is, inconsistent with a Constitutional Law or a statute, or repugnant to the general principles of humanity »²⁵⁴. L'alinéa 3 (a) portant sur la preuve du droit coutumier dispose que « An Act of Parliament may : [...] provide for the proof and pleading of custom for any purpose »²⁵⁵. Dans ce sens, le Parlement national a adopté la *Underlying Law Act* prévoyant que les tribunaux doivent considérer la coutume comme la loi²⁵⁶.

3) Les Iles Fidji

La Constitution des Iles Fidji a été adoptée en 1970, date de son indépendance. Elle a ensuite été amendée en 1990. Celle de 1990 a ensuite été abrogée par la *Constitutional (Amendment) Act* de 1997²⁵⁷.

L'article 16 de la Constitution de 1990 (qui était le même que celui de la Constitution de 1970) interdisait toute discrimination sur la base de la race, etc....²⁵⁸ Cependant, une exception était faite

²⁵² [Corrin et Zorn, « Legislating »], *supra* note 187, à la page 65.

²⁵³ *Constitution of the Independent State of Papua New Guinea* 1975, *Schedule 2.1.1 (1)* [*Constitution of Papua New Guinea*].

²⁵⁴ [*Constitution of Papua New Guinea*], *supra* note 253, *Schedule 2.1.1 (2)*.

²⁵⁵ [*Constitution of Papua New Guinea*], *supra* note 253, *Schedule 2.1.1 (3)*.

²⁵⁶ [*Underlying Law Act*], *supra* note 216, art. 16(1) : « A question as to the existence or content of rule of customary law is a question of law and not a question of fact » *supra* note 208.

²⁵⁷ *Constitution (Amendment) of Fiji Act* 1997, en ligne : [<http://www.pacii.org>] (accessible le 8 septembre 2013) [*Constitution of Fiji 1997*].

²⁵⁸ *Constitution of the Republic of Fiji* 1990, art. 16 : « (1) (a) no law shall make any provisions that is discriminatory either of itself or in its effects, and (b) no person shall be treated in a discriminatory manner by any person acting by

quant à l'application du droit coutumier²⁵⁹. Cette « protection » accordée au droit coutumier étant considérée trop étendue²⁶⁰, la nouvelle Constitution de 1997 tentait de la limiter, mais permettait néanmoins la discrimination dans certains cas. En effet, l'article 38 de la Constitution de 1997 prévoit que :

(1) Every person has the rights to equality before the law. (2) A person must not be unfairly discriminated against, directly or indirectly, on the ground of his or her : (a) actual or supposed personal characteristics or circumstances, including race, ethnic origin, colour, place of origin, gender, sexual orientation, birth, primary language, economic status, age or disability ; or (b) opinions or beliefs, except to the extent that those opinions or beliefs involve harm to others or the diminution of the rights or freedoms of others ; or on any other ground prohibited by this Constitution... (8) A law, or an administrative action taken under a law, may limit a right or freedom set out in this section for the purpose of : (a) providing for the application of the customs of Fijians or Rotumans or of the Banaban community [...]²⁶¹.

La Constitution de 1997 a de nouveau été amendée en 2013²⁶². Dans la nouvelle Constitution, aucune discrimination n'est justifiée par l'application de droit coutumier. Elle protège cependant les

virtue of any written law or in the performance of functions of any public office or any public authority. (2) In this section, the expression 'discriminatory' means affording different treatment to different persons attribute wholly or mainly to their respective descriptions by race, place or origin, political opinions, colour, religion or creed, whereby persons of one such description are subjected disabilities or restrictions to which persons of another such description are not made subject or are accorded privileges or advantages which are not accorded to persons of another such description... » **[Constitution of Fiji 1990].**

²⁵⁹ En effet, l'alinéa 3 de cet article prévoit que : « Nothing contained in any law shall be held to be inconsistent with or in contravention of subsection (1) (a) of this section to the extent that the law in question makes provision :... (d) for the application of customary law with respect to any matter in the case of persons who, under that law, are subject to that law » **[Constitution of Fiji 1990], supra note 258).**

²⁶⁰ Une Commission nationale (Reeves) considérait que la « protection » accordée au droit coutumier était trop vaste. Elle a recommandé qu'il doit être précisé que les droits fondamentaux enchâssés dans la Constitution doivent avoir préséance sur le droit coutumier. Cependant, elle n'a pas dit que cet alinéa doit aussi s'étendre à l'égalité devant la loi ou à la liberté de discrimination. Ces recommandations ont été prises en compte dans la nouvelle Constitution de 1997.

²⁶¹ En détail, l'article 38 de la *Constitution (Amendment) Act 1997* énonce : « (1) Every person has the rights to equality before the law. (2) A person must not be unfairly discriminated against, directly or indirectly, on the ground of his or her : (a) actual or supposed personal characteristics or circumstances, including race, ethnic origin, colour, place of origin, gender, sexual orientation, birth, primary language, economic status, age or disability ; or (b) opinions or beliefs, except to the extent that those opinions or beliefs involve harm to others or the diminution of the rights or freedoms of others ; or on any other ground prohibited by this Constitution... (8) A law, or an administrative action taken under a law, may limit a right or freedom set out in this section for the purpose of : (a) providing for the application of the customs of Fijians or Rotumans or of the Banaban community : (i) to the holding, use or transmission of, or to the distribution of the produce of, land or fishing rights ; or (ii) to the entitlement of any person to any chiefly title or rank ; (b) imposing a restriction on the alienation of land or fishing rights held in accordance with Fijian or Rotuman custom or in accordance with Banaban custom ; or (c) permitting the temporary alienation of that land or those rights without the consent of owners. (9) To the extent permitted by subsection (10), a law, or an administrative action taken under a law, may limit a right or freedom set out in this section for the purpose of providing for the governance of Fijians or Rotumans or the Banaban community and of other persons living as members of a Fijian, Rotuman or Banaban community. (10) A limitation referred to in subsection (9) is valid only if it : (a) accords to every person to whom it applies the right to equality before the law without discrimination other than on the ground of race or ethnic origin ; and (b) does not infringe a right or freedom set out in any other section of this chapter » **[Constitution of Fiji 1997], supra note 257).**

²⁶² *Constitution of the Republic of Fiji*, 2013, en ligne, Pacific Islands Legal Information Institute (PacLII) : [<http://www.pacii.org/fj/Fiji-Constitution-English-2013.pdf>] (accessible le 15 février 2015). La Constitution des Iles Fidji a été adoptée en 1970 lors de l'accession à son indépendance. Elle a ensuite été amendée à trois reprises, en 1990, 1997 et 2013 **[Constitution of Fiji 2013].**

propriétaires terriens coutumiers et leurs terres contre toute forme d'aliénation²⁶³. Elle prévoit également des mesures remédiatrices (discriminations positives) en leur faveur²⁶⁴.

4) Tuvalu

À l'exemple des autres pays de la région, la Constitution de Tuvalu²⁶⁵ contient une Charte des droits fondamentaux inspirée par la *Déclaration des droits de l'Homme des Nations Unies* de 1948²⁶⁶ et la *Convention européenne des droits de l'Homme* de 1953²⁶⁷. En 1986, la Constitution de 1978 a été révisée. Plusieurs principes reconnus dans l'ancienne Constitution ont été réinstitué. Dans les mêmes temps, une attention particulière a été consacrée à l'identité nationale du peuple de Tuvalu. En effet, le principe 3 de la Constitution de 1986 dispose que :

While believing that Tuvalu must take its rightful place amongst the community of nations in search of peace and general welfare, nevertheless the people of Tuvalu recognize and affirm, with gratitude to God, that the stability of Tuvaluan society and the happiness and welfare of the people of Tuvalu, both present and future, depend very largely on the maintenance of Tuvaluan values, culture and tradition, including the vitality and the sense of identity of Island communities and attitudes of co-operation, self-help and unity within and amongst those communities²⁶⁸.

Dans la nouvelle Constitution, le constituant désirait refléter davantage les aspirations et valeurs du peuple de Tuvalu. Non seulement le préambule, mais aussi les principes développés dans la Constitution reconnaissent le maintien des valeurs culturelles de Tuvalu. Le préambule de la Constitution continue ainsi « [...] the people of Tuvalu desire to constitute themselves as an independant State based on Christian principles, the Rule of Law, and Tuvaluan custom and tradition »²⁶⁹. Le principe 6 de la Constitution dispose que : « The life and the laws of Tuvalu should therefore be based on respect for human dignity, and on the acceptance of Tuvaluan values and culture, and on respect for them »²⁷⁰.

²⁶³ [*Constitution of Fiji 2013*], *supra* note 262, art. 28.

²⁶⁴ [*Constitution of Fiji 2013*], *supra* note 262, art. 26(9)(g).

²⁶⁵ *Constitution of Tuvalu 1986* [*Constitution of Tuvalu*].

²⁶⁶ *Déclaration Universelle des droits de l'Homme*, 10 décembre 1948, A.G.N.U. 3e Sess. A/810 (Ci-après la *Déclaration Universelle des droits de l'Homme*) [*Déclaration Universelle*].

²⁶⁷ *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 3 septembre 1953, STCE n°005 (Ci-après la *Convention européenne des droits de l'Homme*).

²⁶⁸ [*Constitution of Tuvalu*], *supra* note 265, Préambule.

²⁶⁹ [*Constitution of Tuvalu*], *supra* note 265, Préambule.

²⁷⁰ [*Constitution of Tuvalu*], *supra* note 265, Principe 6.

Par ailleurs, la Charte des droits fondamentaux enchâssés dans la Constitution garantit entre autres à chaque Tuvaluan, un certain nombre de droits et libertés fondamentaux indépendamment de la race, du lieu d'origine, de l'opinion politique, de la couleur, des croyances religieuses ou du sexe. Cependant, le droit à la non-discrimination prévu à l'article 27 ne porte que sur l'interdiction de discrimination pour des raisons liées à la race, au lieu d'origine, à l'opinion politique, à la couleur et aux croyances religieuses. Le sexe n'est pas mentionné²⁷¹. De plus, la suite de l'article 27 prévoit que le droit à la non-discrimination n'inclut pas l'adoption, le mariage, le divorce, l'enterrement ou encore les matières concernant le droit personnel, les coutumes ou les terres²⁷². Il est donc permis, en ce qui concerne les terres, d'adopter des législations discriminatoires à l'égard des femmes.

5) Samoa

À Samoa, la Constitution reconnaît le droit coutumier et accorde un pouvoir considérable aux chefs traditionnels. En effet, l'article 100 de la Constitution de Samoa dispose que : « A matai title shall be held in accordance with Samoan custom and usage and with the law relating to Samoan custom and usage »²⁷³. De plus, l'article 101 énonce que « All land in Samoa is Customary land, freehold land or public land ». Les terres coutumières ne peuvent être aliénées. L'article 102 de la Constitution souligne que :

It shall not be lawful or competent for any person to make any alienation or disposition of customary land or of any interest in customary land, whether by way of sale, mortgage or otherwise howsoever, nor shall customary land or any interest therein be capable of being taken in execution or be assets for the payment of the debts of any person on his decease or insolvency [...] ²⁷⁴.

En ce qui concerne le pouvoir du Conseil des chefs du village (autrement dit *Fono* en langue samoane), l'article 6 de la *Village Fono Act*²⁷⁵ lui donne le droit d'imposer des sanctions aux villageois. Il précise que :

Without limiting the power of Village Fono preserved by this Act to impose punishments for village misconduct the powers of every Village Fono to impose punishment in accordance with the custom and usage of its village shall be deemed to include the following powers of punishments : (a) the power to impose a fine in money, fine mats, animals or food ; or partly in one or partly in others of those things ; (b) the power to order the offender to undertake any work on village land²⁷⁶.

²⁷¹ [Constitution of Tuvalu], *supra* note 265, art. 27(1).

²⁷² [Constitution of Tuvalu], *supra* note 265, art. 27(3).

²⁷³ Constitution of the Independent State of Samoa 1960, art. 100, [Constitution of Samoa], *supra* note 273.

²⁷⁴ [Constitution of Samoa], *supra* note 273, art. 102.

²⁷⁵ Village Fono Act 1990, Consolidated Legislation of Samoa [Village Fono Act].

²⁷⁶ [Village Fono Act], *supra* note 275, art. 6.

En conclusion de cette deuxième section, rappelons qu'au Vanuatu et dans les autres États insulaires du Pacifique Sud, la coutume est reconnue dans la Constitution. Ceci est un signe de l'importance que ces pays accordent à la coutume. Ainsi, même si un certain nombre de questions se posent quant à l'application et à la preuve du droit coutumier, ce dernier est bien source de droit dans ces États. Par ailleurs, les différentes tentatives de l'inclure dans le système officiel, en incorporant notamment certains éléments coutumiers dans les tribunaux officiels ou encore en établissant des institutions nationales coutumières telles que les Conseils des chefs, montrent à quel point le droit coutumier s'avère important pour ces États. Outre la perspective juridique, la coutume fait aussi partie de l'identité culturelle des citoyens de ces États.

Soulignons pour finir qu'une dernière section de ce chapitre préliminaire sera consacrée à l'étude de la *Common Law* et de son rapport avec le droit interne. En effet, compte tenu du fait que le Vanuatu (et les autres États de la région) aient adopté comme système juridique la *Common Law*, mais aussi de la complexité de l'introduction et de l'application de celui-ci dans le droit interne, ce sujet mérite une analyse de notre part. Précisons toutefois que la pertinence de la *Common Law* aujourd'hui au Vanuatu, notamment en ce qu'elle permet aux tribunaux nationaux de s'inspirer de la jurisprudence canadienne ne sera abordée que dans le corps de notre thèse, en particulier dans la deuxième partie.

SECTION III : LA *COMMON LAW/EQUITY* ET SON RAPPORT AVEC LE DROIT INTERNE DU VANUATU ET DES AUTRES ÉTATS DE LA RÉGION

Le droit étatique constitue l'ensemble de règles juridiques adoptées par le corps législatif de chaque État de la région que ce soit avant ou après l'indépendance. Ainsi, en ce qui concerne le Vanuatu, avant son accession à l'indépendance, comme nous l'avons vu plus haut, ce sont les Hauts Commissaires résidents anglais et français qui adoptaient les législations nationales sous le nom de réglementations mixtes. De plus, le *High Commissioner* anglais du Pacifique de l'Ouest était chargé d'édicter des lois (*King's* ou *Queen's regulations*) s'appliquant aux sujets et aux optants de droit britannique résidant au Vanuatu. Les sujets et optants de droit français sont, quant à eux, assujettis aux lois françaises adoptées spécialement pour eux par le Haut Commissaire de la Nouvelle-Calédonie. Plusieurs de ces lois qui n'ont pas été abrogées continuent à s'appliquer même après l'indépendance. Depuis l'indépendance, un corps législatif a été établi dans chacun des États du Pacifique Sud, dont le Vanuatu : il s'agit du Parlement national. Celui-ci édicte ou vote les lois nationales, autrement dit les *Acts of Parliament*.

Par ailleurs, pendant la colonisation, les principes de *Common Law/Equity* ont été introduits ensemble avec les '*English Statutes of General Application*' (les lois d'application générale) dans toutes les colonies anglaises du Pacifique Sud (le Vanuatu, Iles Salomon, Fidji, Samoa, Tuvalu...) ou encore dans les colonies anglaises sous le contrôle de l'Australie (la Papouasie-Nouvelle-Guinée par exemple) et de la Nouvelle-Zélande (les Iles Cook...)²⁷⁷. Lors de l'accession à l'indépendance de ces États, ces principes continuent à s'appliquer puisqu'ils sont considérés comme faisant partie du droit national de chacun de ces États.

Cependant, une première question se pose quant à l'origine ou l'historique de ces principes de *Common Law/Equity*. Nous aborderons donc dans un premier temps cette question (Paragraphe I), avant d'étudier plus spécifiquement l'introduction de la *Common Law/Equity* dans les États de la région, en particulier au Vanuatu (Paragraphe II). En effet, cette introduction a été expressément prévue par la Constitution ou par la législation nationale. Ces dernières prévoient également des limites quant à l'application des principes de la *Common Law/Equity*. Enfin, dans un dernier paragraphe, nous traiterons d'un certain nombre de questions qui se posent à la lecture des

²⁷⁷ [Corrin et al., *Introduction to South Pacific Law*], *supra* note 40, à la page 64 et s.

dispositions constitutionnelles intégrant les principes de *Common Law/Equity* dans le droit interne, notamment celle relative au rapport entre la *Common Law* et le droit national (Paragraphe III).

PARAGRAPHE I : L'HISTORIQUE DU DROIT DE LA COMMON LAW/EQUITY

Les principes de la *Common Law* ont été développés à partir de XIIe siècle par les cours royales britanniques à savoir le *Court of Exchequer* qui statuait sur des litiges relevant de la finance, le *King's Bench* qui statuait sur des affaires concernant le Roi et l'État, et enfin le *Court of Common Pleas* qui examinait les revendications des particuliers²⁷⁸.

Ces principes de la *Common Law* sont issus des sources assez diverses, notamment des pratiques coutumières en Angleterre après la Conquête Normande ; des premières décisions du Roi dans le Conseil Royal ; des principes dérivés du droit féodal, du droit romain, du droit ecclésiastique et plus tard des coutumes mercantilistes ; et enfin des concepts juridiques qui relevaient selon les juges, de la raison, de la logique et qui étaient conformes aux politiques publiques.

Concernant l'*Equity*, dans son sens général, elle signifie justice. Cependant tel qu'utilisé dans le contexte actuel, l'*Equity* fait référence à un ensemble de principes issus des décisions des *Courts of Chancery*. Ces principes ont été développés plus particulièrement par les chanceliers du Roi en réponse aux pétitions du peuple insatisfait pour une raison ou une autre des décisions des cours royales. Un chancelier était non seulement conseiller principal, mais aussi ministre du Roi. À l'époque, les Chanceliers étaient des hauts officiers de l'Église catholique romaine et non des avocats. Par conséquent, les principes appliqués sont essentiellement basés sur des concepts chrétiens et sur la moralité. Avec le temps, de plus en plus d'avocats sont recrutés et rarement les hommes d'Église. Leurs enseignements sont de moins en moins basés sur des principes chrétiens. Au contraire, ils sont de plus en plus fondés sur la notion de la justice (*Fairness ou Equity*).

Ces principes d'*Equity* peuvent dans certains cas confirmer, suppléer ou contredire les principes de la *Common Law*. En cas de conflit, les principes de l'*Equity* l'emportent sur ceux de la *Common*

²⁷⁸ Pour les détails sur l'historique de la *Common Law/Equity*, voir William Holdsworth, *A History of English Law*, édité par A.L. Goodhart et H.G. Chimes, Volume 1, First Edition, London, Methuen & Co Ltd/Sweet and Maxwell, 1903 ; G.W. Keeton, *Introduction to Equity*, Fifth Edition, London, Sir Isaac Pitman & Sons Ltd, 1961 ; R.C. Van Caenegem, *The Birth of English Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973 ; A.H. Manchester, *Sources of English Legal History*, London, Butterworths, 1984 ; [Paterson, *Legal Systems Vol 1*], *supra* note 156, à la page 53 et s.

Law pour la simple raison que d'une part, historiquement les Chanceliers exerçaient les pouvoirs qui leur ont été délégués par le Roi et que d'autre part, les principes de l'*Equity* sont censés être plus raisonnables, justes et équitables.

Les matières relevant de la *Common Law* étaient les infractions pénales, la propriété, les contrats, les délits civils, la révision des décisions des officiers publics, et l'interprétation des règles de procédure et de preuve. Les principes de l'*Equity*, comme nous l'avons mentionné, confirmaient, contredisaient ou suppléaient le droit de la *Common Law*. Ils contribuaient ainsi au développement des droits et obligations additionnels, des procédures additionnelles et des recours additionnels.

Il faut cependant noter trois limites aux principes de la *Common Law* et de l'*Equity*. Ils ne pouvaient pas avoir préséance sur les lois, les réglementations et les coutumes locales. Ainsi, les lois et les réglementations adoptées par le Parlement peuvent abolir ou modifier les principes de la *Common Law* et de l'*Equity*.

Avant le début de XIXe siècle en Angleterre, il y avait donc deux systèmes de lois et deux systèmes de tribunaux. Il a été assez difficile pour les justiciables d'avoir à engager des poursuites dans deux systèmes de tribunaux différents afin de pouvoir bénéficier de tous les droits qui leur appartenaient. Au début du XIXe siècle, des démarches ont été entreprises pour remédier à la situation. La démarche la plus radicale a été celle prise en 1875 selon laquelle une loi a été adoptée pour abolir toutes les juridictions de la *Common Law* et de l'*Equity*, mais aussi celles de la Chancellerie²⁷⁹. Dans le même temps, elle les a fusionnées en une seule juridiction qui était la Haute Cour comportant des divisions relevant de ces différentes cours. Plus tard, ces divisions sont supprimées et les principes de la *Common Law* et de l'*Equity* cessent de s'appliquer séparément.

Ces principes de la *Common Law* et de l'*Equity* ont été adoptés et appliqués dans tous les pays du Pacifique Sud qui ont été à un moment de leur histoire, des colonies de la Grande-Bretagne.

Aujourd'hui cependant, l'expression *Common Law* fait référence au système de droit basé sur la jurisprudence ou le précédent (*stare decisis*)²⁸⁰. Il s'agit d'un système qui s'applique non seulement en Angleterre, mais aussi dans les pays du Commonwealth tels que les États du Pacifique Sud.

²⁷⁹ *Judicature Act* (UK) 1873. Elle est entrée en vigueur en 1875.

²⁸⁰ Voir [Corrin, « **The Role of Common Law** »], *supra* note 40.

PARAGRAPHE II : L'INTRODUCTION DES PRINCIPES DE LA COMMON LAW/EQUITY AU VANUATU ET DANS LES ÉTATS DE LA RÉGION

Au Vanuatu, les principes de la *Common Law/Equity* ont été tout d'abord appliqués aux ressortissants britanniques et aux personnes qui optaient pour le droit britannique conformément aux termes de l'article 20 du *Pacific Order in Council* de 1893²⁸¹ qui s'appliquait aux Nouvelles-Hébrides. En 1961, cet article a été remplacé par le *Western Pacific (Courts) Order* 1961 (UK)²⁸² qui prévoyait l'application en Nouvelles-Hébrides des principes de la *Common Law* et de l'*Equity*. En effet, cette ordonnance (le *Western Pacific (Courts) Order* 1961 (UK)) qui s'appliquait aux sujets et optants de droit anglais en Nouvelles-Hébrides de 1961 à 1975 prévoit en son article 15 que :

(1) Subject to the provisions of this Order and any rules made thereunder and to any law for the time being in force in any territory, the civil and criminal jurisdiction of the High Court shall so far as circumstances admit, be exercised upon the principles of and in conformity with : (a) the statutes of general application in force in England on the first day of January 1961 ; and (b) the substance of the English common law and doctrines of equity, and with the powers vested in and according to the course of procedure and practice observed by and before Courts of Justice in England, according to their respective jurisdictions and authorities : provided that the said common law, doctrines of equity and statutes of general application shall be in force so far only as the circumstances of any particular territory and its inhabitants and the limits of her Majesty's jurisdiction permit and subject to such qualification as local circumstances render necessary²⁸³.

Cet article a été abrogé par le *New Hebrides Order* 1975 (UK), mais l'article 11 de cette dernière prévoit que la *High Court* des Nouvelles-Hébrides devait exercer sa compétence comme si l'article 15(1) mentionné n'a jamais été abrogé. Cette loi de 1975 a été par la suite abrogée par la *New Hebrides Act* de 1980 (UK) lors de l'accession à l'indépendance du pays. Les principes de la *Common Law/Equity* continuent cependant à s'appliquer conformément à l'article 95(2) de la Constitution du Vanuatu qui énonce que sauf décision contraire du Parlement, les lois françaises et britanniques en vigueur au Vanuatu au jour de l'indépendance continuent à s'appliquer à compter de ce jour tant qu'elles n'auront pas été expressément abrogées et dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec le statut d'indépendance du Vanuatu et avec la coutume.

²⁸¹ *Pacific Order in Council* 1893, en ligne : Pacifique Islands Legal Information Institute, PacLII, [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/Western%20Pacific/18.%20Pacific%20Order%20in%20Council,%201893.PDF] (accessible le 13 novembre 2012).

²⁸² [*Western Pacific Courts Order*], *supra* note 153.

²⁸³ [*Western Pacific Courts Order*], *supra* note 153, art. 15.

Pareillement, en ce qui concerne les autres États de la région qui nous intéressent, la *Common Law/Equity* a aussi été introduite pendant la colonisation britannique et a été par la suite reconnue par leurs nouvelles Constitutions comme faisant partie du droit interne. Par conséquent, tant qu'elle n'est pas abrogée par le Parlement national, la *Common Law/Equity* continue à s'appliquer dans ces pays après l'indépendance.

Dans les lignes qui suivent, nous allons surtout relever les dispositions constitutionnelles qui intègrent ou introduisent ce droit de la *Common Law/Equity* dans le droit interne. En effet, ces dispositions, y compris celles de la Constitution vanuataise que nous avons soulignées plus haut, soulèvent un certain nombre de questions (notamment celle relative au rapport entre la *Common Law* et le droit interne) qui méritent des réponses de notre part. C'est ainsi que nous saisissons mieux les contours de ce droit qui fait partie intégrante du système juridique de ces États.

Ainsi, aux Iles Fidji, la *Supreme Court Ordinance* de 1875 qui est toujours en vigueur (puisque la Constitution le permet) prévoit en son article 35 que : « The common law, the rules of equity and the statutes of general application which were in force in England at the date when the Colony obtained a local Legislature, that is to say, on the second day of January 1875, shall be in force within the Colony »²⁸⁴. L'article 37 de la même ordonnance souligne : « All imperial laws extended to the Colony by this or any future Ordinance shall be in force therein so far only as the circumstances of the Colony and its inhabitants and the limits of the Colonial jurisdiction permit, and subject to any existing or future Ordinances of the Colonial Legislature... »²⁸⁵.

À Samoa, la Constitution de 1962 qui est toujours en vigueur énonce en son article 111 (1) que : « 'Law' means any law for time being in force in Western Samoa ; and includes... the English common law and equity for the time being in so far as they are not excluded by any other law in force in Samoa »²⁸⁶.

Aux Iles Solomon, l'article 2 de *Schedule 3* de la Constitution souligne que :

(1) Subject to this paragraph, the principles and rules of the common law and equity shall have effect as part of the law of the Solomon Islands save in so far as : (a) they are inconsistent with this Constitution or any Act of Parliament ; (b) they are inapplicable to or inappropriate in the circumstances of Solomon Islands from time to time ; or (c) in their application to any particular matter, they are inconsistent with

²⁸⁴ *Supreme Court Ordinance* 1875, art. 35 [*Supreme Court Ordinance*].

²⁸⁵ [*Supreme Court Ordinance*], *supra* note 284, art. 37.

²⁸⁶ [*Constitution of Samoa*], *supra* note 273, art. 111 (1).

customary law applying in respect of that matter. (2) The principles and rules of the common law and equity shall so have effect notwithstanding any revision of them by any Act of the Parliament of the United Kingdom which does not have effect as part of the law of Solomon Islands²⁸⁷.

Au Tuvalu, la *Laws of Tuvalu Act* de 1987 qui est toujours en vigueur prévoit en son article 6 que :

(1) Subject to this section, the common law of Tuvalu comprises the relevant rules, as applied in the circumstances pertaining, from time to time, in Tuvalu. (2) In ascertaining, for the purposes of subsection (1), the relevant rules : (a) the effect of any imperial enactment, enacted or made after the first of January 1961, on those rules shall be disregarded, save in so far as the imperial enactment had or has effects as part of the law of Tuvalu ; and (b) any such rule that is inapplicable or inappropriate in the circumstances pertaining, from time to time, in Tuvalu shall be disregarded. (3) Subject to section 4(1), the common law of Tuvalu shall have effect as part of the law of Tuvalu, save in so far as : (a) it is inconsistent with an Act or an applied law ; or (b) in its application to any particular matter, it is inconsistent with customary law in respect of that matter. (4) In every court, the rules generally known as the common law and the doctrines of equity included in the relevant rules and comprised in the common law of Tuvalu shall be administered concurrently ; but, in the event of a conflict between those rules and those doctrines with reference to the same matter, the doctrines of equity shall prevail. (5) In this section, ‘the relevant rules’ means the rules generally known as the English common law and the doctrines of equity²⁸⁸.

Enfin, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, le *Schedule 2.2.2* de la Constitution souligne que :

(1) Subject to this Part, the principles and rules that formed, immediately before Independence Day, the principles and rules of common law and equity in England are adopted, and shall be applied and enforced, as part of underlying law, except if, and to the extent that – (a) they are inconsistent with a Constitutional Law or a statute ; or (b) they are inapplicable or inappropriate to the circumstances to the country from time to time ; or (c) in their application to any particular matter they are inconsistent with custom as adopted by Part 1. (2) Subject to the Subsection 91) (a), (b) and (c), the principles and rules adopted under Subsection (1) include principles and rules relating to the Royal Prerogative, except insofar as they provide for – (a) a power to declare marital law ; or (b) a power to grant letters of denization or similar privileges ; or (c) a power to do any other act, provision for the doing of which is made by a Constitutional Law or an Act of the Parliament. (3) The principles and rules of common law and equity are adopted as provided by Subsections (1) and (2) notwithstanding any revision of them by any statute of England that does not apply in the country by virtue of Section Schedule 2.6 (adoption of pre-Independence laws) [...] ²⁸⁹.

Fruit de leur passé colonial, le Vanuatu et les autres États de la région ont intégré la *Common Law/Equity* dans leur droit interne.

²⁸⁷ [*Constitution of Solomon Islands*], *supra* note 24, *Schedule 3(2)*.

²⁸⁸ [*Laws of Tuvalu Act*], *supra* note 228, art. 6.

²⁸⁹ [*Constitution of Papua New Guinea*], *supra* note 253, *Schedule 2.2.2*.

PARAGRAPHE III : L'INTERPRÉTATION DES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES ET LÉGISLATIVES INTRODUISANT LES PRINCIPES DE COMMON LAW/EQUITY DANS LE DROIT INTERNE

Les dispositions constitutionnelles et législatives susmentionnées des États de la région soulèvent un certain nombre de questions que nous allons tenter de répondre dans les lignes qui suivent. Premièrement, quelle *Common Law/Equity* a été introduite dans ces pays ? (1). Deuxièmement, dans quelles circonstances, les principes de *Common Law/Equity* s'appliquent-ils ? (2). Troisièmement, quelle est la date butoir de l'application des principes de *Common Law/Equity* dans ces États ? (3). Nous expliquerons plus bas ce que nous entendons par « date butoir ». Enfin, quel est le rapport entre les principes de *Common Law/Equity* et le droit interne (c'est-à-dire les lois adoptées par le nouveau parlement) ? (4).

1) Quelle Common Law/Equity ?

Dans les États de la région, la question de savoir si c'est réellement la *Common Law/Equity* de l'Angleterre qui s'applique se pose parfois. Au Vanuatu, le *Western Pacific Courts Order* susmentionné évoque expressément « English Common Law and Equity ». Il en est de même à Samoa ou encore à Tuvalu. Les tribunaux samoans ont interprété cette expression pour conclure qu'il s'agit du corps de règles qui provient d'Angleterre, mais non pas celui qui s'y appliquait²⁹⁰. Ceci signifie que les changements apportés au droit de *Common Law* anglais depuis l'indépendance de Samoa peuvent être pris en compte par les juges samoans. Les tribunaux de Tuvalu n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette expression. Au Vanuatu, l'article 95 de la Constitution qui prolonge l'application de la *Common Law/Equity* au Vanuatu fait mention de « English Laws ». La *Common Law/Equity* qui s'applique dans le pays est donc celle d'Angleterre applicable au Vanuatu en 1980 (date d'indépendance du Vanuatu). Toutefois, la question demeure quant à savoir si les changements apportés au *Common Law/Equity* après 1980 doivent être pris en compte au Vanuatu. Nous reviendrons sur cette question lorsque nous aborderons la question de la date butoir de l'application de la *Common Law/Equity*. En ce qui concerne les lois coloniales d'origine britannique, comme nous verrons dans le corps de notre thèse, les tribunaux vanuatais considèrent que tous les changements opérés en Angleterre après 1980 ne seront pas pris en

²⁹⁰ *Olo v. Police*, [1992] WSSC 1 ; *L v. L*, [1994] WSCA 3.

considération. Les tribunaux sont cependant encouragés par une décision de 1995²⁹¹ à tenir compte des décisions jurisprudentielles des pays du Commonwealth.

Aux Iles Fidji, les dispositions concernées énoncent expressément les lois (y compris *Common Law/Equity*) « in force in England ». Une telle mention semble indiquer qu'il s'agit de la loi qui s'appliquait en Angleterre. Ainsi un certain doute demeure à ce sujet tant que les tribunaux n'apportent pas de clarification. En pratique cependant, on constate que les tribunaux fidjiens ont tendance à se référer à la jurisprudence australienne et néozélandaise²⁹².

Aux Iles Salomon, les dispositions constitutionnelles mentionnées font mention de « principes and rules of the common law and equity ». La *High Court* des Iles Salomon a d'abord affirmé dans l'arrêt *Official Administrator for Unrepresented Deceased Estates v. Allardyce Timber Co Ltd*²⁹³ que les principes de *Common Law/Equity* auxquels la Constitution fait référence ne sont pas nécessairement les lois qui s'appliquaient en Angleterre puisqu'elles peuvent aussi provenir des pays du Commonwealth. Cette position a cependant été renversée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Cheung v. Tanda*²⁹⁴. En effet, ce dernier a observé que les principes de *Common Law/Equity* introduits aux Iles Salomon sont bien ceux qui s'appliquaient en Angleterre avant l'indépendance des Iles Salomon et que les révisions à ces principes entreprises plus tard par le Parlement d'Angleterre (c'est-à-dire après l'introduction de la *Common Law/Equity* aux Iles Salomon) n'auront pas effet dans le pays.

Enfin, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, la disposition soulignée plus haut mentionne expressément « the principles and rules of Common law and Equity in England ». Ainsi, selon cette disposition, ce sont les principes de *Common Law/Equity* en vigueur en Angleterre le 16 septembre 1975 (date de l'indépendance de la Papouasie-Nouvelle-Guinée) qui s'appliquent en Papouasie-Nouvelle-Guinée. Tout développement et modification (de la *Common Law/Equity*) ayant eu lieu en Angleterre après cette date n'auront pas automatiquement d'effet dans le pays²⁹⁵.

²⁹¹ [Mouton], *supra* note 168.

²⁹² Dans l'arrêt *Nair v. Public Trustee of Fiji and the Attorney General of Fiji*, [1996] HCF, le juge a retenu la même règle d'estoppel (interdiction de se contredire au détriment d'autrui) qui s'applique en Australie et en Nouvelle-Zélande. En effet, le droit australien s'intéresse au comportement de l'auteur de la contradiction (c'est-à-dire sa bonne foi), ce que le droit anglais ignore.

²⁹³ *Official Administrator for Unrepresented Deceased Estates v. Allardyce Timber Co Ltd*, (1980) SBHC 9.

²⁹⁴ *Cheung v. Tanda*, (1983) SBCA 1 [Cheung].

²⁹⁵ Dhirendra Srivastava et Derek Roebuck, « The Reception of the Common Law and Equity and Papua New Guinea: The Problem of the Cut-off Date », (1985) 34(4) I.C.L.Q., 850, à la page 851.

2) La *Common Law/Equity* correspondant aux circonstances nationales

Les principes de *Common Law/Equity* en vigueur actuellement dans les États du Pacifique Sud ne sont pas nécessairement les mêmes qui s'appliquent en Angleterre²⁹⁶. En effet, comme nous pouvons constater dans les dispositions constitutionnelles ou législatives que nous avons relevées, les principes de la *Common Law/Equity* ne trouvent application dans ces pays que lorsque les circonstances nationales le permettent.

Certains tribunaux des pays du Commonwealth refusent même parfois de recourir à la *Common Law/Equity* provenant d'Angleterre. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Uren v. Fairfax*²⁹⁷, la Haute Cour de l'Australie a refusé de se conformer à la décision de la *House of Lords (Rookes v. Barnard*²⁹⁸) qui limitait les dommages punitifs à certains cas spécifiques (dans les cas par exemple où les actions d'un fonctionnaire portent atteinte à la Constitution). En effet, les cinq juges qui ont rendu la décision ont considéré à l'unanimité qu'il était déjà bien établi dans le droit australien que tout acte outrageux du défendeur portant atteinte aux droits du demandeur peut aboutir aux dommages et intérêts punitifs (ce qui ne serait pas le cas selon le droit anglais).

En ce qui concerne les États du Pacifique Sud, la question qui se pose est de savoir comment déterminer que les principes de la *Common Law/Equity* correspondent aux circonstances locales de chaque pays ? Seuls les tribunaux de la Papouasie-Nouvelle-Guinée et des Iles Salomon ont répondu d'une certaine manière à cette question. En effet, dans l'arrêt *Guatal v. The State of PNG*²⁹⁹, la Cour nationale de justice de la Papouasie-Nouvelle-Guinée a observé qu'il appartient aux tribunaux de déterminer si les principes de la *Common Law/Equity* correspondent aux circonstances nationales. Au contraire, en première instance de l'arrêt mentionné plus haut *Cheung v. Tanda*³⁰⁰, la Haute Cour des Iles Salomon a soutenu que des preuves doivent être apportées quant à déterminer si les principes de la *Common Law/Equity* correspondent aux circonstances locales. En effet, dans cette affaire, le juge affirme : « I would want a case made out with the utmost clarity on substantial evidence before I could conclude...that a rule of the common law was inapplicable or inappropriate in the circumstances of Solomon Islands ». Mais la question d'une telle preuve demeure entière. Il revient aux tribunaux de la clarifier.

²⁹⁶ [Corrin et al., *Introduction to South Pacific Law*], *supra* note 40, à la page 69.

²⁹⁷ *Uren v. Fairfax*, [1966] 117 CLR 118.

²⁹⁸ *Rookes v. Barnard*, [1964] AC 1129.

²⁹⁹ *Guatal v. The State of PNG*, [1981] PNGLR 230.

³⁰⁰ [Cheung], *supra* note 294.

En somme, la question de détermination de la correspondance des principes de *Common Law/Equity* aux circonstances locales demeurent cependant floue et mérite d'être clarifiée par les tribunaux des États de la région dans le temps à venir.

3) La date butoir (*Cut-off Date*) des principes de la *Common Law/Equity*

Dans un certain nombre de pays de la région, les dispositions d'introduction de la *Common Law/Equity* ont expressément indiqué la date butoir de l'application des principes de *Common Law/Equity*. Par date butoir (ou *Cut-off Date*), nous référons à la date à laquelle les principes de *Common Law/Equity* ont été introduits dans chacun des pays de la région, ainsi que la date à partir de laquelle les changements apportés aux principes de la *Common Law/Equity* non seulement en Angleterre, mais aussi ailleurs (pays du Commonwealth) ne sont plus considérés comme contraignants, même s'ils peuvent parfois être pertinents pour ces pays³⁰¹. Ainsi, aux Iles Fidji, l'article 35 de *Supreme Court Ordinance* de 1875 que nous avons mentionné plus haut précise que la date butoir de l'application des principes de *Common Law/Equity*, ainsi que des '*English statutes of general application*' est le 2 janvier 1875 (date de l'existence d'un corps législatif local). L'interprétation des tribunaux fidjiens va aussi dans ce sens³⁰².

Inversement, dans d'autres pays, les dispositions d'introduction des principes de *Common Law/Equity* indiquent clairement qu'il n'y a pas de date butoir. À Samoa, la disposition concernée mentionne que les principes de *Common Law/Equity* qui s'appliquent dans le pays sont « the English common law and equity for the time being in so far as they are not excluded by any other law in force in Samoa ».

Dans d'autres pays dont le Vanuatu, les Iles Salomon ainsi que Tuvalu, il n'existe aucune indication quant à cette date butoir dans les dispositions d'introduction des principes de *Common Law/Equity*. Au Vanuatu, il semble non seulement que les principes de *Common Law/Equity* continuent à s'appliquer après l'indépendance, mais aussi que toutes révisions ou changements apportés en Angleterre doivent être pris en compte. En effet, le fait que l'article 15(1) du *Western Pacific (Courts) Order* mentionné plus haut trace clairement une distinction entre les '*Statutes of general application*' et les principes de *Common Law/Equity* en donnant une date butoir aux premiers (1^{er}

³⁰¹ [Corrin et al., *Introduction to South Pacific Law*], *supra* note 40, à la page 72.

³⁰² Voir par exemple l'arrêt *Victor Jiwan Raju v. Reginam*, [1977] 23 FLR 1.

janvier 1961) signifie que, selon la volonté du législateur, les principes de *Common Law/Equity* continuent à s'appliquer sans date butoir.

Aux Iles Salomon, malgré cette non-indication, la jurisprudence (arrêt *Cheung v. Tanda* mentionné plus haut) a fixé la date butoir de l'application des principes de *Common Law/Equity* au 7 juillet 1978 (date de l'indépendance du pays). À Tuvalu, les tribunaux n'ont toujours pas interprété la disposition concernée. Toutefois, vu ses similitudes avec la disposition salomonaise, il est possible que les tribunaux de Tuvalu aillent dans le même sens que les tribunaux des Iles Salomon.

En principe, dans les pays où est fixée une date butoir (Iles Salomon et possiblement Fidji et Tuvalu), tous changements et révisions apportés aux principes de *Common Law/Equity* en Angleterre après cette date n'auront pas d'effet dans le droit interne. Les Iles Salomon présentent cependant une exception. En effet, dans l'arrêt susmentionné *Cheung v. Tanda*, le juge Kapi affirme :

In the Solomon Islands, if, after 7 July 1978, the House of Lords declares that a lower court in England wrongly decided a principle of law before independence, the law that is applicable in Solomon Islands under para 2(1) of Sched 3 is the House of Lords' decision even though it is decided after independence. However, if the House of Lords, after independence, further develops the law, as in *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562, the decisions after independence are not relevant. The law to be applied in these circumstances is the decisions in England before independence³⁰³.

On comprend donc qu'aux Iles Salomon, la date butoir ne sera pas prise en compte, dans un souci, non pas de suivre l'évolution du droit en Angleterre, mais plutôt d'éviter les erreurs judiciaires commises par les tribunaux inférieurs en Angleterre. Les tribunaux salomonais se sont inspirés du cas de la Papouasie-Nouvelle-Guinée. En effet, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, la disposition concernée fixe (même sans le dire clairement) la date butoir de l'application des principes de *Common Law/Equity* au 15 septembre 1975 (date d'accession à l'indépendance). L'interprétation de celle-ci par les tribunaux va aussi dans le même sens³⁰⁴. Par la suite, dans l'affaire *Guatal v. The State of PNG* (mentionnée plus haut), le juge Miles affirme que les décisions de la *House of Lords* (en Angleterre) rendues depuis le 15 septembre 1975 (date de l'indépendance) ne seront applicables en Papouasie-Nouvelle-Guinée que lorsqu'elles corrigent des erreurs judiciaires. Il n'en est pas ainsi lorsqu'elles établissent un nouveau principe en droit de *Common Law/Equity*.

³⁰³ [*Cheung*], *supra* note 294.

³⁰⁴ *The State v. Pokia*, [1980] PNGLR 97.

4) Le conflit entre le droit interne et la *Common Law/Equity*

Enfin, la dernière question qui se pose est la suivante : quel est le rapport entre le droit de la *Common Law/Equity* et les autres droits, notamment le droit interne dans ces pays ?

Il est clair que selon les dispositions susmentionnées, les principes de la *Common Law/Equity* sont subordonnés à la Constitution et peuvent par conséquent être modifiés ou abrogés par celle-ci. La grande majorité des Constitutions des États du Pacifique Sud affirment que la Constitution est la loi suprême. Ainsi, en cas de conflit entre les principes de la *Common Law/Equity* et la Constitution, cette dernière doit l'emporter et ces principes doivent par conséquent être modifiés ou abrogés.

En ce qui concerne le rapport entre les principes de la *Common Law/Equity* et les lois nationales (y compris les règlements), il n'est pas clairement indiqué que ces dernières l'emportent sur les premiers en cas de conflit. Cependant, les dispositions susmentionnées ne proposent aucun changement à la position anglaise selon laquelle les lois et règlements l'emportent sur les principes de *Common Law/Equity*. Il s'ensuit donc que cette position prédomine dans les États de la région³⁰⁵. Ainsi, ces derniers doivent être modifiés ou abrogés en cas de conflit avec les lois et règlements nationaux. Les tribunaux des pays de la région vont aussi dans ce sens. Au Vanuatu par exemple, selon l'arrêt *Banga v. Waiwo*³⁰⁶, lorsqu'un juge examine un cas donné, il doit tout d'abord chercher à appliquer les lois nationales ; et c'est seulement en cas de lacunes (c'est-à-dire qu'il manque de lois nationales applicables) que celui-ci peut recourir aux principes de *Common Law/Equity*.

Par ailleurs, dans les pays de la région, le droit coutumier fait partie du droit national. Cependant, alors que dans certains des pays (Iles Salomon ou Tuvalu), il est clairement indiqué que les principes de *Common Law/Equity* sont subordonnés au droit coutumier, dans d'autres (comme le Vanuatu ou Samoa) il n'existe pas d'indication similaire dans la loi. Aux Iles Samoa, l'article 111(1) de la Constitution mentionnée plus haut souligne :

In this Constitution, unless otherwise provided for the context otherwise requires : 'Law' means any law for the time being in force in Western Samoa; and includes ... the English common law and equity for the time being in so far as they are not excluded by any other law in force in Western Samoa, and any custom or usage which has acquired the force of law in Western Samoa, or any part thereof, under the provisions of any Act or under a judgment of as court of competent jurisdiction³⁰⁷.

³⁰⁵ [Corrin et al., *Introduction to South Pacific Law*], supra note 40, à la page 78.

³⁰⁶ [Waiwo], supra note 167.

³⁰⁷ [Constitution of Samoa], supra note 273, art. 111(1).

Cette disposition indique que lorsqu'une coutume a force de loi, elle l'emporte sur les principes de *Common Law/Equity*.

Au Vanuatu, le rapport entre le droit coutumier et les principes de droit de la *Common Law/Equity* n'est pas clair³⁰⁸. L'article 95(3) de la Constitution affirme que les règles coutumières continuent de produire tous leurs effets au sein du système de la République. Cette disposition ne parle cependant pas de rapport entre le droit coutumier et les autres lois du pays. La seule autre disposition sur l'application du droit coutumier qui peut nous éclairer est l'article 45(1) de la Constitution qui dispose : « (...) La mission générale du service judiciaire est de contrôler la conformité des situations juridiques avec la Loi. Dans le cas où toute disposition légale fait défaut, le tribunal statue selon les principes de l'équité et, dans la mesure du possible, en conformité avec la coutume ». Cet article indique que les tribunaux statuent selon la Loi. Même si le terme Loi n'est pas défini, il semblerait qu'elle inclue la *Common Law/Equity*. Selon cette interprétation, le droit coutumier est inférieur aux principes de *Common Law/Equity* et les tribunaux ne vont recourir aux règles coutumières qu'en cas d'absence de la loi (y compris *Common Law/Equity*). Il ne s'agit peut-être pas de l'intention des constituants, mais la jurisprudence va dans ce sens dans l'affaire susmentionnée *Banga v. Waiwo*³⁰⁹.

En Papouasie-Nouvelle-Guinée, la Constitution est plutôt ambiguë sur le rapport entre les principes de *Common Law/Equity* et le droit coutumier. En effet, le *Schedule 2.1* de la Constitution prévoit que les tribunaux recourent aux coutumes pour développer le droit interne du pays (*Underlying law*). Le *Schedule 2.2* prévoit que les tribunaux recourent également aux principes de *Common Law/Equity* pour développer le droit interne du pays. Cette disposition (*Schedule 2*) ne précise cependant pas quelle source d'entre les deux doit être préférée. Il peut être argumenté que le droit coutumier (ou la coutume) doit l'emporter sur les principes de *Common Law/Equity* puisqu'il a été cité en premier, mais surtout parce que le *Schedule 2.2.2(1)* prévoit que les principes de *Common Law/Equity* ne s'appliqueront pas s'ils sont contraires au droit coutumier. Il en a été jugé ainsi dans l'arrêt *Somare*³¹⁰. Il est donc clair que lorsque les deux droits sont en conflit, le droit coutumier doit l'emporter. Cependant, lorsqu'il est question pour les juges de recourir à l'un de deux droits pour développer le droit interne, chacun peut faire son choix selon sa préférence. Jusqu'à présent, les

³⁰⁸ [Corrin et al., *Introduction to South Pacific Law*], *supra* note 40, à la page 79.

³⁰⁹ [Waiwo], *supra* note 167.

³¹⁰ *In the matter of Somare*, [1981] PNGLR 265.

principes de *Common Law/Equity* sont plus utilisés puisque plusieurs juges sont formés en droit de la *Common Law*³¹¹.

Pour clore cette section, en accédant à l'indépendance, chacun des États du Pacifique Sud dont le Vanuatu a adopté des dispositions intégrant les principes de *Common Law/Equity* dans son droit interne. Par conséquent, ceux-ci font partie de leur droit national. Ils ne s'appliquent cependant que dans certaines conditions, notamment lorsqu'ils ne sont pas contraires à la Constitution. De même, en cas de conflit avec la législation nationale (lois adoptées par le Parlement national), cette dernière emporte sur les principes de *Common Law/Equity*. En ce qui concerne son rapport avec le droit coutumier, ce dernier emporte dans la plupart de pays de la région. Le mérite, faut-il le souligner, du maintien de la *Common Law/Equity* dans ces jeunes Républiques était de pallier les lacunes dans les législations nationales de ces États. En effet, ces États sont des jeunes nations et dans plusieurs domaines, il n'existe toujours pas de législations. La *Common Law/Equity* permet donc corriger ce manquement.

Enfin, pour conclure ce chapitre préliminaire, dans un premier temps, nos analyses nous ont permis de prendre connaissance des débats et des discussions théoriques sur les différentes conceptions du pluralisme juridique. Le pluralisme juridique faible favorise le centralisme étatique contrairement au pluralisme juridique radical qui reconnaît les autres ordres normatifs. Nous avons ensuite pris position en nous rangeant aux côtés des tenants du pluralisme juridique radical qui rejettent le centralisme étatique.

Dans un second temps, nos analyses nous ont permis de mieux comprendre le droit coutumier dans les États du Pacifique Sud. Étant reconnue par la Constitution, la coutume est entendue comme une pratique contraignante. Elle est une source de droit et son intégration dans le système officiel n'a cessé de progresser depuis l'indépendance, et ce, malgré les difficultés liées à ses modalités d'application et de preuve.

Enfin, dans une dernière section, nous avons vu qu'en accédant à l'indépendance, les États de la région ont maintenu les principes de *Common Law/Equity* qui s'appliquaient sur leurs territoires pendant la colonisation. Même si plusieurs questions que nous avons abordées demeurent sans réponse, l'introduction de la *Common Law/Equity* dans ces États a toute son importance. En effet,

³¹¹ [Corrin et Zorn, « Legislating »], *supra* note 187, à la page 58.

dans des jeunes Républiques telles que celles de la région du Pacifique, le maintien de ce droit permet de pallier de possibles lacunes dans les législations nationales.

Pour finir, faut-il le constater, comme les États du Pacifique Sud, le Vanuatu connaît deux systèmes juridiques (le droit coutumier et le système juridique officiel) dont la distinction peut paraître parfois floue. Ce double système se mouvant dans une pluralité de normes très complexes peut entraîner des conflits de normes. En effet, même s'il peut y avoir différentes sources aux ordres normatifs³¹², dans le cadre de ce travail de recherche, l'attention sera principalement portée sur le système juridique officiel et le système du droit coutumier ou culturel. La première partie de notre travail sera donc consacrée aux conflits engendrés par la rencontre du droit coutumier et des droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes (Partie I).

³¹² Brian Tamanaha note qu'il existe six principales sources aux ordres normatifs : 1) le système officiel, 2) le système du droit coutumier ou culturel, 3) le système religieux, 4) le système normatif économique ou capitaliste, 5) le système fonctionnel normatif et 6) le système normatif communautaire (Brian Tamanaha, « A Framework for Pluralistic Socio-legal Arenas », dans Marie-Claire Foblets, Jean-François Gaudreault-Desbiens et Alison Dundes, dir., *Cultural Diversity and the Law : State Responses From Around the World*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 381, à la page 382).

PREMIÈRE PARTIE : LE PLURALISME JURIDIQUE COMME OBSTACLE AUX DROITS FONDAMENTAUX

INTRODUCTION

La question du respect de la diversité culturelle et des droits fondamentaux ne cesse de faire surface à l'heure actuelle de la mondialisation où le monde ressemble de plus en plus à un village planétaire. La diversité caractérise, à des degrés divers, toutes les sociétés. Des personnes pratiquant différentes religions ou traditions, parlant différentes langues, et qui souhaitent préserver leurs spécificités, partagent un même espace social, politique et juridique³¹³. La diversité culturelle doit être considérée ici comme le droit que chacun dispose de participer à la vie culturelle de sa communauté³¹⁴. Ces droits culturels font partie intégrante des droits fondamentaux selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels³¹⁵.

Cependant, le respect des différences culturelles et l'appel au respect des droits fondamentaux posent un vrai paradoxe. Il arrive qu'un certain nombre de pratiques et valeurs culturelles ne soient pas compatibles avec les droits fondamentaux considérés aujourd'hui comme des valeurs universelles. Il existe donc une tension entre la diversité culturelle et les droits fondamentaux. Cette tension a déjà fait l'objet de plusieurs ouvrages³¹⁶ et articles³¹⁷, et continue d'attirer l'attention des

³¹³ Julie Ringelheim, « Le droit à la diversité culturelle : Cartographie d'un champ en construction », dans Julie Ringelheim, dir., *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, à la page 4.

³¹⁴ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, art. 15.1.a) : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit de participer à la vie culturelle » **[Pacte des droits sociaux, économiques et culturels]**.

³¹⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 21. Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 43^e sess., Genève, 20 nov. 2009, E/C.12/GC/21, à la page 1 **[Comité des droits économiques, Observation]**. De même, la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* affirme dans son préambule que « la diversité culturelle est une caractéristique inhérente à l'humanité et qu'elle constitue un patrimoine commun de l'humanité et qu'elle est importante pour la pleine réalisation des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » (*Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, 2440 R.T.N.U. 1-43977) **[Convention sur la diversité culturelle]**.

³¹⁶ Pour n'en citer que certains : Jean-Loup Amselle, Lucien Guirlinger, François Héritier, François Jullien, Rahim Kherad et Guillaume Le Blanc, *Diversité culturelle et universalité des droits de l'Homme*, Nantes, éditions Cecile Defaut, 2010 **[Amselle et al., Diversité culturelle]** ; Julie Ringelheim, dir., *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; Julie Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme, La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006 **[Ringelheim, Diversité culturelle et droits]** ; Michel Rosenfeld, *Law, Justice, Democracy, and the Clash of Cultures, A Pluralist Account*, Cambridge University Press, 2011 ; Xiaorong Li, *Ethics, Human Rights and Culture, Beyond Relativism and Universalism*, New-York, Palgrave Macmillan,

chercheurs. Le sujet suscite tant d'intérêt puisqu'il soulève de multiples interrogations. Ainsi, comment répondre aux demandes de respect ou de la reconnaissance d'identités culturelles diverses? Aussi, tel que le note Julie Ringelheim, comment concilier les aspirations parfois contradictoires des différentes composantes de la population ?³¹⁸ Il s'ensuit, note cette auteure, que le développement d'une société réellement pluraliste garantissant à chacune et à chacun la liberté d'exprimer son identité religieuse, linguistique ou traditionnelle, ne va pas sans difficulté³¹⁹. Le respect et la protection des identités entrent parfois en conflit avec d'autres impératifs ou d'autres intérêts.

Précisons qu'il ne sera pas question ici de nous attarder longuement sur l'aspect théorique de la question de conflit de normes et de valeurs, c'est-à-dire sur la discussion ou le débat autour du respect de la diversité culturelle et de celui des droits fondamentaux. Nous y reviendrons dans la deuxième partie de notre thèse lorsque nous aborderons l'universalité des droits fondamentaux.

Nous allons plutôt nous concentrer sur l'aspect pratique de cette question qui constitue un élément essentiel de cette partie. Ainsi, en pratique et d'un point de vue juridique, cette tension se traduit par la coexistence, dans un même espace, de plusieurs ordres juridiques parfois concurrentiels. Les États du Pacifique Sud y compris le Vanuatu connaissent une telle situation. En effet, en accédant à l'indépendance, ces États ont adopté des systèmes juridiques pluriels combinant plus d'une tradition juridique : par exemple le système juridique officiel issu du système colonial et le système

2006 ; Michel Levinet, dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruykan, 2010 ; Lauréline Fontaine, dir., *Droit et Pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

³¹⁷ Une fois de plus, pour n'en citer que certains : Abdullahi Ahmed An-Na'im, « Problems of Universal Cultural Legitimacy for Human Rights », dans Abdullahi Ahmed An-Na'im et Francis M. Deng, dir., *Human Rights in Africa Cross-Cultural Perspectives*, Washington D.C., The Brookings Institution, 1990, 331 [Na'im, « **Problems of Universal** »] ; Abdullahi Ahmed An Na'im, « State Responsibility Under International Human Rights Law to Change Religious and Customary Laws », dans Rebecca Cook, dir., *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, 1^{ère} éd., Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1994, 167 [Na'im, « **State Responsibility Under** »] ; [Frame, « **Fundamental Rights** »], *supra* note 40 ; Alison Dundes Renteln, « The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights », (1985) 7 Hum. Rts. Q. 514 ; Alison Crawford, « Learning Lessons from Multani : Considering Canada's Response to Religious Garb Issues in Public Schools », (2008) 36(1) Ga. J. Int'l & Comp. L. 159 ; Ann-Belinda Preis, « Human Rights as Cultural Practice : An Anthropological Critique », (1996) Hum. Rts. Q. 286 [Preis, « **Human Rights** »] ; Anne Griffiths, « International Human Rights, Women, Gender and Culture : Perspectives from Africa », dans Marie-Claire Foblets, Jean-François Gaudreault-Desbiens et Alison Dundes, dir., *Cultural Diversity and the Law : State Responses from around the World*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 737 [A. Griffiths, « **International** »] ; [A. Griffiths, « **Legal Pluralism** »], *supra* note 109, à la page 290 ; Anne Saris, « Les tribunaux religieux dans les contextes canadiens et québécois », (2006) 40(2) R.J.T. 353 ; Annie Bunting, « Theorizing Women's Cultural Diversity in Feminist International Human Rights Strategies », (1993) 20 J.L. & Soc'y. 6 ; Christina Cerna, « Universality of Human Rights and Cultural Diversity : Implementation of Human Rights in Different Socio-cultural Contexts », (1994) 16 Hum. Rts. Q. 740 ; Christina Cerna et Jennifer Wallace, « Woman and Culture », dans Kelly D. Askin et Dorean M. Koening, dir., *Women International Human Rights Law*, 1^{ère} éd., New York, Transnational Publishers Inc, 1999, 623 [Cerna et Wallace, « **Woman and Culture** »].

³¹⁸ [Ringelheim, *Diversité culturelle et droits*], *supra* note 316, à la page 1.

³¹⁹ [Ringelheim, *Diversité culturelle et droits*], *supra* note 316, à la page 415.

coutumier dit non officiel dérivé de la coutume ancestrale. Il faut ici préciser que le système juridique officiel inclut également les législations nationales adoptées par le Parlement après l'indépendance. Ces législations comprennent, entre autres, les dispositions constitutionnelles et d'autres lois en matière de droits fondamentaux. Plus spécifiquement, les deux ordres juridiques concurrentiels qui retiennent notre attention dans cette étude sont le droit coutumier et les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes.

Notre objectif dans cette première partie consiste à démontrer que le pluralisme juridique tel que vécu par le Vanuatu et les États de la région constitue, dans certains cas, un obstacle aux droits fondamentaux, en particulier au droit à l'égalité des femmes. Dans ce sens, nous chercherons à dénoncer le caractère patriarcal du droit ou plus particulièrement à dénoncer le rôle du droit (notamment le droit coutumier) dans le maintien de la domination patriarcale. Ainsi, le pluralisme juridique mis en place par l'État dans le but de préserver ses valeurs traditionnelles a pour effet d'entretenir la subordination des femmes. En clair, le droit légitime la domination masculine, faisant paraître comme neutre et universel ce qui correspond en fait à un point de vue masculin sur le réel et conforte le pouvoir des hommes sur les femmes³²⁰. Une telle légitimation se manifeste essentiellement dans le domaine de droit de la famille qui constitue un lieu privilégié du pluralisme juridique. En effet, étant reléguées dans la sphère privée, les questions familiales sont plus souvent susceptibles d'être gouvernées par une pluralité d'ordres juridiques³²¹. Ceci conduit, dans certains cas, à des conflits de normes, pour ce qui nous concerne, entre le droit coutumier et les droits fondamentaux, notamment des femmes. Il s'ensuit que les valeurs protégées par le droit coutumier portent souvent atteinte à ces derniers. Les femmes payent alors le plus lourd prix de cette situation puisqu'elles sont assimilées à la sphère privée familiale (foyer, domicile et famille). Ces tensions nous poussent à croire que le pluralisme juridique, comme nous l'avons souligné, constitue parfois un obstacle au respect des droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes³²².

Ainsi, notre démonstration dans cette première partie se fera en deux temps. Dans un premier temps, nous aborderons la question de la pluralité des normes et ses conséquences sur les droits fondamentaux, et ce dans une perspective de droit interne (Chapitre I). Nous démontrerons que

³²⁰ [Revilard et al., « À la recherche », *supra* note 82, à la page 4 ; [Mackinnon, *Feminist Theory*], *supra* note 83.

³²¹ [Nagaraj et al., *When Legal*], *supra* note 92, à la page 71.

³²² Vijay Nagaraj, Cassandra Balchin, Anne Griffiths, Patricia Imrana Jalal, Celestine Nyamu-Musembi, Gita Sahgal, Franz Von Benda Begmann, Kirsty Gover, Mathew John et Yuksel Sezgin, *Research Project on Plural Legal Orders and Human Rights, An Approach Paper*, Geneva, International Council on Human Rights Policy, 2008, à la page 2-3, en ligne : http://www.ichrp.org/files/papers/152/135_approach_paper_2008.pdf (accessible le 6 septembre 2013) [Nagaraj et al., *Research Project*] ou encore [Nagaraj et al., *When Legal*], *supra* note 92, à la page 108. Les deux rapports notent qu'il est généralement admis que le pluralisme juridique génère des conflits de droits.

plusieurs pratiques issues du droit coutumier portent atteinte aux droits fondamentaux. Pour ce qui concerne les femmes en particulier, nous verrons que plusieurs normes de « droit coutumier » sont en soi discriminatoires envers elles et sont clairement appliquées d'une manière inégale aux hommes et aux femmes³²³.

Dans le même ordre d'idée, nous analyserons dans un second temps la réponse des États du Pacifique Sud à leurs obligations internationales en matière de respect des droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes (Chapitre II). Nous verrons que l'adhésion de ces États au droit international n'apporte pas des changements tangibles dans la vie des femmes. Les défis d'ordre culturel sont non moins considérables. La réticence de ces États à ratifier, à mettre en œuvre et à appliquer les instruments internationaux en matière de droits fondamentaux s'explique, entre autres, par l'attachement à leurs valeurs culturelles et traditionnelles : ces valeurs mêmes qui sont protégées par le droit coutumier et qui ont pour effet, une fois de plus, d'entretenir la subordination des femmes.

En somme, nous verrons que le pluralisme juridique tel que décrit constitue effectivement un obstacle au respect des droits fondamentaux, en particulier au droit à l'égalité des femmes, et que le droit aussi bien national qu'international n'apporte pas des changements tangibles aux situations quotidiennement vécues par les femmes au Vanuatu et dans les autres États du Pacifique Sud.

³²³ Sur ce point, Carol Smart considère que le droit est sexiste puisqu'il ignore les femmes et leurs expériences à plusieurs égards ou encore que le droit contribue à produire le genre, c'est-à-dire la différence sociale entre les femmes et les hommes (Carol Smart, « The Woman of Legal Discourse », (1992) 1(1) S.& L.S. 29 ; Carol Smart, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, 1989) ; Voir aussi Juana Maria Gonzalez Moreno, « Les lois intégrales contre la violence à l'égard des femmes en Espagne. Une analyse à partir de la théorie juridique féministe », (2009) 28(2) NQF 12, à la page 13.

CHAPITRE PREMIER : LES CONSÉQUENCES DU PLURALISME JURIDIQUE SUR LES DROITS FONDAMENTAUX : UNE PERSPECTIVE DE DROIT INTERNE

INTRODUCTION

Lors de l'accession à l'indépendance des États insulaires du Pacifique Sud, le droit coutumier a été intégré d'emblée dans le système juridique. L'aspiration était, nous l'avons mentionné, d'instaurer un véritable pluralisme juridique plutôt qu'un dualisme avec une source juridique dominante. Dans le nouvel ordre, la coutume était donc considérée comme une source primaire de droit³²⁴ à côté de la Constitution, des traités internationaux, des lois et des règlements étatiques. Or, les sociétés traditionnelles du Pacifique Sud ne connaissaient généralement pas la culture des droits individuels, dont les droits fondamentaux. Elles ont maintenu leur structure et cohérence essentiellement au travers d'une culture de devoirs³²⁵.

Plus particulièrement, ces groupes coutumiers ont toujours considéré les femmes comme des personnes de seconde classe³²⁶. En langage juridique, ils avaient et maintenaient des traditions qui ne reconnaissent pas les droits des femmes. En effet, les femmes et les enfants étaient considérés comme n'ayant pas de capacité juridique. Ce manque de capacité était omniprésent et touchait notamment le domaine de la propriété, des contrats et la qualité pour agir devant le tribunal (que ce soit devant le conseil des chefs ou autre). Il s'agissait de groupes essentiellement patriarcaux. L'administration coloniale n'a pas changé la donne, au contraire, elle a même favorisé une telle attitude. Dans ce sens, la politique britannique de la « règle indirecte » consistant à travailler

³²⁴ [Brown, « Customary Law »], *supra* note 40, à la page 1 ; [Lunabeck, « Adjudication »], *supra* note 40, à la page 27.

³²⁵ L'article 7 de la *Constitution du Vanuatu* dispose par exemple que « Toute personne a les devoirs fondamentaux suivants envers elle-même, ses descendants et autrui : a) agir dans l'esprit de la Constitution et la respecter ; b) reconnaître qu'elle ne peut développer pleinement ses capacités et ses intérêts véritables que par sa participation active au développement de la communauté nationale ; c) exercer les droits garantis et attribués par cette Constitution, et saisir les possibilités qu'elle offre de participer pleinement au Gouvernement de la République ; d) protéger le Vanuatu et sauvegarder la richesse nationale, les ressources et l'environnement dans l'intérêt de la génération présente et des générations à venir ; e) travailler selon ses talents dans des emplois utiles à la société, et, si nécessaire, créer par elle-même les occasions légitimes pour des emplois ; f) respecter les droits et libertés d'autrui et coopérer pleinement avec autrui dans l'intérêt de l'interdépendance et de la solidarité ; g) contribuer, comme l'exige la loi, dans la mesure de ses moyens, aux dépenses nécessaires au progrès de la République et à la poursuite de ses objectifs nationaux ; h) dans le cas des parents, élever, assister et éduquer tous leurs enfants, légitimes ou naturels, et leur apporter en particulier une connaissance véritable de leurs droits et devoirs fondamentaux, des objectifs nationaux, de la culture et des coutumes du peuple de Vanuatu ; i) dans le cas des enfants, respecter leurs parents » [*Constitution du Vanuatu*], *supra* note 2.

³²⁶[Brown, « Customary Law »], *supra* note 40, à la page 1 .

principalement avec les autorités traditionnelles (les chefs traditionnels) a institutionnalisé ce patriarcat³²⁷. Par conséquent, les règles et les institutions ont été centrées sur les hommes. Les femmes sont privées d'autonomie, de toute position d'autorité et d'un certain nombre de leurs droits fondamentaux.

Dans la nouvelle Constitution, l'État océanien réaffirme les droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes. Ainsi, au Vanuatu, l'article 5 de la Constitution garantit le droit à l'égalité pour toutes et tous sans aucune discrimination³²⁸. Nous reviendrons sur cette disposition plus tard dans la thèse. Cependant, en pratique, ces droits ne sont pas toujours respectés. En effet, la reconnaissance de la pluralité d'ordres juridiques pose des défis considérables quant au respect de ceux-ci, en particulier le droit à l'égalité des femmes.

Ainsi, une première section de ce chapitre sera consacrée à la tension entre le droit coutumier et le droit à l'égalité des femmes dans le domaine de la famille (Section I). En clair, il s'agira de mettre en évidence la manière dont le droit dans son ensemble (la coutume, puisque reconnue par le constituant comme source de droit, la législation et la jurisprudence) est inefficace dans le domaine familial, entre autres, parce qu'il consacre des inégalités déjà existantes entre les hommes et les femmes et que ce faisant, il perpétue la subordination de ces dernières.

Dans une seconde section, nous aborderons le conflit entre le droit coutumier et les autres droits et libertés fondamentaux (section II). Nous verrons que les conséquences néfastes du pluralisme juridique ne touchent pas seulement les femmes, mais aussi les hommes.

³²⁷ [Brown, « Customary Law »], *supra* note 40, à la page 1.

³²⁸ [Constitution du Vanuatu], art. 5, *supra* note 2.

SECTION I : LE DROIT À L'ÉGALITÉ DES FEMMES À L'ÉPREUVE DU DROIT COUTUMIER : L'ÉTUDE DU DOMAINE FAMILIAL

Dans cette section, nous allons examiner les tensions entre le droit coutumier et le droit à l'égalité des femmes en matière familiale dans les États du Pacifique Sud, en particulier au Vanuatu³²⁹. En effet, nous démontrerons que dans ces pays, les coutumes qui touchent les femmes dans ce domaine sont particulièrement néfastes pour elles.

De prime abord, il convient de définir ce qu'est la famille dans cette région. La signification de la famille diffère selon les pays. Dans les législations des pays de la région, la famille n'est pas définie en tant que telle. En mettant en avant les droits collectifs, ces pays ont depuis toujours une conception de la famille étendue. Sue Farran souligne par exemple qu'au Vanuatu, la signification de la famille prend en compte la famille étendue et, par conséquent, inclut toute personne considérée comme étant membre de la famille (notamment les enfants adoptés selon la loi ou la coutume, les enfants nés d'un mariage ou hors mariage, les oncles et les tantes qui vivent sous le même toit, les grands-parents, les parents, les frères et les sœurs, les demi-frères, les demi-sœurs, les beaux-frères et les belles-sœurs)³³⁰.

³²⁹ Dans notre étude de cas, nous nous limitons aux conflits engendrés par la rencontre entre le droit coutumier et les droits fondamentaux, mais la même question se pose aussi lorsque les autres droits (lois françaises ou anglaises applicables au Vanuatu) sont en cause. Ainsi, dans l'affaire *Joli v. Joli*, [2003] VUCA 27 (**[Joli]**), il est question de partage matrimonial lors de la séparation d'un couple marié. En première instance, en se fondant sur le principe d'égalité prévu par la Constitution et la CEDEF, le juge a ordonné un partage à part égal des biens compte tenu de plusieurs années de vie commune. En appel cependant, la Cour suprême a infirmé la décision de première instance. Elle a précisé que bien que l'article 5 de la Constitution garantisse l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, des tels principes constitutionnels constituent des idéaux (« aspirational ») et doivent être traduits par le Parlement en droit. La Cour a souligné que le Parlement doit décider comment le Vanuatu pourrait refléter les dispositions de la CEDEF dans son droit interne en incorporant des changements qu'il voudrait voir dans les stéréotypes des hommes et des femmes. De plus, en appel, la question s'est posée de savoir quelle loi s'applique dans le cas d'une dispute sur la propriété matrimoniale. La loi nationale *Matrimonial Causes Act* de 1986 (**[Matrimonial Causes Act]**, *supra* note 219) s'applique, mais il existe des lacunes quant au partage d'un certain nombre de biens (notamment des locations des terrains et des parts d'actions). La Cour a alors recours à une loi d'avant l'indépendance *Matrimonial Causes Act* 1973 (UK) en se fondant sur la Constitution qui la requiert à défaut de la loi applicable. Le juge a appliqué un certain nombre de dispositions de deux lois pour parvenir à la solution. Rejetant la présomption établie par le tribunal de première instance selon laquelle les biens matrimoniaux sont des biens communs, la Cour suprême soutient que lorsqu'il y a dispute sur le partage des biens matrimoniaux, la propriété doit être déterminée selon les principes ordinaires de droit et d'équité comme il a été décidé dans l'affaire *Baumgartner v. Baumgartner*, [1987] HCA 59, même s'il s'agissait dans ce cas, des couples non mariés. Pour les couples mariés, la Cour a le pouvoir de prononcer des ordonnances d'ajustement, appliquant les dispositions concernées de la *Matrimonial Causes Act* 1973 (UK) (**[Matrimonial Causes Act 1973]**, *supra* note 220). En somme, dépendamment de temps passé ensemble et leurs contributions respectives, la Cour peut aboutir à une conclusion selon laquelle, les biens seront divisés à peu près également entre les ex-conjoints. Le pluralisme juridique est en cause dans toutes ces décisions.

³³⁰ Sue Farran, *A Digest of Family Law in Vanuatu*, Port Vila, School of Law, University of the South Pacific, 2003, à la page 16 (**[Faran, A Digest]**); **[Brown, Reconciling Customary Law]**, *supra* note 40, à la page 16.

Dans le même sens, une analyse des lois dans le domaine de la famille montre que la définition retenue au Vanuatu est celle de la famille étendue. L'article 16 (15) de la *Rules of Civil Procedure*³³¹ dispose que la famille comprend toute personne acceptée comme membre de la famille, qu'elle soit reliée par le sang ou le mariage. De même, l'article 3 de la nouvelle loi (*Family Protection Act*) définit un membre de famille comme l'époux(se) de la personne, l'enfant de la personne ou de l'époux(se), un parent de la personne ou de l'époux(se), un frère ou une sœur de la personne ou de l'époux(se), et toute autre personne traitée par la personne comme un membre de la famille³³². Nous retenons donc dans le cadre de cette étude la définition juridique de la famille étendue.

Avant tout développement, deux points méritent d'être soulignés. Premièrement, dans les États du Pacifique Sud, le droit de la famille est assez fragmenté. Ainsi, le droit familial vanuatais dispose de diverses sources juridiques. Le droit civil français avant l'indépendance, le droit anglais avant l'indépendance et le droit étatique à partir de l'indépendance s'y trouvent à s'appliquer. De plus, plusieurs litiges en droit de la famille ne sont pas résolus devant les tribunaux d'État, mais selon des mécanismes traditionnels mis en place par les membres des familles ou par les chefs coutumiers des villages. Il s'agit en réalité de règlement des conflits selon le droit coutumier. Devant les tribunaux officiels, les avocats peuvent invoquer la coutume, mais à la condition que celle-ci soit efficacement prouvée de manière à obtenir l'approbation du juge. Dans le cas contraire, les juges chercheront à appliquer un autre droit³³³. Parfois, les juges appliquent les lois coloniales qui existaient avant l'indépendance lorsque les lois nationales présentent des lacunes³³⁴. Ainsi même si certaines législations en la matière ont été adoptées par le parlement national, il n'en reste pas moins des domaines non réglementés. Souvent, les juges appliquent la loi invoquée par les avocats des parties. Dans l'affaire *Joli v. Joli*³³⁵, le juge a appliqué la loi anglaise qui existait avant l'indépendance, alors même que les deux parties étaient francophones. Il aurait pu recourir au droit français d'avant l'indépendance qui s'applique aussi au Vanuatu de par l'héritage colonial du pays. Or, les avocats, qui sont la plupart du temps anglophones, invoquent rarement le droit français. Sue Farran déplore la perte du droit français au Vanuatu et parle d'une opportunité manquée en matière de droit de la famille, puisque certaines dispositions du droit de la famille français peuvent être

³³¹ *Civil Procedure Rules n°49*, 2002, art 16.15 : « Family includes a person who is accepted as a member of a family, whether or not the person is related by blood or marriage to the other members of the family » [*Civil Procedure Rules*].

³³² [*Family Protection Act*], art. 3, *supra* note 3.

³³³ [*Waiwo*], *supra* note 167 (voir notre analyse dans la partie préliminaire).

³³⁴ [*Joli*], *supra* note 329.

³³⁵ [*Joli*], *supra* note 329.

particulièrement adaptées aux structures familiales que connaît le Vanuatu contemporain³³⁶. En effet, le droit français étant codifié, il est plus accessible particulièrement pour les avocats et les juges.

Deuxièmement, il faut noter que le droit coutumier est le droit le plus influent dans le domaine de la famille³³⁷. Il a été observé que la coutume touche essentiellement des questions familiales³³⁸. Inversement, la famille est cruciale pour le maintien du droit coutumier. En effet, pour préserver leurs identités culturelles collectives, ces sociétés tentent de contrôler la famille puisque celle-ci est porteuse de la culture. Ainsi, dans les communautés traditionnelles où s'applique essentiellement le droit coutumier, les questions de famille, de clan et de lignage reviennent régulièrement dans l'actualité locale. La famille est importante pour l'organisation de la plupart des groupes et sociétés. Contrairement aux modèles de droit de la famille occidentaux centrés sur la famille nucléaire et sur les droits des individus qui s'y trouvent, le droit de famille coutumier met en avant les intérêts des groupes communautaires. L'unité familiale en Mélanésie et au Vanuatu est étendue et sur ce point, diffère considérablement de la famille nucléaire reconnue par les puissances coloniales.

L'actuel droit positif du Vanuatu et des États du Pacifique Sud régissant les relations familiales est celui hérité des puissances coloniales. Avant l'adoption des législations dans ces pays, la vie familiale était régie par la coutume. Aujourd'hui, plusieurs communautés traditionnelles appliquent encore la coutume pour résoudre des conflits, notamment familiaux. De plus, comme nous le verrons, il arrive aussi que les juges appliquent des normes coutumières (même celles non prouvées devant les tribunaux), lorsque celles-ci sont invoquées devant lui, pour résoudre des conflits familiaux. Or, celles-ci sont parfois contraires au droit écrit, notamment aux droits fondamentaux des femmes³³⁹. Précisons une fois de plus que cette situation a été facilitée, entre autres, par le constituant lorsqu'il a fait de la coutume une source de droit. Nous ne sommes pas contre la coutume en tant que telle, mais nous désirons montrer ici que cette situation de pluralisme juridique qui permet la reconnaissance officielle des autres ordres tels que la norme coutumière a comme effet pervers ou néfaste de produire des inégalités envers les femmes. En d'autres termes, le droit « les invisibilise », « les ignore » et « les considèrent » comme des personnes de seconde classe.

³³⁶ [Farran, « Family Law »], *supra* note 37, à la page 367.

³³⁷ [Brown, *Reconciling Customary Law*], *supra* note 40, à la page 101.

³³⁸ B.T. Bennett, *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa*, Cap Town, Juta & Co, 1991, à la page 145 ; [Brown, *Reconciling Customary Law*], *supra* note 40, à la page 101.

³³⁹ John Luluaki, « Customary Marriage Laws in Commonwealth : A Comparison between Papua New Guinea and Anglophonic Africa », (1997) 11 *Int. J. Law Policy Family* 1, à la page 4 ; Mere Pulea, *The Family Law and Population in the Pacific Islands*, Suva, Institute of Pacific Studies, Suva, 1986, à la page 2-3 ; *Samoan Public Trustee v. Collins*, [1961] NZSC 1 [Samoan Public Trustee].

Ainsi, dans un premier temps, nous allons aborder la question du mariage/d'union de fait, leurs effets juridiques et le droit coutumier (Paragraphe I). Nous analyserons dans un deuxième temps, les coutumes qui touchent les femmes dans le domaine de la propriété et de la succession (Paragraphe II) et dans un dernier temps, nous traiterons de la pratique de réconciliation coutumière dans le domaine familial (Paragraphe III).

PARAGRAPHE I : LE MARIAGE/L'UNION DE FAIT, LEURS EFFETS JURIDIQUES ET LE DROIT COUTUMIER

Nous verrons dans ce paragraphe qu'en matière de mariage et d'union de fait, le droit coutumier produit des effets néfastes et discriminatoires à l'égard des femmes. Ainsi, nous étudierons premièrement la question du mariage et le droit coutumier (1) et deuxièmement celle de l'union de fait et le droit coutumier (2). Nous nous intéresserons ensuite aux effets juridiques du mariage/union de fait quant à l'application du droit coutumier ou de la coutume. Dans ce sens, nous traiterons les cas du partage de la propriété matrimoniale (3), la garde d'enfant (4), la pension alimentaire pour les épouses et les enfants (5), et enfin la violence conjugale et les attitudes patriarcales (6).

1) Le mariage et le droit coutumier

Comme mentionné précédemment, le mariage dans les États du Pacifique Sud n'a pas toujours été réglementé par le droit. Avant la colonisation, il n'existait que le mariage coutumier. Lors de la colonisation, de nouvelles formes de mariages ont été introduites. Ainsi, l'actuel droit familial vanuatais reconnaît trois formes de mariage qui sont le mariage civil, le mariage religieux et le mariage coutumier. L'article premier de la *Marriage Act* de 1970 dispose que : « Tout mariage célébré après l'entrée en vigueur de cette loi, sera valide s'il est célébré : (a) devant un officier d'état civil, (b) devant un ministre désigné à cet effet; ou (c) conformément à la coutume; et en conformité avec cette loi »³⁴⁰[notre traduction].

Loin de mener une étude détaillée sur le mariage coutumier lui-même, nous estimons important d'aller à l'essentiel consistant à aborder les problèmes juridiques actuels qui se posent quant au

³⁴⁰ *Marriage Act* 1970, art. 1.

mariage coutumier et le droit à l'égalité des femmes. Le premier problème concerne la pratique du mariage arrangé (a). Le deuxième porte sur la polygamie dans la coutume (b) et le troisième concerne la pratique de la dot ou du prix de la mariée (c).

a) Le mariage arrangé

Traditionnellement, la plupart des pays de la région dont le Vanuatu, permettent et acceptent les mariages arrangés, notamment des mineurs pour des raisons stratégiques. Il s'agit d'une possibilité pour les parents et familles de tisser les liens et ainsi établir des alliances avec d'autres familles et communautés, mais aussi la possibilité d'acquérir richesse, terre, pouvoir et autorité dans leur communauté³⁴¹. Dans ce sens, le mariage est avant tout une affaire de deux clans avant d'être celle d'un homme et une femme. Il s'ensuit que la femme, plus spécialement l'épouse, apparaît davantage comme l'objet d'une transaction que partenaire dans le nouveau couple. Or, une telle conception du mariage porte atteinte au droit à l'égalité des femmes dans le mariage prévu non seulement dans les conventions internationales, mais aussi dans les constitutions nationales³⁴². Nous aborderons les détails de ces Conventions et ces Constitutions dans le chapitre suivant ainsi que dans la deuxième partie de notre thèse.

Ensuite, dans la coutume de ces États, les femmes ne choisissent pas nécessairement leur partenaire de mariage et elles ne peuvent faire annuler un mariage une fois contracté³⁴³. Ce sont généralement les hommes de la tribu ou du village qui déterminent leurs partenaires³⁴⁴. Or, une telle détermination collective du partenaire est contraire aux recommandations et déclarations³⁴⁵ des Nations Unies et à l'article 16 (b) de la CEDEF qui dispose que :

³⁴¹ United Nations ESCAP (Economic and Social Commission for Asia and Pacific), *Pacific Perspective on the Commercial Sexual Exploitation and Sexual Abuse of Children and Youth*, Bangkok, 2009, à la page 30-31 [**ESCAP, Pacific Perspective**]; Imrana Patricia Jalal, « Harmful Practices Against Women in Pacific Island Countries : Customary and Conventional Laws », United Nations Division for the Advancement of Women, Expert Group Meeting on Good practices in Legislation to Address Harmful Practices Against Women, EGM/GPLHP/2009/EP.15, Addis Abeba, United Nations Conference Centre, 25-28 mai 2009, à la page 15, en ligne : [http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw_legislation_2009/Expert%20Paper%20EGMGPLHP%20_Imrana%20Jalal_.pdf] (accessible le 20 novembre 2013) [**Jalal, « Harmful Practices »**].

³⁴² [**CEDEF**], art. 2, 5 et 16, *supra* note 1, mais aussi *Protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'Homme*, 1^{er} novembre 1988, STCE n°117, art. 5 sur l'égalité entre les époux au regard du mariage.

³⁴³ Le rapport de la Commission des lois de la Nouvelle-Zélande (**Palmer et al., Converging**], *supra* note 194, à la page 4).

³⁴⁴ Olivier Douglas, *Native Cultures of the Pacific Islands*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 1989, à la page 63 [**Douglas, Native Cultures**].

³⁴⁵ Nations Unies, Comité pour la CEDEF, *Recommandation générale n° 19 : Violence à l'égard des femmes*, Onzième Session, 1992 [**CEDEF, Recommendation 19**]; Nations Unies, *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, 20 décembre 1993, A.G.N.U. 85e séance plénière, A/RES/48/104 [**Déclaration sur l'élimination de la violence**]

Les États parties prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme [...], (b) Le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que dans son libre et plein consentement³⁴⁶.

Cette pratique est aussi contraire à l'article 5 de la Constitution du Vanuatu portant sur les droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes.

De nos jours, de plus en plus de couples dans la région du Pacifique Sud choisissent eux-mêmes de se marier en refusant ces arrangements. Cependant, dans les pays comme Fidji, Papouasie-Nouvelle-Guinée ou encore Vanuatu, la pratique de mariage arrangé, notamment de mineurs persiste même si des rapports montrent une diminution en nombres de tels mariages³⁴⁷.

Par ailleurs, le fait que le mariage coutumier soit reconnu par le droit officiel encourage ces pratiques nuisibles à l'égard des femmes. Ainsi, dans un certain nombre de pays de la région, y compris le Vanuatu, la Papouasie-Nouvelle-Guinée et les Iles Salomon, le mariage coutumier est clairement reconnu par le droit officiel. Or, une grande partie de la population vit dans les communautés rurales et n'a pas accès aux tribunaux officiels. Ce fait ou cette réalité présente alors la problématique de la protection des droits des femmes contractant le mariage coutumier dans ces zones rurales.

Enfin, dans ces États du Pacifique Sud, le droit officiel encourage, voire institutionnalise les pratiques entretenues par le droit coutumier en permettant le mariage des jeunes filles âgées de 14 à 16 ans et des jeunes garçons âgés de 16 à 18 ans. Au Vanuatu par exemple, selon la loi sur le mariage (*Control of Marriage Act*)³⁴⁸, alors que les hommes ne doivent se marier qu'à l'âge de 18 ans, les filles peuvent se marier à partir de 16 ans. Or, l'âge de la majorité est de 18 ans selon le droit international. Dans ces régions, les femmes peuvent donc se marier avant l'âge de la majorité.

; Nations Unies, Conseil économique et social, la Commission de la condition de la femme, *L'élimination et la prévention de toutes les formes de violence à l'égard des femmes et des filles*, Projet de conclusions concertées présenté par la Présidente de la Commission, Marjon Kamara, E/CN.6/2013/L.5, 57e Session, 19 mars 2013, à la page 14 (ci-après Nations Unies, 57e Commission de la Condition de la femme) [*Commission de la condition féminine, L'élimination*].

³⁴⁶ [CEDEF], art. 16(b), *supra* note 1.

³⁴⁷ [ESCAP, *Pacific Perspective*], *supra* note 341, à la page 34 ; [Jalal, « Harmful Practices »], *supra* note 341, à la page 25.

³⁴⁸ *Control of Marriage Act* 1981, Cap 45.

Cette loi légalise le mariage des filles mineures, ce qui n'est pas le cas pour les garçons. Il s'agit d'une discrimination sexuelle envers les femmes³⁴⁹.

Ces exemples montrent que le droit dans son ensemble (y compris la coutume) discrimine les femmes et crée des inégalités envers elles. Ce faisant, il peut constituer, comme nous l'avons souligné, un outil de subordination des femmes dans certains cas.

b) La polygamie

Le mariage coutumier peut parfois être polygame dans ces pays. En effet, dans un certain nombre de pays du Pacifique Sud, notamment aux Iles Salomon³⁵⁰ et au Vanuatu, le mariage polygame est pratiqué dans la coutume. Au Vanuatu, la législation en matière familiale est silencieuse sur la polygamie. Un tel silence est à notre sens voulu par le législateur compte tenu des traditions coutumières de certaines régions et îles du pays consistant à pratiquer la polygamie dans la chefferie. Dans la coutume, les chefs peuvent avoir plus de deux femmes. Il faut cependant noter que de nos jours, celle-ci se pratique de moins en moins, en particulier au Vanuatu. En effet, selon nous, la nouvelle génération est moins encline à pratiquer la polygamie qui est considérée dans la société moderne comme une coutume arriérée et dépassée.

Il n'en reste pas moins qu'il en existe dans certaines communautés traditionnelles³⁵¹. Aux îles Salomon, cette pratique est encore très présente et constitue une cause potentielle de violence à l'égard des femmes en raison des tensions qui peuvent survenir entre les femmes mariées à un seul homme³⁵². Des travaux de terrain ont montré que lorsqu'un homme marie ses femmes successivement, sa première femme et ses premiers enfants sont fréquemment négligés³⁵³. De plus,

³⁴⁹ Sue Farran, « Gender Discrimination : A Review of Legislation in Vanuatu », (2000) 51 Development Bulletin, 17, à la page 17, en ligne : [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/sol_adobe_documents/usp%20only/Pacific%20law/Farran2.pdf] (accessible le 30 juillet 2012).

³⁵⁰ Selon la *Matrimonial Causes Act* 1950 (UK) qui s'applique aux Iles Salomon, les mariages ayant été célébrés conformément aux lois sur le mariage seraient nuls et non avenue si une des parties était au moment du mariage, déjà mariée à une autre personne toujours vivante. Cette disposition ne s'applique cependant pas aux autochtones qui se marient selon le droit coutumier.

³⁵¹ [CEDAW Shadow Report], *supra* note 95, à la page 29.

³⁵² [Jalal, « Harmful Practices »], *supra* note 341, à la page 23.

³⁵³ AusAid (Australian Agency for International Development), « Violence Against Women in Melanesia and East Timor : Building on Global and Regional Promising Approaches », 2008, à la page 18, en ligne : [<http://www.icrw.org/files/publications/Violence-against-women-in-Melanesia-Timor-Leste-AusAID.pdf>] (accessible le 15 novembre 2012) ; Sinclair Dinnen et Edwina Thompson, « Gender and Small Arms Violence in Papua New Guinea », dans *State, Society and Governance in Melanesia*, Discussion Paper 2004/8, Australia National University, à la page 11, en ligne : [https://digitalcollections.anu.edu.au/bitstream/1885/42642/2/04_08_dp_dinnenthompson.pdf] (accessible le 15 novembre 2012).

celle-ci se fait battre par son mari lorsqu'elle refuse de coucher avec lui pendant les visites de celui-ci. Ces femmes sont souvent battues, abusées et parfois victimes de meurtre par leurs maris qui restent souvent impunis. À Samoa, même si la loi interdit la polygamie³⁵⁴, la jurisprudence a reconnu que la coutume samoane peut dans certains cas, permettre la polygamie³⁵⁵. Ce faisant, le droit (dans ces pays) cautionne une pratique coutumière néfaste et abusive envers les femmes.

Or, la polygamie est une inégalité et une atteinte à la dignité et au droit à l'égalité des femmes. En effet, ces dernières ne choisissent pas de vivre dans la polygamie. Au contraire, elle leur est imposée. Elles vivent la violence qui en découle. Les Conventions internationales notamment la CEDEF par ses articles 2 et 5, interdisent la polygamie. Cette pratique dénigre les femmes et doit être déclarée illégale³⁵⁶.

c) La pratique de la dot ou du prix de la mariée

Certains commentateurs constatent avec raison que la stabilité et la sécurité des groupes sociaux dans les pays de la région, en particulier en Mélanésie, dépendent largement des alliances avec d'autres clans, groupes et tribus forgées par le mariage coutumier³⁵⁷. Bien avant l'arrivée des Européens, l'institution de la dot a été établie pour cimenter ces alliances. La dot (ou le paiement du prix de la mariée) se pratique dans tous les États du Pacifique Sud, notamment au Vanuatu. Le paiement consiste pour l'homme (le futur mari) à donner des biens tels que nourriture, vêtements, argent et d'autres objets de valeur à la famille de la femme (future épouse).

Il faut noter ici que la signification originale de la dot dans le Pacifique a évolué avec l'introduction du système juridique colonial et de l'économie monétaire qui a considérablement influé sur le système traditionnel et les relations familiales. Une telle introduction a donné un sens différent à la dot qui était à l'origine un simple échange de biens entre les familles. En effet, les premiers missionnaires dans les États de la Mélanésie considéraient le don des biens accordés à la famille de la mariée comme un achat³⁵⁸. Cette conception ou interprétation explique le sens actuel davantage

³⁵⁴ *Divorce and Matrimonial Causes Ordinance* 1961, art. 9(2)(a) : « A marriage shall be void at all time, whether or not a degree for nullity has been granted, where any of the following grounds exist, and in no other case that the time of ceremony of marriage either party to the marriage was already married ».

³⁵⁵ [*Samoan Public Trustee*], *supra* note 339.

³⁵⁶ [*CEDAW Shadow Report*], *supra* note 95, à la page 30.

³⁵⁷ [*Brown, Reconciling Customary Law*], *supra* note 40, à la page 101.

³⁵⁸ [*Brown, Reconciling Customary Law*], *supra* note 40, à la page 102.

tourné vers la transaction commerciale. Dans le même sens, Margaret Jolly³⁵⁹ note que l'expression anglaise « *bride price* » ne convient pas puisqu'il sous-entend que la femme est objet dans l'échange. Dans le passé, le paiement consistait essentiellement en des nattes, cochons et tubercules d'ignames ou de taros. Cela avait une signification : la femme est synonyme de fertilité. Avec l'introduction du système monétaire, le paiement se fait en argent, ce qui a déformé tout le sens de la dot. L'argent vient de l'étranger et c'est souvent l'homme qui gagne cet argent, d'où la domination de l'homme sur la femme considérée comme objet ou bien. Il faut donc constater que le colonialisme a eu un impact et une influence assez négatifs sur les femmes. Aujourd'hui, la dot (prix de la mariée) reste une tradition enracinée dans les sociétés mélanésiennes.

Quelque soit la signification de cette pratique de la dot ou encore même si elle est d'une manière générale acceptée par les communautés, notamment au Vanuatu (y compris les femmes) puisque considérée comme une coutume des temps immémoriaux à préserver, celle-ci a des conséquences néfastes et discriminatoires à l'égard des femmes³⁶⁰. Premièrement, cette pratique est parfois interprétée par certaines personnes, essentiellement les hommes de la communauté traditionnelle comme suit : d'abord, elle permet de payer la perte de la femme chez sa famille étant donné que celle-ci quitte sa famille pour aller vivre avec son époux et la famille de celui-ci. Ensuite, elle donne au mari tous les droits sur la femme (la sexualité, le travail et la maternité ou la procréation). En effet, pour beaucoup, le prix de la mariée vise à payer les services sexuels, domestiques et reproductifs de la femme. De même, dans plusieurs communautés, il y a une croyance selon laquelle les maris ont le droit de punir physiquement leurs femmes après avoir payé la dot. La femme devient alors une propriété de l'homme qui a versé la dot.

Or, des telles interprétations et croyances non seulement dénigrent les femmes, mais peuvent aussi conduire à la violence conjugale dans les couples où le paiement de la mariée a été effectué.

De plus, dans ces sociétés essentiellement patrilinéaires, comme nous le verrons en détail un peu plus tard lorsque nous traiterons la question de la garde d'enfant, à la suite du paiement de la dot,

³⁵⁹ Margaret Jolly, *Women of the Place, Kastom, Colonialism and Gender in Vanuatu*, Amsterdam, Hardwood Academic Publishers, 1994, à la page 115.

³⁶⁰ [Tor et Toka, *Gender*], *supra* note 45, à la page 29 et 55 ; [Cerna et Wallace, « **Woman and Culture** »], *supra* note 317, à la page 630 et s. ; [Douglas, *Native Cultures*], *supra* note 344, à la page 63 ; Martha MacIntyre, « Hear Us, Women of Papua New Guinea !: Melanesian Women and Human Rights » dans Anne-Marie Hilsdon, Martha Macintyre, Vera Mackie et Maila Stivens, dir., *Human Rights and Gender Politics : Asia-Pacific Perspectives*, New-York, Routledge, 2000, 147, à la page 147 et 150 ; Margaret Jolly, « Woman i Gat Raet Long Human Raets o No ? : Women's Rights, Human Rights and Domestic Violence in Vanuatu » dans Anne-Marie Hilsdon, Martha Macintyre, Vera Mackie et Maila Stivens, dir., *Human Rights and Gender Politics, Asia-Pacific Perspectives*, London, Routledge, 2000, 124, à la page 134.

les enfants du mariage sont considérés comme appartenant à la lignée familiale du père³⁶¹.

Par ailleurs, cette pratique est néfaste pour les femmes, notamment en cas de séparation ou divorce des couples puisque la femme est appelée à rembourser ou à compenser le paiement de la dot effectuée avant le mariage³⁶². À titre d'exemple, analysons la décision *Re Yongo Mondo*³⁶³ de la Cour nationale de justice de la Papouasie-Nouvelle-Guinée portant sur la coutume et la discrimination à l'égard des femmes, en particulier sur la détention illégale pour faute de non-paiement de la compensation de la dot. La demanderesse a soutenu qu'elle a été illégalement détenue dans une prison. Elle a été emprisonnée par ordre d'un juge d'un tribunal villageois (ou coutumier) pendant une période de 84 semaines. En effet, selon les faits, le couple s'est séparé et la femme a quitté son mari et est retournée dans son propre village. Le tribunal villageois (coutumier) a ordonné à la femme de payer 480 kinas (environ 230 dollars américains) à son ex-mari pour compenser le paiement de la dot versée par son ex-mari. Faute des moyens, celle-ci n'a pas pu payer la somme demandée. Elle a par ce fait violé l'article 31 de la *Village Court Act*³⁶⁴. La question qui s'est posée devant la Cour nationale de justice a été de savoir si le tribunal coutumier, en appliquant la *Village Court Act*, n'a pas privé illégalement la demanderesse de sa liberté. Dans son jugement, la Cour a soutenu que l'emprisonnement de la demanderesse est illégal. Alors que le tribunal du village est compétent pour ordonner un emprisonnement en cas de défaut de paiement de compensation selon l'article 31 de la *Village Court Act*, la Cour nationale rappelle que l'article 42(1) de la Constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée dispose que nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans certains cas exceptionnels. Or, l'emprisonnement pour faute de non-remboursement de la dot ne fait pas partie de ces exceptions. Par conséquent, cet ordre d'emprisonnement est contraire à la Constitution.

Il faut noter qu'en l'espèce, la Cour nationale de justice joue effectivement son rôle prévu à l'article 42(5) de la Constitution qui dispose que celle-ci peut à tout moment, lorsqu'une plainte lui est adressée, enquêter sur la détention des personnes. Il s'agit d'un rôle consistant à superviser les tribunaux inférieurs. Cependant, c'est un rôle non seulement difficile, mais aussi critique, surtout dans les communautés rurales où les villageois accordent beaucoup d'importance aux coutumes et traditions et donc se soumettent complètement aux décisions des *Village Courts* sans songer à faire

³⁶¹ [Brown, *Reconciling Customary Law*], *supra* note 40, à la page 102.

³⁶² [CEDAW Shadow Report], *supra* note 95, à la page 30.

³⁶³ *Re Yongo Mondo*, [1989] PNGG 35.

³⁶⁴ *Village Courts Act* 1989, art. 31 : « A village Peace Officer appointed under this Act or under an Act of a Provincial Legislature may act under the direction of a member of the Police Force, for the purpose of assisting in the performance of the functions or duties of the member or of the Force » [*Village Courts Act*].

appel. Or, ces coutumes appliquées par le *Village Courts* peuvent compromettre et poser un obstacle considérable au respect des droits fondamentaux, notamment des femmes et d'autres groupes désavantagés tels les jeunes et les handicapés.³⁶⁵ L'intervention des tribunaux supérieurs est importante et nécessaire puisqu'elle permet d'assurer que les dispositions constitutionnelles en matière de droits fondamentaux sont respectées.

En somme, cette coutume (la dot) telle que pratiquée par les États de la région contribue à la subordination et au dénigrement des femmes³⁶⁶. Le droit (dans ces pays) non seulement cautionne une telle pratique lorsqu'il ne l'interdit pas formellement, mais il contribue également (au travers de cette pratique) à maintenir les femmes dans la subordination lorsque les tribunaux (à l'instar de la Papouasie-Nouvelle-Guinée) emprisonnent illégalement les femmes qui n'ont pas les moyens de rembourser les paiements de la dot. L'exemple susmentionné en est un parmi d'autres en Papouasie-Nouvelle-Guinée.

Nous notons par ailleurs que ce n'est pas seulement au Vanuatu et dans les États du Pacifique Sud (Papouasie-Nouvelle-Guinée et Iles Salomon) que le versement de la dot est une forme d'appropriation des femmes. Il en est de même dans un certain nombre de pays en Asie et en Afrique³⁶⁷.

2) L'union de fait et le droit coutumier

La problématique liée à l'union de fait se pose particulièrement lorsque celle-ci concerne les veuves. En effet, certaines pratiques coutumières des États du Pacifique Sud interdisent la relation de fait aux veuves. Même si elle se pratique généralement dans les États du Pacifique Sud, cette coutume est jalousement observée en Papouasie-Nouvelle-Guinée. Nous allons examiner deux exemples de décisions qui ont fait la manchette il y a quelques années.

Dans l'affaire *Raramu v. Yowe Village Court*³⁶⁸, une femme veuve a été condamnée à six mois de prison par un tribunal villageois (coutumier) pour avoir eu une relation de fait avec un homme. En

³⁶⁵ [Jalal et Madraiwiwi, *Pacific Human Rights Vol 2*], *supra* note 30, à la page 32-33.

³⁶⁶ [Brown, *Reconciling Customary Law*], *supra* note 40, à la page 103-104.

³⁶⁷ [Cerna et Wallace, « **Woman and Culture** »], *supra* note 317, à la page 623 pour ce qui est de l'Asie et l'Afrique. Dans le Pacifique (Papouasie-Nouvelle-Guinée et Iles Salomon : [Jalal, « **Harmful Practices** »], *supra* note 341, à la page 10.

³⁶⁸ *Raramu v. Yowe*, [1994] PNGLR 486.

effet, une pratique coutumière dans plusieurs régions de la Papouasie-Nouvelle-Guinée interdit aux veuves d'entrer en relation de fait avec d'autres hommes (une coutume qui ne s'applique pas aux hommes veufs). La question qui s'est posée devant la Cour nationale de justice a été de savoir si cette coutume est contraire à la Constitution étant donné qu'elle est discriminatoire à l'égard des femmes. De plus, le tribunal villageois peut-il juger les infractions qui ne sont pas prévues dans les domaines de sa compétence selon les réglementations sur les tribunaux villageois?

La Cour nationale a refusé de reconnaître une telle pratique qu'elle a considérée comme oppressive et discriminatoire à l'égard des femmes. En effet, elle a observé que le fait d'interdire aux femmes veuves d'entrer en relation de fait est clairement contraire à l'article 55 de la Constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée³⁶⁹ portant sur le droit à l'égalité. Une telle coutume est aussi contraire à la dignité humaine. Elle a soutenu que le tribunal villageois (coutumier) s'est trompé en basant son jugement d'emprisonnement sur la violation d'une pratique coutumière (qui n'est pas codifiée). Ainsi, la veuve condamnée devait être immédiatement libérée avec son enfant de quatre mois.

Il faut noter que l'application par le tribunal villageois de cette pratique coutumière discriminatoire à l'égard des femmes reflète les inégalités structurelles auxquelles les femmes de la Papouasie-Nouvelle-Guinée font face dans leur vie quotidienne³⁷⁰. En effet, cette coutume est considérée à tort comme une loi. En rejetant la décision du tribunal villageois, la Cour nationale a affirmé la primauté de la Constitution et des droits fondamentaux sur les pratiques discriminatoires qui désavantagent les femmes. Les femmes veuves ne sont pas traitées de la même manière que les hommes. Ainsi, l'homme veuf impliqué dans une relation de fait avec la femme n'est pas puni. Pour protéger les victimes contre de telles pratiques, il est important que la Cour nationale de justice organise régulièrement et dès que possible des audiences lorsqu'elle juge que des femmes sont illégalement détenues.

La décision *Thesia Maip*³⁷¹ en est le deuxième exemple. Thesia Maip, une jeune femme papoue vient d'un village des hautes terres occidentales de la Papouasie-Nouvelle-Guinée. Jude Sioni, son conjoint vient de Bougainville, une province assez éloignée de ces hautes terres. La relation entre le

³⁶⁹ [Constitution of Papua New Guinea], *supra* note 253, art. 55 : « (1) Subject to this Constitution, all citizens have the same rights, privileges, obligations and duties irrespective of race, tribe, place of origin, political opinion, colour, creed, religion or sex. (2) Subsection (1) does not prevent the making of laws for the special benefit, welfare, protection or advancement of females, children and young persons, members of underprivileged or less advanced groups or residents of less advanced areas. (3) Subsection (1) does not affect the operation of a pre-Independence law ».

³⁷⁰ La Papouasie-Nouvelle-Guinée occupe 157^e rang (sur 187) en termes d'indice d'inégalités de genre en 2014, en ligne : [<http://hdr.undp.org/fr/content/gender-inequality-index>] (accessible le 25 juillet 2015).

³⁷¹ *Re Thesia Maip*, [1991] PNGLR 80.

couple est décrite par le tribunal comme suit : ils se sont rencontrés à Mendi (les hautes terres du Sud) et ont commencé à vivre ensemble. Jude a suggéré que si Thesia se comportait bien et était gentille avec lui, ils se marieraient à l'église. Cependant, il n'y a pas eu de mariage formel à l'église ou selon la loi sur le mariage³⁷². La dot n'avait pas non plus été payée. Ils ont vécu ensemble à Mendi et Jude Sionni n'a jamais visité le village de Thesia Maip (village Balk) dans les hautes terres occidentales.

Au bout de deux ans de vie commune à Mendi, Jude Sioni a été arrêté par la police pour des infractions commises avant leur rencontre. Il a été ramené à Bougainville et emprisonné pour quelques mois. Quelques semaines plus tard, celui-ci s'est échappé de la prison et est retourné au village natal de Thesia (Balk) pour retrouver celle-ci. Il s'agissait en réalité de sa première visite au village de Thesia. Or, il s'est aperçu que Thesia vivait déjà avec un autre homme. Il a alors poursuivi Thesia devant le tribunal villageois. Il a argumenté qu'elle était sa femme et que pendant leur vie commune passée, il lui a donnée de l'argent de temps en temps. Il a aussi dépensé de l'argent lorsqu'ils vivaient ensemble et notamment lorsque les membres de la famille de Thesia leur ont rendu visite. Ainsi, dans la coutume, Thesia devait être considérée comme sa femme selon lui. Il l'a accusée devant le tribunal de l'avoir quitté pour un autre homme. Le tribunal coutumier du village Balk (*Village Court*) a alors ordonné à Thesia de payer à Jude une amende de 700 kinas (environ 200 dollars américains) pour avoir rompu un mariage coutumier. Le tribunal de première instance (*Local Magistrate Court*) a ensuite entendu l'affaire et a réduit l'amende à 300 kinas³⁷³. Cependant, faute de moyens, Thesia n'a pas pu payer l'amende. Elle a alors été emprisonnée pour trente semaines.

En « mission itinérante » dans le village Balk, la Cour nationale de justice s'est saisie de l'affaire. Devant la Cour, la demanderesse considère avoir été emprisonnée illégalement. Elle a réclamé sa liberté conformément à l'article 42(5) de la Constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée³⁷⁴ qu'elle considère être bafouée par le tribunal villageois qui a prononcé sa détention. Les questions suivantes se sont posées devant la Cour : la relation entre la demanderesse et le défendeur était-elle reconnue comme un mariage? La relation de fait est-elle reconnue par le droit coutumier? La décision du tribunal villageois violait-elle la liberté de la demanderesse?

³⁷² *Marriage Act* 1963 (PNG).

³⁷³ Pour une villageoise sans revenu régulier, la somme est assez élevée. En effet, la *Village Courts Act* 1973 (amendée en 1989, *supra* note 331) dispose que toutes les décisions des tribunaux villageois (*village courts*) doivent être révisées par le magistrat-chef du district où la Cour se situe [*Village Courts Act*], *supra* note 364.

³⁷⁴ L'article 42(5) de la Constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée prévoit que la Cour nationale de justice peut à tout moment, lorsqu'une plainte lui est adressée, enquêter sur la détention des personnes : [*Constitution of Papua New Guinea*], *supra* note 253.

La Cour nationale de justice a jugé que le tribunal coutumier s'est trompé en considérant que le couple était marié. La décision du tribunal de première instance (*Local Magistrate Court*) qui a confirmé la décision du tribunal villageois (coutumier) est discriminatoire et constitue une grave injustice envers la demanderesse en tant que partenaire de sexe féminin. Selon l'article 42(5) de la Constitution, il doit y avoir une audition lorsque toute personne soutient avoir été illégalement détenue. La Cour a reconnu que lorsqu'il est question des villageois qui ne connaissent pas leurs droits et les procédures judiciaires, il y a une responsabilité de la part des juges d'agir vite et efficacement, faute de quoi les victimes comme Thesia Maip sont emprisonnées illégalement pendant de longues semaines voire des longs mois.

La Cour a aussi souligné qu'il y a trois formes de mariage : le mariage coutumier, le mariage religieux et le mariage civil. Aucune de ces formes de mariage n'a été contractée entre le couple même si Jude Sioni avait promis de marier Thesia. Le tribunal villageois a eu tort de reconnaître un arrangement temporaire comme un mariage. En effet, des témoins ont affirmé qu'il n'y avait pas eu de cérémonie coutumière, ni de paiement de la dot. La Cour a conclu qu'il n'y a pas eu de mariage, ni coutumier, ni formel (civil). Elle a considéré que la reconnaissance de l'autonomie de la femme et son droit d'entrer dans une relation de fait sont violés par l'emprisonnement coutumier.

Nous notons ici que la pratique et les procédures des institutions telles que les tribunaux villageois reflètent des préjugés à l'égard des femmes. Dans cette affaire, le tribunal coutumier a soutenu sans scrupule qu'il y avait eu mariage alors que la relation en question ne répondait pas aux conditions d'un mariage coutumier, religieux ou civil. Le tribunal de première instance (qui est hiérarchiquement supérieur au tribunal coutumier), en réduisant la somme de la compensation, a cependant confirmé l'ordre d'emprisonnement prononcé par le tribunal villageois.

Une fois de plus, ces deux exemples témoignent de la « légitimation » par le droit des discriminations et d'inégalités envers les femmes dans cette région. En effet, le droit est utilisé par des structures et institutions dirigées par les hommes pour maintenir les femmes dans la subordination et dans le dénigrement. Sans la « mission itinérante » de la Cour nationale de justice, les femmes subissant le même sort que Thesia Maip seraient incarcérées pendant longtemps avant de pouvoir demander le redressement aux tribunaux supérieurs.

3) La propriété matrimoniale et le droit coutumier

Traditionnellement, dans les États du Pacifique Sud, en cas de dissolution du mariage (divorce ou décès), il y avait très peu de propriétés à partager et l'épouse n'avait pas la capacité à agir en justice ou de présenter ses revendications devant les juges³⁷⁵. Ainsi dans l'affaire *Sasongo v. Beliga*³⁷⁶, il a été argumenté devant le juge que l'épouse n'avait droit à aucune propriété. En effet, le défendeur (frère du défunt) a soutenu que selon la coutume de la région de Malaita aux Iles Salomon, lorsque son frère est mort, la propriété des biens du couple que formaient son défunt frère et sa belle-sœur lui revenait, étant donné qu'il a participé au paiement de la dot. Les biens dont il a été question sont les cochons, les dents de marsouin et l'argent de coquillages vendus. Le juge a cependant rejeté cet argument puisque la coutume invoquée n'a pas été clairement prouvée.

De nos jours, les couples acquièrent de plus en plus de biens. L'accumulation des biens autres que ceux en nature donnent plus d'importance à la propriété matrimoniale. Les épouses possèdent par exemple des terres non coutumières et d'autres propriétés soit conjointement soit au nom d'un d'entre eux, habituellement l'époux. Cependant, au Vanuatu comme dans un certain nombre d'autres États de la région, il n'existe pas de législation sur le partage de la propriété matrimoniale en cas de divorce ou de séparation. Les femmes n'ont pas de protection législative en la matière à moins que leurs noms soient inscrits sur des titres de propriété ou qu'elles aient leurs propres revenus. En raison de cette lacune, les tribunaux appliquent le principe du « *constructive trust* » de la *Common Law* qui exige la preuve de la contribution à l'acquisition de la propriété, de la contribution au revenu familial et aussi qu'il y ait effectivement eu un commun accord du partage de la propriété. En ayant recours à ce principe, les tribunaux du Vanuatu ont rendu un certain nombre de décisions reposant sur un partage égal entre époux et épouse des biens matrimoniaux³⁷⁷. Cependant, compte tenu de la pression culturelle et donc des attitudes culturelles patriarcales

³⁷⁵ [Brown et Corrin, « Conflict in Melanesia »], *supra* note 37, à la page 1345.

³⁷⁶ *Sasongo v. Beliga*, [1987] SILR 91 [Sasongo].

³⁷⁷ *Fisher v. Fisher*, [1991] VUCA 2 [Fisher]; [Molu], *supra* note 227. Dans ces décisions, le juge applique des lois coloniales applicables au Vanuatu pour déterminer les intérêts des parties et faire des répartitions en conséquence. La *Matrimonial Causes Act* 1986 est muette sur la répartition des biens matrimoniaux. Voir aussi *Joli v. Joli* ([Joli], *supra* note 329) où la cour a innové en reconnaissant sa compétence à procéder à une répartition égale des biens matrimoniaux en se basant sur une loi coloniale toujours applicable au Vanuatu ([*Matrimonial Causes Act 1973*], *supra* note 220). Cette loi a abrogé la *Matrimonial Proceedings and Property Act* 1970 (UK), mais en laissant intacts les articles 37 et 38. L'article 37 reconnaît à l'époux(se) sa part de propriété sur les biens matrimoniaux, lorsqu'il ou elle a apporté une certaine contribution à l'acquisition. Le juge applique la répartition égale en cas de séparation des conjoints de fait, voir dans ce sens *Mariango v. Nalau*, [2007] VUCA 15.

prévalant dans la société, il est difficile pour les femmes de prouver leur contribution financière à l'acquisition de la propriété ou le commun accord sur son partage³⁷⁸.

De notre point de vue, sur cette question de partage des biens matrimoniaux, le droit n'avantage pas les femmes. Non seulement les femmes sont rarement propriétaires des biens de valeur dans la coutume, mais le silence de la loi sur la question de partage des biens matrimoniaux encourage aussi une telle situation de faiblesse que les femmes vivent.

4) La garde d'enfant et le droit coutumier

Dans la coutume, la garde d'enfant en cas de dissolution de mariage est souvent déterminée par le paiement de la dot³⁷⁹. La dot payée par la famille du mari à celle de l'épouse affine automatiquement les enfants de l'union à la famille de l'époux. En effet, dans ces sociétés, tous les enfants sont affiliés à un certain groupe familial. Si la mère n'est pas mariée, l'affiliation des enfants est du côté de son groupe familial. Après le mariage et le paiement de la dot, l'affiliation est du côté du père³⁸⁰. Par conséquent, le père détient *de facto* la garde des enfants en cas de dissolution ou de séparation du couple³⁸¹.

Par ailleurs, au Vanuatu, même si généralement le juge fait primer le principe du meilleur intérêt de l'enfant³⁸² sur la coutume³⁸³ et fait savoir que les femmes ont aussi le droit de demander la garde d'enfant, ce principe du meilleur intérêt de l'enfant a été utilisé contre la mère dans l'affaire *Molu v. Molu*³⁸⁴. Dans cette décision, la Cour suprême a eu recours au principe du meilleur intérêt de l'enfant pour justifier l'enlèvement coutumier de l'enfant. Lors de la séparation du couple en

³⁷⁸ [CEDAW Shadow Report], *supra* note 95, à la page 31.

³⁷⁹ [Corrin, « Reconciling Customary Law »], *supra* note 37, à la page 1344 ; [Brown, Reconciling Customary Law], *supra* note 40, à la page 153.

³⁸⁰ [Corrin, « Reconciling Customary Law »], *supra* note 37, à la page 1346.

³⁸¹ *In Re B SBMC*, [1983] SILR 223. Dans cette affaire, après être divorcé d'un mariage coutumier, le mari a soutenu que selon la coutume mélanésienne, en cas de divorce ou de séparation, la garde de l'enfant est souvent accordé au père. Cependant le juge a fait primer le meilleur intérêt de l'enfant. Dans l'affaire *Sasongo v. Beliga*, ([Sasongo], *supra* note 376), le défendeur a argumenté que dans la coutume, en cas de décès de l'époux, les enfants retournent vivre avec la famille du défunt. Le juge a rejeté cette coutume par manque de preuve.

³⁸² *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3, art. 3(1) : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » [Convention relative aux droits de l'enfant]. Cette convention a été ratifiée par la *Convention on the Rights of Child (Ratification) Act 1992* [Convention on the Rights of Child Ratification Act]. Elle fait donc partie de la législation du Vanuatu.

³⁸³ Plusieurs décisions de justice vont dans ce sens : *G v. L*, [1990] VUSC 4 ; [Re Custody], *supra* note 247.

³⁸⁴ [Molu], *supra* note 227.

question, leur enfant de deux ans a été enlevé par le frère de l'époux contre la volonté de la mère. Devant le tribunal, la famille de l'époux a argumenté qu'elle a droit à la garde de l'enfant étant donné que la dot a déjà été payée. L'argument en faveur de la garde d'enfant par la famille du père selon le droit coutumier n'a pas été condamné par la Cour. Elle a accordé la garde de l'enfant au père en expliquant qu'il n'est pas du meilleur intérêt de l'enfant d'être déplacé d'un environnement à un autre étant donné que cela fait neuf mois que celui-ci vit avec la famille du père et qu'il est heureux avec celle-ci.

Cette décision montre à quel point, même s'ils sont tenus d'appliquer la loi, les juges sont influencés par la culture et les traditions de leur milieu de vie. Ce jugement a été prononcé par un juge vanuatais, Vincent Lunabeck. À notre sens, un juge expatrié qui n'a pas les mêmes cultures et traditions n'aurait pas rendu le même verdict. L'argument retenu par le juge pour justifier le meilleur intérêt de l'enfant peut être remis en cause puisque compte tenu de son bas âge (deux ans), l'enfant a aussi besoin d'une attention et de l'affection particulière de sa mère. D'un point de vue extérieur ou occidental, on se demande aussi pourquoi le juge n'a pas accordé aux parents la garde partagée de l'enfant.

De plus, il faut noter que dans les coutumes de ces sociétés du Pacifique Sud, une importance primordiale est accordée à l'enfant. En effet, les enfants sont un maillon indispensable à la pérennité du groupe. Ils sont considérés comme gage à la fois de la sécurité des anciens pour les années à venir et de la transmission des terres aux générations futures³⁸⁵. La fameuse décision *Tepulolo v. Pou*³⁸⁶ que nous étudierons en détail plus tard en est une parfaite illustration. En basant sa décision sur le fait qu'en matière foncière, la loi constitutionnelle permet de traiter une personne d'une manière discriminatoire si la coutume de Tuvalu le permet, le juge a fait primer la coutume sur le meilleur intérêt de l'enfant. La considération est portée sur le fait que l'enfant assure la pérennité du groupe. Les femmes n'ont donc pas les mêmes droits que les hommes en matière de garde d'enfant. Elles se battent pour leurs droits en tant que mère contre une forte pression culturelle.

En somme, en matière de la garde d'enfant, le droit (y compris coutumier) dans ces États « invisibilise » les femmes en accordant plus d'importance aux hommes (et à leurs droits). Ce faisant, il place les femmes dans une position d'infériorité selon nous.

³⁸⁵ [Chassot, « Violences et discriminations »], *supra* note 40, à la page 63.

³⁸⁶ *Tepulolo v. Pou*, [2005] TVHC 17 [*Tepulolo*].

5) La pension alimentaire pour les épouses et les enfants

Au Vanuatu, comme dans les pays de la région, les femmes peuvent demander devant les tribunaux, une pension alimentaire pour elles ou pour les enfants en cas de divorce ou de séparation. Or, les attitudes patriarcales et les mœurs coutumières selon lesquelles les femmes doivent être subordonnées aux hommes constituent un obstacle bien réel aux revendications des femmes. Ajouté à cela, le système de confrontation devant les tribunaux que connaissent les États du Pacifique Sud ne favorise pas les femmes. En effet, en raison de la pression coutumière, les femmes hésitent ou sont intimidées à aller devant les tribunaux pour se défendre et présenter leurs revendications³⁸⁷. Ce sont donc souvent les maris qui représentent leurs femmes devant les tribunaux, notamment coutumiers. Cependant, la situation est plus compliquée pour ces femmes lorsqu'elles veulent porter plainte contre leurs maris et leur demander des pensions alimentaires.

Par ailleurs, ces attitudes patriarcales et la culture générale de subordination des femmes sont renforcées par un certain nombre de lois étatiques discriminatoires à l'égard des femmes en la matière. Ainsi, la *Islanders Divorce Act*³⁸⁸ des Iles Salomon exclut les beaux-enfants (les enfants qui ne sont pas spécifiquement issus du mariage) et les femmes non mariées des bénéfices de la pension alimentaire. Au Vanuatu, selon la *Maintenance of Children Act*³⁸⁹, les mères qui, pendant la période de la conception, ont un caractère immoral ou ont des rapports sexuels avec un autre homme que leur mari (qui peut aussi être le père de l'enfant), peuvent perdre leur droit à la pension alimentaire. En effet, l'article 3 de cette loi prévoit expressément que la mère ne pourrait demander la pension alimentaire pour elle et pour enfant que lorsque (a) il y avait une offre de mariage par le père de l'enfant, (b) le supposé père a contribué à l'entretien de l'enfant, (c) les deux parties vivaient ensemble en tant que mari et femme pendant la période normale de conception, (d) le supposé père a admis la paternité de l'enfant. Une telle punition de la femme pour son comportement sexuel constitue une discrimination à l'égard de la femme et des enfants. En effet, elle ne s'applique pas aux hommes dans la même situation et surtout, elle ne reconnaît pas le travail des femmes dans le mariage. De plus, elle est contraire au principe 1 de la *Déclaration de 1959* sur les droits de l'enfant et l'article 2 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*³⁹⁰. On constate

³⁸⁷ [Brown et Corrin, « Conflict in Melanesia »], *supra* note 37, à la page 1346.

³⁸⁸ *Islanders Divorce Act* 1996, Cap 170, art. 21 : « In any proceedings for divorce, nullity or judicial separation, the Court may make such orders as appear just and necessary with respect to the custody, maintenance and education of the children, the marriage of whose parents is the subject of the proceedings, and the maintenance of the wife ». L'article 4 de la *Maintenance and Affiliation Act* 1969, Cap 52 des Iles Fidji va aussi dans le même sens.

³⁸⁹ *Maintenance of Children Act* 1966, Revised Edition 1988 (Cap 46), art. 3.

³⁹⁰ Le principe 1 de la Déclaration sur les droits de l'enfant, 20 novembre de 1959, A.G.N.U. Rés. 1387 (XIV) : « L'enfant doit jouir de tous les droits énoncés dans la Déclaration. Ces droits doivent être reconnus à tous les enfants sans

donc qu'en la matière, le droit s'applique d'une manière inégale envers les femmes. Non seulement il les discrimine, mais il ignore aussi leurs intérêts.

6) La violence conjugale et la coutume

La prévalence de la violence conjugale dans les sociétés du Pacifique Sud dominées par les hommes est non seulement connue, mais aussi documentée³⁹¹. Selon la coutume, l'homme détient tous les pouvoirs dans le mariage. Comme vu précédemment, cela inclut, entre autres, le droit d'administrer le châtement physique à sa femme. Il s'ensuit que la violence à l'égard des femmes et des épouses est fréquente dans ces communautés. Pour justifier leurs comportements violents, certains hommes invoquent l'argument selon lequel ils ont déjà payé la mariée (la dot) et par conséquent ils ont tous les droits sur leurs femmes³⁹².

Par ailleurs, il faut aussi souligner qu'il y a effectivement un manque des mécanismes juridiques adéquats pour prévenir la violence conjugale et protéger les femmes victimes. Au Vanuatu par exemple, jusqu'en 2009, le seul mécanisme de protection des victimes de la violence conjugale était la possibilité de faire une demande d'injonction par écrit conformément à la *Common Law* permettant de prévenir et empêcher la répétition d'un acte fautif. Dans ce sens, le parlement a adopté des règlements de protection familiale pour éviter les actes de violence conjugale³⁹³. Selon de tels règlements, une victime subissant de la violence conjugale de la part d'un membre de sa famille peut faire une demande d'ordonnance de protection familiale dans le but d'obtenir une

exception aucune, et sans distinction ou discrimination fondées sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance, ou sur toute autre situation, que celle-ci s'applique à l'enfant lui-même ou à sa famille ». L'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose que : « 1) Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. 2) Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille » **[Convention relative aux droits de l'enfant]**, *supra* note 382.

³⁹¹ Loretta Poerio, *Domestic Violence in the Solomon Islands, Results of a Community Survey*, Brisbane, Griffiths University, 1995 ; Merrin Mason, « Domestic Violence in Vanuatu », dans Sinclair Dinnen et Allison Ley, dir., *Reflections on Violence in Melanesia*, Sydney, Hawkins Press/Asia Pacific Press, 2000, 119 ; Susan Toft, *Domestic Violence in Papua New Guinea*, Monograph 3, Port Moresby, Papua New Guinean Law Reform Commission, 1985 ; **[Bernklau et al., Changing Laws]**, *supra* note 6, à la page 88 ; **[Tor et Toka, Gender]**, *supra* note 45, à la page 42-53 ; **[Chassot, « Violences et discriminations »]**, *supra* note 40, à la page 65 ; **[Brown, Reconciling Customary Law]**, *supra* note 40, à la page 147 ; **[Jalal, Pacific Women]**, *supra* note 40, chapitre 5.

³⁹² Voir le travail de terrain mené par Roselyn Tor et Anthea Toka **[Tor et Toka, Gender]**, *supra* note 45, à la page 44-51.

³⁹³ Par exemple, le règlement adopté en 2002 : **[Civil Procedure Rules]**, *supra* note 331.

injonction judiciaire de non-violence qui peut par exemple interdire à l'homme violent de s'approcher de la victime.

Une telle possibilité présente l'avantage de coûter moins cher et la victime n'a guère besoin d'un avocat³⁹⁴. Cependant, ce mécanisme a montré ses limites dans la décision *Taleo v. Taleo*³⁹⁵ où la Cour a adopté un raisonnement pour ne pas exclure un mari violent de la maison familiale. Il a soutenu qu'une telle décision aurait privé le père de son droit à la libre circulation reconnu par l'article 5 de la Constitution. De plus, la demande d'injonction doit être faite par écrit. Or, ce processus est souvent lent et désavantage considérablement les femmes victimes de la violence conjugale. La menace à laquelle elles font face nécessite un mécanisme d'intervention de protection efficace.

En outre, toujours avant l'adoption de la *Family Protection Act* de 2008, la violence à l'égard des femmes n'était visée par aucune loi particulière. Elle était alors considérée comme un délit d'« assault »³⁹⁶ sanctionné par l'article 107 du *Code pénal* du Vanuatu qui prévoit que :

No person shall commit intentional assault on the body of other person.
Penalty : a) If no physical damage is caused, imprisonment for 3 months ; b) If damage of a temporary nature is caused, imprisonment for 6 months ; c) If damage of a permanent nature is caused, imprisonment for 5 years ; d) If the damage so caused results in death, imprisonment for 10 years³⁹⁷.

Le législateur a alors assimilé la violence conjugale à une simple question privée. Or, compte tenu de la gravité de la violence conjugale, il apparaît important d'y consacrer une place à part entière soit dans le *Code pénal*, soit dans une législation. Les violences volontaires entre deux personnes dans le cadre d'une rixe étaient plus sévèrement réprimées que si elles étaient commises par un mari sur sa femme. De plus, comme l'a si bien dit Laurent Chassot, « l'interprétation patriarcale du droit écrit comme du droit coutumier, combinée aux pressions politiques et culturelles du pays, agissent sur les habitants comme un miroir qui renvoie l'image d'une société irrémédiablement dominée par les hommes »³⁹⁸.

La nouvelle loi, *Family Protection Act* qui a été adoptée en 2008 et entrée en vigueur en mars 2009, a pour objectif de punir sévèrement les auteurs des violences conjugales. Elle donne aussi le

³⁹⁴ [Faran, *A Digest*], *supra* note 330, à la page 48.

³⁹⁵ *Taleo v. Taleo*, [1996] VUMC 2.

³⁹⁶ Le terme anglais « assault » doit être entendu de manière large. Il englobe toute forme d'agression physique ou morale ; [Chassot, « Violences et discriminations »], *supra* note 40, à la page 66.

³⁹⁷ [Code Pénal du Vanuatu], *supra* note 19, art. 107.

³⁹⁸ [Chassot, « Violences et discriminations »], *supra* note 40, à la page 66.

pouvoir au juge d'émettre une ordonnance de protection contre l'auteur de la violence conjugale. Il prévoit qu'après enquête, si la police estime que le défendeur a commis un acte de violence conjugale ou a violé l'ordonnance de protection familiale émise par un juge, celle-ci doit l'arrêter et le traduire en justice dans les 48 heures qui suivent son arrestation. Il faut aussi noter que désormais, il est légalement prévu que les maris violents ne peuvent pas invoquer l'argument du paiement de la dot en cas de violence conjugale. En effet, l'article 10 de la nouvelle loi dispose que :

(1) A person who commits an act of domestic violence is guilty of an offence punishable on conviction by a term of imprisonment not exceeding 5 years or fine not exceeding 1000,000 vatus (1,100 USD) or both.

(2) It is not a defence under subsection (1) that the defendant has paid an amount of money or given other valuable consideration in relation to his or her custom marriage to the complainant³⁹⁹.

Enfin, cette nouvelle loi facilite l'obtention de la part de la victime, d'une ordonnance de protection familiale dans la mesure où les demandes peuvent désormais se faire aussi bien verbalement, par téléphone, par courriel que par écrit⁴⁰⁰.

Cependant, force est de constater que la mise en œuvre de cette loi n'est nullement chose facile compte tenu des pressions coutumières et des attitudes patriarcales entretenues par la société masculine en général. Ainsi, les dépôts de plainte aux commissariats de police n'entraînent pas toujours l'ouverture d'une information judiciaire, pour différentes raisons notamment l'intervention des chefs qui détournent le différend vers les tribunaux coutumiers ou encore en raison des liens de parenté avec l'époux présumé être l'auteur des violences et les membres de la police⁴⁰¹. Nous reviendrons sur la critique de cette loi dans la deuxième partie de notre thèse, mais pour l'heure, soulignons que malgré quelques progrès (dont l'adoption de cette loi), les femmes sont encore trop souvent victimes des violences conjugales. Les attitudes patriarcales notamment des chefs encouragent ces violences (en particulier lorsqu'ils poussent les parties à régler leur différend à l'amiable ou à le détourner vers les tribunaux coutumiers qui ignorent très souvent les intérêts des femmes). Par ailleurs, précisons aussi qu'au Vanuatu, il n'existe pas de maison d'hébergement pour les femmes violentées ou victimes de violences intrafamiliales. Seuls les locaux des certaines ONG travaillant pour les femmes leur servent parfois de refuge. Nous aborderons le rôle de ces ONG dans la deuxième partie de notre thèse.

³⁹⁹ [*Family Protection Act*], art. 10 alinéa 1 et 2, *supra* note 3.

⁴⁰⁰ [*Family Protection Act*], art. 28, *supra* note 3.

⁴⁰¹ [Chassot, « **Violences et discriminations** »], *supra* note 40, à la page 67.

PARAGRAPHE II : LE DROIT DE PROPRIÉTÉ/SUCCESSION ET LE DROIT COUTUMIER

La coutume a aussi des effets néfastes sur les femmes dans le domaine du droit de propriété et des successions. Nous traiterons donc successivement le droit de propriété et le droit coutumier (1) et la succession et le droit coutumier (2). Une précision s'impose en ce qui concerne le droit de propriété. Alors que nous avons déjà abordé plus haut la propriété matrimoniale, il est plutôt question ici de droit de propriété en général. Autrement dit, les femmes disposent-elles d'un droit de propriété dans ces sociétés ?

1) Le droit de propriété et le droit coutumier

Contrairement aux pays occidentaux où la propriété quasi absolue est la pierre angulaire de leurs systèmes, dans les États du Pacifique Sud, en particulier en Mélanésie, le droit de propriété n'est pas personnel même si parfois la possession peut être individuelle. En effet, à l'origine, ces sociétés ne connaissaient pas le concept de la propriété absolue⁴⁰². Le droit de propriété est appréhendé dans une perspective essentiellement collective. La propriété terrienne est une illustration pertinente.

Ainsi, en matière foncière, le Vanuatu, comme les autres États de la région du Pacifique Sud, attache une grande importance à la terre qui est considérée comme une propriété commune⁴⁰³. En effet, l'article 74 de la Constitution du Vanuatu dispose que « dans la République les règles coutumières constituent le fondement des droits de propriété et d'usage des terres »⁴⁰⁴. De même, selon l'article 73, « toutes les terres situées dans la République appartiennent aux propriétaires coutumiers indigènes et leur descendance »⁴⁰⁵. Enfin, l'article 75 énonce que « seuls les citoyens indigènes de la République ayant acquis leurs propriétés selon un système reconnu de tenure foncière détiennent des droits de propriété perpétuelle sur ces propriétés »⁴⁰⁶.

⁴⁰² [Brown et Corrin, « Conflict in Melanesia », *supra* note 37, à la page 1348.

⁴⁰³ Voir notre article sur cette question : Morsen Mosses, « Le pluralisme juridique et le droit foncier des propriétaires coutumiers et des femmes au Vanuatu », (2014) 20 Comparative Law Journal of the Pacific 65, en ligne : [<http://www.victoria.ac.nz/law/nzACL/CLJP-JDCP%20Vol%2020%202014.aspx>] (accessible le 15 mars 2015) ; Laurent Chassot, « Être et mal être du droit-foncier à Vanuatu », dans Olivier Barrière et Alain Rochegude dir., *Foncier et environnement en Afrique, Des acteurs au(x) droit(s)*, Paris, Karthala, 2008, 279, à la page 279 ; Sue Farran, « Land as a Fundamental Right : A Cautionary Tale », (2009) 40 V.U.W.L.R. 387, à la page 388-389.

⁴⁰⁴ [Constitution du Vanuatu], art. 74, *supra* note 2.

⁴⁰⁵ [Constitution du Vanuatu], art. 73, *supra* note 2.

⁴⁰⁶ [Constitution du Vanuatu], art. 75, *supra* note 2.

Ces dispositions ont guidé l'une des premières politiques du ministre des Terres issues de *Land Policy Communiqué* le 24 avril 1980 et ressorties dans la loi *Lands Reform Regulation* de 1980 selon laquelle, compte tenu de l'importance vitale des terres pour le peuple vanuatais, la propriété foncière doit être collective et non individuelle⁴⁰⁷. Dans le même sens, une résolution du Sommet sur les terres de 2006⁴⁰⁸ se lit comme suit : « Le gouvernement doit adopter une loi prévoyant que toutes les terres au Vanuatu sont possédées collectivement (tribu, clan et famille). Il n'existe pas de propriété coutumière foncière individuelle. Tous les membres du groupe coutumier propriétaire terrien (femmes et hommes) doivent participer aux décisions relatives à leur terre ». Cette résolution a été adoptée dans des nouvelles réformes foncières de 2013⁴⁰⁹ qui ont pour but, entre autres, d'empêcher des transactions foncières individuelles sur des terres coutumières et renforcer la propriété collective de ces terres⁴¹⁰.

Dans un article de journal paru après l'adoption de ces réformes, Sue Farran, une universitaire spécialiste du système foncier au Vanuatu, se dit surprise de ne pas voir de réaction des femmes quant à ces nouvelles réformes qui renforcent un système déjà dominé par les hommes⁴¹¹.

En effet, ce concept de propriété collective encourage la domination masculine et désavantage considérablement les femmes. Les femmes n'ont pas de pouvoir dans la coutume et par conséquent, elles participent rarement (voire jamais) à la gestion des terres ou aux décisions concernant les terres coutumières⁴¹². De plus, lorsqu'elles se marient, elles quittent leur famille et sont affiliées à celle de leurs époux et n'ont presque pas, voire aucun droit sur les propriétés. Généralement, elles

⁴⁰⁷ *Land Reform Act* 1980 Cap 123 ; [Regenvanu, « Land Reforms »], *supra* note 39, à la page 64 ; [Lunnay et al., *Review*], *supra* note 242, à la page 10.

⁴⁰⁸ Le Sommet sur les Terres au Vanuatu, du 25-29 septembre 2006, Port Vila, en ligne : [http://www.oxfam.org.nz/imgs/pdf/onz_vanuatuland_14feb07.pdf] (accessible le 22 janvier 2014).

⁴⁰⁹ [Ministry of Lands, Plan], *supra* note 244, à la page 4 ; *Land Reform Act* 2013 ; *Customary Land Management Act* 2014.

⁴¹⁰ [Ministry of Lands, Plan], *supra* note 244, à la page 5.

⁴¹¹ Bob Makin, « Land Reform Law », *Vanuatu Daily Digest*, 18 décembre 2013, en ligne : [<http://vanuatudaily.wordpress.com/2013/12/18/vanuatu-daily-news-digest-18-december-13/>] (accessible le 22 janvier 2014).

⁴¹² [Brown et Corrin, « Conflict in Melanesia »], *supra* note 37, à la page 1345 ; Margaret McMurdo, « Traditional Pacific Land Rights and International Law : Tensions and Evolution », (2011) Hors-série Vol. XIII *Comparative Law Journal of the Pacific*, 95, à la page 106-107 ; Voir aussi Sue Farran, « Land Rights and Gender Equality in the Pacific Region », (2005) 11 *Austl. Prp. L.J.* 131, à la page 134-135 ; Jennifer Corrin, « Customary Land in Solomon Islands : A Victim of Legal Pluralism », (2011) Hors-série Vol. XIII *Comparative Law Journal of the Pacific*, 221, à la page 227 ; John Muria, « Personal/Common Law Conflict and Women's Human Rights in the South Pacific : The Solomon Islands Experience » dans Andrew Byrnes, Jane Canors et Lum Bik, dir., *Advancing the Human Rights of Women : Using International Human Rights Standards in Domestic Litigation, Papers and Statements from the Asia/South Pacific Regional Judicial Colloquium*, Hong Kong, Commonwealth Secretariat, 20-22 May 1996, 138, à la page 142.

n'acquièrent que des biens sans grande valeur tels les ornements⁴¹³. Le droit coutumier applicable dans ces États priorise souvent le patriarcat et le maintien du pouvoir masculin. L'héritage est le premier moyen d'acquisition de propriété et en général les femmes ne peuvent hériter des hommes. Même si dans certains rares cas, la propriété foncière peut être transférée suivant la lignée matrilineaire (donc aux femmes) selon les coutumes des îles et communautés, Sue Farran note que la gestion des terres reste malgré tout aux mains des hommes (frères ou oncles)⁴¹⁴. Les femmes vivent habituellement dans les villages de leurs maris ou de leurs pères jusqu'au mariage et n'ont qu'un droit d'usufruitier sur le terrain. On constate donc qu'en matière de propriété, le droit coutumier a pour effet de maintenir les femmes dans une position de subordination, et ce, au profit des intérêts des hommes.

2) La succession et le droit coutumier

Dans la coutume, une femme ne peut hériter de la propriété d'un homme⁴¹⁵. La succession coutumière se fait de lignée en lignée selon le statut et la position des personnes et non sur le fondement du droit de propriété en tant que tel. En effet, le droit de propriété n'est pas individuel et le décès laisse celui-ci inchangé.

Au Vanuatu, il est possible pour toute personne de léguer (laisser par testament) sa propriété avant sa mort⁴¹⁶. Cependant, rien n'est dit sur la succession des propriétés coutumières. Des difficultés se posent quant à savoir si le testateur peut tester sur des propriétés coutumières. Compte tenu du concept de la propriété collective dans le droit coutumier, il est possible d'affirmer que le testateur ne dispose pas réellement de droit dans la propriété coutumière, en particulier la propriété foncière.

De plus, toujours au Vanuatu, il n'y a pas de loi régissant la succession sans testament. C'est donc la loi coloniale *Succession, Probate and Administration Queen's Regulation*⁴¹⁷ de 1972 qui s'applique. Selon l'article 6 de cette loi, le principal bénéficiaire de la succession est l'époux(se)

⁴¹³ [Farran, « What is », *supra* note 37, à la page 1 ; [Corrin, « Reconciling Customary Law », *supra* note 37, à la page 1344.

⁴¹⁴ [Farran, « What is », *supra* note 37, à la page 1.

⁴¹⁵ Il a été argumenté ainsi dans l'affaire *Sasongo v. Beliga* ([Sasongo], *supra* note 376) ; [Brown et Corrin, « Conflict in Melanesia », *supra* note 37, à la page 1344.

⁴¹⁶ *Wills Act* 1969, Cap 55, *Vanuatu Consolidated Legislation*, art. 2 : « Any person not being an infant and being of sound mind, memory and understanding may make provision by will for the disposal of the whole or any part of his property, of which he is the sole and total owner, after his death, in accordance with and subject to the provisions of this Act ».

⁴¹⁷ *Succession, Probate and Administration Queen's Regulation* n°7, 1972 ; *Esau v. Tokon*, [2002] VUSC 34.

survivant(e) qui a droit à la propriété du défunt(e). Cependant, cette loi ne s'applique pas aux propriétés coutumières, notamment foncières⁴¹⁸. La succession des propriétés coutumières passe donc essentiellement aux mains des hommes puisque, comme nous l'avons souligné, les femmes sont rarement propriétaires coutumières. Un tel système non seulement perpétue la subordination des femmes, mais consacre aussi la domination patriarcale.

PARAGRAPHE III : LA PRATIQUE DE RÉCONCILIATION COUTUMIÈRE DANS LA FAMILLE

Selon la coutume du Vanuatu (mais aussi de certains autres pays de la région), il est bien établi qu'à la suite d'un méfait, le contrevenant ou le fautif participe à une cérémonie de réconciliation coutumière avec la victime (et les membres de sa famille). Il s'agit en réalité d'une pratique coutumière bien connue des autochtones. Comme vu précédemment en introduction, le but d'une telle cérémonie consiste à rétablir l'harmonie et la paix entre la famille du contrevenant et celle de la victime ayant été touchées par le méfait. Généralement, les cérémonies ont lieu le plus tôt possible après l'événement et elles sont organisées sur ordre des chefs coutumiers afin d'assurer le maintien de l'ordre et la loi dans la communauté.

Avant la colonisation, il s'agissait de la seule voie pour consumer le ressentiment et ainsi éviter des guerres entre clans ou tribus. Aujourd'hui, cette pratique continue malgré l'existence des tribunaux officiels et de la police. Elle est même légalisée.

En effet, jusqu'en 2006, cette pratique de réconciliation coutumière est régie par les articles 118 et 119 du *Code de la Procédure criminelle*⁴¹⁹. Depuis 2006, ces dispositions sont remplacées par les articles 38 et 39 du *Penal Code (Amendment) Act*⁴²⁰. Ces deux nouveaux articles proposent qu'en matière d'infraction pénale, la réconciliation et la compensation soient prises en compte dans les jugements des tribunaux. L'alinéa 2 de l'article 38 dispose que cet article ne limite en rien le

⁴¹⁸ *In re Estate of Molivono*, [2007] VUCA 22.

⁴¹⁹ *Code de procédure pénale* 1981, Cap 136, art. 118 et 119.

⁴²⁰ **[Code Pénal du Vanuatu]**, *supra* note 19, art. 38 : «1) Notwithstanding the provisions of this Act or any other Act, a court may in criminal proceedings promote reconciliation and encourage and facilitate the settlement according to custom or otherwise, for an offence, on terms of payment of compensation or other terms approved by the court. 2) Nothing in this section limits the court's power to impose a penalty it deems appropriate for the relevant offence ». L'article 39 de la même loi dispose : « When sentencing an offender, the court must, in assessing the penalty to be imposed, take account of any compensation or reparation made or due by the offender under custom and if such has not yet been determined, may, if he is satisfied that it will not cause undue delay, postpone sentence for such purpose ».

pouvoir du tribunal à décider d'une pénalité s'il la juge appropriée pour l'infraction commise. L'article 39 ajoute que le juge peut décider d'ajourner le procès afin de permettre la tenue d'une réconciliation coutumière.

Il est malheureux de constater que dans plusieurs cas, les tribunaux vanuatais ont pris en compte la réconciliation coutumière pour réduire la peine et n'ont fait aucune mention de la restauration de l'harmonie et de la paix entre les familles de deux parties⁴²¹, alors que celle-ci (restauration de la paix et harmonie) est effectivement l'objectif principal recherché selon la loi et selon l'essence même d'une telle coutume. Ainsi dans l'arrêt *Public Prosecutor v. Atuary*⁴²², la réconciliation a été considérée comme une indication de remords du contrevenant ; ce qui justifie l'atténuation de la peine. Dans d'autres arrêts⁴²³, la réconciliation a été clairement décrite comme un facteur atténuant la peine.

Dans tout le Pacifique Sud, la réconciliation coutumière constitue un facteur d'atténuation de peine en matière d'infraction sexuelle (et aussi en matière de violence conjugale)⁴²⁴. Or, de telles pratiques désavantagent considérablement les femmes. D'abord, les femmes sont très souvent les victimes d'infraction sexuelle. La grande majorité des prédateurs sexuels sont de sexe masculin. De plus, dans la réconciliation coutumière, l'opinion de la victime n'est pas prise en compte. La tenue de la réconciliation est en réalité un protocole entre les chefs de familles touchées par le méfait. La souffrance subie par ces femmes est sous-estimée, voire aucunement considérée. Or, ces femmes, victimes d'infraction sexuelle, souffrent non seulement lors de la commission de l'infraction, mais aussi, et souvent pendant toute leur vie étant entendu que l'expérience peut avoir un effet traumatisant sur leur état psychologique. En somme, en légitimant une telle pratique, le droit vanuatais non seulement s'applique d'une manière inégale aux femmes, mais il contribue aussi à l'oppression et à la subordination de celles-ci.

En conclusion de cette section, le pluralisme juridique reconnu et maintenu par les pays de la région (dont le Vanuatu) est à l'origine des tensions entre les droits fondamentaux et le droit coutumier. En effet, ce dernier renferme un certain nombre de pratiques culturelles qui portent effectivement atteinte au droit à l'égalité des femmes, en particulier dans le domaine de la famille. Ainsi, des pratiques coutumières en matière de mariage, d'union de fait, de pension alimentaire, de garde

⁴²¹ [Paterson et Jowitt, « Customary Reconciliation »], *supra* note 38, à la page 42-46.

⁴²² *Public Prosecutor v. Atuary*, [2006] VUSC 98.

⁴²³ *Public Prosecutor v. Peter*, [2006] VUSC 27 ; *Public Prosecutor v. Isaiah* [2007] VUSC 15 ; *Public Prosecutor v. Nako* [2006] VUSC 38.

⁴²⁴ *Nabuka v. The Republic*, [2006] KICA (Kiribati) ; à Fidji, ces pratiques portent le nom de *Bulu Bulu*.

d'enfant, de violence conjugale, de propriété, de succession et de réconciliation coutumière ont des conséquences assez néfastes sur les femmes. Nos analyses et nos interprétations nous permettent de conclure que dans plusieurs cas que nous avons étudiés, en particulier dans le domaine de la famille, le droit dans son ensemble (la coutume, la jurisprudence, la législation) constitue un outil d'oppression des femmes lorsqu'il les discrimine, produit des inégalités à leurs égards et s'applique d'une manière inégale envers elles. Ce faisant, il contribue à maintenir les femmes dans la subordination et à consacrer la domination patriarcale.

SECTION II : LE DROIT COUTUMIER CONFRONTÉ AUX AUTRES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

L'objectif de cette section consiste à démontrer que le pluralisme juridique présente des défis non seulement pour le respect de droit à l'égalité des femmes, mais aussi pour les droits fondamentaux en général, c'est-à-dire de tous les membres de la société. Comme nous verrons, dans certains cas, le droit coutumier constitue un obstacle à certaines libertés fondamentales, dont la liberté religieuse (Paragraphe I) et la liberté de circulation (Paragraphe II). Nous avons choisi de traiter ces deux libertés parmi d'autres parce qu'elles sont plus souvent enfreintes, voire susceptibles de l'être en raison des coutumes et traditions de ces États. Ainsi, à plusieurs occasions, comme nous le verrons, ces libertés sont bafouées par les chefs coutumiers dans l'exercice de leur rôle social de médiateurs de « résolution de disputes » dans les communautés.

Dans d'autres cas, le droit coutumier est confronté aux droits fondamentaux tels que le droit à la vie et à la dignité humaine (Paragraphe III), le droit à la non-discrimination et dans une certaine mesure l'accès à la justice (Paragraphe IV). En ce qui concerne le droit à la vie, dans ces États, particulièrement en Mélanésie, des pratiques de « vengeance coutumière » et celles de la sorcellerie véhiculées par la coutume sont les principales causes des nombreux meurtres. Pour ce qui est du dernier point, nous verrons qu'une prise en compte de la coutume sans encadrement adéquat dans le processus judiciaire peut avoir des effets néfastes sur les droits fondamentaux, dont l'égalité devant la loi.

PARAGRAPHE I : LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

Le droit coutumier des États du Pacifique Sud entre parfois en conflit avec la liberté de religion, norme fondamentale reconnue par chacune des Constitutions de ces États. Plusieurs exemples peuvent être avancés.

Premièrement, dans une décision de la Haute Cour de Tuvalu, *Teonea v. Kaupule & Another*⁴²⁵, un missionnaire (Teonea) appartenant à l'église *Brethren* cherchait à en établir une cellule à Tuvalu. Il a eu quelques succès en attirant des adhérents à Funafuti, la capitale de l'archipel. Il s'est ensuite

⁴²⁵ *Teonea v. Kaupule & Another*, [2005] TVHC 2.

installé sur l'île Nanumaga où quatre autres églises y étaient déjà établies, pour tenter d'attirer les adhérents. Or, le Conseil des chefs de l'île (Falekauoule) avait pris la décision de refuser l'établissement de toute autre religion sur l'île. À la suite des violences et menaces physiques subies, Teonea a saisi la Haute Cour de Tuvalu pour faire reconnaître ses droits constitutionnels, notamment la liberté religieuse, la liberté d'expression et d'association et le droit à la non-discrimination en raison de sa religion.

Devant la Haute Cour, il n'était pas question de la violation de ses droits. La Cour s'était plutôt posé la question de savoir si ces violations étaient justifiées par la référence aux valeurs et coutumes de Tuvalu reconnues par la Constitution⁴²⁶.

Devant la Cour, le Conseil des chefs argumentait qu'en acceptant la nouvelle dénomination, les nouveaux adhérents mettaient en péril « l'esprit de la communauté » du groupe puisqu'ils devaient désormais apporter du soutien, notamment financier à la nouvelle Église. Ils allaient donc faillir à leur devoir de supporter la communauté. Dans ce sens, il faut préciser que le pouvoir qu'exerce le Conseil des chefs lui est reconnu non seulement par la coutume, mais aussi par la loi⁴²⁷.

La Cour a déclaré que la Constitution de Tuvalu est fondée sur la volonté du constituant de préserver les cultures tuvaluanes, et ce, en limitant si nécessaire les droits individuels. Ainsi, elle a considéré que le Conseil avait le droit de prendre une telle décision, qu'il était raisonnable d'agir ainsi de sa part et qu'une telle décision n'était pas inconstitutionnelle. La discrimination à l'égard du demandeur était donc justifiée.

Plusieurs commentateurs ont vivement critiqué cette décision⁴²⁸ qui viole clairement la liberté de religion et qui fait état de la difficulté de tracer une frontière claire entre le droit et le non-droit lorsque la coutume et l'intervention des autorités traditionnelles sont justifiées⁴²⁹. La persistance et la protection constitutionnelle des coutumes et valeurs de Tuvalu peuvent donc avoir un effet négatif sur la vie des citoyens lorsque ces coutumes sont contraires aux droits fondamentaux.

⁴²⁶ Le préambule de la *Constitution of Tuvalu* fait état de la préservation des valeurs culturelles et traditionnelles de Tuvalu (*[Constitution of Tuvalu]*, *supra* note 265).

⁴²⁷ *Falekaupule Act* 1997, art. 39, entre autres, donne une reconnaissance statutaire au Conseil en matière notamment de devoirs et obligations.

⁴²⁸ [Olowu, « **When Unwritten** »], *supra* note 40.

⁴²⁹ [Farran « **Is Legal Pluralism** »], *supra* note 32, à la page 100.

Deuxièmement, dans une décision de la Cour suprême de Samoa, *Lafaialii v. Attorney General*⁴³⁰, les plaignants (des villageois de l'île Falealupo), étaient membres et participaient à une « classe biblique » (étude biblique) donnée pour la première fois en 1980 sous l'autorisation du Conseil du village (composé de deux chefs du village : Alii et Faipule). Avec l'augmentation du nombre d'adhérents, les plaignants organisaient non seulement une réunion biblique la semaine, mais aussi un service chaque dimanche. Cet accroissement de leurs activités n'a pas plu au Conseil du village étant donné que leur permission concernait une réunion biblique hebdomadaire et non les services bibliques dominicaux. Le Conseil a alors ordonné l'arrêt immédiat des services les dimanches, mais les défendeurs refusaient de respecter l'ordre. Le Conseil du village a prononcé une sanction d'amende contre eux pour non-respect de l'ordre. Ils ont tous payé leurs amendes sauf quatre membres. À la suite du refus de ces derniers, le Conseil du village a demandé à un tribunal (*Land and Titles Court*) d'ordonner leur expulsion du village. Le tribunal lui a donné raison en ordonnant leur expulsion du village. Cependant, celle-ci n'a pas eu lieu puisque les parties s'étaient réconciliées après que l'ordre fut donné. L'étude biblique hebdomadaire a repris son cours et le nombre des membres a augmenté de nouveau. Tout s'était déroulé normalement jusqu'en février 1999 où le Conseil du village avait affiché une note interdisant aux habitants des autres villages d'assister à l'étude biblique hebdomadaire. Les plaignants ont continué leurs activités et ont même été autorisés par un homme ayant un titre de chefferie (*matai*) à construire sur son terrain une salle à cet effet. Plus tard, un pasteur d'une Église du village a tenu, à deux reprises (en fin d'année 1999 et début 2000), des propos négatifs sur l'étude biblique en question, étant donné que de plus en plus de membres de son Église assistaient à celle-ci. Le Conseil du village (Ali et Faipule) avait alors ordonné, une fois de plus, aux défendeurs de cesser leurs activités. Cet ordre n'avait pas été respecté par le groupe qui continuait à tenir ses réunions. Le Conseil a de nouveau saisi le Tribunal (*Land and Titles Court*) et celui-ci a réitéré son premier jugement (prononcé en 1987) et a ordonné l'expulsion immédiate des membres et adhérents à l'étude biblique en question en précisant que cette sanction pouvait cependant être ignorée si les parties décidaient de se réconcilier. Celles-ci ne parvinrent à aucune réconciliation et l'étude biblique continua malgré l'ordre d'expulsion. Il en résulta que les membres et adhérents à l'étude ont été poursuivis devant le *District Court* (un tribunal de deuxième degré) pour non-conformité et désobéissance à la décision de *Land and Titles Court*. Plusieurs de ces membres ont été arrêtés et emprisonnés.

À leur sortie de prison cependant, ils retournèrent au village de Falealupo et continuèrent leurs activités religieuses. Le Conseil du village avait de nouveau saisi la *Land and Titles Court*. Dans

⁴³⁰ *Lafaialii v. Attorney General*, [2003] WSSC 8.

une décision rendue le 7 septembre 2000, celui-ci avait donné un ordre selon lequel les membres et adhérents avaient un mois pour quitter le village et démonter leur salle de réunion. En ne respectant pas cette décision, ils furent à nouveau arrêtés et emprisonnés, mais relâchés après qu'ils aient informé les autorités qu'ils feraient appel à la décision. La chambre d'appel de la *Land and Titles Court* a refusé d'entendre l'affaire étant donné qu'il y avait eu une réconciliation entre les parties. Cependant, la réconciliation n'avait pas duré longtemps. En février 2002, trente et un membres de la classe biblique avaient été poursuivis par la *District Court* pour outrage et non-conformité à la décision de la *Land and Titles Court*. Les accusations ont ensuite été abandonnées puisque les défendeurs avaient soutenu s'être conformés à la décision de la *Land and Titles Court*. Le 19 mars 2002, les défendeurs ont reçu une lettre du tribunal en question leur ordonnant de démonter leur salle de réunion. Le 22 avril 2002, le Conseil du Village a pris la décision de démonter la salle de réunion, ce qui avait été fait avec l'aide de leurs hommes. Le 20 mai 2002, le Conseil du village s'était à nouveau réuni et a expulsé du village quatre familles qui assistaient à cette étude biblique. Ces familles ont été averties de quitter le village avant 16 heures du même jour, autrement leurs propriétés seraient mises en feu. Le 25 mai 2002, le Conseil du village et leurs hommes ont forcé un des membres de la classe biblique, sa femme et leurs enfants à quitter le village pour Apia la capitale. Trois autres familles avaient aussi été forcées à quitter pour d'autres villages.

L'appel a été interjeté devant la Cour suprême et celle-ci a déclaré que les décisions et actions prises et entreprises par le Conseil du village (les chefs Alii et Faipule) consistant à ordonner l'arrêt des activités des membres de la classe biblique, à expulser les défendeurs et leurs familles du village en raison de leurs croyances et convictions religieuses et à démonter la salle de réunion constituaient clairement une grave violation de la liberté de religion des défendeurs garantie par l'article 11 de la Constitution de Samoa⁴³¹. Ces décisions et actions du Conseil du village étaient par conséquent inconstitutionnelles. Il s'ensuit selon la Cour que les deux décisions du tribunal de première instance (*Land and Titles Court*) d'expulser les défendeurs du village et de démonter la salle de réunion étaient contraires à leur liberté de religion et étaient par conséquent nulles et non avenues. Elle a souligné que même si les chefs jouent un rôle considérable dans le maintien de la paix et de l'harmonie dans le village, ils ont l'obligation de se soumettre à la Constitution qui est la loi suprême du pays. Toutefois, les chefs n'ont pas été condamnés et aucune réparation ne fut accordée aux victimes.

⁴³¹ [*Constitution of Samoa*], *supra* note 273, art. 11 : « Every person has the right to freedom of thought, conscience and religion ; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in a community with others, and, in public or private, to manifest and propagate his religion or belief in worship, teaching, practice and observance... ».

PARAGRAPHE II : LA LIBERTÉ DE CIRCULATION

Même si le droit écrit, notamment la Constitution, interdit toute atteinte à la liberté de circulation, les autorités coutumières (les chefs coutumiers) défient parfois ces règles dans la résolution des disputes dans la communauté. L'argument souvent utilisé par les chefs pour restreindre la liberté de circulation est fondé sur la volonté de résoudre les différents problèmes sociaux et de criminalité qui se posent dans la société⁴³². Cependant, les solutions proposées ou les manières de procéder pour arriver à des solutions sont parfois contraires aux libertés fondamentales, dont la liberté de circulation. En effet, plusieurs cas de violation de la liberté de circulation ont eu lieu, mais ne sont pas toujours portés devant les tribunaux. Les règlements des disputes se font essentiellement dans les communautés et les habitants respectent très souvent les décisions des chefs. Les journaux, par exemple, rapportent différents cas à Port Vila, la capitale du Vanuatu où à plusieurs reprises, les chefs prennent des décisions de renvoyer les contrevenants, les criminels ou encore les personnes accusées de commettre des infractions, dans leurs propres îles natales. Certains chefs ont même demandé au gouvernement de leur accorder légalement le pouvoir de décider de la déportation des personnes qui commettent des infractions criminelles, de Port Vila vers leurs îles d'origine⁴³³. Cet appel a été réitéré par le Conseil provincial de Shefa dans lequel se trouve l'île d'Éfaté (où se trouve Port Vila). En 2004, le journal *Daily Post*⁴³⁴ a rapporté que la police souhaitait que les chômeurs soient renvoyés dans leurs propres îles, et ce, dans le but de diminuer le taux de criminalité à Port Vila. Un sous-chef de la Police d'alors a exhorté les autorités coutumières à Port Vila d'agir dans ce sens.

Par ailleurs, nous avons aussi recensé un certain nombre de cas de conflit entre le droit coutumier et le droit à la liberté de circulation qui sont réglés devant les tribunaux officiels. Nous allons analyser trois principales décisions de la Cour suprême du Vanuatu et deux autres cas régionaux afin de voir comment les juges tentent de résoudre ce conflit.

⁴³² [Wirrick, « Restricting the Freedom »], *supra* note 40, à la page 76 et 78.

⁴³³ Len Garae, « Chiefs Demand Power to Punish Criminals », *Vanuatu Daily Post*, 3 septembre 2003, cité par P. Wirrick [Wirrick, « Restricting the Freedom »], *supra* note 40, à la page 77 ; *Tahiti Infos*, « Expulsion de criminels vers îles d'origine : Plusieurs États océaniques succombent à la tentation », 9 janvier 2013, en ligne : [http://www.tahiti-infos.com/Expulsion-de-criminels-vers-leurs-iles-d-origine-plusieurs-Etats-oceaniques-succombent-a-la-tentation_a64903.html] (accessible le 15 février 2013).

⁴³⁴ Len Garae, « Police Want Unemployed Sent Home », *Vanuatu Daily Post*, 25 novembre 2004, à la page 3. Cité par P. Wirrick [Wirrick, « Restricting the Freedom »], *supra* note 40, à la page 77-77.

D'abord, dans un arrêt de la Cour suprême du Vanuatu, *Public Prosecutor v. Walter Kota and Ten Others*⁴³⁵, une dispute est survenue entre un couple à la suite d'une sortie nocturne de la femme en boîte de nuit à Port Vila, la capitale du Vanuatu se trouvant sur une autre île que leur île natale (Tanna). Deux chefs venant de leur île natale et résidants à Port Vila ont convoqué une réunion pour résoudre le conflit opposant les deux parties. Les deux chefs et leurs hommes ont réussi avec l'aide des policiers à convaincre la femme à assister à la réunion. Les chefs ont demandé aux deux parties de se réconcilier. La femme a refusé. Les chefs ont alors pris la décision de la renvoyer sur son île natale. Elle a ensuite été kidnappée et mise sur un bateau qui l'a ramenée sur son île. Une semaine plus tard, elle est retournée par avion à Port Vila et avec l'aide d'une association des femmes contre la violence, elle a porté plainte. Les défendeurs ont été jugés et condamnés pour kidnapping conformément aux articles 35 et 105.b du *Code pénal* du Vanuatu⁴³⁶. Le juge a observé que les chefs doivent comprendre que le pouvoir qu'ils exercent selon la coutume doit être conforme à la Constitution et au droit écrit. L'article 5 de la Constitution dispose clairement que les femmes doivent être traitées de la même manière que les hommes et ne permet aucune discrimination à leur égard. Il garantit aussi la liberté de chacun, notamment celle d'aller et de venir.

Ensuite, dans la décision *Public Prosecutor v. George Lingbu*⁴³⁷ alors qu'elle résidait à Port Vila, une femme originaire de l'île d'Ambrym fréquentait trois hommes (petits amis). Les chefs de l'île d'Ambrym résidant aussi à Port Vila ont considéré que ce comportement était contraire à la coutume de l'île. Ils ont par la suite demandé à un des leurs d'organiser le renvoi de la femme sur l'île. Celui-ci a exécuté la décision des chefs avec l'aide des autres personnes de la même île. Devant la Cour, il a été accusé d'avoir aidé et encouragé le délit de détention arbitraire contraire à l'article 118 et 30 du Code pénal du Vanuatu. Il a été jugé coupable de ces accusations par la Cour et sanctionné d'une amende. En appel, la Cour a confirmé la décision de première instance en soulignant notamment que l'action menée par le coupable porte atteinte à la liberté de circulation de la fille prévue dans l'article 5 de la Constitution⁴³⁸.

⁴³⁵ *Public Prosecutor v. Walter Kota and Ten Others*, [1993] VUSC 8 [*Walter Kota*], *supra* note 435.

⁴³⁶ [*Code Pénal du Vanuatu*], *supra* note 19, art. 35 et 105.b.

⁴³⁷ *SCCrAppC*, [1983] 3 (Unreported) ; [*Brown, Reconciling Customary Law*], *supra* note 40, à la page 75.

⁴³⁸ [*Brown, Reconciling Customary Law*], *supra* note 40, à la page 75. Deux autres affaires portant essentiellement sur le kidnapping mettent aussi en relief le conflit entre le droit coutumier et les attitudes patriarcales qu'il véhicule et les droits et libertés fondamentaux, dont la détention arbitraire et la liberté de circulation. Dans l'affaire *In re the Constitution of the Republic of Vanuatu and the Infant P and her Natural Mother S*, [1980-1988] 1 V.L.R. 130, les frères de la demanderesse l'ont forcée à accepter que sa sœur adopte son enfant né hors mariage. Alors qu'elle résiste, ils l'ont kidnappée de la ville et l'ont ramenée dans son village et ont informé la banque à laquelle elle travaillait qu'elle démissionnait. La Cour a considéré que ses frères ont employé la force pour la convaincre d'accepter l'adoption de son enfant par sa sœur, ce qui est contraire à ses droits constitutionnels. Malheureusement, le verdict n'a pas été rapporté dans la décision. Dans une autre décision *Public Prosecutor v. Silas*, [1993] 2 V.L.R. 659, un homme a été condamné pour avoir kidnappé sa sœur et

Enfin, une autre affaire au Vanuatu *In Re the Nagol Jum, Assal & Vatu v. Council of Chiefs of Santo 1992*⁴³⁹, illustre bien les défis qui peuvent survenir quant au respect des droits fondamentaux, dont la liberté de circulation dans le cadre du pluralisme juridique. En effet, dans cet arrêt, une association demandait à exporter le « saut du gaul »⁴⁴⁰, une pratique de l'île Pentecôte vers l'île de Santo. Le peuple et les chefs de cette île s'opposaient à une telle exportation. L'association a saisi la Cour suprême conformément à l'article 6(1) de la Constitution en arguant que ce refus constituait une violation de ses droits constitutionnels, notamment la protection de la loi, la liberté d'assemblée et d'association, la liberté d'aller et de venir et l'égalité de traitement devant la loi. Elle a demandé à la Cour d'ordonner aux chefs locaux de l'île et au gouvernement local de la province d'autoriser le transfert du saut. La Cour a observé que le rituel en question est particulier à l'île de Pentecôte et revêt des significations particulières dans la coutume. L'association doit donc obtenir l'autorisation des autorités locales pour exporter le saut. En adoptant une approche conforme à la procédure coutumière, la Cour a écarté l'idée d'examiner une violation possible des droits et des libertés fondamentaux reconnus par la Constitution. Selon elle, la question qui se pose concerne essentiellement la coutume et par conséquent, doit être résolue selon celle-ci. La Cour a eu recours à l'article 47(1) de la Constitution selon lequel dans le cas où toute disposition légale fait défaut, le tribunal juge selon les principes de l'équité et dans la mesure du possible en conformité avec la coutume. Il faut noter que l'application du droit coutumier dans ce cas précis écarte l'idée de la violation possible de la liberté d'association de ce groupe, ainsi que sa liberté de circulation.

Des cas similaires surviennent dans la plupart des pays du Pacifique Sud. La décision *Remisio Pusi v. James Leni and Others*⁴⁴¹ aux Iles Salomon illustre également cette tension entre le droit coutumier et la protection constitutionnelle de la liberté de circulation. Selon les faits, le 11 septembre 1994, une dispute dont l'origine n'est pas claire éclatait entre deux femmes. Le lendemain, le Comité des chefs du village a tenté de résoudre la dispute. Il a demandé au plaignant (un homme proche des deux femmes) si la réunion pouvait avoir lieu chez lui et celui-ci a accepté. Les chefs étaient à peine arrivés que le plaignant s'enervait, criait contre eux et les insultait en leur demandant de quitter sa maison immédiatement. En effet, le plaignant n'a pas bien saisi l'objet de la réunion et pensait que celle-ci allait porter sur son terrain (un terrain en dispute). Les chefs ont

l'avoir forcée à aller vivre avec un autre homme, ce qui est contraire au *Code pénal du Vanuatu* et à son droit constitutionnel de la libre circulation.

⁴³⁹ *In Re the Nagol Jum, Assal & Vatu v. Council of Chiefs of Santo*, [1992] VUSC 5.

⁴⁴⁰ Ce rituel de saut en hauteur se pratique pendant les mois de mai et juin. Dans les croyances des populations de cette île (Pentecôte), cette pratique s'avère nécessaire pour la récolte d'igname.

⁴⁴¹ *Remisio Pusi v. James Leni and Others*, [1997] SBHC 100. Voir dans le même sens la décision samoane : *Italia Taamale v. Attorney-General*, [1995] WSCA 12.

quitté le lieu en l'avertissant qu'il venait de commettre une faute grave en insultant les anciens du village. Quelques jours après l'événement, le plaignant a tenté à trois reprises sans succès d'obtenir le pardon des chefs. Ces derniers ont refusé ses excuses sous prétexte que celles-ci n'avaient pas été faites conformément à la coutume et l'ont expulsé du village. Le plaignant a ensuite saisi la Haute Cour en lui demandant d'annuler l'ordre d'expulsion à son égard émis par les chefs du village. Il a en plus revendiqué des dommages et intérêts en raison de violation de ses droits constitutionnels, dont la liberté de circulation⁴⁴². La Haute Cour a refusé sa demande en soulignant que ses droits individuels n'avaient pas été violés étant donné qu'il n'avait pas prouvé qu'il avait bien été expulsé du village par un ordre du Comité des chefs. La Cour avait plutôt estimé que sa réticence à retourner au village était due au fait qu'il n'avait pas encore réparé sa violation de la coutume. La Cour a souligné que chacun doit se rappeler que la Constitution⁴⁴³ des Îles Salomon reconnaît le droit coutumier et par conséquent, ce dernier fait partie de droit salomonais et l'autorité coutumière ne doit pas être méprisée. Elle a souligné qu'il est une erreur de croire que les principes constitutionnels ou de droit écrit « sont mieux » que le droit coutumier. Au contraire, tous les deux doivent s'appliquer selon les circonstances. Elle a continué en disant que le fait de vouloir se servir de la Constitution pour empêcher l'application de la coutume peut engendrer des discordances dans la société. Cette décision montre que les dispositions relatives aux droits fondamentaux ne seront pas nécessairement préférées au droit coutumier, au contraire, tout dépend des circonstances du cas⁴⁴⁴.

Enfin, une autre importante décision en la matière qui a fait l'objet d'un certain nombre de commentaires⁴⁴⁵, est l'affaire *Leituala v. Mauga, Kilfifi et al*⁴⁴⁶ de la Cour Suprême de Samoa. Dans cette décision, le plaignant était le père d'un adolescent contre lequel les allégations de mauvaises conduites à l'égard du pasteur de l'église méthodiste du village et de sa famille étaient faites. À la suite de ces allégations, le conseil des chefs du village s'est réuni et a décidé d'expulser le plaignant et sa famille du village. Le plaignant n'a pas participé à la réunion étant donné qu'il n'était pas *matai* (les hommes ayant des titres de chefferie dans le village) et aucun témoin n'a été sollicité pour donner des preuves de ces allégations. Le Conseil s'était réuni à treize heures et après que la décision ait été prise, il a ordonné au plaignant et à sa famille de quitter le village au plus tard à 16 heures du même jour. À part un des fils du plaignant, tous les vingt membres de sa famille ont dû quitter le village avant l'heure désignée en laissant leurs maisons, leurs plantations (de cocotier et

⁴⁴² [Constitution of Solomon Islands], *supra* note 24, art. 14.

⁴⁴³ [Constitution of Solomon Islands], *supra* note 24, le préambule, art. 76 et le *Schedule* 3.

⁴⁴⁴ [Corrin, « Reconciling Customary Law »], *supra* note 37, à la page 69.

⁴⁴⁵ [Forsyth, « Banishment »], *supra* note 40.

⁴⁴⁶ *Leituala v. Mauga, Kilfifi et al*, [2004] WSSC 9.

autres) et leurs animaux. Le fils qui restait encore dans le village était dans la plantation des cocotiers lorsque la décision a été prise et à son retour il n'a pas été informé de la décision. Plus tard, au cours de la soirée, certains hommes du village sont allés le chercher pour l'amener au conseil des chefs. Il a ensuite été attaqué par ces hommes, battu, et a même reçu des coups de pierre. Il a cependant réussi à s'enfuir et a été accueilli par un couple d'un autre village.

Le plaignant a saisi la Cour suprême en arguant que ses droits constitutionnels, dont le droit à la libre circulation, le droit de choisir librement son lieu de résidence, ont été violés par la décision du Conseil des chefs. Les défendeurs (les chefs du conseil) ont argumenté qu'ils ont le devoir de maintenir la paix et l'ordre dans le village et qu'ils ont le pouvoir selon la *Village Fono Act*⁴⁴⁷ d'ordonner l'expulsion de toute personne du village. Ils ont justifié l'expulsion par le fait que le village a signé un pacte avec le pasteur en question et qu'ils sont obligés de le protéger, lui et sa famille. La question qui a été posée devant la Cour est la suivante : la *Fono Act* donne-t-elle à un conseil du village le pouvoir d'ordonner des expulsions en tant que punition dans des circonstances similaires? En effet, l'article 6 de la loi en question prévoit que le Conseil du village peut imposer des punitions conformément aux coutumes et usages de son village. Il précise un certain nombre de sanctions telles que le pouvoir d'imposer des amendes, le pouvoir d'imposer des ordres de travail, mais il n'inclut pas l'expulsion. L'article 3(2) de la loi donne au Conseil du village, l'autorité d'exercer son pouvoir conformément aux coutumes et usages du village.

Les défendeurs soutenaient que l'expulsion faisait partie de la coutume du village et que selon la coutume du lieu, il était approprié de l'imposer en tant que punition lorsqu'il y avait mauvaises conduites à l'égard du pasteur, étant donné la relation spéciale entre le village et le pasteur. Ils argumentaient que l'exercice de ce pouvoir constituait conformément à l'article 13(1)(d), une limite raisonnable à la liberté de circulation puisqu'il s'inscrivait dans l'intérêt de l'ordre public. Les chefs avaient eu notamment recours à l'article 13(4) de la Constitution qui souligne que : « Nothing in subclause (d) of clause (1) shall...prevent the State from making any law in so far as that existing law or the law so made imposes reasonable restrictions on the exercise of the rights conferred under the provisions of that subclause in the interests of...public order... ».

La Cour a rejeté les arguments des défendeurs en soulignant que la *Village Fono Act* ne donne pas le pouvoir au conseil du village (aux chefs) d'expulser qui que ce soit du village et que selon la signification de l'article 13(4) de la Constitution, l'expulsion n'est pas une limite raisonnable à

⁴⁴⁷ [*Village Fono Act*], *supra* note 275.

l'exercice des droits à la liberté de circulation et de résidence conférés par l'article 13(1) de la Constitution. Il n'a pas été mentionné comme pouvant être une sanction imposable par le Conseil du village. Cette omission est intentionnelle de la part du législateur afin de ne pas donner ce pouvoir au Conseil du village. La Cour a ordonné aux défendeurs de compenser les dommages causés au plaignant et à sa famille.

PARAGRAPHE III : LE DROIT À LA VIE ET À LA DIGNITÉ HUMAINE

Comme mentionné, nous allons aborder ici deux pratiques culturelles dans le Pacifique Sud qui portent atteinte au droit à la vie : la vengeance coutumière (1) et la sorcellerie (2).

1) La vengeance coutumière

Dans les pays du Pacifique Sud, en Mélanésie en particulier, les communautés excusent les meurtres par la pratique de la vengeance coutumière. Elle consiste à compenser la mort par l'exécution ou la mise à mort de l'auteur du meurtre ou encore imposer à l'auteur du meurtre le don d'un enfant (plus souvent une fille) à la famille de la victime en remplacement de la vie qui a été enlevée. Ainsi, lorsqu'un père de famille commet un meurtre, il doit compenser la mort de la victime en donnant un de ses enfants à la famille de la victime⁴⁴⁸.

En Papouasie-Nouvelle-Guinée, au Vanuatu et aux Iles Salomon en particulier, certaines communautés excusent le meurtre par cette pratique de vengeance coutumière. Nous allons ici examiner un arrêt connu par le milieu juridique dans tout le Pacifique Sud en la matière. Il s'agit d'une décision de la Cour d'appel des Iles Salomon *Loumia v. DPP*⁴⁴⁹, selon laquelle le demandeur s'est pourvu en appel d'une décision qui l'a condamné pour meurtre de trois hommes. Il était un des membres d'un groupe qui ont battu à mort les trois victimes à l'aide des couteaux et des flèches. Il a été par la suite condamné pour meurtre. Devant la cour d'appel, il a argumenté que le juge de première instance s'est trompé en refusant de reconnaître la coutume de Kwaio, sa communauté selon laquelle il aurait un devoir coutumier de tuer ces personnes responsables de la mort d'un membre de sa famille. Cette coutume est connue dans les pays mélanésien comme la pratique de

⁴⁴⁸ Miranda Forsyth, *A Bird that Flies with Two Wings, Kastom and State Justice Systems in Vanuatu*, ANU Canberra, ANU E Press, 2009, à la page 107 [*Forsyth, A Bird*].

⁴⁴⁹ *Loumia v. DPP*, [1986] SBCA 1 [*Loumia*].

« *payback custom* » ou de meurtre par vengeance. Le demandeur a soutenu que l'article 4 de la Constitution des Iles Salomon portant sur la protection de droit à la vie⁴⁵⁰ s'applique seulement dans la relation entre les personnes privées et l'État et non entre les personnes privées elles-mêmes. Par conséquent, son devoir coutumier de commettre un meurtre selon la coutume de Kwaio n'est pas contraire à l'article 4 de la Constitution et doit être reconnu comme faisant partie du droit salomonais. L'article 4 (2) de la Constitution prévoit qu'un meurtre peut être raisonnablement justifié par la nécessité de protéger la vie et la propriété d'autrui. Sur ce fondement, le demandeur a argumenté que les accusations contre lui doivent être revues de manière à réduire le meurtre au premier degré à l'homicide involontaire.

L'une des questions posées devant la Cour nous intéresse particulièrement. Le meurtre par vengeance coutumière peut-il être un facteur atténuant l'accusation du meurtre au premier degré à l'homicide involontaire?

La Cour d'appel a rejeté le pourvoi. Elle a souligné que même si l'on présumait que la coutume invoquée faisait partie du droit, celle-ci serait contraire à la Constitution. Elle a observé que la coutume en question (commettre un meurtre pour se venger d'un meurtre) est contraire non seulement à la Constitution, mais aussi à la *Common Law* et par conséquent ne fait pas partie de droit salomonais. Les justifications raisonnables du meurtre n'incluent pas la vengeance selon la coutume. Elle a conclu que la sentence pour meurtre au premier degré ne peut être réduite à celle de l'homicide involontaire. Selon elle, le droit coutumier pourtant reconnu par la Constitution ne peut avoir préséance sur les droits fondamentaux. Les pratiques dites coutumières doivent être conformes au droit, à la Constitution et aux droits fondamentaux garantis par les instruments internationaux. Elle a conclu que le meurtre pour des raisons coutumières ne peut être justifié par aucun moyen de défense.

Au Vanuatu, sur l'île de Malo, cette coutume de vengeance coutumière est encore très présente⁴⁵¹. Lorsqu'un homme commet un meurtre, cette coutume permet à la famille de la victime d'attaquer

⁴⁵⁰ [*Constitution of Solomon Islands*], *supra* note 24, art. 4 : « (1) No person shall be deprived of his life intentionally save in execution of the sentence of a court in respect of a criminal offence under the law in force in Solomon Islands of which he has been convicted. (2) A person shall not be regarded as having been deprived of life in contravention of this section if he dies as the result of the use, to such extent and in such circumstances as are permitted by law, of such force as is reasonably justifiable : a) for the defence of any person from violence or for the defence of property ; b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained ; c) for the purpose of suppressing a riot, insurrection or mutiny ; d) in order to prevent the commission by that person of a criminal offence ; or if he dies as the result of a lawful act of law ».

⁴⁵¹ [*Forsyth, A Bird*], *supra* note 448, à la page 108.

l'auteur du meurtre et sa famille, les chasser du village et tuer un des leurs. Ainsi, dans un cas de 2009, les chefs de l'île ont autorisé la famille de la victime d'un meurtre à pratiquer cette coutume⁴⁵². Les membres de la famille ont alors commencé à détruire des propriétés, mais ont été arrêtés par la police avant de tuer qui que ce soit.

Par ailleurs, comme mentionné précédemment, il y a d'autres cas selon lesquels la compensation consiste non pas à commettre un meurtre par vengeance, mais plutôt à donner un enfant (plus souvent une fille) en remplacement de la vie du (de la) défunt(e)⁴⁵³. Cette pratique est courante, notamment sur l'île de Tanna. Cependant, les cas qui surviennent dans des communautés reculées sont rarement rapportés dans les journaux ou portés devant les tribunaux officiels. Dans les rares cas ayant été examinés par les tribunaux officiels, le juge condamne fermement cette pratique. Ainsi, dans la décision *Public Prosecutor v. Nawia*⁴⁵⁴ de la Cour suprême du Vanuatu, un homme a été jugé pour avoir causé la mort d'une femme et d'un enfant en conduisant sous l'influence de l'alcool. La Cour a condamné le défendeur à deux ans et 6 mois d'emprisonnement avec sursis en raison du fait qu'il a obtenu le pardon des familles des victimes et des chefs du village dans le cadre d'une cérémonie de réconciliation selon laquelle il a offert des biens de valeur, de l'argent et une petite fille en compensation. La Cour a considéré que la réconciliation coutumière est un facteur qui peut atténuer la sentence, mais elle a fermement condamné la compensation consistant à donner la petite fille à la famille des victimes. Elle a souligné que cette pratique est contraire à l'article 5 de la Constitution du Vanuatu et à la *Convention relative aux droits de l'enfant*. La Cour a noté que cette pratique dévalorise les femmes de l'île et porte atteinte à leurs droits fondamentaux à la dignité, au traitement égal, à la vie et à la sécurité. Ainsi, insiste-t-elle, les jeunes filles ne doivent pas être traitées comme des objets qui peuvent être échangés, et ce, quelles que soient les circonstances et les raisons. Elle a par conséquent ordonné le retour de la petite fille auprès de sa famille. Malgré la condamnation de cette pratique par les tribunaux, celle-ci est loin d'être abandonnée. Certains chefs se prononcent même publiquement en faveur de cette pratique⁴⁵⁵.

⁴⁵² Cas cité par Miranda Forsyth dans le cadre de son travail de terrain (*[Forsyth, A Bird]*, *supra* note 448, à la page 108).

⁴⁵³ La pratique qui consiste à donner un enfant se déroule aussi dans le cadre de réconciliation coutumière en vue de résoudre de graves disputes entre les parties. À titre d'exemple, le journal *Daily Post* a rapporté un cas selon lequel un couple a accepté de donner son fils dans le cadre d'une cérémonie de réconciliation à une autre famille dans le but de régler une fois pour toutes des disputes foncières entre elles qui duraient depuis vingt-sept ans. Le geste symbolise l'établissement d'un lien permettant de maintenir continuellement la paix entre les deux familles (*Vanuatu Daily Post*, « Family Offers Boy as Reconciliation », 23 août 2011, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/family-offers-boy-reconciliation>] (accessible le 20 février 2013)).

⁴⁵⁴ *Public Prosecutor v. Nawia* [2010] VUSC 52.

⁴⁵⁵ *ABC Radio Australia*, « Vanuatu Court Condemns Child Compensation », 9 décembre 2013, en ligne : [<http://www.radioaustralia.net.au/international/radio/program/pacific-beat/vanuatu-court-condemns-child-compensation/1231496>] (accessible le 9 décembre 2013).

En Papouasie-Nouvelle-Guinée, cette coutume est toujours pratiquée par certaines tribus. Ainsi, dans l'affaire *The State v. Non Pable*⁴⁵⁶, l'accusé (un mineur) a reconnu sa culpabilité pour le meurtre de Bar Kapil. Selon les faits, le 29 avril 1998, une dispute a éclaté entre l'accusé, le défunt et d'autres personnes pendant une partie de jeux d'argent dans le village de Karap situé dans la province des hautes terres de la Papouasie-Nouvelle-Guinée. L'accusé a violemment frappé le défunt pour avoir volé son argent. Ce dernier est décédé le même jour. Un rapport médical a montré que celui-ci est décédé à la suite d'une perte de quantité importante de sang survenue après la dispute. Les familles ont eu recours à la coutume pour régler leur différend. En effet, pour payer le crime de l'accusé, sa famille et sa tribu ont accepté de donner 20000 kinas (environ 9000 dollars américains), 30 cochons et quatre filles à la famille et à la tribu du défunt.

Devant le tribunal officiel, le juge a accepté la compensation de 20000 kinas et 30 cochons, mais a refusé celle de donner les quatre filles à la famille et à la tribu du défunt. Il a estimé que cette coutume consistant à donner de jeunes filles pour compenser le meurtre est non seulement illégale et inconstitutionnelle, mais aussi contraire aux valeurs de l'humanité. En reconnaissant que la valeur d'une vie humaine ne peut se mesurer et être compensée par l'argent et les cochons, le juge a souligné que l'accusé doit être puni selon la loi⁴⁵⁷. En considération des circonstances de l'espèce (l'âge mineur de l'accusé, sa coopération avec la police...), le juge a condamné l'accusé à cinq ans d'emprisonnement.

Cette position des tribunaux de la Pouasie-Nouvelle-Guinée a été confirmée plus tard en 2004 dans la décision *The Sate v. Karawa*⁴⁵⁸ dans laquelle la Cour a noté que l'avocat de l'accusé a bien fait de ne pas plaider pour une compensation du meurtre qui consisterait à donner la fille de l'accusé à la famille du défunt puisqu'une telle argumentation est contraire à la Constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ *The State v. Non Pable*, [1999] PGNC 54.

⁴⁵⁷ Voir aussi *Rex Liau v. The State*, [1990] PNGLR 487.

⁴⁵⁸ *The State v. Karawa*, [2004] PNGC 137 ; Il existe d'autres cas dans lesquels l'argument de la vengeance coutumière a été invoqué sans succès : *State v. Poroli*, [2004] PNGLR 9 ; *Public Prosecutor v. Aia Moroi*, [1985] PNGLR 78 ; *Ure Hane v. The State*, [1982] PNGLR 390.

⁴⁵⁹ [Corrin, « *Negotiating* »], *supra* note 11, à la page 67.

2) La sorcellerie

Dans le Pacifique Sud, particulièrement en Mélanésie, une grande majorité de la population croit à la sorcellerie ou à la magie⁴⁶⁰. En raison de très peu d'information sur la sorcellerie, nous n'allons pas rentrer dans les détails historiques de celle-ci avant la colonisation. Aujourd'hui cependant, dans les pays tels que la Papouasie-Nouvelle-Guinée, et dans une moindre mesure au Vanuatu et aux îles Fidji, à chaque fois que quelqu'un meurt, jeune ou subitement, que des maladies mystérieuses apparaissent, les gens attribuent presque automatiquement les causes à la sorcellerie.

Nous allons ici nous concentrer sur la situation de la Papouasie-Nouvelle-Guinée et du Vanuatu où les violations des droits fondamentaux en raison de la sorcellerie sont fréquentes.

En Papouasie-Nouvelle-Guinée, les meurtres à la suite des pratiques de sorcellerie, particulièrement des femmes innocentes, sont courants. Les femmes sont six fois plus que les hommes, susceptibles d'être accusées de sorcellerie⁴⁶¹. Dans les tribus, comme nous l'avons mentionné plus haut, la cause des morts subites et non expliquées et des maladies mystérieuses est attribuée à la sorcellerie. Les femmes accusées sont souvent des femmes âgées, économiquement dépendantes et considérées comme un fardeau pour la société. Ce sont aussi celles qui souvent n'ont pas de famille proche pour les défendre. Les auteurs de ces crimes sont souvent de jeunes hommes dont les actions sont soutenues par les villageois et les hommes des tribus. Celles accusées de sorcellerie font face à des traitements inhumains : elles sont battues avec des barres métalliques chauffées à blanc, des fils barbelés, elles sont suspendues sur le feu, trainées par des véhicules, et parfois des parties de leurs corps sont sectionnées⁴⁶². Ainsi, il est arrivé des cas où les femmes sont brûlées vives pour des allégations non prouvées de sorcellerie par les villageois. Un cas semblable a fait la manchette le 6 février 2013. Une jeune femme de 20 ans, Kepari Leniata, était accusée par les villageois d'avoir utilisé ses pouvoirs magiques pour tuer un enfant de six ans, mort à l'hôpital. Deux membres de la famille du défunt ont mené la chasse. Elle aurait reconnu avoir fait de la sorcellerie. La jeune femme a alors été torturée, puis déshabillée, recouverte de pétrole et brûlée sur une pile

⁴⁶⁰ Miranda Forsyth, « Sorcery and the Criminal Law in Vanuatu », (2006) *Lawasia J.* 1, à la page 1 [Forsyth, « Sorcery »] ; [Jalal, « Harmful Practices »], *supra* note 341, à la page 1.

⁴⁶¹ [Jalal, « Harmful Practices »], *supra* note 341, à la page 18.

⁴⁶² [Jalal, « Harmful Practices »], *supra* note 341, à la page 19 ; Amnesty International, « Rapport 2011, la situation des droits humains dans le monde - Papouasie-Nouvelle-Guinée », en ligne : [<http://www.amnesty.org/fr/region/papua-new-guinea/report-2011>] (accessible le 13 février 2013).

d'ordures⁴⁶³. Quelques jours plus tard, le 15 février, la police a arrêté environ 100 personnes impliquées dans l'affaire pour les interroger et poursuivre celles responsables du meurtre⁴⁶⁴. Un couple, un homme et une femme ont été inculpés du meurtre. Le couple serait parent avec l'enfant décédé. Les services de police ont déclaré après l'inculpation que l'enquête continuait⁴⁶⁵. Les policiers ont été sous pression étant donné que les médias relayaient l'information et publiaient des photos montrant la jeune femme brûlée vivante alors que plusieurs témoins observaient la scène. Le gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, l'Office du Haut Commissariat des droits de l'Homme, le gouvernement des États-Unis et celui de l'Australie ont fermement condamné l'action⁴⁶⁶.

En somme, les exécutions tribales en raison de la sorcellerie sont un problème récurrent en Papouasie-Nouvelle-Guinée où celle-ci fait partie de la culture populaire⁴⁶⁷. Des cas similaires selon lesquels les femmes accusées de meurtre par sorcellerie ont été brûlées vivantes sont survenus à plusieurs reprises en 2008 et 2009. Plus de cinquante cas ont été répertoriés en 2008⁴⁶⁸.

Par ailleurs, voyons comment des cas de sorcellerie sont réglés devant les tribunaux officiels de la Papouasie-Nouvelle-Guinée⁴⁶⁹. Nous allons aborder deux principaux cas.

Premièrement, la décision *The State v. Aigal & Kauna*⁴⁷⁰ porte sur l'exécution d'une femme et la détention et la torture des sept autres soupçonnées de pratiquer la sorcellerie par trois hommes. Un des accusés, qui a reconnu avoir tué la femme lorsqu'il n'avait que quatorze ans au moment des

⁴⁶³ *Le journal 20 Minutes.fr*, « Une femme brûlée vive pour sorcellerie par des villageois », 7 février 2013, en ligne : [http://www.20minutes.fr/monde/1096463-papouasie-nouvelle-guinee-femme-brulee-vive-sorcellerie-villageois] (accessible le 10 février 2013) [**Journal 20 Minutes**, « **Une femme brûlée** »].

⁴⁶⁴ *Radio New Zealand International* « Mass Arrests in PNG of a Burning of Woman », 15 février 2013, en ligne : [http://www.rnzi.com/pages/news.php?op=read&id=74051] (accessible le 16 février 2013).

⁴⁶⁵ *Tahiti Infos*, « Deux inculpations après le meurtre de la femme accusée de sorcellerie », 19 février 2013, en ligne : [http://www.tahiti-infos.com/Deux-inculpations-apres-le-meurtre-d-une-femme-accusee-de-sorcellerie_a67902.html] (accessible le 20 février 2013).

⁴⁶⁶ *Radio New Zealand International*, « UN Concerned by Killing of Woman in PNG Accused of Sorcery », 9 février 2013, en ligne : [http://www.rnzi.com/pages/news.php?op=read&id=73901] (accessible le 10 février 2013).

⁴⁶⁷ [**Journal 20 Minutes**, « **Une femme brûlée** »], *supra* note 463 ; *Le Journal Dawn.com*, « Sorcery Burning : PNG Police Save Two Women From Being Torched to Death », 13 février 2013, en ligne : [http://dawn.com/2013/02/13/sorcery-burnings-png-police-save-two-women-from-being-torched-to-death/] (accessible le 15 février 2013).

⁴⁶⁸ Amnistie Internationale, « Rapport 2010, la situation des droits humains dans le monde - Papouasie-Nouvelle-Guinée », en ligne : [https://www.amnesty.org/en/region/papua-new-guinea/report-2010] (accessible le 20 février 2013) ; [**Jalal**, « **Harmful Practices** »], *supra* note 341, à la page 18.

⁴⁶⁹ Plusieurs autres décisions relatives aux meurtres en raison des allégations de sorcellerie : *John Baipu v. The State*, [2005] SC 796 ; *The State v. Sambura*, [2002] N2219 ; *The State v. Francis Kuta Amet & Others*, [2004] CR 1418 of 2002, Unreported ; *The State v. Maraka Jackson*, [2006] CR 1433 of 2004 Unreported. Dans la plupart de ces décisions, les victimes sont les femmes, et très souvent en âge avancé.

⁴⁷⁰ *The State v. Aigal & Kauna*, [1990] PNGLR 318.

faits, a été condamné pour meurtre à trois ans de prison avec sursis. Le Procureur général a fait appel de la décision, mais celui-ci n'a pas eu lieu. L'État a fait une demande d'arrêt des poursuites⁴⁷¹ en invoquant le droit de l'accusé à un procès juste et dans un temps raisonnable. En effet, l'affaire a été enquêtée plusieurs années après les faits et il y avait effectivement risque que l'accusé soit pris comme bouc émissaire. La Cour a accepté la demande d'arrêt des poursuites. Elle a observé que la Constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée permet l'arrêt des poursuites lorsque celles-ci menacent les droits de l'accusé à un procès juste et dans un temps raisonnable ou encore lorsqu'elles constituent un abus de procédure judiciaire⁴⁷². Même si les poursuites ont été arrêtées, la Cour a quand même fait quelques remarques intéressantes. Elle a noté que le meurtre des femmes soupçonnées de sorcellerie est devenu une pratique dans la province de Simbu où les faits se sont déroulés. Elle a constaté qu'il y avait une croyance selon laquelle les sorcières et sorciers constituent une menace publique causant des morts et des maladies, et la société doit en être protégée. Il est accepté dans la coutume que les femmes âgées soient maltraitées lorsqu'elles sont accusées de sorcellerie. Certaines sont parfois exécutées. Or, une telle chasse aux sorcières constitue selon elle, une violation manifeste des droits constitutionnels des victimes, de leur droit à la vie, de leur liberté contre les traitements inhumains et des directives constitutionnelles, notamment celle d'améliorer le statut des femmes conformément aux objectifs nationaux.

Nous croyons qu'une telle pratique reflète la culture générale de la subordination des femmes dans les communautés de la Papouasie-Nouvelle-Guinée. Elle est utilisée comme un moyen pour garder les femmes âgées à leur place et dans les rôles subordonnés et de soumission. Or, celle-ci est non seulement discriminatoire, mais constitue aussi une menace à l'égard des femmes âgées. Des allégations de sorcellerie sont difficiles à réfuter. Lorsqu'elles sont avancées, les victimes sont exécutées à mort ou subissent des traitements inhumains. Il est regrettable que la Cour n'ait pas pris en compte ces questions pour rejeter la demande de l'arrêt des poursuites.

Deuxièmement, un arrêt de la Cour d'appel de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, *Thomas v. State*⁴⁷³ présente aussi des faits similaires. Le 20 novembre 2004, l'appelant et ses frères sont allés chez une femme (la défunte), avancée en âge et lui ont demandé de venir assister à une réunion organisée au milieu du village. À la réunion, la discussion a été de savoir qui était à l'origine de la mort du père de l'appelant et de ses frères quelques jours plutôt. Durant la discussion, la défunte a été accusée

⁴⁷¹ *Nolle prosequi*.

⁴⁷² [*Constitution of Papua New Guinea*], *supra* note 253, art. 57 porte sur les droits et libertés garantis aux individus et art. 37(3) porte sur le droit à un procès juste et dans un temps raisonnable, *supra* note 239.

⁴⁷³ *Thomas v. State*, [2007] PGSC 26.

d'avoir causé la mort du père de l'appelant par sorcellerie. L'appelant et ses deux frères ont battu la femme. Le premier s'est servi d'une corde pour tenter de l'étrangler, mais s'est fait arrêter par d'autres villageois. Il a ensuite frappé violemment la tête de la victime avec une arme blanche. Elle est décédée des blessures au cerveau. En première instance (*National Court*), l'appelant a été condamné à 17 ans de prison. Il a fait appel de la décision en soutenant que sa condamnation a été excessive; qu'il s'agissait d'un meurtre du groupe puisque les autres villageois l'ont convaincu que la mort de son père a été causée par la sorcellerie et que le tribunal de la première instance n'a pas pris en compte ces considérations en rendant sa décision. Le pourvoi intenté par l'appelant a été rejeté et la Cour d'appel a même considéré que la sentence précédente de 17 ans pour meurtre n'était pas assez sévère. Elle a alors revu la sentence à 22 ans d'emprisonnement.

Au Vanuatu, plusieurs cas de meurtres ou de violations des droits fondamentaux liés à la pratique de sorcellerie sont aussi survenus, même s'ils sont rarement portés devant les tribunaux officiels en raison des difficultés à prouver les faits selon le droit écrit. L'un des rares cas à être portés devant le tribunal officiel est l'affaire *Public Prosecutor v. Malsoklei*⁴⁷⁴. Cette décision implique un certain nombre de défendeurs qui ont été accusés des différents chefs d'accusation, notamment de sorcellerie, de viol et de meurtre. Les faits, tels que décrits par la Cour, se sont déroulés sur l'île de Mallicolo en décembre 1995. Un jeune homme possiblement déséquilibré mentalement voulait se joindre à un groupe d'hommes réputés pour la pratique de la sorcellerie. Le groupe lui a fait comprendre qu'il ne serait accepté que s'il nommait un membre de sa famille à sacrifier (mettre à mort); celui-ci a nommé sa sœur Roslyn pendant une cérémonie d'initiation. Tout a été arrangé et Roslyn a été emmenée dans un buisson juste derrière une boîte de nuit et a été violée par le groupe d'hommes et par la suite elle a été tuée par l'un d'entre eux. Des mots magiques ont été prononcés sur son frère et celui-ci a pris la ressemblance de sa sœur et est rentré chez elle à sa place. Quelques jours plus tard, le leader du groupe est allé chez Roslyn et l'a invitée en boîte de nuit. Alors qu'ils commençaient à danser, il est tombé soudainement et s'est retrouvé dans le vrai corps de Roslyn. Encore une fois, tout a été arrangé par la magie. Elle a été emmenée à l'hôpital, mais prononcée morte par la suite et aucune autopsie n'a été faite. En avril 1996, son frère impliqué dans l'histoire est allé à la police et a raconté tout ce qui s'était passé sur la mort de Roslyn et les événements qui se sont déroulés juste avant sa mort. L'affaire n'est portée devant le juge que quatre ans plus tard en raison des retards dans les enquêtes menées par la police. La seule preuve apportée est le

⁴⁷⁴ *Malsoklei v. Public Prosecutor*, [2002] VUCA 28 ; *Public Prosecutor v. Bong Hal*, [2012] Unreported (*Vanuatu Daily Post*, « A Man Pleads Guilty to Witchcraft Charge », 28 février 2012, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/man-pleads-guilty-witchcraft-charge>] (accessible le 20 février 2013)).

témoignage non corroboré du frère de Roslyn. Il n'y avait aucune preuve médicale et les défendeurs ont tous des alibis.

En première instance, tous les défendeurs ont été trouvés coupables de viol et de sorcellerie. Le défendeur principal (le leader du groupe) est jugé coupable d'homicide volontaire. Les autres défendeurs sont déclarés coupables de complicité d'homicide volontaire. Cependant, après avoir déclaré coupables ces défendeurs, la Cour a prononcé leur libération conformément à l'article 43(4) du Code pénal du Vanuatu⁴⁷⁵, étant donné qu'ils étaient en détention depuis 12 mois et que même en liberté sous caution, ils ont respecté toutes les conditions imposées.

La question se pose donc de savoir quel est l'intérêt de prononcer une sentence contre un coupable et le décharger ensuite de toute condamnation? Il nous semble à la lecture de la décision que la Cour est consciente de l'existence d'un doute raisonnable dans cette affaire, mais souhaitait décourager les pratiques de sorcellerie. Autrement dit, la Cour croit à la sorcellerie.

En 2002 cependant, le Procureur général a fait appel de la décision en argumentant que la sentence à l'égard des défendeurs était insuffisante et inadéquate. La Cour d'appel a annulé la sentence prononcée à l'égard des défendeurs en soulignant que la preuve apportée par le frère de la défunte est non crédible⁴⁷⁶.

Plusieurs autres cas similaires sont survenus au Vanuatu, mais ne sont pas portés devant les tribunaux officiels soit par manque de moyens, soit en raison de difficulté liée à la preuve. Ils sont donc révélés grâce aux journaux et parfois grâce aux travaux sur le terrain. Ainsi, le seul journal quotidien du Vanuatu, *Daily Post* a rapporté plusieurs cas selon lesquels les accusés de sorcellerie sont violemment battus et torturés⁴⁷⁷. D'autres cas sont constatés par des travaux de recherche sur le terrain. Ainsi, dans un travail de terrain dans le village de Hog Harbour sur l'île de Santo, Miranda Forsyth⁴⁷⁸ a recueilli les témoignages du cas suivant : un homme a eu une relation avec une femme dans le village. La femme s'est trouvée un emploi dans une autre île et a quitté l'homme en question. L'homme l'a maltraitée en disant que si elle le quittait, il la tuerait. Trois semaines après qu'elle eu commencé à enseigner, elle est tombée malade et a raconté aux autres enseignants de

⁴⁷⁵ [Code Pénal du Vanuatu], *supra* note 19, art. 43 : « Power of court to discharge offender without conviction or sentence... (4) Nothing in this section shall affect the power of any court to convict and discharge any person ».

⁴⁷⁶ [Forsyth, « Sorcery »], *supra* note 460, à la page 14.

⁴⁷⁷ *Vanuatu Daily Post*, « Man Assaulted for Alleged Witchcraft Practice », 4 juin 2012, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/man-assaulted-alleged-witchcraft-practice>] (accessible le 20 février 2013).

⁴⁷⁸ [Forsyth, « Sorcery »], *supra* note 460, à la page 1.

l'école qu'elle était avertie qu'elle mourrait et elle leur a dévoilé le nom de l'homme en question. Lors de son décès, elle a crié et a prononcé à haute voix le nom de l'homme. Son corps a été rapatrié sur son île et village. Les nouvelles ont fait le tour du village et une réunion a eu lieu. Pendant la discussion, il a été décidé que l'homme a tué la femme et les chefs ont donné l'ordre de le retrouver et de le capturer. Il a été capturé, attaché et battu. Les chefs ont aussi donné l'ordre aux parents de l'homme de quitter le village. Ils sont revenus plus tard, mais sans leur fils accusé de sorcellerie⁴⁷⁹.

Quelle critique peut être avancée à la lecture de l'affaire *Molsoklei* et tous ces autres cas? Dans ces sociétés, les croyances aux pratiques de sorcellerie sont tellement fortes et présentes que le juge serait prêt à condamner un inculpé alors même qu'il existe un doute raisonnable; et les chefs et les villageois n'hésiteraient pas à mettre à mort un accusé de sorcellerie en toute impunité. De plus, dans la décision *Molsoklei* comme dans d'autres cas en Papouasie-Nouvelle-Guinée notamment, aucune autopsie qui aurait pu dévoiler la cause de la mort n'a été pratiquée par manque de moyens. Tous ces cas de sorcellerie posent un réel problème de la justice criminelle dans ces pays. En effet, des innocents pourraient être condamnés sur la base des croyances et des simples témoignages non corroborés, parfois des personnes malades mentalement.

Un certain nombre de pays du Pacifique insulaire ont expressément édicté des lois contre la sorcellerie : les îles Niue, le Vanuatu ou encore la Papouasie-Nouvelle-Guinée. Au Vanuatu par exemple, l'article 151 du *Code pénal*⁴⁸⁰ prévoit que « No person shall practise witchcraft or sorcery with intent to cause harm or detriment to any other person. The penalty is imprisonment for 2 years ». L'article 7 de la *Sorcery Act* de la Papouasie-Nouvelle-Guinée⁴⁸¹ criminalise les actes de sorcellerie interdits et impose une pénalité maximum de cinq ans d'emprisonnement. La sorcellerie interdite est distinguée de la sorcellerie innocente dans la loi. Cette dernière associée à la guérison, aux rites et à la fertilité est légale.

Ces législations appellent à des commentaires, en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux, notamment du droit à l'égalité des femmes.

⁴⁷⁹ [Forsyth, « Sorcery »], *supra* note 460, à la page 9.

⁴⁸⁰ [Code Pénal du Vanuatu], *supra* note 19.

⁴⁸¹ *Sorcery Act* 1971, *Consolidated Legislation*, art. 7 : « A person who does any act of forbidden sorcery...is guilty of offence. Penalty : On conviction of indictment-imprisonment for a term not exceeding five years ».

Premièrement, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, même si elle paraît neutre, la loi contre la sorcellerie est sélectivement appliquée contre les femmes, particulièrement les femmes âgées⁴⁸². Les exemples abordés plus haut en témoignent. La raison expliquant pourquoi les femmes sont plus touchées que les hommes n'est pas claire, mais certains auteurs⁴⁸³ pensent qu'une telle attitude vise à « garder les femmes à leur place » puisque celles-ci gagnent du pouvoir avec l'âge. De plus, certains villageois pensent que les femmes se servent de la sorcellerie pour répandre le sida dans le pays.

Deuxièmement, le fait que la sorcellerie soit prévue par la loi (qu'elle soit interdite ou permise) renforce des stéréotypes vis-à-vis des soi-disant sorciers ou sorcières. Il encourage non seulement la croyance répandue en celle-ci, mais aussi la haine et le meurtre contre les présumés sorciers et sorcières. Dans ces pays, il n'y a aucune loi spécifique contre la torture ou le traitement inhumain des sorciers ou sorcières. Les meurtriers sont rarement poursuivis. Lorsqu'ils le sont, ils sont jugés selon le droit criminel général qui est moins sévère semble-t-il puisque les allégations de sorcellerie constituent parfois un élément d'atténuation de la peine⁴⁸⁴. De plus, l'interdiction de la sorcellerie par la loi donne (même implicitement ou indirectement) du pouvoir et de l'autorisation aux tribunaux coutumiers des villages et aux chefs coutumiers de juger les personnes accusées de la sorcellerie. Les sentences prononcées contre elles sont parfois l'exécution à mort.

Enfin, la reconnaissance de la sorcellerie par le système officiel encourage les chefs coutumiers des villages à mettre en place leurs propres règles coutumières en matière de sorcellerie. Il faut préciser que même si elles ne sont pas reconnues par le système officiel, ces lois coutumières écrites par les chefs coutumiers constituent une tentative de leur part d'augmenter leur légitimité en matière de résolution des disputes dans les communautés. À titre d'exemple, lors de son travail de terrain, Miranda Forsyth⁴⁸⁵ a noté qu'un chef de l'île de Tanna a écrit sa propre loi pour régler la vie dans la communauté. L'article 5 de la loi en question dispose :

Law concerning killing :... It is forbidden to practice sorcery and all new methods of sorceries. If one man disobeys and practices sorcery and kills someone, he must give a girl to the chief. If he practices sorcery and the person does not die, he must pay a fine of one pig and one head of kava. If he continues to practice sorcery and someone dies, then there is no place for him in Tanna and Tafea because he is taking life.

Dans le même sens, la *Custom Policy of Malvatumauri, National Council of Chiefs of the Republic of Vanuatu* souligne dans son article 3(4) que : « No person has the right to ensorcel or poison

⁴⁸² [Jalal, « Harmful Practices »], *supra* note 341, à la page 19.

⁴⁸³ [Jalal, « Harmful Practices »], *supra* note 341, à la page 19.

⁴⁸⁴ [Jalal, « Harmful Practices »], *supra* note 341, à la page 20.

⁴⁸⁵ [Forsyth, « Sorcery »], *supra* note 460, à la page 10.

another. If a person kills another through sorcery, he will be tried in a custom court. If the court finds proof that he killed through sorcery, he must compensate that person's life according to the judgment of the court »⁴⁸⁶.

Il faut noter que les sanctions prévues par ces règles coutumières portent manifestement atteinte au respect des droits fondamentaux. En effet, l'article 5 de la loi du chef de Tanna prévoyant de donner en compensation une fille est une grave violation de droit à l'égalité et à dignité de la femme. La deuxième partie de l'article sur l'expulsion des personnes accusées de sorcellerie est une violation du droit à la libre circulation. L'article 3(4) de la loi de Malvatumauri dispose que les tribunaux coutumiers peuvent prononcer toute sanction pour compenser la vie de la victime. Celle-ci peut consister à donner une fille ou un enfant en échange. Or, une fois de plus, une telle sanction est contraire au respect des droits fondamentaux et au principe de la justice. En raison de la croyance répandue dans les pouvoirs de la sorcellerie, il est possible que les chefs procèdent à de telles sanctions, et ce, sans des preuves suffisantes et en dehors du système juridique officiel. Compte tenu de ces inconvénients, un fonctionnaire de l'ONU dans le Pacifique a urgemment recommandé à la Commission de la réforme constitutionnelle et au gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée d'abroger la *Sorcery Act*⁴⁸⁷. Une auteure dans la région⁴⁸⁸ propose aussi que ces États abrogent ces lois ou articles sur l'interdiction de la sorcellerie en suivant l'exemple de l'Afrique du Sud qui rejette toutes allégations de sorcellerie en cas de meurtre dans le projet de loi *Mpumalanga Witchcraft Suppression Bill 2007* qui est actuellement en révision⁴⁸⁹. Les personnes coupables de meurtre doivent être poursuivies et condamnées. À la suite de toutes ces critiques et recommandations, le gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée a finalement décidé d'abroger la *Sorcery Act* en mai 2013⁴⁹⁰. Désormais, les allégations de sorcellerie en cas de meurtre doivent être rejetées et les personnes reconnues coupables de ces meurtres doivent être poursuivies

⁴⁸⁶ Lamont Lindstrom et Geoffrey White, dir., *Culture, Kastom and Tradition : Developing Cultural Policy in Melanesia*, Suva, Institute of Pacific Studies, 1994, à la page 232 [*Lindstrom et White, Culture*]; [*Forsyth, « Sorcery »*], *supra* note 460, à la page 10-11.

⁴⁸⁷ *Vanuatu Daily Post*, « UN Human Rights Pacific Office Welcomes Proposal to Remove PNG's Sorcery Act », 13 mars 2012, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/un-human-rights-pacific-office-welcomes-proposal-remove-png-s-sorcery-act>] (accessible le 25 février 2013).

⁴⁸⁸ [*Jalal, « Harmful Practices »*], *supra* note 341, à la page 21.

⁴⁸⁹ *Mpumalanga Witchcraft Suppression Bill 2007*.

⁴⁹⁰ Matt Siegel, « Papua New Guinea Acts to Repeal Sorcery Law After Strife », *New York Times*, 29 Mai 2013, en ligne : [http://www.nytimes.com/2013/05/30/world/asia/papua-new-guinea-moves-to-repeal-sorcery-act.html?_r=0] (accessible le 30 mai 2013).

et condamnées. Or, certains journaux ont rapporté des cas d'exécution des femmes accusées de sorcellerie, même après l'abrogation de cette loi⁴⁹¹.

PARAGRAPHE IV : L'ACCÈS À LA JUSTICE ET LE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION

Comme nous l'avons souligné brièvement dans l'introduction générale de notre thèse, le fait que les droits peuvent être déterminés par des normes juridiques différentes peut conduire à certaines inégalités⁴⁹². Au Vanuatu, nous l'avons mentionné à plusieurs reprises, le gouvernement a mis en place un double système de justice : le système officiel et le système coutumier. Mais réalité, il s'agit d'un système « hybride », puisque les procédures des tribunaux coutumiers (*Island Courts* et *Customary Land tribunals*) sont non seulement coutumières, mais aussi formelles. Il combine à la fois des éléments du droit écrit et ceux du droit coutumier⁴⁹³. Cette initiative a pour objectif de favoriser un meilleur accès à la justice pour tous. On se pose donc la question de savoir si cet objectif est réellement atteint.

La *Island Courts Act*⁴⁹⁴ a mis en place des tribunaux des îles ou des villages (autrement dit des tribunaux coutumiers) ayant pour but de résoudre à l'amiable les disputes et d'appliquer la coutume dans le respect de la Constitution. Il serait ici inutile de revenir sur les détails de ces tribunaux déjà abordés dans notre chapitre préliminaire. Il est cependant important de souligner deux points. Premièrement, trois juges (dont un doit être chef coutumier) de ces tribunaux sont nommés pour leur connaissance en matière coutumière⁴⁹⁵. Deuxièmement, les avocats ne sont pas autorisés à représenter les clients devant ces tribunaux⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ Ian Lloyd Neubauer, « Despite Legal Moves, PNG's Terrifying Witchcraft Killing Look Set to Continue », *Time*, 5 juin 2013, en ligne : [<http://world.time.com/2013/06/05/despite-legal-moves-pngs-terrifying-witchcraft-killings-look-set-to-continue/>] (accessible le 10 juin 2013).

⁴⁹² [Farran « **Is Legal Pluralism** »], *supra* note 32, à la page 78.

⁴⁹³ Dans ce sens, la distinction entre le système juridique officiel et le droit coutumier devient alors très floue. Ces tribunaux coutumiers peuvent être très formels. En effet, selon des mandats du Président de la Cour suprême permettant leur mise en place, certains sont compétents non seulement pour appliquer la coutume, mais aussi pour examiner des procès civils et criminels mineurs : le cas par exemple du tribunal coutumier de l'île d'Éfaté ([Jowitt, « **Island Courts** »], *supra* note 234, à la page 1 et s.).

⁴⁹⁴ [Island Courts Act], *supra* note 178.

⁴⁹⁵ [Island Courts Act], *supra* note 178, art. 3(1) : « The President of the Republic acting in accordance with the advice of the Judicial Service Commission shall appoint not less than three justices knowledgeable in custom for each Island Court at least one of whom shall be a custom chief residing within the territorial jurisdiction of the court ».

⁴⁹⁶ [Island Courts Act], *supra* note 178, art. 27 : « No legal practitioner shall be entitled to take any part in the proceedings of an Island court ».

De plus, la *Customary Land Tribunal Act*⁴⁹⁷ portant sur les tribunaux des terres, a pour objectif d'examiner les disputes concernant les terres coutumières. Pareillement, cette loi ne permet pas de représentation légale devant ces tribunaux et le panel des assesseurs est composé entièrement de personnes connaissant la coutume. Comme nous avons vu dans notre partie préliminaire, cette loi a été abrogée et remplacée par la *Custom Land Management Act*⁴⁹⁸ de 2013. L'objectif principal poursuivi était de donner plus de pouvoir aux groupes autochtones coutumiers (clans, tribus) afin qu'ils puissent résoudre eux-mêmes les disputes foncières les concernant. Ainsi, un tribunal des terres coutumiers ne peut être saisi que lorsque ces groupes n'arrivent pas résoudre ces disputes à l'échelle du clan. Un tribunal coutumier est composé d'un magistrat et quatre juges nommés pour leur connaissance en coutume. La représentation par les avocats n'est pas permise. À l'échelle du clan, l'appel est possible devant le tribunal des terres du village. La décision de ce dernier peut ensuite être contestée devant le Tribunal des terres de l'île. La décision rendue par ce dernier est finale, du moins sur la question de fond. Sur la question des formalités et de procédures, la Cour suprême joue un rôle de supervision sur les tribunaux des terres. Ceci étant, elle ne peut revoir une affaire que lorsque les procédures ne sont pas respectées. Elle ne peut pas statuer sur le fond des appels relatifs à la détermination de la propriété foncière coutumière⁴⁹⁹.

Un certain nombre de raisons expliquent une telle procédure : l'existence d'un grand nombre de cas de disputes concernant les terres devant les tribunaux officiels; le besoin de faire participer les personnes connaissant la coutume dans la résolution de ces disputes sans le formalisme des règles de procédure et des preuves telles qu'il en est devant les tribunaux officiels; et le refus de croire que seules les décisions des tribunaux officielles sont définitives⁵⁰⁰. Le rôle du droit coutumier en matière foncière a ainsi été renforcé.

Ces mesures sont louables à certains égards. En effet, grâce à elles, toute personne peut se présenter devant ces tribunaux sans avoir à payer les honoraires d'avocats. De plus, la coutume est appliquée par les personnes qui la connaissent vraiment. Dans ces sociétés où les peuples aiment leurs coutumes et y sont attachés, des telles mesures sont importantes pour la préservation des cultures.

Cependant, en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes, certaines critiques peuvent être avancées à l'égard de ces deux types de tribunaux. En

⁴⁹⁷ [*Customary Land Tribunal Act*], *supra* note 238.

⁴⁹⁸ [*Custom Land Management Act*], *supra* note 178.

⁴⁹⁹ L'article 47(4) de la nouvelle loi dispose : « ...the Supreme Court and all other Courts have no jurisdiction to determine matters related to land ownership or land disputes ».

⁵⁰⁰ [Farran « **Is Legal Pluralism** »], *supra* note 33, à la page 97.

effet, l'absence de formation juridique des juges dans ces tribunaux est un inconvénient majeur, notamment lorsque les intérêts des femmes et des enfants sont en jeux. Ces tribunaux sont devenus sensibles aux structures locales du pouvoir dominées par les chefs coutumiers. Dans ce sens, un rapport de la Banque Mondiale sur les tribunaux coutumiers au Vanuatu soulève la question de savoir si les femmes sont effectivement bien servies par ceux-ci⁵⁰¹. Ce rapport note que souvent la femme présente sa plainte ou sa revendication à son époux. Lorsque celle-ci est contre son époux, elle la porte à sa famille et son frère ou son père s'en occupe. Ce sont donc souvent les hommes qui se présentent devant les tribunaux coutumiers à l'exception des cas de demande de pension alimentaire pour épouse et enfants. Le rapport constate aussi la timidité des femmes devant ces tribunaux où la plupart des employés et juges sont des hommes.

De plus, toujours en raison de l'absence de formation juridique de ces juges, non seulement une certaine méfiance à l'égard des décisions rendues par ces tribunaux s'est installée,⁵⁰² mais les magistrats qui sont désignés pour superviser ces derniers ont rarement la capacité à le faire. En effet, la loi sur les tribunaux coutumiers des villages ou des îles renforce cette méfiance en disqualifiant les juges qui peuvent avoir un intérêt personnel dans l'affaire⁵⁰³. Or, ce sont là les juges qui connaissent mieux la situation et qui sont les mieux placés pour résoudre ces conflits. Ensuite, une supervision adéquate de ces tribunaux est exigée puisqu'il y a des cas où ceux-ci vont au-delà du pouvoir qui leur est conféré par la loi ou encore agissent de façon disproportionnée et contraire aux exigences de l'équité et de la justice⁵⁰⁴. Leurs décisions sont parfois loin de tenir en compte les droits fondamentaux, en particulier les droits des femmes.

Par ailleurs, pour ce qui est de la discrimination, les tribunaux officiels ont eu à se prononcer sur des normes coutumières discriminatoires non seulement à l'égard des femmes, mais aussi des hommes. Il faut cependant noter qu'étant patriarcale, la coutume discrimine plus souvent à l'égard des femmes que des hommes. Nous allons en l'espèce examiner deux cas des cours supérieures des Îles Salomon et de Fidji.

⁵⁰¹ Michael Goddard et Leisande Otto, *Hybrid Justice in Vanuatu : The Island Courts*, Washington D.C, Legal Vice Presidency, The World Bank, 2013, à la page 32-33, en ligne : [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSCContentServer/WDSP/IB/2013/08/12/000333037_20130812150614/Rendered/PDF/801920NWP0J0D00Box0379802B00PUBLIC0.pdf] (accessible le 20 novembre 2013).

⁵⁰² [Jowitt, « *Island Courts* »], *supra* note 234, à la page 4.

⁵⁰³ [*Island Courts Act*], *supra* note 178, art. 26 : « If a justice or an assessor has any personal interest or bias in any proceedings he shall be disqualified from hearing the same ».

⁵⁰⁴ [Lunabeck, « *Adjudication* »], *supra* note 40, à la page 32.

Premièrement, dans une affaire aux Iles Salomon, *Tanavulu & Tanavulu v. Tanavulu and SINPF*⁵⁰⁵, la Cour avait à considérer la question de l'héritage coutumier en ce qui a trait aux fonds de retraite placés dans la banque de prévoyance (*Solomon Islands National Provident Fund*). La loi prévoyait que si un membre de la banque décède sans nommer un bénéficiaire pour ses fonds accumulés, la distribution doit se faire selon la coutume de celui-ci à ses enfants, sa femme et aux autres personnes ayant droit dans la coutume⁵⁰⁶. En l'espèce, le défunt a nommé son frère et son neveu comme bénéficiaires lorsqu'il a rejoint la banque. Cependant, conformément à l'article 32 de la loi en question⁵⁰⁷, cette nomination devenait nulle lorsqu'il s'est marié un an plus tard. Après son décès, son père a fait la demande et a reçu la totalité de la somme détenue par la banque, et ce, conformément à la coutume du lieu (Babatana, Sud de la province de Choiseul aux Iles Salomon). Sur les 11,079 dollars américains reçus, le père a déposé 4,000 dollars dans un fonds de placement au nom du fils du défunt. Il a utilisé 3,000 dollars pour subvenir aux besoins relatifs aux funérailles, et a distribué à chacun du frère et neveu du défunt 2,000 dollars. Il a lui-même utilisé 79 dollars pour ses besoins personnels.

La femme veuve du défunt s'était opposée à une telle distribution et avait demandé la clarification à la Haute Cour de justice en argumentant que son enfant et elle avaient chacun droit à un tiers de la somme. La preuve rapportée à la Cour démontrait que l'héritage ou la succession dans la tribu du défunt était patrilinéaire et que le père de celui-ci avait le droit de distribuer ses biens aux membres de la famille. Selon le droit coutumier, le père du défunt détenait « un pouvoir discrétionnaire » de donner quelques sommes à la femme veuve, mais dans quelques circonstances, par exemple au cas où elle aurait quitté la maison familiale, il avait le droit de ne rien lui donner. La plupart des arguments étaient concentrés sur l'interprétation de l'article 33 susmentionné de la loi. La femme veuve avait aussi argumenté que dans ce cas précis, le droit coutumier était discriminatoire à son égard et donc inconstitutionnel.

En première instance, le juge a observé que le mot « droit » dans l'article 15(1) de la Constitution⁵⁰⁸ portant sur l'interdiction de discrimination, n'incluait pas le droit coutumier. En effet, selon lui, l'article 15(1) de la Constitution faisait référence aux lois qui seront adoptées dans le futur. Or, le droit coutumier était déjà là au moment de l'adoption de la Constitution. Cette interprétation exclut

⁵⁰⁵ *Tanavulu & Tanavulu v. Tanavulu and SINPF*, [1998] HCSI 185/1995.

⁵⁰⁶ *Solomon Islands National Provident Fund Act* 1996, Cap 109, art. 33(c) [*Provident Fund Act*].

⁵⁰⁷ [*Provident Fund Act*], *supra* note 506, art. 32 : « ... Provided that the subsequent marriage of a nominator shall render any nomination made by him null and void », *supra* note 487.

⁵⁰⁸ [*Provident Fund Act*], *supra* note 506, art. 15(1) : « Subject to the provisions of subsections (5), (6) and (9) of this section, no law shall make any provision that is discriminatory either of itself or in its effect ».

donc le droit coutumier comme motif de l'interdiction de discrimination prévue par l'article 15 (1) de la Constitution. Le juge a continué en soulignant que même si l'on présumait que l'article 15(1) de la Constitution incluait aussi le droit coutumier, l'article 15(5) c) et d) de la même Constitution excusait cependant la discrimination⁵⁰⁹.

La Cour d'appel a confirmé la décision de la première instance en considérant que la Constitution, en son article 15(5) et sa clause 3 du *Schedule 3*, reconnaît l'importance du droit coutumier pour les citoyens des Iles Salomon. Ainsi, l'application du droit coutumier peut avoir quelques conséquences discriminatoires.

Cependant, notons qu'une telle décision a pour effet, de perpétuer la discrimination fondée sur le droit coutumier à l'égard des femmes, en particulier les femmes veuves.

Deuxièmement, les Iles Fidji connaissent aussi des coutumes discriminatoires non seulement à l'égard des femmes, mais aussi des hommes ayant un statut différent. Ainsi, dans l'affaire *James Michael Ah Koy v. The Registration Officer for Suva City Fijian Urban Constituency*⁵¹⁰, le demandeur dont sa mère est Fidjienne et son père d'origine chinoise, a demandé à être inscrit dans le registre des propriétés terriennes autochtones de Fidji (*Record of Registration of Land Holding Units*) ou en fidjien *Vola ni Kawa Bula*. Cette inscription lui donnerait le droit de bénéficier des mêmes avantages que les autochtones fidjiens, notamment celui d'hériter des terres coutumières. La question s'était posée de savoir si celui-ci était ou non fidjien pour pouvoir être inscrit dans le registre. Autrement dit, a-t-il rempli toutes les conditions pour être inscrit dans le registre? Le privilège d'être inscrit dans ce registre est déterminé par la coutume et la tradition. Dans la coutume, seul celui dont son père ou une de ses progénitures mâles sont des autochtones de Fidji a le droit indiscutable d'être inscrit dans le registre⁵¹¹. Les personnes qui font la demande en invoquant la filiation de leur mère sont soumises à des conditions très strictes (telles que : le candidat doit être connu de tous les membres du clan, doit vivre dans le village ou doit visiter régulièrement le village, ne pas faire partie d'une secte/culte religieuse qui peut mettre en cause l'harmonie dans le village...). Au moment des faits, une telle discrimination était justifiée par la restriction que la Constitution de 1990 a imposée aux droits fondamentaux quant à l'application du

⁵⁰⁹ [*Provident Fund Act*], *supra* note 506, art. 15 (5) 1) : « Subsection (1) of this section shall not apply to any law so far as that law makes provision – (c) for the application, in the case of persons of any such description as is mentioned in the preceding subsection (or of persons connected with such persons), of the law with respect to adoption, marriage, divorce, burial, devolution of property on death or other like matters that is the personal law applicable to persons of that description ; (d) for the application of customary law ».

⁵¹⁰ *James Michael Ah Koy v. Registration Officer for the Suva City Fijian Urban Constituency*, [1993] FJCA 44 [*Ah Koy*].

⁵¹¹ [*Constitution of Fiji 1990*], *supra* note 258, art.156 (a).

droit coutumier⁵¹². La Cour a accueilli la demande du plaignant en raison du fait que celui-ci a rempli les conditions d'inscription dans le registre et non sur le fait que ces conditions étaient inconstitutionnelles⁵¹³. En effet, elle ne s'était à aucun moment exprimée sur la nature discriminatoire des exigences de la coutume. La Cour a, en l'espèce, renforcé l'application du droit coutumier qui est discriminatoire à l'égard du demandeur en raison de ses origines maternelles. En approfondissant la réflexion, on constate que cette décision est aussi discriminatoire à l'égard des femmes fidjiennes puisque les mêmes conditions ne s'appliquent pas aux métisses ayant un père fidjien. Les femmes sont considérées comme une sous-catégorie.

En conclusion, cette deuxième section démontre que les conséquences néfastes du pluralisme juridique et du droit coutumier ne touchent pas seulement les femmes, mais aussi les hommes. En effet, l'application du droit coutumier ou des coutumes en matière de religion, de circulation, de résolution des disputes et de sorcellerie, porte parfois atteinte aux droits et libertés fondamentaux garantis par les constitutions nationales des États du Pacifique Sud. Les différents cas étudiés en témoignent clairement.

Enfin, pour conclure notre premier chapitre, rappelons la question que nous nous sommes posée : quelles sont les conséquences du pluralisme juridique sur les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes, en droit interne? Au Vanuatu, comme dans les autres États du Pacifique Sud, la reconnaissance du pluralisme juridique implique que le droit coutumier, entre autres, soit une source de droit sur le territoire national. Son « application » que ce soit par les tribunaux ou par les chefs du village a parfois des effets néfastes sur les femmes, notamment en ce qui concerne les questions du mariage, de l'union de fait, de la pension alimentaire, de la garde d'enfant, de la violence conjugale, de l'accès à la propriété et de la succession et de la réconciliation coutumière dans le domaine familial.

Par ailleurs, ce droit coutumier n'entre pas seulement en conflit avec le droit à l'égalité des femmes, mais aussi avec les autres droits et libertés fondamentaux individuels, à savoir le droit à la vie, l'égalité devant la loi, le droit à l'accès à la justice pour tous, le droit à la non-discrimination, la liberté religieuse et la liberté de circulation ; et touche autant les hommes que les femmes.

⁵¹² [*Constitution of Fiji 1990*], *supra* note 258, art. 16.3 (d). Même si cet article a été abrogé en 1997, les conditions de l'inscription dans le registre en question demeurent.

⁵¹³ [Corrin, « *Reconciling Customary Law* »], *supra* note 37, à la page 70.

Cette analyse confirme la plausibilité de notre première hypothèse selon laquelle le pluralisme juridique, tel que vécu dans les États insulaires du Pacifique Sud, peut parfois poser obstacle au respect des droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes. En ce qui concerne ces dernières en particulier, nos analyses démontrent que le droit vanuatais (notamment la coutume), mais aussi celui des autres États de la région étudiée, discrimine les femmes à plusieurs égards et n'est clairement pas appliqué de manière égale aux femmes et aux hommes. Nous croyons donc, sur la base de nos analyses et nos interprétations, que le droit constitue, dans certains cas (comme celui du domaine familial au Vanuatu), une source d'oppression pour les femmes.

Dans le chapitre suivant, nous allons vérifier la même hypothèse dans une perspective d'application ou de la mise en œuvre du droit international. Ainsi, l'adhésion des États du Pacifique Sud aux traités des droits fondamentaux apporte-t-elle un changement dans la vie des femmes?

CHAPITRE DEUXIÈME : LE RESPECT DES OBLIGATIONS INTERNATIONALES DES ÉTATS DU PACIFIQUE SUD ENTRAVÉ PAR L'APPLICATION DU DROIT COUTUMIER

INTRODUCTION

De prime abord, soulignons que le droit international qui nous intéresse dans ce chapitre porte sur le respect des droits fondamentaux. Il s'agit d'un droit qui n'a connu un réel développement qu'à partir de 1945 après les atrocités commises pendant la Seconde Guerre mondiale. Avant 1945, l'individu est abandonné à son gouvernement qui a une liberté totale sur la manière de le ou la traiter⁵¹⁴.

La *Charte de l'Organisation des Nations Unies* adoptée en cette même année constitue la base du système institutionnel international des droits fondamentaux. Elle ne contient pas de déclaration des droits fondamentaux en tant que telle, mais elle affirme à plusieurs reprises la nécessité de protéger ces droits. Elle précise par exemple que l'ONU a pour but, entre autres, de « réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion »⁵¹⁵.

La *Charte des Nations Unies* reconnaît en plus que la protection des droits fondamentaux n'est plus une question qui doit préoccuper uniquement l'État. Au contraire, c'est désormais une question qui intéresse non seulement tous les individus, mais aussi tous les gouvernements de la planète. Ainsi, son préambule proclame : « Nous peuples des Nations Unies résolus à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'Homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites »⁵¹⁶.

⁵¹⁴ Voir Jean-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 6e édition, Cowansville (Québec), Les éditions Yvon Blais Inc, 2012, à la page 729 [*Arbour et Parent, Droit international 2012*].

⁵¹⁵ La *Charte des Nations Unies*, art. 1(3) [*Charte Nations Unies*].

⁵¹⁶ Les articles 55 et 56 de la même Charte constituent une obligation *erga omnes* pour chaque État à l'égard de la communauté internationale de respecter les droits fondamentaux. L'article 55 dispose : « En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations spécifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux mêmes, les Nations Unies favoriseront : a. Le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social ; b. La solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation ; c. Le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans

On doit cependant l'avancée spectaculaire des droits fondamentaux à la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* qui a été adoptée en 1948⁵¹⁷ et qui a ouvert la voie à l'adoption des autres traités internationaux en matière de protection des droits fondamentaux, notamment les deux Pactes internationaux et pour ce qui nous concerne la CEDEF. Nous reviendrons sur les développements relatifs à cette *Déclaration* et à la CEDEF dans la deuxième partie de notre thèse.

Comme nous verrons dans le corps de ce chapitre, les États du Pacifique Sud dont le Vanuatu ont ratifié un certain nombre de ces traités internationaux relatifs aux droits fondamentaux. Ce faisant, ils s'engagent à s'acquitter de leurs obligations internationales en matière de protection des droits fondamentaux, y compris les droits des femmes. En effet, dès lors qu'un État conclut un traité, il doit exécuter les obligations qui en découlent en toute bonne foi⁵¹⁸. Ceci implique que cet État ne peut pas invoquer son droit interne pour justifier le non-respect de ses obligations internationales. Pareillement, il ne doit pas adopter des lois nationales contraires à ce traité. Il doit abroger ses anciennes lois contraires à celui-ci et harmoniser son droit interne avec ses obligations internationales.

Dans ce sens, il faut noter que le respect des obligations internationales d'un État se mesure non seulement par l'efficacité du système interne de protection des droits et libertés, mais aussi par la signature des instruments internationaux en la matière et la mise en œuvre de ces derniers à l'échelle du droit interne. Ici, nous étudierons la performance des États du Pacifique Sud et du Vanuatu quant à l'application des normes internationales en matière de droits fondamentaux dans leur droit interne.

Pour cela, nous clarifierons tout d'abord les rapports qu'entretiennent le droit interne et le droit international (Section I) avant d'aborder les défis de conformité aux obligations internationales de ces États (Section II). Même si d'autres difficultés notamment techniques et pratiques peuvent peser dans la réticence des États du Pacifique Sud à ratifier les instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, les défis d'ordre culturel constituent une limite non moins considérable à la ratification de ces instruments. Dans une troisième section, nous développerons un constat qui est le nôtre : celui d'une mise en œuvre et d'une application mitigées des conventions internationales en

distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ». L'article 56 énonce que « les membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation », [*Charte Nations Unies*], *supra* note 515.

⁵¹⁷ [*Déclaration Universelle*], *supra* note 266.

⁵¹⁸ [*Arbour et Parent, Droit international 2012*], *supra* note 514, à la page 177.

matière de droits fondamentaux, en particulier la CEDEF par ces États (Section III). L'analyse de la jurisprudence en matière d'application du droit international en droit interne va dans ce sens.

Notre objectif dans ce chapitre consiste à démontrer que la tension entre les droits fondamentaux et le droit coutumier constitue également un obstacle au respect du droit international des droits de la personne. Plus particulièrement, face au droit coutumier et à la pression culturelle, la CEDEF et les principaux instruments internationaux qui visent, entre autres, à protéger les femmes ne sont pas efficacement mis en œuvre dans le droit interne. Nous verrons donc que le droit, le système juridique (pluralisme juridique) et les institutions étatiques du Vanuatu ne sont pas efficaces dans la protection des droits des femmes. Ainsi, dans certains cas, le droit dans son ensemble non seulement produit des inégalités et des discriminations envers les femmes, mais il ignore également leurs réalités. Dans ce sens, il est important de préciser ici que nous ne critiquerons pas le droit international en tant que tel, mais plutôt le système juridique interne et les institutions nationales qui ont la responsabilité d'appliquer et de mettre en œuvre le droit international dans leur ordre juridique interne. Il s'agit comme nous l'avons souligné dans l'introduction générale de notre thèse, d'étendre notre analyse dans une perspective du respect des obligations internationales des États du Pacifique Sud et du Vanuatu en matière de droits fondamentaux, en particulier de droit à l'égalité des femmes.

SECTION I : LE DROIT INTERNATIONAL ET LE DROIT INTERNE : DES RAPPORTS BASÉS SUR UNE DOUBLE CONCEPTION

Dans cette section qui constitue plutôt une entrée en matière, nous allons voir comment le droit international prend effet dans le système juridique interne des États du Pacifique Sud, en particulier au Vanuatu. Nous examinerons comment et dans quelles limites le droit international pourrait être considéré comme faisant partie de l'ordre juridique interne (c'est-à-dire les étapes ou les exigences, s'il y en a, permettant au droit international de s'appliquer dans le système juridique interne)⁵¹⁹.

En réalité, comme un certain nombre de points que nous avons déjà traités plus haut, cette question des rapports entre le droit international et le droit interne présente deux aspects portant sur la théorie et la pratique.

D'abord, en ce qui concerne la théorie, elle a fait l'objet de plusieurs écrits et a donné lieu à des débats doctrinaux animés⁵²⁰. Dans tous ces débats, deux théories retiennent l'attention : le monisme et le dualisme (Paragraphe I). Alors que le premier favorise une application directe du droit international dans le droit interne, le deuxième exige l'adoption d'une loi interne incorporant le droit international dans l'ordre juridique interne.

Ensuite, l'aspect pratique relève de la réalité de l'intégration du droit international dans l'ordre juridique d'un État. Ainsi, dans un deuxième paragraphe, nous aborderons la pratique des États du Pacifique Sud, notamment le Vanuatu en matière de l'intégration du droit international dans leur ordre juridique national (Paragraphe II). Après avoir ratifié un traité, tout État a la liberté constitutionnelle de décider de la manière de l'incorporer dans son ordre interne⁵²¹. Cette intégration peut se faire automatiquement ou sous réserve d'une loi nationale de mise en œuvre. En somme, les États ont le devoir de conformer leur droit interne aux obligations de droit international en vertu de l'article 26 de la Convention de Vienne (*Pacta sunt servanda*). Ils ont par ailleurs le libre choix de

⁵¹⁹ Dejo Olowu, *International Law, A Textbook for the South Pacific*, Washington, CDPublishing.org, 2010, à la page 107 [**Olowu, International Law**].

⁵²⁰ Hans Kelsen, « Les rapports de système entre le droit international et le droit interne », (1926) 14 R.C.A.D.I. 231, cité par Jean-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 5e édition, Cowansville (Québec), Les éditions Yvon Blais Inc, 2006, à la page 161 et s. [**Arbour et Parent, Droit international 2006**] ; Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, à la page 430-452, cité par Arbour et Parent [**Arbour et Parent, Droit international 2006**], *supra* note 520) ; Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2012, à la page 445 et s. ; Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 6e édition, Paris, Montchrestien, 2004, à la page 165 et s.

⁵²¹ [**Arbour et Parent, Droit international 2012**], *supra* note 514, à la page 177.

moyens pour atteindre le résultat (c'est-à-dire comment incorporer le droit international dans le droit interne).

PARAGRAPHE I : LE MONISME ET LE DUALISME

La théorie moniste considère que le droit international et le droit interne constituent un seul ordre juridique. Par conséquent, en raison de sa supériorité, le droit international a préséance sur le droit interne en cas de conflit entre les deux. De plus, toujours selon cette théorie, aussitôt ratifié ou accepté, un traité est automatiquement incorporé dans le système interne d'un État. En d'autres termes, les tribunaux ont l'obligation de reconnaître et d'appliquer les règles et principes contenus dans ce traité sans avoir à attendre que ce dernier soit intégré par une loi en droit interne⁵²².

Au contraire, la théorie dualiste soutient que le droit international et le droit interne constituent deux systèmes distincts qui fonctionnent indépendamment l'un de l'autre. Par conséquent, le droit international ne peut directement s'appliquer dans le droit interne. Les règles du droit international doivent au préalable être transposées ou incorporées dans le droit interne afin de produire des effets dans le système interne. La transposition ou l'incorporation se fait habituellement par une loi nationale. La théorie dualiste accorde une importance particulière à la notion de la souveraineté de l'État. Ainsi, le droit interne l'emporte sur le droit international en cas de conflit.

Comme le font remarquer Jean-Maurice Arbour et Geneviève Parent, la construction moniste est non seulement la théorie la plus favorable à l'application du droit international parce que ce dernier n'a plus besoin de l'intermédiaire des gouvernements nationaux pour s'appliquer à l'interne, mais elle semble aussi être celle qui est le plus en accord avec l'hypothèse de la création d'une communauté universelle unie par un ordre juridique global⁵²³. À l'opposé, la théorie dualiste qui conditionne l'application effective du droit international à la volonté expresse des gouvernements constitue un danger pour le respect du droit international étant donné qu'en définitive, il revient à chaque État de décider de l'incorporation ou non de la règle de droit international et dans quelle mesure cela doit-il se faire.

⁵²² [Olowu, *International Law*], *supra* note 519, à la page 108-109

⁵²³ [Arbour et Parent, *Droit international 2006*], *supra* note 520, à la page 162.

Malgré l'opposition doctrinale sur les deux théories, la pratique montre qu'en réalité, les États combinent souvent ces deux approches (monisme et dualisme) dans l'application ou la mise en œuvre du droit international dans le droit interne. Tel est le cas dans certains États du Pacifique Sud où il apparaît parfois qu'un État moniste exige tout de même que l'application d'un traité passe par une action législative. L'inverse est également vrai lorsqu'un État dualiste applique directement un traité sans passer par une loi d'incorporation⁵²⁴. Dans ce sens, faut-il le souligner, d'une manière générale, les États qui connaissent l'approche dualiste (à l'exemple du Canada, du Royaume-Uni ou du Vanuatu) adoptent cependant le monisme lorsqu'il s'agit de l'application de la coutume internationale.

Dans le paragraphe suivant, nous allons étudier l'incorporation du droit international dans la pratique des États du Pacifique Sud. L'accent sera mis sur le Vanuatu qui constitue notre principale étude de cas.

PARAGRAPHE II : L'INCORPORATION DU DROIT INTERNATIONAL DANS LA PRATIQUE DES ÉTATS DU PACIFIQUE SUD

Dans plusieurs pays tels que les États-Unis, le Royaume-Uni, ou encore le Vanuatu, généralement, le monisme s'applique lorsqu'il s'agit d'une coutume internationale ou d'un principe général du droit international (1). Cependant, lorsqu'il est question des traités, ces États exigent généralement une action législative pour incorporer le droit international dans le droit interne (2).

1) L'application de la règle coutumière internationale dans le droit interne des États du Pacifique Sud : une manifestation moniste

De prime abord, soulignons brièvement ce qu'est la coutume internationale. L'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice* qui porte sur l'identification des sources du droit international dispose en son alinéa (b) que la coutume internationale constitue une pratique générale acceptée comme étant du droit⁵²⁵. Deux éléments composent cette définition : 1) une pratique générale et 2) une pratique générale acceptée comme étant du droit. La Cour internationale de Justice maintient

⁵²⁴ [Olowu, *International Law*], *supra* note 519, à la page 109.

⁵²⁵ *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, art. 38(b).

dans une jurisprudence constante, notamment dans l'arrêt *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord*⁵²⁶ que la preuve d'une coutume internationale implique la coexistence des deux éléments : un élément matériel (*consuetudo*) qui consiste à dire que l'acte considéré doit être constant ; et un élément psychologique (*opinio juris*) qui consiste en la conviction que cette pratique est obligatoire. Ainsi, la coutume internationale n'est autre chose qu'une pratique que les États observent avec la conviction réciproque de se comporter conformément au droit⁵²⁷. Souvent, lorsque les traités en vigueur n'offrent pas de solution à un problème particulier, les tribunaux internationaux se tournent vers les règles coutumières internationales.

Revenons maintenant à l'essentiel, c'est-à-dire à l'application de la règle coutumière internationale par les États. En effet, les États n'appliquent pas le droit coutumier international de la même manière que les traités dans leur droit interne. Ainsi, les règles régissant l'application de celui-ci (droit coutumier international) sont prévues soit par la Constitution, soit par la jurisprudence.

Au Royaume-Uni, l'ancien colonisateur de la plupart des États du Pacifique Sud, la jurisprudence établit que le droit coutumier international fait partie de l'ordre juridique interne. Par conséquent, les tribunaux anglais l'appliquent directement, sauf en cas de conflit avec les législations nationales où ces dernières l'emportent. Ainsi, dans l'affaire *Chung Chi Cheung v. The King*, Lord Atkin affirme ce qui suit : « The courts acknowledge the existence of a body of rules which nations accept among themselves. On any judicial issue they seek to ascertain what the relevant rule is, and having found it they will treat it as incorporated into the domestic law, so far as it is not inconsistent with rules enacted by statutes or finally declared by their tribunals »⁵²⁸.

Cette position a été contredite à quelques reprises par un certain nombre de décisions⁵²⁹. Mais c'est finalement l'arrêt *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*⁵³⁰ qui vient clore le débat en confirmant la théorie de l'incorporation qui retient la conception moniste en cas d'application de droit coutumier international.

Qu'en est-il des États du Pacifique Sud ? Il faut noter premièrement que cette position anglaise n'est retenue qu'implicitement par ses anciennes colonies du Pacifique Sud. Aucune Constitution de ces

⁵²⁶ *Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas*, [1969]), C.I.J., Recueil, 1969, à la page 3.

⁵²⁷ [*Arbour et Parent, Droit international 2006*], *supra* note 520, à la page 66.

⁵²⁸ *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 168.

⁵²⁹ *R. v. Keyn*, [1876] 2 Ex. D. 63 ; *West Rand Central Gold Mining Co c. The King*, [1905] 2 K.B. 391 ; *Reg. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Thakrar*, [1974] Q.B. 684.

⁵³⁰ *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 2 WLR 356.

États ne mentionne ou ne fait référence au droit coutumier international. Selon certains auteurs, en accédant à l'indépendance, ces anciennes colonies sont méfiantes vis-à-vis de leurs colonisateurs et refusent par conséquent d'adopter clairement la même position que ceux-ci avaient⁵³¹. Toutefois, par interprétation notamment constitutionnelle, les tribunaux nationaux de ces États du Pacifique Sud sont malgré tout compétents pour appliquer directement le droit coutumier international. Une telle application doit cependant être conforme à la Constitution. Un exemple typique de cette affirmation se trouve dans l'article 3 de la Constitution de Tuvalu qui dispose que :

« (1) This Constitution is supreme law of Tuvalu and, subject to subsection (2), any act (whether legislative, executive or judicial) that is inconsistent with it is, to the extent of the inconsistency, void. (2) All other laws shall be interpreted and applied subject to this Constitution, and, as far as is practicable, in such a way as to conform with it »⁵³².

Jennifer Corrin explique ainsi que même lorsque le droit international est incorporé dans le droit interne de ces États du Pacifique Sud, il ne saurait l'emporter sur la Constitution nationale considérée comme la loi suprême⁵³³. Cette expression « loi suprême » désignant la Constitution a d'ailleurs été employée par plusieurs de ces États⁵³⁴.

Pour ce qui concerne le Vanuatu en particulier, comme nous l'avons mentionné plus haut, la Constitution ne traite pas de l'application du droit coutumier international dans le droit interne et aucune décision de tribunal ne porte pour le moment sur celle-ci. Le Vanuatu étant un pays du Commonwealth, nous voyons cependant mal comment les tribunaux ne respectent pas la position anglaise advenant le cas où il est question du droit coutumier international.

En somme, comme dans les autres États du monde, lorsqu'il s'agit du droit coutumier international, c'est généralement le monisme qui a la faveur. Il n'en est cependant pas ainsi en ce qui concerne les traités.

⁵³¹ [Olowu, *International Law*], *supra* note 519, à la page 112.

⁵³² [Constitution of Tuvalu], *supra* note 265, art. 3.

⁵³³ [Corrin, « Cultural Relativism »], *supra* note 33, à la page 120.

⁵³⁴ L'article 2 de la Constitution de Vanuatu, l'article 3 de la Constitution de Tuvalu, l'article 2 de la Constitution des Iles Salomon, l'article 2 de la nouvelle Constitution des Iles Fidji et l'article 11 de la Constitution de la Papouasie-Nouvelle-Guinée.

2) L'application des traités internationaux dans le droit interne des États du Pacifique Sud : une manifestation dualiste

Dans ce sous-paragraphe, nous aborderons non pas la conclusion des traités qui sera traitée plus bas lorsque nous étudierons les défis de la ratification des conventions internationales, mais plutôt la mise en œuvre des traités dans le droit interne. Nous expliquerons notre choix plus loin. Comme nous l'avons souligné, l'application des traités dans le droit interne diffère d'un pays à un autre. Dans certains pays, après ratification, un traité s'applique immédiatement dans le droit interne. Dans d'autres, bien qu'il soit ratifié, le traité ne fera partie du droit interne que lorsque le Parlement national le permettra en adoptant une loi d'incorporation donnant effet à celui-ci. À titre d'exemple, au Royaume-Uni, encore une fois ancienne métropole des États du Pacifique Sud, bien que la conclusion des traités constitue une prérogative de la couronne, aucun traité ne produit des obligations en droit interne anglais tant que le Parlement national n'adopte une loi d'incorporation lui donnant effet. Ainsi, dans l'arrêt *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry*⁵³⁵, Lord Oliver affirme :

As a matter of the constitutional law of the United Kingdom, the royal prerogative, whilst it embraces the making of treaties, does not extend to altering the law or conferring rights on individuals or depriving individuals of rights which they enjoy in domestic law without the intervention of Parliament. Treaties, as it is sometimes expressed, are not self-executing. Quite simply, a treaty is not part of English law unless and until it has been incorporated into the law by legislation.

Pour la plupart des États du Pacifique Sud, en particulier ceux de la tradition de la *Common Law* (dont le Vanuatu), un traité ne fait partie de droit interne que lorsqu'il est incorporé dans le droit interne par une loi⁵³⁶. Alors que la majorité de ces États ne manifeste ce dualisme qu'en pratique, seuls le Vanuatu, la Papouasie-Nouvelle-Guinée (mais aussi le Tonga⁵³⁷ qui ne fait pas partie de notre étude de cas) ont adopté des dispositions constitutionnelles qui reconnaissent ce dualisme. La manifestation pratique dont il est question, comme nous verrons plus loin, s'explique notamment par le fait que les tribunaux n'appliqueront pas les traités internationaux tant que le parlement national n'adopte pas des lois soit pour les intégrer dans le droit interne, soit pour modifier ou abroger les législations contraires à ces traités.

⁵³⁵ *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry*, [1990] 2 AC 418, à la page 500.

⁵³⁶ [Olowu, *International Law*], *supra* note 519, à la page 114 ; [Corrin, « Cultural Relativism »], *supra* note 33, à la page 107-108.

⁵³⁷ L'article 39 de la Constitution de Tonga (1875) souligne : « It shall be lawful for the King to make treaties with the Foreign States provided that such treaties shall be in accordance with the laws of the Kingdom. It shall not be lawful for the King to alter the customs duties without the consent of the Legislative Assembly ».

Quant au Vanuatu, comme mentionné, la Constitution reconnaît expressément ce dualisme. En effet, l'article 26 de la Constitution du Vanuatu énonce que :

Les traités négociés par le Gouvernement sont soumis au Parlement pour ratification lorsqu'ils sont relatifs :

- a) aux organisations internationales, à la paix ou au commerce,
- b) lorsqu'ils engagent les finances publiques,
- c) lorsqu'ils sont relatifs à l'état des personnes,
- d) lorsqu'ils exigent la modification des lois du Vanuatu, ou encore
- e) lorsqu'ils emportent cession, échange ou adjonction du territoire⁵³⁸.

Il s'ensuit donc que tout traité ratifié ne s'applique dans le pays que lorsque le parlement national adopte une loi pour l'intégrer dans le droit interne. Ceci a été effectivement le cas avec la CEDEF⁵³⁹ et la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁵⁴⁰.

Pareillement, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, l'article 117 de la Constitution prévoit qu'un traité ratifié ne produit des obligations en droit interne que lorsqu'il est incorporé par une loi adoptée par le Parlement national. Plus particulièrement, l'alinéa 7 de cet article dispose que :

« Notwithstanding the consent of Papua New Guinea to be bound as a party to a treaty, no treaty forms part of the municipal law of Papua New Guinea unless, and then only to the extent that, it is given the status of municipal law by or under a Constitutional Law or an Act of Parliament »⁵⁴¹.

Cependant, cette disposition demeure en réalité lettre morte puisque la Papouasie-Nouvelle-Guinée n'a adopté aucune loi pour intégrer les six principaux traités ratifiés en la matière⁵⁴². Nous reviendrons sur les détails de la ratification plus loin. Toutefois, techniquement, comme nous verrons plus bas, en l'absence des lois nationales d'intégration, les tribunaux de la Papouasie-Nouvelle-Guinée peuvent conformément à l'article 39 de la Constitution, appliquer tout traité qu'il soit ratifié ou non.

Dans ce sens, il faut remarquer que le dualisme des États du Pacifique Sud n'est pas exempt de variations ou d'ambiguïtés. En effet, la pratique de ces États varie en fonction de leur dualisme plus ou moins prononcé. Ainsi, alors que certains pays comme le Tuvalu et les Iles Salomon respectent strictement l'approche traditionnelle britannique, les autres États de la région (y compris le

⁵³⁸ [Constitution du Vanuatu], art. 26, *supra* note 2.

⁵³⁹ [CEDAW Ratification Act], *supra* note 1.

⁵⁴⁰ [Convention on the Rights of Child Ratification Act], *supra* note 382.

⁵⁴¹ [Constitution of Papua New Guinea], *supra* note 253, art. 117 (7).

⁵⁴² Freda Talao, « Papua New Guinea : Country Report on Human Rights », (2009) 40(1) V. U. W. L. R. 1, à la page 8-10.

Vanuatu, les Iles Fidji, les Iles Samoa et la Papouasie-Nouvelle-Guinée) l'appliquent avec une certaine flexibilité. Voyons ici quelques décisions illustrant nos propos.

Ainsi, dans la décision *Tepulolo v. Pou*⁵⁴³ que nous étudierons plus bas, portant sur la garde de l'enfant et la discrimination sexuelle à l'égard de sa mère, et dans laquelle il a été question de l'application de la *Convention relative aux droits de l'enfant* et de la CEDEF (ratifiées pourtant par le pays), la Haute Cour de Tuvalu a refusé d'appliquer les deux conventions puisque le parlement n'a édicté aucune loi pour les incorporer dans le droit interne.

Au Vanuatu, dans l'affaire *Noel v. Toto* (déjà étudiée)⁵⁴⁴, la Cour suprême a appliqué la CEDEF pour accorder aux femmes, les mêmes droits fonciers dont les hommes disposent. Cependant, dans l'arrêt *Joli v. Joli*⁵⁴⁵ portant sur le partage des biens matrimoniaux entre un couple séparé, la Cour suprême a refusé d'appliquer cette Convention alors même qu'elle a déjà été incorporée dans le droit interne par une loi de ratification édictée par le Parlement national. La Cour se défend en soulignant qu'il revient au Parlement de décider comment l'égalité des femmes en matière de propriété matrimoniale doit s'opérer dans le pays.

Par ailleurs, dans un bon nombre de décisions, les tribunaux des Iles Fidji et de Samoa ont appliqué directement un certain nombre de traités sans que ceux-ci soient incorporés par des lois internes. Ainsi, dans l'arrêt *State v. Mutch*⁵⁴⁶, la Haute Cour de Fidji a appliqué la *Convention relative aux droits de l'enfant* sans qu'une loi nationale ne lui ait donné effet en droit interne. Aux Iles Samoa, dans l'affaire *Wagner v. Radke*⁵⁴⁷ de 1997, la Cour suprême de Samoa a appliqué la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*⁵⁴⁸ de 1980 dans un cas portant sur l'enlèvement international d'enfant, convention à laquelle le Samoa n'est pas signataire.

De même, comme nous l'avons mentionné, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, malgré sa position dualiste, les tribunaux peuvent, conformément à l'article 39 de la Constitution, recourir, entre autres, au droit international (dont la *Convention européenne des droits de l'homme* et les

⁵⁴³ [*Tepulolo*], *supra* note 386 ; Les Iles Cook (qui ne font pas partie de notre étude de cas) appliquent aussi de manière stricte l'approche traditionnelle britannique. En effet, dans la décision *R v. Smith*, [1999] la *High Court* a jugé que le Pacte des droits civils et politiques (ratifié par la Nouvelle-Zélande avec qui les Iles Cook sont associées) ne pouvait s'appliquer étant donné qu'aucune loi nationale n'a été adoptée pour le rendre effectif en droit interne.

⁵⁴⁴ [*Noel*], *supra* note 12.

⁵⁴⁵ [*Joli*], *supra* note 329.

⁵⁴⁶ *State v. Mutch*, [1999] FJHC 149.

⁵⁴⁷ *Wagner v. Radke*, [1997] WSSC 2 [*Wagner*].

⁵⁴⁸ *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, 25 octobre 1980.

conventions internationales en matière de droits fondamentaux) pour déterminer si une règle de droit est « raisonnablement justifiée dans une société démocratique » (notre traduction)⁵⁴⁹.

Les rapports entre le droit international et le droit interne des États de la région étant clarifiés, le temps vient désormais de rentrer dans le vif du sujet, c'est-à-dire démontrer, entre autres, que le droit coutumier et les pratiques culturelles de la région constituent un défi à l'application et au respect de droit international, en particulier la CEDEF dans le droit interne (ce que nous ferons dans les deux prochaines sections). Précisions toutefois que par souci de brièveté, nous traiterons essentiellement l'exemple du Vanuatu qui constitue notre principale étude de cas dans toute la thèse.

⁵⁴⁹ [*Constitution of Papua New Guinea*], *supra* note 253, art. 39 (3) (d) : « For the purposes of determining whether or not any law, matter or thing is reasonably justified in a democratic society that has a proper regard for the rights and dignity of mankind, a court may have regard to – (...) the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Protocols thereto, and any other international conventions, agreements or declarations concerning human rights and fundamental freedoms... ».

SECTION II : LES DÉFIS DE LA RATIFICATION COMME OBSTACLE AU RESPECT DU DROIT INTERNATIONAL

De prime abord, expliquons notre choix de traiter séparément la question de la ratification des instruments internationaux et des rapports entre le droit international et le droit interne que nous avons abordés plus haut. En effet, un de nos objectifs dans ce présent chapitre sur le droit international consiste à démontrer que les États du Pacifique Sud (dont le Vanuatu) n'appliquent pas comme ils se doivent de le faire, les conventions internationales en matière de droits fondamentaux. Plus que cela, plusieurs d'entre eux refusent de ratifier certaines conventions en la matière. Nous tenterons donc dans cette section de déterminer les différents défis qui se posent quant à la ratification par ces États de ces instruments.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, les obligations conventionnelles en matière de droits fondamentaux pèsent sur un État dès lors que celui-ci ratifie le(s) traité(s) en la matière. « La ratification est l'acte juridique par lequel un État donne son consentement définitif à une Convention qu'il a négociée et signée »⁵⁵⁰. Les traités exigent généralement le dépôt de l'instrument au siège des Nations Unies. L'article 25 alinéas 3 et 4 de la CEDEF dispose par exemple que : « la présente Convention est sujette à la ratification et les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les États. L'adhésion s'effectuera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général des Nations Unies »⁵⁵¹.

Dans les États du Pacifique Sud, mis à part le Vanuatu qui est le seul pays de la région à exiger la ratification par le Parlement national⁵⁵², les autres États de la région ratifient les traités internationaux sans trop de consultations avec les agences gouvernementales et la société civile. La décision de ratifier un instrument n'est prise que par le ministère des Affaires étrangères, le bureau de l'*Attorney General* ou un membre haut placé du gouvernement.

⁵⁵⁰ [Arbour et Parent, *Droit international 2012*], *supra* note 514, à la page 103 ; Nations Unies, Section des traités du Bureau des affaires juridiques, *Manuel des traités*, New York, Publications des Nations Unies, 2005, à la page 9-11.

⁵⁵¹ [CEDEF], art. 25 (alinéas 3-4), *supra* note 1.

⁵⁵² [Constitution du Vanuatu], *supra* note 2, art. 26 : « Les traités négociés par le gouvernement sont soumis au Parlement pour ratification lorsqu'ils sont relatifs aux organisations internationales, à la paix ou au commerce, lorsqu'ils engagent les finances publiques, lorsqu'ils sont relatifs à l'état des personnes, lorsqu'ils exigent la modification des lois du Vanuatu, ou lorsqu'ils emportent cession, échange ou adjonction de territoire ». Notons que selon les pays, la ratification peut relever soit de l'exécutif, soit de l'exécutif et du législatif ([Arbour et Parent, *Droit international 2012*], *supra* note 514, à la page 103.

Il est important de constater que la région du Pacifique enregistre le plus bas taux de ratification des principaux instruments en matière de droits fondamentaux comparativement aux autres régions du monde⁵⁵³. Ci-dessous, le tableau de la ratification de ces instruments par les États du Pacifique insulaire :

⁵⁵³ [Baird, « To Ratify »], *supra* note 43, à la page 2 ; [Olowu, « The United Nations »], *supra* note 43, à la page 163 ; Navanethem Pillay, « Ratification of International Human Rights Treaties: Added Value for the Pacific region », Suva, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Regional Office for the Pacific, Pacific Islands Forum Secretariat, July 2009, à la page vii.

PAYS	PIDESC ⁵⁵⁴	PIDCP ⁵⁵⁵	CDR ⁵⁵⁶	CEDEF ⁵⁵⁷	CT ⁵⁵⁸	CDE ⁵⁵⁹	CTM ⁵⁶⁰	CDPH ⁵⁶¹
Les Iles Cook	28.12. 1978	28.12. 1978	22.11. 1972	11.08. 2006		06.06. 1997		
Les États Fédérés de la Micronésie				01.09. 2004		05.05. 1993		
Fidji			11.01. 1973	28.08. 1995		13.08. 1993		
Kiribati				17.03. 2004		11.12. 1995		
Les Iles Marshall				02.03. 2006		04.10. 1993		
Nauru		12.11. 2001	12.11. 2001		12.11. 2001	27.07. 1994		
Niue	28.12. 1978	28.12. 1978	22.11. 1972	10.01. 1985		20.12. 1995		
Palau						04.08. 1995		
Papouasie- Nouvelle-Guinée			27.01. 1982	12.01. 1995		01.03. 1993		26.09.2013
Samoa				25.09. 1992		29.11. 1994		
Les Iles Salomon	17.03. 1982		17.03. 1982	06.05. 2002		10.04. 1995		
Tonga			16.02. 1972			06.11. 1995		
Tuvalu				06.11. 1999		22.09. 1995		
Vanuatu		21.11. 2008		08.09. 1995	12.07. 2011	07.07. 1993		17.05. 2007

⁵⁵⁴ *[Pacte des droits sociaux, économiques et culturels]*, supra note 314.

⁵⁵⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 *[Pacte des droits civils et politiques]*.

⁵⁵⁶ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195.

⁵⁵⁷ *[CEDEF]*, supra note 1.

⁵⁵⁸ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85.

⁵⁵⁹ *[Convention relative aux droits de l'enfant]*, supra note 382.

⁵⁶⁰ *Convention sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles*, 18 décembre 1990, 2220 R.T.N.U. 3.

⁵⁶¹ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, 2515 R.T.N.U. 3.

Ce faible niveau de ratification des traités en la matière démontre bien la réticence et le manque d'intérêt des États de la région à respecter les normes internationales portant sur les droits fondamentaux. Ces États font face à des défis considérables non seulement d'ordre technique/pratique (Paragraphe I), mais aussi ceux d'ordre culturel, c'est-à-dire théorique/philosophique (Paragraphe II)⁵⁶².

PARAGRAPHE I : LES DÉFIS D'ORDRE TECHNIQUE ET PRATIQUE

Les défis d'ordre technique et pratique tiennent premièrement en la technique d'incorporation des conventions internationales en matière de droits fondamentaux dans l'ordre interne des États du Pacifique Sud (1). Comme nous l'avons vu plus haut, les États de la région (y compris le Vanuatu) adoptent la technique dualiste pour incorporer les traités internationaux dans leur ordre juridique interne. Or, cette technique peut, dans certains cas, constituer un frein au respect des normes internationales en matière de droits fondamentaux, donc aussi aux droits des femmes.

Ces défis découlent ensuite des ressources financières et humaines limitées de ces États (2). Ces États sont non seulement isolés du reste du monde de par leur géographie, mais ils sont aussi considérés comme des micros-États de par leur superficie, le volume de leur population et leurs infimes capacités économiques⁵⁶³. Ainsi, l'adhésion au droit international leur coûte très cher. La question de leur capacité à remplir les exigences liées à la production des rapports prévues dans les instruments internationaux en la matière se pose d'une manière évidente.

1) Les défis liés à la technique d'incorporation des instruments internationaux dans le droit interne

La question à laquelle nous allons tenter de répondre dans ce sous-paragraphe consiste à se demander en quoi la technique dualiste adoptée par les États de la région (point que nous avons déjà traité plus haut) constitue un défi au respect des obligations internationales de ces États en matière de droits fondamentaux. Précisons qu'il ne s'agit pas ici d'une répétition. En effet, dans la première

⁵⁶² [Baird, « To Ratify »], *supra* note 43, à la page 3.

⁵⁶³ Jean Pipité, *La situation internationale du Vanuatu depuis l'indépendance*, Thèse de doctorat, Paris, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 2007, à la page 37.

section, nous avons expliqué les techniques d'incorporation du droit international dans le droit interne. Dans ce présent sous-paragraphe, nous allons démontrer de quelle manière la technique dualiste adoptée par les États de la région constitue un obstacle au respect du droit international.

D'abord, comme nous l'avons vu, la théorie dualiste considère le droit international comme un ordre distinct de celui du droit interne. Par conséquent, le droit international doit être intégré dans l'ordre interne par une loi nationale. Il s'agit d'un processus non seulement long, mais aussi complexe et surtout confus pour les autorités chargées de ratifier les conventions internationales. Sur ce dernier point en particulier, Imrana Jalal note que les États du Pacifique Sud font souvent l'erreur de croire qu'ils doivent avant tout prendre des mesures législatives pour se conformer à un traité international avant de le ratifier⁵⁶⁴. Or, le processus de conformité à une obligation conventionnelle débute après la ratification. Il s'agit selon cette auteure, d'une des raisons qui expliquent le faible taux de ratification de ces États. De plus, comme mentionné, la théorie dualiste favorise une procédure de ratification longue et complexe qui retarde considérablement l'application des instruments internationaux ratifiés. Ainsi, les tribunaux de certains États de la région refusent d'appliquer des conventions internationales qui ont été ratifiées depuis plusieurs années puisque le Parlement national tarde à adopter des lois pour les intégrer dans le droit interne. Ce faisant, le Parlement sous-estime l'autorité de l'exécutif qui a ratifié les conventions et qui s'attend à ce que le Parlement les intègre dans le droit interne. Encore plus important, ce manquement du Parlement national retarde non seulement l'application des conventions internationales dans le droit interne, mais aussi le respect du droit international en matière de droits fondamentaux⁵⁶⁵. À titre d'exemple, dans la décision *Tepulolo v. Pou*⁵⁶⁶ que nous étudierons en détail plus loin, même si Tuvalu avait déjà ratifié la CEDEF et la *Convention relative aux droits de l'enfant*, la Haute Cour a refusé d'appliquer les deux Conventions en question parce que comme elle l'a mentionné, aucune loi n'avait été spécifiquement adoptée par le Parlement pour leur donner effet en droit interne. Sur le plan de la théorie du droit international et sur la question de la ratification en particulier, l'on ne peut reprocher à la Haute Cour une telle décision puisqu'elle respecte la position dualiste retenue par Tuvalu. Nous considérons cependant que cette technique dualiste constitue, dans certains cas, un obstacle au respect du droit international des droits fondamentaux et donc aussi aux droits des femmes.

⁵⁶⁴ [Jalal, « **Pacific Culture** »], *supra* note 43, à la page 8.

⁵⁶⁵ [Jalal, « **Pacific Culture** »], *supra* note 43, à la page 8.

⁵⁶⁶ [*Tepulolo*], *supra* note 386 ; Voir aussi [Farran, « **A Mother's Care or Land** »], *supra* note 39.

2) Les défis liés aux ressources humaines et financières

Les mécanismes permettant aux États d'honorer leurs obligations en matière de droits fondamentaux demandent des ressources non seulement humaines, mais aussi matérielles et financières. Ainsi, les exigences liées à la production des rapports périodiques de mise en œuvre des conventions internationales sont des contraintes réelles pour les États du Pacifique Sud quant à la ratification des traités internationaux en matière de droits fondamentaux. La production de ces rapports requiert des ressources humaines et financières importantes. Or, le manque de personnes compétentes en matière de droits fondamentaux conduit parfois à l'embauche de consultants étrangers pour écrire de tels rapports. Très peu de gouvernements ont la capacité d'écrire leurs propres rapports. Ces consultants étrangers coûtent cher à l'État.

De plus, le ministère responsable de la mise en œuvre de la Convention doit aussi préparer une délégation pour aller à New York ou à Genève afin de présenter le rapport et engager un dialogue avec le comité de la Convention. Ce processus de dialogue place un fardeau supplémentaire sur les États du Pacifique Sud. Il demande une équipe de fonctionnaires connaissant la matière (parfois, les ONG sont incluses dans l'équipe gouvernementale) pour accompagner le premier ministre ou un ministre et participer au dialogue et répondre aux questions des membres du comité. Il requiert non seulement de la capacité technique, mais aussi des ressources financières pour le voyage, l'hébergement, les dépenses journalières dans les villes qui coûtent cher et pour des périodes allant parfois jusqu'à deux voire trois semaines. Plusieurs États du Pacifique, spécialement les plus petits, ont des difficultés à libérer leurs fonctionnaires pendant une période aussi longue⁵⁶⁷.

Toutes ces obligations constituent une pression et un défi à relever considérant les budgets limités de ces petits États. Comme résultat, la majorité des États du Pacifique Sud qui ont ratifié un certain nombre de conventions internationales n'ont pas respecté leurs obligations liées à la production des rapports périodiques. Ils ont produit les rapports avec plusieurs années de retard. Le Vanuatu a présenté son rapport de mise en œuvre de la CEDEF avec une dizaine d'années de retard. Il a ratifié la Convention en 1995, mais n'a rendu son rapport initial et son deuxième et troisième rapports périodiques qu'en 2007 lors de la 38e session de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 mai au 1^{er} juin 2007. Les quatrième et cinquième rapports périodiques attendus en 2012 ne sont rendus

⁵⁶⁷ Sur la question du manque des ressources financières et personnelles : [Jalal, « Pacific Culture »], *supra* note 43, à la page 7 ; [Angelo, « Lo Bilong »], *supra* note 41, à la page 40 ; [Baird, « To Ratify »], *supra* note 43, à la page 4.

qu'en 2014 avec 2 ans de retard. Nous reviendrons sur les détails de ces rapports plus bas.

Cependant, l'argument relatif au manque des ressources financières doit être relativisé. La prospérité économique nationale n'est pas une condition préalable à l'accès aux instruments internationaux protégeant les droits fondamentaux. En effet, Dejo Olowu démontre avec des statistiques à l'appui que les États du Pacifique Sud sont financièrement plus avantagés que plusieurs pays d'Afrique et de l'Amérique latine. Or, plusieurs de ces derniers adhèrent aux instruments internationaux des droits fondamentaux des Nations Unies et produisent presque régulièrement leurs rapports périodiques⁵⁶⁸.

De plus, les États du Pacifique Sud bénéficient constamment de l'aide financière et technique apportée par des pays étrangers et les ONG sur place pour ratifier et mettre en œuvre les conventions internationales en la matière. Ainsi, en ce qui concerne la CEDEF, ces pays ont bénéficié de l'aide aussi bien financière que technique de l'Australie et la Nouvelle-Zélande, des groupes des femmes, des ONG, du bureau des femmes du Secrétariat de la Communauté du Pacifique Sud et l'UNIFEM pour ratifier et mettre en œuvre cette Convention. Ainsi, le rapport initial, le deuxième et le troisième rapport du Vanuatu sur celle-ci ont été produits grâce au financement fourni par le Haut-Commissaire de la Nouvelle-Zélande et celui de l'Australie à Port Vila et au soutien technique fourni par l'UNIFEM Pacifique⁵⁶⁹.

Par ailleurs, les justifications liées aux contraintes financières vont à l'encontre de l'essence même du système des droits fondamentaux des Nations Unies⁵⁷⁰. En effet, il est clair que les instruments internationaux en la matière obligent les États à adopter des mesures appropriées pour respecter les droits fondamentaux⁵⁷¹. Cependant, une marge d'appréciation est laissée aux États quant à la mise en œuvre des dispositions de ces traités. Autrement dit, on demande aux États de faire de leur mieux dans une telle exécution⁵⁷². Les obligations positives des États ne doivent donc pas être strictement

⁵⁶⁸ [Olowu, « The United Nations »], *supra* note 43, à la page 163 ; Voir par exemple le cas de Cameroun ou de Cuba qui produisent presque régulièrement leurs rapports périodiques sur la mise en œuvre de la CEDEF.

⁵⁶⁹ Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Rapport initial et deuxième et troisième rapports périodiques combinés des États parties, Vanuatu*, CEDAW/c/VUT/1-3, 30 November 2005, en ligne : [http://genre.francophonie.org/IMG/pdf/Vanuatu_CEDEF.pdf] (accessible le 28 novembre 2013). (Ces rapports ont été écrits en 2005 et présentés en 2007) [CEDEF, *Rapport initial, deuxième et troisième Vanuatu*]; [Jalal, « Pacific Culture »], *supra* note 43, à la page 8.

⁵⁷⁰ [Olowu, « The United Nations »], *supra* note 43, à la page 165.

⁵⁷¹ [Pacte des droits civils et politiques], *supra* note 555 ; [Pacte des droits sociaux, économiques et culturels], *supra* note 314, art. 2(1) ou encore [CEDEF], art. 2, *supra* note 1.

⁵⁷² Nations Unies, *International Human Rights Instrument, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 mai 2005, à la page 3-7, en ligne : [<http://www.unhcr.org/refworld/publisher,HRI,,42d177274,0.html>] (accessible le 12 décembre 2012) ; [Olowu, « The United Nations »], *supra* note 43, à la page 165.

interprétées dans des termes financiers ou budgétaires. Elles reposent aussi sur l'adoption des politiques appropriées. Ces obligations requièrent des États de prendre des mesures concrètes favorisant le respect des droits des citoyens. Par exemple, dans ces pays du Pacifique Sud où la discrimination à l'égard des femmes est systémique ou « institutionnalisée », les États signataires des instruments portant sur les droits fondamentaux ont l'obligation de prendre des mesures appropriées permettant de combattre ces discriminations.

En somme, nous reconnaissons la pertinence de l'argument de manque de ressources, particulièrement pour ces petits États du Pacifique Sud. Cependant, celui-ci doit être relativisé puisque de telles limites sont surmontables dès lors qu'il existe une volonté politique de la part de l'État de respecter ses engagements internationaux.

PARAGRAPHE II : LES DÉFIS D'ORDRE CULTUREL (THÉORIQUE ET PHILOSOPHIQUE)

Les défis d'ordre théorique et philosophique tiennent tout d'abord à l'idée que la ratification des instruments internationaux en la matière n'est pas nécessaire étant donné les garanties constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux dans ces États (1). Ces défis découlent ensuite des affirmations selon lesquelles les valeurs contenues dans les traités portant sur les droits fondamentaux ne correspondent pas aux valeurs culturelles du Pacifique⁵⁷³ (2). Comme nous le verrons, les États du Pacifique Sud invoquent souvent leurs valeurs culturelles ou le droit coutumier pour justifier le manque d'engagement et le manque de respect de leurs obligations internationales. Ils prêtent attention à ne pas bouleverser ou heurter les communautés traditionnelles et les chefs coutumiers qui jouent un rôle non négligeable dans le gouvernement local. Ces raisons expliquent, entre autres, l'hésitation de ces États à ratifier les conventions internationales en matière de droits fondamentaux.

⁵⁷³ Konai Helu Thaman, « Cultural Rights : A Personal Perspective » dans Margaret Wilson et Paul Hunt, dir., *Culture, Rights, and Cultural Rights Perspectives from the South Pacific*, Wellington, Huia Publishers, 2000, 1, à la page 2-3 [Thaman, « Cultural Rights : Personal Perspective »].

1) Les garanties constitutionnelles

En enchâssant les droits fondamentaux dans leurs constitutions respectives, ces États considèrent qu'il n'y a plus lieu de fournir d'efforts supplémentaires dans le domaine des droits fondamentaux. Ils estiment que leurs constitutions respectives suffisent à garantir les droits fondamentaux et qu'il est inutile d'aller chercher ailleurs⁵⁷⁴.

Or, malgré les garanties constitutionnelles portant sur la protection du droit à l'égalité et à la non-discrimination dans les États du Pacifique Sud, la discrimination à l'égard des femmes demeure largement répandue⁵⁷⁵. Comme nous l'avons vu dans notre premier chapitre, la discrimination envers les femmes est non seulement systémique, mais aussi « institutionnalisée ». Par ailleurs, très peu de femmes occupent des postes à responsabilité tels que ceux des juges, des ministres ou encore des gouverneurs bien qu'elles soient aussi compétentes que les hommes. Ainsi, au Vanuatu, dans la législature 2012-2016, aucune femme n'est élue comme membre au Parlement national.

En somme, les violations des droits fondamentaux en particulier des droits des femmes se perpétuent d'une manière générale dans toute la région.

Même si elle n'est pas la solution miracle, nous pensons que la ratification des Conventions internationales pourrait donner des outils supplémentaires aux tribunaux et à la communauté civile pour faire pression sur l'État.

2) Les critiques de la conception occidentale des droits fondamentaux

Dans le même ordre d'idée, l'on note une certaine réticence voire une certaine méfiance de la part des États du Pacifique Sud vis-à-vis des instruments internationaux et des droits fondamentaux parce qu'ils considèrent que ces derniers sont étrangers et constituent par la même occasion une menace pour leurs valeurs culturelles.

⁵⁷⁴ [Brown, « Customary Law »], *supra* note 40, à la page 33 ; Anita Jowitt, « The Notion of Human Rights », dans Anita Jowitt et Tess Newton Cain, dir., *Passage of Change, Law, Society and Governance in the Pacific*, Canberra ACT, Pandanus Books, 2003, 185, à la page 185 et 191 ; [Angelo, « Lo Bilong »], *supra* note 41, à la page 33 et 39 ; [Olowu, « The United Nations »], *supra* note 43, à la page 159.

⁵⁷⁵ [Olowu, « The United Nations »], *supra* note 43, à la page 161.

Ainsi, toutes les fois où les critiques relatives au non-respect des engagements internationaux se font entendre, l'argument des différences culturelles est invoqué pour contrecarrer celles-ci. Les particularités culturelles des sociétés du Pacifique Sud sont avancées pour justifier le manque d'engagement et le peu d'intérêt des États dans le respect des droits fondamentaux⁵⁷⁶.

Cet argument en faveur des particularités culturelles est renforcé davantage par le soutien d'un certain nombre de chercheurs et commentateurs qui conceptualisent les droits fondamentaux comme des normes qui ne doivent s'appliquer, voire exister, que lorsque les valeurs coutumières des sociétés du Pacifique Sud le permettent. Ainsi Yash Ghai argumente que les droits fondamentaux qui ont été incorporés dans la Constitution de l'État océanien doivent être interprétés dans une perspective non pas des droits individuels, mais plutôt des droits collectifs eu égard à la culture⁵⁷⁷. Ah Angelo soutient que tout document relatif aux droits fondamentaux (y compris le traité) mis en œuvre dans la région doit reconnaître et mettre de l'avant les impératifs culturels de la région⁵⁷⁸. De même, Leulua'iali'i Tasi Malifa avance que même si elles ne l'expriment pas explicitement, les constitutions des États du Pacifique Sud ont vocation à protéger les valeurs sociétales du Pacifique Sud⁵⁷⁹. En somme, ces auteurs considèrent que les droits garantis aux individus (notamment les droits fondamentaux) doivent être interprétés et appliqués dans le respect des valeurs culturelles de ces États.

Par ailleurs, les États du Pacifique critiquent le système des droits fondamentaux parce qu'ils considèrent que celui-ci ne reflète que la culture occidentale. Ce point de vue est accepté par certains compte tenu de l'accent mis dans le passé sur les libertés et droits individuels. Il y a eu effectivement très peu d'attention portée aux droits collectifs et aux devoirs, des concepts qui ont plus de résonance dans les cultures des États du Pacifique Sud⁵⁸⁰. Nous reviendrons sur la question du relativisme culturel plus loin. Pour l'heure, cet argument explique le peu d'engagements de la part des États du Pacifique à respecter les droits fondamentaux prévus dans les instruments des droits fondamentaux ainsi que l'absence dans la région d'un débat sérieux quant à l'établissement d'un instrument régional des droits fondamentaux.

⁵⁷⁶ [Olowu, « **The United Nations** »], *supra* note 43, à la page 160 ; [Thaman, « **Cultural Rights : Personal Perspective** »], *supra* note 573, à la page 2-3 ; [Frame, « **Fundamental Rights** »], *supra* note 40, à la page 88 ; [Brown, « **Customary Law** »], *supra* note 40, à la page 34 ; [Malifa, « **The Rights Conflict** »], *supra* note 41, à la page 120.

⁵⁷⁷ [Ghai, « **Constitutionnal** »], *supra* note 41, à la page 1 et 3 ; [Olowu, « **The United Nations** »], *supra* note 43, à la page 160.

⁵⁷⁸ [Angelo, « **Lo Bilong** »], *supra* note 41, à la page 40 ; [Olowu, « **The United Nations** »], *supra* note 43, à la page 160.

⁵⁷⁹ [Malifa, « **The Rights Conflict** »], *supra* note 41, à la page 125 ; [Olowu, « **The United Nations** »], *supra* note 43, à la page 161.

⁵⁸⁰ [Wickliffe, « **Cultural Rights** »], *supra* note 40, à la page 129-130 ; [Olowu, « **The United Nations** »], *supra* note 43, à la page 167 ; [Angelo, « **Lo Bilong** »], *supra* note 41, à la page 39.

En conclusion de cette deuxième section, nous avons vu qu'il existe un certain nombre de défis à la ratification par ces États des instruments internationaux en matière de protection des droits fondamentaux. Ceux-ci sont liés à la technique d'incorporation de ces instruments dans le droit interne et dans une certaine mesure, aux ressources humaines et financières limitées des États du Pacifique Sud qualifiés de micros-États. Pareillement, les particularités culturelles des États du Pacifique Sud et du Vanuatu constituent des défis non moins considérables en la matière. Ainsi, malgré les avis contraires, la défense des particularités culturelles par les États du Pacifique Sud constitue à notre sens, un certain frein au respect de leurs obligations internationales en matière de droits fondamentaux, et donc au droit à l'égalité des femmes.

SECTION III : UNE MISE EN ŒUVRE ET UNE APPLICATION MITIGÉES DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX, NOTAMMENT LA CEDEF EN DROIT INTERNE

Une fois l'instrument international ratifié, l'État doit respecter les obligations qui en découlent ; c'est à dire, entre autres, changer ses politiques nationales pour se conformer à l'instrument ; prendre des mesures de redressement pour atteindre les objectifs prévus dans l'instrument ; et intégrer les principes affirmés dans l'instrument dans tous ses programmes et activités. Ces principes doivent être intégrés non seulement dans les politiques et programmes de l'État, mais aussi être pris en compte dans les actions et dans la prise de décision à tous les niveaux et dans tous les secteurs du gouvernement. Il faut aussi noter qu'après la ratification des instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, les citoyens s'attendent légitimement à ce que les principes qui y sont affirmés s'appliquent immédiatement à l'échelle du droit interne⁵⁸¹. Précisions que nous allons ici traiter de la CEDEF, instrument international qui nous intéresse particulièrement.

Cependant, la mise en œuvre et l'application concrètes de ces instruments (la CEDEF en l'espèce) dans les États du Pacifique Sud sont mitigées compte tenu, entre autres, de l'attachement de ces États à leurs valeurs culturelles traditionnelles. Nous allons vérifier cette hypothèse par une analyse approfondie de l'examen des rapports périodiques du Vanuatu par le Comité pour la CEDEF (Paragraphe I), mais aussi de l'application de cette dernière par les tribunaux nationaux (Paragraphe II). Nous verrons donc que certaines valeurs protégées par le droit coutumier non seulement sont discriminatoires envers les femmes, mais produisent aussi des inégalités à l'égard de celles-ci. Autrement dit, le droit et le pluralisme juridique au Vanuatu (mais aussi dans les autres États de la région) ignorent à plusieurs égards les intérêts des femmes et s'alignent essentiellement sur ceux des hommes.

⁵⁸¹ *Minister for Immigration v. Teoh*, [1995] ALR 353. Dans cette décision de la Haute Cour de l'Australie, la question s'est posée de savoir si la *Convention relative aux droits de l'enfant* (**[Convention relative aux droits de l'enfant]**, *supra* note 382) doit être appliquée alors que l'Australie a ratifié la Convention, mais n'a pas pris des mesures pour l'incorporer dans son droit interne. La Cour a soutenu que même si de telles conventions ne peuvent être utilisées comme une source directe de droits et obligations individuels, le fait de ratifier une convention est une déclaration positive au monde et au peuple d'Australie que le gouvernement et ses agences agiront conformément à la convention étant donné que le peuple australien et la communauté internationale ont le droit de s'attendre à ce que le gouvernement australien et ses agences respectent les principes de la convention. Ainsi, en ratifiant la CEDEF, l'Australie a créé une attente légitime selon laquelle le gouvernement australien et ses agences agiront en conformité avec les principes de la Convention.

PARAGRAPHE I : LA VÉRIFICATION DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA CEDEF PAR LE MOYEN DES RAPPORTS PÉRIODIQUES

À la suite de la ratification, les États parties ont une obligation de présenter des rapports sur la mise en œuvre de l'instrument au Comité de ce dernier. Ainsi, pour ce qui est de la CEDEF, les États parties s'engagent, en vertu de l'article 18⁵⁸², à présenter un rapport sur les mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif ou autre qu'ils ont adoptées pour donner effet aux dispositions de la Convention et sur les progrès réalisés à cet égard, dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la Convention dans l'État intéressé, puis tous les quatre ans, ainsi qu'à la demande du Comité⁵⁸³. Le rapport non seulement porte sur les mesures prises par les États parties pour se conformer aux normes de la non-discrimination à l'égard des femmes, mais souligne aussi les difficultés qui peuvent se poser quant à l'adoption de ces mesures⁵⁸⁴.

Chaque instrument des droits fondamentaux prévoit un comité indépendant qui a pour mission de surveiller la mise en œuvre de l'instrument au niveau interne. Le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes est créé et régi par les articles 17 à 22 de la CEDEF. Ce Comité est composé de 23 experts compétents dans les domaines couverts par la Convention. Les États parties nomment leurs propres candidats nationaux et la sélection finale est faite lors d'une réunion spéciale au siège des Nations Unies où les membres du Comité sont élus par les représentants des États parties.

Comme les autres instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, la CEDEF dispose d'un Protocole facultatif entré en vigueur en 2000⁵⁸⁵ permettant notamment aux individus de déposer des plaintes directement au Comité. En effet, il permet aux femmes individuellement ou aux groupes de déposer des plaintes en rapport avec la violation des droits protégés par la Convention devant le Comité, mais seulement une fois que les recours internes sont épuisés. Ce dernier met aussi en place une procédure selon laquelle le Comité peut enquêter sur des situations de violation grave ou systémique des droits des femmes. Ces procédures de surveillance et de

⁵⁸² [CEDEF], art. 18, *supra* note 1.

⁵⁸³ Nations Unies, « Instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme, Compilation des directives générales concernant la présentation et le contenu des rapports à présenter par les États parties aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme », HRI/GEN/2/Rev.1/add.2, 13 mai 2003, en ligne : [[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/HRI.GEN.2.Rev.1.Add.2.Fr?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/HRI.GEN.2.Rev.1.Add.2.Fr?Opendocument)] (accessible le 25 novembre 2013).

⁵⁸⁴ Catherine Tinker, « Human Rights for Women : The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women », (1980) 3 Hum. Rts. Q. 32, à la page 38-39.

⁵⁸⁵ *Le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 6 octobre 1999, 2131 R.T.N.U. 83.

vérification constituent effectivement la pièce maîtresse de la mise en œuvre et l'application des droits fondamentaux des femmes prévus dans la Convention⁵⁸⁶. Elles mettent une certaine pression sur les États parties à donner effet à la CEDEF. Le Vanuatu a ratifié le Protocole facultatif de la CEDEF par la *Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Ratification) Act*⁵⁸⁷ en novembre 2006. Nous reviendrons sur les communications ou les décisions du Comité pour la CEDEF dans la deuxième partie de notre thèse lorsque nous traiterons du cadre conventionnel de la protection des droits fondamentaux. Il est plutôt question ici d'examiner les rapports soumis par le Vanuatu au Comité pour la CEDEF, afin d'évaluer les efforts du Vanuatu quant à la mise en œuvre des dispositions de la CEDEF.

Ainsi, le processus de préparer, de présenter les rapports et d'en discuter encourage les gouvernements à réfléchir et à revoir des domaines dans lesquels ils doivent fournir des efforts supplémentaires pour permettre une égalité réelle entre les femmes et les hommes. Une fois les rapports soumis, le Comité les lit, pose des questions aux représentants de l'État, fait des commentaires et des recommandations. Il s'ensuit un dialogue constructif entre le Comité et les représentants du pays présentant le rapport. Dans ce sens, lors de sa 38^e session en 2007, le Comité pour la CEDEF a posé un certain nombre de questions aux représentants du Vanuatu après avoir lu le rapport initial, les deuxième et troisième rapports combinés du Vanuatu sur la mise en œuvre de la Convention⁵⁸⁸. Ensuite, dans les quatrième et cinquième rapports périodiques soumis récemment en 2014, il a été surtout question, entre autres, de vérifier si les recommandations du Comité lors des rapports précédents ont été prises en compte par le pays⁵⁸⁹. Soulignons ici que les quatrième et cinquième rapports de 2014 ont été soumis dans un document unique contrairement aux rapports précédents qui ont été présentés dans différents documents traitant notamment des questions posées par le Comité, des réponses des représentants du Vanuatu et des recommandations du Comité. Nous constatons donc, dans les récents rapports (2014), l'absence des échanges (questions et réponses) entre les représentants du Vanuatu et le Comité pour la CEDEF, ce qui a été le cas dans les rapports précédents (2007). Les récents rapports ont été beaucoup plus brefs que les précédents (rapport

⁵⁸⁶ Sally Engle Merry, « Constructing a Global Law : Violence Against Women and The Human Rights System », (2003) 28 Law and Social Inquiry 941, à la page 948 [Engle Merry, « Constructing a Global »].

⁵⁸⁷ *The Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Ratification) Act* 2006.

⁵⁸⁸ Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Liste de questions suscitées par le rapport initial et les deuxième et troisième rapports périodiques combinés, Vanuatu*, CEDAW/VUT/Q/3, 14 mai-1^{er} juin 2007, en ligne : [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/555/42/PDF/N0655542.pdf?OpenElement>] (accessible le 22 novembre 2013) [CEDEF, *Liste de questions Vanuatu*].

⁵⁸⁹ Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Quatrième et cinquième rapports périodiques, Vanuatu*, CEDAW/C/VUT/4-5, en ligne [http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=29] (accessible le 1^{er} juillet 2015) [CEDEF, *Quatrième et Cinquième Rapports Vanuatu*].

initial, deuxième et troisième rapports périodiques). Il y a donc moins de matières quant à l'objet de notre étude. Ceci explique pourquoi nous nous concentrons principalement ici sur l'étude des rapports de 2007.

Nous n'examinerons dans ce paragraphe que les questions ayant un rapport avec l'objet de notre sujet, à savoir le droit coutumier ou les coutumes et pratiques traditionnelles et le droit à l'égalité des femmes dans le domaine familial⁵⁹⁰. Ainsi, nous aborderons premièrement le dialogue entre le Comité et les représentants du Vanuatu sur la mise en œuvre des articles 2 et 5 de la CEDEF : les coutumes et les règles de conduite sociales et culturelles discriminatoires à l'égard des femmes (1). Nous traiterons ensuite du dialogue constructif sur la mise en œuvre des articles 15 et 16 de la Convention portant sur l'égalité devant la loi et le droit à l'égalité des femmes dans la famille.

1) L'examen des rapports du Vanuatu : les coutumes et les règles de conduite sociales et culturelles discriminatoires à l'égard des femmes

L'examen des rapports du Vanuatu par le Comité pour la CEDEF montre, entre autres, que le droit coutumier ou les coutumes constituent, dans certains cas, un obstacle à la mise en œuvre de la CEDEF dans le droit interne. Nous verrons que dans certains cas, le gouvernement vanuatais a failli à ses obligations internationales en n'adoptant pas des mesures appropriées pour corriger les situations inégalitaires que vivent les femmes. Ce faisant, le gouvernement et ses institutions nationales renforcent la subordination des femmes dans une société déjà dominée par les hommes.

Voyons ici quelques exemples des échanges entre les représentants du Vanuatu et le Comité lors de l'examen du rapport initial, des deuxième et troisième rapports périodes combinés du Vanuatu examinés en 2007.

Sur les discussions liées aux articles 1 et 2 de la CEDEF⁵⁹¹, le Comité a posé la question suivante aux représentants de Vanuatu : selon le rapport⁵⁹², une étude commanditée en 2000 par l'association *Vanuatu Women in Politics (VANWIP)*, qui visait à revoir tous les textes législatifs

⁵⁹⁰ Les autres sujets qui sont abordés dans les rapports sont : le budget du Ministère de la Condition féminine, l'éducation pour tous, notamment des jeunes filles, les femmes au travail et l'accessibilité des femmes aux services de santé.

⁵⁹¹ L'article 1 de la CEDEF porte sur la définition de la discrimination à l'égard des femmes et l'article 2 porte sur l'obligation des États parties à prendre des mesures appropriées pour modifier les lois et coutumes discriminatoires à l'égard des femmes, [CEDEF], *supra* note 1.

⁵⁹² [CEDEF, *Rapport initial, deuxième et troisième Vanuatu*], *supra* note 569, à la page 36-52.

afin qu'ils n'établissent pas de différence entre les sexes, a conclu que sur les 208 lois étudiées, 12 contenaient des dispositions discriminatoires. Dans le rapport, le Vanuatu a admis qu'il existe des lois et des coutumes qui sont discriminatoires à l'égard des femmes. Le Comité demande aux représentants du Vanuatu d'indiquer quelles mesures ont été prises pour modifier ou abroger ces lois et ces règles et pour abolir ou modifier ces coutumes et pratiques conformément à l'alinéa f) de l'article 2 de la CEDEF⁵⁹³.

La réponse des représentants du Vanuatu⁵⁹⁴ à la question a été la suivante : le bureau de l'*Attorney General* a reçu les recommandations de la part des ministères responsables proposant les amendements pour une seule loi parmi les 12 lois discriminatoires⁵⁹⁵. Cependant notent les représentants, la Commission sur la citoyenneté prépare actuellement un projet d'amendement pour modifier la *Citizenship Act* (Cap 112)⁵⁹⁶. Ils notent aussi que la *Penal Code Act* (Cap 135) a été amendée en 2006 pour remplacer les mots, expressions ou parties qui établissent des différences entre les sexes.

Il est curieux de constater que les représentants du Vanuatu n'ont pas répondu à la deuxième partie de la question portant sur les coutumes ou les pratiques traditionnelles discriminatoires à l'égard des femmes. À notre sens, ceux-ci n'ont pas de réponse à donner puisque l'État n'a pas pris des mesures appropriées, comme il lui incombe de le faire, pour éliminer ou du moins limiter les effets néfastes de ces coutumes et pratiques sur les femmes. Dans ce sens, le « rapport fantôme » préparé par les ONG et évaluant la situation des femmes au Vanuatu, note l'existence de conflit entre les droits fondamentaux et le droit coutumier et recommande que la Constitution soit amendée et qu'il y soit précisé qu'en cas de conflit, les garanties constitutionnelles de l'égalité doivent l'emporter sur les coutumes qui discriminent à l'égard des femmes⁵⁹⁷.

⁵⁹³ [CEDEF, *Liste des questions Vanuatu*], *supra* note 588, à la page 1.

⁵⁹⁴ United Nations, Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Responses to the List of Issues and Questions With Regard to the Consideration of the Combined Initial, Second and Third Periodic Reports, Vanuatu*, CEDAW/C/VUT/Q/3/Add.1, 14 May -1 June 2007, à la page 2, en ligne : [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/207/98/PDF/N0720798.pdf?OpenElement>] (accessible le 22 novembre 2013). [CEDEF, *Responses Vanuatu*]. (Les réponses n'étaient pas et n'ont toujours pas été traduites en français. Ceci explique pourquoi la référence est en anglais).

⁵⁹⁵ Les 12 lois discriminatoires recensées sont *Maintenance of Family Act* 1966 (Cap 42), *Control of Marriage Act* 1966, (Cap 45), *Maintenance of Children Act* 1966, *Marriage Act* 1970, *Matrimonial Causes Act* 1986, *Citizenship Act* 1980 (Cap 112), *Employment Act* 1983 (Cap 160), *Immigration Act* 1972 (Cap 166), *Rent Taxation Act* 1986 (Cap 196), *Chamber of Commerce and Industry of Vanuatu Act* 1995, et *Mental Hospital Act* 1965 (Cap 38).

⁵⁹⁶ Cette loi a finalement été modifiée en 2013 par *Citizenship Amendment Act*. Avant 2013, conformément à l'article 10 de cette loi, seules les femmes étrangères mariant les hommes vanuatais pouvaient demander la nationalité vanuataise. Les femmes vanuataises mariant les étrangers n'avaient pas ce privilège, c'est-à-dire que leurs maris n'avaient pas le droit de demander la nationalité vanuataise. Cet article a été amendé en 2013 et le même privilège a aussi été accordé aux femmes vanuataises.

⁵⁹⁷ [CEDAW *Shadow Report*], *supra* note 95, à la page 10.

Les discussions ont ensuite été menées, entre autres, sur l'article 5 de la Convention. Premièrement, le Comité souligne qu'à travers le rapport de mise en œuvre de la CEDEF, il est fait référence à des structures, normes et attitudes sociales et à des rôles stéréotypés profondément enracinés dans les traditions et les coutumes, et qui contribuent à perpétuer la discrimination sexuelle dans tous les domaines de la société et défavorisent considérablement les femmes.⁵⁹⁸ Il demande aux représentants du Vanuatu d'indiquer quelles sont les mesures concrètes qui ont été prises, ou qui sont envisagées, afin de modifier ou de transformer les règles de conduite sociales et culturelles des hommes et des femmes conformément à l'article 5 a) de la Convention, ainsi que les progrès éventuels obtenus dans leur application.

En réponse à cette question, les représentants du Vanuatu soulignent la définition détaillée de la violence intrafamiliale prévue par la nouvelle loi sur la protection de la famille⁵⁹⁹. Selon celle-ci, une personne commet un acte de violence intrafamiliale lorsqu'il ou elle commet à l'encontre d'un membre de sa famille un des actes suivants : a) agresse un membre de la famille (qu'il y ait ou non la preuve de blessures physiques); b) abuse de, harcèle ou intimide psychologiquement un membre de la famille, c) abuse sexuellement d'un membre de la famille, d) traque un membre de la famille en lui causant la peur ou l'appréhension, e) se comporte d'une manière indécente envers un membre de la famille, f) cause des dommages à la propriété d'un membre de la famille, g) menace de commettre un des actes dans les paragraphes (a) à (f). En somme, selon les représentants du Vanuatu, un acte singulier ou un certain nombre d'actes ou des comportements stéréotypés peuvent constituer un acte de violence conjugale, même s'ils apparaissent comme étant mineurs.

Les représentants du Vanuatu notent ensuite que depuis que le rapport sur la mise en œuvre de la Convention a été écrit, des progrès considérables ont été réalisés par le pays pour reconnaître et traiter la question de l'exclusion des personnes vivant avec des handicaps, notamment les femmes⁶⁰⁰. Le gouvernement a endossé le *Biwako Millenium Framework for Action*⁶⁰¹ qui consiste

⁵⁹⁸ [CEDEF, *Liste des questions Vanuatu*], *supra* note 588, à la page 2.

⁵⁹⁹ Ce projet de loi adopté en 2008 est baptisé *Family Protection Act* (**[Family Protection Act]**, *supra* note 3). Il est entré en vigueur le 2 mars 2009. La violence conjugale est définie dans son article 4 (1) : « A person commits an act of domestic violence if he or she intentionally does any of the following acts against a member of his or her family : a) Assaults the family member (whether or not there is evidence of a physical injury, b) Psychologically abuses, harasses or intimidates the family member, c) sexually abuses that family member, d) stalks that family member so as to cause him or her apprehension or fear, e) behaves in an indecent or offensive manner to the family member, f) damages or causes damage to the family member's property, g) threatens to do any of the acts in paragraphs (a) to (f) » ; [CEDEF, *Responses Vanuatu*], *supra* note 594, à la page 5.

⁶⁰⁰ [CEDEF, *Responses Vanuatu*], *supra* note 594, à la page 6 et s.

à reconnaître et à améliorer les conditions et les droits des personnes handicapées. Sur les sept priorités identifiées dans le document, le gouvernement a fait de la question des femmes vivant avec des handicaps, la deuxième de ses priorités. En 2004, le gouvernement a approuvé un programme des politiques à adopter pour des personnes handicapées dans lequel la question des femmes vivant avec des infirmités est identifiée comme la priorité numéro trois sur neuf priorités. Un comité national sur le handicap a été établi en février 2006. Ce comité est composé, entre autres, d'un homme et d'une femme tous deux vivant avec des handicaps. Une politique nationale sur la question des personnes vivant avec des handicaps a été approuvée par le Conseil des ministres en 2007⁶⁰². Nous notons cependant que ces politiques ne sont pas efficacement mises en œuvre par manque de moyens⁶⁰³. Les conditions des personnes vivant avec des handicaps au Vanuatu sont bien précaires et difficiles.

De plus, les représentants du Vanuatu notent que du 27 août au 1^{er} septembre 2006, le Forum National des femmes organisé et coordonné par le ministère de la Condition féminine a été tenu à Port Vila. Cent femmes actives venant de toutes les provinces ont été invitées à participer et à discuter du Programme *Working Together for Women* adopté en 1996 et retraçant 12 domaines critiques du Programme d'Action de Beijing importants pour l'avancement de la cause des femmes au Vanuatu. Les actions envisagées et la politique du gouvernement relative à l'égalité sexuelle ont été au centre des discussions pendant ce Forum. Un plan d'action pour les femmes pour la période 2007-2011 a aussi été rédigé et adopté début 2007⁶⁰⁴. Soulignons qu'après cette période, le gouvernement par l'intermédiaire du ministère de la Condition féminine a travaillé sur la mise en œuvre du document intitulé *Priority Action Agenda 2012-2016*⁶⁰⁵ qui inclut, entre autres, l'égalité des femmes. Sur ce point, deux principaux objectifs fixés sont d'atteindre le quota de 30 pour cent des femmes au Parlement national et de procéder à l'analyse différenciée selon les sexes dans toutes les politiques du gouvernement (nous reviendrons sur cette question d'analyse différenciée selon les sexes dans notre deuxième partie). Nous notons que le ministère de la Condition féminine a

⁶⁰¹ Le *Biwako Millenium Framework for Actions* a été adopté en 2002 par les chefs des gouvernements d'Asie et du Pacifique à Biwako au Japon. Le programme inclut la période de 2002 à 2012 (United Nations, ESCAP, *Biwako Millenium Framework for Action : Towards an Inclusive Barrier-free and Rights-based Society for Persons With Disabilities in Asia and the Pacific*, 28 octobre 2002).

⁶⁰² Cette politique couvre la période de 2008-2015 et consiste à promouvoir le respect des droits des personnes vivant avec des handicaps.

⁶⁰³ *Vanuatu Daily Post*, « A Hand Up for Disabled », 1^{er} juin 2012, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/hand-disabled>] (accessible le 25 octobre 2013).

⁶⁰⁴ Department of Women's Affairs, Government of Vanuatu, *National Plan of Action for Women*, Port Vila, May 2007.

⁶⁰⁵ Vanuatu Government, *The Priority Action Agenda 2012-1016*, Port Vila, 2012 ; Republic of Vanuatu, *Elimination and Prevention of Violence Against Women and Girls*, 57th Commission on the Status of Women, New-York, 4-15 March 2013, 1, en ligne : [<http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/generaldiscussion/memberstates/Vanuatu.pdf>] (accessible le 20 novembre 2013) [***Vanuatu, Elimination and Prevention***].

récemment finalisé un autre document intitulé *National Gender and Women Empowerment Policy 2013-2023*⁶⁰⁶. Celui-ci non seulement fournit les directives à suivre et les stratégies à adopter pour éliminer les inégalités sexuelles, mais prévoit aussi le plan de coordination entre les différents ministères pour intégrer l'analyse différenciée selon le sexe dans toutes les politiques du gouvernement.

Le Comité pour la CEDEF souligne ensuite qu'il est constaté dans le rapport que l'un des obstacles qui empêchent la promotion des femmes est la pratique du prix de la mariée (que nous avons déjà abordée) et que l'attribution d'une valeur matérielle à des êtres humains va à l'encontre des droits fondamentaux et enfreint l'alinéa a) de l'article 5 de la CEDEF⁶⁰⁷. Cette pratique empêche les femmes de sortir d'une relation violente ou possiblement violente. Le Comité demande à la délégation du Vanuatu d'indiquer quelles sont les mesures prises ou envisagées pour résoudre ce problème.

En réponse à cette question, les représentants du Vanuatu ont noté que le 21 avril 2005, le Conseil National des Chefs a annoncé que la politique qu'il a lui-même adoptée en 1995 en fixant le prix de la mariée à 80 000 vatus est révoquée⁶⁰⁸. En effet, en 1983, le Conseil National des Chefs du Vanuatu (*Malvatumauri*)⁶⁰⁹ a adopté une politique nationale de la coutume dans laquelle il reconnaît que la pratique de prix de la mariée est une coutume du Vanuatu et par conséquent, doit continuer à se pratiquer. En 1995, il fixe le prix maximal de la mariée à 80 000 vatus. En fixant un tel prix, le Conseil National des Chefs cherche à faire de la dot, un échange de biens coutumiers pour apprécier ou sonder la relation entre les familles des mariés. Les maris ne pourront plus dire qu'ils ont payé leur femme. En 2005, sur la pression des mouvements des femmes, le Conseil a aboli sa politique sur le prix de la mariée. La nouvelle politique veut que tous les paiements ou échanges coutumiers (que ce soit pour le mariage, changement de grade d'un chef ou des funérailles) doivent être faits en n'échangeant que des biens coutumiers sans argent. Tous les chefs des conseils des îles, des conseils des quartiers, des conseils des districts ou des conseils des villages ont été encouragés à promouvoir cette nouvelle politique et ont été instruits par le Conseil National des Chefs à respecter cette nouvelle politique. Le ministère de la Condition féminine fait en sorte que cette révocation soit massivement diffusée dans les médias locaux.

⁶⁰⁶ [*Vanuatu, Elimination and Prevention*], *supra* note 605, à la page 2.

⁶⁰⁷ [*CEDEF, Liste des questions Vanuatu*], *supra* note 588, à la page 2.

⁶⁰⁸ [*CEDEF, Responses Vanuatu*], *supra* note 594, à la page 7.

⁶⁰⁹ National Council of Chiefs, *Custom Policy of the Malvatumauri*, Port Vila, 1983, art. 8 et 25 ; [*Lindstrom et White, Culture*], *supra* note 486, à la page 229-247 ; [*Tor et Toka, Gender*], *supra* note 45, à la page 30 ; National Council of Chiefs, *Custom Policy of the Malvatumauri*, Port Vila, 1995.

Or, comme nous l'avons vu dans notre premier chapitre, malgré la révocation susmentionnée du prix maximum de la mariée, les familles au Vanuatu continuent à pratiquer la dot. En effet, la dot est considérée comme faisant partie de la coutume du peuple du Vanuatu puisque celui-ci la pratique depuis des générations. Avec le développement de l'économie monétaire, il est difficile de penser de nos jours à une dot consistant en un simple échange de biens en nature (cochons, aliments...) sans argent. Comme nous l'avons vu, souvent, les maris qui donnent de l'argent comme paiement de la dot considèrent qu'ils ont tous les droits sur leurs femmes, notamment celui de la châtier.

Le Comité demande ensuite aux représentants du Vanuatu de fournir une évaluation des effets du plan d'action du ministère pour la période 2003-2006 sur les pratiques et attitudes discriminatoires et stéréotypées des rôles des hommes et des femmes⁶¹⁰. Les représentants du Vanuatu ont répondu qu'aucune évaluation n'a été faite des retombés du plan d'action 2003-2006 du ministère de la Condition féminine⁶¹¹.

La réaction suivante du Comité était liée à la question de la violence à l'égard des femmes. Il note que selon le rapport, le projet de loi sur la protection familiale devait être présenté au Parlement en 2004⁶¹². Il demande aux représentants du Vanuatu d'indiquer si ce projet de loi a été adopté et en préciser la portée, en spécifiant notamment s'il contient une disposition sur les recours disponibles au pénal et au civil en cas de violence intrafamiliale.

Les représentants du Vanuatu ont répondu, entre autres, que le projet de loi sur la protection familiale a été rédigé en 1997 et présenté au Parlement le 9 novembre 2005⁶¹³. Il a ensuite été envoyé à un Comité spécial pour consultation qui devait en faire un rapport au Parlement en mars 2006. Or, ce Comité n'a été mis en place qu'en mars 2006. En décembre 2006, un atelier a été organisé et coordonné par le ministère de la Condition féminine et qui avait pour but d'inviter tous les membres du Parlement et de leur expliquer le projet de loi et ses implications. Trente-deux sur cinquante-deux membres du Parlement y ont participé. À la suite de l'atelier, les membres du Comité spécial ont suivi deux jours de formation sur le projet de loi et son implication.

⁶¹⁰ [CEDEF, *Liste des questions Vanuatu*], *supra* note 588, à la page 2.

⁶¹¹ [CEDEF, *Responses Vanuatu*], *supra* note 594, à la page 7.

⁶¹² [CEDEF, *Liste des questions Vanuatu*], *supra* note 588, à la page 2. ; [CEDEF, *Rapport initial, deuxième et troisième Vanuatu*], *supra* note 569, Paragraphe 4.14.

⁶¹³ [CEDEF, *Responses Vanuatu*], *supra* note 594, à la page 7.

Ils soulignent que le projet de loi a pour objectif de préserver et promouvoir des relations conjugales harmonieuses⁶¹⁴. Les hommes et les femmes sont traités de manière égale selon cette loi. Les ordonnances de protection familiale peuvent être obtenues par les victimes de violence conjugale et les personnes qui commettent une telle violence seront sanctionnées. La loi ne s'applique qu'aux membres de la famille, y compris toute personne traitée comme un membre de famille, qui commet des actes de violence intrafamiliale à l'encontre d'un membre de la famille. Pour qu'un acte soit considéré comme un acte de violence conjugale, il doit être intentionnel. La violence conjugale comprend le harcèlement ainsi que d'autres formes de violence ou de mauvais traitements, qu'ils soient commis directement ou indirectement. La peine maximale prévue pour un acte de violence conjugale est de cinq ans d'emprisonnement ou une amende de 100 000 vatus (1000 dollars américains) ou les deux peines cumulées. La victime de la violence intrafamiliale peut aussi demander des réparations financières lors de la poursuite criminelle.

Ils notent aussi que la loi prévoit dans l'alinéa premier de l'article 10 que l'argument relatif au paiement de la dot n'est pas une défense à l'infraction criminelle commise. Ils notent en plus que la peine prévue à l'alinéa 1 est additionnelle et ne remplace pas toute autre peine qui pourrait être prononcée. De plus, une personne (instigatrice) qui conseille ou encourage quelqu'un à commettre un acte de violence intrafamiliale est considérée comme commettant cet acte et l'alinéa 1 de cet article s'applique. Si une personne est reconnue coupable de l'infraction prévue dans cet article, le tribunal peut, en déterminant la peine qui lui sera imposée, prendre en compte toute compensation ou réparation faite ou qui sera faite par celle-ci dans la coutume. Si une telle compensation ou réparation n'est pas prévue, et que le tribunal est convaincu qu'elle doit être faite sans retard, il peut ajourner le procès en attendant que celle-ci ait lieu.

Nous constatons ici qu'en voulant éliminer les pratiques coutumières discriminatoires à l'égard des femmes et surtout la violence à l'encontre des femmes, le législateur a de nouveau consacré dans cette loi la coutume ou la pratique de réconciliation qui peut être nuisible ou avoir des conséquences néfastes sur les femmes⁶¹⁵. En effet, comme nous l'avons mentionné dans le premier chapitre de cette partie, la pratique de réconciliation coutumière porte atteinte au droit de la victime (qui est souvent la femme) à une réparation juste, équitable et proportionnée et donc au droit à l'égalité des femmes.

⁶¹⁴ [CEDEF, *Responses Vanuatu*], *supra* note 594, à la page 7.

⁶¹⁵ [Jalal, « Harmful Practices »], *supra* note 341, à la page 14. Dans le *Shadow Report* ([CEDAW Shadow Report], *supra* note 95), cette idée n'a pas été mentionnée puisque la *Family Protection Act* 2008 ([Family Protection Act], *supra* note 3) n'a pas encore été adoptée, mais les femmes se sont opposées aux pratiques coutumières discriminatoires à leur égard, à la page 16-17.

Pour ce qui concerne les quatrième et cinquième rapports de 2014, comme mentionné plus haut, il a été question notamment de vérifier si les recommandations formulées par le Comité dans les précédents rapports (rapport initial, deuxième et troisième rapports périodiques combinés) ont été prises en compte par le pays. Nous y reviendrons plus bas lorsque nous aborderons les recommandations finales du Comité.

2) L'examen des rapports du Vanuatu : l'égalité devant la loi et le droit à l'égalité des femmes dans la famille

Sur cette question, une fois de plus, les échanges entre les représentants du Vanuatu et le Comité dans les rapports de 2007 (rapport initial, les deuxième et troisième rapports périodiques combinés) sont particulièrement intéressants. Ainsi, le Comité pose des questions liées aux articles 15 et 16 de la CEDEF. Il constate qu'il est mentionné dans le rapport qu'une analyse récente a montré que de graves conflits existent entre les droits fondamentaux des femmes et le droit coutumier⁶¹⁶. Il demande aux représentants du Vanuatu d'indiquer quelles sont les mesures actuellement prises pour régler ce problème, notamment afin de réformer la loi et de mettre en œuvre des programmes de formation et de vulgarisation juridique. Il leur demande également d'indiquer si les décisions de justice dont il est question aux paragraphes 15 (3) et 15(4)⁶¹⁷ du rapport ont été largement diffusées.

En réponse à cette question, les représentants du Vanuatu notent qu'il n'y a ni mesure, ni action entreprises concernant cette question⁶¹⁸. Les décisions de justice sont mises en ligne sur le site PACCLII (www.vanuatu.usp.fj) de l'école de droit de l'Université du Pacifique Sud. Cependant, cette information n'est disponible que pour les personnes éduquées, qualifiées et ayant accès à l'ordinateur, l'électricité et à l'internet. Ainsi, les décisions des tribunaux n'ont pas été largement répandues.

Une fois de plus, les représentants du Vanuatu évitent de répondre à la question de conflit entre le

⁶¹⁶ [CEDEF, *Rapport initial, deuxième et troisième Vanuatu*], *supra* note 569, Paragraphe 15.2 ; [CEDEF, *Liste des questions Vanuatu*], *supra* note 588, à la page 5.

⁶¹⁷ Il s'agit de deux importantes décisions de la Cour suprême du Vanuatu en matière de conflit entre le droit coutumier et les droits fondamentaux. Nous les avons examinées précédemment. La première décision *Noel v. Toto* ([Noel], *supra* note 12), porte entre autres sur le conflit entre le droit coutumier et le droit à l'égalité des femmes, la deuxième décision *Public Prosecutor v. Walter Kota and Ten Others*, porte sur le conflit entre le droit coutumier et le droit à la libre circulation d'une femme ([Walter Kota], *supra* note 435) ; [CEDEF, *Rapport initial, deuxième et troisième Vanuatu*], *supra* note 569, Paragraphes 15(3) et 15(4).

⁶¹⁸ [CEDEF, *Responses Vanuatu*], *supra* note 594, à la page 19.

droit coutumier et les droits fondamentaux (en particulier le droit à l'égalité des femmes).

Par ailleurs, le Comité note qu'il est dit dans le rapport que l'âge minimum légal du mariage diffère au Vanuatu selon qu'il s'agit d'un garçon ou d'une fille, soit 18 ans pour les garçons et 16 ans pour les filles⁶¹⁹. Il demande aux représentants du Vanuatu de fournir des données statistiques, ventilées par sexe et par âge, des personnes qui se marient avant 18 ans, en indiquant si le gouvernement propose de relever à 18 ans l'âge minimum du mariage pour les filles afin de l'harmoniser avec les dispositions de l'article 1 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, à l'alinéa 2 de l'article 16 de la CEDEF, et conformément au paragraphe 36 de la *Recommandation générale n°21* du Comité pour la CEDEF⁶²⁰.

Les représentants du Vanuatu ont soutenu que la définition du mariage dans le recensement de 1999 impliquait le mariage civil, le mariage coutumier et le mariage religieux⁶²¹. Ils ont noté que les personnes vivant dans des relations de fait doivent aussi être prises en considération notamment lorsqu'il est question de l'état matrimonial, puisque celui-ci concerne également ceux qui vivent ensemble même s'ils n'ont procédé à aucune forme de mariage qu'il soit civil, coutumier ou religieux⁶²². Ils ont fait remarquer que le rapport du recensement de 1999 montre que certains jeunes (femmes et hommes) n'ayant pas l'âge de la majorité contractent le mariage. Ces données ont été confirmées dans le dernier recensement de 2009⁶²³. En effet, la *Control of Marriage Act* dispose qu'aucune personne de sexe masculin âgée de moins de 18 ans et aucune personne de sexe féminin âgée de 16 ans ne peut contracter légalement un mariage. Le plan d'action national pour les femmes 2007-2011 inclut une recommandation du Forum national pour les femmes qui s'est tenu le 27 août 2006, consistant à mettre en place une législation ou amender les législations existantes afin de permettre à ce que les femmes comme les hommes aient le même âge minimum de mariage, à savoir 18 ans. Cependant, selon nos recherches, le bureau de l'*Attorney General* n'a reçu aucune directive pour modifier les lois dans ce sens.

Cette analyse des rapports périodiques consistant à vérifier la mise en œuvre de la CEDEF permet de constater que plusieurs réponses données par les représentants du Vanuatu sont incomplètes et

⁶¹⁹ [CEDEF, *Rapport initial, deuxième et troisième Vanuatu*], *supra* note 569, Paragraphe 16.8 ; [CEDEF, *Liste des questions Vanuatu*], *supra* note 588, à la page 5.

⁶²⁰ Comité pour la CEDEF, *Recommandation générale n°21, Égalité dans le mariage et dans les rapports familiaux*, 1994, paragraphe 36.

⁶²¹ [CEDEF, *Responses Vanuatu*], *supra* note 594, à la page 19.

⁶²² Aleks Collingwood Bakeo, *Vanuatu National Population and Housing Census 1999 : Main Report*, Port Vila, National Statistics Office, 2000 ; [CEDEF, *Responses Vanuatu*], *supra* note 594, à la page 20.

⁶²³ Ministry of Finance and Economic Management, *2009 Population Census*, Port Vila, 2009, à la page 24.

manquent des détails pour la simple raison qu'il n'y a pas assez d'efforts fournis pour mettre efficacement en œuvre la CEDEF, notamment dans le domaine familial et socioculturel. Ce constat est le même pour la grande majorité des pays de la région. Il s'agit clairement d'un manquement aux obligations internationales de ces États. Dans le domaine de la famille par exemple, le « rapport fantôme »⁶²⁴ du Vanuatu note que le droit familial vanuatais est oppressif et désavantage considérablement les femmes en renforçant les discriminations à leurs égards, notamment dans le domaine du mariage, de la garde des enfants, de la pension alimentaire et de la propriété matrimoniale. Nous ne reviendrons pas ici sur les détails de ces discriminations qui ont déjà été abordés dans le premier chapitre de cette partie de thèse.

Sur la question de l'égalité devant la loi et de droit de la famille (article 15 et 16 de la CEDEF), les quatrième et cinquième rapports de 2014 ne notent aucune amélioration. Ils soulignent par exemple que la loi encadrant le mariage qui accorde aux femmes l'âge minimum de mariage à 16 ans n'est toujours pas modifiée⁶²⁵.

Une fois de plus, les quatrième et cinquième rapports périodiques combinés vérifient si les précédentes recommandations du Comité (rapport initial, deuxième et troisième rapports périodiques combinés) sur les questions de droit de la famille ont été prises en compte par le pays. Nous y reviendrons dans le sous-paragraphe qui suit.

3) Les recommandations finales du Comité sur le droit coutumier

Pour finir, dans ses observations finales de 2007⁶²⁶ rendues après le dialogue avec les autorités vanuataises, le comité a fait part de ses inquiétudes quant au conflit entre le droit coutumier et les droits fondamentaux, notamment des femmes. En effet,

il constate avec beaucoup d'inquiétude que la Constitution accorde aux normes culturelles et religieuses dont certaines portent préjudice aux droits fondamentaux des femmes, un statut égal à celui des normes juridiques. Il s'inquiète en outre que le principe de l'égalité entre femmes et hommes et l'interdiction de la discrimination

⁶²⁴ [CEDAW Shadow Report], *supra* note 95, à la page 30-31.

⁶²⁵ [CEDEF, *Quatrième et Cinquième Rapports Vanuatu*], *supra* note 589, à la page 46.

⁶²⁶ Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : Vanuatu*, Doc off AG NU, 38e Sess., CEDAW/C/VUT/CO/3, 14 mai au 1^{er} juin 2007, paragraphes 10, 11, 22 et 23, en ligne : [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/375/67/PDF/N0737567.pdf?OpenElement>] (accessible le 29 novembre 2013) [CEDEF, *Observations finales Vanuatu*].

n'aient pas la primauté sur les normes contradictoires du droit coutumier⁶²⁷.

Le Comité s'inquiète aussi qu'aucune loi nationale ne définisse la discrimination à l'encontre des femmes conformément à l'article 1 de la CEDEF⁶²⁸. Par conséquent, il demande à l'État partie de prendre des mesures appropriées pour corriger ces manquements. Concrètement,

il demande à l'État partie d'énoncer clairement la primauté du principe de l'égalité des femmes et des hommes et de l'interdiction de la discrimination sur le droit coutumier. Il l'engage à inclure dans le droit national une définition de la discrimination à l'encontre des femmes qui comprend la discrimination directe et indirecte, conformément à l'article premier de la CEDEF, et l'invite à sensibiliser les magistrats, les avocats et les procureurs aux dispositions de la Convention et de son Protocole facultatif⁶²⁹.

Les quatrième et cinquième rapports périodiques soumis en 2014 ont révélé qu'une Commission des lois⁶³⁰ a été établie pour étudier les lois susceptibles de contenir des dispositions discriminatoires et d'en proposer des réformes⁶³¹. Nous reviendrons sur le rôle de cette Commission dans la deuxième partie de notre thèse. Mais pour l'heure, précisons que des efforts ont été effectivement fournis par le gouvernement, mais la question de la problématique relative à la tension entre le droit coutumier les droits fondamentaux des femmes demeure entière. De plus, aucune loi nationale n'intègre la définition de discrimination sexuelle au sens de l'article 1 de la CEDEF, c'est-à-dire interdisant la discrimination directe et indirecte.

Par ailleurs, dans les rapports de 2007, le Comité s'inquiète de la persistance des coutumes, des attitudes patriarcales et des stéréotypes profondément ancrés préjudiciables envers les femmes. En effet, le Comité

⁶²⁷ [CEDEF, *Observations finales Vanuatu*], *supra* note 526, paragraphe 10. Des observations similaires ont aussi été faites pour certains États africains et sud américains connaissant le pluralisme juridique. Ainsi, dans les conclusions du rapport de la Namibie sur la CEDEF, le comité avertit le pays sur les risques de l'application du droit coutumier pour les femmes namibiennes. Il note entre autres, que le droit coutumier est parfois cause de discrimination. En effet, les femmes qui contractent le mariage coutumier ne bénéficient pas du droit foncier et du droit à la protection en cas de polygamie (Comité pour la CEDEF, *Les experts du CEDEF avertissent des risques de l'application du droit coutumier pour les femmes namibiennes*, A.G.N.U., 759e et 760e séances, FEM/1592, 17 janvier 2007, en ligne : [http://www.un.org/News/fr-press/docs/2007/FEM1592.doc.htm] (accessible 15 septembre 2013). De même, lors des discussions sur le rapport de la Zambie, les experts du Comité ont regretté la persistance des coutumes discriminatoires à l'égard des femmes zambiennes, notamment la pratique de la dot (Nations Unies, Conseil économique et social, Comité pour la CEDEF, *Les experts du CEDAW regrettent la persistance des mesures, pratiques et coutumes discriminatoires à l'égard des femmes en Zambie*, 49e session, 980e et 981e séances, FEM/1869, 13 juillet 2011, en ligne : [http://www.un.org/News/fr-press/docs/2011/FEM1869.doc.htm] (accessible le 15 septembre 2013)).

⁶²⁸ Au Vanuatu, seule la Constitution reconnaît le principe de non-discrimination dans son article 5(1) : « La République de Vanuatu reconnaît que (...) sont accordés à toutes personnes quels que soient sa race, son lieu d'origine, ses croyances religieuses ou traditionnelles, ses opinions politiques, sa langue ou son sexe, les droits fondamentaux et libertés individuelles suivants : la vie, la liberté (...) un traitement égal devant la loi, etc... » [Constitution du Vanuatu], *supra* note 2. Aucune autre loi ne définit ni ne traite de la discrimination, notamment sexuelle.

⁶²⁹ [CEDEF, *Observations finales Vanuatu*], *supra* note 526, paragraphes 11.

⁶³⁰ Nous aborderons le rôle de cette Commission d'une manière détaillée dans la deuxième partie de notre thèse.

⁶³¹ [CEDEF, *Quatrième et Cinquième Rapports Vanuatu*], *supra* note 589, à la page 8.

s'inquiète du fait que ces coutumes et pratiques perpétuent la discrimination à l'encontre des femmes, et soient reflétées dans le statut défavorisé et inégal des femmes dans de nombreux domaines, notamment dans la participation à la vie publique et à la prise de décisions, dans le mariage et les relations familiales, ainsi que dans la persistance de la violence à l'encontre des femmes, et que l'État partie ait jusqu'à présent pris des mesures ponctuelles plutôt que durables et systématiques pour modifier ou éliminer les stéréotypes et les valeurs et pratiques culturelles préjudiciables⁶³².

Une fois de plus, le Comité prie l'État partie de corriger la situation.

Il demande instamment à l'État partie de mettre en place sans délai une stratégie complète, y compris des lois, pour modifier ou abroger les pratiques et les stéréotypes culturels qui constituent une discrimination à l'égard des femmes, et ce, conformément aux articles 2 f) et 5 a) de la Convention. Ces mesures devraient inclure des activités de sensibilisation des femmes et des hommes à tous les niveaux de la société, y compris les chefs traditionnels, et être mises en œuvre en collaboration avec la société civile et les organisations des femmes. Il encourage l'État partie à avoir effectivement recours à des mesures novatrices ciblant les jeunes aussi bien que les adultes par l'intermédiaire du système éducatif afin de faire mieux comprendre l'égalité entre les femmes et les hommes, et d'agir de concert avec les médias pour véhiculer une meilleure image de la femme, libre de stéréotypes. Il demande également à l'État partie de mettre en place des mécanismes de suivi et d'évaluer régulièrement les progrès accomplis quant aux objectifs fixés à cet égard⁶³³.

Les quatrième et cinquième rapports de 2014 soulignent que le ministère de la Justice a organisé un sommet national en janvier 2012 sur le droit et la justice afin d'étudier la possibilité de concilier la gouvernance coutumière et le système officiel⁶³⁴. Un document d'analyse sur cette question est en rédaction. Les rapports rappellent aussi que la loi sur la protection familiale de 2008 avait pour objectif de combattre les violences à l'égard des femmes⁶³⁵. Par ailleurs, les rapports notent que le Département de la condition féminine a organisé divers ateliers et activités de formation sur la CEDEF, l'égalité des sexes et sur la loi relative à la protection familiale auxquels des policiers, des chefs religieux et des ONG ont assistés. Encore une fois, il faut remarquer que le gouvernement de Vanuatu fournit des efforts dans la mise en œuvre de la CEDEF dans le droit interne. Il reste cependant du travail à faire, et la situation actuelle continue de susciter les inquiétudes du Comité en raison, entre autres, des pratiques et coutumes discriminatoires à l'égard des femmes⁶³⁶.

Il faut ici constater que le Comité pour la CEDEF a fait des recommandations et des observations

⁶³² [CEDEF, *Observations finales Vanuatu*], *supra* note 526, paragraphes 22.

⁶³³ [CEDEF, *Observations finales Vanuatu*], *supra* note 526, paragraphes 23.

⁶³⁴ [CEDEF, *Quatrième et Cinquième Rapports Vanuatu*], *supra* note 589, à la page 13.

⁶³⁵ [CEDEF, *Quatrième et Cinquième Rapports Vanuatu*], *supra* note 589, à la page 14.

⁶³⁶ [CEDEF, *Quatrième et Cinquième Rapports Vanuatu*], *supra* note 589, à la page 8 ; [CEDEF, *Observations finales Vanuatu*], *supra* note 526, paragraphe 10.

similaires, en particulier en ce qui concerne les inquiétudes et critiques vis-à-vis du droit coutumier face aux droits des femmes, lorsqu'il a examiné les rapports périodiques des autres États du Pacifique Sud. Il en est ainsi avec le rapport initial de Fidji examiné par le Comité en 2002⁶³⁷, les rapports (rapport initial et deuxième et troisième rapports périodiques combinés) de Samoa examinés en 2005⁶³⁸, les rapports (initial, deuxième et troisième) de la Papouasie-Nouvelle-Guinée examinés en 2010⁶³⁹, les rapports (initial, deuxième et troisième) des Îles Salomon examinés en 2014⁶⁴⁰ et les rapports de Tuvalu examinés en 2009 (initial et deuxième) et en 2015 (troisième et quatrième)⁶⁴¹.

Les différents manquements aux obligations internationales du Vanuatu ainsi que des autres États de la région se manifestent aussi dans le domaine de la justice où le juge refuse parfois d'appliquer les instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, en particulier la CEDEF.

PARAGRAPHE II : UNE APPLICATION MITIGÉE DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX, EN PARTICULIER DE LA CEDEF PAR LES TRIBUNAUX NATIONAUX

Compte tenu de notre objectif d'aborder le droit coutumier, entre autres, sous l'angle du respect du droit international ou des obligations internationales des États du Pacifique Sud, nous nous sommes posé la question de savoir comment les tribunaux de ces États appliquent les instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, en particulier la CEDEF dans leur droit interne. Selon nos recherches et nos analyses, alors que dans certains cas, les tribunaux de la région font primer les droits fondamentaux sur le droit coutumier en appliquant les normes conventionnelles en la matière (1), dans d'autres cas, les juges réputés être traditionalistes refusent d'appliquer les conventions internationales afin de préserver les valeurs culturelles nationales (2). Or, ces valeurs protégées par le droit coutumier ont pour effet, nous l'avons mentionné, de maintenir les femmes à

⁶³⁷ Nations Unies, Comité pour la CEDEF, *Compte rendu analytique*, 26e Session, CEDAW/C/SR 531, 16 janvier 2002, Paragraphe 31.

⁶³⁸ Nations Unies, Comité pour la CEDEF, *Observations finales : Samoa*, 32e Session, CEDAW/C/WSM/CC/1-3, 28 janvier 2005, Paragraphes 27 et 34 ; ou encore Comité, *Compte rendu analytique*, 32e session, CEDAW/C/SR. 680, 24 janvier 2005, Paragraphe 36.

⁶³⁹ Nations Unies, Comité pour la CEDEF, *Observations finales : Papouasie-Nouvelle-Guinée*, CEDAW/C/PNG/CO/3, 30 juillet 2010, Paragraphe 17 et 50 [**CEDEF, Observations finales Papouasie-Nouvelle-Guinée**].

⁶⁴⁰ Nations Unies, Comité pour la CEDEF, *Observations finales : Îles Salomon*, CEDAW/C/CLB/CO/1-3., 31 octobre 2014, Paragraphes 9, 11, 22 et 44.

⁶⁴¹ Nations Unies, Comité pour la CEDEF, *Observations finales : Tuvalu*, Rapport initial et deuxième rapport, CEDAW/C/TUV/CO/2, 29 juillet 2009, Paragraphes 21 et 27 ; Nations Unies, Comité pour la CEDEF, *Observations finales : Tuvalu*, troisième et quatrième rapport, CEDAW/C/TUV/CO/3-4, 20 février 2015, Paragraphe 15.

leur place, c'est-à-dire de perpétuer leur subordination et par la même occasion, conforter la domination masculine. Ceci nous permet de dire que généralement, la réponse de ces États quant à l'application des instruments internationaux en matière de droits fondamentaux (spécialement les droits des femmes) est ambivalente.

1) L'application de la CEDEF (ou d'autres instruments) par les tribunaux internes

Dans un certain nombre de cas dans la région, les tribunaux appliquent les instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, notamment la CEDEF de manière à faire primer les droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes, sur le droit coutumier ou les pratiques traditionnelles⁶⁴².

Au Vanuatu, depuis l'arrêt de principe *Noel v. Toto*⁶⁴³ sur lequel nous reviendrons d'une manière détaillée dans la deuxième partie de notre thèse, les tribunaux, y compris de première instance, se conforment de plus en plus à cette décision et appliquent la CEDEF pour assurer une égalité de droit et de fait aux femmes, notamment dans le domaine de la propriété foncière.

Ainsi, dans la décision *Meltenoven v. Meltesaen*⁶⁴⁴, dix familles revendiquaient entre autres⁶⁴⁵ la propriété foncière d'un terrain au Nord-Est de l'île de Mallicolo. Le tribunal de première instance de l'île (*Malekula Island Court*) a fait un rappel historique en notant que l'île en question est essentiellement de culture patriarcale et que les propriétés foncières passent habituellement entre les mains des hommes premiers nés. Il a noté que dans la coutume, le premier homme qui explore, vit et prend contrôle d'un terrain, deviendrait chef, ancêtre et propriétaire foncier de celui-ci.

⁶⁴² Voir par exemple l'affaire *Noel v. Toto* de la Cour suprême du Vanuatu (*[Noel]*, *supra* note 12), dans laquelle le juge a favorisé les droits fondamentaux des femmes sur le droit coutumier de la propriété foncière en appliquant entre autres, la CEDEF (articles 2 et 5). En effet, le juge a cité cette Convention pour donner du poids à la Constitution. Il soutient qu'en ratifiant cette Convention, le Parlement reconnaît les droits fondamentaux des femmes garantis par la Constitution du Vanuatu. Il serait contraire à la Constitution et à l'intention de Parlement d'affirmer que les femmes ont moins de droits que les hommes en matière foncière. Voir aussi la décision *Loumia v. DPP* (*[Loumia]*, *supra* note 449). L'affaire porte sur la coutume et la Constitution. La cour a soutenu que l'utilisation de la pratique coutumière (en l'espèce, la pratique consistant pour un clan de venger la mort d'un des siens) comme un facteur atténuant le meurtre est inacceptable. Voir aussi l'arrêt *State v. Kule* [1991] PNGLR 404, dans lequel la Cour nationale de justice de la Papouasie-Nouvelle-Guinée a comparé la pratique coutumière qui consiste à compenser le meurtre en offrant une petite fille membre de la famille de l'accusé à la famille de la victime comme une pratique de l'esclavage. Elle a appliqué la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage* de 1956 dont la Papouasie-Nouvelle-Guinée est partie, pour condamner et interdire cette la pratique coutumière susmentionnée (*Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage*, 7 septembre 1956, 266 R.T.N.U. 3).

⁶⁴³ *[Noel]*, *supra* note 12. Décision dans laquelle le juge a non seulement invalidé une disposition constitutionnelle relative à la propriété foncière, mais a aussi appliqué la CEDEF pour accorder aux femmes les mêmes droits dont disposent les hommes en matière de propriété foncière.

⁶⁴⁴ *Meltenoven v. Meltesaen*, [2008] VUIC 14 *[Meltenoven]*.

⁶⁴⁵ La dispute portait aussi sur la frontière du terrain en question.

L'exception à ce principe de transfert de propriété entre les mains des hommes serait la situation dans laquelle il n'y aurait pas d'héritier mâle et dans un tel cas la propriété foncière reviendrait à la femme héritière. En l'espèce, la famille Meltenoven a argumenté qu'elle détient la propriété de ladite parcelle de terrain. En effet, la majorité des parties reconnaissent que Meltevaratin était le grand chef de la tribu et donc propriétaire foncier de la parcelle en question. Cependant, celui-ci est décédé sans laisser d'héritier. Jerenmal son assistant-chef venant de la même tribu a quant à lui un fils et une fille. Son fils et lui-même sont décédés quelques années plus tard. La seule survivante de cette lignée est sa fille Céline. Les demandeurs, notamment la famille Meltenoven, membres de la tribu ont revendiqué la propriété foncière du terrain en question en soutenant que dans la coutume de l'île, Céline en tant que femme ne pouvait hériter de la propriété terrienne. Le tribunal a considéré qu'étant donné que ses ancêtres sont morts et qu'il n'y a pas d'héritiers mâles, la propriété foncière revient à Céline, la seule héritière de la tribu.

Il faut noter que dans cette affaire, le tribunal a non seulement cité la décision *Noel v. Toto* susmentionnée, mais il a aussi directement appliqué la CEDEF. Il a en plus cité l'article 10 de la *Island Courts Act* selon laquelle les normes coutumières ne peuvent avoir préséance sur le droit écrit. Il a rappelé que le Vanuatu a ratifié la CEDEF en 1995, et que le droit international exige que tous les signataires de cette Convention prennent des mesures appropriées pour éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Il a fait mention de l'article 2 de cette Convention qui exige que les États prennent des mesures appropriées afin de modifier ou abroger toute coutume ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes. Le tribunal a rappelé que juridiquement, cette Convention lie les États signataires et doit être appliquée par les tribunaux nationaux. Il a enfin cité l'article 5(1) de la Constitution du Vanuatu qui garantit l'égalité entre les hommes et les femmes. Ainsi, a-t-il souligné, considérant la position de la jurisprudence et le droit national, toute pratique coutumière contraire aux droits fondamentaux protégés par ces diverses dispositions doit être découragée et éliminée⁶⁴⁶.

Par ailleurs, un juge du tribunal de première instance de Port Vila (*Magistrate Court*) a aussi appliqué la CEDEF pour accorder un partage égal des biens matrimoniaux entre un couple séparé compte tenu du temps passé ensemble (22 ans) dans l'affaire *Joli v. Joli*⁶⁴⁷. Le juge en question basait son jugement sur le concept d'égalité entre les sexes reconnu par l'article 5 de la Constitution et par des dispositions de la CEDEF (article 5 et 16) dont le Vanuatu est signataire. En effet,

⁶⁴⁶ Le même tribunal de première instance a appliqué ce principe et la CEDEF pour accorder la propriété foncière à une femme dans deux autres décisions : *Awop v. Lapenmal*, [2007] VUIC 2 et *Haitong v. Tavulai Community*, [2007] VUIC 3.

⁶⁴⁷ *[Joli]*, *supra* note 329.

l'article 5(1) de la Constitution garantit l'égalité entre les hommes et les femmes sans distinction de sexe et l'article 5(1) de la CEDEF oblige les États parties à modifier les pratiques coutumières qui placent les femmes dans une position d'infériorité. L'article 16 de la CEDEF oblige les États parties à éliminer les discriminations dans le mariage notamment en ce qui concerne les droits des époux en matière de propriété.

Aux Iles Fidji, dans la décision *State v. Bechu*⁶⁴⁸, la CEDEF est appliquée pour condamner le comportement social et culturel basé sur les notions de la supériorité masculine. Dans cet arrêt, la plaignante a été physiquement agressée et violée par l'accusé le 13 août 1994. Les deux personnes ont eu un rapport sexuel dans le passé, elles se sont donc connues. L'examen médical n'a révélé aucun signe de blessure physique, ni des preuves de sperme sur les parties génitales de la plaignante. Cependant, il y avait des blessures sur la poitrine, le front et en dessous des yeux. L'accusé a admis avoir agressé la plaignante. Dans sa défense toutefois, il a soutenu ne pas être coupable des faits allégués étant donné qu'il était très ivre au moment des faits. Il a aussi argumenté qu'ils avaient eu un rapport sexuel auparavant et que la plaignante entretenait au moment des faits une relation avec un autre homme.

La première question qui s'était posée devant le tribunal était de savoir si le fait que l'accusé était ivre au moment des événements pouvait constituer une défense appropriée. La deuxième question était celle de savoir si l'argument relatif à leur précédente relation était pertinent.

Le tribunal a observé que les excuses de l'accusé ne sont ni raisonnables, ni juridiquement fondées. Elles ne sont acceptables dans aucun contexte et dans aucune circonstance. Par conséquent, l'accusé a été condamné à cinq ans d'emprisonnement. La Cour a rejeté l'argument de l'état d'ivresse qui excuserait le viol commis. Le rapport sexuel sans consentement est considéré comme viol selon l'article 149 du *Code pénal*⁶⁴⁹ de Fidji. L'accusé était en tort puisqu'il a usé de la violence pour avoir un rapport sexuel avec la plaignante alors que celle-ci s'y opposait. Le tribunal a noté en plus que le viol est une violation directe des droits fondamentaux des femmes consacrés dans la

⁶⁴⁸ *State v. Bechu*, [1999] FJMC 79/94 [*Bechu*]. Pareillement, dans la décision *RPN v. SPP*, [2008] FJHC 166, la Cour d'appel de Fidji a appliqué la CEDEF pour condamner un homme Seremaia Balelala, pour viol et séquestration sur une touriste. La Haute Cour des Iles Salomon a aussi cité entre autres, la CEDEF dans l'affaire *Regina v. Gua*, [2012] SBHC 118 pour condamner un mari qui a eu une relation sexuelle sans consentement avec sa femme qui au moment des faits, vivait déjà avec un autre homme ; Patricia Imrana Jalal et Joni Madraiwiwi, *Pacific Human Rights Law Digest*, Volume 1, Suva, Pacific Regional Rights Resource Team (RRRT), 2005, à la page 53-54.

⁶⁴⁹ *Fiji Penal Code*, 1970 Cap 17, art. 149 : « Any person who has unlawful carnal knowledge of a women or girl, without her consent, or with her consent if the consent is obtained by force or by means of threats or intimidation of any kind, or by fear of bodily harm, or by means of false representation as to the nature of the act, or in the case of married women, by personating her husband, is guilty of the felony termed rape ».

Constitution et dans les instruments internationaux, dont la CEDEF. Le tribunal a enfin souligné que :

les femmes sont égales aux hommes et par conséquent, elles ne doivent pas être discriminées en raison de leur sexe. L'État de Fidji a ratifié la CEDEF en 1981 et par conséquent, doit respecter ses obligations en matière d'égalité des sexes. Selon cette Convention, l'État doit s'assurer que toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes soient éliminées. Les tribunaux doivent être les gardiens de cette obligation. Les idées reçues selon lesquelles les femmes sont considérées comme étant inférieures aux hommes, et qu'elles font partie de la propriété personnelle des hommes, qu'elles peuvent être méprisées et traitées injustement au bon vouloir des hommes sont à présent obsolètes et ne doivent plus être acceptées par la société Fidjienne »⁶⁵⁰ (notre traduction).

Cette décision a été la première dans les Iles Fidji à citer la CEDEF. Elle est connue pour les commentaires du juge quant aux comportements socioculturels traditionnels basés sur la supériorité masculine. Dans la culture traditionnelle de Fidji, les femmes ne sont pas considérées comme égales aux hommes. Le tribunal a appliqué l'article 43(2) de la Constitution de Fidji qui dispose que les tribunaux peuvent, dans le cadre de leur jugement, recourir au droit international public applicable pour assurer la protection des droits consacrés dans le chapitre quatre de la Constitution portant sur la charte des droits et libertés⁶⁵¹. Cette décision ouvre la voie à l'application des instruments internationaux en matière de droits fondamentaux des femmes dans des cas de viol et dans d'autres cas de violence faite aux femmes. Il faut noter que lors de la ratification de la CEDEF, pour protéger ses coutumes, Fidji a émis une réserve à l'article 5(a) qui dispose que les États parties s'engagent à modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe. Cette réserve a été retirée en 2000⁶⁵².

On remarque donc que des progrès ont été faits quant à l'application des conventions internationales dans le droit interne, notamment lorsque certains tribunaux (comme au Vanuatu et à Fidji) font primer les droits fondamentaux des femmes sur le droit coutumier ou sur les pratiques culturelles qui dénigrent celles-ci. Cependant, comme nous le verrons dans le paragraphe qui suit, il n'en est pas ainsi dans tous les États de la région. De plus, malgré les progrès constatés, les résultats sont

⁶⁵⁰ [Bechu], *supra* note 648, dernier paragraphe.

⁶⁵¹ [Constitution of Fiji 1997], *supra* note 257, art. 43(2) : « In interpreting the provisions of this Chapter, the courts must promote the values that underlie a democratic society based on freedom and equality and must, if relevant, have regard to public international law applicable to the protection of the rights set out in this Chapter » ; Le contenu de cette disposition a été repris dans l'article 6 alinéa 7 de la nouvelle Constitution adoptée en 2013. C'est désormais le chapitre 2 qui porte sur les droits et libertés de la personne.

⁶⁵² Nations Unies, *Recueil des traités*, Volume 1249, 13.

parfois imprévisibles. Ainsi, des tels progrès peuvent être ralentis ou anéantis par les mêmes ou d'autres instances décisionnelles (nous pensons au cas du Vanuatu).

2) Le refus d'application de la CEDEF (ou d'autres instruments) par les tribunaux nationaux

Dans cette région où la domination masculine est gardée jalousement, les instruments internationaux en matière de droits fondamentaux sont considérés comme étant en conflit avec la structure de la société traditionnelle et la détruisant dans certains cas. En effet, les États du Pacifique Sud sont attachés à leurs coutumes et ne sont pas prêts à les abandonner. Le droit coutumier et les valeurs sous-jacentes à celui-ci sont parfois invoqués pour justifier les violations des droits fondamentaux des femmes, donc des instruments internationaux en la matière⁶⁵³.

Ainsi, selon le droit coutumier de Tuvalu, l'État insulaire voisin du Vanuatu, le père ayant une ou des propriétés foncières et reconnaissant la paternité d'un enfant, doit avoir la garde de celui-ci. La considération est portée non sur le principe du meilleur intérêt de l'enfant, mais sur l'assurance de sa survie à long terme puisqu'il est considéré que celui-ci bénéficiera sans doute de la ou des propriétés foncières de son père. La considération est ensuite portée sur le fait que l'enfant assure la pérennité du groupe. S'agissant des questions foncières, la Constitution permet qu'une personne soit traitée d'une manière discriminatoire si les coutumes de Tuvalu le permettent.

Dans la fameuse décision *Tepulolo v. Pou*⁶⁵⁴ de 2005, un père a demandé que la garde de son enfant de deux ans lui soit accordée. Les parents n'étaient pas mariés, ne vivaient pas ensemble et l'enfant avait été élevé depuis sa naissance par sa mère. Le père a réclamé ses droits conformément à la Constitution qui prévoit la préservation des valeurs culturelles et traditionnelles de Tuvalu, et à la *Native Lands Ordinance*⁶⁵⁵ qui lui reconnaît le droit de demander la garde d'enfant lorsqu'il a une propriété foncière. La mère s'y est opposée en invoquant la CEDEF, la *Convention sur les droits de l'enfant* et la Constitution. Le tribunal coutumier (*Island Court*) qui est compétent pour connaître des questions foncières, a accordé la garde de l'enfant au père. Le jugement a été confirmé par la

⁶⁵³ *Republic of Kiribati v. Timiti & Robuti*, [1998] KIHC 1 : la Haute Cour de Kiribati a exigé une corroboration en cas de viol ; [**Ah Koy**], *supra* note 509, dans laquelle le demandeur, de mère fidjienne et de père chinois vivant à Fidji, s'est vu refuser la demande d'inscription sur le registre des terres en raison du fait que son père est étranger ; [**Minister for Provincial**], *supra* note 22 ; [**Tamata**, « **Application of Human Rights** »], *supra* note 43, à la page 1.

⁶⁵⁴ [**Tepulolo**], *supra* note 386.

⁶⁵⁵ *Native Lands Ordinance* 1957, art. 20(2) i).

Haute Cour de Tuvalu. En citant le préambule de la Constitution qui dispose que les valeurs culturelles et traditionnelles de Tuvalu doivent être préservées, la Haute Cour a observé que la garde de l'enfant au père est en accord avec le droit coutumier et la Constitution de Tuvalu. La Cour a refusé dans cette décision d'appliquer la CEDEF et la *Convention relative aux droits de l'enfant*, toutes deux ratifiées par le Tuvalu.

Nous jugeons pertinent d'aborder en détail le refus de la Cour d'appliquer ces deux conventions. La plaignante a soutenu que l'article 3 de la *Custody of Children Ordinance*⁶⁵⁶ et l'article 20 de la *Native Lands Ordinance* contreviennent à la CEDEF et à la *Convention relative aux droits de l'enfant*. En effet, elle a argumenté que ces lois sont discriminatoires conformément à l'article 1 de la CEDEF⁶⁵⁷. Elle a invoqué en plus l'article 5(a) de cette même Convention qui oblige les États parties à modifier les pratiques culturelles fondées sur l'idée de la supériorité ou de l'infériorité de l'autre sexe et l'article 2 qui oblige les États à modifier les lois et coutumes discriminatoires à l'égard des femmes. Elle a aussi invoqué l'article 16(d) de la CEDEF qui oblige les États parties à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer, sur la base de l'égalité entre l'homme et la femme, les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants; et que dans tous les cas, l'intérêt des enfants doit être la considération primordiale. Elle a enfin invoqué l'article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* qui dispose que dans toutes les décisions prises par les tribunaux concernant les enfants, l'intérêt supérieur de celui-ci doit être une considération primordiale.

Dans sa décision, la Haute Cour a souligné que lorsqu'une partie souhaite que le juge applique une loi étrangère, elle doit s'assurer que celui-ci en détient une copie. Le même principe s'applique aussi dans le cas des conventions internationales. Or, aucune copie n'est présentée par la plaignante à la Cour sinon ses simples déclarations. La Cour a rappelé que Tuvalu a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant* le 14 juillet 1995 et a accédé à la CEDEF le 4 octobre 1999. Cependant, aucune loi n'a été adoptée pour donner effet à ces deux conventions. Il est indiscutable selon elle que la mise en œuvre de ces conventions est un processus qui demande du temps

⁶⁵⁶ *Custody of Children Ordinance* 1978, (Cap 20), art. 3 portant sur le meilleur intérêt de l'enfant. Il dispose : « In exercising jurisdiction under this section the court shall regard the welfare of the child as the first and paramount consideration and shall not take into consideration whether from any other point of view the claim of the father is superior to that of the mother or the claim of the mother is superior to that of the father ».

⁶⁵⁷ En effet, l'article 1 de la CEDEF souligne : « Aux fins de la présente Convention, l'expression « discrimination à l'égard des femmes » vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine » **[CEDEF]**, *supra* note 1.

puisqu'elle implique non seulement la préparation, mais aussi que des discussions soient menées sur la manière de faire. La Cour continue en notant qu'aucune mesure n'a été prise par le Parlement national pour mettre en œuvre ces deux conventions ratifiées.

La plaignante a argumenté en plus que Tuvalu en tant qu'État partie à ces conventions a l'obligation de prendre des mesures nécessaires afin d'adapter ses lois aux normes conventionnelles et que s'il ne prend pas de telles mesures, les tribunaux peuvent le faire. Cependant, la Cour a rétorqué que les tribunaux n'ont pas le pouvoir pour agir ainsi et que seul le Parlement peut modifier les lois contraires à ces conventions. Elle a précisé que l'accession aux instruments internationaux constitue un acte exécutif et à moins et tant que le Parlement n'adopte pas des lois pour donner effet à ses obligations conventionnelles, le simple acte d'accession ne change pas les lois de Tuvalu. En rejetant le pourvoi, la Haute Cour de Tuvalu privilégie les valeurs culturelles de Tuvalu au détriment des droits fondamentaux des femmes et des enfants proclamés dans la CEDEF et la *Convention relative aux droits de l'enfant*.

Selon nous, cette décision nuit aux femmes non seulement parce que la Cour applique des règles coutumières qui discriminent à leur égard, mais aussi parce que celles-ci sont rarement propriétaires foncières dans ces sociétés du Pacifique Sud et par conséquent, il est difficile pour elles de se voir accorder la garde des enfants dans des cas semblables. De plus, il faut remarquer que la Cour n'a même pas considéré la possibilité que la mère puisse obtenir la garde de l'enfant parce que la coutume l'accorde automatiquement au père. Or, en l'espèce, la mère est le parent principal de l'enfant depuis sa naissance.

Comme nous l'avons précédemment souligné, la Haute Cour a respecté la position dualiste que retient Tuvalu. Ce jugement est ainsi parfaitement en accord avec une telle position. Cependant, il faut aussi considérer le fait que les Conventions en question sont ratifiées depuis plusieurs années, mais le Parlement national a tardé à adopter des lois pour les intégrer dans le droit interne⁶⁵⁸. De plus, considérant l'importance et l'universalité des droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes, nous pensons que la Cour aurait pu juger cette affaire autrement. Ainsi, l'argument relatif à la non-incorporation des conventions internationales dans le droit interne est-il plus pertinent que celui de la protection des droits fondamentaux des femmes et du respect du droit international ? À

⁶⁵⁸ C'est seulement très récemment que le Parlement de Tuvalu a adopté un certain nombre de lois pour tenter de conformer son droit interne à la CEDEF. Ainsi, la *Family Protection and Domestic Violence Act* adoptée en 2014 vise à punir plus sévèrement les auteurs de la violence intrafamiliale et la *Falekaupule Act* de 1997 a été amendée en 2014 (*Falekaupule Amendment Act* 2014) pour permettre une plus grande participation des femmes aux gouvernements locaux.

notre sens, il s'agit d'un prétexte pour s'assurer que les valeurs coutumières l'emportent sur le droit à l'égalité des femmes. En effet, d'autres pays retenant la position dualiste n'appliquent-ils pas les traités internationaux en la matière sans que ceux-ci soient intégrés par une loi dans le droit interne pour la simple raison qu'il est question des principes et valeurs fondamentaux à respecter en tout temps et en tout lieu ? Ainsi, dans une affaire de Samoa, *Wagner v. Radke*⁶⁵⁹ portant sur un cas d'enlèvement international, le père a demandé au tribunal de lui accorder la garde de son enfant et de révoquer les droits de la mère de décider du lieu de résidence de l'enfant et de son droit à sa garde. Les faits se sont déroulés en Allemagne (pays de résidence du couple en dispute) et à Samoa. En effet, le tribunal de première instance allemand a refusé sa demande et plus tard en appel a ordonné que l'enfant retourne vivre avec sa mère. Or, après ce jugement, le père a enlevé l'enfant et l'a amené à Samoa où ils vivaient ensemble avec sa nouvelle femme. La mère de l'enfant a découvert plusieurs mois plus tard que celui-ci était à Samoa. Elle est allée à sa recherche et a demandé à la Cour suprême de Samoa d'appliquer l'ordre du tribunal de l'Allemagne et de prononcer le retour de l'enfant avec elle en Allemagne. La Cour suprême de Samoa a appliqué la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international de l'enfant* pour ordonner le retour immédiat de l'enfant avec sa mère en Allemagne, alors même que Samoa n'est pas signataire à la Convention en question. Le juge a précisé que même si Samoa n'est pas partie à la Convention, il est important que la Cour respecte les principes de la Convention en accord avec le droit international. La Haute Cour de Tuvalu pouvait très bien se servir de ces exemples pour appliquer la CEDEF d'autant plus que Tuvalu est signataire à cette dernière. Or, le juge a préféré appliquer le droit coutumier au détriment du droit des femmes à l'égalité. Il est clair que pour lui, les valeurs culturelles sont aussi importantes, voire plus importantes, que les droits fondamentaux.

Au Vanuatu, dans une récente décision *In the Matter of MM*⁶⁶⁰, portant sur une demande d'adoption d'une petite fille, la Cour suprême a volontairement omis d'appliquer la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Elle a au contraire appliqué la coutume pour refuser la demande d'adoption en question.

Dans cette affaire, une jeune femme de 21 ans a entretenu une relation avec le père de sa fille (née en 2011) et lorsqu'elle est tombée enceinte de cette dernière, celui-ci l'a abandonnée et a épousé

⁶⁵⁹ [*Wagner*], *supra* note 547. D'autres décisions vont dans le même sens : *Re Barrios and Sanchez*, [1989] 96 FLR 77 ; *Re F 9A Minor (Abduction Custody Rights)*, [1990] 3 All ER 97 ; [Tamata, « **Application of Human Rights** »], *supra* note 43, à la page 3.

⁶⁶⁰ *In Re MM Adoption Application by SAT*, [2014] VUSC 78 [*MM Adoption*]; Voir aussi le commentaire de Sue Farran, « Child Adoption : A Dilemma in a Plural Legal System : A Critical Comment on Recent Case Law », (2014) J. S. Pac. L. 14 [*Farran*, « **Child Adoption** »].

une autre femme. Cette jeune mère n'a ni emploi, ni une bonne éducation et elle vit avec 16 autres membres de la famille chez son cousin qui est le seul à gagner un salaire mensuel. Ce dernier a invité la jeune mère à venir vivre chez lui lorsqu'elle est tombée enceinte parce que les autres membres de la famille ne sont pas en mesure de l'aider.

Ayant pris contact avec certains membres de la famille de la jeune mère, SAT (nom fictif inventé par la Cour), un citoyen français originaire de la Nouvelle-Calédonie a exprimé son souhait d'adopter la petite fille (MM comme nom fictif). SAT est homosexuel et vit avec son conjoint HG (nom fictif) dans une même maison en Nouvelle-Calédonie. La mère de MM et toute sa famille (y compris son cousin) ont consenti à l'adoption puisque selon eux, c'est la meilleure option quant à l'intérêt de l'enfant, d'autant plus que le cousin de la mère qui est le seul à travailler a affirmé ne pas pouvoir payer les frais de scolarité de MM si elle va un jour à l'école et que tous les autres membres de la famille ne peuvent les aider (elle et sa mère).

En ce qui concerne le cadre législatif, depuis son indépendance, le Vanuatu n'a adopté aucune loi sur l'adoption. C'est donc essentiellement la coutume qui s'applique lorsqu'il est question d'adoption chez les familles autochtones. Ceci n'est pas le cas en l'espèce étant donné que le couple adoptant vient d'ailleurs. Le juge a donc eu recours aux lois coloniales britanniques et françaises en vigueur au Vanuatu au jour de l'indépendance (1980) conformément à l'article 95 de la Constitution. Ainsi, la loi britannique qui s'appliquait au Vanuatu au jour de l'indépendance et qui s'y applique donc encore aujourd'hui est la *Adoption Act* de 1958 (UK). Cette loi interdit l'adoption d'une fille par un homme à moins des circonstances exceptionnelles la justifiant. En effet, l'article 2(3) de cette loi dispose que « An adoption order shall not be made in respect of an infant who is a female in favor of a sole applicant who is a male, unless the Court is satisfied that there are special circumstances which justify as an exceptional measure the making of an adoption order »⁶⁶¹.

En ce qui concerne les lois françaises, l'adoption est régie par les articles 343 à 349 du *Code civil* français. Ainsi, l'article 343.1 dispose que « l'adoption peut être [...] demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans »⁶⁶². Les autres articles du *Code civil* permettent également l'adoption par les couples mariés ou non mariés.

⁶⁶¹ *Adoption Act* 1958 (UK), art 2(3).

⁶⁶² *Code civil français* 1804, art 343.1.

Le juge qui a rendu le présent jugement a considéré que la loi française est plus générale que la loi anglaise. Il a par conséquent appliqué la règle *generalia specialibus non derogant* qui veut qu'une loi de portée générale ne déroge à celle qui a un objectif spécial. Il a donc écarté la loi française au profit de la loi anglaise qui interdit l'adoption d'une fille par un homme. Dans ses explications, le juge a par ailleurs noté que même si les lois françaises venaient à s'appliquer, les adoptants au sens du *Code civil* français (précisément celui qui s'appliquait en 1980, date d'indépendance de Vanuatu) ne pouvaient être un couple homosexuel puisque le mariage homosexuel n'a été officialisé qu'en 2013 par la loi n°2013-404 et entrée en vigueur le 18 mai 2013⁶⁶³.

Le juge a ensuite précisé qu'advenant le cas où il était en erreur sur cette question d'application des lois coloniales qui sont en conflit, il est toujours possible d'appliquer la coutume. Ainsi, pour renforcer sa position quant au refus de la demande d'adoption de SAT, le juge a eu recours à la coutume conformément à l'article 95(2) qui prévoit que :

« Sauf décision contraire du Parlement, les lois françaises et britanniques en vigueur à Vanuatu au jour de l'Indépendance continuent à s'appliquer à compter de ce jour tant qu'elles n'auront pas été expressément abrogées et dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec le statut d'indépendance de Vanuatu et compte tenu, autant que possible, de la coutume ».

Le juge a observé que la coutume du Vanuatu ne permettrait pas une telle adoption. Il est parvenu à une telle conclusion en ayant recours à une déclaration faite par le Conseil National des Chefs (Malvatumauri) sur la question de l'homosexualité. Le Conseil en question a décidé de se prononcer sur le sujet après que plusieurs pays tels que la France ou encore l'Angleterre aient adopté le mariage homosexuel en 2013. En effet, lors de sa réunion du 17 octobre 2013, le Conseil a désapprouvé le mariage homosexuel en fondant sa décision sur les valeurs traditionnelles et chrétiennes qui sous-tendent la société vanuataise et également sur la préoccupation quant à la pérennité des clans et tribus. Dans cette même déclaration, le Conseil souligne :

« Therefore the adoption of a ni-vanuatu child by a gay person is not tolerable because it could cause moral impacts on the child concerned because of the situation of same sex household or marriage does not suit the context of social living in Vanuatu. With all due respect to the individual rights of every person, this is the view that the Malvatumauri has reached »⁶⁶⁴.

⁶⁶³ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁶⁶⁴ Déclaration citée par le juge dans la présente décision, paragraphe 52.

Le juge arrive à la conclusion que les lois qui s'appliquent en l'espèce, à savoir l'*Adoption Act* de 1958 (UK) et la coutume, ne permettent pas l'adoption d'une petite fille par un homme homosexuel. Le juge poursuit en soulignant que le refus d'accorder une telle adoption n'est pas une atteinte au droit à l'égalité de SAT prévu par l'article 5 de la Constitution puisque selon lui, tout homme homosexuel serait traité pareillement et qu'en plus, l'orientation sexuelle n'est pas un motif interdit de discrimination selon ce même article.

Nous remarquons que dans cette décision, le juge a longuement tenté de déterminer quelle loi coloniale s'applique sans considérer la possibilité que d'autres lois puissent également s'appliquer, notamment les Conventions internationales ratifiées par le Vanuatu. Nous reviendrons sur cette question plus bas.

On peut considérer comme le juge que selon les deux lois coloniales, l'adoption en question n'est pas permise (il s'agit en réalité de deux vieilles lois qui s'appliquent en l'espèce et les nouvelles lois permettant le mariage homosexuel ne sont adoptées qu'en 2013 en France et en Angleterre et par conséquent ne sont pas applicables au Vanuatu).

Cependant, comme nous le verrons plus bas, le juge a omis volontairement d'appliquer la Convention relative aux droits de l'enfant ratifiée par le Vanuatu en 1993. Après tout, la question fondamentale qui doit se poser en l'espèce ne concerne-t-elle pas l'intérêt de l'enfant à adopter ? On pourrait déduire que la déclaration susmentionnée du Conseil National des Chefs citée par le juge prend en compte le meilleur intérêt de l'enfant lorsqu'elle souligne que l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle « [...] *could cause moral impacts on the child concerned [...]* ». Or, le juge non seulement n'a pas expliqué cette déclaration, mais n'a consacré aucun paragraphe du jugement au meilleur intérêt de l'enfant. La seule fois où il a mentionné l'intérêt de l'enfant a été de souligner que sa décision de refuser la demande d'adoption était basée sur un point de vue purement juridique et non sur le meilleur intérêt de l'enfant. En effet, il a noté :

Though it is obvious, I wish to emphasise that the outcome of this application has been based solely on the determination of legal points and has nothing to do with its merits or an assessment of the best interests of MM. Its dismissal therefore is no reflection at all on SAT or HG nor indeed on the thorough investigations undertaken by the experts or the support for the application provided by MM's parents and the head of her mother's family. I know there will be considerable disappointment at the outcome. I recognise the substantial efforts that have been made to bring the application to this point. I assure all involved that I have given this matter lengthy and anxious

consideration, always conscious, particularly, of the effect my decision will have on the life of MM»⁶⁶⁵

C'est effectivement une très mauvaise décision qui montre comment le système (notamment judiciaire) « invisibilise » les filles et les femmes au Vanuatu. Dans cette affaire, la mère de la fille est sans emploi et n'a pas une bonne éducation. Les perspectives futures pour elle-même et pour sa fille sont plutôt sombres. Elle n'a pas les moyens pour élever sa fille, ni pour l'envoyer à l'école. En étant consciente de cette difficulté, toute sa famille proche a souhaité que cette adoption ait lieu. Les rapports d'experts en la matière (des conseillers en adoption ont rencontré MM et SAT) ont recommandé une telle adoption. En refusant la demande d'adoption de MM, le juge refuse de reconnaître les besoins de cette mère monoparentale et de sa fille qui n'ont aucun soutien du père de la fille.

Sur la question de l'application de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, le juge a observé que celle-ci ne peut s'appliquer en l'espèce puisque le Vanuatu n'est pas partie à la *Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*⁶⁶⁶, qui donne effet à l'article 21 de la première Convention portant sur l'adoption. En effet, cet article 21 souligne :

Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et : a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires; b) Reconnaissent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé; c) Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale; d) Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables; e) Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ [MM Adoption], *supra* note 660, paragraphe 81.

⁶⁶⁶ *Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 29 mai 1993.

⁶⁶⁷ [Convention relative aux droits de l'enfant], *supra* note 382, art. 21.

Or, le Vanuatu a bien ratifié et intégré dans son droit interne la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Par conséquent, celle-ci fait partie de son droit national et se place hiérarchiquement juste après la Constitution et au-dessus des lois coloniales et de la coutume. Autrement dit, le juge aurait du appliquer directement cette Convention qui enjoint les États parties à s'assurer que l'intérêt de l'enfant soit la première considération en matière d'adoption. Il est surprenant que le juge n'ait pas appliqué cette Convention et aussi qu'il n'ait considéré à aucun moment la question du meilleur intérêt de l'enfant à adopter. Son argument consistant à ne pas appliquer l'article 21 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* parce que la *Convention de La Haye* qui doit lui donner effet en droit interne n'a pas été ratifiée n'est ni convaincant, ni juridiquement fondé selon nous. Le juge a fondé cette argumentation sur une décision de la Cour suprême du Vanuatu qui supposément allait dans le même sens⁶⁶⁸. Or, il est clair que la ratification de la *Convention de La Haye* par le Vanuatu pourrait être une bonne chose puisqu'elle obligera le pays à adopter des mesures juridiques appropriées en ce qui concerne l'adoption internationale telle que celle-ci, mais la non-ratification de cette convention ne doit pas empêcher l'application de la *Convention relative aux droits de l'enfant* qui fait désormais partie du droit vanuatais. De plus, dans le cas de l'espèce, des rapports d'experts en adoption ont montré que SAT a les moyens financiers nécessaires pour élever la petite fille MM. Le juge a donc volontairement négligé les rapports d'experts non seulement au Vanuatu, mais aussi en Nouvelle-Calédonie qui sont tous en faveur de l'adoption en question. Or, en l'absence d'accord bilatéral entre les deux pays, ces éléments sont déterminants pour décider de l'adoption ou non.

Les conséquences d'une telle décision peuvent être désastreuses compte tenu, notamment du principe de *stare decisis* de la *Common Law* qui s'applique au Vanuatu. En effet, selon cette décision, une simple déclaration faite par un organe coutumier non-élu et non-judiciaire (Conseil National des chefs) est incorporé dans un jugement et sert de fondement à la position du juge. Toujours selon la décision, la coutume l'emporte sur les lois coloniales en conflit alors que celles-ci sont considérées par la Constitution et la jurisprudence comme faisant partie du droit national vanuatais. Une telle décision peut amener les tribunaux à recourir à la coutume toutes fois où les lois coloniales (dans d'autres domaines puisqu'en l'espèce elles ne sauraient s'appliquer selon le juge) sont en conflit. Enfin, selon cette affaire, la coutume a préséance sur le droit international, en

⁶⁶⁸ Dans cette affaire, *In re Child M* [2011] VUSC 16, la Cour suprême a refusé la demande d'adoption d'une fille de 13 ans de nationalité vanuataise par un couple néo-calédonien d'origine française pour deux raisons. D'abord, il n'y a pas eu de rapport d'évaluation psycho-sociale sur le couple néo-calédonien pour démontrer qu'il est en mesure d'élever la fille. Ensuite, selon la Cour, le Vanuatu n'a pas ratifié la *Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* et il n'a signé aucun accord avec la Nouvelle-Calédonie sur l'adoption internationale des enfants. Autrement dit, il manque des mesures législatives régissant l'adoption entre les deux pays.

l'occurrence, la *Convention relative aux droits de l'enfant* déjà ratifiée et intégrée dans le droit national vanuatais. Une telle position du juge est problématique quant au respect des droits fondamentaux, en particulier les femmes et les filles puisque, comme nous l'avons vu à plusieurs reprises, la coutume leur est souvent néfaste. Nous sommes conscient que le juge aurait probablement eu la même opinion pour un garçon à être adopté dans les mêmes circonstances ou encore que le problème avec l'adoption en question c'était que le couple adoptant était gai, mais nous insistons ici sur le fait que le recours à la coutume est souvent plus problématique pour les femmes.

Pour revenir à l'idée principale de notre démonstration, cette décision montre une fois de plus que le pluralisme juridique constitue, dans certains cas, un obstacle au respect des obligations internationales des États du Pacifique Sud en matière des droits fondamentaux. En l'espèce, le juge vanuatais a recours non seulement à la loi coloniale, mais surtout à la coutume et a omis volontairement d'appliquer le droit international alors que celui est déjà intégré dans le droit interne.

En conclusion de cette troisième section, il faut noter qu'en pratique, la mise en œuvre dans le droit interne des instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, en particulier la CEDEF, est mitigée en raison notamment des particularités culturelles qui sont mises en avant dans les États du Pacifique Sud. L'étude des rapports du Vanuatu examinés par le Comité pour la CEDEF va dans ce sens lorsqu'elle met en relief les inégalités et les discriminations subies par les femmes vanuataises. Pareillement, l'application de la CEDEF par les tribunaux nationaux est contrecarrée par l'attachement de ces États à leur droit coutumier. Il s'ensuit que de telles coutumes et pratiques constituent dans un certain nombre de cas, un frein au respect des obligations internationales de ces États en matière de droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes. Souvent, le droit légitime ces pratiques coutumières, notamment lorsque les tribunaux les font primer sur les droits fondamentaux des femmes. On peut donc affirmer sur la base de nos analyses que dans plusieurs cas étudiés, le droit constitue un outil de subordination et d'oppression des femmes dans ces États.

Enfin, pour conclure ce deuxième chapitre, il faut noter qu'en raison des défis liés à la technique d'incorporation des instruments internationaux et dans une moindre mesure, aux ressources humaines et financières limitées, mais surtout à la culture, les États du Pacifique Sud ne respectent pas toujours leurs obligations internationales en matière de droits fondamentaux, notamment celles concernant les femmes. En effet, la mise en œuvre et l'application des instruments internationaux en

la matière relèvent plus de la rhétorique que de la réalité compte tenu de leurs particularités, notamment culturelles. Ces États critiquent la conception occidentale des droits fondamentaux et craignent que ces derniers représentent une menace pour leurs valeurs culturelles. Ils estiment aussi que les garanties constitutionnelles des droits fondamentaux suffisent et qu'il n'y a pas lieu de recourir aux conventions internationales. L'examen des rapports périodiques du Vanuatu sur la CEDEF et l'étude des cas jurisprudentiels que nous avons menée témoignent clairement de la réticence de ces États à appliquer concrètement le droit international pour protéger les droits fondamentaux, en particulier ceux des femmes. Dans plusieurs cas, le droit coutumier discrimine les femmes et consacre les inégalités déjà existant entre les femmes et les hommes. Autrement dit, le droit et les institutions étatiques vanuatais (mais aussi des autres États de la région) ne protègent pas efficacement les femmes. Au contraire, ils contribuent à perpétuer la subordination des femmes et à consacrer la domination patriarcale lorsqu'ils ignorent les intérêts des femmes et s'alignent essentiellement sur ceux des hommes.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Nos analyses précédentes nous permettent de conclure que le pluralisme juridique sur le territoire du Vanuatu constitue, dans de nombreux cas, un obstacle au respect des droits fondamentaux, en particulier du droit à l'égalité des femmes. En ce qui concerne ces dernières en particulier, nos analyses nous permettent d'affirmer que dans certains cas, le droit dans son ensemble constitue une source d'oppression des femmes lorsqu'il maintient la domination patriarcale et perpétue la subordination des femmes. En effet, le pluralisme juridique mis en place par l'État dans le but de préserver ses valeurs traditionnelles a un effet particulièrement néfaste sur les femmes. Ainsi, dans le domaine familial, la coutume (reconnue officiellement par le constituant comme source de droit) discrimine les femmes et produit des inégalités envers elles à plusieurs égards. Dans ce sens, pour n'en citer que certaines, les pratiques telles que le mariage arrangé, la polygamie, le prix de la mariée, la réconciliation coutumière ou encore la sorcellerie ont des effets particulièrement néfastes sur les femmes.

Nos analyses montrent par ailleurs que le droit coutumier et les valeurs traditionnelles des États du Pacifique Sud constituent également un défi au respect de leurs obligations internationales en la matière. En effet, d'un point de vue théorique, les États du Pacifique Sud critiquent la conception occidentale des droits fondamentaux et estiment que ces derniers représentent une menace pour leurs valeurs culturelles. Ce débat a un impact négatif sur la ratification, la mise en œuvre et l'application des instruments internationaux des droits fondamentaux. Nous pouvons donc affirmer que l'adhésion des États du Pacifique Sud au droit international n'apporte pas de changement tangible dans la vie des femmes. Ces conclusions confirment donc la plausibilité de notre hypothèse selon laquelle le pluralisme juridique qui cautionne le droit coutumier ou les valeurs coutumières constitue dans certains cas, un obstacle au respect des droits fondamentaux et des obligations internationales de ces États en la matière. Encore une fois, les femmes payent le plus lourd prix de cette situation de pluralisme juridique puisqu'elles sont souvent reléguées dans la sphère privée (notamment la famille) qui est susceptible d'être gouvernée ou régie par une pluralité des normes.

Nous considérons donc qu'il est impératif, compte tenu du problème constaté, de proposer une solution juridique permettant une meilleure protection des droits fondamentaux, en particulier du droit à l'égalité des femmes au Vanuatu et dans les États de la région. C'est ce qui fera l'objet de notre deuxième partie. Nous recourrons au droit pour tenter de proposer une telle solution non

seulement parce que nous sommes juriste, mais aussi parce que conformément à la doctrine féministe, le droit peut constituer non seulement une source d'oppression des femmes (ce que nous venons de voir dans la première partie de notre thèse), mais aussi un outil de changement social pour les femmes.

SECONDE PARTIE : POUR UNE PROTECTION EFFICACE DES DROITS FONDAMENTAUX, NOTAMMENT DU DROIT À L'ÉGALITÉ DES FEMMES

INTRODUCTION

La seconde partie de notre thèse présente nos différentes propositions consistant à résoudre le problème de conflit de normes pouvant avoir des conséquences néfastes sur les droits fondamentaux des femmes dans les États du Pacifique Sud et au Vanuatu en particulier. Comme en témoigne notre première partie, les tensions entre les droits fondamentaux et les valeurs coutumières se vérifient à la fois en théorie et en pratique. Il est donc important de proposer une solution globale qui répond aux questions à la fois théoriques et pratiques soulevées par ces tensions. Ainsi nous tenterons tout d'abord de traiter l'aspect théorique du sujet. En effet, dans un premier chapitre, nous prenons position en soulignant la nécessité de réaffirmer haut et fort le principe de l'universalité des droits fondamentaux, y compris le droit à l'égalité des femmes (Chapitre premier).

Il s'agit là d'une proposition avant tout théorique et philosophique, mais primordiale toutefois dans le contexte des États du Pacifique Sud et du Vanuatu qui, comme nous l'avons vu, invoquent l'argument de la défense culturelle toutes les fois où les critiques du non-respect des engagements internationaux, dont des droits des femmes, se font entendre. Ils sont réticents, dans certains cas, à ratifier les instruments internationaux qu'ils considèrent non seulement comme étrangers, mais aussi comme représentant une certaine menace pour leurs valeurs culturelles. Il s'agit pour nous de rejeter l'argument du relativisme culturel. Nous devons être clair sur ce point. Il est certain qu'il existe une pluralité de sociétés et toute une diversité de cultures dans le monde, et que cela conduit forcément à des divergences de valeurs sociales. Or, les droits fondamentaux sont plus que des valeurs sociales. Ce sont des droits qui, de par leur importance pour chaque personne quel que soit son lieu d'origine, son statut ou son sexe, doivent avoir préséance sur les valeurs sociales ou culturelles. Nous appuyons donc, comme nous le verrons, les propositions d'un certain nombre d'auteurs qui militent pour l'intégration des droits fondamentaux dans la culture interne résistante. Évidemment, une intégration ne se fait pas sans heurt. Nous nous pencherons également sur cette question.

Notre solution dite globale se veut ensuite pratique, et ce, d'un point de vue purement juridique. En effet, nous soutenons par ailleurs qu'un cadre analytique du droit à l'égalité doit être établi par les tribunaux afin de protéger efficacement les droits fondamentaux (Chapitre deuxième). Fondamentalement, dans un souci d'amélioration (ou de changement) des rapports entre les femmes et les hommes, nous tenterons de proposer une interprétation innovante de droit à l'égalité visant à mieux protéger les droits fondamentaux des femmes.

Le cadre analytique susmentionné doit être entendu comme une analyse juridique faite par les tribunaux, des dispositions législatives relatives au droit à l'égalité. Dans leurs analyses, ceux-ci établissent un cadre selon lequel l'interprétation de ces dispositions doit être faite. La réflexion de la Cour suprême du Canada nous servira d'inspiration. Comme nous verrons plus loin, celle-ci (la Cour suprême) y travaille depuis 1989. En effet, le cadre analytique du droit à l'égalité canadien a été élaboré dans l'arrêt *Andrews*⁶⁶⁹, maintenu dans l'arrêt *Law*⁶⁷⁰ et remanié dans l'arrêt *Kapp*⁶⁷¹. Au Vanuatu, les premières pierres en matière de l'élaboration du cadre analytique du droit à l'égalité, notamment des femmes, ont été posées dans l'arrêt *Noel v. Toto*⁶⁷². Il reste cependant du travail à faire pour améliorer un tel cadre et renforcer réellement le droit à l'égalité des femmes dans le pays.

Dans ce sens, il faut souligner qu'une protection efficace des droits fondamentaux, en particulier du droit à l'égalité des femmes, passe aussi par de l'activisme judiciaire. Ainsi, les tribunaux (dont les plus hautes Cours) ont un rôle très important à jouer dans le respect des droits fondamentaux. Une jurisprudence approfondie et développée en matière de droit à l'égalité en général et du droit à l'égalité des femmes en particulier est un élément clé dans le changement des rapports entre les sexes. Au fil des temps et avec l'évolution de la société, cette jurisprudence peut être revue et améliorée de manière à assurer une meilleure protection des droits des femmes. Au Vanuatu, une telle jurisprudence peut passer notamment par le recours à la *Common Law*, en particulier les décisions des tribunaux des pays du Commonwealth, l'organisation dont le Vanuatu fait partie de par son histoire coloniale et son utilisation de la langue anglaise. Comme nous le verrons en détail, les tribunaux vanuatais peuvent, conformément à l'article 95(2) de la Constitution et à un certain nombre d'arrêts de la Cour suprême, se référer aux décisions des tribunaux anglais ou des autres

⁶⁶⁹ [*Andrews*], *supra* note 85.

⁶⁷⁰ *Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [1999] 1 R.C.S. 497 [*Law*].

⁶⁷¹ [*Kapp*], *supra* note 85.

⁶⁷² [*Noel*], *supra* note 12.

pays du Commonwealth lorsqu'ils rendent leurs jugements. Dans ce sens, une décision de 1995⁶⁷³ encourage les juges vanuatais à recourir aux décisions étrangères des pays du Commonwealth. Il est ainsi possible que les tribunaux vanuatais utilisent comme source d'inspiration la jurisprudence canadienne en matière de respect des droits des femmes (le Canada étant de tradition de la *Common Law* et membre du Commonwealth) pour rendre leurs jugements. Nous encourageons les juges à aller dans ce sens, considérant le progrès réalisé dans le droit canadien et québécois depuis l'arrêt *Andrews*⁶⁷⁴, mais aussi et surtout compte tenu de l'avancement des droits des femmes au Canada et au Québec en particulier.

Enfin, un dernier chapitre sera consacré à notre proposition consistant à mettre en place un mécanisme national de protection des droits fondamentaux basé sur le modèle québécois (Chapitre troisième). Comme nous le verrons en détail, malgré quelques lacunes, notamment en ce qui concerne l'accès direct à la justice, mais aussi les longs délais d'enquête de la Commission québécoise des droits de la personne et de la jeunesse (la Commission), le système québécois constitue, à notre sens, un des meilleurs modèles à suivre pour le Vanuatu et les États du Pacifique Sud. En effet, la défense des victimes assurée par la Commission devant le Tribunal des droits de la personne constituera un avantage majeur pour les citoyens vanuatais et ceux des autres États du Pacifique Sud qui manquent cruellement de moyens pour agir en justice lorsque leurs droits fondamentaux sont bafoués. Plus que cela, le fait que le Québec est considéré comme un leader international en matière de droits des femmes constitue une autre raison, et non la moindre, pour baser le système vanuatais sur le modèle québécois. Nous nous entretiendrons davantage sur ce point dans le corps de notre dernier chapitre.

Nous estimons que la mise en place d'un mécanisme national pourrait être un tremplin pour un plus grand respect et une plus grande promotion des droits des femmes et des droits fondamentaux en général. Alors que certains auteurs de la région militent pour l'établissement d'un mécanisme régional de protection des droits fondamentaux⁶⁷⁵, nous procédons autrement. Nous pensons qu'il est difficile d'assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux à l'échelle régionale tant que ceux-ci ne sont pas respectés au niveau interne de chaque État. En effet, un système régional

⁶⁷³ [Mouton], *supra* note 168.

⁶⁷⁴ [Andrews], *supra* note 85.

⁶⁷⁵ Patricia Imrana Jalal, « Why Do We Need a Pacific Regional Human Rights Commission », (2009) 40 V.U.W.L.R. 177 ; Butler, « A Human Rights Charter for the Pacific », (2005) Human Rights Research : Victoria Human Rights Programme 2, à la page 3-4, en ligne : [<http://www.victoria.ac.nz/nzcpl/HRRJ/vol3/Butler.pdf>] (accessible le 13 février 2013) ; Valmaine Toki et Natalie Baird, « An Indigenous Pacific Human Rights Mechanism : Some Building Blocks », (2009) 40 V.U.W.L. R. 215, à la page 215 ; Unasa Vaà, « Samoan Custom and Human Rights : An Indigenous View », (2009) 40 V.U.W.L. Rev. 237.

risque par exemple d'adopter une approche trop générale qui ne verrait pas les besoins et priorités de chaque État et des communautés locales. Il peut aussi être considéré comme posant problème à la souveraineté de l'État ou encore, peut dupliquer les travaux des institutions nationales⁶⁷⁶. Nous allons donc, dans ce chapitre, nous concentrer essentiellement sur la mise en place d'un mécanisme national qui protégera mieux, à notre sens, les droits fondamentaux au niveau interne de chaque État (Vanuatu pour ce qui nous concerne).

Il est cependant important de faire une précision ici. En effet, le fait que nous proposons un mécanisme national basé sur le modèle québécois ne signifie pas que nous nions toute pertinence au rôle du droit national dans la protection des droits fondamentaux notamment des femmes. Au contraire, nous insisterons également (en particulier dans le deuxième chapitre de cette seconde partie) sur la nécessité de se servir du pouvoir judiciaire pour faire avancer les droits des femmes et améliorer les rapports entre les sexes au Vanuatu. Comme nous l'avons souligné plus haut, notre référence au mécanisme québécois s'explique, entre autres, par la réussite de celui-ci notamment en ce qui concerne la protection et la promotion des droits des femmes, mais aussi par le fait qu'actuellement, il n'existe aucun mécanisme national de protection des droits fondamentaux dans le pays. Or, les situations inégalitaires des femmes au Vanuatu et des nombreuses violations des droits fondamentaux en général commandent la mise en place d'un mécanisme national de protection des droits et libertés.

⁶⁷⁶ Katryn Hay, « A Pacific Human Rights Mechanism : Specific Challenges and Requirements », (2009) 40 V.U.W.L.R. 195, à la page 196.

CHAPITRE PREMIER : LA CONTROVERSE SUR L'UNIVERSALITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX

INTRODUCTION

Le débat sur l'universalité et le relativisme culturel n'est pas récent. Apparu déjà depuis la période de l'Antiquité, il s'accroît au fil des temps, et surtout avec l'affirmation de l'universalité des droits fondamentaux par les philosophes des lumières dans le cadre de leur théorie du droit naturel. Ce débat atteint son apogée dans les années 1940-1950 pendant les travaux qui ont mené à l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* et également après que celle-ci soit adoptée. Nous verrons donc les détails dans une première section consacrée à la théorie du relativisme culturel (Section I).

Malgré cette controverse, il faut ici affirmer haut et fort que l'universalité des droits fondamentaux n'est pas un argument théorique qui peut être rejeté à tout moment. Loin de là puisqu'elle constitue bel et bien un principe fondamental reconnu par les instruments internationaux (Section II). Ainsi, la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* des Nations Unies est reconnue comme étant le socle du principe de l'universalité des droits fondamentaux. Adoptée en 1948, elle a non seulement ouvert la voie à l'adoption des autres traités en matière des droits fondamentaux, mais elle a aussi servi de modèle aux législateurs nationaux pour la promulgation des normes constitutionnelles en la matière. Dans le Pacifique, les Constitutions (en particulier les dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux) des Iles Fidji, de Nauru, des Iles Kiribati, de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, de Samoa, de Tuvalu et des Iles Salomon sont basées à la fois sur le modèle de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* et sur celui de la *Convention européenne des droits de l'Homme* de 1950⁶⁷⁷. Selon ces modèles, les droits et libertés sont décrits d'une manière détaillée. La Constitution du Vanuatu quant à elle et celle des Iles Cook se rapprochent du modèle canadien, c'est-à-dire de l'ancienne *Déclaration canadienne des droits*⁶⁷⁸. Les droits et libertés sont présentés dans des termes assez généraux. L'essentiel des droits et libertés affirmés dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* des Nations Unies s'y retrouve.

⁶⁷⁷ [Corrin, « *Negotiating* »], *supra* note 11, à la page 56.

⁶⁷⁸ *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch.44 [*Déclaration canadienne*].

La *Déclaration universelle des droits de l'Homme* a par ailleurs servi de fondement à la jurisprudence nationale et internationale dans le domaine des droits fondamentaux⁶⁷⁹. Les tribunaux nationaux (dont ceux des États du Pacifique Sud) y font parfois référence lorsqu'ils rendent des jugements en la matière.

Cependant, en pratique, l'effectivité des droits fondamentaux semble être mise à mal par des réalités sociales, culturelle et religieuses auxquelles certains pays du Sud « sont quotidiennement confrontés et qui sont d'une vivacité telle que la conception même des droits de l'Homme et leur utilisation de la création de la règle de droit moderne par opposition à la règle traditionnelle s'en trouvent considérablement modifiées »⁶⁸⁰. Pour ces raisons, nous estimons important de consacrer la troisième et dernière section à des propositions sociologiques visant à intégrer les droits fondamentaux dans la culture interne de ces États du Sud (Section III).

⁶⁷⁹ Antonio Augusto Cançado Trindade, « La réaffirmation contemporaine de l'universalité des droits de l'homme : quelques réflexions », dans Maurice Kamga et Makane Moïse Mbengue dir., *En l'honneur de Raymond Ranjeva, Liber Amicorum, L'Afrique et le droit international : Variations sur l'Organisation Internationale*, Paris, éditions Pédone, 2013, 445, à la page 445 [**Trindade, « La réaffirmation »**].

⁶⁸⁰ Alioune B. Fall, « Universalité des droits de l'homme et pluralité juridique en Afrique », dans *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, 359, à la page 360.

SECTION I : LE RELATIVISME CULTUREL

Le relativisme culturel repose sur l'idée ou la critique selon laquelle les droits fondamentaux étant des conceptions occidentales ne sauraient être universels pour toutes les nations et tous les peuples. Cette théorie est portée par un certain nombre d'auteurs relativistes qui s'opposent à l'idée de l'universalité des droits fondamentaux. Ils se fondent notamment sur des recherches anthropologiques selon lesquelles la divergence de cultures, de politiques et de traditions conduit à une divergence de valeurs sociales et en de différentes approches du droit, de la moralité et de la justice⁶⁸¹. En effet, selon les défenseurs de la thèse du relativisme culturel, « les cultures sont équivalentes et aucune ne peut s'arroger le droit de définir les valeurs d'une autre ou la juger »⁶⁸². Alors qu'à l'origine, le terme du relativisme culturel faisait essentiellement l'objet d'étude comparative des cultures dans le domaine de l'anthropologie, aujourd'hui, celui-ci investit le champ de la moralité, des valeurs et de la politique pour servir de contestation scientifique à l'universalité des droits fondamentaux⁶⁸³. Cette contestation ou critique se fait entendre davantage « dans le contexte postcolonial et anti-impérialiste où la revendication et la promotion d'une identité culturelle et religieuse différente apparaissent comme un acte de résistance contre le discours universaliste de l'ancien colonisateur »⁶⁸⁴.

Pour mieux saisir les contours de cette question (du relativisme culturel), nous aborderons dans un premier paragraphe l'origine et l'évolution du débat qui en émane (Paragraphe I). Nous verrons par ailleurs que cette théorie du relativisme culturel soutenue même jusqu'à nos jours non seulement par des États (essentiellement du Sud), mais aussi par un certain nombre d'auteurs présente des « manifestations » bien réelles. Autrement dit, elle est à la base de certaines idéologies telles que les différents courants postcolonialistes dont certains critiquent l'universalité des droits fondamentaux (Paragraphe II). Le relativisme culturel se manifeste ensuite par la mise en avant de l'idée du

⁶⁸¹ Voir la discussion sur les droits de l'Homme et le relativisme culturel : Lee Donoho Douglas, « Relativism Versus Universalism in Human Rights : The Search for Meaningful Standards », (1991) 27 Stan. J. Int'l L. 345, à la page 345-352 [**Douglas, « Relativism »**].

⁶⁸² Jeanne Dupendant, *Les crimes d'honneur et l'universalité des droits de l'Homme*, Paris, éditions Pedone, 2011, à la page 12 [**Dupendant, « Les crimes d'honneur »**].

⁶⁸³ [**Dupendant, « Les crimes d'honneur »**], *supra* note 682, à la page 12 ; Gérard Fellous, *Les droits de l'homme – Une universalité menacée*, Paris, éditions de la documentation française, 2010, à la page 23 ; John Tilley, « Cultural Relativism », (2000) 22(2) Hum. Rts. Q. 501, à la page 505 ; Roda Mushkat, « Culture and International Law : Universalism v. Relativism » (2002) 6 Sing. J. Int'l & Comp. L. 1028, à la page 1029-1030 [**Mushkat, « Culture »**] ; Voir aussi la discussion sur ce sujet de Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Third Edition, Ithaca/London, Cornell University Press, 2013, à la page 108-110 [**Donnelly, Universal**].

⁶⁸⁴ [**Dupendant, « Les crimes d'honneur »**], *supra* note 682, à la page 12 ; Siobhan Mullally, *Gender, Culture and Human Rights – Reclaiming Universalism*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2006, à la page 90 [**Mullally, Culture**].

régionalisme qui consiste à établir des mécanismes régionaux pour mettre l'accent sur les spécificités culturelles (Paragraphe III).

PARAGRAPHE I : L'ORIGINE ET L'ÉVOLUTION DU DÉBAT ÉMANANT DU RELATIVISME CULTUREL

Nous l'avons mentionné plus haut, le débat sur l'Universalité (ou de l'Universel) et le Particulier (ou la Différence) apparaît déjà pendant la période de l'Antiquité lorsque Aristote s'opposait à l'idéalisme ou l'universalisme de Platon dans le domaine du métaphysique⁶⁸⁵. En effet, alors que selon Platon, les universaux (idées des êtres et des choses) déterminent le réel, Aristote soutenait quant à lui qu'il n'y a pas de réel sans le Particulier⁶⁸⁶. Ce débat opposa par la suite les réalistes (ou théologiens) et les conceptualistes au Moyen Âge. Pour les réalistes, les universaux (les concepts clés à partir desquels nous pensons toute chose, à savoir le genre, l'espèce...) existent réellement, éternellement et universellement dans l'entendement divin. Or, les conceptualistes considèrent que les universaux ne constituent qu'un simple outillage mental produit par et pour l'entendement humain.

Le débat devient plus intéressant (pour nous) lorsqu'il s'est déplacé, pendant la période de la philosophie des Lumières, sur le terrain de l'état de nature (ou de la théorie de la loi naturelle) sur lequel est fondée l'universalité des droits fondamentaux, mais surtout plus tard dans les années 1940 lors des négociations et des discussions sur l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*. Nous reviendrons sur la théorie de la loi naturelle plus bas lorsque nous aborderons l'universalité des droits fondamentaux. Ici, il est important de souligner que le débat autour du relativisme culturel a atteint son apogée dans la décennie 1940-1950. En effet, le 24 juin 1947, peu de temps avant l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* de 1948, l'*American*

⁶⁸⁵ Lucien Guirlinger, « Actualité, consistance conceptuelle, genèse historique de la confrontation entre diversité culturelle et universalité des droits de l'homme », dans Jean-Loup Amselle, Lucien Guirlinger, Françoise Héritier, Rahim Kherad et Guillaume Le Blanc, dir., *Diversité culturelle et universalité des droits de l'homme*, Nantes, éditions Cécile Default, 2010, 7, à la page 10 et s. ; Voir aussi Joseph Moreau, *Réalisme et idéalisme chez Platon*, Paris, Presse Universitaire de France, 1951 ; Joseph Moreau, *La construction de l'idéalisme platonicien*, Paris, Boivin & Cie, 1939.

⁶⁸⁶ Ainsi, selon Platon, les idées des propriétés ou des relations sont universelles parce qu'elles sont propres à plusieurs choses particulières. À titre d'exemple, la parentalité est universelle contrairement au parent qui est particulier. Or, Aristote reproche à Platon de ne pas rechercher les causes des idées. Selon lui, le réel existe grâce aux prédicables, c'est-à-dire à ce qui est affirmé d'un sujet (genre, définition...).

*Anthropological Association*⁶⁸⁷ a soumis à la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies une note pour la mettre en garde contre deux problèmes susceptibles de se poser quant au respect de la diversité culturelle. Le premier porte sur le respect de la personnalité de l'individu en tant que tel et son droit à un développement plein et entier en tant que membre de sa société. Le deuxième concerne le respect des cultures des différents groupes humains. La question qui se pose selon cette association est la suivante : compte tenu de la pluralité de sociétés dans le monde et de la diversité des cultures, comment la Déclaration en question peut-elle être applicable à tout être humain, sinon être une affirmation de droits conçus sur la base des valeurs prévalant uniquement dans les pays d'Europe de l'Ouest et de l'Amérique du Nord ?

L'Association met en avant trois idées à prendre en considération. D'abord, tout individu construit sa personnalité dans sa culture. Par conséquent, le respect des différences individuelles implique le respect des différences culturelles. Ensuite, l'idée du respect des différences entre les cultures est renforcée par le fait qu'il n'existe pas de technique d'évaluation qualitative permettant de décider si certaines cultures sont supérieures à d'autres. Enfin, l'Association note que chaque culture possède ses propres valeurs et les postulats formulés à partir de croyances et des principes moraux d'une culture ne peuvent pas s'appliquer à l'humanité entière.

Depuis ce temps, l'universalité des droits fondamentaux a rencontré des oppositions de tous côtés⁶⁸⁸. Les défenseurs du relativisme culturel qui contestent cette universalité tentent par exemple de redéfinir le concept des droits fondamentaux. Dans ce sens, lors la Quatrième conférence mondiale sur les droits de l'Homme à Vienne en 1993, les représentants d'un groupe de pays en développement ont cherché à redéfinir le concept des droits fondamentaux. Ils ont soutenu que les principes reconnus par la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* de 1948 ne reflétaient que les valeurs occidentales⁶⁸⁹ étant donné que l'Organisation des Nations Unies était composée essentiellement des pays occidentaux à l'époque. Ils ont estimé que l'imposition par l'Occident de sa propre définition du concept des droits fondamentaux relevait de son hégémonie et de son

⁶⁸⁷ American Anthropological Association, « Understanding Human Rights », dans Morton Winston dir., *The Philosophy of Human Rights*, Belmont, Wadsworth Inc, 1989, 117-120 [**American Association, « Understanding Human Rights »**].

⁶⁸⁸ Voir par exemple Massimo Iovane, « The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Diversity: Some Theoretical and Practical Considerations », (2007) 14 *International Journal on Minority and Group Rights* 238, à la page 238 et s. [**Iovane, « The Universality »**].

⁶⁸⁹ Voir Daphné Voudouri, « Une nouvelle convention internationale relative au patrimoine culturel, sous le signe de la reconnaissance de la diversité culturelle : la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel », (2004) 57 *Revue hellénique de droit international* 103, à la page 103 et s.

ingérence dans les autres cultures. Pour ces relativistes, la définition de la justice variait selon les cultures.

Des courants ont même été développés par un certain nombre d'auteurs du Sud pour contester à la fois l'universalité des droits fondamentaux et la non-prise en compte, selon eux, des réalités du Sud par le droit international. Ceci fera l'objet du paragraphe qui suit.

PARAGRAPHE II : LES COURANTS TIERS-MONDISTES

Comme nous l'avons mentionné, le relativisme culturel se manifeste dans un premier temps par le développement des courants tiers-mondistes qui critiquent, entre autres, l'universalité des droits fondamentaux.

Ainsi, alors que les premières théories tiers-mondistes⁶⁹⁰ qui ont émergé au lendemain de la décolonisation ont accordé la priorité, entre autres, à l'indépendance nationale, au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et à leur intégration dans l'ordre juridique international⁶⁹¹, on assiste depuis les années 1990 à l'émergence des nouveaux courants, dont le TWAIL (*Third World Approaches to International Law*) né à la suite d'une conférence à l'université Harvard en 1997, et qui axe ses revendications sur trois principales caractéristiques dont la première nous intéresse particulièrement⁶⁹². Il s'agit, comme l'a souligné Martin Gallié, de la volonté de leur part d'inscrire

⁶⁹⁰ Le tiers-mondisme porte un certain nombre de revendications sociales et politiques qui ont marqué les agendas des institutions internationales, des États et des mouvements sociaux dans les années 1960 et 1970, en particulier, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, le non-alignement ou encore la non-ingérence. Voir dans ce sens Martin Gallié, « Introduction - Des analyses « tiers-mondistes » aux « postcolonial studies » - Théories critiques du pouvoir et revendications politiques », (2012) 2 Hors-série R.Q.D.I. 1, à la page 3, en ligne : [http://rs.sqdi.org/volumes/HS-PostCo_1_Introduction.pdf] (accessible le 22 janvier 2014) ; Voir aussi Alpana Roy, « Postcolonial Theory and Law : A Critical Introduction », (2008), 29 Adel. L. Rev., 316, à la page 316 et s. ; Robert Young, *Postcolonialism, An Historical Introduction*, Oxford, Blackwell Publishers, 2001, à la page 3-4 ; Irene Watson, « Indigenous Peoples' Law-Ways : Survival Against the Colonial State », (1997), 8 Au. Fem. L.J., 39, à la page 39 et s. ; Gayatri Chakravorty Spivak, « Can the Subaltern Speak ? » dans Cary Nelson et Lawrence Grossberg, dir., *Marxism and the Interpretation of Culture*, Illinois (Urbana), University of Illinois Press, 1988, 27, à la page 27 et s. ; Jacques Pouchédass, « Les Subalternes Studies ou la critique postcoloniale de la modernité », (2000) 156 L'homme 161, à la page 165 ; Ranajit Guha, *Subaltern Studies I*, Delhi, Oxford University Press, 1982 ; Guha Ranajit, « On Some Aspects of the Historiography of Colonial India », dans Ranajit Guha, dir., *Subaltern Studies I*, Delhi/Oxford, Oxford University Press, 1, à la page 1-9 ; Rémi Bachand, « Les quatre strates du droit international analysées du point de vue des subalternes », (2011-2012) 24 R.Q.D.I. 1, à la page 1.

⁶⁹¹ Edmond Jouve, *Les tiers-mondes dans la vie internationale*, Paris, Berger-Levrault, 1986 ; Maurice Flory et Suzanne Bastide, dir., *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, Paris, Pedone, 1974 ; Georges Abi-Saab, « The Newly Independent States and the Rules of International Law », (1962) 8 How. L.J. 95 ; John Holmes, « The West and the Third World », (1965/1966) 21 Int'l J. 20.

⁶⁹² Les deux autres caractéristiques sont : une approche critique des rapports entre le capital, la libéralisation des échanges et les enjeux « identitaires » et une approche critique de l'État qui n'est plus considéré comme l'unique et principal acteur de l'émancipation des peuples. Voir James Thuo Gathii, « Alternative and Critical. The Contribution of Research and

l'analyse du droit international dans la réalité de l'histoire qui ne se limite pas à celle de l'Occident, mais qui prend en considération le rôle de la colonisation dans la formation des normes et des États du tiers-monde. Ils soutiennent qu'il faut non seulement revoir la manière de comprendre l'évolution du droit en intégrant les rapports Nord/Sud à l'analyse, mais aussi révéler les techniques utilisées par les acteurs dominants pour imposer leurs points de vue⁶⁹³.

C'est dans ce contexte que les auteurs de ce courant dénoncent le caractère universel des droits fondamentaux comme étant « un instrument de légitimation, d'ingérence et de contrôle des peuples du tiers-monde »⁶⁹⁴. Ainsi, selon Makau Mutua, ce caractère universel des droits fondamentaux favorise l'universalisation d'un modèle eurocentrique⁶⁹⁵. Elle souligne qu'alors que le mouvement des droits fondamentaux s'est construit pour faire face aux atrocités commises en Europe, les activités des organisations internationales en la matière sont essentiellement centrées sur les États du tiers-monde. Les peuples du tiers-monde apparaissent donc comme les principaux auteurs et victimes, et il est alors légitime d'intervenir pour les sauver. Or, souligne-t-elle, les violations commises par les États occidentaux échappent largement à l'intervention des organisations internationales.

Pour les défenseurs de ce mouvement tiers-mondiste, l'utilité du droit international n'est pas à contester. En effet, celui-ci est un outil de transformation sociale et de protection des plus faibles. Ils sont cependant divisés sur les stratégies à adopter pour remédier aux déséquilibres internationaux, notamment en ce qui concerne la critique de l'universalité des droits fondamentaux⁶⁹⁶. Alors que certains auteurs tentent d'adapter les dispositions actuelles des droits fondamentaux au contexte culturel et local⁶⁹⁷, d'autres prônent une refonte totale des droits

Scholarship on Developing Countries to International Legal Theory », (2000) 41 Harv. Int'l L. J. 263, à la page 274-275 ; Martin Gallié, « Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL) : Un renouvellement ? », (2008) 39(1) Études internationales 17, à la page 23 [Gallié, « Les théories »].

⁶⁹³ [Gallié, « Les théories »], *supra* note 692, à la page 23-24.

⁶⁹⁴ [Gallié, « Les théories »], *supra* note 692, à la page 24. Déjà au début des années 1990, un certain nombre d'auteurs s'opposent à l'idée d'universalité des droits fondamentaux. Ces auteurs se fondent sur des recherches anthropologiques selon lesquelles la divergence de cultures, de politiques et de traditions conduit à une divergence de valeurs sociales et à de différentes approches juridiques et morales ([American Association, « Understanding Human Rights »], *supra* note 687, à la page 117-120).

⁶⁹⁵ Makau Mutua, « Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights », (2001) 42(1) Harv. Int'l L.J. 201 [Mutua, « Savages »] ; [Gallié, « Les théories »], *supra* note 692, à la page 35 ; James Thuo Gathii, « Imperialism, Colonialism, and International Law », (2007) 54(4) Buff. L. Rev. 1013.

⁶⁹⁶ [Gallié, « Les théories »], *supra* note 692, à la page 38-39.

⁶⁹⁷ Obiara Chiedu Okafor, *The African Human Rights System. Activist Forces and International Institutions*, Cambridge, University Press, 2007, à la page 1-11 ; Slim Laghmani, « Droit international et diversité culturelle », (2008) 112(2) R.G.D.I.P. 241 ; [Iovane, « The Universality »], *supra* note 688 ; Veeravagu Thamilmaran, « Cultural Rights in International Law », dans Anura Goonasekera, Cees Hamelink et Venkat Iyer, dir., *Cultural Rights in a Global World*, Singapour, Eastern Universities Press, 2003, 139 ; Jean-Bernard Marie, « L'universalité des droits de l'homme revisitée

fondamentaux reposant non sur l'universalité, mais sur la pluralité culturelle afin de créer un nouveau corpus de droits réellement multiculturels⁶⁹⁸. Mais plusieurs questions se posent quant à l'efficacité de cette politique. Ne s'agit-il pas de la stratégie adoptée par les puissances coloniales notamment lorsqu'elles invoquaient les spécificités des États du tiers-monde pour les diviser?⁶⁹⁹

Le relativisme culturel se manifeste ensuite par la mise en avant du régionalisme et sa matérialisation ou sa concrétisation.

PARAGRAPHE III : LE RÉGIONALISME

Pour contester le principe de l'universalité des droits fondamentaux, certaines régions ont élaboré leurs propres Chartes des droits fondamentaux afin de mettre l'accent sur leurs spécificités régionales. La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*⁷⁰⁰ (la Charte africaine) est l'exemple le plus souvent cité. En effet, la Charte africaine s'avère être le produit d'un moment historique particulier, celui de la lutte anticoloniale sur le continent africain⁷⁰¹. Par conséquent, elle met essentiellement en avant les valeurs culturelles africaines⁷⁰². Ainsi, le chapitre II de la Charte africaine est consacré aux devoirs des individus non seulement envers autrui⁷⁰³, mais aussi envers la famille, la société, l'État et la collectivité⁷⁰⁴. En mettant un accent particulier sur les devoirs des individus et la responsabilité collective, la Charte africaine constitue en quelque sorte une rupture avec la conception occidentale dominante des droits fondamentaux et du phénomène juridique en son ensemble. Dans ce sens, selon le système traditionnel africain, la responsabilité collective est mise en œuvre par un système de contention original fondé sur la conciliation (la justice

par la diversité culturelle », dans Gilbert Vincent, dir., *La partition des cultures. Droits culturels et droits de l'homme*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2008, 379.

⁶⁹⁸ [Mutua, « Savages »], *supra* note 695, à la page 245.

⁶⁹⁹ [Gallié, « Les théories »], *supra* note 692, à la page 38.

⁷⁰⁰ *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981 [Charte africaine].

⁷⁰¹ Johanna Bond, « Women's Rights, Customary Law and the Promise of the Protocol on the Rights of Women in Africa », dans Jeanmarie Fenrich, Paolo Galizzi et Tracy Higgins, dir., *The Future of African Customary Law*, Cambridge, Cambridge university Press, 2011, 467, à la page 473 [Bond, « Women »]; Adrien Katherine Wing et Tyler Murray Smith, « The New African Union and Women's rights », (2003) 13 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 33, à la page 53-54. Ces deux auteures font remarquer que conçue en 1963, l'Union Africaine a été établie pour unir les nations du continent contre l'intervention étrangère et le racisme.

⁷⁰² [Bond, « Women »], *supra* note 701, à la page 473 ; Deborah Wean, « Real Protection for Women ? The African Charter on Human and Peoples' Rights », (1987) 2 *Emory J. In'l Disp. Resol.* 425, à la page 456.

⁷⁰³ [Charte africaine], *supra* note 700, art. 28 : « Chaque individu a le devoir de respecter et de considérer ses semblables sans discrimination aucune, et d'entretenir avec eux des relations qui permettent de promouvoir, de sauvegarder et de renforcer le respect et la tolérance réciproques ».

⁷⁰⁴ [Charte africaine], *supra* note 700, art. 27(1) : « Chaque individu a des devoirs envers la famille et la société, envers l'État et les autres collectivités légalement reconnues et envers la communauté internationale ».

traditionnelle ou encore la réconciliation coutumière)⁷⁰⁵. La tribu ou la famille paye pour la faute commise par le membre du groupe sur lequel elle assure un contrôle étroit de ses comportements. Souvent, des excuses sont présentées par la famille du contrevenant et acceptées par la famille de la victime. Le chef traditionnel joue le rôle de médiateur ou de conciliateur entre les parties. Sa fonction n'est pas de dire le droit en désignant le gagnant et le perdant, mais plutôt de chercher la conciliation et réconcilier les parties en conflit.

C'est sur cette même idéologie que la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples a été établie en 1986 lors de l'entrée en vigueur de la Charte africaine. Même si une Cour des droits de l'Homme a été créée plus tard en 1998, l'idée originale a été de mettre en place une institution ayant pour but de promouvoir, de protéger et de défendre les droits fondamentaux dans un processus de non-confrontation, employant le moyen de la méditation et de la conciliation pour régler les disputes en la matière. Ce processus de résolution des différends est culturellement plus approprié pour les États africains, contrairement à celui de la confrontation connu en Occident.

Cependant, l'on peut relever un certain nombre de critiques vis-à-vis de ce mécanisme africain. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, contrairement aux cours européenne et interaméricaine, les communications de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples restent confidentielles jusqu'à ce que l'Assemblée des chefs d'États et de gouvernements les approuve conformément à l'article 59 de la Charte africaine⁷⁰⁶. Autrement dit, alors que ces premières rendent des arrêts obligatoires, la Commission africaine rend des décisions qui ont valeur de recommandations, dont la suite, y compris la publication, dépend de l'approbation de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement, organe très peu enclin à la critique de ses membres⁷⁰⁷. Or, une telle fonction met en cause l'indépendance de la Commission. Non seulement l'accès aux résultats de la Commission est retardé, mais surtout, la décision de rendre publiques les communications de la Commission dépend de l'intervention politique⁷⁰⁸. Les décisions de la Commission sont donc rarement suivies d'effet au plan national⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ Mutoy Mubiala, « Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et cultures africaines », (1999) 12 R.Q.D.I. 197, à la page 199.

⁷⁰⁶ **[Charte africaine]**, *supra* note 700, art. 59(1) : « Toutes les mesures prises dans le cadre du présent chapitre resteront confidentielles jusqu'au moment où la conférence des chefs d'État et de gouvernement en décidera autrement ».

⁷⁰⁷ Mutoy Mubiala, « Le système africain de protection des droits de l'homme dans une perspective comparative », (2008) 25(2) L'Observateur des Nations Unies 66, à la page 69 **[Mubiala, « Le système africain »]**.

⁷⁰⁸ Manisuli Ssenyonjo, « Strengthening the African Regional Human Rights System », dans Manisuli Ssenyonja, dir., *The African Regional Human Rights System*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 455, à la page 459 **[Ssenyonjo, « Strengthening »]**.

⁷⁰⁹ L'une des rares décisions de la Commission à avoir été suivies d'effet au plan national : *Social and Economic Rights Action Centre/Center for Economic and Social Rights c. Nigéria*, [2001] la Communication 155/96.

Cette faiblesse de la Commission a conduit les États de l'Union Africaine à adopter quelques réformes institutionnelles. En 1998, la Cour africaine des droits de l'Homme a été établie par le *Protocole facultatif à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*⁷¹⁰ adopté par l'Organisation de l'Union Africaine. Il a fallu attendre plus de cinq ans pour que le nombre de pays requis (quinze pays) pour ratifier le Protocole ait été atteint⁷¹¹. La Cour n'a donc réellement vu le jour qu'en février 2004⁷¹². Cependant, la mise en route de la Cour est retardée compte tenu des appréhensions relatives à l'existence d'une autre cour : la Cour de justice africaine établie par le *Protocole de la Cour de Justice de l'Union Africaine* du 11 juillet 2003. Les juges de la Cour africaine des droits de l'Homme ont été nommés en 2006. Cependant, elle n'a été saisie que de très peu d'affaires depuis⁷¹³.

En juillet 2008, l'Union Africaine a pris la décision de fusionner la Cour africaine des droits de l'Homme et la Cour africaine de justice par le *Protocole sur le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme*⁷¹⁴. Ce Protocole remplace celui de 1998 sur la Charte africaine créant la Cour africaine des droits de l'Homme et celui de 2003 sur la Cour de justice africaine. Cette Cour de justice et des droits de l'Homme garde cependant les traces de la fusion puisqu'elle est divisée en deux sections : affaires générales et droits de l'Homme. Il faut noter que le but de cette fusion était de faire l'économie de la prolifération des institutions régionales⁷¹⁵.

Cependant, le nombre requis de ratification pour permettre l'entrée en vigueur du Protocole établissant la nouvelle Cour n'est toujours pas atteint. Non seulement peu d'États l'ont ratifié, mais

⁷¹⁰ *Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, 10 juin 1998, en ligne : [http://www.african-court.org/fr/images/documents/fr_gen_docs/Protocole%20portant%20Creation%20de%20la%20Cour%20Africaine%20des%20Droits%20de%20l'Homme%20et%20des%20Peuples.pdf] (accessible le 7 octobre 2013).

⁷¹¹ Les 15 pays : Algérie, Burkina Faso, Burundi, Gambie, Lesotho, Lybie, Mali, Mauritanie, Rwanda, Afrique du Sud, Sénégal, Togo, Uganda, Côte d'Ivoire et Comores.

⁷¹² Ibrahim Badawi, « Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights : Introductory Note », (1997) 9 Afr. J. Int'l & Comp. L. 943, à la page 943 et s. ; Jeremy Sarkin, « The African Commission on Human and People's Rights and the Future African Court of Justice and Human Rights : Comparative Lessons from the European Court of Human Rights », (2011) 18(3) South African Journal of International Affairs 281, à la page 288.

⁷¹³ Seulement trois décisions ont été entendues par la Cour. *Michelot Yogogombaye c. la République de Sénégal*, [2009] Demande n°001/2008 ; la *Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples c. Libye*, [2011] Mesures provisionnelles et *Ayants droit de Feus Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema dit Ablasse, Ernest Zongo et Blaise Ilboudo & Le mouvement Burkinabe des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso*, [2013] Requête n°013/2011 (examen de fond).

⁷¹⁴ *Protocole portant statut de la Cour africaine de la justice et des droits de l'Homme*, 1^{er} juillet 2008, en ligne : [http://www.iag-agi.org/bdf/docs/protocole_statut_cour_africaine_de_justice_et_des_droits_de_l_homme.pdf] (accessible le 7 octobre 2013).

⁷¹⁵ [Mubiala, « Le système africain »], *supra* note 707, à la page 69.

aussi très peu ont accepté par déclaration la compétence de la Cour permettant aux individus et aux ONG de la saisir directement⁷¹⁶. La lenteur de la ratification de ce Protocole constitue un défi pour l'Union Africaine. Il est important qu'un maximum d'États ratifie le Protocole afin de permettre aux individus et aux organisations non gouvernementales de porter plainte devant la Cour. Sans la ratification universelle des États de l'Union Africaine, la protection assurée par la Cour restera une illusion. Cette réticence des États à ratifier le Protocole et à accepter la juridiction de la Cour montre clairement leur manque d'engagement à respecter et à promouvoir les droits fondamentaux.

Par ailleurs, la Charte africaine elle-même contient des dispositions qui favorisent des discriminations sexuelles à travers des renvois aux coutumes et valeurs traditionnelles africaines qui ne distinguent pas les positives des négatives, c'est-à-dire celles qui sont contraires aux normes internationales des droits fondamentaux⁷¹⁷. Le préambule de la Charte africaine prévoit, par exemple, que des vertus des traditions historiques et des valeurs des civilisations africaines doivent inspirer et caractériser les réflexions sur la conception des droits de l'Homme et des peuples.

On comprend donc mieux pourquoi au départ, les Nations Unies étaient méfiantes à l'égard des initiatives des mécanismes régionaux de protection des droits fondamentaux⁷¹⁸. Ces mécanismes régionaux sont devenus pourtant incontournables dans la protection actuelle des droits fondamentaux. Dans ce sens, Philip Alston et Karel Vasak notent : « pour une longue période, le régionalisme en ce qui concerne les droits de l'Homme n'était pas populaire aux Nations Unies : il y avait souvent une tendance à le considérer comme l'expression d'un mouvement séparatiste, mettant l'universalité des droits de l'Homme en doute... » (notre traduction)⁷¹⁹. Ce n'est que plus tard, que l'ONU aura été moins méfiante vis-à-vis des mécanismes régionaux, notamment après les travaux menés sur les deux Pactes internationaux portant notamment sur la protection des droits culturels⁷²⁰.

⁷¹⁶ Sur les 53 États de l'Union Africaine, seulement 26 ont ratifié le Protocole établissant la Cour et sur les 26, seulement 5 ont fait la déclaration (Burkina Faso, Ghana, Malawi, Mali et Tanzanie) conformément à l'article 34(6) du Protocole acceptant la juridiction de la Cour pour examiner les plaintes déposées directement par les individus et les ONG ; [Ssenyonjo, « Strengthening »], *supra* note 708, à la page 461.

⁷¹⁷ Fabienne Quilleré-Majzoub, « Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique : Un projet trop ambitieux? », (2008) 19(73) Rev. Trim. dr. h. 127, à la page 130 [Majzoub, « Le protocole »] ; Mutoy Mubiala, « Le Projet de Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique » (2000) Revue du Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, Numéro spécial sur les droits des femmes 23, à la page 23 et s.

⁷¹⁸ Dinah Shelton, « Universalité et régionalisme en droit international des droits de l'homme », (2009) 26(1) L'Observateur des Nations Unies 221, à la page 226 [Shelton, « Universalité »].

⁷¹⁹ Karel Vassak et Philip Alston, *The International Dimensions of Human Rights*, volume 2, Connecticut/Paris, Greenwood Press/Unesco, 1982, à la page 451 [Vassak et Alston, *International Dimensions*].

⁷²⁰ Karel Vassak et Philip Alston, *The International Dimensions of Human Rights*, volume 2, [Vassak et Alston, *International Dimensions*], *supra* note 719, à la page 451.

De même, pour certains commentateurs, les efforts régionaux « sont un pas dans la fausse direction parce que par la décentralisation de la mise en œuvre des droits de l'Homme loin du système de Nations Unies, les droits de l'Homme annoncés comme valeurs universelles qui ne peuvent pas varier de nation à nation ou de région à région, deviennent maintenant de plus en plus spécifiques à chaque région »⁷²¹.

Cependant, comme mentionné, l'on ne peut nier que d'une manière générale les systèmes régionaux contribuent de plus en plus à la promotion et au respect des droits fondamentaux. Les différents textes régionaux font référence aux instruments internationaux, dont la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, et les Cours ou encore les instances régionales des droits fondamentaux citent très souvent la jurisprudence internationale dans leurs décisions⁷²².

Pour rester sur l'exemple de l'Afrique, malgré les difficultés susmentionnées, le système régional des droits fondamentaux commence malgré tout à porter des fruits. Depuis l'adoption de la Charte africaine, des progrès ont été réalisés dans la protection et la promotion des droits fondamentaux en Afrique. Comme l'a constaté Manisuli Ssenyonjo, la Commission africaine des droits de l'homme a interprété la Charte d'une manière dynamique et créative⁷²³. Les pays africains prennent de plus en plus au sérieux les droits fondamentaux grâce à quelques décisions innovantes. La démocratie s'installe dans la plupart d'entre eux qui vont depuis ces trente dernières années, de parti politique unique au système multipartite. Ils ont aussi adopté de plus en plus des lois en faveur de la protection des droits fondamentaux.

En matière de droits des femmes, le *Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes*, dit aussi Protocole de Maputo, a été adopté le 11 juillet 2003 à Maputo (Mozambique) et est entré en vigueur le 25 novembre 2005⁷²⁴. Il s'agit d'un instrument prometteur pour la protection et la promotion des droits des femmes en Afrique. Il valorise

⁷²¹ Melissa Robbins, « Comment : Powerful States, Customary Law and the Erosion of Human Rights through Regional Enforcement », (2005) 35 Cal. W. Int'l L.J. 275, à la page 275, cité par Dinah Shelton ([Shelton, « Universalité »], *supra* note 718), à la page 235.

⁷²² [Shelton, « Universalité »], *supra* note 718, à la page 231.

⁷²³ [Ssenyonjo, « Strengthening »], *supra* note 708, à la page 455 ; Heyns Christof et Kaguongo Waruguru, « Constitutional Human Rights Law in Africa », (2006) 22(4) S.A.J.H.R. 673.

⁷²⁴ *Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes*, 11 juillet 2003, en ligne :

[<http://wgd.au.int/en/sites/default/files/Protocol%20to%20the%20African%20Charter%20on%20Human%20and%20People's%20Rights%20on%20the%20Rights%20of%20Women%20in%20Africa%20-%20French.pdf>] (accessible le 7 octobre 2013) (ci-après le *Protocole de Maputo*) [**Protocole de Maputo**].

explicitement à la fois le respect du droit à l'égalité des femmes et le respect des aspects positifs de la culture africaine (et non celles portant atteinte aux droits des femmes)⁷²⁵. Ainsi, l'article 5 du Protocole oblige les États parties à éliminer toutes les pratiques culturelles néfastes à l'égard des femmes⁷²⁶. De plus, l'article 17 de ce Protocole dispose que « 1) Les femmes ont le droit de vivre dans un environnement culturel positif et participer à la détermination des politiques culturelles à tous les niveaux » et que « 2) Les États prennent toutes les mesures appropriées pour renforcer la participation des femmes à l'élaboration des politiques culturelles à tous les niveaux ». Nous notons avec insistance que cette disposition (article 17) offre un droit important aux femmes en ce qui concerne la prise de décision. En effet, Johanna Bond souligne que si elle s'applique comme il se doit, cette disposition pourrait jeter la base d'un discours local porteur des voix des femmes dans le processus de définition et d'articulation des normes coutumières⁷²⁷. Cette disposition ouvre la porte à un possible engagement avec les autorités traditionnelles sur la mise en œuvre des droits des femmes au niveau local.

En guise de conclusion pour cette première section, soulignons que le débat opposant l'universalisme au relativisme apparaît déjà depuis l'Antiquité. Il s'est accentué au fil de temps, et sur le terrain des droits fondamentaux en particulier, il atteint son apogée dans les années 1940 avec l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* qui a affirmé le principe de l'universalité des droits fondamentaux. Le régionalisme constitue une des manifestations de ce débat. Les régions adoptent leurs propres Chartes afin de mettre l'accent sur leurs spécificités, notamment culturelles. Même si au départ les Nations Unies ont été méfiantes à l'égard de ces initiatives, aujourd'hui les mécanismes régionaux ouvrent grandement la porte à la protection des droits et libertés. D'autres conséquences du débat consistent en l'apparition des différents courants tiers-mondistes dont certains critiquent ouvertement l'universalité des droits fondamentaux.

⁷²⁵ [Bond, « Women »], *supra* note 701, à la page 474 ; [Majzoub, « Le protocole »], *supra* note 717, à la page 144 et s.

⁷²⁶ [Protocole de Maputo], *supra* note 724, art. 5 : « Les États interdisent et condamnent toutes les formes de pratiques néfastes qui affectent négativement les droits fondamentaux des femmes et qui sont contraires aux normes internationales. Les États prennent toutes les mesures législatives et autres mesures afin d'éradiquer ces pratiques et notamment :

a) sensibiliser tous les secteurs de la société sur les pratiques néfastes par des campagnes et programmes d'information, d'éducation formelle et informelle et de communication ;

b) interdire par des mesures législatives assorties de sanctions, toutes formes de mutilation génitale féminine, la scarification, la médicalisation et la paramédicalisation des mutilations génitales féminines et toutes les autres pratiques néfastes ;

c) apporter le soutien nécessaire aux victimes des pratiques néfastes en leur assurant les services de base, tels que les services de santé, l'assistance juridique et judiciaire, les conseils, l'encadrement adéquat ainsi que la formation professionnelle pour leur permettre de se prendre en charge ;

d) protéger les femmes qui courent le risque de subir les pratiques néfastes ou toutes autres formes de violence, d'abus et d'intolérance ».

⁷²⁷ [Bond, « Women »], *supra* note 701, à la page 476.

Tout en étant sensible à ce débat, notre position sur cette question s'aligne avec celle du droit international. Comme nous le défendrons dans la prochaine section, l'universalité des droits fondamentaux est un principe fondamental qui doit être respecté par tous.

SECTION II : LA DÉFENSE DE L'UNIVERSALITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX

Comme mentionné, l'idée des droits fondamentaux trouve son origine dans la théorie de la loi naturelle ou de la loi divine, et ce, sous l'influence de la philosophie des Lumières⁷²⁸. Selon cette théorie, tous les êtres humains sont égaux et disposent d'un certain nombre de droits inaliénables, valides en tout temps et en tout lieu. Les droits fondamentaux sont donc universels puisqu'ils sont inhérents à la nature humaine ou encore constituent un produit de la nature de l'être humain. Cette théorie dite de droit naturel a ensuite inspiré les révolutionnaires qui ont été à l'origine des premières Déclarations des droits fondamentaux⁷²⁹. Ces dernières avaient le mérite d'établir la base des droits et libertés fondamentaux et d'influencer les textes juridiques actuels aussi bien nationaux qu'internationaux en matière de protection des droits fondamentaux.

Nous devons donc affirmer haut et fort ici que malgré la controverse susmentionnée, les droits fondamentaux sont universels, quelle que soit la culture dans laquelle ils s'appliquent (Paragraphe I). Ainsi, même s'il est vrai que le respect de la culture ou de la différence culturelle est primordial pour le développement et l'épanouissement de chaque individu, l'argument culturel ne peut être invoqué pour porter atteinte aux droits fondamentaux. Ces derniers doivent l'emporter sur « le supposé droit culturel » en cas de conflit. L'universalité des droits fondamentaux est bel et bien un principe qui exprime la foi inébranlable en la capacité de chaque individu à assumer son propre destin en toute liberté et en tout temps. C'est une notion qui transcende les frontières nationales,

⁷²⁸ John Locke, *Two Treatises of Government*, London, Cambridge U.P., 1967 (La loi naturelle interdit aux hommes de faire tout ce qu'ils désirent. Ils ont le devoir de respecter les droits fondamentaux, dont le droit à la vie, le droit de propriété) ; Thomas Hobbes, *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, traduit de l'anglais par François Tricaud, Paris, Sirey, 1971 (Il met de l'avant l'idée de contrat social selon lequel les peuples cèdent leur droit de gouverner à un souverain. Celui-ci protégera en retour leurs droits naturels) ; Jean-Jacques Rousseau, *Émile ou de l'éducation*, Livre I, Paris, Garnier, 1961, à la page 8 et s., en ligne : [http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/emile/emile.html] (accessible le 26 septembre 2013) ; François Rigaux, « Les fondements philosophiques des droits de l'Homme », (2007) 70 Rev. Trim. dr. h. 307, à la page 328 ; Michel Villey, « Le droit naturel », (1985) 118-119 Revue de Synthèse 175, à la page 175 et s. ; Maurice Cranston, « Human Rights, Real and Supposed », dans Morton Winston, dir., *The Philosophy of Human Rights*, Belmont, Wadsworth Inc, 1989, 121, à la page 127 ; Guy Haarscher, « Universalité des droits de l'Homme ? », (1982) 4 Revue mensuelle de philosophie et de morale laïque 117, à la page 117 ; Danièle Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, à la page 46 (en associant les droits fondamentaux aux droits naturels, elle souligne que ceux-ci sont immanents à la nature humaine et donc, par essence, universels et immuables. Ainsi une norme universelle notamment celle des droits fondamentaux est celle qui vaut soit pour tous les individus dans une société donnée, soit pour l'ensemble de l'humanité. De ce fait, elle est dotée d'une valeur supérieure et doit l'emporter sur toute autre norme de droit positif).

⁷²⁹ Des Chartes et des Déclarations ont ensuite été adoptées tout d'abord au niveau interne de certains États et plus tard à l'échelle internationale. La *Magna Carta* de 1215 (dite aussi la Grande Charte des libertés d'Angleterre) a été le premier document à reconnaître, entre autres, les libertés individuelles et à limiter l'arbitraire royal. Cette Charte a ensuite avec la théorie du droit naturel, inspiré la *Déclaration des droits d'Angleterre (Bill of Rights)* de 1689, la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de la France de 1789 et la *Déclaration des droits des États-Unis (United States Bill of Rights)* de 1791.

historiques et culturelles et à laquelle tous les acteurs de la scène internationale doivent souscrire⁷³⁰. Ainsi, nous étudierons dans la dernière section de ce chapitre des solutions qui permettraient de concilier les droits fondamentaux et la diversité culturelle.

Cette universalité vaut aussi pour les droits des femmes (notamment le droit à l'égalité des femmes) qui font partie intégrante des droits fondamentaux (Paragraphe II). Cette affirmation mérite d'être soulignée puisque pour beaucoup, le statut réservé aux femmes relève du fait culturel et de la tradition. Or, il faut ici dénoncer tout haut cet argument culturel qui justifie la subordination des femmes. Toujours dans ce paragraphe, nous verrons en détail les raisons pour lesquelles nous rejetons tour à tour les arguments en faveur du relativisme culturel qui n'aide pas la cause des femmes.

PARAGRAPHE I : LES DROITS FONDAMENTAUX : DES NORMES UNIVERSELLES EN TOUT TEMPS ET TOUT LIEU

Deux principales idées feront l'objet de ce paragraphe. Premièrement, la participation de chacun à la vie culturelle de sa communauté est un élément essentiel à son développement et à son épanouissement personnel⁷³¹. Il s'agit en réalité d'un droit dit culturel dont chacun dispose. Ce droit fait aujourd'hui partie intégrante des droits fondamentaux⁷³². Cependant, l'on ne le répétera jamais assez, aucun argument culturel ne peut être invoqué pour porter atteinte aux droits fondamentaux (1).

Deuxièmement, *la Charte des Nations Unies* et l'ensemble des principaux traités relatifs aux droits fondamentaux obligent la communauté internationale à promouvoir et observer le respect universel des droits et libertés de chaque être humain. En effet, la plupart des pays dans le monde sont membres des Nations Unies ainsi que parties aux principaux instruments des droits fondamentaux. De ce fait, ils acceptent l'idée que le droit international est contraignant et par conséquent, ont, en tant que communauté internationale, une obligation de promouvoir et respecter collectivement les droits des êtres humains (2). Aujourd'hui, la pratique des États et les institutions relatives aux droits de l'Homme des Nations Unies soutiennent cette idée de l'universalité des droits fondamentaux.

⁷³⁰ [Corrin « Cultural Relativism »], *supra* note 33, à la page 104.

⁷³¹ Voir l'arrêt *Lovelace c. Canada*, [1980] Comité des droits de l'homme, Doc. Off. NU., 13e Sess., CCPR/C/13/D/24/1977 [Lovelace].

⁷³² [Pacte des droits sociaux, économiques et culturels], *supra* note 314, art. 15(1) (a).

1) Des normes universelles au-delà de la culture

À la suite des pressions faites par les anthropologues et les culturalistes, la culture est aujourd'hui considérée comme un élément essentiel pour le développement de chaque individu. Ainsi, la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* de 2005 affirme dans son préambule que « la diversité culturelle est une caractéristique inhérente à l'humanité et qu'elle constitue un patrimoine commun de l'humanité et qu'elle est importante pour la pleine réalisation des droits de l'Homme et des libertés fondamentales »⁷³³.

La participation à la vie culturelle est ainsi consacrée en droit international. Le *Pacte international des droits sociaux, économiques et culturels* dispose en son article 15. 1 a) que « les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit de participer à la vie culturelle »⁷³⁴. De plus, dans son *Observation générale n°21*, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels reconnaît que les droits culturels font partie intégrante des droits de l'Homme⁷³⁵. Au même titre que les autres droits, ils sont universels, indissociables et interdépendants. Leur protection et leur respect sont indispensables à la préservation de la dignité humaine et à une interaction sociale positive entre les individus et les communautés dans un monde divers et multiculturel.

Des balises ont été cependant établies quant à la reconnaissance des droits culturels. L'article 2 de la *Convention sur la diversité culturelle* susmentionnée dispose que : « nul ne peut invoquer les dispositions de la présente convention pour porter atteinte aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales tels que consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme ou garantis par le droit international, ou pour en limiter la portée ». La *Déclaration et Programme d'action de Vienne* de 1993 va aussi dans ce sens en condamnant les pratiques traditionnelles ou coutumières, les préjugés culturels et l'extrémisme religieux qui portent atteinte aux droits fondamentaux des

⁷³³ Voir [*Convention sur la diversité culturelle*], *supra* note 315, Préambule ; Voir aussi le comité des droits économiques, sociaux et culturels qui souligne que la défense de la diversité culturelle est un impératif éthique, inséparable du respect de la dignité de la personne humaine ([*Comité des droits économiques, Observation*], *supra* note 315).

⁷³⁴ [*Pacte des droits sociaux, économiques et culturels*], *supra* note 314, art.15(1)(a) ; Voir aussi l'article 27 du *Pacte des droits civils et politiques* qui dispose que : « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue » [*Pacte des droits civils et politiques*], *supra* note 555.

⁷³⁵ [*Comité des droits économiques, Observation*], *supra* note 315, à la page 1-5.

femmes⁷³⁶. Chaque État a donc le devoir de protéger les droits fondamentaux et toutes les libertés fondamentales et il peut lui être nécessaire d'imposer des limites au droit de chacun de participer à la vie culturelle dans les cas où il est question des pratiques coutumières néfastes portant atteinte aux autres droits fondamentaux⁷³⁷. Nous ne pouvons être moins d'accord avec cette position du droit international sur la question. Le respect de la diversité culturelle doit se faire dans le respect des droits fondamentaux.

Depuis 1948, après l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, le principe de l'universalité des droits fondamentaux ne cesse de dominer le discours de l'Organisation des Nations Unies et des instruments internationaux adoptés par la suite. Malgré l'idée du régionalisme mise en avant notamment par la *Charte africaine des droits de l'Homme* et revendiquant la prise en compte des spécificités régionales tel que nous l'avons vu précédemment, l'on ne saurait admettre pour autant que ces spécificités puissent mettre en échec l'universalité des droits fondamentaux. Ce principe de l'universalité n'est pas le masque de l'impérialisme occidental, mais bien l'expression d'une foi inébranlable dans la capacité de tout homme et de toute femme à assumer son propre destin en toute liberté, quel que soit le système politique, économique ou culturel dans lequel il ou elle vit et quel que soit le lieu où il ou elle réside. Il s'agit en réalité des normes juridiques minimales établies par les grands textes internationaux au service de la dignité humaine et qui ont pour but d'assurer le respect et la promotion des droits et libertés fondamentaux de chacun⁷³⁸.

L'Assemblée générale des Nations Unies ne cesse de répéter que :

Tous les droits de l'Homme sont universels, indivisibles, interdépendants [...] et s'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'Homme et libertés fondamentales⁷³⁹.

⁷³⁶ Voir paragraphe 18 et 38 de la *Déclaration et Programme d'Action de Vienne* adoptés lors de la Conférence des droits de l'homme tenue à Vienne du 14 à 25 juin 1993, A/CONF.157/23, 12 juillet 1993, en ligne : [[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23.fr](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23.fr)] (accessible le 22 novembre 2013). **[Déclaration et Programme d'Action de Vienne]**.

⁷³⁷ **[Comité des droits économiques, Observation]**, *supra* note 315, à la page 1-5 ; **[Douglas, « Relativism »]**, *supra* note 681, à la page 356-359 ; **[Mushkat, « Culture »]**, *supra* note 683, à la page 1032 et s.

⁷³⁸ Voir **[Amselle et al., Diversité culturelle]**, *supra* note 316 ; Richard Falk, *Achieving Human Rights*, New-York, Routledge, 2009 ; Richard Falk, *Human Rights Horizons : The Pursuit of Justice in a Globalization World*, New-York, Routledge, 2000 ; Richard Falk, « The Quest for Human Rights in an Era of Globalization », dans Michael Schechter, *Future Multilateralism : The Political and Social Framework*, New-York, Macmillan Press, 1999, 153 ; Richard Falk, *Human Rights and State Sovereignty*, New-York, Holmes and Meier, 1981.

⁷³⁹ Voir par exemple Nations Unies, *Résolution 67/144 : Intensification de l'action menée pour éliminer toutes les formes de violence à l'égard des femmes*, le 20 décembre 2012, à la page 5-6.

2) Des normes universelles et obligatoires pour tous les États

Comme nous l'avons souligné plus haut, les droits fondamentaux sont par ailleurs universels dans le sens où ils ont été acceptés par la quasi-totalité des États comme des normes établissant des obligations de leur part en droit international⁷⁴⁰. Dans ce sens, il faut préciser que malgré un taux de ratification quelque peu moindre dans le Pacifique, la grande majorité des États de toutes les régions du monde sont signataires de la plupart des principaux instruments internationaux en la matière.

De plus, Jack Donnelly fait remarquer avec raison que malgré la diversité culturelle, politique, régionale et économique du monde actuel, la grande majorité d'États sont d'accords non seulement sur l'existence, mais aussi sur la substance même des droits fondamentaux⁷⁴¹. Ainsi, la *Déclaration et Programme d'action de Vienne* adoptée à la suite de la Conférence mondiale de 1993 sur les droits de l'Homme a clairement reconnu que le caractère universel des droits fondamentaux est incontestable⁷⁴². Par conséquent, les États s'engagent à s'acquitter de leurs obligations internationales et conventionnelles en la matière.

En effet, nous l'avons souligné, une fois parties aux traités internationaux, les États sont tenus de respecter les obligations qui en découlent. Ainsi, « en vertu d'un principe classique et bien établi du droit de la responsabilité internationale des États, aucun ne peut alléguer des difficultés d'ordre intérieur pour se soustraire à l'exécution de ses obligations internationales »⁷⁴³. Les obligations des États consistent non seulement à protéger tous les droits prévus dans ces traités (obligations spécifiques), mais aussi à prendre des mesures positives pour rendre leur ordre juridique interne en conformité avec les normes internationales des droits fondamentaux (obligation générale qui incombe à tous uniformément).

Enfin, dans le même ordre d'idée, le droit à l'identité culturelle ne peut être invoqué pour porter atteinte au droit à l'égalité des sexes. C'est ce qui retiendra notre attention dans le paragraphe suivant. Tel que le souligne le préambule de la CEDEF, le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer. En effet, ce n'est pas à la Convention de s'adapter aux

⁷⁴⁰ [Donnelly, *Universal*], *supra* note 683, à la page 94.

⁷⁴¹ [Donnelly, *Universal*], *supra* note 683, à la page 95.

⁷⁴² [Déclaration et Programme d'Action de Vienne], *supra* note 736, Paragraphe premier.

⁷⁴³ [Trindade, « La réaffirmation »], *supra* note 679, à la page 455.

pratiques culturelles discriminatoires à l'égard des femmes, mais plutôt à l'humanité d'évoluer et de s'adapter à la philosophie et à la pratique de l'égalité des sexes.

PARAGRAPHE II : L'UNIVERSALITÉ COMME « MEILLEUR PROTECTEUR » DU DROIT À L'ÉGALITÉ DES FEMMES

Un courant parmi les féministes est très critique vis-à-vis du droit international des droits de « l'Homme » puisqu'elles considèrent qu'il est androcentrique et ne revêt pas un caractère universel et neutre étant donné qu'il exclut les femmes à plusieurs égards⁷⁴⁴. Ceci ne veut cependant pas dire que ces féministes rejettent d'un revers de la main le droit international ou l'idée que les droits fondamentaux sont universels. Au contraire, elles militent en faveur d'un droit international des droits fondamentaux qui soit réellement universel et qui prenne effectivement en compte les points de vue des femmes.

Mais nous ne nous attarderons pas ici sur la question de la critique féministe de l'universalité en droit international. En effet, celle-ci a déjà été traitée dans l'introduction générale de notre thèse. Il s'agit plutôt ici, pour nous, de défendre l'universalité des droits fondamentaux dans lesquels se trouve le droit à l'égalité des femmes, et réfuter par la même occasion, tous les arguments du relativisme culturel qui nuisent aux droits des femmes.

Ainsi, dans un premier temps, nous aborderons les critiques féministes de la culture (1). En effet, la défense du relativisme culturel constitue très souvent un danger réel pour les femmes à travers le monde. Soulignons cependant que nous ne nous entretiendrons pas longuement sur ce point étant donné que nous l'avons déjà partiellement traité dans notre première partie, notamment lorsque nous critiquons les coutumes des États du Pacifique Sud et du Vanuatu qui portent atteinte aux droits des femmes. Il s'agit spécialement ici d'aborder les critiques féministes de la culture d'une manière générale (c'est-à-dire à l'échelle mondiale). Dans un second temps, nous présenterons notre point de vue selon lequel les arguments du relativisme culturel qui sont souvent invoqués pour contester le principe de l'universalité et par la même occasion, porter atteinte aux droits des femmes, ne sont pas valides et doivent être rejetés (2).

⁷⁴⁴ [Charlesworth et al., « Feminist Approaches »], *supra* note 53, à la page 621-622 ; [Romany, « State Responsibility »], *supra* note 53, à la page 85. Cette dernière avance que les femmes sont étrangères au droit international ; [Buss et Manji, *International*], *supra* note 50, à la page 2 ; [Engle, « International »], à la page 52.

1) Les critiques féministes de la culture

Le droit à l'égalité des femmes constitue, à notre sens, le droit le plus controversé lorsqu'on parle de la question de l'universalité des droits fondamentaux et du relativisme culturel. En effet, Françoise Héritier déplore l'état actuel du discours sur cette question en constatant que dans plusieurs pays, notamment du Sud :

le statut réservé aux femmes relève du fait culturel et de la tradition et doit à ce titre être respecté, comme le sont la religion, les productions intellectuelles, les arts et techniques, les modes d'être et les modes de vie. Toute intrusion quelle qu'elle soit (jugement critique, encouragement à changer...) est perçue comme relevant de la forfanterie des puissants États occidentaux qui veulent imposer aux autres leur modèle culturel propre⁷⁴⁵.

Dans ce sens, un certain nombre d'auteurs féministes sont très critiques, et avec raison, vis-à-vis de la culture lorsqu'il est question du respect des droits des femmes⁷⁴⁶. À ce stade, l'on doit faire la précision suivante. Même si quelques féministes appartenant aux courants post-modernes sont silencieuses sur le fait que les cultures (coutumes et traditions) peuvent, dans certains cas, porter atteinte aux droits des femmes, force est de constater que la quasi-totalité des courants féministes rejette l'idée que le relativisme culturel soit invoqué pour porter atteinte aux droits des femmes. En effet, alors qu'un certain nombre de féministes ne critiquent pas nécessairement les effets négatifs de la culture et défendent, entre autres, plutôt le paradigme de choix⁷⁴⁷, une grande majorité de

⁷⁴⁵ Françoise Héritier, « Les droits des femmes dans la controverse entre universalité des droits de l'homme et particularités des cultures », dans Jean-Loup Amselle, Lucien Guirlinger, Françoise Héritier, Rahim Kherad et Guillaume Le Blanc, dir., *Diversité culturelle et universalité des droits de l'homme*, Nantes, éditions Cécile Default, 2010, 19, à la page 21 [Héritier, « Droits des femmes »].

⁷⁴⁶ [Okin, « Is Multiculturalism »], *supra* note 79, à la page 9 et s. ; [Cerna et Wallace, « Woman and Culture »], *supra* note 317, à la page 630 et s. ; Seyla Benhabib, *The Claims of Culture : Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press, 2002 [Benhabib, *The Claims*]; Voir aussi dans ce sens Siobhan Mullally, « Gender Equality and Group Rights : Negotiating Just Multicultural Arrangements », dans Koen De Feyter and George Pavlakos, dir., *The Tension Between Group Rights and Human Rights : A Multidisciplinary Approach*, Portland, Hart Publishing, 2008, 120, à la page 131 [Mullally, « Gender equality »] ; [Engle Merry, « Constructing a Global »], *supra* note 586, à la page 946 ; Radhika Coomaraswamy, « Identity Within : Cultural Relativism, Minority Rights and the Empowerment of Women », (2002) 34(3) *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 490 [Coomaraswamy, « Identity »].

⁷⁴⁷ Il s'agit d'une approche proposée par deux auteures africaines qui consiste à tirer profit du pluralisme juridique, héritage du colonialisme et choisir la meilleure option possible pour sortir du droit coutumier lorsqu'il est contraire aux droits des femmes. À titre d'exemple, en cas d'existence de deux formes de mariage (mariage civil et mariage coutumier), notamment au Ghana, la femme peut choisir le mariage civil pour éviter la polygamie qui est permise par le mariage coutumier, et opter pour une communauté des biens. Elle peut aussi choisir le mariage civil pour acquérir un titre foncier plutôt que d'être régie par le droit coutumier foncier qui ne lui donne pas beaucoup d'avantages (Tracy Higgins et Jeanmarie Fenrich, « Customary Law, Gender Equality, and the Family : The Promise and Limits of a Choice Paradigm » dans Jeanmarie Fenrich, Paolo Galizzi et Tracy Higgins, dir., *The Future of African Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 423, à la page 434 [Higgins et Fenrich, « Customary Law, Gender Equality »]) ; Voir aussi Diane Otto, « A Post-Beijing Reflection on the Limitations and Potential of Human Rights Discourse for Women », dans Kelly Askin et Dorean Koenig, dir., *Women and International Human Rights Law*, New-York, Transnational Pub, 1999, 115, à la page 135. Elle plaide pour la reconnaissance des différences culturelles dans le respect des droits des femmes. Elle refuse cependant d'affirmer que l'universalité doit l'emporter sur le relativisme culturel puisque selon elle, une telle affirmation polarise le débat, au lieu de le transformer. Voir également Natacha Bakht,

féministes, selon nos recherches, rejette les arguments en faveur du relativisme culturel absolu et plus particulièrement les coutumes, cultures et traditions qui portent atteinte aux droits des femmes⁷⁴⁸.

Comme nous l'avons vu, la culture est souvent utilisée comme argument pour justifier la discrimination continue à l'encontre des femmes. Outre les pratiques coutumières des États du Pacifique Sud évoquées dans la première partie de notre thèse, plusieurs autres pratiques culturelles sont dénoncées partout dans le monde (particulièrement dans les pays du Sud) : le crime d'honneur⁷⁴⁹, la mutilation génitale⁷⁵⁰, la polygamie⁷⁵¹ ou encore la préférence pour les fils⁷⁵².

En Occident, un débat a été déclenché depuis au moins trois décennies lorsque le concept des droits culturels a englobé, outre le droit à la langue, à l'éducation et à la protection du patrimoine culturel, les revendications identitaires : faut-il prendre en compte par le droit, les revendications des minorités ethnoculturelles (les minorités ethniques, religieuses et les peuples autochtones) liées à leur identité culturelle distincte, leurs pratiques et coutumes ou encore leur autonomie juridique ?

« Religious Arbitration in Canada : Protecting Women by Protecting them from Religion », (2007) 19 (1) Can. J. Women & L., 119 ; Ayelet Schachar, *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, à la page 1-10 [**Schachar, Multicultural Jurisdictions**].

⁷⁴⁸ Martha Nussbaum, *Sex and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, à la page 35-39 ; [**Mullally, Culture**], *supra* note 684, à la page 111 ; [**Benhabib, The Claims**], *supra* note 746, à la 131 et s. ; [**Dupendant, « Les crimes d'honneur »**], *supra* note 682, à la page 12 et s. ; [**Cerna et Wallace, « Woman and Culture »**], *supra* note 317 ; [**Nagaraj et al., When Legal**], *supra* note 92.

⁷⁴⁹ [**Dupendant, « Les crimes d'honneur »**], *supra* note 682 ; Sirma Bilge, « Quelques mises au point s'imposent sur les crimes dits d'honneur », *Le Devoir*, 5 Août 2009 ; [**Coomaraswamy, « Identity »**], *supra* note 746 ; Conseil du Statut de la femme, *Les crimes d'honneur : de l'indignation à l'action*, Québec, 2013 ; Voir aussi l'affaire *Adi Abdel v. Her Majesty the Queen* [2006], C39927 (CA). Il s'agit d'une affaire de meurtre prémédité en 2006 dans laquelle la cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'utilisation de la défense de provocation et les arguments culturels invoqués par un Canadien originaire des Emirats Arabes Unis condamné à la réclusion pour meurtre au premier degré de sa femme qu'il soupçonnait d'adultère. Une demande adressée à la Cour suprême du Canada a été rejetée (voir l'article susmentionné de Sirma Bilge publié dans *Le Devoir*).

⁷⁵⁰ Nga Beyeme Crescence, *Le droit international de la femme et son application dans le contexte africain : le cas des mutilations génitales féminines*, Frankfurt, Peter Lang, 2009 ; Parlement Européen, *Résolution : Les mutilations génitales féminines*, IN1/2001/2035, 20 septembre 2001 ; Alexia Lewnes, *Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine*, Florence (Italie), Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF, 2005 ; Conseil du Statut de la femme, *Les mutilations génitales des femmes : une pratique qui doit disparaître*, Québec, 2002.

⁷⁵¹ Susan Deller Ross, « Polygyny as a Violation of Women's Rights to Equality in Marriage : An Historical, Comparative and International Human Rights Over-view », (2002) 24 Delhi L. Rev., 22 ; Susan Deller Ross, *Woman's Human Rights, The International and Comparative Law Casebook*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2008, Chapitre 13, à la page 512 et s. ; Conseil du Statut de la femme, *La polygamie au regard du droit de la femme*, Québec, le 17 Septembre 2010, à la page 41 ⁷⁵¹ [**CSF, La polygamie**] ; Marie-Pierre Robert et Stéphane Bernatchez, dir., *Of Crime and Religion, Polygamy in Canadian Law*, Sherbrooke (Québec), éditions Revue de droit de l'université de Sherbrooke, 2014.

⁷⁵² [**Cerna et Wallace, « Woman and Culture »**], *supra* note 317, à la page 630 et s.

Dans un article intitulé « Is Multiculturalism Bad for Women ? »⁷⁵³, Suzan Muller Okin se pose un certain nombre de questions quant au respect des droits des femmes et des droits culturels des peuples minoritaires dans les pays multiculturels. En effet, qu'advient-il lorsque les revendications des cultures minoritaires ou des groupes religieux sont contraires ou entrent en conflit avec le droit à l'égalité des femmes considéré comme étant un droit fondamental? Faut-il protéger, comme certains le soutiennent⁷⁵⁴, les cultures d'un groupe minoritaire malgré que celles-ci violent les droits individuels des membres de ce groupe ? Ou encore, comme d'autres le soutiennent⁷⁵⁵, l'État doit-il s'abstenir de régler les cultures minoritaires alors même que celles-ci violent les droits individuels ?

Selon Suzan Moller Okin, les droits culturels collectifs des groupes minoritaires ne doivent pas prévaloir sur les droits individuels de ses membres⁷⁵⁶. En effet, faire primer les droits collectifs sur les droits individuels constitue un obstacle au respect du droit à l'égalité des femmes sachant que la plupart des cultures sont patriarcales et favorisent la subordination des femmes. Elle reproche aux défenseurs des droits collectifs, dont Will Kymlicka⁷⁵⁷, d'accorder trop d'importance aux différences entre groupes et de négliger les différences existant dans chaque groupe. Ceux-ci (défenseurs des droits collectifs) ignorent, selon elle, les inégalités entre les hommes et les femmes dans chaque groupe ou communauté. Elle leur reproche en plus de ne pas considérer la question de la sphère privée ou de la vie familiale dans laquelle les femmes sont souvent subordonnées en raison des pratiques culturelles. En somme, du point de vue de Okin, le fait d'accorder des droits spécifiques aux minorités ne corrige pas les inégalités subies par les femmes en raison des cultures qui leur sont négatives⁷⁵⁸. Dans la plupart des cultures, les femmes sont désavantagées et la reconnaissance des droits culturels des minorités peut, dans certains cas, renforcer ces inégalités. Ainsi, le respect de la culture des minorités doit se faire dans le respect des droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes.

⁷⁵³ [Okin, « Is Multiculturalism »], *supra* note 79, à la page 9-24 ; Brian Barry, *Culture and Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, 19-54 ; Paul Kelly, « Introduction : Between Culture and Equality », dans Paul Kelly, dir., *Multiculturalism Reconsidered*, Cambridge, Polity Press, 2002, 1, à la page 14.

⁷⁵⁴ Avishai Margalit et Moshe Halbertal, « Liberalism and the Right to Culture » (1994) 61(3) *Social Research : An International Quarterly* 491 ; [Okin, « Is Multiculturalism »], *supra* note 79, à la page 11.

⁷⁵⁵ Chandran Kukathas, « Are there any Cultural Right ? », (1992) 20 *Int'l Comm. L. Rev.* 10 ; [Okin, « Is Multiculturalism »], *supra* note 79, à la page 11.

⁷⁵⁶ [Okin, « Is Multiculturalism »], *supra* note 79, à la page 9-24.

⁷⁵⁷ Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle, une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Les éditions du Boréal, 2001, à la page 44-45 et 115 ; Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, New-York, Oxford University Press, 1989, à la page 165 ; Gaetano Pentassuglia, *Minorités en droit international une étude introductive*, Strasbourg, éditions du Conseil de l'Europe, 2004, 47-48 ; Cario Robert, *Justice restaurative : Principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2005, à la page 78-82 et 89 ; Voir aussi Mylène Jaccoud, « Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada », (1999) 32(1) *Criminologie* 78, à la page 85-89.

⁷⁵⁸ [Okin, « Is Multiculturalism »], *supra* note 79, à la page 22.

2) La non-validité des arguments en faveur du relativisme culturel : le respect de la dignité des femmes

Nous l'avons souligné plus haut, la défense du relativisme culturel qui constitue pour certains un argument théorique contre l'extension des droits fondamentaux aux femmes n'a pas sa place dans le domaine des droits et libertés⁷⁵⁹. En effet, cet argument ne peut être utilisé comme prétexte par les gouvernements pour interpréter les droits fondamentaux selon leur propre philosophie pour un certain nombre de raisons. Comme le souligne Héritier :

D'abord, on peut difficilement parler d'un relativisme culturel à défendre. En effet, les soi-disant différences culturelles revendiquées par les États en particulier du Sud recouvrent en fait l'unanimité sur un postulat de base qui refuse le principe de l'égalité des sexes, même si les droits sont reconnus aux femmes, mais au sein d'un régime fondamental d'inégalité. Ainsi, il s'agit moins des infinies variations de diversités culturelles que d'une seule et même réponse négative à la question centrale : les femmes jouissent-elles de la même dignité que les hommes, c'est-à-dire du droit de disposer librement d'elles-mêmes, de leur corps, de leurs actes et de leur esprit ?⁷⁶⁰

Le relativisme culturel prône qu'une réponse positive à cette question telle que clairement posée par Françoise Héritier serait alors teintée d'impérialisme occidental⁷⁶¹. Or, une telle réflexion ignore que la réponse positive en question est le fruit d'une évolution intellectuelle et morale qui s'est produite dans certaines régions du monde qui à une époque pas si lointaine épousaient des conceptions pas si différentes que celles des États qui défendent aujourd'hui le relativisme culturel. Cette réflexion ignore aussi que dans ces régions mêmes (pays occidentaux), le droit à l'égalité des femmes est loin d'être réalisé dans tous les domaines et que le rapport des sexes est toujours inégalitaire. Ainsi, comme le souligne Françoise Héritier,

il s'agit... moins d'une situation impérialiste où l'Occident voudrait imposer aux autres ses propres valeurs et son mode d'être culturel, que d'une réflexion intellectuelle et morale collective, d'un effort universel à penser et transformer le réel, que tous les pays doivent entreprendre dès lors qu'ils acceptent de se demander ce qui légitime et explique la subordination de l'une des deux formes que revêt l'espèce humaine à l'autre⁷⁶².

Que faut-il donc faire pour corriger cette situation de tension entre les cultures et les droits fondamentaux des femmes ? Dans la section suivante, nous aborderons les différentes propositions

⁷⁵⁹ [Héritier, « Droits des femmes »], *supra* note 745, à la page 22 et 28.

⁷⁶⁰ [Héritier, « Droits des femmes »], *supra* note 745, à la page à la page 29.

⁷⁶¹ [Héritier, « Droits des femmes »], *supra* note 745, à la page à la page 29.

⁷⁶² [Héritier, « Droits des femmes »], *supra* note 745, à la page à la page 30.

doctrinales qui tentent de trouver une réponse à cette question en intégrant les droits fondamentaux dans les cultures internes des États du Sud.

Pour conclure cette deuxième section, il est vrai que les droits culturels font partie des droits fondamentaux puisque comme nous l'avons vu, selon la *Convention sur la promotion et la protection de la diversité culturelle*, la diversité culturelle est reconnue comme étant une caractéristique inhérente à l'humanité. Cependant, la culture ou tout argument culturel ne peut être invoqué de façon absolue pour porter atteinte aux droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes. Nous ne le soulignerons jamais assez, l'universalité des droits de l'Homme est un principe fondamental qui doit être respecté en tout temps et en tout lieu. Il en est de même avec le principe du droit à l'égalité des femmes. Il ne s'agit en aucun cas d'impérialisme culturel, mais bien un gage de respect de la dignité humaine.

SECTION III : DES PROPOSITIONS SOCIOLOGIQUES RELATIVES À L'INTÉGRATION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LA CULTURE INTERNE RÉSISTANTE

Une analyse de la doctrine en la matière montre que malgré le débat autour de l'universalité des droits fondamentaux et du relativisme culturel, une partie importante de celle-ci s'accorde pour dire que le principe de l'universalité des droits fondamentaux vaut pour toutes les cultures. Par conséquent, un certain nombre d'auteurs plaident pour une intégration des droits fondamentaux dans la culture interne des États qui défendent le relativisme culturel. Une autre partie de la doctrine prône un paradigme de choix reposant sur l'idée que les autochtones doivent avoir la possibilité de sortir du droit coutumier lorsque celui-ci leur est néfaste. Nous y reviendrons lorsque nous aborderons les approches régionales et nationales. Mais comme nous le verrons, nous n'adapterons pas cette dernière position puisqu'elle ne correspond pas aux réalités du Vanuatu et de ses voisins insulaires anglophones. Nous ne nous y attarderons donc pas longuement.

Au contraire, nous partageons la première position qui consiste à intégrer les droits fondamentaux dans la culture interne résistante. Nous allons donc présenter un certain nombre d'approches qui vont dans ce sens. Comme nous le verrons, malgré les critiques qui peuvent être avancées à l'égard de ces approches, celles-ci sont toutes pertinentes en raison de leur tentative d'intégrer les droits fondamentaux dans la culture interne résistante. Nous privilégions cependant l'approche interculturelle de An Na'im et nous verrons pourquoi plus bas.

Ainsi, une première approche portera sur la proposition de Abdullahi Ahmed An Na'im qui consiste à légitimer culturellement (en d'autres termes, à faire accepter à l'interne) les droits fondamentaux (Paragraphe I). Il s'agit, selon nous, de la solution la plus intéressante étant donné, comme nous le verrons, qu'elle va au-delà du droit pour tenter de changer les mentalités. Une autre auteure, Eva Brems, propose l'idée d'interprétation inclusive de l'universalité des droits fondamentaux (Paragraphe II). Elle consiste à interpréter l'universalité des droits fondamentaux de manière à inclure tout individu (femme et homme) dans le système de protection des droits fondamentaux et surtout mettre l'accent sur l'individu et non sur la culture. Ensuite, Ann Belinda Preis propose l'approche de « *Human Rights as cultural practice* » qui considère les droits fondamentaux comme une pratique qui avec le temps finit par intégrer la culture interne d'un État (Paragraphe III). Seyla Benhabib propose un modèle multiculturel qui ne soutient le système multiculturaliste que dans certaines conditions qui favorisent le respect des droits fondamentaux, en particulier le droit à

l'égalité des femmes (Paragraphe IV). Enfin, dans la région du Pacifique Sud, tout en reconnaissant l'importance des droits culturels pour les autochtones, Jennifer Corrin propose un programme d'intégration des droits fondamentaux dans la culture interne (Paragraphe V). Selon elle en effet, l'universalité des droits fondamentaux ne peut être remise en question et par conséquent, les États du Pacifique Sud doivent prendre des mesures, notamment par l'adoption de politiques et programmes de sensibilisation et de formation relatifs au respect et à la promotion du droit à l'égalité des femmes.

PARAGRAPHE I : LA LÉGITIMATION CULTURELLE DES DROITS FONDAMENTAUX

Abdullahi Ahmed An Na'im propose un modèle de dialogue interculturel permettant de légitimer les droits fondamentaux dans les cultures internes non occidentales qui sont réticentes à accepter ces valeurs⁷⁶³. En effet, en réponse à la tension entre le relativisme culturel et l'universalité des droits fondamentaux, celui-ci propose une approche interculturelle des droits fondamentaux combinant à la fois un discours culturel interne et un discours interculturel externe. Son approche porte sur deux étapes⁷⁶⁴. La première partie de sa stratégie consiste pour chaque État (du moins ceux dans lesquels la tension entre les coutumes, traditions et droits fondamentaux est persistante) de revisiter et réinterpréter les traditions culturelles afin d'intégrer les droits fondamentaux, d'où la « légitimation » des droits et libertés à l'échelle interne. L'État et les peuples des différentes traditions culturelles parviennent ainsi à se mettre d'accord sur la signification et la façon de mettre en œuvre les droits fondamentaux. La deuxième partie de sa stratégie consiste en une coopération ou plutôt un dialogue entre les différentes traditions culturelles, c'est-à-dire entre l'extérieur (gouvernements, organisations non gouvernementales, militants des droits fondamentaux venant de l'extérieur, en particulier en Occident) et l'intérieur (pays non occidentaux). Elle suppose à la fois la reconnaissance des différences et un besoin de travailler collectivement afin de mettre en œuvre les droits fondamentaux au niveau interne.

⁷⁶³ Abdullahi Ahmed An Na'im, « Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights : The Meaning of Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment », dans Abdullahi Ahmed An Na'im, dir., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, A Quest for Consensus*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1992, 19, à la page 20-21 ; Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Cultural Transformation and Human Rights in Africa*, Palgrave, New-York, 2002 ; Abdullahi Ahmed An Na'im, « The Rights of Women and International Law in the Muslim Context », (1987-1988) 9 Whittier Law Review 515 ; [Na'Im, « **Problems of Universal** »], *supra* note 317, à la page 331 ; [Na'Im, « **State Responsibility Under** »], *supra* note 317, à la page 167 ; [Cerna et Wallace, « **Woman and Culture** »], *supra* note 317, à la page 647 et s.

⁷⁶⁴ Michael Addo, « Practice of United Nations Human Rights Treaty Bodies in the Reconciliation of Cultural Diversity with Universal Respect for Human Rights », (2010) 32(3) Hum. Rts. Q. 601, à la page 610-611 [Addo, « **Practice of United Nations** »].

Dans ce sens, l'auteur reconnaît au préalable l'origine occidentale des droits fondamentaux. La question se pose donc de savoir de quelle façon un peuple mettrait en application un système étranger parfois contraire à ses valeurs culturelles. Compte tenu de son importance fondamentale, le système international des droits fondamentaux doit être appliqué à travers le monde. Pour cela, il doit être accepté comme légitime dans toutes les traditions culturelles. Ce postulat est indiscutable selon l'auteur puisqu'il n'y a pas d'autres moyens de forcer les peuples à appliquer un système s'ils ne l'acceptent pas comme légitime. Le travail doit donc être mené de manière à ce que les droits fondamentaux soient validés et acceptés comme des valeurs fondamentales dans la culture interne de chaque pays. Ils deviennent à la longue, une partie intégrante de leurs cultures.

Comment mettre sur pied une telle approche? L'auteur propose qu'un travail de transformation doit débiter à l'interne et il obtiendra ensuite le soutien de l'extérieur d'où le nom de dialogue interculturel. Au niveau interne, une discussion sur la mise en œuvre des droits fondamentaux doit être menée par les militants et les différents acteurs concernés. Toutes les forces politiques, notamment celles au pouvoir, doivent être mobilisées et doivent accepter la responsabilité de mettre en œuvre les droits fondamentaux à l'échelle locale. Les dirigeants internes ne doivent pas voir dans une telle action une atteinte à la souveraineté de leurs pays sous prétexte que ces normes sont originellement étrangères.

Un travail de sensibilisation, de campagnes d'information et de formation des femmes et aussi des hommes dans divers domaines doit aussi être mené avec le soutien de l'extérieur. C'est ainsi que des changements internes vont s'opérer pour intégrer les droits fondamentaux dans la culture interne. Cependant, tout soutien et influence extérieurs ne doivent pas s'apparenter à de l'impérialisme culturel. Le soutien extérieur doit renforcer et non minimiser l'intégrité et l'efficacité du discours interne.

À titre d'illustration, alors qu'auparavant les militants étrangers des droits des femmes dénonçaient directement les pratiques culturelles discriminatoires, notamment les mutilations génitales, comme des actes de barbarie et offensaient ainsi beaucoup de femmes venant du milieu où celles-ci se pratiquaient, les militants internes des droits fondamentaux considéraient qu'une telle approche était non seulement impérialiste, mais aussi contraire à leur méthode consistant à engager un dialogue avec les acteurs concernés afin de sensibiliser la population et changer les mentalités. Dans ce sens, dans son rapport de 2009, la rapporteuse de l'ONU sur la violence faite aux femmes a suggéré que

les femmes ne doivent pas être considérées comme des victimes, mais au contraire, comme des agentes de changement dans leurs propres sociétés et culture⁷⁶⁵s.

Cette approche qui constitue, selon nous, une des solutions les plus convaincantes (nous verrons pourquoi plus loin) présente cependant des limites. En effet, même si l'auteur a tenté à plusieurs reprises de démontrer le caractère applicable de sa thèse⁷⁶⁶, cette approche présente des limites non seulement structurelles, mais aussi politiques, plus spécialement en ce qui concerne la deuxième partie de la stratégie de l'auteur sur la dimension interculturelle, puisqu'elle est assez imprévisible même si fondée sur une entreprise délibérée⁷⁶⁷. Le dialogue interculturel sera en réalité le produit de l'interaction entre différentes cultures par laquelle le changement surviendra. Or, non seulement l'auteur n'explique pas comment ce processus de dialogue interculturel doit débiter et être coordonné, mais il ne propose aucun forum dans lequel le projet sera entrepris. De plus, la question se pose de savoir qui seront les principaux acteurs dans ce processus de dialogue interculturel. S'agit-il de l'élite traditionnelle qui considère tout changement potentiel de la culture comme une menace? Ou s'agit-il des intellectuels qui développent un point de vue de la société qui n'est pas nécessairement partagé avec le peuple ordinaire concerné par la culture? Quel rôle une personne ordinaire joue-t-elle dans ce dialogue interculturel? En somme, une telle approche interculturelle manque de proactivité et de cadre institutionnel pour être efficace et effective.

Malgré ces limites, comme nous l'avons souligné, d'un point de vue sociologique, cette approche constitue selon nous une des réponses les plus pertinentes à la résolution des tensions entre le respect des droits fondamentaux et les revendications culturelles. D'abord, elle s'inscrit dans la nature dynamique du régime international des droits fondamentaux. Selon Michael Addo⁷⁶⁸, elle offre une occasion au système des droits fondamentaux de s'ajuster et de s'adapter aux priorités changeantes de la société dans laquelle ceux-ci s'appliquent. La thèse de l'auteur (An Na'im) pourrait être réalisée dans le cadre de la supervision internationale des droits fondamentaux assurée par les instances intergouvernementales. Toutefois, une telle supervision internationale n'accepterait pas le terme de l'illégitimité des droits fondamentaux employé par l'auteur. En effet,

⁷⁶⁵ United Nations, *15 Years of the United Nations Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences*, New York, 2009, à la page 34-35 et aussi 39-41, en ligne : [<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/15YearReviewofVAWMandate.pdf>] (accessible le 28 novembre 2013).

⁷⁶⁶ Abdullahi An Na'im, « Religious Minorities Under Islamic Law and the Limits of Cultural Relativism », (1987) 9(1) Hum. Rts. Q. 1 [Na'im, « **Religious Minorities** »] ; Abdullahi An Na'im, « Human Rights in the Muslim World : Socio-Political Conditions and Scriptural Imperatives : A Preliminary Inquiry », (1990) 3 Har. Hum. Rts. J. 13 [Na'im, « **Human Rights in the Muslim World** »].

⁷⁶⁷ [Addo, « **Practice of United Nations** »], *supra* note 764, à la page 611.

⁷⁶⁸ [Addo, « **Practice of United Nations** »], *supra* note 764, à la page 611-612.

comme nous l'avons vu plus haut, celui-ci considère le corpus des droits fondamentaux « illégitime » tant qu'il n'est pas accepté à l'interne⁷⁶⁹.

La thèse de l'auteur est aussi intéressante parce qu'elle constitue une solution de sortie aux pratiques aussi bien culturelles que religieuses discriminatoires à l'égard des femmes⁷⁷⁰. Elle aidera à combattre ces pratiques profondément ancrées dans un certain nombre de sociétés. En effet, le dialogue entre l'extérieur ou la société dominante et les communautés dans lesquelles ces pratiques se perpétuent permettra de « légitimer culturellement » les droits fondamentaux dans ces communautés. En d'autres termes, cette solution va au-delà du droit et tente de changer des mentalités. C'est une idée à ne pas négliger dans les sociétés du Sud où certaines résistent toujours à l'universalité des droits fondamentaux. Nous précisons une fois de plus que nous préférons et nous privilégions cette approche de An Na'im pour les raisons que nous venons d'évoquer. Cela ne signifie pas que nous rejetons les autres approches. En effet, ces dernières (que nous allons aborder successivement dans les prochaines lignes) présentent également un certain nombre d'avantages en matière d'intégration des droits fondamentaux dans les cultures internes résistantes.

PARAGRAPHE II : INTERPRÉTATION INCLUSIVE DE L'UNIVERSALITÉ

L'approche de « l'universalité inclusive »⁷⁷¹ de Eva Brems prône l'idée selon laquelle l'universalité des droits fondamentaux est interprétée de manière à inclure tout être humain dans le système de la protection des droits fondamentaux en mettant l'accent sur l'individu et non sur la culture. L'individu doit être au centre de la protection des droits fondamentaux. L'idée d'inclusion découle du critère de la démocratie impliquant la participation de chacun au système des droits fondamentaux.

⁷⁶⁹ Abdullahi An Na'im, « Introduction », dans Abdullahi Ahmed An Na'im, dir., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, A Quest for Consensus*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1992, 1, à la page page 4-5 ; [Na'im, « Religious Minorities »], *supra* note 766 ; [Na'im, « Human Rights in the Muslim World »], *supra* note 766.

⁷⁷⁰ [Na'Im, « Problems of Universal »], *supra* note 317, à la page 331 ; [Na'Im, « State Responsibility Under »], *supra* note 317, à la page 167.

⁷⁷¹ Eva Brems, « Reconciling Universality and Diversity in International Human Rights Law », dans Andras Sajó, dir., *Human Rights with Modesty, The Problem of Universalism*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, 213, à la page 223-228 [Brems, « Human Rights Law »] ; Eva Brems, « Droits humains, étrangers et multiculturalisme : Pour une approche inclusive et maximaliste des droits fondamentaux », (2010) 82 Rev. Trim. dr. h. 237, à la page 246-247 ; Eva Brems, « Reconciling Universality and Diversity in International Human Rights : A Theoretical and Methodological Framework and its Application in the Context of Islam », (2004) 5(3) Human Rights Review 5, à la page 11 ; [Addo, « Practice of United Nations »], *supra* note 764, à la page 612-613.

Cette approche peut se résumer en trois points. Premièrement, l'auteure fait une distinction entre le particularisme culturel et le relativisme culturel⁷⁷². Elle préfère employer le terme particularisme (et non le relativisme) dans la solution proposée parce que, selon elle, le relativisme culturel remet en cause la légitimité des droits fondamentaux dans les cultures non occidentales. Ce n'est pas le cas avec le particularisme. En effet, ce dernier implique le respect des particularités culturelles, tout en affirmant et en validant les droits fondamentaux dans les cultures non occidentales.

Tout en reconnaissant que les droits fondamentaux se fondent sur des idéaux occidentaux, l'auteure souligne l'importance des questionnements posés par les défenseurs du particularisme. En effet, elle soutient que les critiques relatives à l'origine étrangère des droits fondamentaux avancées par ceux-ci constituent une tentative pour les peuples non occidentaux de redresser le déséquilibre en matière de respect des valeurs, sans toutefois menacer la légitimité des droits fondamentaux. Ces critiques doivent par conséquent être accommodées, puisque faisant partie de la stratégie inclusive nécessaire à l'universalité des droits fondamentaux.

Deuxièmement, l'auteure propose que cet accommodement puisse être réalisé par la flexibilité des droits fondamentaux actuels. En effet, selon elle, la norme des droits fondamentaux peut être interprétée et appliquée différemment selon les contextes des pays. On peut dans ce sens accepter la flexibilité dans l'interprétation des textes universels. Ainsi, si chacun jouit d'un droit à la protection de la vie familiale, « la famille » peut être entendue de différente manière en fonction du lieu (Europe, Afrique...).

Troisièmement, l'accommodement peut être envisagé par « la transformation » qui implique le changement et l'adaptation des droits fondamentaux aux perspectives des « particularistes » dans les pays non occidentaux. Ainsi, il serait important d'inclure certaines valeurs défendues par les peuples non occidentaux, notamment les devoirs, les droits collectifs sans toutefois menacer les acquis des droits fondamentaux.

L'auteure fait de cet ajustement « un appel révolutionnaire » pour concilier la diversité culturelle et l'universalité des droits fondamentaux. Le système de droits fondamentaux doit être réceptif aux propositions des défenseurs du particularisme et pareillement ces derniers doivent accepter la légitimité des droits fondamentaux.

⁷⁷² [Brems, « Human Rights Law »], *supra* note 771, la page 223 ; [Addo, « Practice of United Nations »], *supra* note 764, à la page 612-613.

Cependant, les revendications et les réformes proposées par les défenseurs du particularisme ne doivent pas constituer des violations graves des droits fondamentaux, ni exclure les individus ou les groupes d'individus de la protection que leur accordent les droits fondamentaux. Les tensions entre les droits des femmes par exemple et les pratiques culturelles peuvent être considérées comme des conflits concernant des droits individuels et des droits collectifs. Selon l'auteure, il est possible dans ce cas de reconnaître les droits collectifs, mais à condition que l'individu soit protégé. Ainsi, le système de protection des droits fondamentaux doit garantir à l'individu l'option de ne pas participer à une pratique traditionnelle ou la possibilité de passer outre. Lorsqu'un individu est victime d'une pratique traditionnelle et décide de s'y opposer, le système de protection des droits fondamentaux doit lui apporter son soutien⁷⁷³.

Cette approche présente cependant un certain nombre de limites. En effet, la proposition de l'auteure laisse deux questions sans réponses⁷⁷⁴. Premièrement, la différence entre le particularisme culturel et le relativisme culturel non seulement n'est pas très claire, mais est aussi discutable. En effet, on se demande pourquoi et comment l'auteure fait une distinction entre le particularisme culturel et le relativisme culturel.

Deuxièmement, son développement sur l'accommodement des revendications culturelles des défenseurs du particularisme et des droits fondamentaux n'est pas convaincant. L'auteure ne donne pas d'illustration sur des revendications qui réussiraient le test de l'inclusion (autrement dit des exemples de l'accommodement proposé). En effet, l'auteure se concentre sur les pratiques culturelles telles la polygamie et les mutilations génitales... (qui sont habituellement dénoncées de façon générale par de nombreux pays), alors que celles-ci doivent être exclues et non accommodées puisqu'elles portent clairement atteinte aux droits fondamentaux des femmes. Il s'agit en effet, de pratiques qui sont condamnées par le droit international⁷⁷⁵.

⁷⁷³ [Brems, « Human Rights Law »], *supra* note 771, à la page 229-230 ; [Addo, « Practice of United Nations »], *supra* note 764, à la page 612-613

⁷⁷⁴ Voir les limites de cette approche dans [Addo, « Practice of United Nations »], *supra* note 764, à la page 613.

⁷⁷⁵ Ainsi, l'article 2 de la CEDEF oblige les États parties à prendre des mesures nécessaires pour éliminer toutes les pratiques culturelles qui portent atteinte au droit à l'égalité des femmes, [CEDEF], *supra* note 1. De plus, l'article 2 de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité culturelle* dispose que nul ne peut invoquer le droit culturel pour porter atteinte aux droits fondamentaux ([Convention sur la diversité culturelle], *supra* note 315). Enfin, tout en reconnaissant les droits culturels, la *Déclaration et le Programme d'action de Vienne* adoptés en 1993 condamnent les pratiques traditionnelles ou coutumières, les préjugés culturels et l'extrémisme religieux qui portent atteinte aux droits des femmes [Déclaration et Programme d'Action de Vienne], *supra* note 736.

Cependant, certaines propositions de l'auteure en ce qui concerne l'intégration des droits fondamentaux dans la culture résistante sont pertinentes et doivent être retenues. D'abord, l'idée « d'inclusion » en tant que fondement de la conciliation des valeurs en jeu retient notre attention puisqu'elle implique la participation des différentes parties, ce qui pourrait être un gage de réussite dans tout projet lorsque chacune des parties se sent concernée et non exclue. Ensuite, l'on doit retenir le point selon lequel les droits fondamentaux doivent toujours être interprétés de manière à mettre l'accent sur l'individu et non sur la culture. L'individu doit être constamment au centre du système de protection des droits et libertés. Ainsi, comme nous l'avons vu, ce système de protection des droits doit aider tout individu à échapper à une culture oppressive ou s'opposer à celle-ci. D'une certaine manière, une telle conception encourage et favorise l'intégration des droits fondamentaux dans la culture interne résistante.

PARAGRAPHE III : « DROITS FONDAMENTAUX EN TANT QUE PRATIQUE CULTURELLE »

Cette approche propose un changement de paradigme reposant sur la réalité de la culture en tant que « pratique ». En effet, selon Ann Belinda Preis, les droits fondamentaux s'universalisent dans le temps; ils sont des valeurs sujettes à l'interprétation, à la négociation et à l'accommodement ; ils deviennent « cultures »⁷⁷⁶. L'idée de la culture en tant que « pratique » dans laquelle se trouvent les droits fondamentaux est fondée sur la réalité de la culture reposant sur l'entrecroisement des contacts/cultures et des contributions de différents acteurs en matière de droits fondamentaux et de la culture aussi bien au niveau interne (pays non occidentaux) qu'externe (pays occidentaux). En effet, les peuples vivent et pratiquent leurs cultures dans de multiples espaces sociaux et ainsi il est difficile d'isoler une culture spécifique comme la norme. Le phénomène de la mondialisation appuyé par la mobilité accrue des différents acteurs au-delà des frontières a facilité la pénétration interculturelle et le chevauchement des cultures. Pour cette raison, selon l'auteure, la culture ne doit pas être considérée comme intemporelle ou encore comme une variable bien définie qui peut être contrôlée. Elle n'est ni statique, ni homogène. Au contraire, elle est le produit de la « contestation », de négociation et de débat. Ainsi, les désaccords ou conflits issus de ce débat s'avèrent effectivement constructifs pour toute culture, quel que soit le déséquilibre pouvant être provoqué.

⁷⁷⁶ [Preis, « Human Rights »], *supra* note 317, à la page 289-310 ; [Addo, « Practice of United Nations »], *supra* note 764, à la page 608-610. Cette approche est approuvée par des auteurs connus en matière de droits fondamentaux tels Morten Kjoerum, « Universal Human Rights : Between the Local and the Global », dans Kirsten Hastrup, dir., *Human Rights on Common Grounds : The Quest for Universality*, Hague/London, Kluwer Law International, 2001, à la page 77.

Ce désaccord et ces conflits constituent en eux-mêmes « la culture » et dans ce cas particulier, la culture des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux sont donc « une pratique culturelle », modelée et développée par le peuple touché par celle-ci et influencée par les interactions locales et externes⁷⁷⁷. En somme, les débats créent sans doute des tensions, mais au final, menés de façon respectueuse, ceux-ci conduisent à une meilleure compréhension du sujet, donc à des consensus.

L'auteure s'inspire de l'arrêt *Unity Dow v. Botswana*⁷⁷⁸ comme exemple pour appuyer ses arguments. Dans cette décision, une citoyenne du Botswana mariée à un Américain a contesté la validité des dispositions de la *Citizenship Act*⁷⁷⁹ du Botswana qui, selon elle, sont discriminatoires à l'égard d'elle-même et de ses enfants, car ils ne pouvaient obtenir la citoyenneté botswanaise. Elle a argumenté que cette loi est contraire à la Constitution puisqu'elle accorde la citoyenneté à un père citoyen et une mère non citoyenne et non le contraire. Elle a soutenu que cette loi viole son droit d'égalité devant la loi. Parmi ses arguments, le gouvernement du Botswana a invoqué la culture pour justifier sa position en arguant que la société botswanaise est fondée sur une structure patriarcale d'où l'existence du droit coutumier. C'est la raison pour laquelle l'article 15 de la Constitution portant sur la non-discrimination ne fait pas la mention de sexe⁷⁸⁰. La Haute Cour du Botswana a donné raison à Unity Dow en soulignant qu'il est faux et contraire à l'esprit de la Constitution de penser que les constituants permettaient délibérément la discrimination sexuelle. La Cour d'appel a confirmé la décision de la Haute Cour en rejetant l'argument selon lequel le besoin de respecter les traditions et coutumes justifie la discrimination à l'égard des femmes⁷⁸¹.

L'auteure analyse cet arrêt et soutient qu'il n'y a pas de culture botswanaise unitaire à laquelle les droits fondamentaux s'appliquent. La culture dont il est question est contestée, négociée et débattue. Les désaccords dans le débat ne créent pas seulement des tensions, ni ne constituent pas que des provocations extérieures, mais ils conduisent aussi par la suite à une culture botswanaise stable et harmonieuse. Dans ce cas particulier, ils deviennent « la culture des droits fondamentaux ».

⁷⁷⁷ [Preis, « Human Rights »], *supra* note 317, à la page 309-310 ; [Addo, « Practice of United Nations »], *supra* note 764, à la page 609.

⁷⁷⁸ *Attorney General v. Dow* [1992] B.L.R. 119 (CA).

⁷⁷⁹ *Citizenship Act* 1984, art. 4 et 5. Ainsi, l'article 4 dispose : « 1) A person born in Botswana shall be a citizen of Botswana by birth and descent if, at the time of his birth, a) his father was a Citizen of Botswana ; or b) in the case of a person born out of wedlock, his mother was a Citizen of Botswana. 2) A person born before the commencement of this Act shall not be a citizen by virtue of this section unless he was a Citizen at the time of the such commencement ». L'article 5 souligne : « 1) A person born outside Botswana shall be a citizen of Botswana by descent if, at the time of his birth a) his father was a citizen of Botswana ; b) in the case of a person born out of wedlock, his mother was a citizen of Botswana, 2) A person born before the commencement of this Act shall not be a Citizen by virtue of this section unless he was a Citizen at the time of such commencement ».

⁷⁸⁰ *Constitution of Botswana*, 30 septembre 1966, art. 15 portant sur l'interdiction de la discrimination.

⁷⁸¹ [A. Griffiths, « International »], *supra* note 317, à la page 737 (elle a commenté la décision).

Comme la précédente, cette approche présente également des limites. D'abord, elle reste purement théorique. En effet, le fait de proposer un changement à partir d'un concept abstrait de la culture ne peut en lui-même résoudre le problème des pratiques culturelles nuisibles⁷⁸².

De plus, en poussant la réflexion un peu plus loin, une telle approche peut conduire à des interprétations choquantes. Ainsi, avec une telle approche, il est possible d'imaginer que la culture en tant que « pratique » et les droits fondamentaux en tant que « pratique culturelle » viennent à confirmer que les violations des droits fondamentaux soient la norme au lieu d'exception. Or c'est exactement ce qu'il faut éviter⁷⁸³. Enfin, il n'est pas certain que toutes les traditions répondront favorablement à une telle approche. En effet, la connaissance de la bonne pratique culturelle n'entraîne pas nécessairement un changement⁷⁸⁴.

Toutefois, certaines idées sont à retenir quant à l'idée d'intégration des droits fondamentaux dans la culture interne. En effet, l'auteure a proposé une analyse intéressante en récupérant le débat en la matière et en tentant de trouver une solution de conciliation entre la diversité culturelle et les droits fondamentaux. Elle considère ainsi que les droits fondamentaux, les relations interpersonnelles entre les principaux acteurs des droits fondamentaux et de la culture, le débat et les discussions menées constituent tous « une expérience culturelle » qui donne naissance par la suite à un élément positif, c'est-à-dire à la pratique du respect des droits fondamentaux.

On peut présenter l'idée ainsi : le débat qui oppose l'universalité des droits fondamentaux et le respect des traditions et pratiques culturelles est important pour le maintien du respect de ces valeurs, pour ce qui nous concerne les normes des droits fondamentaux⁷⁸⁵. Ainsi, il y aurait eu probablement régression de lois et réglementations condamnant les traitements cruels, inhumains et les aspects négatifs de la culture s'il n'existait pas une telle opposition et donc de débat sur les pratiques culturelles et les droits fondamentaux. Ce débat doit donc être maintenu puisqu'il favorise dans une certaine mesure le respect des droits fondamentaux, donc leur intégration dans la culture locale résistante.

⁷⁸² [Addo, « Practice of United Nations »], *supra* note 764, à la page 609-610.

⁷⁸³ [Addo, « Practice of United Nations »], *supra* note 764, à la page 609-610.

⁷⁸⁴ [Addo, « Practice of United Nations »], *supra* note 764, à la page 610.

⁷⁸⁵ Richard Falk, « Cultural Foundations for the International Protection of Human Rights », dans Abdullahi Ahmed An-Na'im, dir., *Human Rights in Cross-cultural Perspectives A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1991, 44 ; [Farran, *Human Rights in the South Pacific*], *supra* note 35, à la page 66-68.

PARAGRAPHE IV : LE MODÈLE MULTICULTUREL À « DOUBLE VOIE » DE SEYLA BENHABIB

L'approche de « *dual-track* » (ou double voie) proposée par Seyla Benhabib⁷⁸⁶ tend à concilier le respect des droits fondamentaux, notamment les droits des femmes, et la diversité culturelle dans un contexte de multiculturalisme. Le multiculturalisme doit être entendu comme une sorte de « programme politique fondé sur l'idée que les démocraties modernes doivent assurer la reconnaissance équitable des cultures, en réformant leurs institutions et en donnant aux individus les moyens effectifs pour cultiver et transmettre leurs différences »⁷⁸⁷. La dualité de *dual track* en l'espèce porte sur la participation des institutions publiques et des citoyens dans la société démocratique. L'auteure souligne l'importance du rôle des institutions publiques (les législateurs et les juges) dans la sphère privée et celle du rôle des citoyens et des mouvements sociaux dans la sphère publique. En effet, les citoyens et les mouvements sociaux doivent non seulement participer au débat public sur le multiculturalisme, mais doivent aussi avoir la liberté de critiquer les institutions publiques quant aux décisions prises sur le sujet. De plus, le pouvoir public doit prendre en compte les revendications multiculturelles des citoyens, autrement dit ce qui se passe réellement dans la vie des groupes auxquels appartiennent les citoyens. Cela permettra au pouvoir public de prendre des décisions dans l'intérêt de tous. Cependant, des conditions doivent être établies quant à la prise en compte de ces revendications. C'est ainsi que la transformation des valeurs va débiter. Dans ce sens, l'auteure ne soutient le multiculturalisme que lorsque trois conditions sont respectées.

La première condition porte sur l'égalité réciproque qui exige que chaque membre de la communauté, quels que soient son statut et son sexe, doit jouir des mêmes droits civils, politiques, économiques et culturels. Deuxièmement, dans le respect des cultures, la priorité doit être accordée à l'autonomie individuelle. En effet, l'objectif de toute politique publique relative à la préservation des cultures doit viser à accorder plus de pouvoir et de l'autonomie à chacun des membres de groupes culturels⁷⁸⁸. Enfin, chaque membre de la communauté doit avoir la liberté de sortir de sa propre culture lorsque celle-ci est violente ou patriarcale.

⁷⁸⁶ [Benhabib, *The Claims*], *supra* note 746, à la page 106, 131 et s. ; [Mullally, « Gender equality »], *supra* note 746, à la page 120 ; [Mullally, *Culture*], *supra* note 684, à la page 111.

⁷⁸⁷ Françoise Dreyfus, « Le pluralisme culturel », dans Lauréline Fontaine, dir., *Droit et pluralisme, Actes du Colloque de Caen organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit les 30 novembre et 1^{er} décembre 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 195, à la page 198 ; François Crépeau et Adil Atak, « Le multiculturalisme en droit : l'expérience canadienne », (2007) 23(2) *L'Observateur Des Nations Unies*, 253, à la page 253-254.

⁷⁸⁸ Gover Kirsty, *Legal Pluralism and Legitimacy in Multicultural New Zealand : The Promise of Relational Approaches*, Wellington, New Zealand Ministry of Justice, 2008, à la page 30 ; [Nagaraj *et al.*, *When Legal*], *supra* note 92, à la page 107.

Cependant, cette approche a été critiquée, particulièrement en ce qui la troisième condition sur l'option de sortie des membres des groupes culturels⁷⁸⁹. Même si la sortie d'une culture peut s'avérer nécessaire, elle ne présente pas moins de difficultés. D'abord, cette solution requiert une nouvelle communauté d'intégration. Or, non seulement il n'est pas évident d'en trouver, mais l'intégration dans celle-ci constitue aussi un vrai défi pour les membres des groupes culturels qui choisissent cette option. Il s'agit d'une solution qui requiert de l'autonomie dans divers domaines, notamment financière. Or, le manque d'accès des individus, particulièrement les femmes, aux ressources financières peut constituer un frein à cette sortie. Ensuite, la pression de se conformer à la tradition culturelle peut être assez forte au point d'empêcher un tel projet. Enfin, dans certaines communautés, l'option de sortie peut conduire à la perte de droit d'accès à la terre et à d'autres ressources de la communauté.

Comme les approches précédentes, celle-ci présente aussi des avantages en terme d'intégration des droits fondamentaux, en particulier les droits des femmes dans la culture locale. En effet, tout en encourageant la participation à la vie culturelle, cette approche milite pour un avancement concret des droits des femmes lorsqu'elle exige qu'outre les droits civils, politiques, économiques et culturels dont disposent les femmes, celles-ci doivent également se voir accorder plus de pouvoir, d'autonomie et de liberté pour, entre autres, être capables de sortir des cultures violentes et patriarcales. Quelles que soient les difficultés (susmentionnées) liées à la sortie d'une culture, nous pensons qu'une telle possibilité de sortie est nécessaire, en particulier lorsque la culture en question est violente. Le système de protection des droits fondamentaux doit donc intervenir pour aider les femmes qui souhaitent emprunter cette voie. Ce faisant, cette approche souligne la préséance des droits fondamentaux sur les cultures violentes et patriarcales. Elle tend ainsi implicitement à intégrer les valeurs des droits fondamentaux dans les cultures locales résistantes (ou dans les communautés culturelles).

PARAGRAPHE V : LES APPROCHES RÉGIONALES ET NATIONALES

À l'échelle régionale et nationale, des solutions de conciliation de l'universalité des droits fondamentaux et du respect de la culture ont aussi été proposées. Ainsi, comme nous l'avons déjà souligné dans la première partie de la thèse, les auteurs tels que Konai Helu Thaman, Caren

⁷⁸⁹ [Nagaraj et al., *When Legal*], *supra* note 92, à la page 108.

Wickliffe, Ah Angelo, Leulua'iali'i Tasi Malifa ou encore Yash Ghai (voir *supra*) rejettent l'idée de l'universalité des droits fondamentaux et favorisent une approche culturelle qui met en avant la nécessité d'accorder plus d'importance aux droits collectifs ayant plus de résonance pour les peuples de la région. Pour ces auteurs, les droits fondamentaux doivent être conceptualisés de manière à ce qu'ils ne s'appliquent dans ces États que lorsque les valeurs culturelles des sociétés du Pacifique Sud le permettent.

Il est important de noter ici qu'une telle proposition va à l'encontre non seulement de notre position relative à l'intégration des droits fondamentaux dans la culture interne résistante, mais aussi d'une position internationale qui tente de concilier les valeurs culturelles et les droits fondamentaux en prônant un paradigme de choix. En effet, un important courant doctrinal affirme que les autochtones doivent disposer, dans un contexte de pluralisme juridique, de la faculté de choisir entre le droit commun et le droit coutumier afin d'assurer le respect optimal de leurs droits fondamentaux⁷⁹⁰. Cette position veut que les femmes aient la possibilité de sortir du droit coutumier lorsque celui-ci leur est néfaste et de choisir d'être régies par le droit commun. L'option de sortie se basera sur la liberté individuelle de choisir la manière de vivre et de mener sa vie. Cependant, comme nous l'avons mentionné à quelques reprises, cette position est critiquée par certains auteurs parce qu'il peut être très difficile pour les femmes de sortir du droit coutumier pour différentes raisons telles le manque de moyen, la pression culturelle de leur communauté ou encore la méconnaissance de leurs droits. Plus fondamentalement, nous sommes d'avis que ce paradigme de choix ne fonctionnera pas au Vanuatu puisque le pluralisme juridique n'est pas aussi organisé qu'au Canada ou dans les colonies françaises telles que les Îles Mayottes où le principe de la personnalité de loi s'applique. En effet, le particularisme du Vanuatu (et de ses voisins insulaires anglophones) ne s'institutionnalise réellement qu'en matière foncière. Au-delà du domaine foncier, tout réside dans le flou et dans l'informel. Les compétences en matière coutumière ne sont pas clairement définies. Par conséquent, l'administration et l'application de la coutume par les chefs coutumiers se font en grande partie de manière informelle. Le droit commun ou officiel ne prévoit pas l'option de choix. De plus, une grande majorité de la population autochtone vit dans les communautés rurales et ne maîtrise pas les technicités du droit et du système pour pouvoir opérer un choix judicieux. Enfin, une fois de plus, même si elles voudraient sortir du système coutumier, les femmes vanuataises

⁷⁹⁰ Ghislain Otis, « L'individu comme arbitre des tensions entre pluralisme juridique et droits fondamentaux chez les peuples autochtones », (2015) 2 *Revue de droit constitutionnel appliqué* 171 ; Susan Moller Okin, « Mistresses of Their Own Destiny : Group Rights, Gender, and Realistic Rights to Exit » (2002) 112 *Ethics* 205, à la page 206 ; [Schachar, *Multicultural Jurisdictions*], *supra* note 747, à la page 1 et s. ; [Higgins et Fenrich, « Customary Law, Gender Equality »], *supra* note 747 ; Leslie Green, « Rights to Exit », (1998) 4 *Legal Theory* 165 ; Dwight Newman, « Exit, Voice, and Exile : Rights to Exit and Rights to Eject », (2007) 57(1) *U.T.L.J.* 43.

n'auront pas, à notre avis, les moyens de le faire et ne seront pas en mesure de résister à la pression culturelle. Ce sont là les principales raisons qui expliquent pourquoi nous n'adoptons pas une telle position dans cette thèse et pourquoi nous ne nous y attardons pas plus longuement.

D'autres auteurs dans la région proposent cependant des solutions relatives à l'intégration des droits fondamentaux dans la culture interne. En l'occurrence, c'est cette idée d'intégration qui nous intéresse. Dans ce sens, Jennifer Corrin, une auteure publiant largement sur la question des tensions entre les droits fondamentaux et la coutume dans la région de la Mélanésie, propose une solution d'intégration captivante. En effet, elle souligne que même si l'universalité des droits fondamentaux n'est pas discutable, les valeurs culturelles des peuples autochtones de la région doivent être prises en compte ou du moins ne doivent pas être ignorées. En s'intéressant à la tension entre le droit coutumier et les droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes, elle propose une solution de conciliation que nous avons tenté de restituer en quelques points⁷⁹¹.

Premièrement, elle encourage la mise en place d'un programme de sensibilisation et de formation sur l'égalité des droits des femmes impliquant aussi bien les juges que les citoyens afin de changer les attitudes patriarcales qui sont profondément enracinées. Les réalités sociales et culturelles doivent être prises en compte. Le changement proposé ne doit pas être trop rapide au risque de créer des dislocations sociales. Toutefois, une telle inquiétude ne doit pas être une excuse pour refuser d'aller de l'avant. Ce programme permettra d'informer les citoyens et les citoyennes sur l'égalité des droits. En effet, il permettra d'éduquer les hommes sur le respect du droit à l'égalité des femmes et aussi d'armer les femmes de la confiance et des techniques de renforcement de leurs droits.

Deuxièmement, l'auteure soutient qu'il faut reconnaître l'importance des valeurs culturelles collectives pour les autochtones de la région⁷⁹², mais que celles-ci ne doivent pas l'emporter sur les droits fondamentaux (dont le droit à l'égalité des femmes). Elle propose que des discussions doivent être menées sur le droit coutumier. Si celui-ci doit avoir sa place en tant que loi de la région, alors il faut tirer avantage de sa nature flexible permettant de l'adapter aux valeurs fondamentales contemporaines. Le droit coutumier ne peut pas être exclu compte tenu des réalités de la région. À titre d'exemple, les sanctions coutumières peuvent être la seule option possible dans les villages éloignés où il y a ni prison, ni aucun programme de réinsertion. Le Forum regroupant les juges du

⁷⁹¹ [Brown et Corrin, « Conflict in Melanesia »], *supra* note 37, à la page 1351. Les propositions de Kenneth Brown vont aussi dans le même sens.

⁷⁹² [Corrin, « Reconciling Customary Law »], *supra* note 37, à la page 74-76 ; [Corrin, « Conflict Between »], *supra* note 37, à la page 15-16.

Pacifique (*Pacific Judicial Development Programme*) abonde aussi dans le même sens lorsqu'il appelle les juges de la région à travailler avec les chefs coutumiers afin non seulement d'intégrer les bonnes coutumes dans le processus de justice, mais aussi d'écartier ou éliminer les pratiques néfastes, notamment à l'égard des femmes⁷⁹³. Nous reviendrons sur ce Forum plus loin lorsque nous aborderons la formation des juges.

Enfin, l'auteure propose qu'un soutien particulier soit accordé aux femmes afin qu'elles aient le pouvoir nécessaire pour négocier avec le droit coutumier⁷⁹⁴. Ainsi, les soutiens apportés aux femmes en matière de conseils juridiques, de médiation ou encore d'accommodements, par les organisations non gouvernementales, peuvent leur donner des choix de passer outre lorsque le système coutumier leur est nuisible.

Une telle approche peut aider à atteindre un équilibre et à long terme changer les attitudes sociales patriarcales ancrées. Elle est moins radicale que d'essayer de remplacer tout le système traditionnel. Elle s'inscrit aussi dans l'intention des constituants selon laquelle les bonnes coutumes doivent être maintenues et celles qui sont néfastes et discriminatoires doivent être éliminées. Cependant, elle est annoncée d'une manière assez générale et théorique et ne fait l'objet d'aucune mesure concrète d'application. En effet, l'auteure n'explique pas comment mettre concrètement en œuvre une telle approche et par quel moyen institutionnel.

En guise de conclusion de cette dernière section, soulignons que pour les cultures qui résistent au principe de l'universalité des droits fondamentaux, il faut, comme le proposent un certain nombre d'auteurs que nous venons de voir, trouver des possibilités ou adopter des stratégies pour intégrer d'une manière ou d'une autre, les droits fondamentaux à l'interne. Nous privilégions l'approche de Abdullahi Ann Na'im qui est selon nous la plus pertinente d'un point de vue sociologique. En effet, celui-ci met en avant l'idée de travailler de concert avec les militants venant de l'extérieur afin de légitimer les droits fondamentaux dans la culture interne. Selon Eva Brems, les droits fondamentaux doivent toujours être interprétés de manière à mettre l'accent sur l'individu et non sur la culture. Ce faisant, l'individu est toujours au centre de la protection des droits et libertés. Belinda Preis soutient

⁷⁹³ Pacific Judicial Development Programme, *PJDP Phase 2 : Family Violence and Youth Justice Project Workshop Toolkit Resources*, Port Vila, June 2013, à la page 10 [***Pacific Judicial Development, Family Violence***] ; Pacific Judicial Development Programme, *Family Violence and Youth Justice Project Worksho Toolkit – Additional Documentation*, Port Vila, 2013, à la page 12 [***Pacific Judicial Development, Additional Documentation***] ; Voir aussi Pacific Judicial Development Programme, *PJDP Phase 2 : Customary Dispute Resolution Research Project, Final Report to the Regional PJDP Meetings in Samoa in March 2012*, Apia, 2012, à la page 33 [***Pacific Judicial Development, Customary Dispute***].

⁷⁹⁴ [Corrin, « *Negotiating* »], *supra* note 11, à la page 78-81.

que le débat, la négociation et les tensions autour de l'universalité des droits fondamentaux et du respect de la culture doivent être maintenus puisqu'au final ils constituent une « pratique » favorisant le respect des droits fondamentaux. Sheyla Benhabib soutient l'idée que le système multiculturel doit être encouragé seulement dans certaines conditions qui respectent les droits des femmes. Enfin, sur le plan régional, Jennifer Corrin affirme qu'un travail d'information doit être mené sur les droits fondamentaux, en particulier sur les droits des femmes afin de changer les attitudes, les coutumes et les pratiques discriminatoires à leurs égards. La coutume ne doit cependant pas être complètement rejetée puisqu'elle peut parfois offrir des solutions intéressantes. Ainsi, selon elle, il faut tirer profit de sa nature flexible et l'adapter aux droits fondamentaux.

Toutes ces propositions ne sont pas sans pertinence comme nous l'avons vu, en particulier celle de An Na'im. Ainsi, les États du Pacifique Sud peuvent (s'ils le souhaitent) adopter et mettre en œuvre ces différentes approches afin d'intégrer les droits fondamentaux dans leurs cultures internes résistantes. En tant que juriste toutefois, nous allons proposer dans les deux chapitres qui suivent, une solution juridique permettant de parvenir à une meilleure protection des droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes au Vanuatu et dans les États de la région.

Enfin, pour conclure ce chapitre, rappelons que tout argument culturel contraire au principe de l'universalité des droits fondamentaux et donc aussi au droit à l'égalité des femmes doit être considéré comme invalide. Ce principe proclamé, entre autres, dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, est non seulement fondamental, mais constitue un gage pour le respect de l'être humain. Nous reconnaissons toutefois que la diversité culturelle doit être prise en compte dans tout effort de respect et de promotion des droits fondamentaux. Nous sommes aussi conscient que les cultures des autochtones notamment du Pacifique Sud ne doivent pas être méprisées, puisque toutes leurs coutumes ne sont pas négatives. Cependant, en raison de leur importance, les droits fondamentaux doivent, d'une manière ou d'une autre, être intégrés dans les cultures résistantes, comme le démontrent les approches ici présentées. Toutes les coutumes néfastes à l'égard des femmes doivent être découragées et éliminées.

CHAPITRE DEUXIÈME : POUR UNE INTERPRÉTATION INNOVANTE DU DROIT À L'ÉGALITÉ AU VANUATU

INTRODUCTION

Comme nous l'avons souligné dans l'introduction générale de notre thèse, le droit peut être à la fois source d'oppression et outil d'avancement des droits des femmes. Dans ce chapitre, nous mettons l'accent sur ce dernier point, c'est-à-dire sur l'idée que le droit constitue un outil de changement social pour les femmes. Concrètement, nous proposerons une approche juridique en matière d'interprétation du droit à l'égalité qui contribuera, nous l'espérons, à faire avancer de manière significative les droits des femmes au Vanuatu et dans les États du Pacifique Sud. Comme nous l'avons mentionné dans l'introduction générale de notre thèse, la proposition d'une telle approche repose sur l'ambition ou la volonté d'aboutir à une amélioration ou à un changement des rapports des sexes.

Fondamentalement, nous tenterons de répondre à la question suivante : comment le juge vanuatais ou océanien peut-il interpréter le droit à l'égalité de manière à faire progresser les rapports entre les femmes et les hommes ? Nous allons donc tenter de proposer à celui-ci, une façon innovante d'analyser et d'interpréter le droit à l'égalité, notamment des femmes. Nous verrons qu'en s'appuyant sur une meilleure interprétation des dispositions constitutionnelles et conventionnelles relatives au droit à l'égalité, en particulier des femmes, le juge vanuatais peut opérer « une révolution » ou plutôt un changement dans l'avancement des droits des femmes dans le pays (Section I). Sur le plan conventionnel, le juge peut se référer non seulement aux instruments internationaux en matière de droits fondamentaux (la CEDEF nous intéresse particulièrement), mais aussi aux décisions des Comités des droits de l'Homme des Nations Unies (y compris le Comité pour la CEDEF) ainsi qu'à celles de la Cour européenne des droits de l'Homme en raison de son caractère international.

Le juge vanuatais ou océanien ne doit cependant pas s'arrêter là. En effet, si le Vanuatu et ses institutions veulent aspirer à une société plus égalitaire où chaque citoyenne et citoyen jouit des mêmes droits et privilèges, il (le juge) doit être constamment en quête de meilleures solutions, et ainsi regarder ce qui est fait ailleurs. Dans ce sens, considérant l'application de la *Common Law* au Vanuatu, le juge vanuatais peut recourir à la jurisprudence des pays du Commonwealth, dont celle

du Canada, pour appuyer ses jugements en la matière (Section II). À la lumière de la jurisprudence canadienne en matière de droit à l'égalité, notamment des femmes (en particulier l'adoption du concept de l'égalité substantielle), le juge peut produire de cas en cas, un changement considérable dans les relations hommes/femmes. Étant progressiste dans le domaine des droits des femmes, la jurisprudence canadienne pourrait offrir des pistes intéressantes desquelles nous pouvons nous inspirer pour tenter de trouver des solutions à la situation du Vanuatu et des États du Pacifique Sud. Au Vanuatu plus précisément, comme nous verrons plus loin, le juge a déposé les premières pierres en matière du cadre analytique de droit à l'égalité, notamment des femmes dans l'affaire *Noel v. Toto*. Mais il ne reste pas moins du travail à faire pour parvenir à une égalité plus concrète entre les hommes et les femmes dans différents domaines. Il est donc sans doute pertinent de suivre l'exemple du droit canadien en matière de droit à l'égalité, considérant les progrès réalisés dans les arrêts *Andrews*⁷⁹⁵, *Law*⁷⁹⁶ et *Kapp*⁷⁹⁷. Nous aborderons les détails dans le corps de notre chapitre. Nous verrons aussi dans cette deuxième section que le juge vanuatais peut, selon la Constitution, recourir aux principes de l'équité (*Substantial Justice*), en d'autres termes, à la notion de justice pour rendre son jugement. Cette référence n'est pas sans importance dans une jeune république telle que le Vanuatu compte tenu de lacunes ou de manque de législations dans un certain nombre de domaines.

⁷⁹⁵ [*Andrews*], *supra* note 85.

⁷⁹⁶ [*Law*], *supra* note 670.

⁷⁹⁷ [*Kapp*], *supra* note 85.

SECTION I : LE CADRE CONSTITUTIONNEL ET CONVENTIONNEL DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX, EN PARTICULIER DE DROIT À L'ÉGALITÉ DES FEMMES

Toutes les Constitutions des États de la région du Pacifique contiennent des dispositions relatives à la protection des droits fondamentaux, même si le principe du droit à l'égalité des femmes n'est pas toujours mentionné expressément (Paragraphe I). Au Vanuatu, la Constitution ne prévoit qu'implicitement le principe du droit à l'égalité des femmes dans son article 5. De la même manière, la *Family Protection Act* y fait référence implicitement. Aucune autre loi ne le fait. En effet, cette loi (*Family Protection Act*) a été adoptée en 2008 pour criminaliser les actes de violence intrafamiliale ou conjugale. En ayant pour objectif de prévenir et protéger les victimes de ces actes qui sont très souvent des femmes, cette loi rappelle que celles-ci disposent des mêmes droits que les hommes et doivent être traitées avec dignité. Pareillement, dans les autres Constitutions des États de la région, le principe d'égalité de sexe n'est pas mentionné expressément. On constate toutefois qu'un certain nombre d'articles interdisent toute discrimination, en raison notamment du sexe.

Il faut cependant noter que ces Constitutions (dont pour certaines les chapitres sur les droits et libertés sont basés sur le modèle de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* et de la *Convention européenne des droits de l'Homme* - Fidji et Iles Salomon ou encore sur le modèle canadien - Vanuatu), renferment toutes les pièces d'une structure pouvant faire progresser le droit à l'égalité des femmes dans la région.

Par ailleurs, l'impératif de la protection et de l'avancement des droits des femmes commande aux tribunaux vanuatais (mais aussi à ceux des autres pays de la région) de recourir notamment aux instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, aux décisions des Comités des droits de l'Homme (y compris le Comité pour la CEDEF) et à celles de la Cour européenne des droits de l'Homme (Paragraphe II). En effet, parmi les conventions internationales en la matière, la CEDEF non seulement condamne les pratiques et coutumes discriminatoires à l'égard des femmes, mais favorise aussi une égalité réelle ou substantielle entre les hommes et les femmes. De plus, la position jurisprudentielle des Comités des droits de l'Homme (dont la CEDEF) et celle de la Cour européenne des droits de l'Homme peuvent aussi être des sources intéressantes pour les juges de la région en ce qu'elles favorisent une conciliation (entre la diversité culturelle et les droits fondamentaux) qui ne saurait mettre en danger les droits des femmes. En somme, dans cette

première section, nous allons proposer aux juges des outils pour une plus grande efficacité de droit à l'égalité des femmes au Vanuatu et dans la région.

PARAGRAPHE I : LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES

Dans ce paragraphe, nous allons aborder les dispositions constitutionnelles du Vanuatu en particulier (1), mais aussi celles d'un certain nombre d'autres États insulaires de la région, à savoir les Iles Salomon, les Iles Fidji, la Papouasie Nouvelle-Guinée, les Iles Samoa, et le Tuvalu (2) en matière de protection des droits fondamentaux. Ce paragraphe a pour objectif de rappeler aux juges vanuatais et océaniens qu'il existe effectivement des dispositions constitutionnelles qui peuvent être interprétées de manière à protéger efficacement les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes.

1) Vanuatu

La Constitution de Vanuatu, loi suprême du pays, contient quelques dispositions importantes relatives à la protection des droits fondamentaux. Même s'il n'affirme pas clairement et formellement que les droits et libertés consacrés sont garantis également aux hommes et aux femmes, l'article 5 contient cependant le fondement du principe de l'égalité des sexes lorsqu'il affirme ce qui suit :

[...] sont accordés à **toute personne**, quels que soient sa race, son lieu d'origine, ses croyances religieuses ou traditionnelles, ses opinions politiques, sa langue ou son **sexe**, les droits fondamentaux et les libertés individuelles suivants : a) la vie, b) la liberté, c) la sécurité de la personne, d) la garantie de la loi, e) la protection contre les traitements inhumains et les travaux forcés, f) la liberté de conscience et de culte, g) la liberté d'expression, i) la liberté d'aller et de venir, j) les garanties contre la violation du domicile et des autres biens et contre l'expropriation injuste du patrimoine, k) un traitement égal devant la loi ou l'action administrative [...] ⁷⁹⁸ (nous soulignons).

Il s'ensuit donc que les diverses lois adoptées par le législateur dans les différents secteurs de l'activité humaine ne peuvent discriminer envers les femmes. Il s'ensuit aussi que d'autres sources de droit (la coutume par exemple) ne sauraient compromettre ce principe de l'égalité des sexes sans violer par le fait même la Constitution.

⁷⁹⁸ [*Constitution du Vanuatu*], art. 5, *supra* note 2.

Les articles 6 et 53 de la même Constitution prévoient que toute personne qui estime que ses droits ont été violés peut s'adresser à la Cour suprême pour obtenir justice. L'article 7 définit les devoirs fondamentaux de chacun. La Constitution garantit par ailleurs l'indépendance de la justice. Selon l'article 47, le pouvoir judiciaire n'est soumis qu'à la Constitution et à la loi. Les juges sont nommés jusqu'à l'âge de la retraite par le gouvernement et ne peuvent être destitués que pour des causes graves qui y sont définies. Lorsqu'une loi fait défaut (en cas de lacunes ou de défaillance dans une situation donnée), le juge doit rendre son jugement selon le concept de l'équité ou de justice (*Substantial Justice*) et dans la mesure du possible, selon la coutume. Nous reviendrons sur cette notion de *Substantial Justice* plus loin. La coutume à laquelle les juges recourent, doit cependant être prouvée devant le tribunal avant de pouvoir trouver application.

2) Les autres États de la région

Pareillement, dans les autres États de la région, le principe d'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas expressément affirmé dans la Constitution. On note cependant l'existence des dispositions sur la protection des droits et libertés, notamment l'interdiction de discrimination en raison du sexe. Il y a dans ce sens, une base constitutionnelle à laquelle le juge peut faire appel afin de prévenir et empêcher les violations des droits fondamentaux dont le droit à l'égalité des femmes. La non-affirmation du principe du droit à l'égalité dans la Constitution ne peut en aucun cas constituer une excuse valable.

Aux Iles Salomon, le chapitre II (articles 3 à 19) de la Constitution garantit à chaque individu, tous les droits et libertés fondamentaux⁷⁹⁹. L'article 15 en particulier interdit la discrimination quel que soit le motif, notamment le sexe sauf dans le cas d'application du droit coutumier. Toute coutume doit cependant être prouvée devant les tribunaux. De plus, comme au Vanuatu, l'article 18 de la Constitution des Iles Salomon dispose que toute personne qui estime que ses droits sont violés peut

⁷⁹⁹ Ainsi, l'article 3 de la *Constitution of Solomon Islands* dispose : « Whereas every person in Solomon Island is entitled to the fundamental rights and freedoms of the individual, that is to say, the right, whatever his race, place of origin, political opinions, colour, creed or sex, but subject to respect for the rights and freedoms of others and for the public interest, to each and all of the following, namely : a)life, liberty, security of the person and the protection of the law ; b)freedom of conscience of expression and of assembly and association ; and c)protection for the privacy of his home and other property and from deprivation of property without compensation, the provisions of this Chapter shall have effect for the purpose of affording protection of those rights and freedoms subject to such limitations of that protection as are contained in those provisions, being limitations designed to ensure that the enjoyment of the said rights and freedoms by an individual does not prejudice the rights and freedoms of others or the public interest » [*Constitution of Solomon Islands*], *supra* note 24.

s'adresser à la Cour suprême (première instance) pour obtenir réparation. Le principe d'indépendance de la justice est prévu dans l'article 80 de la Constitution.

Aux Iles Fidji, le chapitre II (articles 6 à 45) de la nouvelle Constitution amendée en 2013⁸⁰⁰ est consacré à la protection des droits et libertés. Ce chapitre qui s'intitule « *Bill of Rights* » constitue la Charte fidjienne des droits et libertés. L'article 26 (3) qui porte sur l'interdiction de discrimination va plus loin que les dispositions constitutionnelles des autres pays de la région dans le sens où il interdit la discrimination aussi bien directe qu'indirecte. Il dispose que :

A person must not be unfairly discriminated against, directly or indirectly on the grounds of his or her : a) actual or supposed personal characteristics or circumstances, including race, culture, ethnic or social origin, colour, place of origin, sex, gender, sexual orientation, gender identity and expression, birth, primary language, economic or social or health status, disability, age, religion, conscience, marital status or pregnancy ; [...]⁸⁰¹.

L'article 44 de la même Constitution offre au justiciable la possibilité de saisir la Haute Cour pour obtenir réparation en cas de violation de ses droits et libertés. L'indépendance judiciaire est clairement affirmée dans l'article 97 de la Constitution⁸⁰².

En Papouasie-Nouvelle-Guinée, le préambule de la Constitution affirme, entre autres, que le respect de la dignité de chaque individu constitue un des principes fondamentaux de la société. Ce préambule contient par ailleurs cinq objectifs et principes (*National Goals and Directive Principles*) qui doivent guider toute personne, y compris les autorités publiques, dans leurs activités. Le premier principe appelle par exemple chacun et chacune à participer au développement humain de la Papouasie-Nouvelle-Guinée⁸⁰³. Même s'ils ne sont pas contraignants, ces principes et objectifs rappellent les devoirs de chacun à participer au développement de la société et à l'épanouissement personnel de chaque individu. Ensuite, les droits et libertés sont protégés par les articles 32 à 99 de la Constitution. L'article 55 (1) énonce par exemple que : « Subject to this Constitution, all citizens have the same rights, privileges, obligations and duties irrespective of race, tribe, place of origin,

⁸⁰⁰ La Constitution des Iles Fidji a été adoptée en 1970 lors de l'accession à son indépendance. Elle a ensuite été amendée à trois reprises, en 1990, 1997 et 2013.

⁸⁰¹ [*Constitution of Fiji 2013*], *supra* note 262, art. 26(3).

⁸⁰² [*Constitution of Fiji 2013*], *supra* note 262 : L'article 97(2) dispose par exemple que : « The courts and all judicial officers are independent of the legislative and executive branches of Government, and are subject only to this Constitution and the law, which they must apply without fear, favour or prejudice ».

⁸⁰³ [*Constitution of Papua New Guinea*], *supra* note 253, Préambule : « National Goals and Directive Principles. 1) Integral Human Development. We declare our first goal to be for every person to be dynamically involved in the process of freeing himself or herself from every form of domination or oppression so that each man or woman will have the opportunity to develop as a whole person in relationship with others. We accordingly call for – (1) everyone to be involved in our endeavours to achieve integral human development of the whole person for every person and to seek fulfilment through his or her contribution to the common good; and... ».

political opinion, colour, creed, religion or sex ». Par ailleurs, l'article 57(1) de la même Constitution prévoit que la Cour suprême ou la Cour de justice nationale (tribunal de première instance) veillent au respect des droits et libertés prévus dans ce chapitre et peuvent à tout moment, à leur propre initiative ou sur demande d'un justiciable, examiner des cas de violation des droits fondamentaux. Pareillement, le principe d'indépendance judiciaire est affirmé dans l'article 172(3) de la Constitution.

Aux Iles Samoa, la partie II de la Constitution est consacrée à la protection des droits fondamentaux (articles 3 à 15). L'article 15 en particulier garantit l'égalité de tous devant la loi et interdit la discrimination, notamment en raison du sexe. Il encourage par la même occasion, la prise des mesures rémédiales en faveur de la protection et de l'avancement des droits des femmes⁸⁰⁴. L'article 4 de la Constitution énonce que toute personne peut saisir la Cour suprême pour obtenir réparation en cas de violation de ses droits. On retrouve également le principe d'indépendance judiciaire dans l'article 68(5).

Comme aux Iles Fiji, la partie II de la Constitution de Tuvalu contient une Charte des droits et libertés (articles 9 à 42). Encore une fois, même si le principe d'égalité de sexe n'est pas expressément mentionné, l'article 11 accorde les mêmes droits et libertés à tous sans aucune distinction, notamment de sexe⁸⁰⁵. L'article 38 de la Constitution de Tuvalu offre au justiciable la possibilité de saisir la Haute Cour pour obtenir justice si il ou elle estime que ses droits sont violés. Le principe d'indépendance judiciaire est prévu dans l'article 127.

Ces garanties constitutionnelles constituent une structure solide sur laquelle se fonde la protection des droits des femmes, notamment leur droit à l'égalité. Le juge peut donc recourir à ces dispositions pour prévenir et empêcher les violations des droits des femmes.

⁸⁰⁴ *[Constitution of Samoa]*, *supra* note 273, art. 15 : « (1) All persons are equal before the law and entitled to equal protection under the law. (2) Except as expressly authorised under the provisions of this Constitution, no law and no executive or administrative action of the State shall, either expressly or in its practical application, subject any person or persons to any disability or restriction or confer on any person or persons any privilege or advantage on grounds only of descent, sex, language, religion, political or other opinion, social origin, place of birth, family status, or any of them. (3) Nothing in this Article shall: (...) ; (b) Prevent the making of any provision for the protection or advancement of women or children or of any socially or educationally retarded class of persons ».

⁸⁰⁵ *[Constitution of Tuvalu]*, *supra* note 265, art. 11 : « (1) Every person in Tuvalu is entitled, whatever his race, place of origin, political opinions, colour, religious beliefs or lack of religious beliefs, or sex, to the following fundamental rights and freedoms : (a) the right not to be deprived of life (see section 16); and (b) personal liberty (see sections 17 and 18); and (c) security for his person (see sections 18 and 19); and (d) the protection of the law (see section 22); and... ».

PARAGRAPHE II : LA BASE CONVENTIONNELLE

Comme nous l'avons vu, le Vanuatu a ratifié les principaux instruments de protection des droits fondamentaux, à l'exception du *Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels*. Le juge vanuatais peut donc, dans ses jugements, recourir à ces instruments, notamment la CEDEF, dont nous analysons ici bas le potentiel en matière de protection des droits des femmes (1). En ce qui concerne les décisions des Comités des droits de l'Homme (2) et de la Cour européenne des droits de l'Homme (3), même si le juge vanuatais ou océanien y fait rarement référence, nous l'encourageons à le faire étant donné les directives et les enseignements pertinents que celles-ci dégagent en matière de protection des droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes.

1) La CEDEF

La CEDEF est une source incontournable en matière de protection des droits des femmes. Entre autres, non seulement elle condamne clairement les coutumes et pratiques contraires aux droits des femmes (a), mais elle protège en plus une égalité de substance (b). Nous encourageons fortement les États de la région à y recourir.

a) La condamnation de la coutume, culture et tradition contraires aux droits des femmes

Même si sa conception remonte aux années 1960, une des grandes forces de la CEDEF repose sur ses articles 2 et 5 qui condamnent les coutumes et pratiques traditionnelles contraires aux droits des femmes. Ainsi, l'article 2 de la Convention dispose :

Les États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes et, à cette fin, s'engagent à : [...] d) S'abstenir de tout acte ou **pratique discriminatoire** à l'égard des femmes et faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à cette obligation ; [...] ; f) Prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, **coutume ou pratique** qui constitue une discrimination à l'égard des femmes [...] ⁸⁰⁶ (nous soulignons).

L'article 5 de la même Convention énonce :

⁸⁰⁶ [CEDEF], art. 2, *supra* note 1.

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour : a) Modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des **pratiques coutumières**, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou de l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes [...] ⁸⁰⁷(nous soulignons).

Par ailleurs, le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes condamne régulièrement ces pratiques coutumières dans le cadre de ses observations finales rendues après examen des rapports périodiques des États membres de la Convention, et aussi dans un certain nombre de ses Recommandations générales. Ainsi tel que nous l'avons souligné dans notre première partie, après examen du rapport périodique du Vanuatu en 2007, le Comité appelle l'État vanuatais à modifier des normes coutumières qui portent atteinte aux droits fondamentaux des femmes ⁸⁰⁸. Il en est de même pour les autres pays qui connaissent le droit coutumier ⁸⁰⁹. De plus, dans sa *Recommandation générale n°19*, le Comité condamne, entre autres, les attitudes, coutumes et pratiques qui selon lui, perpétuent la violence à l'égard des femmes ⁸¹⁰.

Les tribunaux vanuatais peuvent donc citer non seulement les dispositions de la CEDEF (en particulier les articles 2 et 5 précités), mais aussi les observations finales et les recommandations du Comité pour faire avancer les droits des femmes au Vanuatu. Il faut ici souligner que les autres comités des droits de l'Homme des Nations Unies ont aussi adopté des recommandations générales qui vont dans ce sens. Ainsi, selon l'*Observation générale n°28* du Comité des droits de l'Homme adoptée en 2000, l'article 27 du Pacte des droits civils et politiques portant sur les droits culturels ne saurait porter atteinte au droit à l'égalité des femmes ⁸¹¹. En 2009, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a souligné dans son *Observation générale n°21*, entre autres, que chaque État a le devoir de protéger les droits fondamentaux et toutes les libertés fondamentales, mais il peut lui être nécessaire d'imposer des limites au droit de chacun de participer à la vie culturelle quant aux pratiques néfastes liées aux traditions et coutumes portant atteinte aux autres droits

⁸⁰⁷ [CEDEF], art. 5, *supra* note 1.

⁸⁰⁸ [CEDEF, *Observations finales Vanuatu*], *supra* note 526, paragraphes 10, 11, 22 et 23.

⁸⁰⁹ [CEDEF, *Observations finales Papouasie-Nouvelle-Guinée*], *supra* note 639, paragraphe 25, à la page 5 ; Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : Mozambique*, CEDAW/C/MOZ/CO/2, 11 juin 2007, paragraphe 21, page 4 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Les experts du CEDEF avertissent des risques de l'application du droit coutumier pour les femmes namibiennes*, A.G.N.U., 759e et 760e séances, FEM/1592, 17 janvier 2007 ; Nations Unies, Conseil économique et social, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Les experts du CEDAW regrettent la persistance des mesures, pratiques et coutumes discriminatoires à l'égard des femmes en Zambie*, 49e session, 980e et 981e séances, FEM/1869, 13 juillet 2011.

⁸¹⁰ [CEDEF, *Recommandation 19*], *supra* note 345, paragraphes 11 et 24.

⁸¹¹ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°28 : Égalité des droits entre hommes et femmes (Art.3)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 mars 2000, paragraphe 32.

fondamentaux⁸¹².

Un autre point fort de la CEDEF repose sur la conception d'égalité qu'elle défend non seulement au travers de ses dispositions, mais aussi dans son esprit.

b) Le droit à l'égalité selon la CEDEF

En enjoignant les États parties d'éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la CEDEF vise à atteindre son objectif primaire qui consiste à parvenir à l'égalité entre les femmes et les hommes⁸¹³. Cependant, la Convention ne définit nulle part le concept de droit à l'égalité. Par conséquent, sa portée et son sens n'ont pas toujours été bien compris par les pays signataires de la Convention.

Selon nos interprétations, à la lumière de la lecture des différentes dispositions de la CEDEF et après analyse de deux Recommandations générales du Comité pour la CEDEF portant sur l'interprétation à donner au droit à l'égalité des femmes⁸¹⁴, nous parvenons à la conclusion que la CEDEF va au-delà de l'égalité formelle pour défendre une conception d'égalité de substance⁸¹⁵.

Il est clair qu'un certain nombre de dispositions de la CEDEF imposent aux États membres des obligations formelles consistant en un traitement égal entre les hommes et les femmes dans certains domaines. Dans ce sens, l'égalité formelle propose que les femmes, étant égales aux hommes, doivent être traitées d'une manière identique à ceux-ci. Il faut ici préciser que dans le cadre de la CEDEF, ce concept d'égalité formelle concerne essentiellement le contenu des lois et leur application⁸¹⁶. À titre d'exemple, l'article 7 de la Convention accorde le même droit de vote aux hommes et aux femmes, et l'article 9 oblige les États parties à conférer aux femmes les mêmes droits que ceux accordés aux hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la

⁸¹² [Comité des droits économiques, *Observation*], *supra* note 315, à la page 1-5.

⁸¹³ Simone Cusak et Lisa Pusey, « Cedaw and the Right to Non-Discrimination and Equality, (2013) 14 *Melb. J. Int'l L.* 54, à la page 63 [Cusak et Pusey, « CEDAW »].

⁸¹⁴ D'abord la *Recommandation générale n°25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention portant sur les mesures temporaires spéciales (Recommandation générale n°25, Doc off, CEDEF A/59/38, 2004 63 [CEDEF, **Recommandation n°25**])*, ensuite la *Recommandation générale n°28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention (Recommandation générale n°28, Doc off., CEDEF/C/GC/28, 2010)*.

⁸¹⁵ Voir Diane Roman, dir., *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, éditions Pedone, Paris, 2014, à la page 110-112.

⁸¹⁶ [Cusak et Pusey, « CEDAW »], *supra* note 813, à la page 63 ; Andrew Byrnes, « Article 1 » dans Marsha A Freeman, Christine Chinkin et Beate Rudolf, dir., *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women : A Commentary*, Oxford/Toronto, Oxford University Press, 2012, 51, 54.

conservation de la nationalité.

Cependant, conscient des limites de ce modèle de traitement identique, le Comité a souligné dans la *Recommandation générale n°25* que la condition féminine ne pourra s'améliorer tant que les causes sous-jacentes de la discrimination et de l'inégalité ne seront pas éliminées. En d'autres termes, il faut aller au-delà de cette conception d'égalité formelle et « adopter des mesures susceptibles de favoriser une réelle mutation des perspectives d'avenir, des institutions et des systèmes pour que les femmes puissent se libérer des paradigmes masculins du pouvoir et des modes de vie historiquement déterminés »⁸¹⁷. Le Comité continue à expliquer dans le paragraphe 6 de la même Recommandation que les obligations des États devraient être accomplies de manière intégrée puisqu'elles vont au-delà de simples obligations formelles d'égalité de traitement⁸¹⁸.

À la lecture de la CEDEF et à la lumière de ces Recommandations générales du Comité, nous pouvons clairement affirmer que la CEDEF favorise une conception d'égalité de substance qui va au-delà du « être comme les hommes ». Comme nous l'avons brièvement souligné dans l'introduction générale de notre thèse, certes les femmes veulent les mêmes droits que les hommes, mais le modèle de traitement identique s'avère incapable de répondre à leurs besoins compte tenu notamment de leurs différences biologiques⁸¹⁹. Une telle conception d'égalité vise à explorer les différentes échelles de domination des hommes envers les femmes⁸²⁰, mais surtout à exposer puis à éradiquer la position économiquement et socialement inférieure des femmes. Dans ce sens, le Comité note :

Une conception purement formelle qu'elle soit juridique ou pragmatique, ne peut parvenir à instaurer entre hommes et femmes l'égalité de fait, c'est-à-dire au sens du Comité, une égalité réelle (ou concrète)... La Convention exige que les femmes bénéficient de chances égales au départ et d'un environnement propice pour aboutir à l'égalité de résultats. Il ne suffit pas de garantir un traitement identique des femmes et des hommes. Il faut plutôt tenir compte des différences biologiques entre les hommes et les femmes et de celles qui sont le résultat d'une production culturelle ou sociale. Dans certains cas, il n'est pas possible de traiter de la même façon les hommes et les femmes du fait de ces différences. Pour atteindre cet objectif d'égalité réelle, il est [...] indispensable de suivre effectivement une stratégie de lutte contre la sous-représentation des femmes et de redistribution des ressources et des responsabilités entre les hommes et les femmes⁸²¹.

⁸¹⁷ [CEDEF, *Recommandation n°25*], *supra* note 814, paragraphe 10.

⁸¹⁸ [CEDEF, *Recommandation n°25*], *supra* note 814, paragraphe 6.

⁸¹⁹ [Pelchat, « La Convention », *supra* note 87, à la page 2-3.

⁸²⁰ [Fournier, « L'égalité substantielle », *supra* note 86, à la page 64-65.

⁸²¹ [CEDEF, *Recommandation n°25*], *supra* note 814, paragraphe 8.

Comme nous le verrons plus loin, cette conception d'égalité a aussi été adoptée par les tribunaux canadiens. La cause des femmes ne saurait avancer sans une telle conception. Ce sont là les raisons pour lesquelles nous encourageons les tribunaux vanuatais à adopter une telle conception de l'égalité.

2) Les décisions des Comités des droits de l'Homme

Tel que mentionné, le juge vanuatais peut également citer les décisions des différents Comités des droits de l'Homme dont le Comité pour la CEDEF, mais aussi des décisions des cours supérieures étrangères connues mondialement pour leurs interprétations innovantes en cas de conflit entre la coutume et les droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes. Nous analysons ci-dessous les décisions en la matière qui nous intéressent : d'abord celles des Comités des droits de l'Homme de l'ONU, puis celles des cours supérieures étrangères.

Selon nos recherches, aucune décision du Comité pour la CEDEF ne porte à ce jour directement sur le conflit ou la tension entre les droits des femmes et la coutume ou le droit coutumier. Nous allons donc nous tourner vers des cas portant sur la tension entre les coutumes, pratiques, stéréotypes et comportements socioculturels et les droits fondamentaux en général, afin de dégager les grandes lignes qui peuvent aider les tribunaux vanuatais dans leurs réflexions. Il s'agit des cas examinés à la fois par le Comité des droits de l'Homme et le Comité pour la CEDEF.

Selon nos analyses, les Comités des droits de l'Homme des Nations Unies (y compris le Comité pour la CEDEF) prônent l'idée selon laquelle la culture est une valeur fondamentale à respecter, mais elle ne saurait être invoquée pour porter atteinte aux droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes. Ainsi, dans la décision *Boodlal c. Trinité-et-Tobago*⁸²², le Comité des droits de l'Homme a souligné que la pratique de châtement corporel (pratique culturelle observée dans un certain nombre de pays) constitue une violation de l'article 7 du *Pacte international des droits civils et politiques* portant sur l'interdiction de la torture, des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants. Dans d'autres cas, le Comité pour la CEDEF condamne les schémas et modèles de

⁸²² *Boodlal c. Trinité-et-Tobago*, [2001] Communication 928/2000, Comité des droits de l'homme, paragraphe 4.6 ; Voir également *Higginson c. Jamaïque*, [2002] Communication 792/1998, Comité des droits de l'homme ; *Pryce c. Jamaïque*, [2004] Communication 793/1998, Comité des droits de l'homme. Il faut cependant noter que selon le Comité, « une peine n'est dégradante que si l'humiliation ou l'abaissement qui en résulte dépasse un certain seuil et, en tout état de cause, si elle comporte des éléments qui dépassent le simple fait d'être privé de liberté » (*Vuolanne c. Finlande*, [1989] Communication 265/1987, Comité des droits de l'homme, paragraphe 9.2).

comportement socioculturel fondés sur l'idée de l'infériorité des femmes⁸²³. Ainsi, dans l'affaire *Karen Tayag Vertido c. Philippines*⁸²⁴, le Comité a observé que les organes nationaux ont maintenu de tels comportements lorsqu'ils doutaient facilement de la preuve d'un viol et rejetaient, à différentes reprises, la plainte de la victime qui est une femme en l'occurrence, alors même que les témoignages des experts médico-sociaux ont bel et bien prouvé la véracité des faits. En clair, les autorités nationales ne prenaient pas au sérieux les plaintes et témoignages de la victime tout simplement parce qu'elle était une femme.

Enfin dans l'affaire *Lovelace c. Canada*⁸²⁵, le Comité des droits de l'Homme a observé que le Canada a failli à ses obligations lorsqu'il a adopté une loi interdisant aux femmes indiennes mariant des non-Indiens de vivre sur les réserves⁸²⁶. Les hommes autochtones mariant les femmes non-autochtones n'étaient pas soumis au même traitement. Certains commentateurs estiment qu'en réalité, la culture autochtone a été appropriée et manipulée par le gouvernement pour satisfaire le besoin du groupe dominant patriarcal et que le gouvernement canadien cherche à favoriser sa propre image dans la « reconstruction des minorités »⁸²⁷. Ce faisant, il favorise une culture de non-respect des droits des femmes. Cette loi a finalement été modifiée en 1985, puis en 2011 pour corriger la situation inégalitaire de ces femmes⁸²⁸.

En somme, les Comités des droits de l'Homme y compris le Comité pour la CEDEF condamnent très clairement non seulement les pratiques culturelles, mais aussi les habitudes, stéréotypes et comportements socioculturels qui portent atteinte aux droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité

⁸²³ La CEDEF, art. 2(f) et 5(a) prohibent ces coutumes et comportements, [CEDEF], *supra* note 1. Nous considérons que ces préjugés et stéréotypes rentrent dans des pratiques culturelles néfastes et discriminatoires à l'égard des femmes.

⁸²⁴ *Karen Tayag Vertido c. Philippines*, [2008] Communication 18/2008, Comité pour la CEDEF. D'autres décisions du même Comité vont dans ce sens. Ainsi, dans la décision *Isatou Jallow c. Bulgarie*, [2011] Communication n°32/2011, l'auteure, d'origine gambienne, a subi avec sa fille, de la violence conjugale de la part de son mari de nationalité bulgare. L'auteure a soutenu que l'État bulgare ne lui a pas offert le même niveau de protection contre la violence familiale comme il le fait à son mari. Elle a affirmé, entre autres, que pendant la procédure, les autorités étatiques n'ont pas fait preuve de toute la diligence voulue à son égard ; ne l'ont pas efficacement protégée et n'ont pas tenu compte de sa vulnérabilité, étant donné qu'elle est une migrante analphabète qui avait une fillette, ne maîtrisait pas la langue bulgare et n'avait pas de famille dans l'État partie. Le Comité a conclu à la violation par l'État notamment de l'article 5(a) de la CEDEF étant donné que son comportement s'est traduit par des stéréotypes qui maintiennent l'infériorité de la femme face à l'homme (Paragraphe 8.2 et 8.6 de la décision) ; Voir aussi *Inga Abramova c. Belarus*, [2009] Communication n°23/2009, Comité pour la CEDEF.

⁸²⁵ [Lovelace], *supra* note 731.

⁸²⁶ *Lois sur les Indiens 1876* (aujourd'hui *Lois sur les Indiens L.R.C. (1985) ch. I-5*).

⁸²⁷ [Nagaraj et al., *When Legal*], *supra* note 92, à la page 104.

⁸²⁸ D'abord en 1985, la *Loi C-31* a été adoptée pour supprimer notamment les discriminations envers les femmes. Mais la question de discrimination envers les petits enfants des femmes qui ont perdu leur statut d'Indienne demeurait. Il a donc fallu attendre le 15 décembre 2010 pour que la *Loi C-3 sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens* (entrée en vigueur le 31 janvier 2011) soit adoptée pour modifier un certain nombre de dispositions jugées inconstitutionnelles par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans son jugement de l'affaire *Mclvor c. Canada*, [2009] C.A. Depuis ce temps, les petits enfants des femmes qui ont perdu leur statut d'Indienne sont admissibles à l'inscription (statut d'Indien).

des femmes. Soulignons une fois de plus que les tribunaux vanuatais peuvent recourir à ces décisions pour appuyer leurs jugements dans l'avancement de la cause des femmes au Vanuatu.

3) La Cour européenne des droits de l'Homme

Le juge vanuatais peut ensuite s'inspirer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pour rendre son jugement. Nous considérons comme Julie Ringelheim que :

en raison de son caractère international, l'éclairage qu'apporte la Cour européenne des droits de l'Homme sur le sens et les exigences des droits et libertés transcende les contextes nationaux et vaut en principe pour toute démocratie. Sa jurisprudence s'affirme comme une référence essentielle en matière de droits et libertés, non seulement pour ses quarante-cinq États parties, mais aussi pour d'autres organes européens ou internationaux, voire pour les Cours suprêmes ou constitutionnelles d'États tiers⁸²⁹.

L'État océanien n'est pas indifférent à l'influence du système européen des droits de l'Homme. Alors que certaines Constitutions nationales font mention de la Convention européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme⁸³⁰, d'autres Constitutions vont directement se calquer sur le modèle de la Convention européenne⁸³¹. De plus, certains tribunaux citent, de temps à autre, non seulement la *Convention européenne des droits de l'Homme*, mais aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁸³².

En matière de tensions entre les droits fondamentaux dont le droit à l'égalité des femmes, et le respect de la culture ou la tradition, la Cour européenne des droits de l'Homme défend une position semblable à celle des Comités des droits de l'Homme des Nations Unies. En effet, elle met en avant l'idée selon laquelle le pluralisme constitue une valeur essentielle de la société démocratique, mais

⁸²⁹ [Ringelheim, *Diversité culturelle et droits*], *supra* note 316, à la page 1 ; Voir aussi Gérard Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss, dir., *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

⁸³⁰ [Constitution of Papua New Guinea], *supra* note 253, art. 3 (d) et (e) : « For the purposes of determining whether or not any law, matter or thing is reasonably justified in a democratic society that has a proper regard for the rights and dignity of mankind, a court may have regard to - (d) the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Protocols thereto, and any other international conventions, agreements or declarations concerning human rights and fundamental freedoms; and (e) judgements, reports and opinions of the International Court of Justice, the European Commission of Human Rights, the European Court of Human Rights and other international courts and tribunals dealing with human rights and fundamental freedoms... ».

⁸³¹ Nous pouvons citer l'exemple de la Constitution des Iles Salomon ou encore de Samoa.

⁸³² Ainsi, dans la décision *Mapuilesua v. Land and Titles*, [2011] WSSC 131, la Cour suprême de Samoa a, entre autres, expressément cité l'affaire *Engel et autres c. Pays-Bas*, [1976] CrEDH sur la liberté individuelle (paragraphe 58). Dans la décision *Premdas v. The State*, [1970] PNGLR 329, la Cour suprême de la Papouasie Nouvelle-Guinée a cité l'article 6(1) de la *Convention européenne des droits de l'Homme* pour définir « le droit civil ». Dans la décision *Toailoa Law Office v. Duffy*, [2005] WSSC 53, la Cour suprême de Samoa a entre autres, cité l'article 6(1) de la *Convention européenne des droits de l'Homme* et l'affaire *Condron c. Royaume-Uni*, [2000] CrEDH, sur le procès équitable.

que le respect des spécificités culturelles ne doit pas faire obstacle à l'interdiction des pratiques contraires aux droits fondamentaux.

Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme attache une importance particulière au pluralisme qu'elle considère comme une des caractéristiques d'une société démocratique. Selon la Cour, il n'y a pas de société démocratique sans le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture⁸³³. Dans les premières décisions de la Cour, ce pluralisme concernait la pluralité des idées et des opinions. Au fil de ses décisions, la portée de celui-ci s'étend notamment à la diversité des identités et des cultures⁸³⁴. Dans la décision *Gorzelik et autres c. Pologne*, la Cour a consacré cette évolution en décrivant le pluralisme comme « la reconnaissance et le respect véritables de la diversité culturelle et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles »⁸³⁵. Il s'ensuit que les États du Conseil européen ont l'obligation de garantir aux individus, la possibilité réelle de vivre selon leurs traditions, leur héritage culturel ou leurs croyances religieuses⁸³⁶.

Cependant, selon la Cour, le respect des spécificités culturelles ne fait pas et ne doit pas faire obstacle à l'interdiction des pratiques contraires aux droits fondamentaux. En d'autres termes, « les individus ne peuvent se prévaloir de leur liberté de religion ou de leur droit de pratiquer leurs cultures pour échapper à l'application d'une loi visant à protéger les personnes contre les atteintes à

⁸³³ *Handyside c. Royaume-Uni*, [1975] CrEDH, Requête n°5493/72, paragraphe 49. Dans cette affaire, la Commission européenne a considéré que le Royaume-Uni n'a pas violé l'article 10(2) sur la liberté d'expression lorsque les tribunaux étatiques ont fait saisir un livre scolaire portant, entre autres, sur la sexualité. La Cour considère que la liberté d'expression « vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique » ; Frédéric Sudre, « Le pluralisme saisi par le juge européen », dans Michel Levinet, dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 33.

⁸³⁴ *[Ringelheim, Diversité culturelle et droits]*, supra note 316, à la page 398.

⁸³⁵ *Gorzelik et autres c. Pologne*, [2004] CrEDH (Grande chambre), paragraphe 92. Dans cette affaire, la Cour a considéré que le but poursuivi par l'État pour empêcher l'enregistrement de l'association des requérants était légitime et nécessaire dans une société démocratique. En effet, les requérants tentaient de créer une personne morale qui pourrait prétendre au titre d'une loi nationale à un statut particulier. La Cour a cependant souligné que la conclusion serait différente si les requérants constituaient une association pour exprimer et promouvoir les particularités d'une minorité (paragraphe 106). De plus, selon la Cour, le pluralisme implique aussi que l'État reconnaisse l'autonomie des groupes minoritaires. Dans l'affaire *Serif c. Grèce* [1999] CrEDH, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu l'autonomie d'un groupe culturel particulier (religieux) et l'identité personnelle des individus qui en font partie. Dans cette affaire, le défendeur a été nommé par les membres de la communauté musulmane pour être *mufti* (religieux musulman qui interprète la loi musulmane). Or une loi de 1920 dispose que les *muftis* doivent être nommés directement par les musulmans ayant le droit de voter à l'Assemblée nationale. Le défendeur invoquait l'article 9 de la convention portant sur la liberté de conscience et de religion. La cour a jugé que la Grèce a violé cet article. Plusieurs fois dans l'arrêt la cour a reconnu que l'autonomie de l'organisation et la défense du pluralisme sont essentielles pour le développement des sociétés démocratiques. Dans l'affaire *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [2000] CrEDH, la Cour a aussi affirmé aussi le même principe. Par ailleurs dans deux affaires, *Parti Communiste c. Turquie* [1998] et *Parti Socialiste c. Turquie* [1998] CrEDH, la Cour a jugé que les minorités kurdes ont droit à leur autonomie politique ; Voir *[Ringelheim, Diversité culturelle et droits]*, supra note 316, à la page 398.

⁸³⁶ *[Ringelheim, Diversité culturelle et droits]*, supra note 316, à la page 398.

leurs droits commises par d'autres particuliers »⁸³⁷. Dans l'affaire *Sept personnes c. Suède*⁸³⁸ par exemple, la Commission a rejeté le recours des membres d'une congrégation protestante qui soutenaient que la loi interdisant d'infliger des punitions corporelles portait atteinte à leur liberté de religion étant donné qu'elle les empêchait d'éduquer leurs enfants selon les préceptes de leur foi. La Commission a jugé que la loi contestée constitue une mesure permettant de lutter contre la violence et protéger les éléments réputés faibles et vulnérables dans la société⁸³⁹.

Même si cette affaire concerne les enfants, le même raisonnement s'applique aussi aux femmes qui dans certains cas peuvent être en situation de vulnérabilité. Dans ce sens, l'État a la responsabilité et l'obligation de prendre des mesures appropriées pour faire respecter les droits fondamentaux et éliminer les pratiques oppressives ou des traitements dégradants, infligés à certaines personnes, en particulier les femmes au sein d'une communauté, pour des motifs liés à des traditions culturelles⁸⁴⁰. Ainsi, dans deux décisions⁸⁴¹, la Cour a condamné les différences de traitement entre enfants nés hors mariage et enfants nés dans le mariage. De plus, dans l'arrêt *Unal Tekel c. Turquie*⁸⁴², la Cour a observé que la règle coutumière qui oblige la femme à prendre le nom de son mari au moment du mariage constitue une tradition qui trouve ses origines dans le rôle primordial de l'homme et le rôle secondaire de la femme dans la famille. Elle a noté que la progression vers l'égalité des sexes dans les États membres du Conseil de l'Europe et l'importance accordée au principe de la non-discrimination empêchent aujourd'hui les États d'imposer cette tradition aux femmes mariées. La Cour a alors conclu à l'existence d'une discrimination dans la jouissance du droit à la vie privée.

En conclusion de cette première section, les juges de la région peuvent recourir non seulement aux Constitutions nationales, mais aussi aux instruments internationaux en la matière, en particulier la CEDEF, aux décisions des Comités des droits de l'Homme (y compris le Comité pour la CEDEF) et de la Cour européenne pour faire avancer les droits des femmes dans la région. En effet, même si

⁸³⁷ [Ringelheim, *Diversité culturelle et droits*], *supra* note 316, à la page 415-416.

⁸³⁸ *Sept personnes c. Suède*, [1982] Commission européenne des droits de l'Homme, Requête n° 8811/79, à la page 117 et 124.

⁸³⁹ Voir [Ringelheim, *Diversité culturelle et droits*], *supra* note 316, à la page 416. La Cour s'est prononcée pour la première fois contre les châtiments corporels dans l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, [1978] CrEDH. Elle considère que le châtiment corporel des enfants est souvent inhumain et dégradant et viole l'intégrité physique des intéressés. Dans deux autres affaires, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, [1982] CrEDH ou encore *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* [1993] CrEDH, la Cour a condamné l'usage des châtiments corporels dans les écoles publiques en Écosse. Il faut cependant préciser que le châtiment corporel n'a été condamné que lorsqu'il atteint un degré de gravité suffisante pour être considéré comme un traitement humiliant et dégradant.

⁸⁴⁰ *X. et Y. c. Pays-Bas*, [1985] CrEDH ; [Ringelheim, *Diversité culturelle et droits*], *supra* note 316, à la page 416-419.

⁸⁴¹ *Inze c. Autriche*, [1987] CrEDH ; *Mazurek c. France*, [2000] CrEDH (3e section) (concernant les discriminations envers les enfants adultérins). La Cour constate une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* ; [Ringelheim, *Diversité culturelle et droits*], *supra* note 316, à la page 419.

⁸⁴² *Unal Tekel c. Turquie*, [2004] CrEDH (4e section), paragraphes 45 et 63 ; [Ringelheim, *Diversité culturelle et droits*], *supra* note 316, à la page 420.

les Constitutions nationales n'affirment pas expressément le principe du droit à l'égalité des femmes, elles contiennent cependant tous les outils nécessaires pour faire progresser les droits des femmes. Les décisions des instances internationales constituent aussi des pistes pertinentes en matière de l'avancement des droits des femmes. Elles dégagent le principe selon lequel la culture constitue un élément important pour le développement et l'épanouissement de l'individu, mais elle ne saurait être invoquée pour porter atteinte aux droits des femmes. Il s'ensuit que toutes les pratiques et coutumes néfastes à l'égard des femmes doivent être éliminées.

Le juge vanuatais ou océanien peut enfin recourir aux décisions des tribunaux des pays du Commonwealth (organisation dont font partie les pays de la région), notamment le Canada qui est plus en avance que le Vanuatu et les pays de la région en matière de droit à l'égalité des femmes. C'est ce qui fera l'objet de notre deuxième section.

SECTION II : LE RECOURS À LA *COMMON LAW/EQUITY*

Les principes de la *Common Law/Equity* et les lois britanniques qui s'appliquent aujourd'hui dans les États du Pacifique Sud ont été introduits dans ces pays lors de la colonisation⁸⁴³. Ainsi au Vanuatu, comme nous l'avons vu dans notre chapitre préliminaire, le *Western Pacific (Courts) Order* (UK) de 1961 qui s'appliquait de 1961 à 1975 aux sujets et aux optants de droit britannique lors de la colonisation prévoyait dans son article 15 que :

(1) Subject to the provisions of this Order and any rules made thereunder and to any law for the time being in force in any territory, the civil and criminal jurisdiction of the High Court shall, so far as circumstances admit, be exercised upon the principles of and in conformity with : (a) the statutes of general application in force in England on the first day of January 1961 ; and (b) the substance of the English common law and doctrines of equity, and with the powers vested in and according to the course of procedure and practice observed by and before Courts of Justice in England, according to their respective jurisdictions and authorities : provided that the said common law, doctrines of equity and statutes of general application shall be in force so far only as the circumstances of any particular territory and its inhabitants and the limits of her Majesty's jurisdiction permit and subject to such qualifications as local circumstances render necessary.

Même si cet article a par la suite été abrogé par le *New Hebrides Order* (UK) de 1975, l'article 11 de ce dernier prévoyait que la *High Court of New Hebrides* mise en place par ce règlement devait exercer sa compétence comme si l'article 15(1) susmentionné n'avait jamais été révoqué. Ce règlement de 1975 a été abrogé en 1980 par la *New Hebrides Act* (UK) au jour de l'indépendance, mais les principes de la *Common Law/Equity* continuent à s'appliquer conformément à l'article 95(2) de la Constitution. Il en est de même dans les autres États du Pacifique Sud où les principes de la *Common Law/Equity* sont reconnus par la Constitution ou les lois nouvellement adoptées par le Parlement national. Nous allons ici nous concentrer sur le cas du Vanuatu qui nous intéresse particulièrement.

Dans l'affaire *Banga v. Waiwo* que nous avons citée dans la première partie de notre thèse, la Cour suprême du Vanuatu a reconnu l'importance de la *Common Law* dans le pays, même après l'indépendance, en affirmant qu'il serait difficile de l'écarter. En effet, le président de la Cour suprême a noté dans cette décision : « What Parliament has not done so far, and I venture to say, is unlikely to do, is to do away with the element[s] of British Common Law and equity that apply in

⁸⁴³ [Corrin et al., *Introduction to South Pacific Law*], *supra* note 40, à la page 64 et s.

Vanuatu. After 16 years of independence, it would be difficult to do so. Furthermore, it is likely to cause enormous upheal in the legal system if it is sought to do so now »⁸⁴⁴.

Dans ce sens, il est certain qu'après l'indépendance, le juge vanuatais peut toujours recourir à la jurisprudence britannique pour rendre son jugement. Mais il n'est pas limité à la seule jurisprudence britannique. Selon les circonstances, le juge vanuatais peut aussi s'inspirer de la jurisprudence des pays étrangers, notamment ceux du Commonwealth⁸⁴⁵. Comme nous l'avons mentionné, dans la décision *Daniel Mouton v. Selb Pacific Limited*⁸⁴⁶, la Cour suprême a observé que même si les juges des tribunaux inférieurs (y compris de la Cour suprême) ne sont liés que par les décisions de la Cour d'appel (la plus haute instance du pays), la jurisprudence étrangère ne reste pas moins importante. Les explications de Sue Farran vont aussi dans le même sens lorsqu'elle souligne que l'expression *Common Law* (employée dans la Constitution du Vanuatu) « potentially encompasses more than the law of England and Wales and could embrace the whole common law world »⁸⁴⁷.

Ceci signifie que le juge vanuatais peut recourir non seulement à la jurisprudence britannique, mais aussi à celle des autres pays du Commonwealth dont l'Australie, la Nouvelle-Zélande, les îles Fidji, ou encore le Canada (Paragraphe I). Le recours à la jurisprudence canadienne, notamment en matière de droit à l'égalité, peut être particulièrement pertinent pour le juge vanuatais compte tenu du progrès réalisé depuis l'arrêt *Andrews* (Paragraphe II). Par ailleurs, à défaut d'application de la loi écrite, le juge vanuatais peut aussi se référer à la *Substantial Justice*, c'est-à-dire aux principes de l'équité (selon les termes de la Constitution du Vanuatu) pour rendre son jugement (Paragraphe III), notamment dans le domaine des droits fondamentaux. Nous reviendrons sur les détails dans le corps de ce paragraphe.

PARAGRAPHE I : LA RÉFÉRENCE À LA JURISPRUDENCE CANADIENNE EN MATIÈRE DE DROIT À L'ÉGALITÉ

Notre choix de recourir à la jurisprudence canadienne s'explique par le progrès réalisé par la Cour suprême du Canada en matière de droit à l'égalité. En effet, l'évolution de la jurisprudence

⁸⁴⁴ [Waiwo], *supra* note 167.

⁸⁴⁵ Voir *Vohor v. Adeng and Others*, [1996] VUSC 14 où le juge a fait référence, entre autres, à une décision australienne pour rendre son jugement sur le transfert d'action ; Voir aussi [Corrin, « Bedrock »], *supra* note 157, à la page 601.

⁸⁴⁶ [Mouton], *supra* note 168.

⁸⁴⁷ [Farran, « Child Adoption »], *supra* note 660, à la page 23.

canadienne portant sur le droit à l'égalité, notamment des femmes, est intéressante, surtout lorsqu'on pense à la remise en cause de l'égalité formelle au profit de l'égalité de substance (1).

Mais comme nous le verrons, le droit à l'égalité en général présente de nombreux défis pour les tribunaux canadiens. Soulignons cependant que celui-ci (le droit à l'égalité canadien) étant complexe dans son interprétation et faisant l'objet d'une riche doctrine⁸⁴⁸, nous ne pouvons traiter toutes ses facettes dans le cadre de ce paragraphe. Nous allons tout de même tenter de retracer son évolution jurisprudentielle (2) afin de dégager les éléments qui peuvent inspirer le Vanuatu dans sa recherche d'efficacité en matière de protection et de promotion des droits des femmes, en particulier de leur droit à l'égalité (3).

1) La promotion de l'égalité de substance par la Cour suprême : une meilleure prise en compte des besoins différenciés des femmes

Comme mentionné plus haut, ici nous analysons un certain nombre de décisions de la Cour suprême du Canada qui ont « préparé la table » à l'approche substantive de l'égalité, autrement dit, celles qui

⁸⁴⁸ Voici quelques exemples des articles et ouvrages écrits sur le droit à l'égalité : Philip C. Whalen, « The Promise of Equality – Are We There Yet ? », (2013) 64 U.N.B.L.J. ix ; Jennifer Koshan et Jonnette Watson Hamilton, « The Continual Reinvention of Section 15 of the Charter », (2013) 64 U.N.B.L.J. 19 ; Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada*, 2e édition, Montréal, LexisNexis, 2012 [**Morin, Le droit à l'égalité**]; Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada*, 1^{ère} édition, Montréal, LexisNexis, 2008 ; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Toronto, Carswell, 2014 ; Daniel Proulx, « Le droit à l'égalité », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir., *Jurisclasseur de droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, Fascicule 9, LexisNexis, 2014, en ligne : [<http://www.lexisnexis.com/acces.bibl.ulaval.ca/ca/legal/results/pubTreeViewDoc.do?nodeId=TAAL&pubTreeWidth=23%25>] (accessible le 20 juin 2015) ; Jessica Gosselin, *Analyse différenciée entre les sexes, gouvernance et progression égalitaire : étude de la compatibilité du droit constitutionnel canadien aux obligations relatives à l'égalité par l'exemple du Plan Nord*, Mémoire de Maîtrise, Faculté de droit, Université Laval, 2014, à la page 28 et s. [**Gosselin, Analyse différenciée**]; Claire Truesdale, « Section 15 and the Oakes Test : The Slippery Slope of Contextual Analysis », (2011) 43 Ottawa L. Rev. 511 ; Lorna R. Marsden, *Canadian Women & The Struggle for Equality*, Ontario, Oxford University Press, 2012 ; Michèle Rivet et Anne-Marie Santorineos, « Juger à l'ère des droits fondamentaux », (2012) 42 R.D.U.S. 363 ; Conseil du statut de la femme, *Avis - Droit à l'égalité entre les hommes et les femmes et liberté religieuse*, Québec, 2007 [**CSF, Droit à l'égalité**]; Bruce Porter, « Twenty Years of Equality Rights : Reclaiming Expectations », (2005) 23 Windsor Y.B. Access Just. 145 ; Daniel Proulx, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Law : un pas en avant ou un pas en arrière ? », (2001) 61 R. du B. 185 [**Proulx, « Les droits à l'égalité revus »**] ; Louise Langevin, « La diversité culturelle, la liberté religieuse et le droit des femmes à l'égalité : tensions à l'horizon », (2013) Numero Especial Rev. Fac. Direito UFMG : Jornadas Juridicas Brasil-Canada 169 ; Alain Roy, « Affaire Éric c. Lola : Une fin aux allures de commencement », (2013) 1 CPN, 259 [**Roy, « Affaire Éric c. Lola »**] ; Mary C. Hurley, « Les droits à l'égalité : Interprétation de l'article 15 de la Charte dans les décisions de la Cour suprême du Canada », (2007) Division du droit et du gouvernement, Service d'information et de recherche parlementaires ; [**Motard et Picard, « Interprétation »**], *supra* note 85 ; Mélanie Samson, « Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services : L'originalité des garanties offertes par la Charte québécoise », (2008) 38 R.D.U.S. 413 [**Samson, « Le droit à l'égalité »**] ; [**Fournier, « L'égalité substantielle »**], *supra* note 86 ; Andrea York, « The Inequality of Emerging Charter Jurisprudence : Supreme Court Interpretations of Section 15(1) », (1996) 54 U.T. Fac. L. Rev. 327 ; Geneviève Tremblay, « Les droits à l'égalité et l'article premier de la Charte Canadienne des droits et libertés », (1997) 55 U.T. Fac. L. Rev. 303 ; Michelle Boivin, « Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité », (2004) 45 C. de D. 327 [**Boivin, « Le besoin urgent »**].

expliquent la nécessité de recourir ou d'appliquer, dans certains cas, l'égalité de substance (plutôt que l'égalité formelle). Nous traiterons principalement des décisions qui touchent les femmes (mais pas uniquement). En effet, comme nous le verrons, un certain nombre d'arrêts portant sur l'égalité substantielle ne concernent pas directement les femmes, mais les enseignements retirés sont primordiaux pour l'avancement de leurs droits.

D'une manière générale, il existe un bon nombre d'arrêts qui ont contribué d'une certaine façon à faire progresser les droits des femmes au Québec et au Canada⁸⁴⁹. Nous sommes conscient qu'il n'est pas facile de définir un grand arrêt (autrement dit un arrêt important) pour les femmes ou les critères pour déterminer les arrêts qui ont effectivement fait progresser les droits des femmes au Québec et au Canada⁸⁵⁰. Cela étant dit, les arrêts qui retiennent notre attention ici sont, selon nous, importants pour les femmes puisqu'elles ont, d'une manière ou d'une autre, contribué à l'avancement de leurs droits.

Dans ce sens, il faut souligner qu'au fil des années, les femmes canadiennes ont dû mener des batailles juridiques pour faire reconnaître leurs droits. Nous pensons avant tout à l'arrêt *Edwards v. Canada (A.G. of Canada)*⁸⁵¹ qui a été un tournant dans la reconnaissance des droits des femmes au Canada. Il a reconnu pour la première fois, dans l'histoire du Canada et du Royaume-Uni, que le mot « personne » incluait aussi les femmes et permettait ainsi à ces dernières d'être nommées au Sénat. Cette décision a de par son importance, fait l'objet de plusieurs commentaires écrits⁸⁵². D'autres décisions importantes qui ont été rendues par la suite ont fait grandement avancer la cause des femmes. Nous pensons ici aux décisions *Morgentaler*⁸⁵³ et *Daigle*⁸⁵⁴ qui ont reconnu aux femmes un droit à l'autonomie de reproduction. Mais comme mentionné, nous allons plutôt nous concentrer ici sur le droit à l'égalité.

⁸⁴⁹ Voir Michelle Boivin, « Les acquis du féminisme en droit : reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne », (1995) 36(1) C. de D. 27. L'auteure analyse les décisions de la Cour suprême du Canada qui touchent directement les femmes.

⁸⁵⁰ [Langevin et Bouchard, « Les grands arrêts »], *supra* note 69, à la page 551.

⁸⁵¹ *Edwards v. Canada (Attorney General)*, [1930] A. C. 124.

⁸⁵² Voir par exemple : Robert J. Sharpe, « The Persons Case and the living Tree Theory of Constitutional Interpretation », (2013) 64 U.N.B.L.J. 1 ; Claire L'Heureux-Dubé, « The Legacy of the 'Persons' Case : Cultivating the Living Tree's equality Leaves », (2000) 63 Sask. L. Rev. 389 ; Mary Jane Mossman, « The Persons Case : The Origins and Legacy of the Fight for Legal Personhood – Book Review », (2008) 40 Ottawa L. Rev. 159 ; Robert J. Sharpe et Patricia I. McMahon, *The Persons Case: The Origins and Legacy of the Fight for Legal Personhood*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

⁸⁵³ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 ; Voir par exemple Michel Morin, « Les confins du droit civil et du droit pénal : l'avortement et les droits de l'enfant conçu », (1997) 42 McGill L.J. 199 ; Chris Kaposy et Jocelyn Downie, « Judicial Reasoning About Pregnancy and Choice », (2008) 16 Health L.J. 281-304 ; Jane Bailey, « Reopening Law's Gate : Public Interest Standing and Access to Justice », (2011) 44 U.B.C.L.Rev. 255.

⁸⁵⁴ *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 ; Voir Lucie Lemonde, « Les menaces au droit à l'avortement et à l'autonomie des femmes enceintes », (2009) 50 C.De D. 611 ; Marie-Ève Arbour et Mariève Lacroix, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », (2009) 40 R.D.U.S. 231.

Ainsi, nous avons soutenu depuis le début de ce chapitre que le modèle d'égalité substantif doit être adopté par les tribunaux vanuatais parce qu'il protège mieux les droits des femmes. Autrement dit, on peut affirmer sans trop se tromper que l'approche substantive de l'égalité est certainement plus avantageuse pour les femmes que l'approche formelle. Dans ce sens, nous pensons que l'interprétation ou l'explication de la jurisprudence canadienne quant à la nécessité de recourir, dans certains cas, à l'égalité de substance (plutôt qu'à l'égalité formelle) peut avoir un impact considérable dans les pays tels que le Vanuatu qui ne connaissent ou qui n'appliquent pas nécessairement l'égalité de substance en tant que telle et qui voudraient suivre le modèle canadien. C'est là tout l'intérêt de ce sous-paragraphes.

Ainsi, pour entrer dans le vif du sujet, l'égalité formelle repose sur un critère rigide selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation identique doivent être traitées de la même manière et les personnes qui se trouvent dans des situations différentes doivent être traitées différemment. Dans l'affaire *Bédard et Lavell*⁸⁵⁵, les intimées Madame Bédard et Madame Lavell, deux autochtones du Canada s'étaient mariées à des non-Indiens et perdaient tous leurs avantages dont celui de vivre sur la réserve, et ce, conformément à l'article 12(1) b) de la *Loi sur les Indiens*⁸⁵⁶. Or, les hommes indiens qui mariaient des étrangères gardaient leurs statuts et le droit de vivre sur la réserve. Elles s'étaient plaintes devant les tribunaux en argumentant qu'il s'agissait d'une discrimination sexuelle envers les femmes autochtones et que l'article en question était contraire aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, en particulier l'article premier qui souligne :

« Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe :
(b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi... »⁸⁵⁷.

En adoptant une conception formelle de l'égalité, la Cour suprême a soutenu que la *Loi sur les Indiens* (art. 12(1)) n'était pas discriminatoire et qu'il n'y a pas eu de violation de la *Déclaration canadienne des droits* puisque par l'expression « égalité devant la loi », la *Déclaration* ne garantit qu'une égalité de procédure et non une égalité de substance. Toutes les femmes indiennes étaient

⁸⁵⁵ [*Bédard et Lavell*], *supra* note 86.

⁸⁵⁶ *Loi sur les Indiens*, R.S.C 1970 c. I-6, art. 12(1) : « Les personnes suivantes n'ont pas le droit d'être inscrites, savoir : (b) une femme qui a épousé un non-Indien, sauf si cette femme devient subséquemment l'épouse ou la veuve d'une personne décrite à l'article 11 ».

⁸⁵⁷ [*Déclaration canadienne*], *supra* note 678, art. 1.

traitées de la même manière, souligne-t-elle. Par conséquent, il ne s'agissait pas d'une discrimination au sens de l'article premier de la *Déclaration*. La même question a été posée quelques années plus tard au Comité des droits de l'Homme de l'ONU comme nous l'avons vu dans l'affaire *Lovelace c. Canada*⁸⁵⁸, et celui-ci a jugé que la loi contestée violait les droits des femmes indiennes de participer à la vie culturelle de leur communauté et de vivre sur la réserve.

Cette conception de l'égalité formelle a aussi été adoptée dans la décision *Bliss c. P.G. du Canada*⁸⁵⁹, dans laquelle la Cour suprême du Canada a observé que la discrimination fondée sur la grossesse n'est pas une discrimination sexuelle. En effet, dans cette décision, des prestations de l'assurance-chômage ont été refusées à Stella Bliss puisqu'elle ne remplissait pas les conditions de la *Loi sur l'assurance chômage* d'alors qui exigeait dix semaines de travail pour les femmes enceintes et huit semaines de travail pour les travailleurs réguliers⁸⁶⁰. Stella Bliss avait pourtant travaillé pendant neuf semaines. Devant les tribunaux, elle alléguait que les dispositions concernées constituaient une discrimination basée sur le sexe et violaient ainsi l'article premier de la *Déclaration canadienne des droits*. La Cour suprême a répondu à la négative en jugeant qu'il ne s'agissait pas d'une discrimination sexuelle puisque l'article 46 de la loi ne visait que les femmes enceintes et non celle qui ne le sont pas, encore moins les hommes. Il ne pouvait donc pas y avoir de discrimination envers les femmes. Comme l'expliquent Louise Langevin et Valérie Bouchard, cet arrêt est un exemple de mauvaise décision qui fait supporter aux femmes les coûts de la maternité⁸⁶¹. La *Déclaration canadienne des droits* avait été interprétée de façon très formelle.

Il faut remarquer que les difficultés d'interprétation de la *Déclaration* (adoptée en 1960) sont liées, entre autres, à la généralité de la clause d'égalité (article 1 souligné plus haut)⁸⁶². Ainsi, sur cette question d'égalité, la *Charte canadienne des droits et libertés* (adoptée plus tard en 1982) a été formulée de manière à apporter une réponse à ces difficultés. En effet, contrairement à la *Déclaration* qui se limite à parler de « l'égalité devant la loi », l'article 15(1) de la *Charte canadienne*⁸⁶³ utilise pour décrire son objet, différentes expressions (telles que la loi s'applique

⁸⁵⁸ [*Lovelace*], *supra* note 731.

⁸⁵⁹ *Bliss c. P.G. du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

⁸⁶⁰ *Loi sur l'assurance-chômage*, 1970-72, c.48, art. 30 et 46.

⁸⁶¹ Louise Langevin et Valérie Bouchard, « *Bliss c. P.G. du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183 », Conseil du Statut de la femme, 8 février 2010, en ligne : [<http://www.csf.gouv.qc.ca/modules/fichierspublications/fichier-48-1100.pdf>] (accessible le 5 juin 2014).

⁸⁶² Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e édition, Cowansville (Québec), éditions Yvon Blais, 2014, à la page 1219 et 1223 [**Brun, Tremblay et Brouillet, Droit constitutionnel**].

⁸⁶³ En effet, l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dispose que :

« (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race,

également à tous ; la loi ne fait acception de personne ; tous ont droit à la même protection ou encore au même bénéfice de la loi), qui au total manifestent clairement la volonté du constituant de le voir s'appliquer à la teneur de la loi autant qu'à sa mise en œuvre. Ainsi, de nos jours, la *Déclaration* demeure lettre morte puisqu'il est plus avantageux de recourir à la *Charte canadienne des droits et libertés*. On peut aussi dire, d'une façon générale, que pendant la période des années 1960 et 1970, la Cour suprême a eu tendance à faire une lecture textuelle de l'expression « égalité devant la loi » employée par la *Déclaration* pour conclure qu'il s'agissait d'une égalité dans l'application de la loi plutôt qu'une égalité dans le contenu de celle-ci⁸⁶⁴.

La décision *Bliss c. P.G. du Canada* a été infirmée dix ans plus tard par l'arrêt *Brooks*⁸⁶⁵ dans lequel il a été jugé que la discrimination basée sur la grossesse constituait bien une discrimination basée sur le sexe. En cette même année, comme nous le verrons plus bas, la Cour suprême du Canada a adopté une nouvelle conception d'égalité (l'égalité de substance) dans l'arrêt *Andrews*⁸⁶⁶ portant sur l'exigence de la citoyenneté pour l'inscription au barreau. Dans cette affaire (*Andrews*), la Cour a formulé pour la première fois le cadre d'interprétation pour l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Même si l'arrêt ne traite pas spécifiquement de l'égalité entre les sexes, ce jugement est favorable aux femmes puisqu'il a rejeté l'approche aristotélicienne de l'égalité (égalité formelle) au profit de l'égalité réelle (égalité de substance). La Cour a noté que « l'égalité réelle, comparativement à l'égalité formelle, repose sur l'idée que favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »⁸⁶⁷.

En somme, rappelons qu'avant que le jugement de l'affaire *Andrews* soit rendu, les tribunaux canadiens appliquaient la version aristotélicienne du principe de l'égalité (autrement dit l'égalité formelle) selon laquelle les personnes se trouvant dans la même situation doivent être traitées de la même façon⁸⁶⁸. La principale critique qui peut être avancée vis-à-vis de cette conception d'égalité

l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques » [*Charte canadienne*], *supra* note 97.

⁸⁶⁴ [*Brun, Tremblay et Brouillet, Droit constitutionnel*], *supra* note 862, à la page 1220 ; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Fifth Edition, Volume 2, Scarborough (Ontario), Thomson/Carswell, 2007, à la page 615 [*Hogg, Constitutional Law 2007*].

⁸⁶⁵ *Brooks c. Safeway*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

⁸⁶⁶ [*Andrews*], *supra* note 85.

⁸⁶⁷ [*Andrews*], *supra* note 85, à la page 171 ; [*Kapp*], *supra* note 85, paragraphe 15.

⁸⁶⁸ Aristotle, *The Politics of Aristotle*, traduit par Ernest Barker, Oxford, Clarendon Press, 1946, à la page xii ; [*Hogg, Constitutional Law 2007*], *supra* note 864, à la page 616-617.

repose sur le fait qu'elle masque les discriminations indirectes, comme le démontrent les arrêts *Bédard et Lavell* et *Bliss c. P.G. du Canada* susmentionnés. Une règle en apparence neutre peut avoir des effets disproportionnés ou négatifs sur un certain nombre de groupes, notamment les femmes. Ainsi, une loi qui interdirait aux personnes mesurant moins de 1.80 mètre d'entrer dans la police serait en apparence neutre. Or, en réalité, cette loi discrimine indirectement envers les femmes puisqu'elles sont en général moins grandes que les hommes et une grande majorité d'entre elles ne rempliraient pas cette condition⁸⁶⁹. Dans ce sens, Robert Wintemute reconnaît que l'égalité formelle n'est pas suffisante⁸⁷⁰. Il faut en plus, garantir à chacun, l'égalité substantive qui peut capter aussi bien la discrimination indirecte que directe. En effet, l'égalité de substance (conception protégée par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*) permet de contrer une loi qui discrimine directement, indirectement ou qui discrimine dans son application. À titre d'exemple, une loi qui empêche explicitement les femmes d'entrer dans la police constituerait une discrimination directe (le sexe étant le motif de discrimination). Ensuite, cette même loi serait discriminatoire dans son application lorsque les procédures de recrutement dans la police auraient pour résultat le rejet d'un nombre disproportionné des candidatures des femmes. Il s'agit également d'une discrimination indirecte à l'exemple de la discrimination d'une loi en raison de ses effets que nous avons vu plus haut. Depuis l'arrêt *Andrews* en 1989, la conception de l'égalité de substance est au centre de l'interprétation de l'article 15 de la *Charte canadienne* pour contrer ces différents types de discriminations⁸⁷¹. Cette conception substantielle d'égalité est primordiale pour les groupes minorisés et vulnérables tels que les femmes. Elle va au-delà de la supposée neutralité de la loi pour identifier et corriger les effets négatifs de celle-ci sur ces groupes de personnes. Cependant, nous sommes conscient que l'adoption d'une telle conception du droit à l'égalité ne règlera pas tous les problèmes de discrimination. L'étude du cadre analytique du droit à l'égalité canadien qui fera l'objet du sous-paragraphe suivant en témoigne.

2) L'évolution du droit à l'égalité au Canada : les tergiversations de la Cour suprême

Soulignons avant tout que notre objectif dans ce sous-paragraphe consiste à mieux comprendre où nous en sommes aujourd'hui en matière de droit à l'égalité au Canada. En effet, l'adoption de la conception de l'égalité substantive constitue un pas important pour une meilleure prise en compte des droits des groupes de personnes comme les femmes. Mais, comme nous le verrons, cela ne

⁸⁶⁹ [Hogg, *Constitutional Law 2007*], *supra* note 864, à la page 618.

⁸⁷⁰ Robert Wintemute, « Sexual Orientation and the Charter : The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits », (2004) 49 McGill L.J. 1143, à la page 1180.

⁸⁷¹ [Hogg, *Constitutional Law 2007*], *supra* note 864, à la page 649-650.

signifie pas que tous les problèmes de discriminations notamment envers les groupes, les minorités et les femmes sont réglés pour autant.

Nous l'avons mentionné, le droit à l'égalité au Canada, dans son interprétation et son application, est très complexe et l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* portant sur celui-ci, ne comporte aucune définition. De même, les tribunaux canadiens ont eu beaucoup de difficultés à interpréter cet article. Dans l'arrêt de principe en la matière (arrêt *Andrews*), le juge McIntyre reconnaît que le concept d'égalité est difficile à saisir, d'autant plus qu'il n'est pas défini dans la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸⁷². Il a donc, comme nous le verrons, proposé une définition qui a été modulée à plusieurs reprises ensuite. Autrement dit, la grille d'analyse d'application de l'article 15 qui a été proposée dans cette affaire a ensuite été remaniée à plusieurs reprises, notamment dans l'affaire *Law*. Comme nous le verrons, cette dernière a mis en place une démarche longue et compliquée pour déterminer s'il y avait atteinte au droit à l'égalité. C'est finalement l'arrêt *Kapp* qui a révisé en 2008 la grille d'analyse et est revenu vers une approche plus simple et plus proche de l'égalité proposée dans l'arrêt *Andrews* en 1989.

Nous aborderons donc successivement dans ce sous-paragraphe (a) la définition du droit à l'égalité et la grille d'analyse de l'article 15 de la *Charte canadienne* proposées par l'arrêt *Andrews*, (b) les contradictions auxquelles la Cour suprême a eu à faire face par la suite quant à l'application de cette grille d'analyse, (c) le fractionnement de la Cour dans la trilogie (trois arrêts rendus simultanément) de 1995, (d) des nouveaux cas rendus en 1997 appelant à la nécessité de s'adapter à la différence de certains individus, (e) l'arrêt *Law* qui ajoute un nouveau critère (celui de la dignité humaine) révisé par la suite par l'arrêt *Kapp* et enfin (f) les critiques de la position de la Cour suprême, notamment après le jugement rendu dans l'arrêt *Éric c. Lola*⁸⁷³ en 2013.

a) La définition du droit à l'égalité et la grille d'analyse de l'article 15 de la Charte canadienne selon l'arrêt Andrews

C'est dans l'arrêt *Andrews*⁸⁷⁴ que le juge McIntyre (dissident en partie) a établi pour la première fois

⁸⁷² [*Andrews*], *supra* note 85, à la page 164.

⁸⁷³ *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] C.S.C. 5 [*Québec Éric c. Lola*].

⁸⁷⁴ Dans cet arrêt, la question à laquelle la Cour avait à répondre était la suivante : l'obligation d'être citoyen pour être inscrit au Barreau prévu par la loi (*Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, art. 42) est-elle discriminatoire à l'égard des résidents canadiens qualifiés qui n'ont pas la citoyenneté ? En adoptant une conception substantielle de l'égalité, la Cour suprême a jugé que la loi en question discriminait les résidents canadiens qualifiés pour être admis au

les paramètres de la discrimination en définissant le droit à l'égalité comme :

un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte sociopolitique où la question est soulevée en reconnaissant cependant que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités [...]. Donc, en termes simples, on peut affirmer qu'une loi qui prévoit un traitement identique pour tous et l'égalité de traitement entre « A » et « B » pourrait fort bien causer une inégalité à « C », selon les différences des caractéristiques personnelles et de situations [...] ⁸⁷⁵.

Remarquons que cette définition s'appuie sur une conception substantive de l'égalité. Par cet arrêt, la jurisprudence « élargit la portée du droit à l'égalité en tenant compte de l'évolution de comportements sociaux et surtout des effets que pouvait avoir l'adoption de mesures en apparence neutres » ⁸⁷⁶.

Cette décision a non seulement donné une définition au droit à l'égalité (comme nous venons de voir), mais elle a aussi établi une démarche (même si implicite) visant à déterminer si une mesure législative viole l'article 15 de la *Charte canadienne*. On comprend ainsi que selon l'arrêt *Andrews*, une mesure législative viole l'article 15 lorsque deux conditions sont réunies ⁸⁷⁷ :

(1) premièrement, un des droits à l'égalité est violé. En ce qui concerne les droits aux mêmes bénéfices de la loi, il faut prouver que la mesure

(a) établit une différence de traitement, et

(b) qu'elle cause un préjudice à autrui.

(2) Deuxièmement, il faut que cette différence de traitement soit discriminatoire. Pour qu'il y ait discrimination, la mesure doit, dans le contexte où elle est prise, viser une « *minorité discrète ou isolée* » ⁸⁷⁸. Bien entendu, la distinction doit être fondée sur l'appartenance de l'individu à un des groupes mentionnés à l'article 15 ou à un groupe analogue. Précisons cependant que chaque cas est différent et par conséquent, comme nous le verrons, les tribunaux évitent d'adopter une approche uniforme en la matière.

Un certain nombre de décisions rendues après l'arrêt *Andrews* ont fait l'objet de l'application

Barreau.

⁸⁷⁵ [Andrews], supra note 85, à la page 164 ; Nicole Duplé, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, à la page 642 [Duplé, *Droit constitutionnel*]; [Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*], supra note 862, à la page 1222.

⁸⁷⁶ Préface de Michèle Rivet dans Alexandre Morin [Morin, *Le droit à l'égalité*], supra note 848, à la page viii.

⁸⁷⁷ Voir l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296 qui explique la démarche adoptée dans l'arrêt *Andrews* à partir de la définition du droit à l'égalité proposée par le juge McIntyre. Voir aussi les explications de Alexandre Morin [Morin, *Le droit à l'égalité*], supra note 848, à la page 78.

⁸⁷⁸ [Andrews], supra note 85, à la page 152.

intégrale de l'approche élaborée dans l'arrêt *Andrews*. Nous pensons par exemple à l'arrêt *McKinney*⁸⁷⁹ ou encore les arrêts *Tétreault-Gadoury*⁸⁸⁰ et *Swain*⁸⁸¹.

b) Les premières contradictions

Cependant, les juges de la Cour suprême ont été rapidement confrontés à des nouvelles situations pour lesquelles l'application de la grille d'analyse de *Andrews* constituerait une violation de l'article 15 de la *Charte canadienne*⁸⁸². Nous pensons ici aux arrêts *Hess*⁸⁸³ et *Weatherall*⁸⁸⁴. Ainsi, dans l'arrêt *Hess*, l'article 146 du *Code criminel* du Canada souligne : constitue un acte criminel, le fait pour un jeune garçon de plus de 14 ans d'avoir des rapports sexuels avec une jeune fille de moins de 14 ans. Des accusés soutenaient que cet article est discriminatoire à l'égard des jeunes garçons puisqu'il crée une infraction qui ne peut être commise que par les garçons et qu'elle omet de protéger les jeunes garçons de moins de 14 ans. Si la grille de l'arrêt *Andrews* était appliquée à cette affaire, la règle serait discriminatoire à l'égard des garçons de plus de 14 ans. En effet, (1) elle traite différemment les hommes de plus de 14 ans que les femmes et les hommes de moins de 14 ans ; (2) elle crée un préjudice à l'égard des garçons de plus de 14 ans ; et (3) elle est fondée sur deux motifs énumérés, à savoir l'âge et le sexe.

La Cour suprême ne considère pas la règle discriminatoire. Ainsi, au nom de la majorité, la juge Wilson explique que le choix de sanctionner les garçons de plus de 14 ans qui ont des rapports avec les filles de moins de 14 ans et non les femmes qui peuvent avoir des relations sexuelles avec des garçons de moins de 14 ans se justifie par des raisons biologiques⁸⁸⁵. Elle note :

« À mon avis, il s'agit [...] d'une infraction que seuls les hommes de plus d'un certain âge sont capables de commettre en raison d'une réalité biologique. [...] Seuls les hommes peuvent pénétrer une autre personne, il est absurde de dire que la disposition établit une distinction à leur égard parce qu'elle n'inclut pas les femmes dans la catégorie des contrevenants possibles [...] »⁸⁸⁶.

⁸⁷⁹ *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

⁸⁸⁰ *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

⁸⁸¹ *R. c. Swain*, [1991] 1 R. C. S. 933.

⁸⁸² **[Morin, Le droit à l'égalité]**, *supra* note 848, à la page 80 ; **[Proulx, « Les droits à l'égalité revus »]**, *supra* note 848, à la page 200 ; Guy Régimbald et Dwigth Newman, dir., *The Law of the Canadian Constitution*, First Edition, Markham (Ontario), LexisNexis, 2013, à la page 674.

⁸⁸³ *R. c. Hess ; R. c. Nguyen*, [1990] 2 R. C. S. **[Hess]**.

⁸⁸⁴ *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R. C. S. 872 **[Weatherall]**.

⁸⁸⁵ **[Hess]**, *supra* note 883, par. 42-43.

⁸⁸⁶ **[Hess]**, *supra* note 883, par. 42.

Dans l'arrêt *Weatherall*, la Cour suprême ne juge pas discriminatoire (indépendamment de l'article premier de la *Charte canadienne*), le fait que les hommes prisonniers soient fouillés par des femmes gardiennes alors que les détenues de sexe féminin ne pouvaient être fouillées que par les gardiens du même sexe. Le juge La Forest, au nom de la Cour, explique qu'un tel traitement ne violait pas l'article 15 parce que :

l'égalité n'implique pas nécessairement un traitement identique [...] » et que « compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes, l'égalité n'exige pas que les pratiques qui sont interdites lorsque des gardiens du sexe masculin sont affectés à la garde de femmes détenues soient également interdites lorsque des agents du sexe féminin sont affectés à la garde d'hommes détenus⁸⁸⁷.

En raison des telles situations, la définition du droit à l'égalité, mais aussi l'approche proposée dans l'arrêt *Andrews* vont évoluer par la suite. Plus exactement, dans un souci de cohérence et du respect du principe de *stare decisis*, la Cour suprême ne les remplacera pas, mais les complètera⁸⁸⁸. Ainsi, comme nous le verrons, de 1995 à 2008, les différentes affaires présentées devant la Cour Suprême du Canada ont amené celle-ci à ajouter d'autres critères au cadre analytique du droit à l'égalité à savoir le critère de la dignité humaine, celui de la lutte contre la discrimination et l'exclusion sociale, et enfin celui de la nécessité d'accommoder certains individus y compris le besoin d'améliorer la situation des groupes défavorisés tels que les autochtones.

c) La trilogie de 1995 : le fractionnement de la Cour

Dans les arrêts *Miron*⁸⁸⁹, *Egan*⁸⁹⁰ et *Thibaudeau*⁸⁹¹ rendus en 1995, et portant sur le thème des conjoints, la Cour suprême s'est fractionnée en trois groupes pour déterminer s'il y a (ou non)

⁸⁸⁷ [*Weatherall*], *supra* note 884, à la page 877.

⁸⁸⁸ [*Morin, Le droit à l'égalité*], *supra* note 848, à la page 81-82.

⁸⁸⁹ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R. C. S. 418 [*Miron*]. Dans cet arrêt la loi sur l'assurance automobile de l'Ontario n'incluait dans la définition de la « personne assurée » que le conjoint marié d'une personne assurée. Ce qui n'est pas le cas avec le conjoint de fait qui n'est pas lui-même assuré. En cas d'accident de la route, ce dernier ne reçoit aucune forme d'indemnité. Par voix de majorité, la Cour suprême a jugé que la loi en question était discriminatoire envers les conjoints des faits et par conséquent, elle enfreignait l'article 15 de la *Charte canadienne*. Une telle atteinte n'était pas raisonnable et justifiée selon la Cour.

⁸⁹⁰ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R. C. S. 513 [*Egan*]. Dans cet arrêt, il a été question du régime fédéral des pensions selon lequel, seuls les couples hétérosexuels ont droit à une rente de conjoint de survivant. Il n'en est pas ainsi avec les conjoints homosexuels. En l'espèce, un couple homosexuel a fait appel d'une décision administrative refusant la demande d'allocation de conjoint présenté par l'un des partenaires. La Cour suprême a rejeté l'appel, Elle a cependant observé que l'orientation sexuelle constitue un motif analogue de discrimination interdit par l'article 15 de la *Charte*.

⁸⁹¹ *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R. C. S. 627. Dans cet arrêt, une mère qui recevait une pension alimentaire pour les enfants dont elle avait la garde a contesté les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu qui créaient une déduction fiscale au profit du parent versant la pension. Il s'agissait selon elle, d'une inégalité envers les parents qui recevaient la pension puisqu'ils devaient payer l'impôt sur la pension. La Cour suprême a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une violation de l'article 15 de la *Charte*.

discrimination. Par voix de majorité, les juges ont favorisé l'ajout d'un critère supplémentaire au cadre analytique établi par l'arrêt *Andrews*. Il s'agit de l'élément de l'atteinte à la dignité qui consiste en l'application (volontaire ou non) de stéréotypes⁸⁹².

En effet, selon le premier groupe de juges (La Forest, Lamer, Gonthier et Major), au-delà des trois critères établis par l'arrêt *Andrews* pour déterminer la violation de l'article 15 (différence de traitement, préjudice causé, motif énuméré ou analogue), il faut que la différence de traitement ne soit pas pertinente eu égard aux objectifs législatifs ou aux valeurs qui sous-tendent la loi⁸⁹³.

Selon le deuxième groupe, également de quatre juges (McLachlin, Cory, Iacobucci et Sopinka), en plus de trois critères susmentionnés de l'arrêt *Andrews*, il faut établir que la loi repose sur des stéréotypes (ou qu'elle a pour effet de les renforcer) à l'égard des individus et des groupes visés par l'article 15.

Enfin, la juge L'Heureux-Dubé, en estimant qu'il ne faut pas limiter la portée de l'article 15 aux motifs énumérés ou analogues, « favorise une approche à l'américaine où la discrimination repose sur le caractère plus ou moins suspect du motif de distinction et sur l'importance du droit dont le demandeur est privé »⁸⁹⁴. Selon elle, pour établir une violation de l'article 15, le demandeur doit prouver que (1) la loi attaquée crée une distinction et que (2) cette distinction qui prive la personne de jouir de ses droits à l'égalité est fondée sur son appartenance à un groupe particulier ou identifiable et enfin, que (3) cette distinction est discriminatoire au sens de l'article 15, c'est-à-dire qu'elle est « susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération »⁸⁹⁵.

Il s'ensuit donc, comme nous l'avons mentionné, qu'une majorité de juges (quatre juges du deuxième groupe) et la juge L'Heureux-Dubé ajoutent le nouvel élément de l'atteinte à la dignité (qui consiste en l'espèce, à l'application des stéréotypes). Pour eux,

le but de l'article 15 n'est plus principalement la protection des groupes défavorisés, mais bien la reconnaissance de la dignité inhérente de chaque être humain et la

⁸⁹² Voir les explications de [Proulx, « Les droits à l'égalité revus »], *supra* note 848, à la page 208-209.

⁸⁹³ [Morin, *Le droit à l'égalité*], *supra* note 848, la page 82-83 ; [Proulx, « Les droits à l'égalité revus »], *supra* note 848, à la page 204.

⁸⁹⁴ [Morin, *Le droit à l'égalité*], *supra* note 848, à la page, à la page 84.

⁸⁹⁵ [Egan], *supra* note 890, paragraphe 56 ; Voir aussi [Morin, *Le droit à l'égalité*], *supra* note 848, à la page 84.

protection de tous contre les stéréotypes et les discriminations injustes fondées sur des caractéristiques personnelles arbitraires comme celles qui sont énumérées à l'article 15 plutôt que sur les mérites, besoins ou capacités de chacun⁸⁹⁶.

Cependant, environ deux ans plus tard, la Cour a fait face, une fois de plus, à des cas où ces nouveaux critères paraissent inadéquats.

d) Les arrêts Eaton et Eldridge : la nécessité de s'adapter à la différence de certains individus

Deux arrêts (*Eaton*⁸⁹⁷ et *Eldridge*⁸⁹⁸) rendus en 1997 ont révélé que les critères de détermination de la discrimination selon l'article 15 adoptés jusque-là sont inadéquats. En d'autres termes, la jurisprudence paraît inadaptée à ces deux nouveaux cas. La Cour a alors saisi l'occasion pour raffiner le cadre analytique du droit à l'égalité. Dans l'arrêt *Eaton*, une décision d'une Commission scolaire de placer une fille handicapée dans une classe pour enfant en difficultés (au lieu de l'intégrer dans une classe ordinaire) afin de recevoir un soutien pédagogique adapté, a été contestée par ses parents. Or, si on appliquait intégralement la grille d'analyse de l'arrêt *Andrews* en l'espèce, la décision serait discriminatoire. L'enfant était traitée différemment ; elle aurait, selon ses parents, subi un préjudice en ne pouvant pas suivre le programme normal, et le traitement qui lui est appliqué était fondé sur un motif énuméré, à savoir la déficience.

La Cour a décidé autrement, en estimant que l'article 15 n'a pas été violé puisque le traitement accordé à l'enfant handicapée n'imposait pas un fardeau supplémentaire. Au contraire, comme l'explique le juge Sopinka, un tel traitement correspond mieux aux besoins et à l'intérêt de l'enfant en question⁸⁹⁹. À l'opposé, son intégration dans une classe ordinaire conduirait à son isolement et nuirait à ses possibilités de progression dans ses apprentissages scolaires.

Dans l'affaire *Eldridge*, des patients atteints de surdité ont attaqué la décision du gouvernement provincial de la Colombie-Britannique de les traiter comme les autres patients en ne leur offrant pas des services appropriés (la fourniture d'interprètes gestuels financée par l'État) lors des consultations avec les médecins, et ce, dans le cadre du régime d'assurance maladie. En effet, ils

⁸⁹⁶ [Proulx, « Les droits à l'égalité revus »], *supra* note 848, à la page 209 ; [Miron], *supra* note 889, à la page 488-489 ; [Egan], *supra* note 890, à la page 583-584.

⁸⁹⁷ *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R. C. S. 241 [Eaton].

⁸⁹⁸ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R. C. S. 624 [Eldridge].

⁸⁹⁹ [Eaton], *supra* note 897, Paragraphes 76 et s.

plaidaient que le fait d'avoir à défrayer eux-mêmes les coûts des services d'interprétation gestuelle constitue une discrimination à leur égard étant donné que les autres patients ne souffrant pas de la surdité n'ont rien à payer. Dans une décision unanime, la Cour a conclu à une discrimination à l'endroit des patients. Le juge La Forest explique ainsi que « la discrimination peut découler du fait de ne pas prendre de mesures concrètes pour faire en sorte que les groupes défavorisés bénéficient d'une manière égale des services offerts à la population en général [...] »⁹⁰⁰.

Comme l'explique Daniel Proulx, ces deux arrêts ont permis à la Cour suprême de réaliser deux choses. Premièrement, elle élargit l'objet de l'article 15 qui consiste non seulement à protéger la dignité humaine contre les stéréotypes, mais aussi (et désormais) à combattre la discrimination et l'exclusion sociale. Deuxièmement, la Cour, surtout dans l'arrêt *Eldridge*, intègre la théorie de l'accommodement (c'est-à-dire qu'elle opte pour des adaptations selon les besoins des intéressés) dans son analyse de l'article 15.

e) L'ère Law

Dans cet arrêt, Madame Law a allégué être victime d'une discrimination lorsque perdant son conjoint à 30 ans, elle ne pouvait toucher de pension de survivant puisque la loi (sur le Régime de pensions du Canada) ne le permettait pas. Seules les personnes plus de 45 ans pouvaient toucher une pleine pension de survivant et les personnes entre 35 et 45 ne pouvaient toucher qu'une fraction de cette pension. Les personnes ayant moins de 35 ans ne touchaient rien.

Cet arrêt a donné l'occasion à la Cour, selon les propos du juge Iacobucci, de revoir les principes fondamentaux du droit à l'égalité et donner enfin aux tribunaux des lignes directrices claires⁹⁰¹. Ainsi, selon cette décision, il y a violation de l'article 15 lorsqu'on est en présence :

- 1) d'une différence de traitement
- 2) des motifs énumérés ou analogues, et
- 3) d'une discrimination faisant intervenir l'objet de l'article 15.

À cette troisième étape, on tient compte à la fois de l'objet de l'article 15 et des facteurs contextuels selon les faits⁹⁰². Ainsi, l'article 15 a pour double objet de

⁹⁰⁰ [*Eldridge*], *supra* note 898, paragraphe 78.

⁹⁰¹ [*Law*], *supra* note 670, paragraphe 5.

⁹⁰² [*Morin, Le droit à l'égalité*], *supra* note 848, à la page 87-88.

(a) empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté essentielles de l'individu par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux et

(b) favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux, méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

En ce qui concerne les facteurs contextuels, quatre critères doivent être pris en compte :

(a) le désavantage préexistant dont peut être victime le groupe demandeur ;

(b) le degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation réelle du groupe demandeur ;

(c) la question de savoir si la mesure est mise en place afin de favoriser un groupe normalement défavorisé de la société et enfin,

(d) la nature du droit touché par la règle contestée⁹⁰³.

En appliquant ces critères, la Cour suprême a soutenu à l'unanimité que la loi attaquée n'est pas discriminatoire envers Madame Law étant donné que cette loi a justement pour but de faire valoir la dignité humaine de chacun en fournissant une aide financière aux groupes désavantagés tels que les personnes plus âgées ou celles handicapées. Madame Law n'est pas dans des telles situations. Sa dignité humaine n'a donc pas été violée, ni l'article 15 de la *Charte canadienne*.

Encore une fois, dans cet arrêt, le critère de la dignité soulevé dans la trilogie de 1995 est mis de l'avant. Ainsi, tel que le souligne Daniel Proulx, l'objet essentiel des droits à l'égalité consiste à protéger la dignité inhérente de chaque individu et qu'outre les critères développés depuis l'arrêt *Andrews*, la discrimination se manifeste notamment par l'atteinte à cet objet relatif à la dignité⁹⁰⁴.

Il faut ici noter que malgré que ce critère de la dignité humaine sera beaucoup utilisé par les tribunaux dans la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Law*, celui-ci soulève beaucoup de questions, notamment dans la doctrine⁹⁰⁵. D'abord, s'agissant d'un concept abstrait et imprécis, le critère de l'atteinte à la dignité humaine laissait la porte ouverte à l'arbitraire des juges⁹⁰⁶. Ensuite, l'exigence de l'atteinte à la dignité humaine alourdit considérablement le fardeau de la preuve du plaignant,

⁹⁰³ [Duplé, *Droit constitutionnel*], *supra* note 875, à la page 636 ; [Law], *supra* note 670, paragraphe 51 et s.

⁹⁰⁴ [Proulx, « Les droits à l'égalité revus »], *supra* note 848, à la page 214.

⁹⁰⁵ Voir Christian Brunelle, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : De l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans Alain Robert Nadeau, dir., *La Charte québécoise : origine, enjeux et perspectives*, (2006) R. du B. (numéro thématique hors série) 143 ; Daniel Proulx, « La dignité : élément essentiel de l'égalité ou cheval de Troie ? » dans Service de la formation permanente, Bureau du Québec, vol. 268, *Les 25 ans de la Charte Canadienne des droits et libertés*, Cowansville (Québec), éditions Yvon Blais, 2007, 97 [Proulx, « La dignité »] ; [Proulx, « Les droits à l'égalité revus »], *supra* note 848 ; [Morin, *Le droit à l'égalité*], *supra* note 848, à la page 100 ; [Gosselin, *Analyse différenciée*], *supra* note 848, à la page 37.

⁹⁰⁶ [Morin, *Le droit à l'égalité*], *supra* note 848, à la page 100-1001.

non seulement au niveau de l'argumentation, mais aussi en ce qui concerne la preuve matérielle⁹⁰⁷.

L'arrêt *Law* vient donc modifier la grille d'analyse d'application de l'article 15 établie par l'arrêt *Andrews*. La démarche générale de *Law* est encore suivie de nos jours même si elle fut quelque peu révisée dans l'arrêt *Kapp*⁹⁰⁸ en 2008.

En effet, dans l'arrêt *Kapp*⁹⁰⁹, la Cour suprême a reconsidéré le critère de la dignité humaine. Même si elle a reconnu que la dignité humaine constitue une valeur essentielle qui sous-tend le droit à l'égalité, la Cour a soutenu qu'il s'agit d'un concept abstrait et subjectif difficile à appliquer⁹¹⁰. La Cour a alors écarté le critère relatif à la dignité humaine, mais il a cependant maintenu celui de la prise en compte des facteurs contextuels.

Finalement, la démarche actuelle pour déterminer s'il y a violation de l'article 15, est la suivante :

- 1) la loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes fondée sur un motif énuméré ou analogue ?
- 2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes⁹¹¹.

En appliquant les critères susmentionnés, la Cour suprême a majoritairement jugé que le programme gouvernemental attaqué dans cette décision est de nature à améliorer la situation des groupes autochtones défavorisés conformément à l'article 15(2) de la *Charte canadienne*. Ainsi, selon la juge McLachlin et la juge Abella, il n'est pas nécessaire d'analyser le paragraphe 15(1) lorsque le gouvernement peut prouver que la mesure contestée vise une amélioration de certains

⁹⁰⁷ [Morin, *Le droit à l'égalité*], *supra* note 848, à la page 1001 ; [Proulx, « La dignité »], *supra* note 905 ; Donna Greschner, « Does Law Advance the Cause of Equality ? » (2001) 27 *Queen's L. J.* 299 ; Debra McAllister, « Section 15 – The Unpredictability of the Law Test » (2003-2004) 15 *N.J.C.L.* 35 ; Voir aussi Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Toronto, Carswell, 2011, à la page 55 et s.

⁹⁰⁸ [Kapp], *supra* note 85.

⁹⁰⁹ [Kapp], *supra* note 85. Il s'agit d'une affaire qui porte sur un projet pilote du gouvernement fédéral autorisant certains groupes autochtones à pêcher à des fins alimentaires rituelles, sociales ainsi que commerciales durant une période de vingt-quatre heures. Les pêcheurs commerciaux ne sont cependant pas autorisés à pêcher pendant cette période. En signe de protestation, ces derniers ont effectué une pêche pendant cette période et ont par la suite déposé un avis de question constitutionnelle visant à invalider le permis accordé par le gouvernement aux groupes autochtones. Différentes questions constitutionnelles ont été soulevées, mais c'est surtout la question de discrimination qui nous intéresse en l'espèce. Eu égard au traitement qui leur est accordé, les pêcheurs commerciaux ont-ils subi une discrimination par rapport aux groupes autochtones, à qui le gouvernement fédéral a accordé le permis de pêche ? Selon la Cour suprême du Canada, le projet pilote ne contrevient pas au droit à l'égalité puisque protégé par le paragraphe 15(2) de la *Charte* ; [Motard et Picard, « Interprétation »], *supra* note 85, à la page 198.

⁹¹⁰ [Kapp], *supra* note 85, paragraphes 21-22 ; Voir aussi les commentaires de Alexandre Morin [Morin, *Le droit à l'égalité*], *supra* note 848, à la 101.

⁹¹¹ [Duplé, *Droit constitutionnel*], *supra* note 875, à la page 640 ; Bernard Funston et Eugene Meehan, *Canada's Constitutional Law in a Nutshell*, Fourth Edition, Carswell, Toronto, 2013, à la page 211.

groupes défavorisés⁹¹².

La démarche de l'arrêt *Kapp* est confirmée et appliquée par la suite dans l'arrêt *Withler*⁹¹³ en 2011. La Cour suprême a profité de l'occasion pour réaffirmer, entre autres, que la recherche de l'égalité réelle doit être au centre de l'attention lorsqu'on analyse l'article 15. La Cour affirme :

Il faut déterminer si la mesure transgresse l'impératif d'égalité réelle. L'égalité réelle contrairement à l'égalité formelle n'admet pas la simple différence ou l'absence de différence comme justification d'un traitement différent. Elle transcende les similitudes et distinctions apparentes [...]. L'analyse est centrée sur l'effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l'ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe⁹¹⁴.

Il faut souligner que les critères susmentionnés ne constituent que des lignes directrices et que le formalisme ne doit pas prendre place dans l'application du cadre analytique de droit à l'égalité. Chaque cas est jugé selon ses faits et circonstances. Ainsi, dans le récent arrêt de la Cour suprême, *Éric c. Lola*⁹¹⁵, traitant du droit à l'égalité des conjoints de fait au Québec, la Cour suprême n'a procédé que par deux étapes :

- (1) La loi contestée crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ?
- (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes ? Ce dernier critère comportant la notion de préjugé et de stéréotypes peut même se résumer en une seule question selon la juge Abella. Elle note :

Lorsqu'elle a mentionné les notions de préjugé et d'application de stéréotypes en reformulant, dans l'arrêt *Kapp*, le deuxième volet du critère de l'arrêt *Andrews*, la Cour n'entendait pas créer une nouvelle analyse pour l'application de l'article 15. L'arrêt *Withler* indique clairement qu'en définitive, une seule question se pose : la mesure contestée transgresse-t-elle la norme d'égalité réelle ?⁹¹⁶

Ainsi, en appliquant cette grille d'analyse, la Cour a décidé, avec une faible majorité et malgré une forte dissidence, de débouter Lola qui réclamait les mêmes droits que ceux des personnes mariées ou unies civilement, prévus dans le *Code civil du Québec*⁹¹⁷, en matière de pension alimentaire et de

⁹¹² [*Kapp*], *supra* note 85, paragraphes 41.

⁹¹³ *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R. C. S. 396 [*Withler*]. La Cour indique dans le paragraphe 30 que : « La jurisprudence a établi un test à deux volets pour l'appréciation d'une demande fondée sur le par. 15(1) : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes ? ».

⁹¹⁴ [*Withler*], *supra* note 913, paragraphe 39.

⁹¹⁵ [*Québec Éric c. Lola*], *supra* note 873 ; [Roy, « *Affaire Éric c. Lola* »], *supra* note 848.

⁹¹⁶ [*Québec Éric c. Lola*], *supra* note 873, paragraphe 325 ; Voir les explications de Jennifer Koshan et Jonnette Watson Hamilton, « The Continual Reinvention of Section 15 of the Chapter », (2013) 64 U.N.B.L.J. 19, à la page 51-52.

⁹¹⁷ *Code civil du Québec, L.Q., 1991, c. 64*, art. 401 à 430 (mesure de protection de la résidence familiale, patrimoine familial, prestation compensatoire), art. 432, 433, 448 à 484 (Société d'acquêts), art. 585 (obligation alimentaire entre époux) [*Code civil Québec*].

partage de biens en cas de rupture. Selon la Cour, les dispositions susmentionnées du *Code civil* ne sont pas discriminatoires ou même si elles le sont, l'atteinte aux droits des conjoints de fait est raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique (article premier de la *Charte canadienne*). Selon la juge en chef McLachlin qui considérait que les articles du *Code civil* en question étaient discriminatoires, cette atteinte est justifiée par le fait que le régime de droit familial québécois vise à « favoriser au plus haut point le libre choix et l'autonomie des couples de la province »⁹¹⁸. La liberté de choix étant un objectif important pour le législateur, le droit québécois met en place un système qui en maximise la portée. Cette décision suscite cependant un certain nombre de critiques que nous aborderons plus bas.

f) Les critiques actuelles de la position de la Cour suprême du Canada

Un certain nombre de critiques peuvent être avancées quant à la grille d'analyse élaborée par la Cour suprême du Canada, dont l'arrêt *Éric c. Lola*⁹¹⁹ constitue la dernière mouture.

D'abord, la grille d'analyse en trois étapes n'est pas facile à appliquer. Ainsi, les arrêts *Law* et *Kapp* ont déjà suscité un certain nombre de questions, notamment celle du critère abstrait de la dignité humaine. Mais c'est particulièrement l'arrêt *Éric c. Lola* qui témoigne de cette difficulté. La décision qui contient 450 paragraphes est particulièrement longue. Des neuf juges, quatre juges considèrent qu'il y a discrimination et quatre autres constatent le contraire. L'opinion de la juge en chef a fait la différence. Elle considère que la loi contestée est discriminatoire, mais qu'elle est justifiée conformément à l'article 1 de la *Charte canadienne*. Les opinions de certains juges dissidents sont intéressantes puisqu'elles montrent les difficultés liées à l'application de la grille d'analyse en la matière. La juge Abella (dissidente quant au résultat) a observé que le cadre analytique de l'article 15 appliqué jusque-là par la Cour suprême et repris par un certain nombre des juges dans le cas de l'espèce (le juge LeBel par exemple) n'est pas adéquat. Elle a expliqué qu'il n'est pas nécessaire de prouver les éléments tels que la perpétuation d'un préjugé ou l'application du stéréotype pour prouver qu'il y a discrimination au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne*. Selon elle, il y a discrimination puisque la loi établit une distinction fondée sur un motif analogue

⁹¹⁸ [*Québec Éric c. Lola*], *supra* note 873, paragraphe 442 ; Voir les explications de Alain Roy [Roy, « *Affaire Éric c. Lola* »], *supra* note 848, à la page 288-289.

⁹¹⁹ Pour les commentaires sur cet arrêt, voir [Roy, « *Affaire Éric c. Lola* »], *supra* note 848 ; Louise Langevin, « Les unions de fait : protection ou liberté de choix ? Le Québec à la croisée des chemins », (2015) 3 *Revue Droit de la famille* 10 [Langevin, « *Les unions de fait* »] ; Danielle Pinard, « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires », (2014) 48 *RJT* 1 [Pinard, « *Au-delà* »] ; Robert Leckey, « *Strange Bedfellows* », (2014) 64(5) *U.T.L.J.* 641.

(état matrimonial) qui crée un désavantage en ce qu'elle exclut les conjoints de fait financièrement vulnérables⁹²⁰. Les opinions de la juge Deschamps (également dissidente quant au résultat) vont aussi dans le même sens que celles de la juge Abella⁹²¹. La juge en chef McLachlin a aussi appliqué les mêmes critères pour conclure à une discrimination à l'égard des conjoints de fait. Mais elle a ensuite recours à l'article 1 de la *Charte canadienne* pour expliquer que cette atteinte est justifiable dans une société libre et démocratique. Ainsi, la juge en chef évite non seulement de s'immiscer dans le droit familial québécois de compétence provinciale, mais souligne surtout le caractère distinct de la société québécoise⁹²². Elle a clairement affirmé que la décision appartient au législateur québécois de trancher des telles questions sociales difficiles⁹²³. Il s'ensuit que malgré l'établissement par la Cour suprême du cadre analytique ou de la grille d'analyse en la matière, il n'est toujours pas facile de déterminer s'il y a ou non atteinte au droit à l'égalité de substance. L'évolution jurisprudentielle et les changements des critères de la grille d'analyse au fil des années témoignent de la difficulté de prouver une discrimination au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne*.

Ensuite, une autre difficulté qui se pose concerne le fardeau de la preuve qui pèse sur le plaignant⁹²⁴. En effet, en droit il incombe à celui qui allègue un fait de prouver son existence. Autrement dit, la preuve de l'existence d'une atteinte relève de la personne qui invoque la *Charte canadienne*. Dans ce sens, comme nous avons souligné plus haut, le critère de la dignité humaine dans l'arrêt *Law* a soulevé des questionnements puisqu'étant abstrait, celui-ci alourdit considérablement le fardeau de la preuve sur le plaignant⁹²⁵. En ce qui concerne l'actuelle grille d'analyse appliquée dans l'arrêt *Kapp*, le critère qui consiste à se demander si la distinction crée un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou de stéréotypes implique que le plaignant doit prouver qu'il a subi des préjugés ou stéréotypes qui créent un désavantage à son égard. Le juge LeBel a par exemple affirmé dans la décision *Éric c. Lola* qu'il revient à Lola qui invoque que le régime québécois lui applique un stéréotype d'en apporter la preuve⁹²⁶. Or, cela paraît excessif aux yeux de la juge Abella qui a expliqué que « le demandeur n'a pas besoin de prouver que la loi qu'il

⁹²⁰ [*Québec Éric c. Lola*], *supra* note 873, Paragraphes 348-349.

⁹²¹ [*Québec Éric c. Lola*], *supra* note 873, Paragraphes 382-409.

⁹²² [*Québec Éric c. Lola*], *supra* note 873, Paragraphes 410-415 ; Voir aussi [Langevin, « Les unions de fait »], *supra* note 919, à la page 11.

⁹²³ *Collins c. la Reine*, [1987] 1 R.C.S. 265 ; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659 ; Voir aussi [Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*], *supra* note 862, à la page 1012 ; [*Québec Éric c. Lola*], *supra* note 873, Paragraphe 449.

⁹²⁴ David Robitaille, « Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve ? Bonne chance ! », (2002) 62 R. du B. 321.

⁹²⁵ [*Law*], *supra* note 670, Paragraphe 64 ; [*Québec Éric c. Lola*], *supra* note 873, Paragraphe 329.

⁹²⁶ [*Québec Éric c. Lola*], *supra* note 873, Paragraphe 236.

conteste répand des attitudes négatives, un aspect essentiellement impossible à mesurer »⁹²⁷.

Danielle Pinard a observé que cela signifie que Lola

doit démontrer un fait général, un phénomène de société : les personnes qui vivent dans une relation de conjoints de fait au Québec n'ont pas choisi de se mettre en marge du régime juridique applicable aux couples mariés. Il s'agit là d'un fait dont elle n'a évidemment pas une connaissance personnelle. Un très lourd fardeau lui est ainsi imposé : on lui demande de démontrer le caractère erroné de la prémisse de base de la famille du Québec⁹²⁸.

La question se pose donc de savoir si le plaignant doit supporter à lui seul tout ce fardeau de la preuve ? Le procureur général ne doit-il pas avoir aussi une part de responsabilité dans la démonstration de la preuve ?

Par ailleurs, les tergiversations de la Cour suprême pendant toutes ces années témoignent clairement d'une difficulté conceptuelle quant à la notion même de droit à l'égalité. On constate qu'après tous les remaniements de la Cour, le droit à l'égalité est toujours difficile à manier. Le seul point sur lequel tout le monde s'entendait était l'approche substantive (au lieu de formelle) de l'égalité. Le deuxième point qui faisait consensus jusqu'en 2011 était qu'il s'agissait d'un concept comparatif selon l'arrêt *Andrews*⁹²⁹. Au-delà de ces points, il n'y avait plus de consensus, ni entre juges, ni entre juristes. Le concept d'égalité devenait alors imprécis et incapable de fonder des distinctions logiques et cohérentes entre les droits des particuliers et les besoins de la société moderne. Malgré que la Cour suprême soit revenue sur sa décision en 2011 pour affirmer dans l'arrêt *Withler* qu'il n'est pas requis d'identifier un groupe précis de comparaison avant de pouvoir conclure qu'une catégorie de personnes fait l'objet d'un traitement portant atteinte au droit à l'égalité⁹³⁰, les imprécisions demeurent néanmoins quant au groupe de comparaison. Dans ce sens, l'arrêt *Éric c. Lola* met en relief deux problèmes d'application du concept d'égalité qui sont liés au choix du motif de discrimination et au groupe de comparaison. Ainsi, sur la question de l'état matrimonial (qui a été choisi comme motif de discrimination), on se demande pourquoi autant d'importance a été accordée à la liberté de choix dans cet arrêt ? Ne s'agit-il pas d'un élément illusoire dans certaines

⁹²⁷ [*Québec Éric c. Lola*], *supra* note 873, Paragraphe 329.

⁹²⁸ [Pinard, « Au-delà »], *supra* note 919, à la page 33-34 ; Voir aussi [Proulx, « Les droits à l'égalité revus »], *supra* note 848, à la page 276 et s.

⁹²⁹ [Andrews], *supra* note 85, à la page 164 ; Voir aussi Michelle Boivin [Boivin, « Le besoin urgent »], *supra* note 848, à la page 329 et s.

⁹³⁰ Il suffit de démontrer que le traitement est fondé sur un motif énuméré ou analogue : [Withler], *supra* note 913 ; Voir aussi [Brun, Tremblay et Brouillet, Droit constitutionnel], *supra* note 862, à la page 1225 ; Voir aussi [Duplé, Droit constitutionnel], *supra* note 875, à la page 643.

relations et qui ne saurait par conséquent être déterminant ?⁹³¹ Ne serait-il pas plus judicieux d'insister sur les relations concrètes entre les parties, c'est-à-dire les relations de confiance mutuelle et d'interdépendance constitutives d'un couple, plutôt que sur le droit strict ? Même si nous sommes conscient que la liberté de choix peut être importante pour les femmes dans certains cas puisqu'elle implique que celles-ci peuvent décider pour elles-mêmes, force est de constater que le fait d'insister sur les relations concrètes des couples peut aider à démontrer que Lola était dans une relation de dépendance financière vis-à-vis de son conjoint⁹³².

Ensuite, il n'est pas du tout évident de choisir le groupe qui doit servir de comparaison. Le demandeur est donc appelé à être prudent dans son choix de groupe de comparaison. Dans le cas où il « choisit le mauvais groupe de comparaison, le reste de son analyse s'effondre sous le poids d'une prémisse erronée »⁹³³. Pour ces raisons, dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême a tenté d'établir un certain nombre de balises en affirmant ce qui suit :

Il faut examiner à la fois l'objet et l'effet des dispositions pour ressortir le groupe ou les groupes de comparaison appropriés. D'autres facteurs contextuels peuvent également être pertinents. Les ressemblances ou les dissemblances biologiques, historiques et sociologiques peuvent être pertinentes en particulier pour cerner l'élément de comparaison appropriée et, de façon plus générale, pour déterminer si les dispositions créent réellement de la discrimination⁹³⁴.

Il s'ensuit que l'erreur qui se produit très souvent consiste à « ravalier la Femme dans la famille »⁹³⁵ ou dans le cas de l'espèce (*Éric c. Lola*), à ravalier Lola dans un couple qui n'est plus. En effet, plutôt que d'analyser la situation de Lola en fonction de son sexe et des rapports de genre que cela suppose, la Cour suprême analyse la situation sous l'angle du couple. Faut-il rappeler ici que même dans les relations de concubinage, les femmes sont historiquement désavantagées ?⁹³⁶ Déjà en 2004, Michelle Boivin a mis en garde les tribunaux canadiens sur cette question :

Il faudrait savoir pourquoi le couple ne s'est pas marié et exiger une preuve dans un sens ou dans l'autre. Vu les rapports inégaux qui marquent encore les relations femmes/hommes dans notre société (dans les rapports affectifs souvent, mais aussi sur le plan politique et socioéconomique), les tribunaux devraient vérifier si la même inégalité marque les rapports du couple particulier et si la fin de la relation place la femme en question dans une position de vulnérabilité économique particulière, ce qui

⁹³¹ Voir les opinions de la juge L'Heureux-Dube la dissidente dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, Paragraphes 141-157.

⁹³² Voir par exemple l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

⁹³³ *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S.43, paragraphe 64.

⁹³⁴ [*Law*], *supra* note 670, Paragraphe 57.

⁹³⁵ [Boivin, « Le besoin urgent »], *supra* note 848, à la page 335.

⁹³⁶ En cas de faute commune, elles payent toujours plus cher que les hommes. Ainsi, selon les articles 187 et 188 (abrogés en 1954) du *Code civil du Bas-Canada*, alors que le mari pouvait demander la séparation de corps pour cause d'adultère de sa femme, la femme ne pouvait le faire que si elle apportait la preuve que le mari tenait sa concubine dans la maison commune.

exigerait une protection juridique accrue⁹³⁷.

3) Quelques leçons à retenir du cadre analytique du droit à l'égalité canadien

Il faut préciser ici que notre emprunt du cadre analytique du droit à l'égalité canadien ne saurait inclure les problèmes ou les lacunes que celui-ci renferme. En effet, comme nous l'avons soulevé plus haut, le cadre analytique du droit à l'égalité canadien présente un certain nombre de faiblesses. Nous tenterons d'avancer ici quelques propositions qui pourraient aider les juges vanuatais à éviter les mêmes erreurs.

D'abord, nous proposons aux juges vanuatais (s'ils venaient à établir un cadre analytique du droit à l'égalité) d'éviter d'ajouter à la grille d'analyse, des éléments qui ne sont pas nécessaires et qui sont trop difficiles à prouver tels que la perpétuation d'un préjugé, l'application du stéréotype ou encore l'atteinte à la dignité humaine. Dans ce sens, pour ne pas imposer un trop lourd fardeau de la preuve au plaignant, la démarche doit être simple, autrement dit, les critères de la grille d'analyse doivent être souples. Ainsi, nous croyons qu'il faut se limiter à ces deux critères : pour qu'il y a discrimination, le plaignant doit prouver que 1) la réglementation ou la loi attaquée établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et 2) que celle-ci crée un désavantage vis-à-vis du plaignant.

Ensuite, les enseignements de l'arrêt *Lola* nous indiquent que lorsqu'il est question des femmes, il est important pour les juges d'insister non pas sur un quelconque groupe de comparaison (que ce soit le couple, la famille...), mais plutôt sur la situation de celles-ci en fonction de leur sexe et des rapports de genre que cela suppose. En effet, comme nous l'avons souligné, les rapports inégaux qui marquent encore les relations hommes/femmes dans notre société commandent aux juges d'accorder une attention particulière aux femmes.

Par ailleurs, notre emprunt du cadre analytique du droit à l'égalité canadien repose essentiellement sur la conception d'égalité de substance. En effet, en dépit des différents remaniements du cadre analytique du droit à l'égalité qui auront été faits depuis 1989, le mérite qui revient aux décisions étudiées est celui de reconnaître et de maintenir l'égalité de substance proposée par l'arrêt *Andrews*⁹³⁸. Comme nous l'avons mentionné, la décision *Andrews* est importante en ce qu'elle a

⁹³⁷ [Boivin, « Le besoin urgent »], *supra* note 848, à la page 336

⁹³⁸ [Kapp], *supra* note 85, paragraphe 15 ; [Andrews], *supra* note 85, à la page 171.

rejeté l'égalité formelle au profit de l'égalité de substance. Il s'agit d'une avancée significative en matière de droit à l'égalité puisque la nouvelle conception prend mieux en compte les besoins différenciés des femmes. Le juge MacIntyre a reconnu dans l'arrêt *Andrews*⁹³⁹ que l'égalité formelle présente des défauts considérables. L'arrêt *Bliss c. Le Procureur général du Canada* (précédemment étudiée) qui a adopté une conception d'égalité formelle en témoigne selon lui. Il a par ailleurs affirmé que « L'article 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important »⁹⁴⁰.

Cette nouvelle conception d'égalité (égalité de substance) est devenue, comme nous l'avons vu dans l'étude de l'évolution jurisprudentielle en la matière, un élément essentiel dans l'interprétation de l'article 15 par la Cour suprême du Canada. Autrement dit, l'importance attachée à l'égalité de substance constitue le fil conducteur dans l'évolution de l'interprétation du droit à l'égalité canadien par la Cour⁹⁴¹. Il s'agit là de l'idée centrale de notre réflexion dans cette section. En effet, cette idée d'égalité de substance telle que développée par la jurisprudence canadienne est une piste intéressante et pertinente que le juge vanuatais pourrait examiner ou réaffirmer plus clairement dans le cas où elle aurait déjà fait surface dans la jurisprudence vanuataise. Ceci fera l'objet du paragraphe suivant.

PARAGRAPHE II : L'ÉGALITÉ DE SUBSTANCE AU VANUATU ET L'INFLUENCE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Au Vanuatu, seule la Constitution prévoit le principe de l'égalité. Aucune autre loi ne le fait explicitement. En effet, reprenons les termes de l'article 5(1) de la Constitution qui dispose :

La République du Vanuatu reconnaît que - sous réserve des restrictions que la loi peut imposer aux non-citoyens et dans le respect des droits de liberté d'autrui et de l'intérêt public légitime en matière de défense, de sécurité, d'ordre public, de bien-être et de santé – sont accordés à toute personne, quels que soient sa race, son lieu d'origine, ses croyances religieuses ou traditionnelles, ses opinions politiques, sa langue ou son sexe, les droits fondamentaux et les libertés individuelles suivants : a) la vie, b) la liberté, c)

⁹³⁹ *[Andrews]*, *supra* note 85, à la page 166-167.

⁹⁴⁰ *[Andrews]*, *supra* note 85, à la page 171.

⁹⁴¹ Martha Butler, « L'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés – L'évolution de la conception de la Cour suprême du Canada du droit à l'égalité garanti par la Charte », (2013) Division des affaires juridiques et services, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, à la page 3 et 17, en ligne [<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2013-83-f.pdf>] (accessible le 30 juin 2015).

la sécurité de la personne, d) la garantie de la loi, e) la protection contre les traitements inhumains et les travaux forcés, f) la liberté de conscience et de culte, g) la liberté d'expression, i) la liberté d'aller et de venir, j) les garanties contre la violation du domicile et des autres biens et contre l'expropriation injuste du patrimoine, k) un traitement égal devant la loi ou l'action administrative, étant entendu qu'une loi ne contrevient pas aux dispositions de ce sous-paragraphe dans la mesure où elle prévoit des dispositions pour le bénéfice particulier, le bien-être, la protection ou l'amélioration des conditions des femmes, des enfants et des jeunes, des membres de catégories défavorisées, ou des habitants de zones moins développées.

Dans ce paragraphe, nous allons analyser la jurisprudence pour voir comment les tribunaux vanuatais appliquent cette disposition, en particulier en ce qui concerne le droit à l'égalité. Nous allons par la même occasion, chercher à répondre à un certain nombre de questions qui nous intéressent particulièrement. Ainsi, quelle conception d'égalité est retenue par les tribunaux? En abordant ces questions, nous accorderons une attention particulière au droit à l'égalité des femmes (1). Enfin, nous nous posons la question de savoir si la jurisprudence canadienne en la matière que nous avons étudiée plus haut pourrait avoir une influence sur le droit vanuatais (2).

1) Le droit à l'égalité, en particulier des femmes au Vanuatu

D'abord, d'une manière générale, précisons que l'article 5 susmentionné de la Constitution portant sur le droit à la non-discrimination a été appliqué par les tribunaux vanuatais à quelques reprises dans les années 1980-1990, juste après l'indépendance en 1980 ; non pas en ce qui concerne l'égalité en tant que telle, mais plutôt les autres droits fondamentaux, dont la liberté d'expression, prévus notamment dans le même article⁹⁴². Le premier arrêt en matière de droit à l'égalité et de discrimination est l'affaire *Noel v. Toto* de 1995 (l'arrêt que nous avons déjà étudié dans l'introduction générale de notre thèse et que nous y reviendrons plus bas puisqu'il porte spécifiquement sur le droit à l'égalité entre les femmes et les hommes). Par la suite, plusieurs autres décisions traitent également de ce droit à l'égalité. Précisons aussi que dans toutes ces décisions, les tribunaux vanuatais n'ont presque jamais vraiment « parlé » ou fait expressément mention de la notion de droit à l'égalité substantielle (ou droit à l'égalité de substance) dans leurs réflexions. De même, ce concept d'égalité substantielle n'est prévu nulle part dans la législation.

⁹⁴² Ainsi, en 1988, dans l'arrêt *Re Barak Tame Sope & Others v. Attorney General & Others*, [1988] VUSC 12 portant sur la liberté d'expression, la Cour d'appel a jugé inconstitutionnel l'article 2(f) de la *Members of Parliament (Vacation of Seats) Act* de 1983 qui limitait la liberté des députés parlementaires d'exprimer leurs opinions au Parlement. Pareillement, dans l'arrêt *Timakata v. Attorney General*, [1992] VUSC 9, la question de la constitutionnalité de certaines lois dont la *Land Acquisition Act* de 1992 a été posée. Cette dernière, en particulier, risquait de porter atteinte à l'article 5 de la Constitution (en particulier les garanties contre l'expropriation injuste des biens). La Cour a jugé que la loi n'était pas inconstitutionnelle puisqu'elle poursuivait des buts d'intérêts généraux.

Ensuite, en matière de droit à l'égalité des femmes, remarquons que l'article 5 de la Constitution n'énonce que généralement la protection des droits fondamentaux et aucun autre article ne traite spécialement des droits des femmes, ni de sanctions en cas de discrimination à l'égard des femmes⁹⁴³. Il y a aussi très peu de décisions sur le droit à l'égalité des femmes ; ce qui peut signifier que les femmes vanuataises n'ont pas accès (ou n'ont pas les moyens pour accéder) aux tribunaux, mais aussi qu'elles ne connaissent pas leurs droits. Nous allons ici étudier les quelques décisions qui portent sur le droit à l'égalité des femmes (ou les droits des femmes en général). Mais avant cela, une précision s'impose. En effet, les décisions de justice que nous analyserons dans les lignes qui suivent concernent essentiellement des recours civils privés (autrement dit, les actions entre particuliers). Ceci signifie que toutes les décisions que nous allons étudier ne portent pas nécessairement sur l'application de l'article 5 de la Constitution qui ne concerne que la discrimination causée par l'application de la loi et non celle causée par les activités privées⁹⁴⁴. Dans l'arrêt *Robert Bohn v. Republic of Vanuatu* que nous analysons plus bas, la Cour suprême de Vanuatu a affirmé que l'article 5 de la Constitution ne crée pas d'obligation en matière d'égalité vis-à-vis des particuliers (individus ou groupes) ; il concerne plutôt la même application de la loi pour tous⁹⁴⁵.

Selon notre analyse de la jurisprudence, il est possible d'identifier un certain nombre d'arrêts dans lesquels les juges vanuatais invoquent la CEDEF (qui, comme nous l'avons vu, protège une conception d'égalité de substance) ou les législations nationales ou coloniales pour faire progresser les droits des femmes.

Ainsi, dans l'arrêt *Fisher v. Fisher*⁹⁴⁶ rendu avant la ratification par le Vanuatu de la CEDF, un couple anglais vivant au Vanuatu a divorcé et le juge avait à déterminer le partage de leurs biens matrimoniaux. Comme nous verrons plus loin, en raison de l'absence de législation sur le partage des biens matrimoniaux, le juge a le pouvoir de se prononcer sur la répartition de ces biens. En l'espèce, la Cour suprême (statuant en première instance) a considéré que compte tenu du temps relativement long (environ une dizaine d'années) pendant lequel le couple vivait ensemble, tous les biens matrimoniaux acquis pendant leur vie commune devaient être partagés de manière égale à l'exception de la maison familiale que le mari avait acquise avant de rencontrer la femme. La Cour

⁹⁴³ [CEDAW Shadow Report], *supra* note 95, à la page 9.

⁹⁴⁴ *Bohn v. Republic of Vanuatu*, [2013] VUSC 42, à la page 10 [Bohn].

⁹⁴⁵ [Bohn], *supra* note 944, à la page 10.

⁹⁴⁶ [Fisher], *supra* note 377.

d'appel (la plus haute instance) a confirmé le partage égal des biens décidé en première instance (la Cour suprême). Cependant, pour ce qui est de la maison, elle ne partage pas le même point de vue que la Cour suprême. Elle constate que lorsque le couple a commencé la vie commune, il restait 10 000 livres d'hypothèque à payer sur la maison. Quelque temps après, l'époux a payé une partie de cette hypothèque. Il a fait un versement unique de 6000 livres. Elle a observé que même si la femme n'exerçait pas d'emploi rémunéré pendant ce temps, elle gardait cependant la maison, prenait soin des enfants et ainsi contribuait d'une manière substantielle au bien-être de la famille. La Cour d'appel a alors ordonné à l'homme de payer 3000 livres (ce qui constitue la moitié de paiement d'hypothèque versé lorsqu'ils vivaient ensemble) à la femme.

Il faut noter qu'une telle interprétation pourrait s'inscrire dans une conception de l'égalité de substance. Dans ce sens, rappelons la définition de l'égalité de substance donnée par la Cour suprême du Canada. Il s'agit de l'idée selon laquelle « favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »⁹⁴⁷.

Par ailleurs, quelque temps après la ratification de la CEDEF en 1995, la Cour suprême du Vanuatu a rendu une décision révolutionnaire en matière de droit à l'égalité des femmes et de la manière de concilier les valeurs des droits fondamentaux et de droit coutumier. Il s'agit de l'affaire *Noel v. Toto*⁹⁴⁸ (que nous avons déjà étudiée) dans laquelle en partant du principe d'égalité prévu dans l'article 5 de la Constitution, le juge a accordé le droit à la propriété terrienne à une femme. Il convient cependant de souligner que dans cette affaire, la disposition constitutionnelle qui est jugée discriminatoire n'est pas attaquée directement par les plaignants. Il s'agit plutôt d'un cas opposant deux particuliers dans lequel le juge a estimé que la disposition constitutionnelle qui affirme que le droit coutumier constitue le fondement des droits des propriétés terriennes est discriminatoire à l'égard des femmes puisque dans la coutume, les femmes ne sont pas propriétaires terriennes, elles ne sont qu'usufruitières.

Cette affaire constitue un véritable précédent en matière de droit à l'égalité des femmes et de la propriété foncière. C'est la première fois dans l'histoire du droit vanuatais que la Cour suprême a expressément reconnu le droit de propriété terrienne à une femme. Ce faisant, le juge a fait progresser la cause des femmes dans la société vanuataise. Il a refusé que la coutume l'emporte sur

⁹⁴⁷ [Andrews], *supra* note 85, à la page 171.

⁹⁴⁸ [Noel], *supra* note 12.

un droit aussi fondamental de la femme qui est son droit à l'égalité avec les hommes d'acquérir une propriété terrienne. Autrement dit, au même titre que les hommes, les femmes ont aussi le droit d'être des propriétaires terriennes.

Par la suite, cette décision a été citée à des différentes reprises par les tribunaux⁹⁴⁹ pour faire avancer les droits des femmes au Vanuatu et dans les États du Pacifique. Ainsi, il est certain que le pouvoir judiciaire joue un rôle considérable dans l'avancement des droits des femmes (notamment dans le domaine foncier) au Vanuatu.

Cependant, dans toutes ces décisions, les tribunaux vanuatais n'ont élaboré à aucun moment le cadre analytique du droit à l'égalité et n'ont jamais fait mention de l'égalité de substance. Dans ce sens, le fait qu'il n'existe pas un cadre analytique du droit à l'égalité établi par la jurisprudence (tel qu'il en est au Canada) ou encore le fait que la jurisprudence est muette sur l'égalité de substance, constituent selon nous, une faiblesse ou une lacune dans le système, puisque les juges peuvent à tout moment, volontairement ou involontairement, faire marche arrière ou renoncer au progrès réalisé jusque-là en matière de droits des femmes.

Ainsi, dans la décision *Joli v. Joli*⁹⁵⁰ (que nous avons déjà étudiée dans la première partie de notre thèse), un tribunal de première instance (*Magistrate Court*) a eu recours à la CEDEF pour ordonner un partage égal des biens matrimoniaux à un couple divorcé. Il basait son jugement sur le principe d'égalité entre les sexes garanti par l'article 5 de la Constitution et par les articles 5 et 16 de la CEDEF dont le Vanuatu est signataire. La plus haute instance (la Cour d'appel) a procédé autrement. Contrairement à l'approche qui a été privilégiée jusque-là (application de la CEDEF pour améliorer en profondeur les droits des femmes, notamment dans l'arrêt *Noel v. Toto*), la Cour d'appel a refusé d'appliquer la Convention en question puisque le parlement national n'a pas intégré dans son droit interne les droits et concepts qui sont formulés dans la Convention. La Cour souligne « It is a matter for Parliament to decide what if any changes to the social patterns of conduct of men and women in this Republic should occur, and how Vanuatu as a State party to the Convention will seek to reflect that Convention in its domestic law. It is not the task of the Court to undertake this difficult exercise »⁹⁵¹.

Même si la Cour d'appel arrive à la même conclusion que celle de la première instance (c'est-à-dire

⁹⁴⁹ [Meltenoven], *supra* note 644 ; *Haitong v. Tavulai Community*, [2007] VUIC 3.

⁹⁵⁰ *Joli v. Joli*, [2003] VUSC 57.

⁹⁵¹ [Joli], *supra* note 329.

le partage égal des biens matrimoniaux)⁹⁵², son approche consistant à passer outre la CEDEF qui protège une égalité de substance, est nuisible pour les femmes vanuataises⁹⁵³. Par cette décision, la Cour sème une contradiction dans la jurisprudence vanuataise, ce qui pourrait constituer, dans certains cas, un frein au progrès réalisé jusque-là, en termes d'avancement des droits des femmes.

Par ailleurs, l'argument de la Cour d'appel portant sur le refus d'appliquer la CEDEF puisque le Parlement national n'a pas décidé comment doit s'opérer l'égalité des sexes en matière de propriété matrimoniale dans le droit interne n'est pas pertinent à notre avis. En effet, nous l'avons noté dans la première partie de notre thèse, en adoptant la CEDEF en 1995 par la *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Ratification) Act*⁹⁵⁴, le Vanuatu (par le Parlement national) a fait sienne la Convention et a accepté que celle-ci prenne entièrement effet dans le pays. Par conséquent, le juge peut appliquer la CEDEF y compris les principes qui y sont formulés tels que celui de l'égalité entre les hommes et les femmes, et ce quel que soit le domaine.

Pour ces raisons, nous encourageons les tribunaux vanuatais à être cohérents dans l'application de la CEDEF, mais surtout à adopter, à l'exemple du Canada, un cadre d'analyse du droit à l'égalité favorisant une égalité substantielle. Sur ce dernier point (l'adoption du cadre analytique de droit à l'égalité), nous sommes plutôt optimiste considérant les derniers développements jurisprudentiels qui ont eu lieu au Vanuatu. Nous y reviendrons dans le sous-paragraphe suivant.

Il faut reconnaître cependant que même si les tribunaux vanuatais adoptent une approche substantive de l'égalité, cela ne règlera pas tous les problèmes, à l'exemple des tergiversations de la Cour suprême du Canada en matière d'égalité. Mais nous pensons qu'aller dans le même sens que le Canada serait un pas important vers le changement dans les rapports des sexes et donc un pas de plus dans l'avancement des droits des femmes au Vanuatu.

⁹⁵² En effet, compte tenu de l'absence de législation sur la répartition des biens matrimoniaux, les juges de la Cour d'appel s'appuient sur les articles 95 (« Sauf décision contraire du Parlement, tous les Règlements conjoints et les textes pris pour leur application en vigueur jusqu'au jour de l'indépendance restent applicables à compter de ce jour comme s'ils avaient été pris en application de la Constitution, ils seront interprétés en tenant compte des adaptations nécessaires pour les rendre compatibles avec la Constitution ») et 47 (« Dans le cas où toute disposition légale fait défaut, le tribunal statue selon les principes de l'équité et, dans la mesure du possible, en conformité avec la coutume ») de la Constitution pour recourir à une loi coloniale (*[Matrimonial Causes Act 1973]*, *supra* note 220, art. 24) qui leur donne le pouvoir de décider de la répartition des biens matrimoniaux. Les juges de la Cour d'appel ont alors ordonné une répartition égale des biens matrimoniaux aux époux compte tenu du temps passé ensemble et de leur contribution respective à la vie commune (Pour plus de détails sur cette affaire et sur les biens matrimoniaux en général, voir [Farran, « Joli Way »], *supra* note 37 ; [Farran, « What is »], *supra* note 37).

⁹⁵³ [CEDAW Shadow Report], *supra* note 95, à la page 10 ; [Olowu, *International Law*], *supra* note 519, à la page 115.

⁹⁵⁴ [CEDAW Ratification Act], *supra* note 1.

2) Vers une égalité substantielle basée sur le droit à l'égalité canadien ?

Il a fallu attendre 2012 pour que la Cour suprême du Vanuatu réalise l'importance d'établir un cadre analytique du droit à l'égalité, et ce, grâce à un Québécois (résidant au Vanuatu) qui a attaqué une mesure gouvernementale l'empêchant de pratiquer le droit sur place. En effet, dans un arrêt de 2012, *Hamel-Landry v. Law Council*⁹⁵⁵, Hamel-Landry, un résidant vanuatais d'origine québécoise a formulé une demande d'autorisation d'exercer en tant qu'avocat au *Law Council* (une entité nationale) qui a pour fonction, entre autres, non seulement de contrôler et de superviser la pratique de droit au Vanuatu, mais aussi de déterminer les critères de qualification pour les personnes désirant exercer le droit (« prescribe the qualifications for legal practitioners » selon les termes de la loi)⁹⁵⁶. Le *Law Council* est composé du juge en chef de la Cour suprême, du représentant de l'*Attorney General* et d'un juriste de renom nommé par le ministre de la Justice. Le *Law Council* est habilité par la loi susmentionnée à adopter des règlements sur la pratique de droit. Ainsi, en 1996, celui-ci a adopté une réglementation établissant, entre autres, les critères de qualifications pour toute personne désirant pratiquer le droit au Vanuatu. Ce règlement sous le nom *The Legal Practitioners (Qualifications) Regulations* affirme dans son article 2 ce qui suit :

No person shall be qualified to be registered as a legal practitioner unless he or she

- (a) holds a law degree or similar qualification from a University or such other appropriate institution recognised by the Law Council; and
- (b) (i) is a Ni-Vanuatu citizen who is admitted as a barrister and/or solicitor in a Commonwealth jurisdiction; or
- (ii) not being a Ni-Vanuatu citizen admitted in a Commonwealth jurisdiction, has **at least two years post-graduate supervised practical legal experience acceptable to the Law Council** ;
- (c) is resident in Vanuatu⁹⁵⁷(nous soulignons).

Hamel-Landry, né au Québec, Canada, détient un baccalauréat en droit de l'Université Laval, et est admis au Barreau du Québec en 2009. Cependant, il n'a que neuf mois d'expériences de conseils juridiques. Il n'a jamais pratiqué en tant qu'avocat.

Hamel-Landry a rempli toutes les conditions sauf celle relative à l'exigence de deux ans d'expérience. N'ayant pas satisfait à ce critère, le *Law Council* a rejeté sa demande. Il a alors saisi la Cour suprême pour attaquer la réglementation du *Law Council*. Il a argumenté, entre autres, que la réglementation lui est discriminatoire sur la base de son origine et par conséquent viole l'article 5

⁹⁵⁵ *Hamel-Landry v. Law Council*, [2012] VUSC 119 [*Hamel-Landry*].

⁹⁵⁶ *Legal Practitioners Act* 1980, Cap 119, art. 5.

⁹⁵⁷ *The Legal Practitioners (Qualifications) Regulations* 1996, art.2.

de la Constitution portant notamment sur l'interdiction de discrimination en raison de l'origine. En effet, selon lui, la réglementation est discriminatoire à son égard puisqu'elle prévoit un critère supplémentaire pour les étrangers (expériences de deux ans), ce qui n'est pas le cas pour les Vanuatais et que cette mesure ne poursuit pas un but légitime en disqualifiant d'une manière disproportionnée les candidats étrangers et en les privant, par la même occasion, de leur droit au même traitement devant la loi.

Pour étayer ses arguments, le plaignant a cité, entre autres, l'arrêt de principe canadien en matière de droit à l'égalité, à savoir *Andrews c. Law society of British Columbia*⁹⁵⁸ qui porte également sur la discrimination en raison de la citoyenneté. La Cour a donné raison à Hamel-Landry en jugeant, entre autres, que l'article 2 de la réglementation est discriminatoire à son égard puisqu'elle lui réserve un traitement différent et préjudiciable qui ne poursuit pas un but national légitime. Elle a donc ordonné au *Law Council* de reconsidérer la demande du plaignant.

Cet arrêt va constituer un tournant dans la jurisprudence vanuataise en matière de l'établissement du cadre analytique du droit à l'égalité puisque c'est la première fois que les juges ont eu connaissance, grâce aux argumentations de Hamel-Landry, de l'arrêt canadien révolutionnaire en matière de droit à l'égalité : *Andrews v. British Columbia*.

Ainsi, un peu plus d'un an après cet arrêt, la Cour suprême (statuant au premier degré) a eu à nouveau l'occasion de se prononcer sur un cas de discrimination. Dans ce dernier cas, non seulement l'arrêt *Andrews* a été cité, mais la Cour a aussi établi pour la première fois, à l'exemple de l'arrêt *Andrews*, un cadre analytique du droit à l'égalité au Vanuatu. Il s'agit de l'arrêt *Bohn v. Republic of Vanuatu*⁹⁵⁹ de 2013 dans lequel Robert Bohn, un Américain naturalisé Vanuatais a plaidé, entre autres, que l'article 23 (A) de la *Representation of the People (Amendment) Act*⁹⁶⁰ est inconstitutionnel puisqu'il viole l'article 5 de la Constitution qui interdit notamment la discrimination en raison de l'origine et protège le droit au même traitement de tous. En effet, en prévoyant les critères de représentation politique dans une circonscription rurale, l'article 23(A) de la loi susmentionnée souligne, entre autres, que toute personne non originaire d'une circonscription rurale n'est pas éligible pour se présenter dans cette circonscription⁹⁶¹. Robert Bohn s'est présenté

⁹⁵⁸ [*Andrews*], *supra* note 85. Ayant étudié précédemment cette affaire, nous n'aborderons pas les détails ici.

⁹⁵⁹ [*Bohn*], *supra* note 944.

⁹⁶⁰ *Representation of the People (Amendment) Act*, 2012 [*Representation of People Act*].

⁹⁶¹ [*Representation of People Act*], *supra* note 960, art 23A : « Qualification for candidates for rural constituencies :

(1) Subject to section 24, a person wishing to contest an election in a rural constituency must be a native or a person originating from that rural constituency ; (2) A person not originating from a rural constituency is not eligible to qualify as

dans la circonscription rurale d'Épi où il a été considéré par les habitants de l'île comme un de leur. Cela a été possible grâce à l'organisation d'une cérémonie coutumière par laquelle les chefs de l'île ont accueilli et accepté Robert Bohn comme faisant partie de leur communauté.

Pour déterminer si la loi est discriminatoire à l'égard du plaignant, la Cour suprême a établi pour la première fois une grille d'analyse de l'article 5 de la Constitution protégeant le droit à l'égalité. Elle souligne que pour qu'il y ait violation du droit à l'égalité, le plaignant doit prouver :

(1) Qu'il y a violation d'un des droits garantis par l'article 5 de la Constitution sur le fondement des motifs énumérés ou analogues. Dans ce sens, pour ce qui concerne le droit aux mêmes bénéfices, le plaignant doit démontrer (a) l'existence d'un traitement différent (b) ayant un effet préjudiciable sur lui.

(2) Ensuite, cette différence de traitement doit être discriminatoire⁹⁶².

Il faut remarquer ici que la grille d'analyse établie par la Cour suprême du Vanuatu est semblable à celle de la Cour suprême du Canada élaborée dans l'arrêt *Andrews*, mis à part l'idée que la mesure doit viser une minorité discrète ou isolée qui n'a pas été soulignée dans l'arrêt *Bohn v. Republic of Vanuatu* (avec raison puisque cela ne serait pas pertinent dans la présente affaire). Ce qui nous pousse à croire que même si elle ne l'a pas dit clairement, la Cour suprême du Vanuatu s'inspire de la jurisprudence canadienne pour moderniser son droit à l'égalité, d'autant plus que dans cette décision, l'arrêt *Andrews* a été cité, comme nous le verrons plus bas.

La Cour a conclu que l'article 23(A) susmentionné de la loi est inconstitutionnel puisqu'il viole le droit à la non-discrimination du plaignant en raison de son origine et son droit au même traitement

a candidate for election for that particular constituency ; (3) Subject to section 23, a person referred to under subsection (1):

(a) Must not be disqualified from voting; or

(b) Has not received a sentence including a suspended sentence of a term or terms of imprisonment which has not ended; or

(c) Is not an undischarged bankrupt; or

(d). Must be a citizen ; (4) For the purposes of this section person originating from a rural constituency means a person:

(a) Whose:

(i) Grand father; or

(ii) Grand mother; or

(iii) Father; or

(vi) Mother;

is from that rural constituency; or

(b) Who has been adopted by law or custom into a family originating from that rural constituency ;

Rural constituency means a constituency other than Port-Vila, Luganville or any other constituency declared by the President, acting on the advice of the Electoral Commission, as not being a rural constituency ».

⁹⁶² *[Bohn]*, *supra* note 944, à la page 9.

que tous, ces deux droits étant protégés par l'article 5 de la Constitution. La Cour a ensuite procédé à l'étape suivante consistant à vérifier si la discrimination peut être justifiée. En effet, toujours selon l'article 5 de la Constitution, certaines restrictions peuvent être justifiées par « l'intérêt public légitime en matière de défense, de sécurité, d'ordre public, de bien-être et de santé »⁹⁶³ ou encore dans les cas où la mesure « prévoit des dispositions pour le bénéfice particulier, le bien-être, la protection ou l'amélioration des conditions des femmes, des enfants et des jeunes, des membres de catégories défavorisées, ou des habitants de zones moins développées »⁹⁶⁴. La Cour a jugé que la mesure ne poursuit pas ces buts et par conséquent, la discrimination n'est pas raisonnable et justifiée.

Beaucoup plus important, dans cet arrêt, la Cour suprême du Vanuatu a repris, mot pour mot, la définition du droit à l'égalité substantielle développé dans l'arrêt *Andrews* selon laquelle le même traitement pour tous implique « the promotion of a society in which all persons are secured in the knowledge that they are recognised at law as human being equally deserving of concern, respect and considération »⁹⁶⁵. Il y a cependant une nuance qui mérite d'être soulignée. En effet, la Cour suprême du Vanuatu ne parle pas d'égalité et attribue cette définition à la notion du même traitement pour tous devant la loi. Or, la définition qui a été reprise (encore une fois, mot pour mot) est attribuée à l'égalité dans l'arrêt *Andrews*. Nous pensons que le fait de définir le droit au même traitement de la sorte peut soulever un certain nombre de questions puisque, comme le démontrent les enseignements de la jurisprudence canadienne en matière de droit à l'égalité, parfois il faut justement traiter les personnes différemment (autrement dit les accommoder) pour parvenir à une égalité réelle. Ainsi, dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre affirme : « toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et [...] un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités »⁹⁶⁶.

Dans cette affaire *Bohn*, on peut penser que le juge n'avait pas à s'interroger sur l'égalité de substance. En effet, Bohn n'est pas traité de la même façon que les Vanuatais nés dans la circonscription rurale. Alors le juge applique l'égalité formelle qui consiste à vérifier le traitement identique entre les groupes de comparaison. Il faudrait une affaire plus complexe pour forcer les tribunaux vanuatais à réellement se pencher sur le concept d'égalité de substance. Nous pensons par exemple au cas où une mesure législative spéciale sur la parité hommes/femmes aux élections

⁹⁶³ [Constitution du Vanuatu], art. 5(1), *supra* note 2.

⁹⁶⁴ [Constitution du Vanuatu], art. 5(1) (k), *supra* note 2.

⁹⁶⁵ [Andrews], *supra* note 85, à la page 171 ; [Bohn], *supra* note 944, à la page 10.

⁹⁶⁶ [Andrews], *supra* note 85, à la page 164.

municipales⁹⁶⁷ serait attaquée devant les tribunaux. Il n'en est pas encore ainsi. De plus, à notre avis, pour que les tribunaux vanuatais puissent réellement mettre de l'avant toute la potentialité de l'égalité de substance, il est important de modifier au préalable l'article 5 de la Constitution de Vanuatu. En effet, considérant que la clause d'égalité se limite à parler de « l'égalité devant la loi », les tribunaux peuvent parfois être tentés d'appliquer cet article de manière très formelle, c'est-à-dire de vérifier simplement que tous sont traités de façon identique devant la loi. Il a été ainsi dans l'affaire *In the Matter of MM* portant sur l'homoparentalité que nous avons étudiée dans la première partie de notre thèse. Nous proposons donc que cet article soit modifié afin d'ajouter, à l'exemple de la *Charte canadienne*, des expressions telles que « la loi s'applique également à tous », « la loi ne fait acception de personne » ou encore « tous ont droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi ». Une telle modification pourra permettre aux tribunaux vanuatais d'interpréter cet article de façon substantielle afin de contrer une mesure qui discrimine directement, indirectement ou dans son application envers les femmes.

Pour finir, mentionnons que la conception d'égalité de substance pourrait être utile pour les femmes vanuataises dans bien de cas. Elle pourrait par exemple aider à voir que plusieurs mesures législatives ou gouvernementales en matière coutumière ou autres désavantagent considérablement les femmes même si elles paraissent neutres. On peut ici citer l'exemple de la réconciliation coutumière en matière d'infraction sexuelle que nous avons abordée dans la première partie de notre thèse. C'est une coutume qui est reconnue par la loi et qui s'applique de la même manière aux hommes et aux femmes. Or, dans les faits, on remarque que ce sont souvent les femmes qui sont victimes d'agression sexuelle. La réconciliation coutumière ne prend pas en compte leurs droits en tant que victimes, mais plutôt l'intérêt de la communauté, c'est-à-dire le rétablissement de la paix et de l'harmonie dans la communauté après un méfait. La conception d'égalité de substance pourrait aider à voir que la mesure législative qui reconnaît cette coutume discrimine envers les femmes dans son application.

Nous tirons donc les conclusions que la notion de l'égalité de substance n'est toujours pas clairement mentionnée ni défendue par les tribunaux vanuatais. Mais sa définition reprise dans l'arrêt *Bohn* démontre que les tribunaux vanuatais commencent à s'inspirer de la jurisprudence canadienne en la matière. Nous ne pouvons que les encourager à aller dans ce sens. Comme le démontre l'expérience canadienne, dans certains cas, l'égalité de substance prend mieux en compte

⁹⁶⁷ Nous reviendrons sur cette mesure lorsque nous aborderons la question de l'analyse différenciée selon les sexes (ADS).

les besoins différenciés des femmes.

PARAPGRAPHE III : LE RECOURS AUX PRINCIPES DE L'ÉQUITÉ (SUBSTANTIAL JUSTICE)

Tel que susmentionné, l'article 47 de la Constitution du Vanuatu prévoit que les tribunaux peuvent recourir aux principes de l'équité pour rendre leurs jugements lorsque la loi fait défaut. Il dispose : « [...] Dans le cas où toute disposition légale fait défaut, le tribunal statue selon les principes de l'équité et, dans la mesure du possible, en conformité avec la coutume »⁹⁶⁸. À l'origine, tels que développés et appliqués par les *Courts of Chancery* britanniques au XIXe siècle, les principes d'*Equity* étaient largement basés sur des principes chrétiens et de la moralité. Ceux-ci ont évolué avec le temps. Aujourd'hui, les principes d'équité font généralement référence à la notion de justice⁹⁶⁹. Une petite précision terminologique s'impose ici. *Substantial Justice* est traduit par équité ou principe d'équité en français. En effet, la Constitution de Vanuatu a été rédigée en anglais avant d'être traduite en français.

Sue Farran explique que :

The term 'substantial justice' brings together two elements : 'equity' from the common law and the underlying fundamental principles of civil law, both of which are directed for achieving justice in individual cases, not in shoring up the rule of precedent. Indeed, the law of precedent is not part of french law that was brought to the table when the Constitution was being drafted. Both allow a degree of discretion to judges to ensure that the laws remain relevant and fair⁹⁷⁰.

En raison du constat que nous avons fait dans notre partie préliminaire selon lequel le droit français s'applique de moins en moins au Vanuatu, nous nous concentrons ici sur le principe de l'équité selon la *Common Law*.

En mentionnant les principes de l'équité avant la coutume, le constituant vanuatais fait passer le message selon lequel, en cas de défaut d'application de la loi écrite, les tribunaux doivent au

⁹⁶⁸ *Constitution du Vanuatu*, art. 47. En anglais l'article énonce : « [...] If there is no rule of law applicable to a matter before it, a court shall determine the matter according to substantial justice and whenever possible in conformity with Custom » [*Constitution du Vanuatu*], *supra* note 2.

⁹⁶⁹ Sur la question des principes d'équité, voir [Corrin *et al.*, *Introduction to South Pacific Law*], *supra* note 40, à la page 64 et s. ; [Corrin, « *The Role of Common Law* »], *supra* note 40 ; [Paterson, *Legal Systems Course Book Two*], *supra* note 193 ; [Paterson, *Legal Systems Vol 1*], *supra* note 156.

⁹⁷⁰ [Farran, « *Child Adoption* »], *supra* note 660, à la page 25.

préalable recourir aux principes de l'équité ou à la notion de justice⁹⁷¹. Ils peuvent ensuite éventuellement recourir à la coutume, mais encore faut-il que celle-ci soit prouvée devant les tribunaux ou encore qu'elle ne soit pas contraire aux droits fondamentaux.

Il convient ici de souligner l'importance pour les tribunaux de recourir aux principes et aux règles juridiques qui peuvent être considérés comme issus des principes d'équité (*Substantial Justice*) afin de faire avancer la cause des femmes au Vanuatu et dans les États du Pacifique Sud. Ce faisant, ils peuvent aussi écarter les coutumes et invalider les règles juridiques inconstitutionnelles portant atteinte aux droits fondamentaux des femmes. Les Cours supérieures veillent également à ce que les tribunaux inférieurs respectent ces directives constitutionnelles. Ainsi, dans l'affaire *Banga v. Waiwo* que nous avons déjà étudiée, la Cour suprême a infirmé une décision de la *Magistrate Court* dans laquelle le juge a appliqué la coutume sans chercher au préalable à recourir aux principes de l'équité (*Substantial Justice*)⁹⁷² conformément à la Constitution. En effet, celui-ci a directement appliqué une coutume sans qu'elle ne soit prouvée devant les tribunaux. Rappelons que dans cette affaire, la *Magistrate Court* a appliqué une soi-disant coutume selon laquelle l'adultère est considéré comme une infraction grave ou sérieuse et par conséquent, l'amende payée par l'adultéresse doit être punitive. La Cour suprême a refusé d'appliquer la coutume et a procédé autrement, en ayant recours notamment à la *Substantial Justice*, autrement dit aux principes d'équité pour appliquer une loi coloniale et parvenir à la même conclusion que la *Magistrate Court* (amende punitive). Cette manière de procéder de la part de la Cour suprême est particulièrement importante. En effet, en agissant ainsi, la Cour suprême a voulu mettre fin à ce qui risque de devenir un courant jurisprudentiel et nuire considérablement à la cause des femmes : à chaque fois que la loi fait défaut, les tribunaux appliquent directement la coutume sans que celle-ci soit prouvée devant les tribunaux.

Pour aborder un exemple concret du recours à la *Substantial Justice* (ou du principe de l'équité), revenons à la décision *In the Matter of MM*⁹⁷³ (que nous avons déjà analysée dans la première partie de notre thèse) selon laquelle, en raison du conflit des lois coloniales (britanniques et françaises) régissant l'adoption, le juge a appliqué la coutume pour rejeter la demande d'adoption de la petite fille (MM) par SAT, alors que sa mère est sans emploi et sans une bonne éducation et que personne de sa famille n'était en mesure de les aider. Comme l'a expliqué Sue Farran, le juge aurait dû recourir non pas à la coutume, mais à la *Substantial Justice* (principe de l'équité) pour rendre sa

⁹⁷¹ [Forsyth, « Beyond »], *supra* note 189, à la page 431.

⁹⁷² [Rousseau, « This is a Court »], *supra* note 38, à la page 15.

⁹⁷³ [MM Adoption], *supra* note 660.

décision⁹⁷⁴. Ainsi, compte tenu des circonstances de l'affaire, en particulier la situation précaire de la mère de l'enfant et de sa famille, il aurait fallu décider en fonction du meilleur intérêt de la petite fille (MM).

Pour conclure cette dernière section, rappelons que l'application de la *Common Law* au Vanuatu a permis de recourir aux décisions des pays du Commonwealth, dont le Canada. Nous avons choisi le Canada parce que nous pensons que le cadre analytique du droit à l'égalité et le concept de l'égalité substantif, tous deux élaborés par la Cour suprême du Canada peuvent d'une certaine façon, influencer les pays tels que le Vanuatu qui souhaiteraient adopter le modèle canadien dans ce domaine. Ainsi, il est intéressant de constater que les tribunaux vanuatais commencent à élaborer un cadre analytique du droit à l'égalité. Dans l'arrêt *Hammel-Landry*, le demandeur d'origine québécoise a « importé » pour la première fois en 2012 l'affaire *Andrews* au Vanuatu en y faisant recours dans ses argumentations. Un an plus tard, dans la décision *Bohn*, la Cour suprême du Vanuatu a cité le même arrêt (*Andrews*) et a repris la définition de l'égalité qui y a été formulée. Il s'agit là d'une première influence de la Cour suprême du Canada au Vanuatu. Nous encourageons les tribunaux vanuatais à aller dans ce sens, mais aussi à suivre la voie qui a été tracée dans un certain nombre de décisions nationales de référence dont l'arrêt *Noel v. Toto* qui a accordé aux femmes vanuataises le droit à la propriété foncière ou encore la décision *Waiwo* qui exige des juges de recourir aux principes de l'équité (*Substantial Justice*) et non à la coutume pour faire avancer la cause des femmes au Vanuatu.

Enfin, en conclusion de ce chapitre, nous avons vu que la meilleure protection des droits des femmes notamment de leur droit à l'égalité passe, entre autres, par de l'activisme judiciaire. Ainsi, il est parfois nécessaire que les juges fassent preuve du courage et de créativité pour aller le plus loin possible dans l'avancement des droits des femmes. Dans ce sens, nous avons proposé que les juges de la région aient recours aux Constitutions nationales, aux décisions des instances internationales et à la jurisprudence des pays étrangers tel que le Canada pour faire progresser la cause des femmes. Ce faisant, les juges de la région et du Vanuatu doivent mettre de l'avant, dans leur interprétation et dans leur réflexion, la conception substantive de l'égalité qui, comme nous l'avons vu, prend mieux en compte les besoins et les intérêts des femmes. C'est ainsi que ces pays peuvent aspirer à une amélioration ou un changement des rapports entre les femmes et les hommes. Au Vanuatu en particulier, les juges peuvent aussi recourir aux principes d'équité pour écarter toutes les normes qui discriminent envers les femmes. Il ne faut cependant pas s'arrêter là. En effet,

⁹⁷⁴ [Farran, « *Child Adoption* »], *supra* note 660, à la page 25.

dans ces pays (du Pacifique Sud) qui ne sont pas très avancés en matière du respect des droits des femmes, cet activisme judiciaire doit être davantage et constamment stimulé. Pour cela, il faut, à l'exemple du Québec, non seulement mettre en place un mécanisme national de protection des droits fondamentaux, mais surtout adopter une Charte des droits et libertés. C'est sur cette question que nous allons nous entretenir dans le chapitre suivant.

CHAPITRE TROISIÈME : LE MÉCANISME NATIONAL DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX : VERS UNE APPROCHE BASÉE SUR LE MODÈLE QUÉBÉCOIS

INTRODUCTION

Précisons que dans ce chapitre, une fois de plus, nous nous servons de l’outil juridique (ou du droit) pour corriger les inégalités constatées au Vanuatu (et dans le Pacifique Sud) et parvenir à une meilleure protection des droits fondamentaux notamment ceux des femmes. En ce qui concerne ces dernières en particulier, l’objectif est de chercher à atteindre une transformation sociale (c’est-à-dire améliorer les rapports entre les femmes et les hommes).

Fondamentalement, l’expérience canadienne (et québécoise) a montré que l’adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après la *Charte canadienne*) ainsi que de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* (ci-après la *Charte québécoise*) a stimulé l’activisme judiciaire au Québec⁹⁷⁵. Comme nous l’avons vu plus haut, cet activisme judiciaire contribue à la mise en place d’un cadre juridique qui tend à protéger efficacement les droits fondamentaux, dont le droit à l’égalité des femmes.

Plus que cela, le Québec est considéré comme un leader international et un exemple à suivre en matière de droits des femmes⁹⁷⁶. Sur le plan législatif en particulier, le Québec mène depuis les années 1970, une activité intense et remarquable visant à assurer une mise en œuvre efficace des droits des femmes (Section I). Sur le plan politique, aussi bien le Conseil du statut de la femme que le Secrétariat à la condition féminine œuvrent à la promotion et à la protection de tous les droits des Québécoises. Sur le plan administratif, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse assure un ensemble de fonctions relatives, entre autres, à l’éducation aux droits fondamentaux ou encore à la dispensation des conseils au gouvernement en ce qui concerne l’adoption et la mise en œuvre des politiques, des programmes et des normes juridiques en la matière⁹⁷⁷. Sur le plan judiciaire, la création en 1989 du Tribunal des droits de la personne du Québec constitue une avancée considérable. Nous étudierons en détail ces institutions (Conseil de

⁹⁷⁵ [Langevin et Bouchard, « Les grands arrêts »], *supra* note 69, à la page 553.

⁹⁷⁶ [Lamarche et Lebuis, « Ré/apprendre »], *supra* note 100, à la page 357 à 358.

⁹⁷⁷ [Charte québécoise], *supra* note 98, art. 71.

statut de la femme, la Commission des droits de la personne et le Tribunal des droits de la personne) qui œuvrent depuis leur création au respect et à la promotion des droits fondamentaux, notamment ceux des femmes (Section II). Compte tenu de la réalité des inégalités que vivent les femmes dans les États océaniques, en particulier au Vanuatu, nous pensons qu'il est pertinent pour le gouvernement du Vanuatu de suivre l'exemple du Québec en adoptant une Charte nationale et en établissant un mécanisme national de protection des droits fondamentaux. En effet, comme nous le verrons, il n'existe pas un réel mécanisme de protection des droits fondamentaux en tant que tel au Vanuatu. À l'heure actuelle, toute personne qui estime que ses droits fondamentaux sont bafoués peut saisir directement le tribunal ou en cas de manque de moyens, chercher à obtenir l'aide des organisations non gouvernementales en matière de droits fondamentaux.

Enfin, une dernière section sera consacrée à un appel aux États de la région (en particulier le Vanuatu) au renforcement de leur cadre politique en matière de protection des droits des femmes (Section III). En effet, l'avancement des droits des femmes dépend aussi de la volonté politique d'intégrer le principe d'égalité entre les femmes et les hommes dans les différents programmes et activités étatiques.

SECTION I : LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS FONDAMENTAUX : LES ENSEIGNEMENTS DU SYSTÈME QUÉBÉCOIS

Pour assurer une meilleure protection des droits fondamentaux, le Québec a adopté une *Charte des droits et libertés de la personne* qui a valeur quasi constitutionnelle⁹⁷⁸ (Paragraphe I), mais aussi plusieurs autres lois, règlements et politiques, notamment sur la violence conjugale, la violence sexuelle et sur l'égalité des femmes, qui ont considérablement contribué à l'amélioration du statut et de la condition de la femme dans la province (Paragraphe II).

En ayant valeur quasi constitutionnelle, les dispositions de la *Charte québécoise* ont préséance sur les autres lois et règlements. Dans ce sens, le principe d'égalité des femmes inscrit à la fois dans la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne* constitue un principe fondamental à respecter en tout temps. La *Charte québécoise* a par ailleurs le mérite de mettre en place un mécanisme de protection efficace des droits fondamentaux au Québec. Nous verrons les détails dans notre premier paragraphe. Nous encourageons donc le Vanuatu à adopter une Charte nationale qui lui permettra de se doter d'un mécanisme national de protection des droits fondamentaux. Nous l'avons souligné, une mise en œuvre efficace des droits fondamentaux passe, entre autres, par un mécanisme national de protection efficace.

De plus, à l'exemple du Québec qui mène depuis les années 1970 une activité législative « intense » en matière de droits des femmes, le Vanuatu doit continuer à adopter des lois et règlements en faveur des femmes, particulièrement dans les domaines où il existe toujours des lacunes. La *Family Protection Act* adoptée en 2008 pour prévenir et protéger les victimes de la violence intrafamiliale qui sont souvent les femmes, constitue une bonne initiative ; et le pays doit continuer dans ce sens.

⁹⁷⁸ [Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*], *supra* note 862, à la page 951 ; Pierre Bosset, « La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois : acte fondateur ou loi ordinaire? », (2006) 1 Bulletin québécois de droit constitutionnel 3, à la page 5 [Bosset, « La Charte »] ; Jean-Maurice Brisson, *Introduction au texte annoté de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, Montréal, Commission des droits de la personne et SOQUIJ, 1986, à la page iv [Brisson, *Introduction*] ; Jacques-Yvan Morin, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 R.J.T. 25 ; Daniel Turp et Eugénie Brouillet, « Pour une perspective québécoise de droit constitutionnel », (2006) 1 Bulletin québécois de droit constitutionnel 1, à la page 1.

PARAGRAPHE I : LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

Adoptée le 27 juin 1975 et entrée en vigueur le 28 juin 1976, la *Charte québécoise*⁹⁷⁹ avait un double objectif :

d'un côté, exprimer en un texte à portée éducative une synthèse des valeurs démocratiques et sociales acquises au Québec dans la lignée des traditions politiques et juridiques de la France, de l'Angleterre et des États-Unis, sans arrêter pour autant son développement ultérieur et, d'un autre côté, accorder une protection véritable à ceux dont les droits et libertés sont violés, en prévoyant des voies de recours efficaces et innovatrices⁹⁸⁰.

Pour atteindre ces objectifs, le constituant a accordé une place importante à la *Charte québécoise* dans l'environnement juridique québécois (1). Par ailleurs, pour préserver les acquis en matière de droits des femmes et contribuer davantage à l'avancement des droits de ces dernières, la *Charte québécoise* a fait du droit à l'égalité des femmes, une valeur fondamentale à respecter en tout temps (2). Nous encourageons le Vanuatu à aller dans ce sens (3).

1) La place privilégiée de la *Charte* dans l'environnement juridique québécois et canadien

La *Charte québécoise* occupe un espace privilégié dans l'ordre juridique québécois pour différentes raisons. D'abord, elle est supérieure au reste de la législation québécoise. En effet, l'article 52 de la *Charte* souligne : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte ». Cet article concerne les droits civils et politiques (articles 1 à 38) et non les droits socio-économiques (articles 39 et s.), ni les dispositions de mise en œuvre (article 49 et s.). En édictant cet article, le législateur québécois place la *Charte québécoise* à un niveau hiérarchiquement supérieur à celui des autres lois de la même nature⁹⁸¹. Il n'existe aucun texte similaire dans l'ordre juridique québécois. D'autres lois prévoient

⁹⁷⁹ [*Charte québécoise*], *supra* note 98.

⁹⁸⁰ Alain-Robert Nadeau, « La Charte des droits et libertés de la personne : origines, enjeux et perspectives », (2006) Hors-série R. du B. 1, à la page 3 [Nadeau, « **La Charte des droits** »].

⁹⁸¹ Michel Deschamps, « Présentation », (2006) Hors-série R. du B. IX, à la page IX à X [Deschamps, « **Présentation** »] ; Voir aussi André Morel, « La coexistence des Chartes canadiennes et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) 17 R.D.U.S. 49 ; En ce qui concerne l'espace privilégié de la Charte dans l'environnement juridique québécois, voir Alain-Robert Nadeau [Nadeau, « **La Charte des droits** »], *supra* note 980, à la page 3 ; Voir aussi Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Les Chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme? Quelques hypothèses sur

certes leur primauté par rapport à la législation, mais cette première ne concerne que les lois postérieures⁹⁸². Dans ce sens, Jean-Maurice Brisson souligne avec raison que la *Charte québécoise* possède « une supériorité de principe, semblable à celle dont profitent les normes garanties par un texte constitutionnel »⁹⁸³.

Ensuite, comme le souligne Pierre Bosset, le deuxième facteur qui explique la constitutionnalité de la *Charte québécoise* tient aux valeurs d'égalité, de dignité et de principe de non-discrimination que celle-ci incarne⁹⁸⁴. C'est en considérant ces valeurs que la Cour suprême du Canada a, à plusieurs reprises, interprété et appliqué la *Charte québécoise* en lui reconnaissant valeur quasi constitutionnelle. À titre d'exemple, dans une affaire de discrimination en raison du handicap, *Québec (CDPDJ) c. Montréal*⁹⁸⁵, se prononçant sur la portée de la notion de discrimination consacrée à l'article 10 de la *Charte québécoise*, la Cour suprême a insisté sur le caractère fondamental et quasi constitutionnel de la *Charte québécoise* pour justifier que celle-ci soit interprétée selon ses objectifs et son contexte. Concrètement, l'objet de l'article 10 de la *Charte* repose sur l'idée que le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination ne sauraient se réaliser à moins que l'on reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés autant sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes que sur l'existence de limitations fonctionnelles réelles (la situation de handicap par exemple)⁹⁸⁶. Quant au contexte, il est impératif de prendre en compte non seulement les autres dispositions de la *Charte*, mais aussi les lois connexes, l'objectif poursuivi par la *Charte* et son article 10, ainsi que les circonstances qui ont amené l'énonciation du texte.

De même, dans un arrêt portant sur le harcèlement sexuel, en appliquant la *Charte québécoise*, la Cour suprême a observé qu'il s'agit en ce qui concerne la *Charte*, « [...] d'une loi bénéficiant d'un statut spécial, d'une loi fondamentale, d'ordre public, quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation large et libérale de manière à réaliser les objets généraux qu'elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières »⁹⁸⁷.

l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise », dans Bjarne Melkevik, dir., *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, 1998, 83, à la page 84.

⁹⁸² *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, R. L.R.Q., c. A-2.1, art. 168 ; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, R. L.R.Q., c. P-39.1, art. 94.

⁹⁸³ [Brisson, *Introduction*], *supra* note 978, à la page iv.

⁹⁸⁴ [Bosset, « La Charte »], *supra* note 978, à la page 5 ; Voir aussi [Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*], *supra* note 862, à la page 981.

⁹⁸⁵ *Québec (CDPDJ) c. Montréal (Ville)* ; *Québec (CDPDJ) c. Boisbriand (Ville)*, (2000) 1 R.C.S. 665, paragraphes, 27, 32, 39 ; Voir [Nadeau, « La Charte des droits »], *supra* note 980, à la page 19.

⁹⁸⁶ [Nadeau, « La Charte des droits »], *supra* note 980, à la page 19.

⁹⁸⁷ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employées de services publics*, [1996] 2 R.C.S. 345, paragraphe 42 ; Voir aussi *Winnipeg School Division c. Craton*, [1985] 1 R.C.S. 150 ; *Action Travail des Femmes c. Canadien National*, [1987] 2 R.C.S. 84.

Dans le même ordre d'idée, le caractère unique de la *Charte québécoise* repose sur l'ampleur des droits et libertés garantis. En effet, contrairement aux lois relatives aux droits de la personne dans les autres provinces du Canada qui protègent essentiellement le droit à l'égalité, la *Charte québécoise* occupe un champ assez vaste allant du droit à l'égalité aux droits économiques et socioculturels⁹⁸⁸. De plus, la *Charte* s'applique non seulement aux rapports entre l'État et les citoyens, mais aussi en contexte des rapports privés entre citoyens⁹⁸⁹. Claude Filion note très justement que la *Charte québécoise* influence de façon importante des pans entiers de la vie sociale des Québécois, notamment toutes les questions liées aux relations de travail ou encore dans le domaine des services offerts au public⁹⁹⁰.

Pour les femmes québécoises en particulier, même si leur lutte pour la reconnaissance de leurs droits est née bien avant les travaux ayant mené à l'adoption de la *Charte québécoise*, il serait une erreur d'isoler le rôle et l'impact de la *Charte* sur les droits des Québécoises⁹⁹¹. Ainsi, il faut noter que celles-ci bénéficient « de la rencontre de standards d'égalité » énoncés tant par l'article 10 de la *Charte québécoise* que par l'article 15 de la *Charte canadienne*. Une telle rencontre a permis la condamnation des pratiques individuelles ou systémiques du harcèlement sexuel, mais aussi la reconnaissance de la grossesse comme motif de discrimination fondée sur le sexe. Dans ce sens, la *Charte québécoise*, particulièrement dans le monde du travail, a résolument contribué à éradiquer les pratiques sexistes les plus insidieuses, telles que la discrimination fondée sur la grossesse ou le harcèlement sexuel au travail⁹⁹². Nous reviendrons sur la question de la *Charte* et les droits des femmes plus bas.

La *Charte québécoise* a aussi le mérite d'avoir évolué avec la société. Soulignons par exemple l'ajout au fil des années, des nouveaux motifs de discrimination, notamment le handicap en 1978 ou encore la grossesse telle que mentionnée, en 1982⁹⁹³. Il faut aussi noter l'inclusion en 1982 de la

⁹⁸⁸ [Nadeau, « **La Charte des droits** »], *supra* note 980, à la page 3 ; France Allard, « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'harmonie ambiguë », (2006) Hors-série R. du B. 33, à la page 35 ; Voir aussi Mélanie Samson [Samson, « **Le droit à l'égalité** »], *supra* note 848, pour qui, en matière de droit à l'égalité en général, la *Charte québécoise* se démarque tant de la *Charte canadienne* que des lois antidiscrimination en vigueur dans les autres provinces du Canada.

⁹⁸⁹ [*Charte québécoise*], *supra* note 98, art. 55 ; Voir aussi [Nadeau, « **La Charte des droits** »], *supra* note 980, à la page 3 ; [Deschamps, « **Présentation** »], *supra* note 981, à la page IX.

⁹⁹⁰ Claude Filion, « Les 25 ans de la Charte québécoise : les tribunaux et la Charte des droits et libertés de la personne », dans Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, dir., *Droit à l'égalité et discrimination : Aspects nouveaux*, Cowansville (Québec), éditions Yvons Blais, 2001, 3, à la page 4 [Filion, « **Les 25 ans** »].

⁹⁹¹ [Lamarche et Lebuis, « **Ré/apprendre** »], *supra* note 100, à la page 353-358.

⁹⁹² [Lamarche et Lebuis, « **Ré/apprendre** »], *supra* note 100, à la page 353-359.

⁹⁹³ [Filion, « **Les 25 ans** »], *supra* note 990, à la page 3.

section portant sur les programmes d'accès à l'égalité. En clair, la *Charte* constitue un instrument perfectible qui s'adapte aux changements sociaux.

Par ailleurs, la *Charte* joue un grand rôle dans l'interprétation du *Code civil du Québec*. Ainsi, peut-on lire dans sa disposition préliminaire que « le Code civil régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens »⁹⁹⁴. Pour certains spécialistes en la matière, cette disposition signifie que les articles du *Code civil* doivent être interprétés conformément à l'esprit de la *Charte québécoise*⁹⁹⁵. L'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*⁹⁹⁶ constitue un bel exemple de cette affirmation. En effet, dans cette décision, la Cour suprême du Canada a jugé que la liberté de contracter une clause prohibant toute construction sur le balcon d'un appartement ne peut brimer le droit du contractant de pratiquer sa religion qui consiste pour le cas de l'espèce, à ériger des huttes sur le balcon pendant la célébration de certaines fêtes religieuses. Bien que le *Code civil* puisse restreindre un certain nombre de droits des copropriétaires (article 1056), des telles restrictions doivent cependant être conformes aux droits fondamentaux, dont la liberté religieuse, prévus par la *Charte*⁹⁹⁷. Il faut aussi noter que le *Code civil du Québec* ayant été adopté après la *Charte québécoise* (la *Charte* fut adoptée en 1975 alors que le nouveau code est entré en vigueur en 1994), il a repris presque mot pour mot un certain nombre de dispositions de la *Charte*. Il en est ainsi pour les articles portant sur le droit à la vie⁹⁹⁸, à l'intégrité⁹⁹⁹, à la réputation¹⁰⁰⁰ et à la vie privée¹⁰⁰¹. Le *Code civil* constitue donc en quelque sorte la continuité de la *Charte québécoise*.

2) La *Charte* et le droit à l'égalité des femmes

Affirmé dans la *Charte québécoise*, le droit à l'égalité des femmes constitue une valeur fondamentale de la société québécoise. Le Vanuatu pourrait s'inspirer de ce concept pour améliorer les droits de ses citoyennes. Nous reviendrons sur ce dernier point plus bas.

⁹⁹⁴ [*Code civil Québec*], *supra* note 917, Disposition préliminaire.

⁹⁹⁵ Louise Langevin et Mélanie Samson, « Revisiting Québec's 'Jus Commune' in the Era of the Human Rights Charters », (2015) Am. J. Comp. L. 719 [Langevin et Samson, « Revisiting »]; Maurice Drapeau, « La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne, (1994) 28 R.J.T. 31, à la page 96.

⁹⁹⁶ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 [Amselem].

⁹⁹⁷ Pierre-Gabriel Jobin, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », (2007) Rev trim dr civ 33, à la page 36 ; [Langevin et Samson, « Revisiting »], *supra* note 995, à la page 737-738.

⁹⁹⁸ [*Code civil Québec*], *supra* note 917, art. 3 ; [*Charte québécoise*], *supra* note 98, art. 1.

⁹⁹⁹ [*Code civil Québec*], *supra* note 917, art. 10 ; [*Charte québécoise*], *supra* note 98, art. 1.

¹⁰⁰⁰ [*Code civil Québec*], *supra* note 917 art. 35 ; [*Charte québécoise*], *supra* note 98, art. 4.

¹⁰⁰¹ [*Code civil Québec*], *supra* note 917, art. 35 ; [*Charte québécoise*], *supra* note 98, art. 5.

En effet, le principe d'égalité entre les sexes est inscrit dans la *Charte québécoise* depuis son adoption en 1975. L'article 10 de la *Charte* dispose que :

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap¹⁰⁰².

Ce principe d'égalité entre les femmes et les hommes a ensuite été renforcé en 2008 lorsqu'il a clairement été affirmé dans le préambule de la *Charte*. En effet, on peut y lire : « [...] *considérant que le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix* [...] ». Un article de nature interprétative y a aussi été ajouté. Il s'agit de l'article 50.1 qui dispose que : « *Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes* ». Nous n'avons recensé aucune décision qui interprète ou utilise ces nouveaux articles.

Cette réalisation a été possible grâce, entre autres, à la recommandation du Conseil de statut de la femme. En effet, dans un avis intitulé *Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté religieuse*¹⁰⁰³ rendu en août 2007, le Conseil de statut de la femme recommandait que le principe d'égalité entre les femmes et les hommes soit clairement affirmé dans la *Charte* (nous aborderons le rôle de ce Conseil plus bas). Par cette affirmation, la *Charte* reconnaît que l'égalité entre les hommes et les femmes constitue « une valeur fondamentale de la société québécoise »¹⁰⁰⁴. Pour revenir sur le contexte dans lequel ces amendements ont été adoptés, soulignons que pendant cette période, en particulier de 2006 à 2007, le Québec a connu une certaine « crise des accommodements raisonnables ». D'abord, la Cour suprême du Canada a accordé une importance considérable à la liberté religieuse lorsque dans l'affaire *Multani*, il a été jugé qu'un élève d'une école secondaire a droit au port de son kirpan à l'école malgré les inquiétudes quant à la sécurité de tous¹⁰⁰⁵, et dans l'arrêt *Amselem*¹⁰⁰⁶ tel que nous l'avons mentionné plus haut, il a été jugé que la liberté contractuelle ne peut brimer la liberté de pratiquer sa religion. Le problème s'est posé d'une

¹⁰⁰² [*Charte québécoise*], *supra* note 98, art. 10.

¹⁰⁰³ [*CSF, Droit à l'égalité*], *supra* note 848.

¹⁰⁰⁴ Commission des droits de la personne, « L'égalité entre les sexes : un droit inscrit dans la Charte », en ligne : [<http://www.cdpcj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/droits-pour-tous/Pages/egalite.aspx>] (accessible le 18 mai 2015).

¹⁰⁰⁵ *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1.R.C.S 256.

¹⁰⁰⁶ [*Amselem*], *supra* note 996.

manière plus accentuée après que ces décisions aient été rendues, notamment lorsque des faux accommodements ont été accordés par les autorités publiques à certaines personnes alors que ceux-ci portaient clairement atteinte au droit à l'égalité des femmes¹⁰⁰⁷. C'est ainsi que le gouvernement du Québec est intervenu pour proposer ces amendements à la Charte.

Nous pouvons donc affirmer, compte tenu de tous ces développements, que la *Charte québécoise* a permis sans conteste une meilleure protection des droits des femmes au Québec. Nous encourageons le Vanuatu à suivre le même chemin.

3) La proposition d'une Charte vanuataise des droits et libertés de la personne

D'abord, il faut préciser qu'au Vanuatu, outre les tribunaux et la Section des affaires féminines placée sous la tutelle du ministère de la Justice et ayant pour mission d'exécuter les plans d'action du gouvernement en matière de promotion de l'égalité des sexes, il n'existe aucun mécanisme national en tant que tel de protection des droits fondamentaux ; donc aucune Charte des droits et libertés de la personne (mise à part la Constitution qui protège d'une manière générale les droits fondamentaux).

De nos jours, ce sont essentiellement les Organisations non gouvernementales qui œuvrent en faveur des droits des femmes¹⁰⁰⁸. Ainsi, le Conseil National des femmes établi en 1980 a pour rôle de promouvoir le statut de la femme dans tous les domaines, notamment par le moyen d'information. Ensuite, le *Vanuatu Women Centre* est l'organisation la plus influente en la matière au Vanuatu. Créé en 1992, il constitue un centre d'écoute, d'accueil et d'aide aux femmes victimes de violence et de discrimination¹⁰⁰⁹. Il offre des conseils, services juridiques et de l'accueil en urgence aux victimes de violence intrafamiliale. Il organise aussi des activités de sensibilisation et dispense des formations portant sur les droits fondamentaux aux villageois. Il offre par ailleurs refuge aux femmes victimes de violence intrafamiliale et constitue ainsi une structure adaptée aux

¹⁰⁰⁷ On peut citer, entre autres, l'exemple de la société Automobile du Québec qui a accommodé un client qui, pour des raisons religieuses, demandait à subir son examen de conduite avec un moniteur et non pas une monitrice. Voir Louise Langevin, « Le « Nous-Femmes » et le droit des femmes à l'égalité : Analyse de la dissension provoquée par le projet de loi 63 modifiant la Charte des droits et libertés de la personne du Québec », dans Francine Descaries-Bélanger et Lyn Kurtzman, dir., *Faut-il réfuter les Nous Femmes pour être féministe au XXIe siècle*, Montréal, Institut de recherche et d'études féministes, 2009, 45, à la page 51 ; Voir aussi La Commission Bouchard-Taylor, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, par Gérard Bouchard et Charles Taylor, Québec, Bibliothèque et archives nationales du Québec, 2008, à la page 19.

¹⁰⁰⁸ Les autres ONG de défense des droits des femmes sont *Women Against Crime* ou encore *Vanuatu Association of NGOs (VANGO)*.

¹⁰⁰⁹ [Chassot, « **Violences et discriminations** »], *supra* note 40, à la page 67.

femmes démunies¹⁰¹⁰. Le *Vanuatu Daily Post* a rapporté que dans les cinq dernières années, le Centre a assisté environ dix mille victimes de violence intrafamiliale dans le pays¹⁰¹¹. Ce Centre dispose aujourd'hui des points de service à Port Vila (île d'Efate), à Luganville (île de Santo), sur l'île de Tanna, et à Vanua Lava (île Banks). Il compte en plus sur un réseau de 41 comités contre la violence faite aux femmes, basés sur les îles et un réseau national pour les militants masculins. En effet, un peu plus de cent hommes militent et travaillent activement pour promouvoir les droits fondamentaux, prévoir et corriger les attitudes de violence à l'égard des femmes et enfants dans leurs communautés¹⁰¹². Comme mentionné, le Centre se mobilise aussi en articulant sa démarche sur l'éducation et la formation des jeunes, notamment les hommes. L'initiative du Centre doit être encouragée. Son soutien est salutaire pour les femmes démunies et sans voix dans le pays.

Soulignons par ailleurs que ces organisations non gouvernementales travaillent en partenariat avec la Section des affaires féminines depuis l'indépendance du pays en 1980¹⁰¹³. Elles ont notamment travaillé ensemble à l'élaboration des politiques visant à mettre en œuvre le Programme d'action de Beijing. Les ONG ont aussi assisté les parlementaires dans le processus de l'adoption de la *Family Protection Act* étudiée dans la première partie de notre thèse. Elles ont en plus aidé le gouvernement dans la préparation et la présentation des rapports de la CEDEF.

Il faut toutefois préciser que de telles organisations opèrent grâce aux soutiens financiers des pays étrangers. Ainsi, le *Vanuatu Women Centre* est en grande partie financé par le gouvernement de l'Australie et celui de la Nouvelle-Zélande qui reconnaissent l'importance de ses missions pour la protection des droits des femmes dans le pays¹⁰¹⁴. Le budget de cette organisation n'est pas divulgué (ni dans les dépliants, ni dans les rapports publiés par celle-ci), mais on peut l'estimer à plusieurs milliers de dollars (américains) par année en raison de nombre important de personnes travaillant pour le compte de l'organisation (plus de 200 personnes selon un dépliant de cette dernière¹⁰¹⁵).

Cependant, malgré l'existence de ces organisations, les violences et discriminations à l'égard des femmes persistent. Une enquête de terrain menée conjointement par le *Vanuatu Women Centre* et le

¹⁰¹⁰ [Chassot, « Violences et discriminations », *supra* note 40, à la page 67.

¹⁰¹¹ *Vanuatu Daily Post*, « New Women's Centre Opened », 20 février 2013, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/new-women's-centre-opened>] (accessible le 25 août 2013) [Daily Post, « New Women's Centre »].

¹⁰¹² [Daily Post, « New Women's Centre »], *supra* note 1011.

¹⁰¹³ Andonia Piau-Lynch, *Vanuatu : Country Gender Profile*, Port Vila, Japan International Cooperation Agency, January 2007, à la page 17.

¹⁰¹⁴ [Daily Post, « New Women's Centre »], *supra* note 1011.

¹⁰¹⁵ Vanuatu National Women's Centre, Australian Government AusAID et New Zealand's International Aid & Development Agency, *Vanuatu Women's Centre*, Port Vila, IPV Printers, 2010, à la page 5.

Bureau national des statistiques en 2011 a révélé que la violence contre les femmes est malheureusement très répandue au Vanuatu et que 60% des femmes subissent des violences de leurs partenaires masculins et plus de 20% des femmes victimes subissent des blessures graves, avec des conséquences à long terme¹⁰¹⁶. Un autre rapport intitulé *Gender, Kastom and Domestic Violence* mandaté par la Section des affaires féminines note que les femmes sont marginalisées dans presque tous les domaines de la vie¹⁰¹⁷.

Pour toutes ces raisons, nous proposons qu'une Charte vanuataise des droits et libertés de la personne basée sur le modèle québécois soit mise en place et qu'un mécanisme national de protection des droits fondamentaux soit créé afin de promouvoir et protéger efficacement les droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité des femmes. Plus particulièrement en ce qui concerne la Charte, celle-ci doit occuper une place importante dans l'environnement juridique vanuatais, c'est-à-dire qu'elle doit avoir valeur constitutionnelle. C'est ainsi qu'elle incarnera mieux les valeurs d'égalité, de dignité et de non-discrimination. Toutes les lois et règlements qui n'ont pas valeur constitutionnelle doivent être interprétés conformément à l'esprit de la Charte.

Par ailleurs, à l'exemple du modèle québécois, la Charte vanuataise doit faire du droit à l'égalité des femmes, une valeur fondamentale à respecter en tout temps. Autrement dit, elle doit clairement affirmer le principe d'égalité entre les femmes et les hommes et préciser qu'un tel principe doit avoir préséance sur les valeurs coutumières et culturelles. En effet, cette précision s'impose compte tenu des inégalités et des discriminations que les femmes du Vanuatu vivent en raison notamment des coutumes néfastes.

D'autres raisons justifiant l'utilité d'adopter une Charte ont trait à l'insuffisance de législations protégeant efficacement les droits des femmes au Vanuatu. Nous l'avons déjà vu, le législateur vanuatais n'a pas prévu ailleurs dans d'autres lois le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes pourtant proclamé implicitement dans la Constitution¹⁰¹⁸. Seule la *Family Protection Act* de 2008 étudiée dans la première partie de notre thèse prévoit une protection spécifique des femmes contre les violations intrafamiliales ou conjugales.

¹⁰¹⁶ Vanuatu Women Centre, National Statistics Office, *Vanuatu National Survey on Women's Lives and Family Relationship*, Port Vila, Vanuatu Women Centre, May 2011, à la page 16-17 ; [**Daily Post**, « **New Women's Centre** »], *supra* note 1011.

¹⁰¹⁷ [**Tor et Toka, Gender**], *supra* note 45, à la page 9.

¹⁰¹⁸ [**Constitution du Vanuatu**], art. 5, *supra* note 2 ; Voir aussi Caroline Tabani, « La femme dans la loi et la coutume », dans Marc Tabani et Antoine Hochet, dir., *Cultures, sociétés et environnements à Vanuatu et dans le Pacifique*, Port Vila, Pacifique Dialogues - VKS Productions, 2013, 195, à la page 196.

PARAGRAPHE II : LES AUTRES LÉGISLATIONS QUÉBÉCOISES EN MATIÈRE DE DROITS DES FEMMES

Lucie Lamarche et Véronique Lebuis ont fait remarquer à juste titre que sur le plan législatif, le Québec se distingue par une activité remarquable destinée à assurer la mise en œuvre des droits des femmes et leur droit à l'égalité¹⁰¹⁹ (1). Loin d'étudier toutes les lois adoptées depuis les années 1970, nous allons ici rappeler quelques lois et réformes législatives importantes ayant amélioré considérablement le statut et les conditions des vies des Québécoises. Le Vanuatu a entrepris des initiatives législatives louables en matière de protection des droits des femmes (2). Cet effort doit être accentué compte tenu de la vulnérabilité des femmes dans le pays.

1) Une activité législative intense du Québec

Nous pensons tout d'abord à la réforme du droit de la famille de 1980 concrétisée par la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*¹⁰²⁰. Cette loi visait, entre autres, à instaurer une égalité totale entre époux. Ainsi, un des nouveaux éléments a été apporté par l'article 392 du *Code civil* qui dispose que: « les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations. Ils se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance et qu'ils sont tenus de faire vie commune ». Rappelons par ailleurs l'adoption en 1989 des dispositions du *Code civil* relatives au patrimoine familial¹⁰²¹. Celles-ci avaient pour but de favoriser l'égalité économique des époux. Par la suite, une autre loi a été adoptée pour préciser la portée de certaines de ces dispositions¹⁰²². Toujours sur le même sujet, soulignons la *Loi modifiant le régime de rentes du Québec*¹⁰²³ qui prévoyait le partage des gains admissibles entre les ex-conjoints. Il faut de plus mentionner les lois sur les services de garde à l'enfance qui ont pour objet, entre autres, de favoriser le développement harmonieux de l'offre de services de garde en tenant compte des besoins des parents, notamment en facilitant la conciliation de leurs responsabilités parentales et

¹⁰¹⁹ [Lamarche et Lebuis, « Ré/apprendre »], *supra* note 100, à la page 357 ; Voir aussi Secrétariat de la condition féminine, *Les femmes et les lois du Québec depuis 1970*, Québec, 2009, en ligne : [http://www.scf.gouv.qc.ca/fileadmin/publications/Les_femmes_et_les_lois_du_Quebec_depuis_1970.pdf] (accessible le 12 septembre 2014).

¹⁰²⁰ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme de droit de la famille*, L.Q. 1980, c.39.

¹⁰²¹ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q., 1989, c.55.

¹⁰²² *Loi modifiant le Code civil du Québec concernant le partage du patrimoine familial et le Code de procédure civile*, L.Q. 1990, c. 18.

¹⁰²³ *Loi modifiant le régime de rentes du Québec*, L.Q. 1977, c. 24.

professionnelles¹⁰²⁴. Soulignons aussi l'adoption des lois et ententes relatives au régime québécois d'assurance parentale ayant pour objet, entre autres, d'accorder des prestations de maternité ; des prestations de paternité et des prestations parentales à l'occasion de la naissance d'un enfant¹⁰²⁵. De plus, la *Loi sur l'équité salariale*¹⁰²⁶ constitue une avancée considérable en matière de droits des femmes. Comme le précise son article premier, l'objectif de la loi consiste à corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l'égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d'emplois à prédominance féminine. Enfin, en plus de l'interdiction du harcèlement sexuel prévue par la *Charte québécoise*¹⁰²⁷, la modification apportée en 2002 à la *Loi sur les normes du travail*¹⁰²⁸ interdit également le harcèlement psychologique au travail. Nous l'avons mentionné, il est possible de penser que ces lois ont considérablement contribué à l'amélioration des conditions des vies des femmes québécoises. Qu'en est-il du Vanuatu ?

2) La réforme législative vanuataise : une initiative louable

En ratifiant les Conventions internationales, dont la CEDEF, le Vanuatu s'est engagé à prendre, entre autres, des mesures législatives pour respecter, protéger et promouvoir les droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes. L'exemple québécois d'une importante activité législative est intéressant. À ce titre, il faut remarquer que le Vanuatu a déjà initié quelques réformes législatives en faveur des droits des femmes et nous ne pouvons que l'encourager à aller dans ce sens. En effet, à la suite de sa participation à la Conférence de Beijing de 1995, le Vanuatu a adopté la *Family Protection Act*¹⁰²⁹ qui a pour but de préserver et promouvoir l'harmonie dans les relations familiales, mais surtout de combattre la violence intrafamiliale dans toutes les sphères de la société. De plus, pour mettre en œuvre cette loi, le gouvernement a mis en place par l'intermédiaire du Service de la Police, une unité de police (*Family Protection Unit*) responsable de traiter les questions de la violence intraconjugale ou domestique.

¹⁰²⁴ *Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance*, L.Q. 2005, c. 47 (voir notamment l'article 1). Cette loi a remplacé la *Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance*, L.R.Q. 2005, c. C-8.2, puis par la *Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance*, L.R.Q. C.S-4.1.1, 2006.

¹⁰²⁵ *Loi sur l'assurance parentale*, L.Q. 2005, c. 13 (voir notamment l'article 2). Cette loi a modifié la *Loi sur l'assurance parentale*, L.Q. 2001, c. 9 ; Voir aussi *Entente finale Canada-Québec sur le régime québécois d'assurance parentale*, 2005.

¹⁰²⁶ *Loi sur l'équité salariale*, L.R.Q., c. E-12.001.

¹⁰²⁷ **[Charte québécoise]**, *supra* note 98 : combinaison des articles 10, 10.1 et 16.

¹⁰²⁸ L.Q. 2002, c. 80, art. 47, *introduisant l'article 81.19 de la Loi sur les normes du travail*.

¹⁰²⁹ L'article 1 de la loi énonce : « The purpose of this Act is: (a) to preserve and promote harmonious family relationships; and (b) to prevent domestic violence in all levels of society in Vanuatu ».

Cependant, malgré l'existence de la *Family Protection Act*, comme nous l'avons vu, des récents rapports montrent que la violence à l'égard des femmes est toujours très répandue au Vanuatu. Il en est ainsi dans les autres États de la région. Dans ce sens, il faut noter que le *Programme d'action de Beijing* a identifié la violence à l'égard des femmes comme un des domaines critiques auxquels l'État doit accorder une attention particulière¹⁰³⁰. De plus, la violence à l'égard des femmes a aussi été fortement condamnée par la *Recommandation générale n°19* de la CEDEF adoptée en 1992¹⁰³¹ et la *Déclaration sur l'élimination de la Violence à l'égard des femmes* adoptée en 1993 par l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁰³².

L'adoption de la *Family Protection Act* est donc une bonne chose, mais la question de sa mise œuvre efficace se pose toujours. Ainsi, lors d'un atelier organisé en juin 2013 à Port Vila, par le *Pacific Judicial Development Programme*¹⁰³³ et portant sur la violence familiale et la justice juvénile, cette même question (c'est-à-dire sur son efficacité) a été soulevée puisqu'il a été rappelé que le gouvernement n'a toujours mené aucune étude pour vérifier si la loi en question est effectivement mise en œuvre. Ce faisant, le gouvernement a failli à son obligation étant donné que l'article 52 de la loi souligne : « The Minister must cause an independent review of the operation of the Act to be undertaken within 3 years after the commencement of this Act ». Or, la cette loi est entrée en vigueur depuis 2009 et aucune étude n'a été faite jusqu'à présent.

Ainsi, on ne peut pas savoir si l'unité de la police qui a été mise en place dans le cadre de cette loi exerce ses fonctions efficacement, c'est-à-dire qu'elle intervient au bon moment pour faire des arrestations en cas de violation de la loi. Une mise en œuvre efficace de la loi nécessite en plus la condamnation par les tribunaux des hommes violents. Nous reviendrons sur cette question dans notre deuxième section.

L'adoption de cette loi est donc une bonne chose. Mais il ne faut pas s'arrêter là. À l'exemple du Québec, le Vanuatu doit continuer à prendre d'autres mesures législatives pour favoriser le droit à l'égalité des femmes, en particulier dans les domaines où il existe toujours des lacunes.

¹⁰³⁰ *Déclaration et Programme d'Action de Beijing* adoptés lors de la Conférence des droits de l'homme tenue à Beijing du 4 au 15 septembre 1995, paragraphes 112 à 130, à la page 52, en ligne : [<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20F.pdf>] (accessible le 2 octobre 2013) [**Déclaration et Programme d'action de Beijing**].

¹⁰³¹ [**CEDEF, Recommandation 19**], *supra* note 345.

¹⁰³² [**Déclaration sur l'élimination de la violence**], *supra* note 345.

¹⁰³³ Pacific Judicial Development Programme, *PJDP Phase 2 : Family Violence and Youth Justice Project Workshop Toolkit Resources*, Port Vila, juin 2013. Nous reviendrons sur cet organisme plus bas.

Dans le domaine de droit de la famille en particulier, le Vanuatu doit adopter des mesures législatives pour corriger les problèmes de discrimination et d'inégalité que vivent les femmes, notamment en raison des pratiques coutumières néfastes (question que nous avons déjà abordée dans la première partie de notre thèse). Des telles mesures doivent par exemple interdire toutes les pratiques coutumières qui dénigrent les femmes, à savoir le mariage arrangé, la dot, la polygamie, la réconciliation coutumière, l'adoption d'enfant en fonction du paiement de la dot ou encore la pratique qui empêche les femmes d'être propriétaires, notamment terriennes.

Dans le domaine du droit en général (nous n'entrerons pas dans les détails puisque cela échappe à l'objet de notre étude), une analyse des législations actuelles montre que le droit vanuatais ne protège pas efficacement les femmes et les filles. Il est certain comme nous l'avons vu, qu'il existe un certain nombre de lois qui tentent de protéger les femmes. Ainsi, la Constitution garantit le principe de l'égalité dans son article 5. Nous avons également vu que le Vanuatu a ratifié la CEDEF qui vise à éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. De même, la *Family Protection Act* susmentionnée et le *Code pénal*¹⁰³⁴ protègent dans une certaine mesure les femmes. En effet, comme mentionné à certaines reprises, la *Family Protection Act* permet aux victimes de la violence intrafamiliale d'obtenir du juge des ordonnances de protection contre les membres violents de la famille. Le *Code pénal* prévoit un certain nombre d'infractions, notamment les rapports sexuels illicites afin de protéger les femmes et les filles. Ainsi, pour citer certaines de ces infractions, est interdit le rapport sexuel avec les filles de moins de 15 ans (article 97). De même, nul ne peut avoir des relations sexuelles avec les filles de moins de 18 ans vivant sous sa charge ou sous sa tutelle... Cependant, même s'il est précisé dans l'article 90 du *Code pénal* portant sur le viol que le rapport sexuel avec une personne est interdit sans son consentement, cet article omet de mentionner le cas concernant les femmes handicapées et les filles. Il ne traite pas non plus du libre consentement dans les rapports sexuels. Ce manque de protection peut ouvrir des portes aux viols et aux rapports sexuels forcés dans les couples. Ni le *Code pénal*, ni les autres lois ne garantissent l'accès de tous aux services de santé de la reproduction. En droit du travail, l'équité salariale et la prestation de paternité ne sont prévues nulle part dans la législation. Selon *Employment Act*¹⁰³⁵, une femme enceinte a droit à 12 semaines de congé de maternité (payé pas moins que la moitié de son salaire en temps normal) dont 6 semaines avant l'accouchement et 6 semaines après l'accouchement. L'article 37 de cette même loi interdit à l'employeur de congédier une femme pour des raisons liées à sa grossesse. Cependant, il n'est prévu nulle part dans la loi que la grossesse

¹⁰³⁴ [Code Pénal du Vanuatu], *supra* note 19.

¹⁰³⁵ *Employment Act* 1983, art. 36.

constitue un motif interdit de discrimination et de harcèlement. Une telle lacune est à déplorer puisque souvent les femmes sont traitées différemment et injustement (refus de promotion...) lorsqu'elles sont enceintes ou lorsqu'elles retournent au travail après l'accouchement. Nous encourageons donc le gouvernement de Vanuatu à prendre des mesures législatives pour corriger ces différentes situations.

Enfin, pour conclure cette section, nous avons vu que la *Charte québécoise* à laquelle le constituant accorde une place importante dans l'ordre juridique québécois, a fait du principe d'égalité des femmes, une valeur fondamentale pour la société. Il s'ensuit qu'en cas de conflit entre le droit à l'égalité des femmes et les autres droits concurrents (liberté religieuse ou droit culturel), ce premier doit l'emporter, même si nous reconnaissons que cela dépend des faits et circonstances de l'espèce¹⁰³⁶. Nous avons aussi vu que l'activité législative intense du Québec en matière de droits des femmes a permis une avancée considérable quant à la protection et la promotion des droits des Québécoises. Pour toutes ces raisons et compte tenu des inégalités, mais aussi du manque de protection juridique efficace à l'endroit des femmes au Vanuatu, et de l'inexistence de mécanisme de protection des droits fondamentaux, nous proposons au gouvernement de Vanuatu de suivre le modèle québécois.

¹⁰³⁶ Voir par exemple Pierre Bosset, « Limites de l'accommodement raisonnable : le droit a-t-il tout dit ? », (2007) 9 *Étude Publique*, 165, à la page 167 : en ligne : [http://www.cdpcj.qc.ca/publications/accommodements_limites_droit.pdf] (accessible le 20 septembre 2014).

SECTION II : LES INSTITUTIONS DÉDIÉES À LA PROTECTION ET À LA PROMOTION DES DROITS FONDAMENTAUX, NOTAMMENT DES FEMMES

Nous allons ici étudier les principales institutions qui ont fait du Québec un leader international en matière de protection des droits fondamentaux en général et des droits des femmes en particulier. Il s'agit dans un premier temps du Conseil du statut de la femme (Paragraphe I) qui conseille le gouvernement sur toutes questions touchant les femmes, mais qui peut aussi le critiquer, notamment par des avis quant à ses programmes, politiques et directives en matière de droits des femmes notamment.

Il s'agit ensuite d'étudier la Commission des droits de la personne (Paragraphe II) qui a un rôle non seulement d'éducation aux droits fondamentaux, mais aussi quasi juridictionnel lui permettant de recevoir au préalable les plaintes individuelles relatives à la violation des droits fondamentaux avant de saisir éventuellement le tribunal des droits de la personne.

Ce dernier qui a été créé à la suite de la réforme de la Commission a pour but de permettre une plus grande accessibilité à la justice et une plus grande efficacité dans le mécanisme de protection des droits de la personne au Québec (Paragraphe III). Un tribunal spécialisé tel que celui-ci a aussi l'avantage d'être composé de spécialistes qui sont en mesure de mieux comprendre les questions liées à la discrimination, notamment à l'égard des femmes.

Nous verrons ensuite la pertinence de l'adaptation de ces institutions susmentionnées au Vanuatu, tout en respectant le contexte particulier du pays (Paragraphe IV). Il ne s'agira pas d'une transposition en tant que telle de ces institutions, mais plutôt de la possibilité d'adopter des structures similaires dans la mise en place d'un mécanisme national de protection des droits fondamentaux que nous préconisons.

Enfin, dans un dernier temps (Paragraphe V), nous encourageons les autres États de la région à établir un mécanisme national permettant de protéger et promouvoir efficacement les droits et libertés fondamentaux.

Il faut faire une parenthèse ici pour préciser que dans un certain nombre des paragraphes de cette section, notamment ceux traitant de la Commission des droits de la personne ou encore du Tribunal des droits de la personne, nous n'aborderons pas la protection du droit à l'égalité des femmes en

tant que telle, mais plutôt celle des droits fondamentaux en général. En effet, notre objectif dans ces paragraphes consiste à démontrer le bien-fondé du mécanisme de protection des droits fondamentaux au Québec pour ensuite le prendre comme modèle pour les États du Pacifique, dont le Vanuatu. Ainsi, ce mécanisme québécois ne vise pas seulement à protéger le droit à l'égalité des femmes, mais bien tous les droits et libertés de chacun. Il en sera de même au Vanuatu où nous préconisons la mise en place d'un mécanisme de protection des droits et libertés de tous. Bien évidemment, compte tenu de l'objet de notre étude, nous mettrons plus d'accent quand il sera nécessaire sur les droits fondamentaux des femmes.

PARAGRAPHE I : LE CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME

Par son rôle, entre autres, de rendre des avis et conseiller le gouvernement sur toutes questions touchant les femmes, le Conseil de statut de la femme constitue un véritable agent de changement dans les rapports entre les sexes. Comme nous le verrons, celui-ci a été à l'origine d'un ensemble de mesures notamment législatives importantes adoptées par le gouvernement pour renforcer les droits des Québécoises.

Dès les années 1970, le gouvernement du Québec a reconnu le besoin de créer des institutions consultatives ayant pour mission d'informer l'action gouvernementale sur toutes les questions touchant les femmes¹⁰³⁷. Ainsi, le Conseil du statut de la femme qui a été créé en 1978 constitue sans doute l'institution pionnière en matière de droits des femmes au Québec¹⁰³⁸. Il mène quatre principales activités :

- 1) Il transmet des avis au gouvernement en se prononçant sur des projets de loi, des politiques ou des actions qui présentent des enjeux en matière d'égalité entre les femmes et les hommes.
- 2) Par ses études, documente et illustre des phénomènes sociaux et les conditions des vies des Québécoises.
- 3) Publie et diffuse ses travaux pour faire connaître la situation des femmes et les enjeux en matière d'égalité. Il participe aux grands débats, notamment en organisant diverses activités de communication.
- 4) Présent en région, il apporte son expertise pour soutenir le milieu et les instances régionales dans la prise en compte, sur le plan du développement régional, de l'égalité entre les femmes et les hommes¹⁰³⁹.

¹⁰³⁷ [Lamarche et Lebuis, « Ré/apprendre »], *supra* note 100, à la page 355.

¹⁰³⁸ *Loi sur le Conseil du statut de la femme*, L.R.Q., c. C-59 [*Loi sur le Conseil du statut de la femme*].

¹⁰³⁹ Conseil du statut de la femme, *Rapport annuel de gestion 2012-2013*, Québec, Gouvernement du Québec, 2013, à la page 13 ; Voir le site internet du Conseil du statut de la femme :

En ce qui concerne sa structure organisationnelle, le Conseil est dirigé par une présidente nommée par le Conseil des ministres. La présidente a autorité sur l'assemblée des membres composée d'elle-même et de dix femmes nommées également par le gouvernement et provenant des associations féminines, des milieux universitaires, des groupes socio-économiques et des syndicats. La présidente et les dix membres du Conseil élaborent les grandes orientations, approuvent les avis et les mémoires produits par l'équipe de la recherche et de l'analyse et entérinent les recommandations transmises au gouvernement¹⁰⁴⁰. Elles s'assurent également que ces recommandations sont réalistes et reflètent la diversité des femmes au Québec.

Dans ce sens, au cours des dernières années, le Conseil a rendu des avis sur divers sujets sensibles tels que la laïcité, les stéréotypes sexuels, ou encore la polygamie. Ainsi, dans un avis intitulé *Affirmer la laïcité, un pas de plus vers l'égalité réelle entre les hommes et les femmes*¹⁰⁴¹, rendu en 2011, le Conseil a recommandé à l'État québécois d'affirmer clairement, notamment dans la *Charte* que l'État est laïque. En effet, cette affirmation est nécessaire, entre autres, pour conserver les droits des femmes chèrement acquis au cours des années. En 2010, le Conseil a mené une étude intitulée *Entre le rose et le bleu : stéréotypes sexuels et construction sociale du féminin et du masculin*¹⁰⁴² dans laquelle il met en évidence les effets négatifs des stéréotypes sexuels sur les femmes. Il a aussi vivement critiqué la polygamie en raison de ses effets néfastes sur les femmes dans son avis intitulé *La polygamie au regard du droit des femmes*¹⁰⁴³ rendu en novembre 2010.

Au-delà des conseils prodigués à l'État, notamment dans le cadre de ces avis, le Conseil jouit d'une indépendance qui lui permet, tel que mentionné, de critiquer ouvertement l'État québécois sur toutes questions touchant les femmes. À titre d'exemple, en début d'année 2014, tout en appuyant le projet de Loi 60 intitulé *Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*, le Conseil a cependant émis des réserves sur l'interdiction pour les employés de l'État de porter des

[<http://www.csf.gouv.qc.ca/modules/AMS/article.php?storyid=12>] (accessible le 22 mai 2015) ; Voir aussi les articles 2 et 3 de la *[Loi sur le Conseil du statut de la femme]*, *supra* note 1038.

¹⁰⁴⁰ Conseil du Statut de la femme, *Rapport annuel de gestion 2013-2014*, Québec, Gouvernement du Québec, 2014, à la page 18.

¹⁰⁴¹ Conseil du statut de la femme, *Affirmer la laïcité, un pas de plus vers l'égalité réelle entre les hommes et les femmes*, Québec, 28 mars 2011, à la page 128-131.

¹⁰⁴² Conseil du statut de la femme, *Entre le rose et le bleu : stéréotypes sexuels et construction sociale du féminin et du masculin*, Québec, 21 janvier 2010.

¹⁰⁴³ *[CSF, La polygamie]*, *supra* note 751.

signes religieux ostentatoires préconisées par le projet de loi¹⁰⁴⁴. En effet, le Conseil a appuyé la grande majorité de mesures détaillées dans le projet, mais a critiqué l'interdiction susmentionnée en raison du risque de stigmatisation, voire d'exclusion des femmes issues des minorités ethniques et religieuses. Ce projet de loi porté par le Parti Québécois est finalement mort au feuilleton lorsque le gouvernement de Pauline Marois a perdu les élections en avril 2014.

Par ailleurs, comme nous l'avons souligné, de par son rôle, le Conseil de statut de la femme constitue un véritable agent de changement dans les rapports entre les femmes et les hommes au Québec. En effet, celui-ci a été à l'origine de plusieurs mesures prises par le gouvernement pour améliorer la condition et le statut de la femme au Québec. Nous allons ici retracer un certain nombre d'entre elles qui nous semblent importantes. Ainsi, ayant intéressé le Conseil depuis longtemps en raison des dangers et risques qu'elle peut engendrer pour les femmes, la question de la diversité culturelle et religieuse a fait l'objet d'un avis rendu en 2007. Présenté comme avis sur l'égalité (*Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et libertés religieuses*¹⁰⁴⁵), il a fait l'objet de six recommandations ayant pour but de renforcer le droit à l'égalité des femmes. Par la suite, certaines de ces recommandations ont été effectivement prises en compte par le gouvernement québécois. En effet, comme nous l'avons vu, la *Loi 63*¹⁰⁴⁶ a modifié la *Charte* pour y inclure nommément l'égalité entre les hommes et la femme. Le gouvernement québécois a aussi tenté de mettre en œuvre une de ces recommandations portant sur la mise en place des balises d'accommodement raisonnable afin de respecter en tout temps l'égalité entre les hommes et les femmes. Ainsi, le projet de loi 94¹⁰⁴⁷ qui a été préparé par le gouvernement libéral en 2010 consistait à encadrer les demandes d'accommodement dans l'administration gouvernementale et dans certains établissements. La contribution originale de ce projet de loi résidait dans l'énonciation de la règle selon laquelle la prestation et l'obtention des services publics devraient se faire à visage découvert¹⁰⁴⁸. Une telle initiative gouvernementale avait également pour but de donner suite aux recommandations du rapport Bouchard-Taylor que nous avons précédemment mentionné. Malheureusement, ce projet de loi est mort au feuilleton. Il ne s'agit là que de quelques exemples

¹⁰⁴⁴ Marco Belair-Cirino, « Le Conseil du statut de la femme se range dans le camp pro-charte », *Le Devoir*, Québec, 25 janvier 2014, en ligne : [<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/398224/le-conseil-du-statut-de-la-femme-se-range-dans-le-camp-pro-charte>] (accessible le 25 mai 2014).

¹⁰⁴⁵ [CSF, *Droit à l'égalité*], *supra* note 848.

¹⁰⁴⁶ Projet de loi 63 *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, 2008.

¹⁰⁴⁷ Projet de loi 94 *Loi établissant les balises encadrant les demandes des accommodements dans l'administration gouvernementale et dans certains établissements*, 2010.

¹⁰⁴⁸ Voir Jocelyn Maclure, « Laïcité et fédéralisme : le débat sur la Charte de la laïcité dans le contexte fédéral canadien », (2014) Réseau québécois de réflexion sur le fédéralisme 1, à la page 5, en ligne : [http://ideefederale.ca/documents/Charte_fr.pdf] (accessible le 26 mai 2015).

d'activités menées par le Conseil pour contribuer à l'amélioration de la cause des femmes québécoises et maintenir les droits acquis pendant les générations passées.

PARAGRAPHE II : LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE

Instituée en 1976, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après la Commission) est un organisme indépendant du gouvernement de Québec ayant pour mission de « veiller au respect des principes énoncés dans la Charte ainsi qu'à la protection de l'intérêt de l'enfant et au respect des droits qui lui sont reconnus par la Loi sur la protection de la jeunesse »¹⁰⁴⁹. Sa mission consiste par ailleurs à « veiller à l'application de la Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics »¹⁰⁵⁰. Ainsi, pour réaliser ces objectifs, un certain nombre de fonctions spécifiques lui sont conférées par la *Charte* (1). Elle a notamment le pouvoir d'entendre les plaintes déposées par tout individu qui estime que ses droits fondamentaux sont bafoués. D'un point de vue juridictionnel cependant, il faut plus que cela pour que les droits fondamentaux de chacun soient efficacement mis en œuvre. C'est ce qui a été décidé dans la réforme de la Commission en 1990 (2).

1) Les fonctions de la Commission

Il est certain que la Commission joue un rôle important dans la promotion et le respect des droits fondamentaux, notamment les droits des femmes au Québec. Ses principales fonctions consistent à informer le public des droits reconnus, entre autres, par la *Charte* ; à enquêter sur des cas de discrimination et d'exploitation au sens de la *Charte* ; à faire des recommandations au gouvernement quant à la conformité des lois à la *Charte* ; à mener des recherches et produire des publications sur les droits et libertés de la personne ; à fournir des conseils sur les accommodements raisonnables ; à assurer le bon fonctionnement des programmes d'accès à l'égalité ; et enfin à travailler avec les autres organisations chargées de promouvoir les droits et libertés fondamentaux. Voyons un peu plus en détail les activités et réalisations de la Commission dans le cadre de sa mission de promouvoir et protéger les droits fondamentaux.

¹⁰⁴⁹ [*Charte québécoise*], *supra* note 98, art. 57 ; Voir les explications de [*Brun, Tremblay et Brouillet, Droit constitutionnel*], *supra* note 862, à la page 1071.

¹⁰⁵⁰ [*Charte québécoise*], *supra* note 98 : la suite de l'article 57.

a) Les enquêtes de la Commission

La Commission a la responsabilité d'enquêter sur des cas de discrimination et d'exploitation afin de favoriser la mise en œuvre de la *Charte* à l'échelle individuelle¹⁰⁵¹. En effet, elle peut déclencher des enquêtes sur sa propre initiative, à la demande d'une personne ou d'un groupe de personnes. L'article 68 de la *Charte* accorde aux enquêteurs de la Commission le pouvoir d'assigner des témoins à comparaître et à produire des documents. Toutefois, un tel pouvoir coercitif de la Commission ne concerne que les cas de discrimination ou de harcèlement fondés sur l'un des motifs interdits de discrimination prévus à l'article 10 de la *Charte*, les cas de discrimination en emploi en raison d'antécédents judiciaires (article 18.2 de la *Charte*) ou encore les cas d'exploitation de personnes âgées ou handicapées (article 48 de la *Charte*).

À la fin de l'enquête, en cas des preuves concluantes, elle peut soit proposer des mesures de redressement, soit porter l'affaire devant le tribunal et représenter gratuitement le plaignant. Ainsi, le rapport 2013-2014 de la Commission révèle qu'après enquête sur un cas de discrimination fondée sur le handicap, la Commission a recommandé à un employeur (un organisme sans but lucratif) de verser des dommages-intérêts matériels, moraux et punitifs à une femme pour avoir refusé de l'embaucher à un poste permanent de conseillère à l'emploi en raison de son handicap. L'enquête de la Commission a révélé qu'elle avait les qualités et l'expérience requises pour occuper le poste¹⁰⁵². Nous reviendrons sur la question de la saisine du Tribunal par la Commission plus bas.

b) La médiation et la judiciarisation proposées par la Commission

Comme nous l'avons souligné plus haut, toute personne peut saisir la Commission si elle estime être victime :

- de discrimination ou de harcèlement fondés sur des motifs interdits par la *Charte* ;
- d'exploitation (personnes âgées ou handicapées) ;
- de discrimination en emploi en raison d'antécédents judiciaires ;
- de représailles pour avoir déposé une plainte ou participé à une enquête de la Commission¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ [Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*], *supra* note 862, à la page 1071.

¹⁰⁵² Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2013-2014*, CDPDJ, Montréal, 2014, à la page 50 [Commission, *Rapport 2013-2014*].

¹⁰⁵³ [Commission, *Rapport 2013-2014*], *supra* note 1052, à la page 46.

Après évaluation de la demande et dans le cas où elle est recevable, la Commission décide de l'ouverture du dossier de la plainte. Depuis une décennie, plus d'un millier de plaintes sont déposées chaque année à la Commission. Ainsi, pour l'année 2013-2014, sur les 1672 plaintes considérées, 943 dossiers ont été ouverts pour enquêtes¹⁰⁵⁴. Pour l'année 2012-2013, sur les 1671 plaintes considérées, 1022 dossiers ont été ouverts pour enquêtes et pour la période 2011-2012, sur les 1642 plaintes considérées, 1047 dossiers ont été ouverts pour enquêtes¹⁰⁵⁵. Ces rapports montrent que les inégalités et des discriminations persistent et qu'il est important de mettre en place des institutions telles que la Commission pour les contrer. Les femmes aussi continuent de subir des inégalités. Le rapport de l'activité 2013-2014 de la Commission note que 9% de dossiers ouverts concernaient la discrimination envers les femmes en raison de leur sexe ou de leur grossesse¹⁰⁵⁶.

Selon les articles 71 à 80 de la *Charte*¹⁰⁵⁷, avant qu'elle ne porte un cas devant un tribunal, la Commission peut, au terme de son enquête, tenter d'amener les parties à régler leur différend ou si la chose s'avère impossible, le soumettre à un arbitrage. Or, comme nous verrons plus bas lorsque nous aborderons les limites de la Commission, avec toutes les charges qui reposent sur celle-ci et en raison de ses moyens limités, la Commission a intérêt à proposer la médiation aux parties. Nous notons ainsi une augmentation régulière des dossiers traités par le service de médiation. En effet, pendant la période 2012-2013, 266 dossiers ont été traités par le service de médiation¹⁰⁵⁸. Pendant la période 2011-2012, 216 dossiers ont été traités par ce service et pendant la période 2010-2011, 207 dossiers ont été traités par le même service¹⁰⁵⁹.

En cas d'échec de ces étapes, l'article 84 de la *Charte* prévoit que la Commission conserve le pouvoir discrétionnaire de judiciariser (ou de ne pas judiciariser) le cas considéré. Advenant la judiciarisation, la Commission s'adresse à un tribunal, dont le Tribunal des droits de la personne, pour obtenir toute mesure de redressement en faveur de la victime. Si elle décide de ne pas porter l'affaire devant un tribunal, elle doit toutefois motiver sa décision.

¹⁰⁵⁴ [Commission, *Rapport 2013-2014*], *supra* note 1052, 48.

¹⁰⁵⁵ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2012-2013*, CDPDJ, Montréal, 2013, à la page 54 [Commission, *Rapport 2012-2013*]; Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2011-2012*, CDPDJ, Montréal, 2012, à la page 44 [Commission, *Rapport 2011-2012*].

¹⁰⁵⁶ [Commission, *Rapport 2013-2014*], *supra* note 1052, 52.

¹⁰⁵⁷ [Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*], *supra* note 862, à la page 1071 et s.

¹⁰⁵⁸ [Commission, *Rapport 2012-2013*], *supra* note 1055, à la page 62.

¹⁰⁵⁹ [Commission, *Rapport 2011-2012*], *supra* note 1055, à la page 52

Par ailleurs, en matière de droits de la jeunesse, la Commission peut prendre des mesures nécessaires pour corriger les situations où les droits des enfants sont bafoués. Elle peut, par exemple, saisir les tribunaux (Cour de Québec, Chambre de la jeunesse) lorsque ses recommandations visant à corriger une situation ne sont respectées.

c) Les activités de la Commission en matière d'accès à l'égalité en emploi

La Commission est, en plus, chargée de mettre en œuvre la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*¹⁰⁶⁰. Cette loi oblige les organismes publics à mettre en place un programme d'accès à l'égalité pour les femmes, les autochtones, les minorités visibles, les minorités ethniques et depuis 2005, les personnes handicapées. Dans ce sens, durant l'année 2013-2014, la Commission a, entre autres, produit trois rapports d'élaboration exigeant des organismes ayant une sous-représentation importante de réaliser une analyse de leur système d'emploi et un plan visant à prendre davantage en compte la représentation de ces personnes vulnérables¹⁰⁶¹.

La Commission joue par ailleurs un rôle important en matière d'accommodement raisonnable. En effet, son programme de service-conseil en la matière accompagne les entreprises, les organisations ou les syndicats ayant reçu une demande d'accommodement d'un employé ou d'un client. En agissant ainsi, la Commission prévient la discrimination puisqu'elle permet une meilleure compréhension des obligations juridiques, des rôles et responsabilités de chacune des parties concernées¹⁰⁶². Ainsi, dans son rapport de l'année 2013-2014, la Commission a fait mention d'un exemple d'accommodement raisonnable selon lequel, une éducatrice (témoin de Jéhova) dans un centre de la petite enfance a été accommodée dans son travail¹⁰⁶³. Comme elle ne pouvait participer aux fêtes et aux décorations qu'elle estimait contraires à sa religion, ses tâches ont été adaptées de manière à ce que ses croyances soient respectées.

d) Les activités liées à la recherche, à l'éducation et à la coopération

L'article 71 alinéa 6 de la *Charte* souligne que la Commission assume la fonction de « relever les dispositions des lois du Québec qui seraient contraires à la Charte et faire au gouvernement les

¹⁰⁶⁰ *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, 2000, Ch A-2.01.

¹⁰⁶¹ [Commission, *Rapport 2013-2014*], *supra* note 1052, 76.

¹⁰⁶² [Commission, *Rapport 2013-2014*], *supra* note 1052, 76.

¹⁰⁶³ [Commission, *Rapport 2013-2014*], *supra* note 1052, à la page 79.

recommandations appropriées »¹⁰⁶⁴. Conformément à cet article, la Commission analyse des lois et programmes gouvernementaux pour vérifier leur conformité à la *Charte*. Ainsi, durant l'année 2013-2014, la commission a passé en revue les 73 numéros de la Gazette officielle du Québec et a analysé 61 projets de loi et projets de règlements pour vérifier leur conformité à la *Charte*¹⁰⁶⁵.

La Commission joue en plus un rôle consultatif en adoptant des recommandations, des avis ou en menant des études sur des sujets particuliers en réponse à la demande d'intervenants externes (ministères et société civile).

Toujours en vertu de l'article 71 de la *Charte*, la Commission élabore et applique un programme d'information et d'éducation. Celui-ci vise, pour reprendre les mots du rapport de la Commission, « à promouvoir, à faire comprendre et accepter l'objet et les dispositions de la Charte et de la Loi sur la Protection de la Jeunesse, ainsi qu'à coopérer avec toute organisation vouée à la promotion des droits et libertés de la personne, au Québec ou ailleurs »¹⁰⁶⁶. Dans ce sens, la Commission organise des séances de formation, des conférences et colloques et produit des publications sur le thème de la protection des droits et libertés. Ainsi, durant l'année 2013-2014, le service d'éducation-coopération de la Commission a participé à 387 activités éducatives, a offert 270 séances de formation en milieu de travail, en milieu scolaire et en milieu communautaire¹⁰⁶⁷.

Enfin, la Commission coopère avec des organismes de défense des droits et libertés non seulement au Québec, mais aussi au Canada et sur la scène internationale dont la Francophonie. À titre d'exemple, en mai 2013, la Commission a participé au Colloque annuel de l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne tenu à Halifax et portant sur l'évolution des droits fondamentaux et les campagnes de sensibilisation du public sur le développement du leadership en matière de droits de la personne¹⁰⁶⁸.

La Commission collabore aussi avec le Conseil canadien des défenseurs des enfants et des jeunes dans le but de développer de meilleures pratiques dans le domaine des enquêtes, de la recherche sociale et de l'éducation concernant l'éducation des droits des enfants¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁴ [*Charte québécoise*], *supra* note 98, art. 71.

¹⁰⁶⁵ [*Commission, Rapport 2013-2014*], *supra* note 1052, 81.

¹⁰⁶⁶ [*Commission, Rapport 2013-2014*], *supra* note 1052, 90.

¹⁰⁶⁷ [*Commission, Rapport 2013-2014*], *supra* note 1052, à la page 90-91.

¹⁰⁶⁸ [*Commission, Rapport 2013-2014*], *supra* note 1052, 94.

¹⁰⁶⁹ [*Commission, Rapport 2013-2014*], *supra* note 1052, à la page 95.

En somme, il est clair que dans le cadre de ses fonctions, la Commission contribue activement à la promotion et à la protection des droits et libertés fondamentaux au Québec. Cependant, elle n'est pas exempte de critiques, en particulier lorsqu'il faut protéger efficacement les droits et libertés de la personne.

2) Les faiblesses de la Commission

La Commission connaît deux principales faiblesses. Alors que la première concerne des ressources financières limitées pour prendre en charge le personnel nécessaire, la deuxième porte directement sur son rôle de promouvoir et protéger efficacement les droits et libertés fondamentaux.

En ce qui concerne la première faiblesse, depuis 2013, le gouvernement de Québec a imposé des restrictions budgétaires, en particulier dans les ressources humaines. En effet, au 31 mars 2014, 148 personnes étaient en poste (même nombre au 31 mars 2013) comparativement à 153 en mars 2012¹⁰⁷⁰, 167 en mars 2011¹⁰⁷¹ et également 167 en mars 2010¹⁰⁷². Or, ces restrictions ne permettent pas à la Commission d'atteindre l'effectif maximal autorisé (soit 167 équivalents temps complet) par le Conseil du Trésor pour exercer la mission de la Commission à la fois au siège social à Montréal et dans les bureaux régionaux.

Une deuxième série de faiblesses ont mené à la réforme de la Commission. Aussi bien au Canada (Québec) qu'ailleurs (Europe, Amérique et Afrique), les Commissions des droits de l'Homme ou des droits de la personne ont été créées. Encore une fois, leur mission principale consiste à enquêter sur les violations des droits et libertés des citoyens et, le cas échéant, proposer des mesures de redressement ou de saisir un tribunal spécialisé¹⁰⁷³. La mise en œuvre de ces systèmes aura permis au fil des années d'en éprouver l'efficacité et l'accessibilité.

Au Canada et au Québec en particulier, des réformes ont été proposées suite aux lacunes constatées. Après plusieurs années d'opération, il a été constaté que les mécanismes mis en place afin d'assurer

¹⁰⁷⁰ [Commission, Rapport 2013-2014], supra note 1052, à la page 23 ; [Commission, Rapport 2012-2013], supra note 1055, à la page 23.

¹⁰⁷¹ [Commission, Rapport 2011-2012], supra note 1055, à la page 19.

¹⁰⁷² Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2010-2011*, CDPDJ, Montréal, 2011, à la page 26 [Commission, Rapport 2010-2011].

¹⁰⁷³ Michèle Rivet, « L'accès à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ? - Quelques notes introductives », dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, dir., *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville (Québec), éditions Yvon Blais, 2008, 7, à la page 11 [Rivet, « L'accès à un Tribunal »].

un système de protection efficace n'ont pas produit les résultats escomptés. En effet, la Commission des institutions qui a reçu le mandat d'examiner les activités et la gestion de la Commission des droits de la personne a identifié un certain nombre de problèmes dont les deux principaux concernent les longs délais d'enquêtes et le fait que les juges des cours ordinaires sont moins bien informés de certaines réalités relatives aux droits de la personne que les membres d'un tribunal spécialisé sur les droits de la personne¹⁰⁷⁴. Ces difficultés avaient pour effet de décourager les plaignants à porter plainte. La Commission des institutions a alors proposé de modifier la *Charte* et instaurer un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne. Cette proposition a été concrétisée en 1990 par la création du Tribunal des droits de la personne du Québec.

PARAGRAPHE III : LE TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE

Institué en 1990 à la suite d'amendements apportés à la *Charte québécoise*, le Tribunal des droits de la personne du Québec est compétent pour connaître les litiges liés à la discrimination, à l'exploitation et au harcèlement interdits par la *Charte* et aussi les litiges relatifs aux programmes d'accès à l'égalité (1). En créant ce Tribunal, le législateur québécois visait notamment une plus grande accessibilité à la justice et plus d'efficacité dans le processus d'adjudication¹⁰⁷⁵. Les juges spécialisés du tribunal sont aussi plus sensibles aux questions de discrimination et d'exploitation.

Dans le deuxième sous-paragraphe, nous aborderons la composition, le fonctionnement et les procédures du Tribunal (2). Nous nous attarderons notamment sur les règles de procédure et de preuve simplifiées ayant permis non seulement une gestion efficace de l'instance, mais également un traitement rapide des dossiers.

Enfin, dans un dernier sous-paragraphe, nous traiterons les limites actuelles du Tribunal (3). En effet, depuis 1997, l'accès au Tribunal a été considérablement réduit. Il a rendu beaucoup moins de décisions depuis cette année.

¹⁰⁷⁴ Anne-Marie Santorineos, « L'accès à la justice en matière de droits de la personne : le difficile accès au tribunal des droits de la personne », (2012) 42 R.D.U.S. 49, à la page 51-52 [Santorineos, « L'accès à la justice »] ; Lucie Lamarche et Frédérique Poirier, « L'accès au Tribunal des droits de la personne : une fréquence modulée », (1998) 57 R. de B. 785, à la page 785 et s.

¹⁰⁷⁵ Le Tribunal des Droits de la Personne, *Bilan d'activités 2013-2014*, TDP, Montréal, mars 2015, à la page 3 [TDP, *Bilan 2013-2014*]; Le Tribunal des Droits de la Personne, *Bilan d'activités 2012-2013*, TDP, Montréal, 2013 à la page 2 [TDP, *Bilan 2012-2013*]; [Santorineos, « L'accès à la justice »], *supra* note 1074, à la page 52.

1) La compétence du Tribunal

À titre de tribunal spécialisé en matière de droits de la personne, celui-ci est compétent pour connaître des litiges relatifs à la discrimination et au harcèlement fondés sur différents motifs interdits par la *Charte québécoise*, à savoir le sexe, la race, la grossesse, la religion...¹⁰⁷⁶. Il dispose aussi des litiges concernant l'exploitation de personnes âgées ou handicapées ou ceux relatifs à des programmes d'accès à l'égalité.

Le tribunal est par ailleurs compétent pour assurer la protection des droits de chacune et chacun à conclure en toute égalité un acte juridique tel un bail d'habitation, à avoir accès à des moyens de transport, à des lieux publics ou encore de ne pas subir de discrimination à l'embauche. En matière de harcèlement (dont les femmes sont souvent victimes), comme le note le récent rapport du Tribunal, ce dernier sanctionne des propos, des actes ou des demandes vexatoires reliés à un motif interdit par la *Charte* et ayant une continuité dans le temps¹⁰⁷⁷.

2) La composition, le fonctionnement et les procédures du Tribunal

Le tribunal est composé de sept personnes nommées par le gouvernement, dont un président désigné parmi les juges de la Cour du Québec et six assesseurs. Ils ont tous un mandat de cinq ans, renouvelable. Tous les membres du tribunal sont choisis en fonction non seulement de leur expérience et leur expertise, mais également en fonction de leur sensibilisation et leur intérêt marqués en matière de droits et libertés de la personne¹⁰⁷⁸.

Le tribunal siège en divisions de trois membres (un juge qui préside la division et signe la demande et deux assesseurs jouant le rôle d'assistance et de conseil). Du point de vue démocratique, cette idée de la participation des assesseurs constitue une belle initiative puisque ceux-ci représentent en quelque sorte le peuple ou le public.

¹⁰⁷⁶ [TDP, Bilan 2013-2014], *supra* note 1075, à la page 3-4 ; [TDP, Bilan 2012-2013], *supra* note 1075, à la page 3 ; Le Tribunal des Droits de la Personne, *Bilan d'activités 2011-2012*, Montréal, mars 2013, à la page 3 [TDP, Rapport 2011-2012] ; Le Tribunal des Droits de la Personne, *Bilan d'activités 2010-2011*, Montréal, mars 2012, à la page 3.

¹⁰⁷⁷ [TDP, Bilan 2013-2014], *supra* note 1075, à la page 4.

¹⁰⁷⁸ [TDP, Bilan 2012-2013], *supra* note 1075, à la page 3.

Le tribunal dispose d'une autonomie complète par rapport à la Cour du Québec et exerce exclusivement une fonction d'adjudication. C'est ainsi que celui-ci se distingue des tribunaux spécialisés dans les autres provinces canadiennes (y compris au niveau fédéral) qui procèdent plutôt comme des entités administratives. En effet, dans les tribunaux spécialisés de ces autres provinces, les membres n'agissent que de manière ponctuelle et n'ont pas le statut de juges.

Toute personne désirant tenter un recours au Tribunal des droits de la personne du Québec doit avant tout déposer une plainte à la Commission. Si elle estime que la plainte est recevable, la Commission déclenche une enquête non contradictoire avant de décider s'il y a lieu de saisir ou non le Tribunal. Dans l'affirmative, la Commission représente le ou la plaignant(e) devant le Tribunal. Dans le cas contraire, la *Charte* prévoit que le plaignant peut tenter lui-même, et à ses frais, un recours au Tribunal. Or, dans un jugement rendu en 1997¹⁰⁷⁹ que nous analyserons plus loin, la Cour d'appel du Québec a considérablement restreint la portée du recours individuel en décidant qu'il ne peut être exercé que dans les cas où, après avoir considéré la plainte fondée, la Commission décide néanmoins de ne pas saisir un Tribunal¹⁰⁸⁰.

Par ailleurs, le Tribunal fonctionne selon un ensemble de règles de procédures et de preuve simplifiées lui permettant de rendre justice avec efficacité et célérité¹⁰⁸¹. Elles sont complétées par les règles de procédure et de pratique du Tribunal des droits de la personne adoptées en 2007 par le Président avec le concours de la majorité des autres membres du Tribunal conformément à l'article 110 de la *Charte*¹⁰⁸². En effet, l'article premier de cette réglementation de 2007 souligne que ces règles « visent à simplifier, à faciliter et à accélérer le déroulement des demandes dont le Tribunal est saisi. Elles s'interprètent et s'appliquent de manière à assurer une gestion efficace de l'instance et un traitement rapide des dossiers. Elles complètent les règles de procédure et de preuve prévues à la Charte... »¹⁰⁸³.

Ainsi, conformément à ces règles, le plaignant produit dans un premier temps une demande introductive d'instance au greffe de la Cour du Québec du district dans lequel se trouve son domicile. Par souci d'accessibilité, le Tribunal siège dans tous les districts judiciaires du Québec.

¹⁰⁷⁹ *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108 (CA) [*Ménard*].

¹⁰⁸⁰ [*TDP, Bilan 2012-2013*], *supra* note 1075, à la page 5.

¹⁰⁸¹ [*Charte québécoise*], *supra* note 98, art. 114 à 124 (chapitre portant « Procédure et preuve »).

¹⁰⁸² *Règles de procédure et de pratique du Tribunal des droits de la personne* (2007) G.O. II, 2772 [c. C-12, r. 4]. [*Règles de procédure*], *supra* note 1082. Ces règles sont adoptées en 2007 par le Président avec le concours de la majorité des autres membres du Tribunal conformément à l'article 110 de la *Charte*.

¹⁰⁸³ [*Règles de procédure*], *supra* note 1082, art. 1.

Ensuite, dans les 15 jours qui suivent, le plaignant produit un mémoire qui expose ses prétentions et les arguments qui les appuient. Le greffier du tribunal signifie ensuite ce mémoire à toutes les parties au dossier. Dans les 30 jours suivant cette signification, la partie défenderesse ou encore d'autres intéressés ont la possibilité (et non l'obligation) de produire leur mémoire respectif que le greffier signifie au demandeur. À la date de l'expiration des délais prévus pour le dépôt des procédures, le dossier est inscrit et l'audition est alors fixée. Les parties peuvent être représentées par un avocat. Le Tribunal entend une preuve complète apportée par les témoins des parties et reprend les motivations de ces dernières dans une décision motivée. Le Tribunal n'est pas tenu d'appliquer les règles particulières de la preuve en matière civile (sous réserve des exceptions prévues par la *Charte*)¹⁰⁸⁴. Au contraire, il peut accepter toute preuve utile et pertinente et tout moyen de preuve. Dans ce sens, il peut recevoir des témoignages, des documents, des expertises, des vidéos, des enregistrements sonores, des photographies, des objets, etc... À titre d'exemple, dans un récent jugement, après avoir examiné des simples preuves de témoignages et d'une vidéo de surveillance sans bande sonore, le Tribunal a condamné l'employeur pour faute de discrimination et de harcèlement à l'égard d'une employée en raison de son origine ethnique ou nationale¹⁰⁸⁵.

Les règles sont donc clairement plus souples que devant les autres tribunaux. Le Tribunal des droits de la personne est cependant tenu de respecter les principes généraux du droit, notamment le droit de chaque partie de se faire entendre et de contre-interroger des témoins.

Le Tribunal peut recourir au *Code de procédure civile*, mais seulement à titre supplétif. Il se réserve même le droit d'y apporter des adaptations nécessaires pour plus de souplesse.

Enfin, les décisions du Tribunal deviennent exécutoires au moment de leur dépôt au greffe de la Cour du Québec du district où la demande est formulée ou encore lorsque celles-ci sont confirmées en Cour supérieure. Les décisions finales du Tribunal peuvent être portées en appel à la Cour d'appel du Québec sur permission de l'un de ses juges.

¹⁰⁸⁴ [*Charte québécoise*], *supra* note 98, art. 123.

¹⁰⁸⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9209-9829 Québec inc.*, [2015] QCTDP1. L'employeur a été condamné à verser à l'employée 21 000 \$ de dommages-intérêts ; Voir aussi l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Robitaille*, [2014] QCTDP2 où les preuves apportées sont essentiellement des témoignages.

3) Les limites relatives à l'accès au Tribunal des droits de la personne

Tel que nous l'avons mentionné, toute personne qui désire intenter un recours devant le tribunal pour les motifs susmentionnés doit au préalable déposer une plainte devant la Commission. Il revient à cette dernière de saisir le tribunal des droits de la personne lorsque les preuves liées aux violations des droits sont concluantes. Dans le cas contraire, le plaignant peut lui-même y intenter un recours. Cependant, depuis 1997, l'arrêt *Ménard c. Rivet*¹⁰⁸⁶ a considérablement limité le recours individuel. En effet, il a été jugé dans cette affaire que le recours individuel devant le Tribunal n'est possible que lorsque la Commission considère la plainte comme fondée. Dans le cas contraire, le recours individuel n'est pas possible.

En effet, jusqu'en 1997, le tiers des plaintes déposées devant le tribunal des droits de la personne provenaient des victimes agissant à leur propre initiative après le refus de la Commission de procéder à la saisine du tribunal¹⁰⁸⁷. Dans plusieurs cas, le Tribunal a donné raison à ces plaignants qui agissaient seuls après refus de la Commission. Cela n'est plus possible depuis l'arrêt *Ménard c. Rivet*¹⁰⁸⁸. Dans cette affaire, Madame Francoeur a allégué que le refus du Tribunal d'arbitrage de l'éducation de l'embaucher comme agente de recherche était discriminatoire puisque fondé sur ses convictions politiques, son état civil et son sexe (article 10 et 16 de la *Charte*). Après enquête, la Commission des droits de la personne a pris la décision de fermer son dossier pour insuffisance de preuve. Madame Francoeur a saisi le Tribunal des droits de la personne conformément aux articles 84 et 114 de la *Charte*. Avec le concours de l'appelant Ménard, le Procureur général du Québec est intervenu et a déposé une requête pour exception déclinatoire *rationae materiae* argumentant qu'après classement de l'affaire conformément à l'article 78, un plaignant ne peut plus se pourvoir directement devant le Tribunal des droits de la personne. Il a soutenu que la saisine du Tribunal n'était limitée qu'aux affaires déferées par la Commission sous réserve d'exceptions dont celle prévue à l'article 84. La requête de Monsieur Ménard a été rejetée lorsque le Tribunal a considéré que le refus de la Commission n'empêcherait pas le plaignant de se pourvoir directement devant le Tribunal des droits de la personne. En d'autres termes, le Tribunal des droits de la personne a jugé qu'il est compétent pour connaître cette affaire. La Cour d'appel du Québec a cependant jugé le

¹⁰⁸⁶ [*Ménard*], *supra* note 1079 ; [Santorineos, « L'accès à la justice »], *supra* note 1074, à la page 49 et s ; Michel Coutu, « Le tribunal des droits de la personne comme « gardien de la Constitution » », dans *Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec*, dir., *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville, éditions Yvon Blais, 2008, 87, à la page 114 [Coutu, « Le Tribunal »].

¹⁰⁸⁷ [Coutu, « Le Tribunal »], *supra* note 1086, à la page 114.

¹⁰⁸⁸ [*Ménard*], *supra* note 1079.

contraire en ne reconnaissant pas la compétence du Tribunal des droits de la personne de se saisir de cette affaire. Au nom de ses collègues, le juge Lebel souligne :

« Avec égards pour l'opinion contraire, le Tribunal a donné une extension indue à sa compétence d'attribution en concluant à son droit de se saisir d'une plainte écartée pour cause d'insuffisance de preuve par la Commission. Ce faisant, il a modifié fondamentalement les mécanismes de gestion et de traitement des plaintes en vertu de la Charte »¹⁰⁸⁹.

La Cour a observé que ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'un plaignant, plutôt que la Commission, peut se pourvoir directement devant le Tribunal. En clair, elle a estimé que ce n'est que dans les cas où, après enquête, la Commission considère que la plainte est fondée (qu'il y a suffisamment de preuve de discrimination), mais décide de ne pas saisir le Tribunal, que le plaignant peut lui-même y intenter un recours.

La Cour explique que :

Dans l'interprétation donnée par le Tribunal des droits de la personne, une partie pourrait s'adresser directement au Tribunal des droits de la personne, même après le rejet de sa plainte pour cause de frivolité. Ce serait écarter toute fonction de gestion des plaintes ou, même, l'idée d'un système intégré de gestion de ces dossiers par l'action combinée de la Commission des droits de la personne et du Tribunal des droits de la personne. Ultimement, on pourrait penser qu'on aurait tout simplement établi deux systèmes de recours parallèles et égaux laissés à l'initiative des parties devant le Tribunal des droits de la personne et devant le tribunal régulier de première instance, comme la Cour supérieure ou la Cour du Québec¹⁰⁹⁰.

Depuis cette décision, les dossiers ouverts au Tribunal proviennent presque exclusivement de recours intentés par la Commission. Ainsi, durant l'exercice judiciaire 2013-2014, 38 nouveaux dossiers ont été ouverts au Tribunal¹⁰⁹¹. De ces 38 recours, 36 ont été intentés par la Commission et deux ont été introduits par des individus. De ces deux recours individuels, un a été introduit par le plaignant après que la Commission ait refusé de saisir le Tribunal alors qu'elle a considéré la plainte comme fondée et un recours a été intenté par un individu après que la Commission ait cessé d'agir. Mais dans ce dernier cas¹⁰⁹², le Tribunal a jugé que conformément à la jurisprudence établie par l'arrêt *Ménard c. Rivet*, il n'est pas compétent pour connaître l'affaire en question. Or, jusqu'en juillet 1997, près de la moitié de demandes déposées devant le Tribunal des droits de la personne provenaient du plaignant même après le refus de la Commission de saisir le Tribunal. Durant

¹⁰⁸⁹ [Ménard], *supra* note 1079, à la page 2119.

¹⁰⁹⁰ [Ménard], *supra* note 1079, à la page 2122.

¹⁰⁹¹ [TDP, Bilan 2013-2014], *supra* note 1075, à la page 45.

¹⁰⁹² *Florea c. Université de Montréal*, [2013] QCTDP 13, Paragraphe 10 [Florea].

l'année 2012-2013, 45 nouveaux dossiers ont été ouverts au Tribunal¹⁰⁹³. De ces 45 recours, 36 provenaient de la Commission et neuf autres ont été introduits par des individus. De ces neuf recours individuels, quatre ont été introduits par les plaignants après que la Commission eût refusé de saisir le Tribunal malgré qu'elle ait considéré les plaintes fondées ; et cinq cas concernaient des dossiers où la Commission a cessé d'agir. Encore une fois, dans ces derniers cas, le Tribunal a jugé qu'il n'était pas compétent pour les connaître. Durant la période 2011-2012, sur les 52 dossiers ouverts au Tribunal, 48 recours ont été intentés par la Commission et seulement quatre ont été introduits par des individus¹⁰⁹⁴. De ces quatre recours individuels, deux ont été introduits par les plaignants après le refus de la Commission de saisir le Tribunal alors que les plaintes étaient fondées et deux dossiers concernaient des cas où la Commission a cessé d'agir. Pareillement, dans ces derniers cas, conformément à la jurisprudence, le Tribunal s'était déclaré incompétent pour les connaître.

Les conséquences de cette décision constituent une certaine limite au droit des individus à accéder au Tribunal des droits de la personne¹⁰⁹⁵. Or, celui-ci a été mis en place, entre autres, pour favoriser justement l'accès à la justice des citoyens. En effet, depuis cette décision, comme nous l'avons vu, la possibilité pour le plaignant de se pourvoir seul devant le Tribunal dépend donc de l'avis de la Commission quant au bien-fondé de la plainte. De plus, même si elle considère la plainte fondée, la Commission se réserve le droit de ne pas saisir le Tribunal. Il existe malheureusement plusieurs cas pour lesquels la Commission a refusé de saisir le Tribunal bien que les plaintes soient fondées selon elle¹⁰⁹⁶. Les raisons qui motivent ses choix de fermer certains dossiers sont parfois difficiles à expliquer. À titre d'exemple, dans l'affaire Simoneau¹⁰⁹⁷, après avoir enquêté sur une plainte relative à la récitation de la prière au Conseil municipal de Saguenay, la Commission a décidé de fermer le dossier en déclarant toutefois que la plainte est fondée. Dans une résolution notifiée à Monsieur Simoneau, la Commission souligne :

[...] Considérant que la Commission, tenant compte de ce qui précède, estime que la preuve est suffisante pour soumettre le litige à un tribunal ;
Considérant que la Commission, en l'espèce, estime qu'il n'est pas dans l'intérêt public de saisir un tribunal du présent litige, étant donné qu'une cause similaire a fait l'objet d'une décision récente du Tribunal des droits de la personne et, dans ce

¹⁰⁹³ [TDP, Bilan 2012-2013], *supra* note 1075, à la page 53.

¹⁰⁹⁴ [TDP, Rapport 2011-2012], *supra* note 1076, à la page 48.

¹⁰⁹⁵ [Santorineos, « L'accès à la justice »], *supra* note 1074, à la page 57.

¹⁰⁹⁶ Voir par exemple *Person c. Montréal (Ville de)*, [2013] QCTDP 9 ; *Simoneau c. Tremblay*, [2011] QCTDP1 [Simoneau] ; [Florea], *supra* note 1092 ; *Hall c. Leclerc*, 2012 QCTDP 8 ; *Hajjage c. McGill University*, [2012] QCTDP 7.

¹⁰⁹⁷ [Simoneau], *supra* note 1096.

contexte, que le plaignant est à même de faire valoir seul ses droits individuels.
[...] ¹⁰⁹⁸.

Selon nous, les explications de la Commission quant à son refus d'agir alors qu'elle a considéré que la plainte est fondée ne sont pas convaincantes. Le plaignant avait sans doute des chances de gagner si l'affaire était portée devant un tribunal étant donné qu'il y avait suffisamment de preuve selon la Commission. Par ailleurs, les explications de la Commission de ne pas saisir un tribunal ne sont ni claires, ni convaincantes. En effet, comme mentionné, la Commission a expliqué qu'il n'est pas dans l'intérêt public de saisir un tribunal du litige en question puisqu'une cause similaire a déjà fait l'objet d'une décision du Tribunal des droits de la personne (sans dire laquelle) et qu'ainsi, le plaignant a les moyens nécessaires pour procéder seul. Or, les circonstances de chaque cas sont différentes et l'application du droit aux faits différents peut aboutir à des conclusions complètement différentes. De plus, il est possible que le ou la plaignant(e) n'ait pas les moyens financiers nécessaires pour se pourvoir seul(e) devant un tribunal.

Nous pensons que dans certains cas comme celui mentionné, les raisons du refus de la Commission de saisir un tribunal alors que les plaintes sont fondées, vont au-delà du droit ou du cadre juridique. En effet, depuis l'arrêt *Ménard c. Rivet*, « la juridiction des droits de la personne du Québec demeure tributaire de la fonction de gestion et de filtrage des plaintes exercées par la Commission » ¹⁰⁹⁹. Toutes les plaintes doivent donc passer par la Commission avant d'être éventuellement portées devant un tribunal. La Commission est beaucoup plus occupée qu'avant. Or, comme nous l'avons vu, elle n'a pas toutes les ressources nécessaires, notamment financières pour porter toutes les plaintes qu'elle considère fondées devant un tribunal, dont le Tribunal des droits de la personne ¹¹⁰⁰. On peut alors remarquer qu'elle fait des choix parmi les affaires selon ses priorités. Elle a, comme nous l'avons vu, intérêt à régler des affaires à l'amiable. C'est la raison pour laquelle, selon les rapports annuels d'activités et de gestion de la Commission, le nombre de dossiers traités en médiation est en constante progression depuis plus d'une décennie ¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁸ **[Simoneau]**, *supra* note 1096, Paragraphe 12. Petite précision d'actualité : La Cour suprême du Canada s'est prononcée sur cette affaire en 2015 (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] CSC 16). Elle a estimé que la récitation de la prière avant la séance publique du Conseil municipal de la ville de Saguenay contrevient à l'obligation de l'État quant à la neutralité religieuse.

¹⁰⁹⁹ **[Coutu, « Le Tribunal »]**, *supra* note 1086, à la page 115.

¹¹⁰⁰ Voir par exemple, La Coalition contre la Répression et les Abus Policiers (C.R.A.P.), « La sous-performance de la Commission des droits de la personne et ses conséquences », en ligne : [<http://www.lacrap.org/la-sous-performance-de-la-commission-des-droits-de-la-personne-et-ses-consequences-1-de-3>] (accessible le 22 avril 2015).

¹¹⁰¹ En effet, pendant la période 2013-2014, 258 dossiers sont transmis par la Commission au service de médiation (**[Commission, Rapport 2012-2013]**, *supra* note 1055, à la page 48). Pendant la période 2012-2013, 308 dossiers sont transmis au service de médiation (**[Commission, Rapport 2012-2013]**, *supra* note 1055, à la page 6). De plus, pendant la période 2011-2012, 331 dossiers sont transmis au service de médiation 9 (**[Commission, Rapport 2011-2012]**, *supra* note

PARAGRAPHE IV : LA PROPOSITION RELATIVE À LA MISE EN PLACE D'UN CONSEIL DE STATUT DE LA FEMME, D'UNE COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET D'UN TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE AU VANUATU

Comme vu précédemment, actuellement au Vanuatu, il n'y a pas de mécanisme spécialisé en matière de protection des droits fondamentaux (outre les tribunaux de droit commun bien entendu). Par conséquent, il n'existe ni de Commission des droits de la personne, ni de tribunal des droits de la personne. On note cependant l'existence d'une Commission des lois. Mais celle-ci n'a pas les mêmes fonctions que celles d'une Commission des droits de la personne (1). C'est la raison pour laquelle, compte tenu des avantages et points forts du système québécois, nous proposons, à l'exemple de celui-ci, la mise en place d'un Conseil de statut de la femme, d'une Commission des droits de la personne et d'un tribunal des droits de la personne au Vanuatu (2).

1) L'inexistence d'un mécanisme en tant que tel en matière de protection et de promotion des droits de la personne

Comme mentionné, au Vanuatu il n'y a pas de mécanisme en tant que tel de protection des droits fondamentaux. Il existe cependant une Commission des lois. En effet, la loi créant cette dernière a été adoptée en 1980 lors de l'accession à l'indépendance¹¹⁰². Toutefois, il a fallu attendre 2011 pour qu'elle soit réellement mise en œuvre. Sa première secrétaire a été nommée le 1^{er} août 2011 par le ministre de la Justice et la Commission a débuté ses opérations pendant la même année¹¹⁰³. Nous ne sommes pas en mesure de fournir les raisons pour lesquelles il a fallu attendre pendant toutes ces années avant que la loi soit mise en œuvre. Nous pensons que le gouvernement avait jusque-là d'autres priorités telles que l'économie ou l'accès à l'éducation pour tous.

L'article 7 de la loi (*Law Commission Act*) prévoit que les fonctions de la Commission consistent à analyser et réviser les législations du Vanuatu en vue de formuler des recommandations de

1055, à la page 52) et pendant la période 2010-2011, 229 dossiers sont transmis au service de médiation (*[Commission, Rapport 2010-2011]*, supra note 1072, à la page 55). Or, dans le rapport annuel de la Commission de 1996 (c'est-à-dire avant l'arrêt *Ménard c. Rivet*) seulement 30 dossiers sont réglés à l'amiable (Commission des droits de la personne, *Rapport annuel – 1996*, Montréal, 1996, à la page 45).

¹¹⁰² *Law Commission Act* 1980, Cap 115 [*Law Commission Act*].

¹¹⁰³ *Vanuatu Daily Post*, « Secretary to Vanuatu Law Commission Appointed », 5 août 2011, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/secretary-vanuatu-law-commission-appointed>] (accessible le 14 novembre 2014).

réforme¹¹⁰⁴. Elle mène donc des consultations auprès de la population sur des lois susceptibles de contenir des dispositions discriminatoires ou des lacunes et rend des rapports finaux dans lesquels elle expose non seulement les résultats des consultations, mais aussi sa propre analyse de la législation étudiée et ses propositions de réforme¹¹⁰⁵. La Commission produit aussi des rapports annuels dans lesquels elle explique le travail effectué durant l'année qui s'achève et ses priorités pour l'année à venir¹¹⁰⁶.

Dans ce sens, cette Commission a mené des consultations sur deux articles du *Code pénal* portant sur la coutume (réconciliation coutumière et infraction sexuelle) dans le but de proposer au gouvernement une éventuelle réforme ou révision¹¹⁰⁷. En effet, tel que nous l'avons vu dans la première partie de notre thèse, cette pratique de réconciliation coutumière en matière d'infraction sexuelle porte atteinte au droit à l'égalité des femmes lorsqu'elle prône une solution à l'amiable sans prendre en considération le point de vue de la victime. Dans son rapport rendu en juin 2014, la Commission a proposé au gouvernement quatre recommandations¹¹⁰⁸ :

- 1) Le Code pénal doit clairement énoncer que la réconciliation coutumière ne doit être pratiquée que dans le but de restaurer l'harmonie et la paix entre les membres de la communauté qui ont été touchés par un méfait.
- 2) Le Code pénal doit être amendé afin de spécifier qu'en cas d'infraction sexuelle, les tribunaux ne doivent prendre en compte la réconciliation coutumière que lorsque la victime accepte librement et volontairement la compensation coutumière.
- 3) Le Code pénal doit interdire aux tribunaux de considérer ou de prendre en compte dans leurs jugements, les réconciliations coutumières acceptées par la famille de la victime ou acceptées par le chef de la part de la victime.
- 4) Le Code pénal doit interdire aux tribunaux de considérer ou de prendre en compte les réconciliations coutumières lorsque les victimes ont moins de 12 ans, lorsqu'ils sont en présence d'une personne atteinte d'incapacité mentale ou des personnes récidivistes.

¹¹⁰⁴ [Law Commission Act], *supra* note 1102, art. 7.

¹¹⁰⁵ Voir par exemple Vanuatu Law Commission et Vanuatu Law and Justice Partnership (Australian Aid), *Dangerous Drug Act Legislative Review N°02/13*, Port Vila, Septembre 2013 ; Vanuatu Law Commission et Vanuatu Law and Justice Partnership (Australian Aid), *Public Health Act Legislative Review 2013*, Port Vila, Février 2013.

¹¹⁰⁶ Jusqu'à présent, la Commission a rendu un seul rapport annuel, celui de 2011 : Vanuatu Law Commission, *2011 Annual Report*, Port Vila, 23 décembre 2011, en ligne : [http://www.lawcommission.gov.vu/images/pdf/Annual_Report_2011.pdf] (accessible en avril 2015).

¹¹⁰⁷ *Vanuatu Daily Post*, « Law Review of the Water Legislation, Sex and Customary Reconciliation », 23 juillet 2013.

¹¹⁰⁸ Vanuatu Law Commission et Vanuatu Law and Justice Partnership (Australian Aid), *Penal Code : Sexual Offences and Customary Reconciliation, Legislative Review N°05/14*, Port Vila, June 2014, à la page 17.

Par ailleurs, l'article 8 (a) de la *Law Commission Act* dispose que la Commission peut recevoir et considérer les réformes proposées par toute personne (notamment le ministre de la Justice). Cette disposition est importante puisqu'elle permet notamment aux groupes des femmes de proposer des idées de réformes concernant des lois qui leur sont discriminatoires. La Commission peut aussi à sa propre initiative analyser toute loi susceptible de contenir des dispositions discriminatoires afin de proposer au gouvernement des idées de réforme.

Cette Commission joue un rôle significatif dans la proposition des réformes législatives et peut ainsi contribuer, dans une certaine mesure, à l'amélioration des conditions de vie des citoyens, notamment des femmes. Mais elle n'assume pas les mêmes fonctions et responsabilités qu'une Commission des droits de la personne à l'exemple de la Commission québécoise.

2) La mise en place d'institutions-clés en matière de protection des droits fondamentaux

Compte tenu de tous les avantages et points forts (que nous avons vus plus haut) des institutions québécoises en matière de protection et de promotion des droits fondamentaux, notamment des droits des femmes, à savoir le Conseil de statut de la femme, la Commission des droits de la personne et le Tribunal des droits de la personne, nous encourageons fortement le Vanuatu à suivre le modèle québécois et à mettre en place des institutions similaires exerçant les mêmes fonctions. Il est certain qu'une telle initiative nécessite non seulement des ressources humaines et financières, mais aussi de la volonté politique de la part des autorités. Nous pensons que les violations des droits fondamentaux, en particulier les inégalités à l'égard des femmes dans le pays devraient constituer une source de motivation pour le gouvernement à mettre en place un tel mécanisme. La communauté scientifique en matière de droits fondamentaux doit aussi continuer à documenter et à dénoncer régulièrement ces inégalités afin d'inciter et d'encourager les acteurs politiques à mettre en place ces institutions. Sur la question des ressources financières, nous pensons que le gouvernement peut trouver les moyens pour financer ces institutions. En effet, le gouvernement peut budgétiser les montants nécessaires pour le fonctionnement de ces institutions étant donné que son budget augmente chaque année et que compte tenu de l'importance de ces questions (droits fondamentaux), les gouvernements étrangers, en particulier l'Australie et la Nouvelle-Zélande seront disposés à les aider. Un certain nombre d'ONG et d'institutions œuvrant dans le domaine des droits fondamentaux et de la justice sont par exemple financées par les gouvernements de

l’Australie et de la Nouvelle-Zélande¹¹⁰⁹. En ce qui concerne les ressources humaines, l’école de droit de l’Université du Pacifique Sud à Port Vila forme chaque année des juristes et des avocats qui sont qualifiés pour occuper différents postes dans ces futures institutions.

Ainsi, une institution telle que le Conseil de statut de la femme, non seulement prodiguera des conseils à l’État vanuatais en matière de droits des femmes, mais elle critiquera aussi celui-ci sur toutes questions touchant les femmes. Considérant les inégalités à l’encontre des femmes vanuataises (la première partie de notre thèse en a témoigné), il serait tout à fait pertinent pour le Vanuatu de créer une telle institution basée sur le modèle québécois.

Pareillement, nous encourageons le Vanuatu à établir une Commission des droits de la personne et un Tribunal des droits de la personne, suivant le modèle québécois. En effet, l’expérience québécoise que nous avons abordée montre qu’une protection efficace des droits fondamentaux, dont les droits des femmes passe, entre autres, par la mise en place des institutions efficaces en la matière. Quelques leçons devront cependant être tirées de l’existence et du fonctionnement de la Commission et du Tribunal des droits de la personne au Québec.

Ainsi, les deux seuls inconvénients du système québécois à éviter dans la création d’un mécanisme de protection des droits fondamentaux au Vanuatu portent sur la longueur des délais d’enquête de la Commission et l’accessibilité directe du citoyen au Tribunal des droits de la personne. En effet, il arrive parfois que plusieurs mois s’écoulent entre le début d’enquête de la Commission et la saisine du Tribunal. Ainsi, en 2006, le Tribunal accueillait pour la première fois une requête en irrecevabilité en raison du long délai entre le dépôt de la plainte et l’introduction du recours devant le Tribunal¹¹¹⁰. L’accès au Tribunal est donc entravé non seulement par ce passage obligatoire devant la Commission, mais aussi par la lenteur de celle-ci. Il s’ensuit que peu de dossiers sont par la suite portés devant le Tribunal¹¹¹¹. Cette situation est devenue plus critique avec la décision *Ménard c. Rivet*¹¹¹².

Ces limites doivent être prises en compte dans l’éventuelle mise en place d’un mécanisme de protection des droits fondamentaux au Vanuatu. La création d’un tribunal des droits de la personne est recommandée afin de permettre un plus grand accès direct des citoyens à la justice, mais aussi

¹¹⁰⁹ *Vanuatu Women Centre* ; Pacific Judicial Development Programme (Voir infra).

¹¹¹⁰ *CDPDJ c. Centre de la petite enfance Les Pandamis*, [2006] R.J.Q. 1727 ; Voir aussi [Rivet, « L’accès à un Tribunal »], *supra* note 1073, à la page 19.

¹¹¹¹ [Rivet, « L’accès à un Tribunal »], *supra* note 1073, à la page 19.

¹¹¹² [Ménard], *supra* note 1079.

une plus grande efficacité dans le processus d'adjudication dans un domaine aussi important que celui des droits fondamentaux. La question peut toutefois se poser en ce qui concerne la mise en place d'une Commission des droits de la personne. Faut-il éviter la création d'une Commission afin de ne pas reproduire les écueils existants dans le système québécois ? Selon nous, malgré ces limites, plusieurs raisons justifieraient la création d'une Commission vanuataise fonctionnant à côté d'un Tribunal des droits de la personne.

D'abord, pour le Vanuatu en particulier, l'existence d'une Commission est primordiale. En effet, un recours utile et efficace dépend notamment de la capacité aussi bien intellectuelle qu'économique du demandeur, c'est-à-dire du citoyen¹¹¹³. Or, nous l'avons vu dans la première partie de notre thèse, le Vanuatu est un pays en développement et une grande majorité de citoyens n'ont pas les moyens financiers et dans certains cas ne connaissent pas leurs droits pour ester en justice lorsque ces derniers sont violés. Dans ce sens, pour reprendre l'exemple de la Commission québécoise des droits de la personne, Michel Coutu note qu'en dépit de tous les reproches qui sont formulés à son endroit, celle-ci présente l'avantage d'un système non formel et peu coûteux de traitement des plaintes et de prise de charge, le cas échéant, des recours exercés devant le Tribunal et ceci, par une équipe d'avocats hautement expérimentés et spécialisés¹¹¹⁴. Une Commission vanuataise qui exercerait les mêmes fonctions et responsabilités que celle du Québec aurait ce même avantage de représenter ces individus qui n'ont pas les moyens nécessaires de défendre leurs causes devant les tribunaux. Comme le système québécois, la future Commission vanuataise doit au préalable tenter d'amener les parties à régler elles-mêmes leur différend, autrement dit leur proposer la médiation avant de saisir un tribunal en cas d'échec de celle-ci. La médiation ne sera pas un concept nouveau pour le Vanuatu. La *Family Protection Act* étudiée dans la première partie de notre thèse, visant à punir plus sévèrement les violences intrafamiliales, prévoit dans son article 16 qu'un tribunal peut proposer la médiation aux parties en conflit¹¹¹⁵. De plus, ce système de justice correspond aux valeurs culturelles collectives du Vanuatu et des États du Pacifique Sud.

Ensuite, nous pensons qu'il est possible de créer une Commission en contournant un certain nombre d'écueils susmentionnés, notamment les longs délais d'enquêtes. En effet, des règlements

¹¹¹³ [Rivet, « L'accès à un Tribunal »], *supra* note 1073, à la page 18.

¹¹¹⁴ [Coutu, « Le Tribunal »], *supra* note 1086, à la page 135.

¹¹¹⁵ [Family Protection Act], *supra* note 3, art. 16 : « (1) A court may direct either or both the defendant and the complainant to participate in :

(a) counselling ; or

(b) mediation ; or

(c) both counselling and mediation ;

to be conducted by a registered counsellor... » ; Voir aussi [Civil Procedure Rules], *supra* note 331, art. 10.

pourraient être adoptés pour fixer des limites dans le temps d'enquêtes (maximum un an) de la Commission. Des ressources nécessaires doivent aussi être allouées à la Commission afin de lui permettre d'enquêter à l'intérieur de délais raisonnables et saisir le tribunal des droits de la personne le plus tôt possible. En cas de défaut d'agir dans le délai ou de refus d'agir de la Commission, le plaignant aurait le choix de porter l'affaire devant le tribunal des droits de la personne¹¹¹⁶.

De plus, nous ne soutenons pas l'idée de retirer à la Commission le rôle de filtrage des plaintes dans le but de permettre une accessibilité directe au tribunal des droits de la personne. En effet, tel que souligne Michel Coutu, avec cette approche, qui a été retenue notamment dans la province de l'Ontario, on risque de transférer de la Commission au tribunal des droits de la personne, tous les problèmes de surcharge de délais et de manque de ressources qui grèvent l'efficacité de la Commission¹¹¹⁷.

Enfin, une importante précision quant à la compétence de ces deux institutions (Tribunal des droits de la personne et Commission des droits de la personne) s'impose ici. En effet, ces deux institutions ne sont compétentes qu'à l'égard de violations du droit à l'égalité qui surviennent dans un contexte très précis, c'est-à-dire la discrimination dans l'emploi ou dans la fourniture de services habituellement offerts au public. Pour cette raison, nous proposons que la mise en place de ces institutions au Vanuatu doit être nécessairement adaptée à la situation du pays et bien entendu en fonction des situations de violation des droits fondamentaux sur place. Nous soutenons donc qu'il faut étendre la compétence de ces institutions à tous les cas de discrimination. Pour éviter l'engorgement du Tribunal des droits de la personne, la Commission des droits de la personne doit exercer un rôle de filtrage sur toutes les demandes liées à la discrimination. À titre d'exemple, toute personne qui estime subir une discrimination parce qu'elle ne peut pas accéder à une propriété ou parce qu'elle ne peut pas succéder à une propriété en raison de son sexe, peut saisir la Commission des droits de la personne pour présenter ses revendications.

¹¹¹⁶ [Coutu, « Le Tribunal »], *supra* note 1086, à la page 136.

¹¹¹⁷ [Coutu, « Le Tribunal »], *supra* note 1086, à la page 134.

PARAGRAPHE V : LE RÔLE DE LA COMMISSION DANS L'ÉDUCATION AUX DROITS FONDAMENTAUX ET AU DROIT À L'ÉGALITÉ DES FEMMES

Comme la Commission québécoise des droits de la personne, la Commission vanuataise (à établir) doit aussi jouer un rôle dans l'éducation des droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes. En raison de l'importance de cette question, en particulier au Vanuatu, nous décidons de lui consacrer ici un paragraphe entier.

En effet, l'éducation est une arme puissante, voire la plus puissante pour combattre l'ignorance et les violations des droits des femmes. Pour revendiquer ses droits et réclamer des réparations en cas de violation, encore faut-il connaître ses droits et les différents recours et aides qui sont disponibles.

Dans le contexte de Vanuatu, nous soutenons qu'un programme doit être mis en place pour former les citoyens sur la question des droits et libertés. L'attention doit être accordée à la formation non seulement des citoyens et des chefs coutumiers (1), mais aussi des juges (2). Le but sera de les informer du droit constitutionnel des femmes à l'égalité, mais aussi et surtout d'éradiquer les coutumes et pratiques discriminatoires à l'égard des femmes, enracinées dans la société.

1) La formation des citoyens et des chefs coutumiers

Dans un premier temps, un travail d'information et de formation doit être mené auprès des citoyens et des chefs traditionnels. En effet, les inégalités à l'égard des femmes sont dues non seulement aux structures sociales, mais aussi aux coutumes pratiquées par les chefs et les citoyens. Très souvent, lorsque la question de l'égalité des sexes a été soulevée dans le débat public au Vanuatu et dans les États du Pacifique Sud, la notion de la coutume est venue justifier la différence de traitement entre les hommes et les femmes. Pareillement, sous couvert de la coutume, les chefs réfutent de manière laconique toute égalité de statut entre les hommes et les femmes¹¹¹⁸.

Ces coutumes et les attitudes patriarcales sont profondément ancrées dans la mémoire des citoyens. Comme vu précédemment, aussi bien dans la région qu'ailleurs, les cultures ou les coutumes

¹¹¹⁸ [Chassot, « **Violences et discriminations** »], *supra* note 40, à la page 62.

constituent des héritages humains qui influent sur les normes de la conduite personnelle, sociale, politique, voire même l'idée de la justice et de la moralité¹¹¹⁹.

Pour changer ces attitudes et ces coutumes néfastes et discriminatoires à l'égard des femmes, un programme de formation sur les droits fondamentaux et les droits culturels s'adressant non seulement aux citoyens, mais aussi aux chefs traditionnels doit être mis en place. Une première partie de ce programme (volet académique) visera l'élaboration d'un cours d'éducation civique au primaire, au collège et au lycée. Ce cours portera entre autres, sur les droits fondamentaux, notamment les droits fondamentaux des femmes, et les droits culturels.

Une deuxième partie (volet « séminaire ») ciblera la formation des chefs traditionnels des différentes communautés toujours en matière de droits fondamentaux et de droits culturels. Elle consistera en l'organisation de séminaires et réunions rassemblant les chefs traditionnels et discutant des coutumes et de l'égalité entre les sexes. Il est du rôle des chefs de discuter de tout sujet qui touche à la coutume. En effet, l'article 28 de la Constitution du Vanuatu dispose que « 1) Le Conseil National des Chefs est compétent dans tous les domaines relatifs à la coutume et à la tradition... 2) Le Conseil National des Chefs peut être consulté sur toute question, particulièrement celles relatives à la tradition et à la coutume... »¹¹²⁰. Il doit être souligné que les articles 2 et 5 de la CEDEF, Convention à laquelle le Vanuatu est signataire, obligent les États parties à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer les coutumes et pratiques culturelles néfastes et discriminatoires à l'égard des femmes. Des séminaires sur les droits fondamentaux en particulier, sur les droits des femmes et les coutumes seront organisés quelques fois dans l'année dans toutes les provinces du pays. À notre connaissance, un tel programme de formation n'existe pas.

Les médias auront un rôle non négligeable à jouer dans la réussite de ce projet. En effet, en relayant les informations sur les différents séminaires tenus, ils contribueront à une plus grande sensibilisation de la population sur la promotion et la protection des droits fondamentaux, notamment les droits des femmes. Dans ce sens, lors de sa cinquante-septième session portant sur les violences à l'égard des femmes et des filles, en mars 2013, la Commission internationale de la condition de la femme a recommandé aux États parties de :

reconnaître le rôle important que peuvent jouer les médias pour éliminer les stéréotypes sexistes, notamment ceux qui sont véhiculés par les publicités commerciales, et pour informer le public de manière non discriminatoire et en tenant

¹¹¹⁹ [Nagaraj et al., *Research Project*], *supra* note 322, à la page 2.

¹¹²⁰ [Constitution du Vanuatu], art. 28, *supra* note 2.

compte de la problématique homme femme, notamment en s'abstenant de divulguer l'identité des victimes et des rescapées s'il le faut; et, dans la mesure où cela est compatible avec la liberté d'expression, encourager les médias à améliorer la sensibilisation du public aux violences exercées contre les femmes et les filles, à former les journalistes et à mettre au point ou renforcer des mécanismes d'autoréglementation afin qu'ils dressent des portraits équilibrés et non sexistes des femmes pour mettre fin à la discrimination et l'exploitation dont elles sont victimes, qu'ils s'abstiennent de les présenter comme des êtres inférieurs et de les exploiter comme si elles étaient des objets sexuels et des marchandises et qu'au contraire ils présentent les femmes et les filles comme des créatrices, des actrices incontournables, des contributrices et des bénéficiaires du processus de développement¹¹²¹.

Ces recommandations sont pertinentes aussi bien dans le cadre des publicités commerciales que des coutumes qui favorisent la subordination des femmes.

2) La formation des juges sur les droits fondamentaux et les droits culturels

Ce programme ciblera la formation des juges sur les droits fondamentaux, dont les droits des femmes et les droits culturels. Une telle formation qui sera beaucoup plus technique et approfondie portera sur l'objectivité de la supposée norme juridique défendue en général par les juges.

En effet, il faut noter que les juges sont en réalité subjectifs et leur subjectivité devient ou se transforme en de l'impartialité¹¹²². Les habitudes apprises dans la société et les gens fréquentés influencent d'une certaine façon les juges. Certaines décisions jurisprudentielles que nous avons étudiées dans la première partie montrent que les juges des États du Pacifique Sud ne font pas abstraction de leurs valeurs personnelles et culturelles¹¹²³. Étant attachés aux valeurs culturelles de leurs communautés, ils font parfois primer leurs coutumes sur les droits fondamentaux.

Nous proposons que ce programme de formation des juges des pays de la région soit piloté par le *Pacific Judicial Development Programme*¹¹²⁴ en partenariat avec la Commission des droits de la personne. Le *Pacific Judicial Development Programme* est un forum régional opérant sous l'égide de la Cour fédérale australienne et ayant pour but de promouvoir la justice, la règle de droit et la bonne gouvernance à travers le Pacifique. Il regroupe tous les juges quelque soit leur degré de

¹¹²¹ [Commission de la condition féminine, *L'élimination*], *supra* note 345, à la page 14.

¹¹²² [Wilson, « Femmes juges »], *supra* note 68, à la page 360-361 ; Elle a cité le juge Thomas Scrutton, « The Work of Commercial Courts », (1921) 1 Cambridge L. J. 6, à la page 8 et aussi John Aneurin Grey Griffith, *The Politics of the Judiciary*, Manchester, Manchester University Press, 1977, à la page 193.

¹¹²³ [Minister for Provincial], *supra* note 22 ; [Waiwo], *supra* note 167 ; [Tepulolo], *supra* note 386.

¹¹²⁴ Site web : [<http://www.fedcourt.gov.au/pjdp/index>] (accessible le 8 octobre 2013).

juridiction, des 14 pays de la région. Ce programme consistera, une fois de plus, en l'organisation des séminaires et ateliers régionaux regroupant les juges des *Magistrate Courts* et des Cours suprêmes du Vanuatu et de la région. Pour ces juges, il s'agira d'une sensibilisation à leur égard sur la question des droits fondamentaux des femmes, mais aussi et surtout sur celle de la conciliation de la diversité culturelle et les droits fondamentaux. La formation sera dispensée par leurs pairs, experts en droits fondamentaux venant des différents pays de la région. Notre proposition s'inscrit dans la continuité des travaux du Forum en question. Ainsi, du 12 au 15 février 2013, un séminaire sur la violence familiale et la justice juvénile a été organisé par le *Pacific Judicial Development Programme* à Port Vila. La notion des pratiques culturelles et des droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes a aussi été abordée¹¹²⁵. Selon le Forum, les pratiques culturelles néfastes à l'égard des femmes ne doivent pas avoir leur place dans la société. Il est donc important d'organiser des rencontres et séminaires avec les chefs coutumiers pour leur expliquer l'impact et les conséquences de toute décision qui favorise ces pratiques culturelles. C'est ainsi que les chefs et les hommes en général seront amenés à changer leurs habitudes et leurs comportements à l'égard des femmes. Nous constatons cependant que dans le cadre des activités et des conférences organisées par ce Forum, les thèmes de l'impartialité, de la subjectivité ou de l'objectivité du juge ne sont pas suffisamment abordés. C'est la raison pour laquelle nous proposons une formation dans ce sens.

Cependant, pour les juges des tribunaux villageois ou coutumiers et des tribunaux des terres qui se trouvent essentiellement dans les îles, la formule sera différente étant donné que ces premiers n'ont pas nécessairement été formés pour être juristes, encore moins juges. Pour rappel, ils ont été choisis non pas pour leur connaissance du droit officiel, mais pour leurs connaissances en matière coutumière. Il est donc évident qu'ils ne maîtrisent pas ou presque pas la question du droit en général et des droits fondamentaux en particulier. C'est la raison pour laquelle le programme de la formation qui leur sera destiné sera plus intense. Il sera coordonné par le Ministère de la Justice et la formation portera sur les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes, le droit coutumier et sur la conciliation possible entre les deux. Elle sera dispensée par les juges expérimentés de la Cour suprême et des experts en droits fondamentaux, qu'ils soient professeurs des universités ou des employés des organisations non gouvernementales.

¹¹²⁵ [*Pacific Judicial Development, Family Violence*], *supra* note 793, à la page 10 ; [*Pacific Judicial Development, Additional Documentation*], *supra* note 793, à la page 12 ; Voir aussi [*Pacific Judicial Development, Customary Dispute*], *supra* note 793, à la page 33.

Une fois de plus, les médias doivent être mobilisés pour relayer les informations sur la tenue de ces formations, séminaires et ateliers de manière à sensibiliser le public sur la question des droits fondamentaux, notamment les droits fondamentaux des femmes, le droit coutumier et les limites de ce dernier.

Nous sommes conscient que ce programme de formation des juges pourrait rencontrer des oppositions liées notamment à l'argument de neutralité judiciaire selon lequel ces derniers ne font qu'appliquer le droit. La réponse à cet argument se trouve dans la première partie de notre thèse. Nous avons vu à différentes reprises que le juge dit « traditionaliste » a fait primer la coutume sur les droits fondamentaux, en particulier les droits des femmes. Au Vanuatu, dans un certain nombre de juridictions inférieures, les décisions des juges nommés pour leur connaissance de la coutume sont parfois loin de tenir compte des droits des femmes. À Tuvalu, dans l'affaire *Tepulolo v. Pou* étudiée précédemment¹¹²⁶, le juge a invoqué la coutume pour donner au père la garde de l'enfant qui a toujours été élevé par sa mère. Il a refusé d'appliquer la CEDEF alors même que le gouvernement de Tuvalu l'avait ratifiée.

En somme, l'exercice et le respect des droits passent aussi par l'éducation. Ainsi, considérant son importance, l'éducation aux droits fondamentaux, notamment des femmes, ne doit pas être négligée. La nouvelle Commission (à établir) pourrait donc, entre autres, prendre en charge cette fonction de former les citoyens aux droits fondamentaux.

PARAGRAPHE VI : UN MÉCANISME NATIONAL POUR CHAQUE ÉTAT DE LA RÉGION

À l'exemple du Vanuatu, les États de la région ne connaissent pas de réel mécanisme de protection des droits fondamentaux, à part les Iles Fidji et la Papouasie Nouvelle-Guinée qui ont mis en place ou du moins ont tenté de mettre en place chacun, une Commission des droits de la personne.

En effet, la Constitution de Fidji de 1997 et la *Human Rights Commission Act* de 1999¹¹²⁷ ont établi une Commission des droits de la personne dont les principales fonctions consistent à éduquer le public au sujet des droits fondamentaux, conseiller le gouvernement et lui faire des recommandations sur les questions des droits fondamentaux, enquêter sur des cas de violation des

¹¹²⁶ Voir note *infra*.

¹¹²⁷ *Human Rights Commission Act* 1999.

droits fondamentaux, recevoir des plaintes individuelles et résoudre les conflits par la conciliation ou saisir les tribunaux afin de permettre aux justiciables d'obtenir réparation. Critiquée pour avoir soutenu le coup d'État de 2006, la Commission peine à mener ses fonctions et a été dissoute en 2009. Cette même année, un décret gouvernemental a été adopté pour réinstaurer la Commission sous le nom *Fiji Human Rights and Anti-Discrimination Commission*¹¹²⁸. Ses fonctions sont réaffirmées dans la nouvelle Constitution de 2013¹¹²⁹ abrogeant ainsi celle de 1997.

Il reste que cette Commission doit encore faire ses preuves. Elle n'a toujours pas reçu de plaintes malgré de nombreuses violations des droits fondamentaux à Fidji. De plus, les limites qui se posent quant à l'efficacité d'une Commission demeurent. En effet, les questions de l'accès direct à la justice, mais aussi d'un processus d'adjudication effectif reviennent. Ainsi, contrairement au mécanisme basé sur le modèle québécois que nous avons proposé, le Fidji ne dispose pas de Tribunal des droits de la personne. Ceci signifie qu'advenant le cas de judiciarisation, les plaignants doivent, à leurs propres frais, se tourner vers les tribunaux de droit commun. Or, non seulement les frais de justice et surtout d'avocat devant ces tribunaux coûtent cher, mais les juges du droit commun n'ont pas nécessairement l'expérience et l'expertise en matière des droits fondamentaux. Il y a donc lieu de s'interroger sur l'efficacité de ce système fidjien.

En Papouasie-Nouvelle-Guinée, le Parlement a donné son accord en 2007 à l'établissement d'une Commission des droits de la personne conformément aux Principes de Paris¹¹³⁰. En 2008, un projet de loi sur la Commission a été rédigé, mais il n'est toujours pas soumis au Parlement. Les fonctions de la Commission ne sont toujours pas révélées, mais il est fort probable qu'elles soient similaires à celles de la Commission fidjienne. Une fois de plus, on peut supposer que l'on fera face aux mêmes lacunes et limites. Les autres États de la région ne connaissent pas de mécanisme national de protection des droits fondamentaux.

En conclusion de cette deuxième section, nous avons vu que le système québécois mérite d'être un modèle à suivre en raison, entre autres, de l'efficacité de ses institutions en matière de protection et de promotion des droits fondamentaux, dont les droits des femmes. Ainsi, le Conseil du statut de la femme prodigue au gouvernement de judicieux conseils en matière de droits des femmes et critique les initiatives du gouvernement qui mettent en cause (ou qui risquent de mettre en cause) les droits

¹¹²⁸ *Human Rights Commission Decree* 2009 (Decree n°11), Fiji Government Gazette Vol 10, n°22, 12 May 2009.

¹¹²⁹ **[Constitution of Fiji 2013]**, *supra* note 262.

¹¹³⁰ Nations Unies, *Principes concernant le statut et le fonctionnement des institutions nationales pour la protection et la promotion des droits de l'Homme*, Paris, 1991.

des femmes. Le Conseil a par ailleurs été à l'origine d'un certain nombre de mesures législatives prises par le gouvernement pour améliorer la condition des femmes. Ce faisant, le Conseil devient un véritable agent de changement dans les rapports entre les sexes au Québec. Ainsi, en exerçant un tel rôle, un Conseil du statut de la femme sera plus efficace que le département de la condition féminine déjà existant qui a pour seule mission, comme nous l'avons vu, d'exécuter les plans d'action du gouvernement en matière d'égalité des sexes. La Commission quant à elle, a pour principales fonctions d'informer le public sur les droits fondamentaux, mais aussi d'enquêter sur des cas de discrimination et d'exploitation, notamment des femmes. La Commission constitue par ailleurs un forum quasi juridique recevant des plaintes individuelles portant sur des violations des droits et libertés de la personne. Le Tribunal des droits de la personne institué quelques années après la Commission a amélioré un peu plus l'efficacité du système en permettant un accès direct des citoyens à la justice et en réduisant les délais d'enquêtes. Les juges de ce Tribunal sont aussi plus sensibles aux questions de discrimination et d'exploitation. Nous souhaitons que le Vanuatu mette en place ces différentes institutions dans son système de protection des droits fondamentaux. Les autres États de la région pourraient aussi suivre l'exemple canadien et québécois en établissant leurs propres mécanismes nationaux. Les initiatives fidjiennes et papoues consistant à mettre en place une Commission des droits et libertés sont louables, mais doivent encore faire leur preuve. Cela étant dit, l'efficacité d'un mécanisme de protection des droits fondamentaux passe, en grande partie, par des recours effectifs, ce qui n'est pas le cas avec des simples Commissions.

Pour finir, au-delà de tous ces efforts à fournir pour favoriser l'efficacité du mécanisme de protection des droits fondamentaux, il est aussi important que le Vanuatu et les États du Pacifique Sud renforcent leurs cadres politiques de manière à mieux intégrer le principe de l'égalité entre les sexes dans les programmes et activités étatiques.

SECTION III : L'ADOPTION PAR LES INSTITUTIONS ÉTATIQUES DE L'APPROCHE INTÉGRÉE DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES

D'un point de vue général, depuis sa création en 1993, le Haut Commissariat aux droits de l'Homme des Nations Unies s'est donné pour mission, entre autres, d'intégrer les droits fondamentaux dans toutes les agences de l'ONU¹¹³¹. En effet, une fiche d'information produite par le même Commissariat souligne que :

le Haut Commissaire a pour mission d'intégrer les concepts et les normes relatifs aux droits de l'homme dans l'ensemble des activités onusiennes. À cet effet, le Haut Commissariat des droits de l'homme travaille avec les autres organisations et agences des Nations Unies, et participe pleinement à chacun des programmes de l'ONU – la paix et la sécurité, les affaires économiques et sociales, la coopération pour le développement et les affaires humanitaires¹¹³².

Dans le même ordre d'idées, ce Haut Commissariat aux droits de l'Homme et les Nations Unies en général ont travaillé depuis cette même année (1993) à intégrer le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes dans l'ensemble des activités de l'ONU¹¹³³. Le Conseil des droits de l'Homme (organe intergouvernemental du système des Nations Unies ayant la responsabilité de renforcer la promotion et la protection des droits fondamentaux autour du globe), organise régulièrement des réunions spéciales sur les droits des femmes et l'intégration en son sein du principe de l'égalité entre les femmes et les hommes¹¹³⁴. Même si les efforts réalisés n'ont pas encore atteint les fins escomptées, des avancées ont été constatées et le travail doit continuer¹¹³⁵. Dans ce sens, les Nations Unies et le Haut Commissariat des droits de l'Homme montrent aux États

¹¹³¹ Site officiel du Haut Commissariat aux droits de l'homme : [<http://www.ohchr.org/FR/Pages/WelcomePage.aspx>] (accessible le 29 mai 2015).

¹¹³² Office du Haut Commissariat aux droits de l'homme, *Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, fiche d'information, Genève, Nations Unies, 2002, à la page 6.

¹¹³³ United Nations, *Integrating the Gender Perspective into the Work of United Nations Human Rights Treaty Bodies*, Report by Secretary General of the Tenth meeting of persons chairing Human Rights Treaty Bodies, Geneva, 14-18 september 1998, en ligne : [<http://www.un.org/womenwatch/daw/news/integrating.htm>] (accessible le 29 mai 2015) ; Judith Hicks Stiehm, « Women, Peacekeeping : Gender Balance and Mainstreaming », (2001) 8(2) *International Peacekeeping* 39 ; Louise Olsson, « Gender Mainstreaming in Practice : The United Nations Transitional Assistance Group in Namibia », (2001) 8(2) *International Peacekeeping* 97 ; Seryon Lee, « Legal Feminism and the UN's Gender Mainstreaming Policy : Still Searching for the Blind Spot ? », (2013) 6(2) *Journal of East Asia and International Law* 367 [Lee, « **Legal Feminism** »] ; Mariangela Bizzarri et Jessica Colombo, « Mainstreaming Gender Issues and Fighting against Sexual Exploitation and Abuse in Peacekeeping Operations : What Has Been Done so Far by Italy and PRC », dans Andrea De guttry, Emanuele Sommaro et Lijiang Zhu, dir., *China's and Italy's Participation in Peacekeeping Operations : Existing Models, Emerging Challenges*, Beijing, Lexington Books, 2014, 171.

¹¹³⁴ Office of the High Commissioner of Human Rights, *Women's Rights are Human Rights*, Geneva, United Nations, 2014, à la page 19.

¹¹³⁵ [Lee, « **Legal Feminism** »], *supra* note 1132, à la page 367.

la voie à suivre en matière d'intégration du principe d'égalité entre les femmes et les hommes dans les différents programmes et activités nationaux.

Ainsi, les États du Pacifique (dont le Vanuatu) doivent non seulement promouvoir et protéger les droits et libertés de la personne, mais aussi intégrer, à l'exemple des organes de l'ONU susmentionnés, le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes dans les différentes activités des agences et des institutions étatiques.

En effet, l'amélioration des conditions de vie des femmes au Vanuatu et dans les États du Pacifique Sud passe non seulement par l'efficacité des normes juridiques (ce que nous avons largement abordé dans la section plus haut), mais aussi par l'adoption et l'application par les États de politiques en faveur des femmes. Pour cette fin, l'État doit, par ses institutions, adopter des programmes et plans d'action pour favoriser la condition et le statut des femmes. Plus que cela, le principe d'égalité des femmes doit être pris en compte (autrement dit intégré) dans toutes les politiques et décisions du gouvernement. Il doit assurer que le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes soit intégré dans tous les ministères et agences gouvernementales. Il s'agira là d'une contribution importante à la réalisation et au respect des droits des femmes au Vanuatu.

Comme nous verrons plus loin, le Québec est bien plus en avance que le Vanuatu et les États du Pacifique Sud en matière d'approche intégrée de l'égalité (*Gender Mainstreaming*) ou plutôt de l'analyse différenciée selon les sexes (terminologie québécoise). C'est la raison pour laquelle nous encourageons ces premiers à suivre l'exemple québécois en la matière.

Ainsi, dans un premier temps, nous expliquons ce qu'est l'analyse différenciée selon les sexes (ADS) et les avantages qu'elle procure en terme de la recherche de l'égalité (Paragraphe I). Nous allons ensuite faire état de la situation au Vanuatu avant de l'encourager (mais aussi les autres États de la région) à renforcer leur cadre politique en matière d'intégration du principe d'égalité entre les femmes et les hommes dans les différents programmes et activités étatiques (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : L'APPROCHE INTÉGRÉE DE L'ÉGALITÉ OU ENCORE L'ANALYSE DIFFÉRENCIÉE SELON LES SEXES

Dans ce paragraphe, nous allons définir l'approche intégrée de l'égalité ou plutôt l'analyse différenciée selon les sexes (ADS) (1). Par la même occasion, nous traiterons de l'origine de ce concept qui est devenu un outil puissant traduisant l'égalité de droit à l'égalité de fait entre les femmes et les hommes. Nous aborderons aussi les différentes approches d'implantation des politiques de l'ADS et les critiques soulevées par un certain nombre de féministes à l'égard de cet outil avant de traiter les réalisations québécoises en la matière (2). En effet, le Québec (notre modèle à suivre) est aujourd'hui considéré comme un leader en matière de l'avancement des droits des femmes grâce, entre autres, à l'adoption et à la mise en œuvre de cet outil (ADS) depuis 2006.

1) Analyse différenciée selon les sexes (approche intégrée de l'égalité) : une meilleure prise en compte des besoins différenciés des femmes

De prime abord, faut-il souligner, ces deux expressions (soit « l'approche intégrée de l'égalité » qui est employée le plus souvent en Europe et « l'analyse différenciée selon les sexes » employée au Québec) ont toutes deux le même objectif : celui d'intégrer le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes dans toutes les actions des instances décisionnelles de la société. Étant donné que nous encourageons le Vanuatu et les États de la région du Pacifique à suivre l'exemple du Québec en la matière, il va de soi que nous employions dans le cadre de cette section, l'expression québécoise, à savoir « l'analyse différenciée selon les sexes » (ADS).

Ainsi le Secrétariat à la Condition féminine du Québec définit l'ADS comme « un processus d'analyse favorisant l'atteinte de l'égalité entre les femmes et les hommes par l'entremise des orientations et des actions des instances décisionnelles de la société sur le plan local, régional et national »¹¹³⁶. Autrement dit, il s'agit d'une étude des impacts sexospécifiques d'un projet étatique quelconque. Elle s'effectue au cours de l'élaboration, de la mise en œuvre, de l'évaluation et du suivi de ce projet¹¹³⁷.

¹¹³⁶ Secrétariat à la condition féminine, *L'analyse différenciée selon les sexes dans les pratiques gouvernementales et dans celles des instances locales et régionales*, Québec, Secrétariat à la Condition féminine, 2007, à la page 4 [Secrétariat, *L'analyse différenciée*].

¹¹³⁷ [Secrétariat, *L'analyse différenciée*], *supra* note 1136, à la page 3 ; [Gosselin, *Analyse différenciée*], *supra* note 848, à la page 95.

Le Secrétariat en question explique par ailleurs que celle-ci (ADS) permet de « discerner de façon préventive les effets distincts sur les femmes et les hommes que pourra avoir l'adoption d'un projet à l'intention des citoyennes et citoyens, et ce, sur la base des réalités et des besoins différenciés des femmes et des hommes »¹¹³⁸. L'ADS tient compte de ces différences des réalités et besoins en offrant par exemple dans certains cas, des mesures différentes aux femmes et aux hommes en vue de réduire les inégalités. Une fois de plus, sa finalité consiste à atteindre une égalité de fait.

L'origine de cet outil découle, en réalité, du Programme d'action de la Quatrième Conférence mondiale des Nations Unies sur les femmes, adopté à Beijing en 1995. Ce Programme précise que « pour assurer la jouissance des droits humains, les gouvernements et les autres intéressés devraient promouvoir des mesures concrètes et visibles afin d'intégrer la problématique hommes-femmes dans tous leurs programmes et politiques, de sorte que toute décision soit précédée d'une analyse de ses effets distincts sur l'un et l'autre sexe »¹¹³⁹. En effet, pendant cette conférence, la communauté internationale reconnaissait pour la première fois le caractère systémique de la discrimination à l'endroit des femmes et enjoignait par conséquent les États à prendre toutes les mesures appropriées, politiques entre autres, pour lutter contre les inégalités commises à l'égard des femmes. Une telle obligation positive de la part des États à prendre des mesures pour assurer une d'égalité de fait entre les femmes et les hommes n'est cependant pas chose nouvelle. Déjà en 1989, la CEDEF enjoignait les États à agir ainsi¹¹⁴⁰. La Déclaration et Programme d'action de Beijing adoptés plus tard en 1995 poussent l'analyse plus loin en ce qui concerne la protection des droits des femmes lorsqu'il précise dans son paragraphe 204 alinéa a) que « les gouvernements devraient procéder, avant toute décision politique, à une analyse de ses conséquences sexospécifiques »¹¹⁴¹. Il s'ensuit que la prise en compte du principe de l'égalité des sexes dans toutes les instances décisionnelles constitue une obligation juridique de tous les États ayant ratifié les instruments internationaux en la matière, dont la CEDEF.

L'avènement de l'ADS découle par ailleurs du développement de la pensée féministe¹¹⁴². Même si certaines féministes sont critiques vis-à-vis de cet outil pour les raisons que nous verrons plus bas,

¹¹³⁸ [Secrétariat, *L'analyse différenciée*], *supra* note 1136, à la page 4.

¹¹³⁹ [Déclaration et Programme d'action de Beijing], *supra* note 1030, paragraphe 229.

¹¹⁴⁰ [CEDEF], Les articles 4 et 5, *supra* note 1.

¹¹⁴¹ [Déclaration et Programme d'action de Beijing], *supra* note 1030, Paragraphe 204 alinéa a).

¹¹⁴² Judith Squires, « Is Mainstreaming Transformative? Theorizing Mainstreaming in the Context of Diversity and Deliberation », (2005) 12(3) *Social Politics* 366 [Squires, « Is Mainstreaming »]; Gemma Carney, « Communicating or Just Talking? Gender Mainstreaming and the Communication of Global Feminism », (2003) Numéro Spécial Vol XXVI *Communication and the Globalisation of Feminism: Challenges, Opportunities and advances Women 1*, à la page 15; Emilie Hafner-Burton et Mark Pollack, « Gender Mainstreaming and Global Governance », (2002) 10 *Fem. Legal Stud.*

d'autres le perçoivent comme la consécration tant attendue des visées féministes en action politique¹¹⁴³. Dans ce sens, il est important d'associer les féministes, expertes en la matière, au processus de l'ADS en leur donnant un rôle essentiel dans la conception et la mise en œuvre des politiques inhérentes.

Il existe trois approches d'implantation des politiques de l'ADS¹¹⁴⁴. D'abord, l'approche intégrationniste consiste à intégrer une perspective de l'égalité des sexes dans l'élaboration des politiques en laissant toutefois intactes les structures décisionnelles gouvernementales préexistantes. Il s'agit de l'approche la plus adoptée, non seulement par les pays (dont le Québec), mais aussi par les organisations internationales¹¹⁴⁵. En effet, même si de plus en plus, les États et les organisations internationales intègrent le principe de l'égalité dans leurs processus décisionnels, force est de constater que les structures demeurent inchangées. Ainsi, un certain nombre de juristes féministes influentes telles que Hilary Charlesworth démontrent dans le cadre de leurs travaux que les femmes sont sous-représentées dans les instances décisionnelles non seulement des États, mais aussi des organisations internationales, l'ONU notamment¹¹⁴⁶. Ensuite, l'approche de l'*Agenda Setting* tend à réformer les structures politiques et gouvernementales décisionnelles préétablies afin de prendre mieux en compte le principe d'égalité des sexes dans les politiques publiques. Cette approche accorde aussi une attention particulière à la consultation des groupes et mouvements des femmes sur toute mesure à adopter. La dernière approche dite transformative se veut démocratique puisqu'elle entend faire participer tout citoyen au processus décisionnel portant sur la prise en compte de l'égalité des sexes dans les politiques publiques. Ces deux dernières approches sont difficiles à appliquer et à mettre en œuvre parce qu'elles nécessitent des moyens et des ressources importantes. Par conséquent, aucun État ne les adopte réellement.

285 ; Diane Perrons, « Gender Mainstreaming and Gender Equality in the New (Market) Economy : An Analysis of Contradictions », (2005) 12(3) Social Politics 389 ; Mary Daly, « Gender Mainstreaming in Theory and Practice », (2005) 12(3) Social Politics 433 [Daly, « **Gender Mainstreaming** »] ; Sandrine Dauphin et Réjane Sénac-Slawinski, « Analyse des enjeux d'un concept-méthode », dans Sandrine Dauphin et Réjane Sénac-Slawinski, dir., *De l'égalité des sexes à la diversité*, Paris, L'Harmattan, 2008, 5, à la page 6 [Dauphin et Sénac, « **Analyse des enjeux** »].

¹¹⁴³ Alison Woodward, « European Gender Mainstreaming : Promises and Pitfalls of Transformative Policy », (2003) 20(1) Review of Policy Research 65 ; [Squires, « **Is Mainstreaming** »], *supra* note 1142, à la page 373 ; [Gosselin, *Analyse différenciée*], *supra* note 848, à la page 96.

¹¹⁴⁴ [Squires, « **Is Mainstreaming** »], *supra* note 1142, à la page 370 et s. ; [Gosselin, *Analyse différenciée*], *supra* note 848, à la page 110 et s. ; Sylvia Walby, « Gender Mainstreaming : Productive Tensions in Theory and Practice », (2005) 12(3) Social Politics 321, à la page 323 et s. [Walby, « **Gender Mainstreaming** »].

¹¹⁴⁵ [Walby, « **Gender Mainstreaming** »], *supra* note 1144, à la page 323-324.

¹¹⁴⁶ [Charlesworth et al., « **Feminist Approaches** »], *supra* note 53, à la page 622 ; [Charlesworth, « **Que sont les droits** »], *supra* note 54, à la page 98 et s.

Depuis l'apparition de l'ADS, un certain nombre d'États dont ceux de l'Union européenne¹¹⁴⁷ ou encore le Canada (et le Québec) s'efforcent de prendre en compte le principe d'égalité entre les femmes et les hommes dans leurs politiques publiques. Nous verrons dans le sous-paragraphe suivant ce qu'il en est au Québec. Mais avant cela, voyons les critiques soulevées à l'égard de cet outil.

Il existe une série de critiques attribuées à l'ADS. Celles-ci portent non seulement sur l'idéologie derrière l'ADS, mais aussi sur la conception d'un tel outil, sa mise en œuvre, son évaluation et son suivi.

D'abord, le fait qu'il existe plusieurs appellations (analyse différenciée selon les sexes au Québec ; approche comparative entre les sexes au Canada ; approche intégrée de l'égalité en Europe ; et donc parfois des différentes définitions attribuées à ce que nous considérons ici comme l'ADS) peut parfois être synonyme de confusion, d'imprécision et de généralité. Dans ce sens, la plupart des gouvernements s'empressent de s'approprier la notion de l'intégration du principe de l'égalité entre les sexes en adoptant des politiques très générales sans toutefois établir un réel programme de conception, d'évaluation et de suivi de l'ADS, mais surtout en ne mettant pas en place des critères d'évaluation permettant de mesurer la justesse de la démarche empruntée¹¹⁴⁸.

Ensuite, un certain nombre d'auteurs féministes critiquent cet outil (ADS) puisque généralement, celui-ci ne permet pas de bouleverser les structures patriarcales existantes. En effet, mise à part l'approche de *Agenda Setting*, les deux autres approches (dont celle intégrationniste qui est le plus souvent utilisée par les pays et organisations internationales) ne concernent pas de changement de structures. Or, sans ce bouleversement plus profond, on ne peut tendre vers l'égalité des sexes¹¹⁴⁹. De plus, certaines auteures comme Sandrine Dauphin et Réjane Sénac-Slawinski mettent en garde contre le risque de faire de l'ADS un simple instrument bureaucratique ou technocratique qui ne puisse réellement transformer les politiques publiques et contribuer à inscrire l'égalité des sexes

¹¹⁴⁷ Pour ce qui concerne l'Europe et la Commission européenne, voir par exemple Sandrine Dauphin et Réjane Sénac-Slawinski [Dauphin et Sénac, « Analyse des enjeux », *supra* note 1142, à la page 6.

¹¹⁴⁸ [Daly, « Gender Mainstreaming », *supra* note 1142, à la page 439 ; Olean Hankivsky, « Gender vs. Diversity Mainstreaming », (2005) *Revue Canadienne de science politique* 977, à la page 983 [Hankivsky, « Gender vs. Diversity »] ; [Gosselin, *Analyse différenciée*], *supra* note 848, à la page 98.

¹¹⁴⁹ [Dauphin et Sénac, « Analyse des enjeux », *supra* note 1142, à la page 9 ; Diane Sainsbury et Christina Bergqvist, « Gender Mainstreaming à la suédoise », dans Sandrine Dauphin et Réjane Sénac-Slawinski, dir., *De l'égalité des sexes à la diversité*, Paris, L'Harmattan, 2008, à la page 117 et s ; Marie-Thérèse Letablier et Gwanaëlle Perrier, « La mise en œuvre du *gender mainstreaming* dans les politiques locales de l'emploi. L'exemple du Fonds social européen en Ile-de-France », dans Sandrine Dauphin et Réjane Sénac-Slawinski, dir., *De l'égalité des sexes à la diversité*, Paris, L'Harmattan, 2008, à la page 165 et s.

dans l'agenda politique¹¹⁵⁰. En effet, les textes consacrés à la mise en œuvre de l'ADS montrent qu'il existe un véritable écart entre la simple déclaration de principe et l'objectif de l'égalité à atteindre. Ainsi, on se demande si l'ADS ne souffre-t-elle pas d'être un concept d'idéologie molle et d'une méthode à l'instrumentalisation molle ? Ces auteures démontrent que dans certains cas, les États font des simples déclarations sans prendre les mesures nécessaires pour atteindre l'objectif de l'égalité entre les femmes et les hommes. Par ailleurs, une autre critique est liée au risque que cet outil (ADS) soit utilisé comme une stratégie pour corriger les autres sources d'inégalités qui ont trouvé leur place sur l'agenda politique (origine ethnique, handicap, orientation sexuelle...) ou pour atteindre d'autres objectifs. En effet, comme l'expliquent les mêmes auteures, au niveau européen, l'égalité des sexes est, assurément, devenue moins un objectif qu'un élément au service de finalités purement économiques visant à une relance de la croissance¹¹⁵¹. Dans ce sens, précisent-elles, lorsque l'égalité des sexes n'est plus une priorité pour les États, les méthodes employées pour la promouvoir et lutter contre les discriminations n'ont plus que valeurs d'exemples. Cette critique explique, selon les auteures susmentionnées, la faible présence ou participation des groupes des femmes à cet outil.

Enfin se pose la difficulté de prendre en compte les différences entre les groupes des femmes et donc la complexité des sources de leurs oppressions¹¹⁵². Ainsi, comment formuler, mettre en œuvre et évaluer les politiques qui puissent réellement prendre en compte les besoins de tous les groupes de femmes ? Une telle entreprise est quasi impossible compte tenu du caractère assez homogène de l'ADS. Cette remarque n'est pas nouvelle. En effet, nous avons vu dans l'introduction de notre thèse que les théories féministes ne sont pas monolithiques et que même si les féministes s'entendent sur l'oppression des femmes, elles ne le sont pas sur la façon de la corriger. La notion de l'intersectionnalité mérite donc une attention particulière afin d'éviter le danger d'exclusion et d'essentialisation de certains groupes de femmes. De telles interrogations qui demeurent avant tout théoriques ne doivent cependant pas empêcher l'institutionnalisation d'un outil tel que l'ADS qui poursuit un objectif noble, c'est-à-dire celui de favoriser l'atteinte à l'égalité entre les femmes et les hommes.

¹¹⁵⁰ [Dauphin et Sénac, « Analyse des enjeux »], *supra* note 1142, à la page 9 ; Voir aussi [Walby, « Gender Mainstreaming »], *supra* note 1144, à la page 322.

¹¹⁵¹ [Dauphin et Sénac, « Analyse des enjeux »], *supra* note 1142, à la page 10 ; Voir aussi Pierre Courtioux et Olivier Thévenon, « Politiques familiales et objectifs européens : Il faut améliorer le Benchmarking », (2006), EDHEC Business School, Pôle de recherche en économie, évaluation des politiques publiques et réforme de l'état, Lille, en ligne : [http://faculty-research.edhec.com/servlet/com.univ.collaboratif.utils.LectureFichiergw?ID_FICHER=1328885972180] (accessible le 15 janvier 2015).

¹¹⁵² [Hankivsky, « Gender vs. Diversity »], *supra* note 1148, à la page 987 ; [Gosselin, *Analyse différenciée*], *supra* note 848, à la page 100.

Ainsi, même si les critiques susmentionnées semblent fondées dans une certaine mesure, l'on ne peut nier que l'ADS est bénéfique dans bien de cas pour les femmes. L'exemple québécois en témoigne.

2) L'expérience québécoise en matière de l'ADS

Comment l'intégration de l'égalité des sexes dans les politiques publiques se fait-elle dans la pratique ? Tournons-nous vers le Québec, notre modèle à suivre, pour voir comment ce principe du droit à l'égalité entre les femmes et les hommes a été intégré dans les agences et institutions gouvernementales.

À la suite de la Quatrième Conférence mondiale des Nations Unies sur les femmes tenue à Beijing, le gouvernement du Québec a décidé en 1997 de mener une expérimentation sur l'analyse différenciée selon les sexes (ADS). Le rapport portant sur cette expérience et couvrant la période 1997 à 2004 a été publié en 2005¹¹⁵³. Comme le souligne le site du Secrétariat à la condition féminine québécois, ce rapport permet non seulement de dégager les difficultés éprouvées en matière de l'ADS, mais surtout de souligner certaines conditions de réussite à privilégier¹¹⁵⁴.

La politique du gouvernement québécois en la matière intitulée *Pour que l'égalité de droit devienne égalité de fait*¹¹⁵⁵ a été dévoilée en 2006 et adoptée en 2007. Dans ce document, l'analyse différenciée des sexes est considérée à la fois comme un instrument de gouvernance et une approche transversale par la volonté d'intégrer progressivement le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes à l'ensemble de décisions gouvernementales ainsi que celles des instances locales et régionales¹¹⁵⁶.

¹¹⁵³ Secrétariat à la condition féminine, *L'expérimentation de l'analyse différenciée selon les sexes au gouvernement du Québec : ses enseignements et ses retombées*, Québec, 2005.

¹¹⁵⁴ Site officiel du Secrétariat à la condition féminine [<http://www.scf.gouv.qc.ca/index.php?id=28#c353>] (accessible le 13 janvier 2015).

¹¹⁵⁵ Ministère de la culture, des communications et de la condition féminine, *Pour que l'égalité de droit devienne égalité de fait, Politique gouvernementale pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, Québec, Secrétariat à la condition féminine, 2007.

¹¹⁵⁶ [Secrétariat, *L'analyse différenciée*], *supra* note 1136.

De cette politique découle le premier plan d'action 2007-2010 en matière de l'ADS¹¹⁵⁷. Adopté en 2007, il a ainsi traduit la volonté et l'engagement du gouvernement à implanter solidement l'analyse différenciée des sexes dans l'appareil gouvernemental. En effet, dans ce document, le gouvernement du Québec s'est engagé à accomplir, entre autres, les actions suivantes : (1) assurer la sensibilisation et la formation à l'ADS des élus(es), des sous-ministres, des présidents(es), des gestionnaires, du personnel professionnel... qui participent à l'élaboration, à la mise en œuvre et au suivi des projets ; (2) proposer l'implantation de l'ADS aux ministères, organismes, instances locales et régionales, ainsi qu'aux plus grandes villes de la province du Québec ; (3) appliquer l'ADS à au moins quinze projets qui ont des répercussions sur l'égalité entre les femmes et les hommes...¹¹⁵⁸.

Le deuxième plan d'action 2011-2015 a par la suite été adopté en 2011¹¹⁵⁹ et poursuit cinq principaux objectifs dont : (1) la mise en œuvre des projets intégrant l'ADS au sein des ministères et des organismes ; (2) la consolidation de l'offre des services ; (3) le soutien aux ministères et aux organismes dans une approche facilitant la systématisation ; (4) la consolidation de la structure de gouvernance ; et (5) le rayonnement de l'ADS¹¹⁶⁰.

Le secrétariat à la condition féminine québécoise a la responsabilité non seulement de promouvoir l'ADS, mais aussi comme nous l'avons mentionné, de sensibiliser et si possible former les groupes ou gestionnaires ciblés pour mettre en œuvre les politiques publiques en la matière. Ces groupes visés sont les élus (es), les sous-ministres, les présidentes et les présidents d'organismes, les gestionnaires, les conseillers et les conseillères en communication, le personnel professionnel qui participe à l'élaboration, à la mise en œuvre, à l'évaluation et au suivi des projets¹¹⁶¹.

Il existe plusieurs exemples concrets d'application de l'ADS au Québec. Ainsi, cet outil (ADS) a permis l'introduction du congé de paternité non transférable du régime québécois d'assurance parentale¹¹⁶². Avec ce système, les hommes assument davantage de responsabilités dans les soins à donner aux enfants durant la première année de leur vie. Cette mesure favorise, à l'intérieur d'un

¹¹⁵⁷ Secrétariat à la condition féminine, *Plan d'action 2007-2010 : Implantation de l'analyse différenciée selon les sexes (ADS) dans les pratiques gouvernementales et dans celles des instances locales et régionales*, Québec, 2007 [Secrétariat, *Plan d'action 2007-2010*], *supra* note 1157.

¹¹⁵⁸ [Secrétariat, *Plan d'action 2007-2010*], *supra* note 1157, à la page 4.

¹¹⁵⁹ Secrétariat à la condition féminine, *Plan d'action en matière d'analyse différenciée selon les sexes 2011-2015*, Québec, 2011 [Secrétariat, *Plan d'action 2011-2015*].

¹¹⁶⁰ [Secrétariat, *Plan d'action 2011-2015*], *supra* note 1159, à la page 10 à 14.

¹¹⁶¹ [Secrétariat, *L'analyse différenciée*], *supra* note 1136, à la page 3.

¹¹⁶² [Secrétariat, *L'analyse différenciée*], *supra* note 1136, à la page 22.

couple, une répartition équitable des responsabilités familiales et donc l'atteinte à l'égalité entre la femme et l'homme.

Un autre exemple d'application de l'ADS au Québec porte sur les recherches concernant les maladies cardiovasculaires. Pendant longtemps, celles-ci étaient réalisées auprès des hommes. Or, les symptômes de cette maladie ne se manifestent pas de la même manière chez les hommes et les femmes. En menant des études axées sur les femmes, l'ADS a permis d'adapter l'information et la prévention des maladies cardiovasculaires aux besoins des femmes.

Nous constatons donc que l'un des avantages majeurs de l'ADS constitue la prise en compte des réalités et des besoins différenciés des femmes et des hommes. Le but ultime consiste à prévenir ou réduire les inégalités entre les femmes et les hommes touchés par un projet et favoriser l'atteinte à une égalité de fait.

Avant d'aborder le cas de Vanuatu, il est important de noter ici les raisons qui expliquent la réussite du Québec en matière de l'ADS. En effet, malgré quelques lacunes constatées¹¹⁶³, l'ADS est implantée dans un certain nombre d'institutions publiques québécoises qui se sont mobilisées pour assurer cette réussite. Le Secrétariat à la condition féminine a la responsabilité de sensibiliser et former les agents publics mettant en œuvre les projets auxquels l'ADS est appliquée. On note dans ce sens, une volonté politique quant à l'avancement des droits des femmes. En effet, les plans d'action en matière de l'ADS ont été adoptés par le gouvernement du Québec. De plus, les politiques de l'ADS ont bien été mises en œuvre et il existe un travail de suivi pour vérifier cette mise en œuvre et donc la réussite des projets auxquels l'ADS est appliquée. Ainsi, le secrétariat à la condition féminine du Québec tient à jour un site internet sur lequel tous les documents relatifs à l'ADS, notamment des rapports de synthèse et des bilans d'actions gouvernementales en la matière sont publiés¹¹⁶⁴.

Quant au Vanuatu, il a adopté des politiques publiques dans le domaine du *Gender Mainstreaming* (pour reprendre l'expression employée au Vanuatu et dans le Pacifique Sud). Celles-ci ne sont

¹¹⁶³ Nous pensons par exemple ici à l'étude réalisée par Jessica Gosselin dans le cadre de son mémoire de Maîtrise dans lequel elle a démontré que le gouvernement du Québec n'a pas respecté ses obligations internationales et constitutionnelles lorsqu'il a omis d'effectuer une analyse différenciée entre les sexes pour mesurer les effets qu'aurait pu avoir le projet dit « Plan Nord » sur les femmes [*Gosselin, Analyse différenciée*], *supra* note 848.

¹¹⁶⁴ Voir le site internet du Secrétariat à la condition féminine : [<http://www.scf.gouv.qc.ca/index.php?id=56>] (accessible le 30 mai 2015).

cependant pas mises en œuvre efficacement. L'adoption du modèle québécois pourrait changer la donne.

PARAGRAPHE II : L'ADOPTION DES PROGRAMMES ET PLANS D'ACTION EN FAVEUR DES FEMMES AU VANUATU

Dans le Pacifique, les organisations régionales et internationales (La Communauté du Pacifique Sud ou encore les Nations Unies) encouragent et assistent régulièrement les États à adopter et à mettre en œuvre des politiques publiques en faveur de l'égalité des sexes¹¹⁶⁵.

Cependant, pour réellement atteindre l'égalité de fait entre les femmes et les hommes à l'échelle nationale, chaque État doit, à l'exemple du Québec, non seulement adopter, mais aussi mettre efficacement en œuvre ses propres politiques publiques en la matière. Ainsi, dans les conclusions de sa cinquante-septième session, la Commission de la condition de la femme de l'ONU a recommandé aux États membres des Nations Unies : « d'élaborer et mettre en œuvre, en faisant en sorte que les femmes et les filles y participent effectivement et pleinement, des politiques, des stratégies et des programmes nationaux transversaux efficaces... »¹¹⁶⁶. Elle continue en soulignant que les États doivent « prendre des mesures propres à garantir, en toute situation, l'égalité de la participation des femmes et des hommes à tous les niveaux de la vie, des réformes et de la prise de décisions politiques, et contribuer à l'élimination de la discrimination et de la violence dont les femmes et les filles sont victimes »¹¹⁶⁷.

Ces recommandations sont en accord avec les engagements des États lorsqu'ils ratifient les principaux instruments internationaux en matière de droits fondamentaux, dont la CEDEF.

¹¹⁶⁵ Voir par exemple les recommandations de la 12e Conférence triennale sur les femmes organisée par la Communauté du Pacifique Sud le 20 à 24 septembre 2013 à Rarotonga aux Îles Cook : *Progressing Gender Equality by strengthening Mechanisms for the Advancement of Women*, en ligne : [<http://www.forumsec.org/resources/uploads/embeds/file/Brief%20Mechanisms%20for%20the%20Advancement%20of%20women.pdf>] (accessible le 30 mai 2015) ; Nations Unies, la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique, *Regional Workshop to support Gender Mainstreaming and Women's Economic Empowerment in Asia and the Pacific*, Bangkok, 19 au 21 février 2014, en ligne : [<http://www.unescap.org/events/regional-workshop-support-gender-mainstreaming-and-women%E2%80%99s-economic-empowerment-asia-and-0>] (accessible le 30 mai 2015) ; South Pacific Community, *Gender Mainstreaming in the GEF Pacific IWRM Project*, Nadi (Fiji), 12-15 November 2013, en ligne : [<http://www.pacific-iwrm.org/rsc/fifth-meeting-documents/08-RSC-5-Gender-Mainstreaming-FINAL-cp.pdf>] (accessible le 30 mai 2015).

¹¹⁶⁶ [Commission de la condition féminine, *L'élimination*], *supra* note 345, à la page 7.

¹¹⁶⁷ [Commission de la condition féminine, *L'élimination*], *supra* note 345, à la page 8.

Comme nous verrons plus bas, les efforts du Vanuatu en matière d'adoption des plans d'action en faveur de l'égalité des sexes (*Gender Mainstreaming*) sont louables (1). Il existe cependant des lacunes en ce qui a trait à la mise en œuvre, à l'évaluation et au suivi des projets auxquels les politiques de *Gender Mainstreaming* sont appliquées (2).

1) Les plans d'action en faveur de l'égalité des sexes au Vanuatu

Pour respecter ses engagements en matière du droit à l'égalité des femmes, le Vanuatu a adopté divers plans stratégiques, législations, projets en collaboration avec ses partenaires de développement (les ONG et la société civile). Ainsi, son plan d'action et de priorités 2006-2015 traite, entre autres, de l'égalité, de pouvoir et de « l'autonomisation » (*empowerment*) des femmes¹¹⁶⁸. Autrement dit, un des objectifs du plan consiste à promouvoir l'égalité des femmes et leur donner plus de pouvoir et « d'autonomisation ». Trois priorités sont visées, à savoir l'amélioration de l'accès à l'éducation des filles (au primaire, secondaire et études supérieures) ; l'augmentation du nombre de femmes dans les emplois rémunérés, en particulier dans le secteur hors de l'agriculture ; et l'augmentation du nombre de femmes dans le processus de prise de décision gouvernementale. Ce plan s'inscrit dans la continuité de la mise en œuvre des Objectifs Millénaires pour le Développement adoptés en 2000. En effet, un rapport du gouvernement a montré que la mise en œuvre de ces derniers au Vanuatu a conduit à une augmentation de nombre des filles scolarisées au primaire et au secondaire¹¹⁶⁹.

Cependant, selon la même source¹¹⁷⁰, au niveau tertiaire, peu de femmes atteignent l'université. Ensuite, peu de femmes ont un emploi rémunéré dans des domaines hors de celui d'agriculture. Les femmes sont moins représentées en tant qu'employées aussi bien dans le secteur public que privé. Enfin, elles sont sous-représentées au parlement et dans le processus de prise de décision. L'objectif fixé dans le plan (c'est-à-dire celui d'atteindre 30% de représentation de femmes au Parlement) n'est toujours pas atteint. En 2004, par exemple, seulement 4% des sièges est détenu par les femmes et celles-ci représentent seulement 18% des fonctionnaires. Plus récemment, lors des dernières élections législatives en septembre 2012, aucune femme n'a été élue au Parlement national. Ce plan

¹¹⁶⁸ Government of the Republic of Vanuatu, *Priorities and Action Agenda 2006-2015, An Educated, Healthy and Wealthy Vanuatu*, Port Vila, Department of Economic and Sector Planning, Ministry of Finance and Economic Management, June 2006, à la page 35-36 [*Vanuatu Government, Priorities and Action Agenda*].

¹¹⁶⁹ [*Vanuatu Government, Priorities and Action Agenda*], *supra* note 1168, à la page 35.

¹¹⁷⁰ [*Vanuatu Government, Priorities and Action Agenda*], *supra* note 1168, à la page 35.

d'action et de priorités susmentionné a ensuite été révisé pour la période 2012-2016¹¹⁷¹. Il s'agit d'un document important qui reflète l'engagement du gouvernement à prendre des mesures en faveur des femmes. Ce document a, entre autres, pour objectif de favoriser la prise en compte de l'égalité des femmes dans les politiques du gouvernement (*Mainstreaming*).

Lors de la réunion de la Commission de la condition de la femme de l'ONU en 2013, la représentante du Vanuatu a annoncé que le gouvernement était en train de finaliser sa politique nationale « d'autonomisation » (*empowerment*) des femmes 2013-2023¹¹⁷². Il s'agit d'un document qui a pour objectif de fournir la direction à suivre sur les interventions stratégiques pour corriger les inégalités sexuelles. Il consiste aussi en des directives de coordination entre les différents ministères afin d'intégrer l'égalité des femmes dans toutes les politiques gouvernementales. Le document en question n'a cependant pas encore été rendu public.

Par ailleurs, conformément à ces plans nationaux, mais aussi aux plans régionaux (*Pacific Platform for Action on Advancement of Women and Gender Equality 2005-2015*¹¹⁷³, *Pacific Plan*) et aux documents internationaux (la CEDEF, la Déclaration de Beijing 2005-2015, Les objectifs de Millénaire pour le Développement 2000-2015), le Gouvernement de Vanuatu a pour la première fois adopté une mesure rémédiate le 5 juin 2013 consistant à accorder aux femmes entre 30-34% des sièges au Conseil municipal¹¹⁷⁴. Pour mettre en œuvre cette décision, le gouvernement par l'intermédiaire du ministère de l'Intérieur, du ministère de la Justice et de l'*Attorney General*, a préparé la modification à la *Municipalities Act Cap 126* afin d'introduire un quota temporaire spécial de 30-34% de représentation exclusive des femmes au Conseil municipal pour une période de quatre mandats (16 ans). Les modifications ont été votées par le Parlement à la session extraordinaire du mois d'août 2013¹¹⁷⁵. La deuxième étape sera d'accorder un quota de la représentation des femmes au Parlement national. Ces mesures ont pour objectif d'impliquer les femmes dans le processus de prise de décision et donc de leur accorder plus de pouvoir. Dans une conférence de presse du 5 juin 2013, le gouvernement a déclaré, entre autres, que cette mesure est la

¹¹⁷¹ Government of the Republic of Vanuatu, *Priority Action Agenda 2012-2016*, Port Vila, Vanuatu.

¹¹⁷² Government of the Republic of Vanuatu, *National Policy for Empowerment of Women 2013-2023*, Port Vila, Vanuatu.

¹¹⁷³ Pacific Islands Forum, *Pacific Platform for Action on Advancement of Women and Gender Equality 2005-2015*, Second Pacific Ministerial Meeting on Women, Nadi, Fiji, 19-20 August 2004. La toute première réunion ministérielle sur la condition féminine a été tenue en 2004 à Nouméa, Nouvelle-Calédonie.

¹¹⁷⁴ Government of the Republic of Vanuatu, *Council of Ministers Approve Reserved Seats for Women as a Temporary Special Measure for Municipality Council*, Communiqué, Port Vila, 5 juin 2013, à la page 1 [**Vanuatu Government, Communiqué**].

¹¹⁷⁵ *Municipalities (Amendment Act) 2013* ; *Radio New Zealand International*, « Vanuatu Creates Reserved Seats for Women on Municipal Councils », 31 août 2013, en ligne : [<http://www.rnzi.com/pages/news.php?op=read&id=78709>] (accessible le 5 septembre 2013).

première étape pour corriger la sous-représentation des femmes dans la vie politique et ainsi répondre positivement à ses engagements aussi bien nationaux, régionaux qu'internationaux. Elle permettra de renforcer la participation des femmes dans le travail avec les hommes pour relever les défis sociaux-économiques des communautés¹¹⁷⁶.

Il faut noter cependant que toute mesure visant à améliorer le statut et la condition des femmes dépend largement de la volonté politique. À cet égard, l'égalité des sexes doit être une priorité pour le gouvernement. Il doit s'efforcer de se conformer à ses engagements aussi bien internationaux que régionaux¹¹⁷⁷. Même s'il montre par ses actions (ratification des conventions internationales telles la CEDEF, l'adoption de la loi sur la protection familiale de 2008 et l'adoption des quelques mesures rémédiatrices en faveur des femmes) une tendance vers le respect de ce principe d'égalité, nous pensons qu'il faut plus que cela pour parvenir à une égalité de fait au Vanuatu et dans la région.

2) Les manquements du Vanuatu en matière de l'évaluation et du suivi des politiques publiques relatives à l'égalité des sexes

Alors qu'au Québec, le gouvernement met l'accent non seulement sur l'élaboration, mais aussi sur la mise en œuvre, l'évaluation et le suivi des politiques publiques en matière de l'ADS, il n'en est pas encore ainsi au Vanuatu. En effet, au Québec, dans le guide de synthèse de l'ADS, le Secrétariat à la condition féminine précise que la sixième et dernière étape de l'intégration de l'ADS dans un projet consiste à faire le suivi et l'évaluation du projet auquel l'ADS est appliquée¹¹⁷⁸.

Au Vanuatu, tel que nous l'avons vu, il existe des politiques publiques en la matière et le gouvernement s'efforce aussi de les mettre en œuvre. Cependant, il reste du travail à faire en ce qui concerne l'évaluation et le suivi des projets auxquels les politiques publiques en matière de l'égalité des sexes sont appliquées. Dans ce sens, la question demeure en ce qui a trait à l'efficacité de ces politiques. En effet, pour mesurer l'efficacité de ces politiques, il faut nécessairement, non seulement mettre en œuvre ces politiques dans le cadre de projets, mais aussi faire l'évaluation et le suivi de ces projets.

Nous notons ici quelques exemples de projets qui témoignent de ces faiblesses. En collaboration

¹¹⁷⁶ [Vanuatu Government, *Communiqué*], *supra* note 1174, à la page 2.

¹¹⁷⁷ Entre autres, [CEDEF], *supra* note 1 ; [Objectifs du Millénaire], *supra* note 45.

¹¹⁷⁸ [Secrétariat, *L'analyse différenciée*], *supra* note 1136, à la page 20.

avec ses partenaires de développement, le gouvernement de Vanuatu a récemment appliqué le *Gender Mainstreaming* à deux projets de développement, à savoir le *Port Vila Development Project*¹¹⁷⁹ qui consiste à moderniser l'infrastructure routière de la capitale et le *Inter-Island Shipping Project*¹¹⁸⁰ visant à développer l'infrastructure maritime des différentes îles du pays. Dans le document intitulé *Gender Action Plan*, le gouvernement et la Banque de Développement Asiatique (son principal partenaire financier) prévoient, entre autres, que les femmes doivent constituer au moins 30% de la force du travail dans la réalisation de ces projets¹¹⁸¹. Les travaux pour ces projets ont respectivement débuté en 2012 et 2013 et prendront fin en 2016-2017. Or, le gouvernement n'a toujours fait aucune évaluation, ni de suivi de ces projets pour vérifier si les politiques en matière de l'égalité de sexes ont bien été appliquées. Dans ce sens, il n'est pas certain que les femmes participent réellement à la réalisation ainsi qu'à la conception de ces projets. Elles ne participent donc pas à la richesse du pays et n'en profitent pas. Pareillement, les politiques mentionnées plus haut, dont celle de la participation des femmes à la vie politique, doivent non seulement être mises en œuvre, mais des études d'évaluation et de suivi doivent aussi être réalisées pour vérifier leur application et leur effectivité.

Encore plus important, le Vanuatu se contente d'adopter quelques politiques en faveur des droits des femmes et tente même de les mettre en œuvre. Force est cependant de constater qu'il ne connaît pas un réel outil d'ADS à l'exemple du Québec qui est bien implanté et bien coordonné par les institutions publiques nationales.

Considérant cette lacune, nous suggérons au gouvernement de Vanuatu de suivre l'exemple québécois en matière de l'ADS. La volonté politique est plus que nécessaire pour institutionnaliser l'ADS et désigner un certain nombre d'institutions chargées de mettre en œuvre les politiques de l'ADS. Dans ce sens, des étapes à suivre doivent être établies dans le processus d'implantation des politiques de l'égalité des sexes. Ce faisant, le gouvernement peut, au besoin, réajuster ses politiques ou mettre plus d'efforts dans la mise en œuvre de celles-ci afin d'assurer que les femmes participent pleinement aux décisions gouvernementales et des instances régionales et locales. Nous recommandons également que les femmes participent à la fois à la conception et la mise en œuvre des politiques de *Gender Mainstreaming* ou de l'ADS.

¹¹⁷⁹ En ligne : [<http://vpmu.gov.vu/index.php/projects>] (accessible le 15 avril 2015).

¹¹⁸⁰ En ligne : [<http://vpmu.gov.vu/index.php/projects/2011-05-06-15-24-05>] (accessible le 15 avril 2015).

¹¹⁸¹ Asian Development Bank, *Gender Action Plan, Port Vila Urban Development Project*, en ligne : [<http://www.adb.org/sites/default/files/linked-documents/42391-013-van-gap.pdf>] (accessible le 17 avril 2015); Asian Development Bank, *Gender Action Plan, Interisland Shipping Project*, en ligne : [<http://adbdev.org/sites/default/files/project-document/73214/42392-013-van-gap.pdf>] (accessible le 17 avril 2015).

En conclusion de cette dernière section, notons que l'ADS ou le *Gender Mainstreaming* constitue aujourd'hui un outil de gouvernance primordial pour les États puisqu'il permet de prévenir ou de réduire les inégalités entre les femmes et les hommes. Le Québec a débuté l'implantation de celle-ci dans le processus décisionnel depuis les années 2006-2007. Les exemples mentionnés plus haut nous permettent d'affirmer que l'ADS a, en quelque sorte, favorisé l'égalité entre les femmes et les hommes dans la province du Québec. Le Vanuatu n'a commencé à appliquer les politiques de *Gender Mainstreaming* qu'assez récemment (2012-2013). Il doit encore faire ses preuves non seulement en ce qui concerne les politiques à adopter, mais surtout leur mise en œuvre, leur évaluation et leur suivi pour vérifier l'efficacité de ces politiques. Nous l'encourageons à suivre l'exemple de Québec et institutionnaliser l'ADS afin de répondre positivement à ses obligations internationales consistant à assurer, entre autres, le respect du droit à l'égalité des femmes sur le plan national.

Pour finir, soulignons les grandes lignes qui ont fait l'objet de ce troisième chapitre. D'abord, à l'exemple du Québec, nous proposons que le Vanuatu adopte non seulement une Charte des droits et libertés, mais qu'il soit aussi plus actif dans l'adoption des nouvelles lois et des réformes législatives en faveur des droits des femmes. Une telle Charte détaillera la mise en place d'un mécanisme national de protection des droits fondamentaux. Ce mécanisme assurera grâce aux différentes institutions établies, une protection efficace des droits et libertés, notamment les droits des femmes. La Commission des droits de la personne jouera un rôle primordial relatif à l'éducation aux droits fondamentaux, au déclenchement des enquêtes en cas de violation des droits et libertés individuels, mais aussi à l'examen préliminaire des plaintes individuelles. Ce dernier rôle évite la surcharge du tribunal des droits de la personne. Un tel tribunal spécialisé garantit un plus grand accès à la justice et une plus grande efficacité dans le processus d'adjudication. Le Conseil du statut de la femme, institution indépendante, jouera aussi un rôle essentiel dans l'avancement des droits des femmes. Il conseillera le gouvernement sur des questions touchant les femmes et pourra aussi le critiquer lorsqu'il estime nécessaire. Nous encourageons le gouvernement du Vanuatu à mettre en place une institution similaire. Enfin, nous soutenons qu'au-delà de la mise en place d'un mécanisme national de protection des droits et libertés de la personne, le Vanuatu et aussi les autres États de la région doivent renforcer leurs cadres politiques de manière à mieux intégrer le principe d'égalité des sexes, au moyen de l'ADS, dans les programmes et activités étatiques et ainsi, contribuer à un avancement concret des droits des femmes dans la région et au Vanuatu.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Pour conclure notre seconde et dernière partie, rappelons que le relativisme culturel défendu, pour la plupart du temps, par les pays du Sud, est loin de se cantonner à l'idée d'une simple théorie critique à l'égard du fondement universel des droits fondamentaux. Il présente aussi un certain nombre de manifestations bien réelles, dont le régionalisme. Il s'ensuit que les critiques ou les attitudes adoptées par ces pays du Sud ont des répercussions sur les femmes qui sont très souvent considérées comme des citoyennes de seconde classe. Les arguments culturels sont parfois invoqués pour porter atteinte à leurs droits. Or, il s'agit là d'une violation du droit international. En effet, il faut clamer haut et fort que l'universalité des droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes, est un principe fondamental qui transcende les cultures. Tous sont égaux quelque soit leur sexe, leur ethnie, leur lieu d'origine ou autre. Les droits fondamentaux doivent, en raison de leur importance, être intégrés d'une manière ou d'une autre, dans les cultures internes des États. Ce chapitre fait état de la première étape de notre solution au problème de violation des droits des femmes au Vanuatu et dans les États du Pacifique Sud.

Dans notre deuxième chapitre, nous avons argumenté qu'il soit établi au Vanuatu (et aussi dans les autres États de la région) un cadre analytique du droit à l'égalité. Nous nous sommes inspiré de l'exemple canadien (cadre analytique du droit à l'égalité) qui est non seulement plus développé et approfondi, mais qui a aussi permis au fil des années un certain avancement des droits des femmes au Canada, en particulier en ce qui concerne l'adoption de l'égalité substantielle. Dans ce sens, compte tenu de l'application de la *Common Law* au Vanuatu, les tribunaux vanuatais peuvent recourir à la jurisprudence canadienne en matière de droit à l'égalité pour appuyer la cause des femmes au Vanuatu. Nos développements nous permettent d'affirmer qu'une interprétation innovante de droit à l'égalité qui tient compte des besoins différenciés des femmes peut aider à changer ou à améliorer les rapports entre les femmes et les hommes. Nous encourageons donc le Vanuatu et les États du Pacifique Sud à aller dans ce sens.

Les tribunaux vanuatais peuvent aussi recourir à la Constitution nationale pour protéger et promouvoir efficacement les droits des femmes. En effet, la Constitution du Vanuatu (comme celle des autres États de la région) renferme toutes les pièces nécessaires pour faire avancer les droits des femmes dans le pays. Ces tribunaux peuvent enfin recourir aux dispositions conventionnelles, aux

décisions des Comités des droits de l'Homme des Nations Unies et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour aller dans ce sens.

Nous avons enfin soutenu dans le dernier chapitre qu'il soit mis en place un mécanisme national de protection des droits fondamentaux basé sur le modèle québécois. En effet, depuis la création de son système national de protection des droits fondamentaux (en particulier l'adoption de la *Charte* et la création des institutions telles que la Commission des droits de la personne, le Tribunal des droits de la personne ou encore le Conseil du statut de la femme), le Québec a fait d'énormes progrès sur la question des droits des femmes au point de devenir un leader mondial en la matière. Nous avons donc tout naturellement proposé que le Vanuatu suive le modèle québécois. Au-delà de la mise en place d'un système national, nous recommandons aussi au gouvernement de Vanuatu d'intégrer le principe d'égalité des sexes dans toutes ses politiques publiques au moyen de l'outil de gestion qui est l'ADS, afin de prendre en compte les besoins et intérêts particuliers des femmes, et ainsi mieux protéger leurs droits.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Pour conclure cette thèse, rappelons la question fondamentale qui était à l'origine de notre thèse : les États du Pacifique Sud et le Vanuatu peuvent-ils préserver leur identité culturelle fondée généralement sur des valeurs collectives tout en respectant les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes, axés essentiellement sur les valeurs individuelles ?

Nous avons choisi non seulement la méthode d'analyse exégétique traditionnelle, mais aussi plus fondamentalement la méthode de la critique féministe du droit comme cadres théoriques de recherche pour répondre à cette question et vérifier nos hypothèses de recherche. Ces approches nous ont permis de mettre en lumière des faits, et donc de constater un certain nombre de problèmes qui se posent quant à la violation des droits des femmes par le fait même du système juridique et de droit aussi bien étatique que coutumier. Ainsi, l'accès à la littérature féministe, au savoir féministe anglo-saxon, aux écrits des groupes militants pour les droits des femmes et aux statistiques sur les femmes nous éclaire sur certaines réalités souvent ignorées des femmes. L'approche féministe est aussi pertinente en l'espèce puisqu'elle nous permet de proposer des solutions et fournir des réponses adéquates à la problématique constatée. Autrement dit, la lentille féministe nous permet de proposer des solutions qui prennent mieux en compte les points de vue et les intérêts des femmes.

Notre partie préliminaire présente le caractère mixte et pluriel du droit au Vanuatu. En effet, nous avons choisi de définir et d'expliquer le pluralisme juridique, le droit coutumier et la *Common Law* qui découlent du passé colonial du pays.

Dans la première partie de notre thèse, nous avons confirmé l'hypothèse selon laquelle tant que les États du Pacifique Sud préserveront certains aspects de leurs cultures, les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité des femmes, ne seront pas pleinement respectés compte tenu de l'opposition réelle entre leurs valeurs culturelles et les droits fondamentaux. En effet, le pluralisme juridique que connaissent le Vanuatu et les autres États du Pacifique Sud produit un effet assez négatif sur les droits fondamentaux, en particulier sur le droit à l'égalité des femmes.

Concrètement, l'éclairage féministe nous permet d'affirmer que le droit dans son ensemble n'est pas neutre puisque dans plusieurs cas, il discrimine les femmes et produit des inégalités à leur égard. Ce faisant, non seulement il perpétue la subordination des femmes, mais il consacre aussi la domination

patriarcale. Dans ce sens, le droit constitue, selon nous, une source d'oppression pour les femmes dans certains cas. Le droit coutumier, par exemple, est en grande partie basé sur des valeurs patriarcales et a des effets négatifs sur les femmes, en particulier dans le domaine de la famille. Plusieurs coutumes étudiées portent atteinte aux droits fondamentaux des femmes : la réconciliation coutumière, la pratique du mariage arrangé, la polygamie, la pratique de la dot (prix de la mariée), la vengeance coutumière, la sorcellerie, les coutumes relatives à la propriété matrimoniale, à la garde d'enfant, à la pension alimentaire des épouses (et des enfants), à la succession et à la propriété en général. Dans le même sens, les attitudes patriarcales encouragent la violence intrafamiliale dont les femmes sont les principales victimes. De plus, les chefs coutumiers non seulement ne sont pas neutres et impartiaux dans les décisions rendues dans le cadre de résolution des disputes, mais ils jouent aussi un rôle de médiation qui ne leur est aucunement reconnu par la loi. Leurs décisions et actions sont parfois contraires aux droits et libertés fondamentaux des femmes. L'affaire étudiée *Public Prosecutor v. Walter Kota*¹¹⁸² sur la liberté de circulation en est une illustration. Nous avons aussi démontré que les juges dits « traditionalistes » des tribunaux officiels rendent parfois des décisions en faveur de la coutume et au détriment des droits fondamentaux des femmes. Des cas étudiés tels que *Minister for Provincial Government v. Guadalcanal Provincial Assembly*¹¹⁸³ portant sur le système coutumier de chefferie aux Iles Salomon en témoignent.

Nous nous sommes par ailleurs posé la question de savoir si le droit international auquel l'État océanien adhère apporte des changements tangibles dans la vie quotidienne des femmes dans les sociétés du Pacifique Sud. Nous avons démontré que la coutume constitue aussi un obstacle au respect du droit international des droits fondamentaux. Les États du Pacifique Sud invoquent souvent la coutume pour ne pas respecter leurs obligations internationales et ainsi maintenir les femmes dans leur rôle traditionnel. Le droit coutumier est dans ce sens utilisé comme un outil pour maintenir les femmes à leur place. Une fois de plus, le cadre féministe nous permet d'affirmer que le droit, le système juridique et les institutions étatiques du Vanuatu (mais aussi des autres États de la région) non seulement ne sont pas efficaces quant à la protection des droits des femmes, mais ils contribuent aussi à perpétuer la subordination de ces dernières dans certains cas.

En ce qui concerne le respect des obligations internationales en la matière, nous avons d'abord montré d'une manière générale que le débat théorique relatif à la défense culturelle et l'universalité des droits fondamentaux a des répercussions sur les décisions politiques de ratifier ou non les

¹¹⁸² [*Walter Kota*], *supra* note 435.

¹¹⁸³ [*Minister for Provincial*], *supra* note 22.

instruments internationaux en la matière. Il s'ensuit que les États du Pacifique enregistrent le plus bas taux de ratification de ces instruments. Leur réticence et leur manque de moyens constituent un frein à une mise en œuvre efficace du droit international.

Ensuite, plus spécifiquement, nous avons vu que la coutume (ou le droit coutumier) des États de la région constitue, dans certains cas, un obstacle à la mise en œuvre et à l'application des instruments internationaux en matière de droits fondamentaux et de droit à l'égalité des femmes. En effet, l'examen des rapports soumis par les États, en l'occurrence le Vanuatu, montre une mise en œuvre mitigée des instruments internationaux en la matière. Pareillement, le juge national refuse parfois d'appliquer ces instruments. Comme mentionné, un certain nombre de juges accordent parfois la primauté aux valeurs culturelles sur les droits fondamentaux des femmes et écartent l'application des conventions internationales. L'affaire étudiée *Tepulolo v. Pou*¹¹⁸⁴ sur la garde d'enfant en est un exemple parmi d'autres. Dans ce sens, nos conclusions nous ont permis d'affirmer qu'au stade actuel, même si certains progrès ont été effectivement réalisés quant au respect des droits fondamentaux en général, au Vanuatu et dans les États du Pacifique Sud, il est difficile de dire que le droit international apporte réellement des changements tangibles dans la vie quotidienne des femmes.

L'originalité dans notre première hypothèse consiste à aborder, de manière détaillée, le conflit entre le droit coutumier et les droits fondamentaux sous l'angle non seulement du respect du droit interne, mais aussi du respect du droit international ou des obligations internationales des États du Pacifique Sud. Notre étude a permis de dresser un portrait du respect par ces États de leurs obligations internationales en la matière. On découvre ainsi une perspective qui élargit le débat sur la diversité culturelle et les droits fondamentaux au-delà du droit interne. Aucun ouvrage ou article dans la région ne traite cette question dans une telle perspective.

Par ailleurs, faut-il souligner, pour les femmes, le droit (étatique ou coutumier) est à la fois un instrument de domination et de changement. Comme nous avons vu, le système juridique et le droit sont souvent à l'origine des inégalités et des discriminations à l'égard des femmes. Mais les femmes ont aussi recours au droit pour gagner plus d'égalité et d'autonomie. Ainsi, comme celles-ci, nous nous servons de l'outil juridique (ou du droit) pour proposer une solution juridique, globale et pratique aux problèmes d'inégalités constatés au Vanuatu et dans les autres États de la région.

¹¹⁸⁴ [*Tepulolo*], *supra* note 386.

Dans ce sens, nous avons vérifié, dans la deuxième partie de notre thèse, l'hypothèse selon laquelle il n'est cependant pas impossible de trouver des solutions juridiques permettant de régler la question de conflit de normes (le droit coutumier et les droits fondamentaux), mais surtout de dépasser cette tension et de proposer des mesures juridiques permettant de mieux protéger les droits fondamentaux des femmes bien souvent bafoués au Vanuatu et dans la région. En effet, notre cadre théorique féministe nous a permis de proposer des solutions juridiques qui répondent mieux selon nous, aux défis posés par le pluralisme juridique quant au respect des droits des femmes.

Ainsi, dans un premier temps, en prenant en compte les points de vue des femmes, nous réaffirmons haut et fort l'universalité des droits fondamentaux et donc aussi des droits des femmes. Dans ce sens, nous avons soutenu que tout argument culturel contraire au principe de l'universalité des droits fondamentaux et donc aussi au droit à l'égalité des femmes doit être considéré comme invalide. Ce principe porté par le droit international et proclamé, entre autres, dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, est fondamental puisqu'il constitue un gage pour le respect de tout être humain. Il s'agit d'une affirmation qui a toute son importance dans le contexte des États du Pacifique Sud qui invoquent l'argument de la défense culturelle toutes les fois où les critiques du non-respect des engagements internationaux, donc des droits des femmes, se font entendre. Même si nous reconnaissons que la diversité culturelle doit être prise en compte et que la culture des autochtones notamment du Pacifique Sud ne doit pas être méprisée, puisque toutes leurs coutumes ne sont pas négatives, en raison de l'importance des droits fondamentaux pour chaque individu, nous soutenons que ces derniers doivent, d'une manière ou d'une autre, être intégrés dans les cultures internes résistantes. Toutes les coutumes néfastes à l'égard des femmes doivent être découragées et éliminées conformément au droit international des droits fondamentaux.

Dans un deuxième temps, nous avons argumenté qu'une meilleure protection des droits fondamentaux, en particulier des droits des femmes passe, entre autres, par un activisme judiciaire qui prend réellement en compte les points de vue des femmes. En effet, il est parfois nécessaire que les juges fassent preuve de courage et de créativité pour aller le plus loin possible dans l'avancement des droits des femmes. Dans ce sens, rappelons que le droit peut être un outil à la fois de subordination et de changement social pour les femmes. Nous encourageons donc les juges à faire en sorte que le droit constitue un outil de changement qui puisse considérablement améliorer le sort des femmes. Ainsi, nous avons démontré qu'en s'appuyant sur les dispositions constitutionnelles et conventionnelles relatives au droit à l'égalité, ainsi que sur les décisions des instances internationales et celles des pays étrangers tels que le Canada en matière de droits

fondamentaux, les tribunaux vanuatais peuvent opérer une véritable révolution dans l'avancement des droits des femmes dans le pays. La jurisprudence canadienne en matière de droit à l'égalité (en particulier en ce qui concerne l'élaboration du concept de l'égalité de substance) est particulièrement intéressante. En s'inspirant d'une telle jurisprudence, les juges océaniens peuvent produire par leurs décisions, un changement considérable dans les rapports et les relations entre les hommes et les femmes.

Il ne faut cependant pas s'arrêter là. En effet, pour assurer, de manière continue, une meilleure protection des droits, cet activisme judiciaire doit être davantage et constamment stimulé. Pour cela, nous avons soutenu dans le dernier chapitre qu'il faut mettre en place un mécanisme national de protection des droits fondamentaux basé sur le modèle québécois : le Québec est considéré comme un leader mondial en matière de protection des droits des femmes. Encore une fois, l'idée derrière ce mécanisme doit être non seulement de chercher à mieux protéger les droits fondamentaux, dont ceux des femmes, mais aussi d'aboutir à une transformation sociale, c'est-à-dire à un changement ou une amélioration des rapports entre les femmes et les hommes.

Grâce aux différentes institutions établies, le mécanisme assurera une protection efficace des droits et libertés. Ainsi, une Commission des droits de la personne jouera un rôle primordial relatif à l'éducation aux droits fondamentaux, au déclenchement des enquêtes en cas de violation des droits, mais aussi à l'examen préliminaire des plaintes individuelles. Ce dernier rôle évitera la surcharge devant le tribunal des droits de la personne (dont nous préconisons également sa mise en place au Vanuatu). En effet, un tribunal spécialisé en droits de la personne permet non seulement un plus grand accès à la justice, mais favorise aussi une plus grande efficacité dans le processus d'adjudication. Nous conseillons également la création d'une institution similaire au Conseil du statut de la femme québécois. Institution indépendante, celui-ci joue un rôle essentiel dans la promotion et la protection des droits des femmes en ce qu'il conseille le gouvernement sur des questions touchant les femmes et peut aussi le critiquer lorsqu'il l'estime nécessaire. Enfin, nous soutenons qu'au-delà de la mise en place d'un mécanisme national de protection des droits fondamentaux, le Vanuatu et aussi les autres États de la région doivent, conformément à leurs obligations internationales, intégrer le principe de l'égalité des sexes, au moyen de l'ADS, dans leurs programmes et activités étatiques. En effet, l'ADS constitue aujourd'hui un outil de gouvernance primordiale pour les États. Mise en œuvre efficacement, elle pourrait permettre non seulement de prévenir, mais aussi de réduire les inégalités entre les femmes et les hommes, et ainsi contribuer à une meilleure protection des droits des femmes.

Le caractère novateur de notre solution (autrement dit de notre deuxième hypothèse) consiste à s'appuyer, entre autres, sur la jurisprudence canadienne pour proposer une interprétation innovante de droit à l'égalité dans le but de parvenir à une meilleure protection des droits fondamentaux, notamment ceux des femmes dans les États de la région, en particulier au Vanuatu. En effet, notre travail peut notamment aider à forger et à produire un cadre analytique du droit à l'égalité, notamment des femmes, au Vanuatu. Dans ce sens, il faut noter qu'un premier pas a été franchi au Vanuatu en ce qui concerne le droit à l'égalité de substance. Ainsi, les arrêts *Noel v. Toto*¹¹⁸⁵, *Hamel-Landry v. Law Council*¹¹⁸⁶ et *Bohn v. Republic of Vanuatu*¹¹⁸⁷ constituent, à notre sens, une base jurisprudentielle importante pour une meilleure protection des droits des femmes au Vanuatu. L'accent est mis (progressivement et davantage) sur l'approche substantielle d'égalité qui prend mieux en compte, selon nous, les besoins différenciés des femmes. L'objectif derrière notre proposition de solution repose sur l'ambition (ou la volonté) de parvenir à une transformation sociale dans les rapports des sexes, c'est-à-dire à améliorer ou à changer les relations entre les femmes et les hommes. Aucune étude similaire n'a été faite auparavant. De plus, notre solution se veut globale (holistique et complète) étant donné qu'avant de faire ces propositions aussi bien juridiques que pratiques, nous avons pris le soin d'invalider l'argument théorique du relativisme culturel qui est souvent invoqué par les États du Pacifique Sud, comme nous l'avons vu, pour porter atteinte aux droits des femmes.

Pour finir, nous croyons qu'il y a espoir dans la lutte menée contre les violations des droits fondamentaux, notamment le droit à l'égalité des femmes, qui découlent des pratiques culturelles néfastes, non seulement grâce à notre solution globale et pragmatique proposée, mais aussi parce que la culture n'est pas statique. En effet, sur ce dernier point, une nouvelle tendance se constate. Le mode de vie traditionnel, la culture comme les coutumes du Vanuatu évoluent progressivement et s'adaptent de plus en plus aux exigences du droit international¹¹⁸⁸. Les citoyens et citoyennes acceptent aussi davantage ces changements.

¹¹⁸⁵ [*Noel*], *supra* note 12.

¹¹⁸⁶ [*Hamel-Landry*], *supra* note 955.

¹¹⁸⁷ [*Bohn*], *supra* note 944.

¹¹⁸⁸ [*Chassot*, « **Violences et discriminations** »], *supra* note 40, à la page 69 ; [*Olowu*, « **The United Nations** »], *supra* note 45, à la page 167; Victoria Lockwood, « The Global Imperative and Pacific Island Societies » dans Victoria Lockwood, dir., *Globalization and Culture Change in the Pacific Islands*, New Jersey, Pearson Prentice Hall, 2004, 1, à la page 7-31 ou encore Toon Van Meijl, « Introduction » dans Toon Van Meijl et Jelle Miedema, dir., *Shifting Images of Identity in the Pacific*, Leiden, KITLV Press, 2004, 1, à la page 3-5.

BLIBLIOGRAPHIE

I. MONOGRAPHIES, OUVRAGES GÉNÉRAUX, OUVRAGES COLLECTIFS, RECUEILS, THÈSES ET MÉMOIRES

Ahmed An-Na'im Abdullahi, *Cultural Transformation and Human Rights in Africa*, Palgrave, New York, 2002.

Amselle Jean-Loup, Guirlinger Lucien, Héritier François, Jullien François, Kherad Rahim et Le Blanc Guillaume, *Diversité culturelle et universalité des droits de l'Homme*, Nantes, éditions Cecile Defaut, 2010.

Arbour Jean-Maurice et Parent Geneviève, *Droit international public*, 6e édition, Cowansville (Québec), Les éditions Yvon Blais Inc, 2012.

Arbour Jean-Maurice et Parent Geneviève, *Droit international public*, 5e édition, Cowansville (Québec), Les éditions Yvon Blais Inc, 2006.

Aristotle, *The Politics of Aristotle*, traduit par Ernest Barker, Oxford, Clarendon Press, 1946.

Austin John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, Spottiswoode and Co, 1875.

Bakeo Aleks Collingwood, *Vanuatu National Population and Housing Census 1999 : Main Report*, Port Vila, National Statistics Office, 2000.

Banda Fareda et Chinkin Christine, *Minorités, peuples autochtones et spécificités*, Londres, Minority Rights Group International, 2006.

Barry Brian, *Culture and Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

Benhabib Seyla, *The Claims of Culture : Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press, 2002.

Bennett B.T., *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa*, Cap Town, Juta & Co, 1991.

Benoist Odina et Isar Hervé, *Pluralisme/Pluralismes*, Aix-En-Provence, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2011.

Brisson Jean-Maurice, *Introduction au texte annoté de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, Montréal, Commission des droits de la personne et SOQUIJ, 1986.

Brun Henri, Tremblay Guy et Brouillet Eugénie, *Droit constitutionnel*, 6e édition, Cowansville (Québec), éditions Yvon Blais, 2014.

Buss Doris et Manji Ambreena, dir., *International Law : Modern Feminist Approaches*, Oxford/Portland, Hart, 2005.

Buss Doris et Manji Ambreena, dir., *International Law, Modern Feminist Approaches*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

Caenegem R.C. Van, *The Birth of English Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973.

Chamallas Martha, *Introduction to Feminist Legal Theory*, second ed., New York, Aspen publishers, 2003.

- Cohen-Jonathan Gérard et Flauss Jean-François, dir., *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- Combacau Jean et Sur Serge, *Droit international public*, 6e édition, Paris, Montchrestien, 2004.
- Conaghan Joanne, dir., *Feminist Legal Studies, Critical Concept in Law*, Volume I, II, III, IV, London/New York, Routledge, 2009.
- Conseil de recherche en sciences humaines du Canada, *Le droit et le savoir*, Ottawa, Division de l'information, 1983.
- Corrin Jennifer, Tess Newton Cain et Don Paterson, *Introduction To South Pacific Law*, London, Cavendish Publishing Limited, 1999.
- Crescence Nga Beyeme, *Le droit international de la femme et son application dans le contexte africain : le cas des mutilations génitales féminines*, Frankfurt, Peter Lang, 2009.
- De Deckker Paul et Kuntz Laurence, *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le Pacifique Sud*, Paris/Montréal, L'Harmattan, 1998.
- Delamont Sara, *Feminist Sociology*, London/Thousand Oaks/New Delhi, Sage publications, 2003.
- Department of Women's Affairs, Government of Vanuatu, *National Plan of Action for Women*, Port Vila, May 2007.
- Donnelly Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Third Edition, Ithaca/London, Cornell University Press, 2013.
- Donnelly Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Third Edition, Ithaca/London, Cornell University Press, 2013.
- Dorlin Elsa, *Sexe, genre et sexualités, Introduction à la théorie féministe*, Paris, PUF, 2008.
- Douglas Olivier, *Native Cultures of the Pacific Islands*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 1989.
- Dowd Nancy et Jacobs Michelle, dir., *Feminist Legal Theory, An Anti-essentialist Reader*, New York/London, New York University Press, 2003.
- Dupendant Jeanne, *Les crimes d'honneur et l'universalité des droits de l'Homme*, Paris, éditions Pedone, 2011.
- Duplé Nicole, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014.
- Dupuy Pierre-Marie et Kerbrat Yann, *Droit international public*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2012.
- Falk Richard, *Achieving Human Rights*, New-York, Routledge, 2009.
- Falk Richard, *Human Rights and State Sovereignty*, New-York, Holmes and Meier, 1981.
- Falk Richard, *Human Rights Horizons : The Pursuit of Justice in a Globalization World*, New-York, Routledge, 2000.
- Farran Sue, *A Digest of Family Law in Vanuatu*, Port Vila, School of Law, University of the South Pacific, 2003.
- Farran Sue, *Human Rights in the South Pacific : Challenges and Changes*, London, Routledge-Cavendish, 2009.
- Fellous Gérard, *Les droits de l'homme – Une universalité menacée*, Paris, éditions de la documentation française, 2010.

- Fineman Martha Albertson, dir., *Transcending the Boundaries of Law, Generations of Feminism and Legal Theory*, New York, Routledge, 2010.
- Fineman Martha Albertson, Jackson Jack et Romero Adam, dir., *Feminist and Queer Legal Theory, Intimate Encounters, Uncomfortable Legal Theory*, Farnham/Burlington, Ashgate, 2009.
- Flory Maurice et Bastide Suzanne, dir., *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, Paris, Pedone, 1974.
- Fontaine Lauréline, dir., *Droit et Pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- Forsyth Miranda, *A Bird that Flies with Two Wings, Kastom and State Justice Systems in Vanuatu*, ANU Canberra, ANU E Press, 2009.
- Funston Bernard et Meehan Eugene, *Canada's Constitutional Law in a Nutshell*, Fourth Edition, Carswell, Toronto, 2013.
- Gilissen John, dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1971.
- Goddard Michael et Otto Leisande, *Hybrid Justice in Vanuatu : The Island Courts*, Washington D.C, Legal Vice Presidency, The World Bank, 2013, en ligne : [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2013/08/12/000333037_20130812150614/Rendered/PDF/801920NWP0J0D00Box0379802B00PUBLIC0.pdf] (accessible le 20 novembre 2013).
- Gosselin Jessica, *Analyse différenciée entre les sexes, gouvernance et progression égalitaire : étude de la compatibilité du droit constitutionnel canadien aux obligations relatives à l'égalité par l'exemple du Plan Nord*, Mémoire de Maîtrise, Faculté de droit, Université Laval, 2014.
- Grammond Sébastien, *Terms of Coexistence, Indigenous People and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013.
- Griffith John Aneurin Grey, *The Politics of the Judiciary*, Manchester, Manchester University Press, 1977.
- Guha Ranajit, *Subaltern Studies I*, Delhi, Oxford University Press, 1982.
- Harding Sandra, *The Feminist Standpoint Theory Reader, Intellectual and Political Controversies*, New York/London, Routledge, 2004.
- Hennette-Vauchez Stéphanie, Pichard Marc et Roman Diane, dir., *La loi & le genre, Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014.
- Hobbes Thomas, *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, traduit de l'anglais par François Tricaud, Paris, Sirey, 1971.
- Hogg Peter W., *Constitutional Law of Canada*, Fifth Edition, Volume 2, Scarborough (Ontario), Thomson/Carswell, 2007.
- Hogg Peter W., *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Toronto, Carswell, 2014.
- Hogg Peter W., *Constitutionnal Law of Canada*, Student Edition, Toronto, Carswell, 2011.
- Holdsworth William, *A History of English Law*, édité par A.L. Goodhart et H.G. Chrimes, Volume 1, First Edition, London, Methuen & Co Ltd/Sweet and Maxwell, 1903.
- Hooker Bary, *Legal Pluralism : An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

- Jalal Patricia Imrana et Madraiwiwi Joni, dir., *Pacific Human Rights Law Digest*, Volume 2, Suva, Secretariat of the Pacific Community (SPC), Pacific Regional Rights Resource Team (RRRT), 2008.
- Jalal Patricia Imrana et Madraiwiwi Joni, *Pacific Human Rights Law Digest*, Volume 1, Suva, Pacific Regional Rights Resource Team (RRRT), 2005.
- Jalal Patricia Imrana, *Law for Pacific Women, A Legal Rights Handbook*, Suva, Fiji Women's Rights Movement, 1998.
- Jolly Margaret, *Women of the Place, Kastom, Colonialism and Gender in Vanuatu*, Amsterdam, Hardwood Academic Publishers, 1994.
- Jouve Edmond, *Les tiers-mondes dans la vie internationale*, Paris, Berger-Levrault, 1986.
- Keeton G.W., *Introduction to Equity*, Fifth Edition, London, Sir Isaac Pitman & Sons Ltd, 1961.
- Kelsen Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.
- Kenneth Brown, *Reconciling Customary Law and Received Law in Melanesia : The Post Independence Experience in Solomon Islands and Vanuatu*, Darwin NT, Uniprint NT, 2005.
- Kenneth Roberts-Wray, *Commonwealth and Colonial Law*, New York, Praeger, 1966.
- Kirsty Gover, *Legal Pluralism and Legitimacy in Multicultural New Zealand : The Promise of Relational Approaches*, Wellington, New Zealand Ministry of Justice, 2008.
- Kymlicka Will, *Liberalism, Community and Culture*, New-York, Oxford University Press, 1989.
- LaRocque Emma, *La violence au sein des collectivités autochtones*, Ottawa, Centre national d'information sur la violence dans la famille, 1994.
- Le Roy Étienne, dir., *Les pluralismes juridiques*, Paris, Karthala, 2003.
- Lea David, *Melanesian Land Tenure in a Contemporary and a Philosophical Context*, Lanham, University Press of America, 1997.
- Lebel-Grenier Sébastien, *Pour un pluralisme juridique radical*, Montréal, Thèse de doctorat, Université McGill, 2002.
- Levinet Michel, dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruykan, 2010.
- Lewnes Alexia, *Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine*, Florence (Italie), Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF, 2005.
- Li Xiaorong, *Ethics, Human Rights and Culture, Beyond Relativism and Universalism*, New York, Palgrave Macmillan, 2006.
- Lightner Sara et Naupa Anna, *Histri Blong Yumi Long Vanuatu*, Port Vila, Vanuatu Cultural Centre, 2005, Traduction française de Marc Tabani.
- Lindstrom Lamont et White Geoffrey, dir., *Culture, Kastom and Tradition : Developping Cultural Policy in Melanesia*, Suva, Institute of Pacific Studies, 1994.
- Lochak Danièle, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010.
- Locke John, *Two Treaties of Government*, London, Cambridge U.P, 1967.
- Mackinnon Catharine A., *Toward A Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

- Malinowski Bronislaw, *Crime and Custom in Savage society*, London, Routledge & Kegan Paul Ltd, 1956, première publication en 1926.
- Manchester A.H., *Sources of English Legal History*, London, Butterworths, 1984.
- Marsden Lorna, *Canadian Women & The Struggle for Equality*, Ontario, Oxford University Press, 2012.
- McGlynn Clare, dir., *Legal Feminisms : Theory and Practice*, Adershot/Brookfield USA/Singapore/Sydney, Ashgate, 1998.
- Millet Kate, *La politique du mâle*, Paris, Stock, 1971.
- Ministry of Finance and Economic Management, *2009 Population Census*, Port Vila, 2009.
- Ministry of Lands, *Plan Blong Ol Jenis Long Ol Loa Blong Graon Folem Ol Resolusen Blong 2006 Nasonal Lan Samit*, Port Vila, Blue Planet Media + Communications and Colorite Grafiks, september 2013.
- Moreau Joseph, *La construction de l'idéalisme platonicien*, Paris, Boivin & Cie, 1939.
- Moreau Joseph, *Réalisme et idéalisme chez Platon*, Paris, Presse Universitaire de France, 1951.
- Morin Alexandre, *Le droit à l'égalité au Canada*, 1^{ère} édition, Montréal, LexisNexis, 2008.
- Morin Alexandre, *Le droit à l'égalité au Canada*, 2e édition, Montréal, LexisNexis, 2012.
- Mullally Siobhan, *Gender, Culture and Human Rights – Reclaiming Universalism*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2006.
- Myers Christen, Anderson Cynthia et Risman Barbara, dir., *Feminist Foundations, Toward Transforming Sociology*, Thousand Oaks/London/New Delhi, Sage publications, 1997.
- National Council of Chiefs, *Custom Policy of the Malvatumauri*, Port Vila, 1983.
- National Council of Chiefs, *Custom Policy of the Malvatumauri*, Port Vila, 1995.
- Nations Unies, Section des traités du Bureau des affaires juridiques, *Manuel des traités*, New York, Publications des Nations Unies, 2005.
- Nussbaum Martha, *Sex and Social Justice*, Oxford, Oup, 1999.
- Okafor Obiara Chiedu, *The African Human Rights System. Activist Forces and International Institutions*, Cambridge, University Press, 2007.
- Olawale Taslim, *La nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence africaine, 1998.
- Olowu Dejo, *International Law, A Textbook for the South Pacific*, Washington, CDPublishing.org, 2010.
- Paterson Don, *Legal system 1 Course Book Two*, Port Vila, School of Law, University of the South Pacific, 1995.
- Paterson Don, *Legal system 1, Volume 1*, Port Vila, School of Law, University of the South Pacific, 1995.
- Pentassuglia Gaetano, *Minorités en droit international une étude introductive*, Strasbourg, éditions du Conseil de l'Europe, 2004.
- Pipité Jean, *La situation internationale du Vanuatu depuis l'indépendance*, Thèse de doctorat, Paris, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 2007.
- Poerio Loretta, *Domestic Violence in the Solomon Islands, Results of a Community Survey*, Brisbane, Griffiths University, 1995.

- Pradhan Rajenda, *Legal Pluralism and Unofficial Law in Social, Economic and Political Development*, Papers of the XIIIth International Congress, 7-10 April, 2002, Chiang Mai, Thailand, The International Centre for the Study of Nature, Environment and Culture, Kathmandu (Népal), 2002.
- Pulea Mere, *The Family Law and Population in the Pacific Islands*, Suva, Institute of Pacific Studies, Suva, 1986.
- Raynal Maryse, *Justice traditionnelle, justice moderne, le divin, le juge, le sorcier*, Paris, L'Harmattan, 1994.
- Régimbald Guy et Newman Dwigth, dir., *The Law of the Canadian Constitution*, First Edition, Markham (Ontario), LexisNexis, 2013.
- Ringelheim Julie, dir., *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- Ringelheim Julie, *Diversité culturelle et droits de l'homme, La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Robert Cario, *Justice restaurative : Principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- Robert Marie-Pierre et Bernatchez Stéphane, dir., *Of Crime and Religion, Polygamy in Canadian Law*, Sherbrooke (Québec), éditions Revue de droit de l'université de Sherbrooke, 2014.
- Roman Diane, dir., *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, éditions Pedone, Paris, 2014.
- Rosenfeld Michel, *Law, Justice, Democracy, and the Clash of Cultures, A Pluralist Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Ross Susan Deller, *Woman's Human Rights, The International and Comparative Law Casebook*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2008.
- Rousseau Jean-Jacques, *Émile ou de l'éducation*, Livre I, Paris, Garnier, 1961, en ligne : [http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/emile/emile.html] (accessible le 26 septembre 2013).
- Shachar Ayelet, *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- Shanley Mary Lindon et Pateman Carole, dir., *Feminist Interpretations and Political Theory*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 1991.
- Sharpe Robert et McMahon Patricia, *The Persons Case: The Origins and Legacy of the Fight for Legal Personhood*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.
- Smart Carol, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, 1989.
- Sunder Madhavi, dir., *Gender and Feminist Theory in Law and Society*, Burlington, Ashgate, 2007.
- Tamanaha Brian, *A General Jurisprudence of Law and Society*, New York, Oxford University Press, 2001.
- Toft Susan, *Domestic Violence in Papua New Guinea*, Monograph 3, Port Moresby, Papua New Guinean Law Reform Commission, 1985.
- Tor Roselyn et Toka Anthea, *Gender, Kastom and Domestic Violence. A Research on the Historical Trend, Extend, and Impact of Domestic Violence in Vanuatu*, Port Vila, Department of Women's Affairs, août 2004.

Vassak Karel et Alston Philip, *The International Dimensions of Human Rights*, volume 2, Connecticut/Paris, Greenwood Press/Unesco, 1982.

Weisberg Kelly, dir., *Application of Feminist Legal Theory to Women's Lives, Sex, Violence, Work, and Reproduction*, Philadelphia, Temple University Press, 1996.

Weisberg Kelly, dir., *Feminist Legal Theory, Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993.

Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle, une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Les éditions du Boréal, 2001.

Young Robert, *Postcolonialism, An Historical Introduction*, Oxford, Blackwell Publishers, 2001.

Zorn Jean et Corrin Jennifer, *Proving Customary Law in the Common Law Courts of the South Pacific*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2002.

Zorn Jean, *Women, Custom and International Law in the Pacific*, Occasional Paper number 5, Port Vila, University of the South Pacific, 2000.

II. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES

Arnaud André-Jean, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J, 1993.

Cornu Gérard, dir., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

III. ARTICLES TIRÉS DE PÉRIODIQUES SCIENTIFIQUES ET D'OUVRAGES COLLECTIFS

Abi-Saab Georges, « The Newly Independent States and the Rules of International Law », (1962) 8 How. L.J. 95.

Addo Michael, « Practice of United Nations Human Rights Treaty Bodies in the Reconciliation of Cultural Diversity with Universal Respect for Human Rights », (2010) 32(3) Hum. Rts. Q. 601.

Ahmed An Na'im Abdullahi, « Human Rights in the Muslim World : Socio-Political Conditions and Scriptural Imperatives : A Preliminary Inquiry », (1990) 3 Har. Hum. Rts. J. 13.

Ahmed An Na'im Abdullahi, « Introduction », dans Abdullahi Ahmed An Na'im, dir., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, A Quest for Consensus*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1992, 1.

Ahmed An Na'im Abdullahi, « Religious Minorities Under Islamic Law and the Limits of Cultural Relativism », (1987) 9(1) Hum. Rts. Q. 1

Ahmed An Na'im Abdullahi, « State Responsibility Under International Human Rights Law to Change Religious and Customary Laws », dans Rebecca Cook, dir., *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, 1^{ère} éd., Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994, 167.

Ahmed An Na'im Abdullahi, « The Rights of Women and International Law in the Muslim Context », (1987-1988) 9 Whittier Law Review 515.

Ahmed An Na'im Abdullahi, « Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights : The Meaning of Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment », dans Abdullahi Ahmed An Na'im, dir., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, A Quest for Consensus*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1992, 19.

Ahmed An-Na'Im Abdullahi, « Problems of Universal Cultural Legitimacy for Human Rights », dans Abdullahi Ahmed An-Na'Im et Francis M. Deng, dir., *Human Rights in Africa Cross-Cultural Perspectives*, Washington D.C., The Brookings Institution, 1990, 331.

Ahmed Sara, « An Impossible Global Justice? Deconstruction and Transnational Feminism », dans Janice Richardson et Ralph Sandland, dir., *Feminist Perspectives on Law & Theory*, London/Sydney, Cavendish Publishing Limited, 2000, 55.

Aleck Jonathan, « Introduction : Custom is Law in Papua New Guinea », dans Jonathan Alek et Jackson Rannels, dir., *Custom At the Crossroads*, Port Moresby, Faculty of Law, University of Papua New Guinea, 1995, 1.

Allard France, « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'harmonie ambiguë », (2006) Hors-série R. du B. 33.

American Anthropological Association, « Understanding Human Rights », dans Morton Winston dir., *The Philosophy of Human Rights*, Belmont, Wadsworth Inc, 1989, 117.

Angelo Ah, « Lo Bilong Yumi Yet », (1992) 22 V.U.W.L.Rev. 40.

Angelo Anthony, « L'application du droit français au Vanuatu : Quelques observations sur son déclin et sur son avenir », (1997) 3 R. J. P. 1.

Arbour Marie-Ève et Lacroix Mariève, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », (2009) 40 R.D.U.S. 231.

Bachand Rémi, « Les quatre strates du droit international analysées du point de vue des subalternes », (2011-2012) 24 R.Q.D.I. 1.

Badawi Ibrahim, « Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights : Introductory Note », (1997) 9 Afr. J. Int'l & Comp. L. 943.

Bailey Jane, « Reopening Law's Gate : Public Interest Standing and Access to Justice », (2011) 44 U.B.C.L.Rev. 255.

Bakht Natacha, « Religious Arbitration in Canada : Protecting Women by Protecting them from Religion », (2007), 19 (1) Can. J. Women & L., 119.

Bartlett Katharine, « Feminist Legal Methods », dans D. Kelly Weisberg, dir., *Feminist Legal Theory, Foundations*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, 551.

Belleau Marie-Claire, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle » (2001) 1 R.T.D. civ. 1.

Bizzarri Mariangela et Colombo Jessica, « Mainstreaming Gender Issues and Fighting against Sexual Exploitation and Abuse in Peacekeeping Operations : What Has Been Done so Far by Italy and PRC », dans Andrea De guttry, Emanuele Sommario et Lijiang Zhu, dir., *China's and Italy's Participation in Peacekeeping Operations : Existing Models, Emerging Challenges*, Beijing, Lexington Books, 2014, 171.

- Boisvert Anne-Marie, « Légitime défense et le « syndrome de la femme battue » : *R. c. Lavallée* », (1991) 36 R.D. McGill, 191.
- Boivin Michelle, « Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité », (2004) 45 C. de D. 327.
- Boivin Michelle, « Les acquis du féminisme en droit : reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne », (1995) 36(1) C. de D. 27.
- Bond Johanna, « Women's Rights, Customary Law and the Promise of the Protocol on the Rights of Women in Africa », dans Jeanmarie Fenrich, Paolo Galizzi et Tracy Higgins, dir., *The Future of African Customary Law*, Cambridge, Cambridge university Press, 2011, 467.
- Bosset Pierre, « La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois : acte fondateur ou loi ordinaire? », (2006) 1 Bulletin québécois de droit constitutionnel 3.
- Bothmann Susan, « Rites, Whites and Might : A Critique of the Effect of the Revival of Customary Law upon the Autonomy of Indigenous Women », dans Anita Jowitt et Tess Newton Cain, dir., *Passage of Change, Law, Society and Governance in the Pacific*, Canberra ACT, Pandanus Books, 2003, 143.
- Brems Eva, « Droits humains, étrangers et multiculturalisme : Pour une approche inclusive et maximaliste des droits fondamentaux », (2010) 82 Rev. Trim. dr. h. 237.
- Brems Eva, « Reconciling Universality and Diversity in International Human Rights : A Theoretical and Methodological Framework and its Application in the Context of Islam », (2004) 5(3) Human Rights Review 5.
- Brown Kenneth et Corrin Jennifer, « Conflict in Melanesia : Customary Law and the Rights of Women », (1994) 24 Commw. L. Bull. 1334.
- Brunelle Christian, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : De l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans Alain Robert Nadeau, dir., *La Charte québécoise : origine, enjeux et perspectives*, (2006) R. du B. (numéro thématique hors série) 143.
- Bunting Annie, « Theorizing Women's Cultural Diversity in Feminist International Human Rights Strategies », (1993) 20 J. L & Soc'y. 6.
- Buss Doris et Manji Ambreena, « Introduction », dans Doris Buss et Ambreena Manji, dir., *International Law, Modern Feminist Approaches*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 1.
- Byrnes Andrew, « Article I » dans Marsha A Freeman, Christine Chinkin et Beate Rudolf, dir., *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women : A Commentary*, Oxford/Toronto, Oxford University Press, 2012, 51.
- Carney Gemma, « Communicating or Just Talking? Gender Mainstreaming and the Communication of Global Feminism », (2003) Numéro Spécial Vol XXVI Communication and the Globalisation of Feminism : Challenges, Opportunities and advances Women 1.
- Cerna Christina et Wallace Jennifer, « Woman and Culture », dans Kelly D. Askin et Dorean M. Koenig, dir., *Women International Human Rights Law*, 1^{ère} éd., New York, Transnational Publishers Inc, 1999, 623.
- Cerna Christina, « Universality of Human Rights and Cultural Diversity : Implementation of Human Rights in Different Socio-cultural Contexts », (1994) 16 Hum. Rts. Q. 740.

Charlesworth Hilary, « Contrarier Oscar ? L'analyse féministe du droit international », traduit par Prunelle Thibault-Bédard et Catherine Botoko-Claeysen, dans Hilary Charlesworth, *Sexe, Genre et Droit international*, Paris, éditions Pedone, 2013, 45.

Charlesworth Hilary, « Feminist Methods in International Law », (1999) 93 Am. J. Int'l L. 379.

Charlesworth Hilary, « Les critiques du droit international », traduit par Claude-catherine Lemoine et Catherine Botoko-Claeysen, dans Hilary Charlesworth, *Sexe, Genre et Droit international*, Paris, éditions Pedone, 2013, 143.

Charlesworth Hilary, « Que sont les droits des femmes en droit international ? », traduit par Catherine Botoko-Claeysen et Amira De Kochko, dans Hilary Charlesworth, *Sexe, Genre et Droit international*, Paris, éditions Pedone, 2013, 95.

Charlesworth Hilary, « The Public/Private Distinction and the Right to Development in International Law », (1988-1989) 12 Aust. YBIL. 190.

Charlesworth Hilary, « Transformer le club des hommes unis : un avenir féministe pour les Nations Unies », traduit par Prunelle Thibault-Bédard et Catherine Botoko-Claeysen, dans Hilary Charlesworth, *Sexe, Genre et Droit international*, Paris, éditions Pedone, 2013, 59.

Charlesworth Hilary, « Un mode de différences : les distinctions public/privé en droit international », traduit par Prunelle Thibault-Bédard et Catherine Botoko-Claeysen, dans Hilary Charlesworth, *Sexe, Genre et Droit international*, éditions Pedone, Paris, 2013, 125.

Charlesworth Hilary, Christine Chinkin et Shelly Wright, « Feminist Approaches to International Law », (1991) 85 Am. J. Int'l L. 613.

Charlesworth Hilary, « Les critiques du droit international », traduit par Claude-catherine Lemoine et Catherine Botoko-Claeysen, dans Hilary Charlesworth, *Sexe, Genre et Droit international*, Paris, éditions Pedone, 2013, 143.

Charlesworth Hilary, « Que sont les droits des femmes en droit international ? », traduit par Catherine Botoko-Claeysen et Amira De Kochko, dans Hilary Charlesworth, *Sexe, Genre et Droit international*, Paris, éditions Pedone, 2013, 95.

Chassot Laurent, « Être et mal être du droit-foncier à Vanuatu », dans Olivier Barrière et Alain Rochegude dir., *Foncier et environnement en Afrique, Des acteurs au(x) droit(s)*, Paris, Karthala, 2008, 279.

Chassot Laurent, « Violences et discriminations dans les États insulaires du Pacifique Sud : États des lieux au Vanuatu », (2008) 14 R. J. P. 59.

Chinkin Christine, « A Critique of the Public/Private Dimension », (1999) 10 E.J.I.L. 387.

Christof Heyns et Waruguru Kaguongo, « Constitutional Human Rights Law in Africa », (2006) 22(4) S.A.J.H.R. 673.

Conaghan Joanne, « Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law », dans Joanne Conaghan, dir., *Feminist Legal Studies, Critical Concepts in Law*, Vol 1, London/New York, Routledge, 2009, 360.

Coomaraswamy Radhika, « Identity Within : Cultural Relativism, Minority Rights and the Empowerment of Women », (2002) 34(3) Geo. Wash. Int'l L. Rev., 490.

Corrin Jennifer et Zorn Jean, « Legislating Pluralism, Statutory 'Development' in Melanesian Customary Law », (2001) 46 J. Legal Pluralism & Unofficial L. 49.

Corrin Jennifer, « Bedrock and Steel Blues : Finding the Laws Applicable in Vanuatu », (1998) 24(1-2) Commonwealth L. Bull. 594.

- Corrin Jennifer, « Cultural Relativism vs Universalism : The South Pacific Reality » dans Rainer Arnold, dir., *The Universalism of Human Rights*, New York, Springer, 2012, 103.
- Corrin Jennifer, « Cultures in Conflict : The Role of the Common Law in the South Pacific », (2002) 6 J. S. Pac. L., en ligne : [<http://www.paclii.org/journals/fJSPL/vol06/2.shtml>] (accessible le 13 novembre 2012).
- Corrin Jennifer, « Customary Land in Solomon Islands : A Victim of Legal Pluralism », (2011) Hors-série Vol. XIII Comparative Law Journal of the Pacific, 221.
- Corrin Jennifer, « Negotiating the Constitutional Conundrum : Balancing Cultural Identity with Principles of Gender Equality in Post-Colonial South Pacific Societies », (2006) 5 Indigenous L. J. 51.
- Corrin Jennifer, « Reconciling Customary Law and Human Rights in Melanesia », (2003) 4 Hibernian L. J. 53.
- Coutu Michel, « Le tribunal des droits de la personne comme « gardien de la Constitution » », dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, dir., *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville, éditions Yvon Blais, 2008, 87.
- Cranston Maurice, « Human Rights, Real and Supposed », dans Morton Winston, dir., *The Philosophy of Human Rights*, Belmont, Wadsworth Inc, 1989, 121.
- Crenshaw Kimberlé, « Mapping the Magins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color », (1991) 43 Stan. L. Rev. 1242.
- Crenshaw Kimberlé, « Mapping the Magins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color », dans Kimberlé Grenshaw, Neil Gotanda, Garry Peller et Kendal Thomas, dir., *Critical Race Theory : The Key Writings that Formed the Movement*, New York, The New Press, 1995, 357.
- Crépeau François et Atak Adil, « Le multiculturalisme en droit : l'expérience canadienne », (2007) 23(2) L'Observateur Des Nations Unies, 253.
- Crcovich Mary, « A Sentencing Cercle », (1996) 36 J. Legal Pluralism 159.
- Crowford Alison, « Learning Lessons from Multani : Considering Canada's Response to Religious Garb Issues in Public Schools », (2008) 36(1) Ga. J. Int'l & Comp. L. 159.
- Cusak Simone et Pusey Lisa, « Cedaw and the Right to Non-Discrimination and Equality », (2013) 14 Melb. J. Int'l L. 54.
- Dagenais Huguette, « Méthodologie féministe pour les femmes et le développement », dans Marie-France Labrecque, dir., *L'égalité devant soi, sexes, rapports sociaux et développement international*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 1994, 258.
- Daly Mary, « Gender Mainstreaming in Theory and Practice », (2005) 12(3) Social Politics 433.
- Dauphin Sandrine et Sénac-Slawinski Réjane, « Analyse des enjeux d'un concept-méthode », dans Sandrine Dauphin et Réjane Sénac-Slawinski, dir., *De l'égalité des sexes à la diversité*, Paris, L'Harmattan, 2008, 5.
- Dorothy Kenneth Dorothy et Silas Henlyn, « Vanuatu : Traditional Diversity and Modern Uniformity », dans Cema Bolabola, Dorosthy Kenneth, Henlyn Silas, Mosikaka Moengangongo, Aiono Fana'afi et Margaret James, dir., *Land Rights of Pacific Women*, Suva, University of the South Pacific, Institute of Pacific Studies, 1986, à la page 68.

- Douglas Lee Donoho, « Relativism versus Universalism in Human rights : The search for meaningful Standards », (1991) 27 *Stan. Int'l L.* 345.
- Drapeau Maurice, « La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne », (1994) 28 *R.J.T.* 31.
- Dreyfus Françoise, « Le pluralisme culturel », dans Lauréline Fontaine, dir., *Droit et pluralisme, Actes du Colloque de Caen organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit les 30 novembre et 1^{er} décembre 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 195.
- Engle Karen, « International Human Rights and Feminisms : When Discourses Keep Meeting », dans Doris Buss et Ambreena Manji, dir., *International Law, Modern Feminist Approaches*, Hart Publishing, Oxford, 2005, 47.
- Engle Merry Sally, « Constructing a Global Law : Violence Against Women and The Human Rights System », (2003) 28 *Law and Social Inquiry* 941.
- Falk Richard, « Cultural Foundations for the International Protection of Human Rights », dans Abdullahi Ahmed An-Na'im, dir., *Human Rights in Cross-cultural Perspectives A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1991, 44.
- Falk Richard, « The Quest for Human Rights in an Era of Globalization », dans Michael Schechter, *Future Multilateralism : The Political and Social Framework*, New-York, Macmillan Press, 1999, 153.
- Fall Alioune, « Universalité des droits de l'homme et pluralité juridique en Afrique », dans *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, 359.
- Farran Sue, « A Mother's Care or Land, But Not Both – *Tepulolo v Pou* [2005] TVHC 1 », (2005) 9(1) *J. S. Pac. L.*, en ligne : [<http://www.paclii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).
- Farran Sue, « Child Adoption : A Dilemma in a Plural Legal System : A Critical Comment on Recent Case Law », (2014) *J. S. Pac. L.* 14.
- Farran Sue, « Family Law and French Law in Vanuatu : An Opportunity Missed ? », (2004) 35 *V. U. W. L. Rev.* 367.
- Farran Sue, « Gender Discrimination : A Review of Legislation in Vanuatu », (2000) 51 *Development Bulletin*, 17, en ligne : [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/sol_adobe_documents/usp%20only/Pacific%20law/Farran2.pdf] (accessible le 30 juillet 2012).
- Farran Sue, « Is Legal Pluralism an Obstacle to Human Rights ? Considerations from the South Pacific », (2006) 52 *J. Legal pluralism & Unofficial L.* 77.
- Farran Sue, « Land as a Fundamental Right : A Cautionary Tale », (2009) 40 *V.U.W.L.R.* 387.
- Farran Sue, « Land Rights and Gender Equality in the Pacific Region », (2005) 11 *Austl. Prp. L.J.* 131.
- Farran Sue, « Pigs, Mats and Feathers Customary Marriage in Vanuatu », (2004) 27 *J. S. Pac. Studies* 245.
- Farran Sue, « The Joli Way to Resolving Legal Problems : A New Vanuatu Approach ? », (2003) 7(2) *J. S. Pac. L.*, en ligne : [<http://www.paclii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).
- Farran Sue, « What is the Matrimonial Property Regime in Vanuatu? », (2001) 5 *J. S. Pac. L.*, [<http://www.paclii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).

- Filion Claude, « Les 25 ans de la Charte québécoise : les tribunaux et la Charte des droits et libertés de la personne », dans Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, dir., *Droit à l'égalité et discrimination : Aspects nouveaux*, Cowansville (Québec), éditions Yvons Blais, 2001, 3.
- Forsyth Miranda « Beyond Case Law : Kastom And Courts in Vanuatu », (2004) 35 V. U. W. L. R. 427.
- Forsyth Miranda, « Sorcery and the Criminal Law in Vanuatu », (2006) *Lawasia J.* 1.
- Forsyth Miranda, « Spinning a Conflict Management Web in Vanuatu : Creating and Strengthening Links Between State and Non-State Legal Institutions », (2011) 63 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 179.
- Forsyth Myranda, « Banishment and Freedom of Movement in Samoa : Leituala v Mauga, Kilfifi et al », (2004) 8(2) *J. S. Pac. L.*, en ligne : [<http://www.paclii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).
- Foukona Joseph, « Legal Aspects of Customary Land Administration in Solomon Islands », (2007) 11(1) *J. S. Pac. L.* 64.
- Fournier Pascale, « L'égalité substantielle comme école buissonnière du droit ? À propos du caractère indéterminé du droit comparé religieux », dans Louise Langevin, dir., *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : repenser le droit*, Paris, éditions des archives contemporaines/AUF, 2008, 61.
- Frame Alex, « Fundamental Rights in the Realm of New Zealand : Theory and Practice », (1992) 22 *V.U.W.L.Rev.* 88.
- Fraser Ian, « Legal Theory in Melanesia : Pluralism? Dualism? Pluralism Long Dualism? », (1999) 3 *J. S. Pac. L.*, en ligne : [<http://www.paclii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).
- Frigon Sylvie, « L'homicide conjugal féminin de Marie-Josephte Corriveau (1763) à Angélique Lyn Lavallée (1990) : meurtre ou légitime défense », (1996) 29(2) *Criminologie*, 11.
- Galanter Marc, « Justice in Many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law », (1981) 19 *J. Legal pluralism & Unofficial L.* 1.
- Gallié Martin, « Introduction - Des analyses « tiers-mondistes » aux « postcolonial studies » - Théories critiques du pouvoir et revendications politiques », (2012) 2 *Hors-série R.Q.D.I.* 1, en ligne : [http://rs.sqdi.org/volumes/HS-PostCo_1_Introduction.pdf] (accessible le 22 janvier 2014).
- Gallié Martin, « Les théories tiers-mondistes du droit international (TMAIL) : Un renouvellement ? », (2008) 39(1) *Études internationales* 17.
- Gathii James Thuo, « Alternative and Critical. The Contribution of Research and Scholarship on Developing Countries to International Legal Theory », (2000) 41 *Harv. Int'l L. J.* 263.
- Gathii James Thuo, « Imperialism, Colonialism, and International Law », (2007) 54(4) *Buff. L. Rev.* 1013.
- Gaudreault-Desbiens Jean-François, « Les Chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise », dans Bjarne Melkevik, dir., *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, 1998, 83.
- Ghai Yash, « Constitutionnal Making and Decolonisation » dans Yash Ghai, dir., *Law, Government and Politics in the Pacific Island States*, Suva, University of the South Pacific, 1988, 1.
- Gilissen John, « Introduction à l'étude comparée du pluralisme juridique », dans John Gilissen, dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1971, 7.

- Gonzalez Moreno Juana Maria, *Les lois intégrales contre la violence à l'égard des femmes en Espagne. Une analyse à partir de la théorie juridique féministe* », (2009) 28(1) NQF 12.
- Green Leslie, « Rights to Exit », (1998) 4 *Legal Theory* 165.
- Greschner Donna, « Does Law Advance the Cause of Equality ? » (2001) 27 *Queen's L. J.* 299.
- Griffiths Anne, « International Human Rights, Women, Gender and Culture : Perspectives from Africa », dans Marie-Claire Foblets, Jean-François Gaudreault-Desbiens et Alison Dundes, dir., *Cultural Diversity and the Law : State Responses from around the World*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 737.
- Griffiths Anne, « Legal Pluralism », dans Reza Banakar et Max Travers, dir., *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2002, 289.
- Griffiths Anne, « Legal Pluralism in Botswana : Women's Access to Law », (1998) 42 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 123.
- Griffiths John, « What is Legal Pluralism ? », (1986) 24 *J. Legal pluralism & Unofficial L.* 1.
- Guirlinger Lucien, « Actualité, consistance conceptuelle, genèse historique de la confrontation entre diversité culturelle et universalité des droits de l'homme », dans Jean-Loup Amselle, Lucien Guirlinger, Françoise Héritier, Rahim Kherad et Guillaume Le Blanc, dir., *Diversité culturelle et universalité des droits de l'homme*, Nantes, éditions Cécile Default, 2010, 7.
- Haarscher Guy, « Universalité des droits de l'Homme ? », (1982) 4 *Revue mensuelle de philosophie et de morale laïque* 117.
- Hafner-Burton Emilie et Pollack Mark, « Gender Mainstreaming and Global Governance », (2002) 10 *Fem. Legal Stud.* 285.
- Hankivsky Olean, « Gender vs. Diversity Mainstreaming », (2005) *Revue Canadienne de science politique* 977.
- Hartsock Nancy, « Feminist Theory and the Development of Revolutionary Strategy » dans Zillah Eisenstein, dir., *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminism*, New York, Monthly Review Press, 1979, 56.
- Hay Katryn, « A Pacific Human Rights Mechanism : Specific Challenges and Requirements », (2009) 40 *V.U.W.L.R.* 195.
- Héritier Françoise, « Les droits des femmes dans la controverse entre universalité des droits de l'homme et particularités des cultures », dans Jean-Loup Amselle, Lucien Guirlinger, Françoise Héritier, Rahim Kherad et Guillaume Le Blanc dir., *Diversité culturelle et universalité des droits de l'homme*, Nantes, éditions Cécile Default, 2010, 19.
- Higgins Tracy et Fenrich Jeanmarie, « Customary Law, Gender Equality, and the Family : The Promise and Limits of a Choice Paradigm » dans Jeanmarie Fenrich, Paolo Galizzi et Tracy Higgins, dir., *The Future of African Customary Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 423.
- Holmes John, « The West and the Third World », (1965/1966) 21 *Int'l J.* 20.
- Iovane Massimo, « The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Diversity: Some Theoretical and Practical Considerations », (2007) 14 *International Journal on Minority and Group Rights* 238.
- Jaccoud Mylène, « Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada », (1999) 32(1) *Criminologie* 80.

- Jobin Pierre-Gabriel, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », (2007) *Rev trim dr civ* 33.
- Joe Frug Mary, « A Postmodern Feminist Legal Manifesto (An Unfinished Draft) », (1992) 105 *Harv. L. R.* 1045.
- Jolly Margaret, « Woman i Gat Raet Long Human Raets o No ? : Women's Rights, Human Rights and Domestic Violence in Vanuatu » dans Anne-Marie Hilsdon, Martha Macintyre, Vera Mackie et Maila Stevens, dir., *Human Rights and Gender Politics, Asia-Pacific Perspectives*, London, Routledge, 2000, 124.
- Jowitt Anita, « Indigenous Lands Grievances, Customary Land Dispute and Restorative Justice », (2004) 8(2) *J. S. Pac. L.*, en ligne : [<http://www.pacii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).
- Jowitt Anita, « Island Court in Vanuatu », (1999) 3 *J. S. Pac. L.*, en ligne : [<http://www.pacii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).
- Kaposy Chris et Downie Jocelyn, « Judicial Reasoning About Pregnancy and Choice », (2008) 16 *Health L.J.* 281-304.
- Kelly Paul, « Introduction : Between Culture and Equality », dans Paul Kelly, dir., *Multiculturalism Reconsidered*, Cambridge, Polity Press, 2002, 1.
- Kelsen Hans, « Les rapports de système entre le droit international et le droit interne », (1926) 14 *R.C.A.D.I.* 231.
- Kenneth Brown, « Customary Law in the Pacific : An Endangered Species? », (1999) 3 *J. S. Pac. L.*, en ligne : [<http://www.pacii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).
- Kjoerum Morten, « Universal Human Rights : Between the Local and the Global », dans Kirsten Hastrup, dir., *Human Rights on Common Grounds : The Quest for Universality*, Hague/London, Kluwer Law International, 2001, 77.
- Kleihans Martha-Marie et Macdonald Roderick, « What is a Critical Legal Pluralism », (1997) 12 *Can. J.L. & Soc.* 25.
- Koshan Jennifer et Hamilton Jonnette Watson, « The Continual Reinvention of Section 15 of the Chapter », (2013) 64 *U.N.B.L.J.* 19.
- Kukathas Chandran, « Are there any Cultural Right ? », (1992) 20 *Int'l Comm. L. Rev.* 10.
- L'Heureux-Dubé Claire, « The Legacy of the 'Persons' Case : Cultivating the Living Tree's equality Leaves », (2000) 63 *Sask. L. Rev.* 389.
- Laghmani Slim, « Droit international et diversité culturelle », (2008) 112(2) *R.G.D.I.P.* 241.
- Lamarche Lucie et Lebuis Véronique, « Ré/apprendre à décliner la Charte des droits et libertés de la personne au féminin : de nouveaux enjeux... et des besoins mal compris », (2006) *Hors-série R. du B.* 351.
- Lamarche Lucie et Poirier Frédérique, « L'accès au Tribunal des droits de la personne : une fréquence modulée », (1998) 57 *R. de B.* 785.
- Langevin Louise et Bouchard Valérie, « Bliss c. P.G. du Canada, [1979] 1 R.C.S. 183 », Conseil du Statut de la femme, 8 février 2010, en ligne : [<http://www.csf.gouv.qc.ca/modules/fichierspublications/fichier-48-1100.pdf>] (accessible le 5 juin 2014).

Langevin Louise et Bouchard Valérie, « Les grands arrêts sur les droits des femmes : projet et réflexions théoriques féministes », (2011) 52(3) C. de D. 551.

Langevin Louise et Samson Mélanie, « Revisiting Québec's 'Jus Commune' in the Era of the Human Rights Charters », (2015) Am. J. Com. L. 719.

Langevin Louise, « Introduction. Le droit comme instrument de changement social pour les femmes : une arme à double tranchant », dans Louise Langevin, dir., *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : Repenser le droit*, Paris, éditions des archives contemporaines et en partenariat avec l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), 2008, à la page 9.

Langevin Louise, « La diversité culturelle, la liberté religieuse et le droit des femmes à l'égalité : tensions à l'horizon », (2013) Numero Especial Rev. Fac. Direito UFMG : Jornadas Juridicas Brasil-Canada 169.

Langevin Louise, « Le « Nous-Femmes » et le droit des femmes à l'égalité : Analyse de la dissension provoquée par le projet de loi 63 modifiant la Charte des droits et libertés de la personne du Québec », dans Francine Descaries-Bélanger et Lyn Kurtzman, dir., *Faut-il réfuter les Nous Femmes pour être féministe au XXIème siècle*, Montréal, Institut de recherche et d'études féministes, 2009, 45.

Langevin Louise, « Les unions de fait : protection ou liberté de choix ? Le Québec à la croisée des chemins », (2015) 3 Revue Droit de la famille, 10.

LaRocque Emma, « Re-examining Culturally Appropriate Models in Criminal Justice Applications », dans Michael Asch, dir., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada, Essays on Law, Equality, and Respect for Difference*, Vancouver, UBC Press, 2000, 75.

Leckey Robert, « Strange Bedfellows », (2014) 64(5) U.T.L.J. 641.

Lee Seryon, « Legal Feminism and the UN's Gender Mainstreaming Policy : Still Searching for the Blind Spot ? », (2013) 6(2) Journal of East Asia and International Law 367.

Lemond Lucie, « Les menaces au droit à l'avortement et à l'autonomie des femmes enceintes », (2009) 50 C.De D. 611.

Letablier Marie-Thérèse et Perrier Gwanaëlle, « La mise en œuvre du *gender mainstreaming* dans les politiques locales de l'emploi. L'exemple du Fonds social européen en Ile-de-France », dans Sandrine Dauphin et Réjane Sénac-Slawinski, dir., *De l'égalité des sexes à la diversité*, Paris, L'Harmattan, 2008, 165.

Littleton Christine, « Reconstructing Sexual Equality », (1987) 75 Cal. L. Rev. 1279.

Lockwood Victoria, « The Global Imperative and Pacific Island Societies » dans Victoria Lockwood, dir., *Globalization and Culture Change in the Pacific Islands*, New Jersey, Pearson Prentice Hall, 2004, 1.

Luluaki John, « Customary Marriage Laws in Commonwealth : A Comparison between Papua New Guinea and Anglophonic Africa », (1997) 11 Int. J. Law Policy Family 1.

Lunabeck Vincent, « Adjudication of Customary Law in the Pacific », (2004) 15 Commonwealth Judicial Journal 25.

MacIntyre Martha, « Hear Us, Women of Papua New Guinea !: Melanesian Women and Human Rights » dans Anne-Marie Hilsdon, Martha Macintyre, Vera Mackie et Maila Stivens, dir., *Human Rights and Gender Politics : Asia-Pacific Perspectives*, New-York, Routledge, 2000, 147.

Maillé Chantal, « Réception de la théorie postcoloniale dans le féminisme québécois », (2007) 20(2) Recherches féministes. 91.

- Malifa Leulua'iali'i Tasi, « The Rights Conflict in the Constitutions of the South Pacific : Seeking Toleration into the 21st Century » dans Nin Tomas, dir., *Collective Human Rights of Pacific Peoples*, Auckland, International Research Unit for Maori and Indigenous Education, University of Auckland, 1998, 120.
- Margalit Avishai et Halbertal Moshe, « Liberalism and the Right to Culture » (1994) 61(3) *Social Research : An International Quarterly* 491.
- Marie Jean-Bernard, « L'universalité des droits de l'homme revisitée par la diversité culturelle », dans Gilbert Vincent, dir., *La partition des cultures. Droits culturels et droits de l'homme*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2008, 379.
- Mason Merrin, « Domestic Violence in Vanuatu », dans Sinclair Dinnen et Allison Ley, dir., *Reflections on Violence in Melanesia*, Sydney, Hawkins Press/Asia Pacific Press, 2000, 119.
- McAllister Debra, « Section 15 – The Unpredictability of the Law Test » (2003-2004) 15 *N.J.C.L.* 35.
- McMurdo Margaret, « Traditional Pacific Land Rights and International Law : Tensions and Evolution », (2011) Hors-série Vol. XIII *Comparative Law Journal of the Pacific* 95.
- Meijl Toon Van, « Introduction » dans Toon Van Meijl et Jelle Miedema, dir., *Shifting Images of Identity in the Pacific*, Leiden, KITLV Press, 2004, 1.
- Morel André, « La coexistence des Chartes canadiennes et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49.
- Morin Jacques-Yvan, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », (1987) 21 *R.J.T.* 25.
- Morin Michel, « Les confins du droit civil et du droit pénal : l'avortement et les droits de l'enfant conçu », (1997) 42 *McGill L.J.* 199.
- Mosses Morsen, « Le pluralisme juridique et le droit foncier des propriétaires coutumiers et des femmes au Vanuatu », (2014) 20 *Comparative Law Journal of the Pacific* 65, en ligne : [<http://www.victoria.ac.nz/law/nzacl/CLJP-JDCP%20Vol%2020%202014.aspx>] (accessible le 15 mars 2015).
- Mossman Mary Jane, « The Persons Case : The Origins and Legacy of the Fight for Legal Personhood – Book Review », (2008) 40 *Ottawa L. Rev.* 159.
- Motard Geneviève et Picard Simon, « *R. c. Kapp*, quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la charte canadienne? », (2008) 2 *Revue Québécoise de Droit Constitutionnel* 196.
- Mubiala Mutoy, « Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et cultures africaines », (1999) 12 *R.Q.D.I.* 197.
- Mubiala Mutoy, « Le Projet de Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique » (2000) *Revue du Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme*, Numéro spécial sur les droits des femmes 23.
- Mubiala Mutoy, « Le système africain de protection des droits de l'homme dans une perspective comparative », (2008) 25(2) *L'Observateur des Nations Unies* 66.
- Mullally Siobhan, « Gender Equality and Group Rights : Negotiating Just Multicultural Arrangements », dans Koen De Feyter and George Pavlakos, dir., *The Tension Between Group Rights and Human Rights : A Multidisciplinary Approach*, Portland, Hart Publishing, 2008, 107.
- Muria John, « Personal/Common Law Conflict and Women's Human Rights in the South Pacific : The Solomon Islands Experience » dans Andrew Byrnes, Jane Canors et Lum Bik, dir., *Advancing*

the Human Rights of Women : Using International Human Rights Standards in Domestic Litigation, Papers and Statements from the Asia/South Pacific Regional Judicial Colloquium, Hong Kong, Commonwealth Secretariat, 20-22 May 1996, 138.

Mushkat Roda, « Culture and International Law : Universalism v. Relativism » (2002) 6 *Sing. J. Int'l & Comp. L.* 1028.

Mutua Makau, « Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights », (2001) 42(1) *Harv. Int'l L.J.* 201.

Nadeau Alain-Robert, « La Charte des droits et libertés de la personne : origines, enjeux et perspectives », (2006) *Hors-série R. du B.* 1.

Nedelsky Jennifer, « Embodied Diversity and the Challenges to Law », dans Joanne Conaghan, dir., *Feminist Legal Studies, Critical Concepts in Law*, Volume 3, London/New York, Routledge, 2009, 249.

Newman Dwight, « Exit, Voice, and Exile : Rights to Exit and Rights to Eject », (2007) 57(1) *U.T.L.J.* 43.

Okin Susan Moller, « Is Multiculturalism Bad for Women ? », dans Joshua Cohen, Matthew Howard et Martha Nussbaum, dir., *Is Multiculturalism Bad for Women ?*, Princeton, University Press, 1999, 9.

Okin Susan Moller, « Mistresses of Their Own Destiny : Group Rights, Gender, and Realistic Rights to Exit » (2002) 112 *Ethics* 205.

Olowu Dejo, « The United Nations Human Rights Treaty System and the Challenges of Commitment and Compliance in the South Pacific », (2006) 7(1) *Melbourne J. Int'l L.* 160.

Olowu Dejo, « When Unwritten Customary Authority Overrides the Legal Effects of Constitutional Rights : A critical Review of Tuvaluan Decision in *Mase Teonea v Pule O Kaupule and Others* », (2005) 9(2) *J. S. Pac. L.*, en ligne : [<http://www.pacii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).

Olsson Louise, « Gender Mainstreaming in Practice : The United Nations Transitional Assistance Group in Namibia », (2001) 8(2) *International Peacekeeping* 97.

Otis Ghislain, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », dans Ghislain Otis, Abdullah Cissé, Paul De Deckker, Wanda Mastor, dir., *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone, Présentation générale d'une problématique*, Paris, éditions des archives contemporaines et Agence Universitaire de la Francophonie, 2010, 3.

Otis Ghislain, « L'individu comme arbitre des tensions entre pluralisme juridique et droits fondamentaux chez les peuples autochtones », (2015) 2 *Revue de droit constitutionnel appliqué* 171.

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

Otto Diane, « A Post-Beijing Reflection on the Limitations and Potential of Human Rights Discourse for Women », dans Kelly Askin et Dorean Koenig, dir., *Women and International Human Rights Law*, New-York, Transnational Pub, 1999, 115.

Pateman Carole, « Feminist Critiques of Public Private Dichotomy », dans Carole Pateman, dir., *The Disorder of Women*, Standford, Standford University Press, 1989, 118.

Paterson Don et Jowitt Anita, « More on Customary Reconciliation Ceremonies in Sentencing for Criminal Offences », (2008) 12(2) *J. S. Pac. L.* 39.

- Paterson Don, « Customary Reconciliation in Sentencing for Sexual Offences : A Review for Public Prosecutor v Ben and others and Public Prosecutor v Tarilingi and Gamma », (2006) 10(1) J. S. Pac. L., en ligne : [<http://www.pacii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).
- Patrick O'Connell Daniel, « The Condominium of the New Hebrides », (1968-1969) 43 Brit. Y.B. Int'l L. 71.
- Perrons Diane, « Gender Mainstreaming and Gender Equality in the New (Market) Economy : An Analysis of Contradictions », (2005) 12(3) Social Politics 389.
- Pinard Danielle, « Au-delà de la distinction du fait et du droit en matière constitutionnelle : les postulats nécessaires », (2014) 48 RJT 1.
- Porter Bruce, « Twenty Years of Equality Rights : Reclaiming Expectations », (2005) 23 Windsor Y.B. Access Just. 145.
- Pouchedass Jacques, « Les Subalternes Studies ou la critique postcoloniale de la modernité », (2000) 156 L'homme 161.
- Preis Ann-Belinda, « Human Rights as Cultural Practice : An Anthropological Critique », (1996) Hum. Rts. Q. 286.
- Proulx Daniel, « La dignité : élément essentiel de l'égalité ou cheval de Troie ? » dans Service de la formation permanente, Bureau du Québec, vol. 268, *Les 25 ans de la Charte Canadienne des droits et libertés*, Cowansville, éditions Yvon Blais, 2007, 97.
- Proulx Daniel, « Le droit à l'égalité », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir., *Jurisclasseur de droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, Fascicule 9, LexisNexis, 2014, en ligne : [<http://www.lexisnexis.com.acces.bibl.ulaval.ca/ca/legal/results/pubTreeViewDoc.do?nodeId=TAA L&pubTreeWidth=23%25>] (accessible le 20 juin 2015).
- Proulx Daniel, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Law : un pas en avant ou un pas en arrière ? », (2001) 61 R. du B. 185.
- Quilleré-Majzoub Fabienne, « Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique : Un projet trop ambitieux? », (2008) 19(73) Rev. Trim. dr. h. 127.
- Ranajit Guha, « On Some Aspects of the Historiography of Colonial India », dans Ranajit Guha, dir., *Subalternes Studies I*, Delhi/Oxford, Oxford University Press, 1.
- Regenvanu Ralph, « Issues with Land Reforms in Vanuatu », (2008) 12 (1) J. S. Pac. L. 64.
- Renteln Alison Dundes, « The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights », (1985) 7 Hum. Rts. Q. 514.
- Revilard Anne, Lempen Karine, Bereni Laure, Debauche Alice et Latour Emanuelle, « À la recherche d'une analyse féministe du droit dans les écrits francophones », (2009) 28(2) NQF 4.
- Rigaux François, « Les fondements philosophiques des droits de l'Homme », (2007) 70 Rev. Trim. dr. h. 307.
- Ringelheim Julie, « Le droit à la diversité culturelle : Cartographie d'un champ en construction », dans Julie Ringelheim, dir., *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 4.
- Rivet Michèle et Santorineos Anne-Marie, « Juger à l'ère des droits fondamentaux », (2012) 42 R.D.U.S. 363.

- Rivet Michèle, « L'accès à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?-Quelques notes introductives », dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, dir., *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville (Québec), éditions Yvon Blais, 2008, 7.
- Robbins Melissa, « Comment : Powerful States, Customary Law and the Erosion of Human Rights through Regional Enforcement », (2005) 35 Cal. W. Int'l L.J. 275.
- Robitaille David, « Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve ? Bonne chance ! », (2002) 62 R. du B. 321.
- Romany Celina, « State Responsibility Goes Private : A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law », dans Rebecca Cook, dir., *Human Rights of Women, National and International Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1995, 85.
- Ross Susan Deller, « Polygyny as a Violation of Women's Rights to Equality in Marriage : An Historical, Comparative and International Human Rights Over-view », (2002) 24 Delhi L. Rev., 22.
- Rouland Norbert, « Le pluralisme juridique en anthropologie », (1993) 2 R.R.J. 567.
- Rousseau Benedicta, « This is a Court of Law Not a Court of Morality : Kastom and Custom in Vanuatu State Courts », (2008) 12(2) J. S. Pac. L. 15.
- Roy Alain, « Affaire Éric c. Lola : Une fin aux allures de commencement », (2013), 1 CPN, 259-308, en ligne : [<http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/5a/c8/alain-roy-fin.pdf>] (accessible le 25 septembre 2014).
- Roy Alpana, « Postcolonial Theory and Law : A Critical Introduction », (2008), 29 Adel. L. Rev., 316.
- Sainsbury Diane et Bergqvist Christina, « Gender Mainstreaming à la suédoise », dans Sandrine Dauphin et Réjane Sénac-Slawinski, dir., *De l'égalité des sexes à la diversité*, Paris, L'Harmattan, 2008, 117.
- Samson Mélanie, « Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services : l'originalité des garanties offertes par la Charte québécoise », (2008) 38 R.D.U.S. 413.
- Santorineos Anne-Marie, « L'accès à la justice en matière de droits de la personne : le difficile accès au tribunal des droits de la personne », (2012) 42 R.D.U.S. 49.
- Saris Anne, « Les tribunaux religieux dans les contextes canadiens et québécois », (2006) 40(2) R.J.T. 353.
- Sarkin Jeremy, « The African Commission on Human and People's Rights and the Future African Court of Justice and Human Rights : Comparative Lessons from the European Court of Human Rights », (2011) 18(3) South African Journal of International Affairs 281.
- Schmid Ulrike, « Legal Pluralism as a Source of Conflict in Multi-Ethnic Societies, The Case of Ghana », (2001) 46 J. Legal Pluralism & Unofficial L. 1.
- Scott Joan, « Gender : A Useful Category of Historical Analysis », (1986) 91(5) The American Historical Review 1053.
- Scott Joan, « Genre : Une catégorie d'analyse toujours utile », (2009) 1(225) Diogène 5.
- Scott Joan, « Genre : Une catégorie utile d'analyse historique », (1988) 37(1) Cahiers du GRIF, 125.
- Scrutton Thomas, « The Work of Commercial Courts », (1921) 1 Cambridge L. J. 6.

- Sharpe Robert, « The Persons Case and the living Tree Theory of Constitutional Interpretation », (2013) 64 U.N.B.L.J. 1.
- Shelton Dinah, « Universalité et régionalisme en droit international des droits de l'homme », (2009) 26(1) L'Observateur des Nations Unies 221.
- Smart Carol, « The Woman of Legal Discourse », (1992) 1(1) S.& L.S. 29
- Spivak Gayatri Chakravorty, « Can the Subaltern Speak ? » dans Cary Nelson et Lawrence Grossberg, dir., *Marxism and the Interpretation of Culture*, Illinois (Urbana), University of Illinois Press, 1988, 27.
- Squires Judith, « Is Mainstreaming Transformative ? Theorizing Mainstreaming in the Context of Diversity and Deliberation », (2005) 12(3) Social Politics 366.
- Srivastava Dharendra et Roebuck Derek, « The Reception of the Common Law and Equity and Papua New Guinea: The Problem of the Cut-off Date », (1985) 34(4) I.C.L.Q., 850.
- Ssenyonjo Manisuli, « Strengthening the African Regional Human Rights System », dans Manisuli Ssenyonja, dir., *The African Regional Human Rights System*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 455.
- Stiehm Judith Hicks, « Women, Peacekeeping : Gender Balance and Mainstreaming », (2001) 8(2) International Peacekeeping 39.
- Sudre Frédéric, « Le pluralisme saisi par le juge européen », dans Michel Levinet, dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 33.
- Swamy Arthi Bandhana, « Customary Reconciliation in Sentencing for Sexual Offences in Vanuatu », (2008) 12(1) J. S. Pac. L. 94.
- Tabani Caroline, « La femme dans la loi et la coutume », dans Marc Tabani et Antoine Hochet, dir., *Cultures, sociétés et environnements à Vanuatu et dans le Pacifique*, Port Vila, Pacifique Dialogues - VKS Productions, 2013.
- Talao Freda, « Papua New Guinea : Country Report on Human Rights », (2009) 40(1) V. U. W. L. R. 1.
- Tamanaha Brian, « A Framework for Pluralistic Socio-legal Arenas », dans Marie-Claire Foblets, Jean-François Gaudreault-Desbiens et Alison Dundes, dir., *Cultural Diversity and the Law : State Responses From Around the World*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 381.
- Tamanaha Brian, « Understanding Legal Pluralism : Past to Present, Local to Global », (2008) 30 Sydney L. Rev. 375.
- Tamata Laititia, « Application of Human Rights Conventions in the Pacific Islands Courts », (2000) 4 J. S. Pac. L., en ligne : [<http://www.paclii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).
- Thaman Konai Helu, « A Pacific Island Perspective of Collective Rights », dans Nin Tomas, dir., *Collective Human Rights of Pacific Peoples*, Auckland, University of Auckland, 1998, 1.
- Thaman Konai Helu, « Cultural Rights : A Personal Perspective » dans Margaret Wilson et Paul Hunt, dir., *Culture, Rights, and Cultural Rights Perspectives from the South Pacific*, Wellington, Huia Publishers, 2000, 1.
- Thamilmaran Veeravagu, « Cultural Rights in International Law », dans Anura Goonasekera, Cees Hamelink et Venkat Iyer, dir., *Cultural Rights in a Global World*, Singapour, Eastern Universities Press, 2003, 139.
- Tilley John, « Cultural Relativism », (2000) 22(2) Hum. Rts. Q. 501.

- Tinker Catherine, « Human Rights for Women : The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women », (1980) 3 Hum. Rts. Q. 32.
- Toki Valmaine et Baird Natalie, « An Indigenous Pacific Human Rights Mechanism : Some Building Blocks », (2009) 40 V.U.W.L. R. 215.
- Tremblay Geneviève, « Les droits à l'égalité et l'article premier de la Charte Canadienne des droits et libertés », (1997) 55 U.T. Fac. L. Rev. 303.
- Trindade Antonio Augusto Cançado, « La réaffirmation contemporaine de l'universalité des droits de l'homme : quelques réflexions », dans Maurice Kamga et Makane Moïse Mbengue dir., *En l'honneur de Raymond Ranjeva, Liber Amicorum, L'Afrique et le droit international : Variations sur l'Organisation Internationale*, Paris, éditions Pédone, 2013, 445.
- Truesdale Claire, « Section 15 and the *Oakes Test* : The Slippery Slope of Contextual Analysis », (2011) 43 Ottawa L. Rev. 511.
- Turp Daniel et Brouillet Eugénie, « Pour une perspective québécoise de droit constitutionnel », (2006) 1 Bulletin québécois de droit constitutionnel 1.
- Turp Daniel, « Droits de l'homme, droits de la personne, droits et libertés et droits fondamentaux : essai sur la dénomination des droits et plaidoyer pour les « droits fondamentaux », dans Brigitte Lefebvre et Antoine Leduc, dir., *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Les éditions Thémis, 2012, 540.
- Vaà Unasa, « Samoan Custom and Human Rights : An Indigenous View », (2009) 40 V.U.W.L. Rev. 237.
- Vanderlinden Jacques, « Le pluralisme juridique, Essai de synthèse », dans John Gilissen, dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1971, 19.
- Vanderlinden Jacques, « Pluralisme juridique radical, révélation et common law anglaise », dans *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, 583.
- Vanderlinden Jacques, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », (2002) 49 R.I.E.J. 11.
- Vanderlinden Jacques, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », (1993) 2 R.R.J. 573.
- Villey Michel, « Le droit naturel », (1985) 118-119 Revue de Synthèse 175.
- Voudouri Daphné, « Une nouvelle convention internationale relative au patrimoine culturel, sous le signe de la reconnaissance de la diversité culturelle : la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel », (2004) 57 Revue hellénique de droit international 103.
- Walby Sylvia, « Gender Mainstreaming : Productive Tensions in Theory and Practice », (2005) 12(3) Social Politics 321.
- Watson Irene, « Indigenous Peoples' Law-Ways : Survival Againsts the Colonial State », (1997), 8 Au. Fem. L.J., 39.
- Wean Deborah, « Real Protection for Women ? The African Charter on Human and Peoples' Rights », (1987) 2 Emory J. In'l Disp. Resol. 425.
- Weisbrot David, « Custom, Pluralism, and Realism in Vanuatu : Legal Development and the Role of Customary Law », (1989) 13(1) Pacific Studies 65.
- Whalen Philip, « The Promise of Equality – Are We There Yet ? », (2013) 64 U.N.B.L.J. ix.

Wickliffe Caren, « The Relationship Between the Constitution Amendment Act 1997 and International Instruments of Women and Children », (1998) 2 J. S. Pac. L., en ligne : [<http://www.pacii.org/journals/fJSPL/>] (accessible le 8 septembre 2013).

Wickliffe Caren, « Cultural Rights, Culture and Human Rights Education », dans Margaret Wilson et Paul Hunt, dir., *Culture, Rights, and Cultural Rights Perspectives from the South Pacific*, Wellington, Huia Publishers, 2000, 129.

Wilson Bertha, « Est-ce que des femmes juges feront une différence », (1990-1991) 4(2) Rev. jur. femme drt. 359.

Wing Adrien Katherine et Smith Tyler Murray, « The New African Union and Women's rights », (2003) 13 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 33.

Wintemute Robert, « Sexual Orientation and the Charter : The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits », (2004) 49 McGill L.J. 1143.

Wirrick Parkinson, « Restricting the Freedom of Movement in Vanuatu : Custom in Conflict with Human Rights », (2008) 12 (1) J. S. Pac. L. 76.

Woodman Gordon, « Ideological Combat and Social Observation, Recent Debate About Legal Pluralism », (1998) 42 J. Legal pluralism & Unofficial L. 21.

Woodward Alison, « European Gender Mainstreaming : Promises and Pitfalls of Transformative Policy », (2003) 20(1) Review of Policy Research 65.

York Andrea, « The Inequality of Emerging Charter Jurisprudence : Supreme Court Interpretations of Section 15(1) », (1996) 54 U.T. Fac. L. Rev. 327.

Zorn Jean, « Custom Then and Now : The Changing Melanesian Family », dans Anita Jowitt et Dr Tess Newton Cain, dir., *Passage of Change, Law, Society and Governance in the Pacific*, Canberra ACT, Pandanus Books, 2003, 95.

IV. JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE VANUATAISE

Awop v. Lapenmal, [2007] VUIC 2.

Banga v. Waiwo, [1996] VUSC 5.

Baumgartner v. Baumgartner, [1987] HCA 59.

Bohn v. Republic of Vanuatu, [2013] VUSC 42.

Clements and Clements v. The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation, [1988] VUCA 3.

Daniel Mouton v. Selb Pacific Limited, [1995] VUSC 2.

Esau v. Tokon, [2002] VUSC 34.

Fisher v. Fisher, [1991] VUCA 2.

Freddy Harrisen v. John Patrick Holloway, [1984] VUCA 7.

G v. L, [1990] VUSC 4.

Haitong v. Tavulai Community, [2007] VUIC 3.
Hamel-Landry v. Law Council, [2012] VUSC 119.
In re Child M [2011] VUSC 16.
In re Estate of Molivono, [2007] VUCA 22.
In Re MM Adoption Application by SAT, [2014] VUSC 78.
In re the Constitution of the Republic of Vanuatu and the Infant P and her Natural Mother S, [1980-1988] 1 V.L.R. 130.
In Re the Nagol Jum, Assal & Vatu v. Council of Chiefs of Santo, [1992] VUSC 5.
John Selwyn Regenvanu Family v. Erick Ross and Jack Abel, [1980] 1VLR 284.
Joli v. Joli, [2003] VUCA 27.
Malsoklei v. Public Prosecutor, [2002] VUCA 28.
Mariango v. Nalau, [2007] VUCA 15.
Meltenoven v. Meltesaen, [2008] VUIC 14.
Molu v. Molu, [1998] VUSC 15.
Noel v. Toto, [1995] VUSC 3.
Public Prosecutor v. Atuary, [2006] VUSC 98.
Public Prosecutor v. Avock, [2003] VUSC 124.
Public Prosecutor v. Bong Hal, [2012] Unreported.
Public Prosecutor v. Isaiah [2007] VUSC 15.
Public Prosecutor v. Nako [2006] VUSC 38.
Public Prosecutor v. Nawia [2010] VUSC 52.
Public Prosecutor v. Peter, [2006] VUSC 27.
Public Prosecutor v. Silas, [1993] 2 V.L.R. 659.
Public Prosecutor v. Walter Kota and Ten Others, [1993] VUSC 8.
Re Barak Tame Sope & Others v. Attorney General & Others, [1988] VUSC 12.
Taleo v. Taleo, [1996] VUMC 2.
Timakata v. Attorney General, [1992] VUSC 9.
Toto v. Pasvu, [1987] VUICB 1.
Valele Family v. Touru, [2002] VUCA 3.
Vohor v. Adeng and Others, [1996] VUSC 14.

JURISPRUDENCE DES AUTRES ÉTATS, NOTAMMENT DU PACIFIQUE SUD

Attorney General v. Dow [1992] B.L.R. 119 (CA).
Cheung v. Tanda, [1983] SBHC 38.

Chung Chi Cheung v. The King, [1939] A.C. 168.
Guatal v. The State of PNG, [1981] PNGLR 230.
In Re B SBMC, [1983] SILR 223.
In the matter of Somare, [1981] PNGLR 265.
Italia Taamale v. Attorney-General, [1995] WSCA 12.
James Michael Ah Koy v. Registration Officer for the Suva City Fijian Urban Constituency, [1993] FJCA 44.
John Baipu v. The State, [2005] SC 796.
K v. T and KU In Re Custody Application, [1985] SBMC 2.
Lafaialii v. Attorney General, [2003] WSSC 8.
Leituala v. Mauga, Kilfifi et al, [2004] WSSC 9.
Loumia v. DPP, [1986] SBCA 1.
Mabo v. Queensland, [1992] 175 CLR 1.
Mapuilesua v. Land and Titles, [2011] WSSC 131.
Minister for Immigration v. Teoh, [1995] ALR 353.
Minister for Provincial Government v. Guadalcanal Provincial Assembly, [1997] SBCA 1.
Nabuka v. The Republic, [2006] KICA (Kiribati).
Nair v. Public Trustee of Fiji and the Attorney General of Fiji, [1996] HCF.
Official Administrator for Unrepresented Deceased Estates v. Allardyce Timber Co Ltd, (1980) SBHC 9.
Olo v. Police, [1992] WSSC 1 ; *L v. L*, [1994] WSCA 3.
Premdas v. The State, [1970] PNGLR 329.
Public Prosecutor v. Aia Moroi, [1985] PNGLR 78.
R v. Smith, [1999] CIHC.
R. v. Keyn, [1876] 2 Ex. D. 63.
Raramu v. Yowe, [1994] PNGLR 486.
Re Barrios and Sanchez, [1989] 96 FLR 77.
Re F 9A Minor (Abduction Custody Rights), [1990] 3 All ER 97.
Re Thesia Maip, [1991] PNGLR 80.
Re Yongo Mondo, [1989] PGNG 35.
Reg. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Thakrar, [1974] Q.B. 684.
Regina v. Gua, [2012] SBHC 118.
Remisio Pusi v. James Leni and Others, [1997] SBHC 100.
Republic of Kiribati v. Timiti & Robuti, [1998] KIHC 1.
Rex Lialu v. The State, [1990] PNGLR 487.

Rookes v. Barnard, [1964] AC 1129.
Samoan Public Trustee v. Collins, [1961] NZSC 1.
Sasongo v. Beliga, [1987] SILR 91.
State v. Bechu, [1999] FJMC 79/94.
State v. Kule [1991] PNGLR 404.
State v. Mutch, [1999] FJHC 149.
State v. Poroli, [2004] PNGLR 9.
Tanavulu & Tanavulu v. Tanavulu and SINPF, [1998] HCSI 185/1995.
Teonea v. Kaupule & Another, [2005] TVHC 2.
Tepulolo v. Pou, [2005] TVHC 17.
The State v. Aigal & Kauna, [1990] PNGLR 318.
The State v. Francis Kuta Amet & Others, [2004] CR 1418.
The State v. Karawa, [2004] PNGC 137.
The State v. Maraka Jackson, [2006] CR 1433.
The State v. Non Pable, [1999] PGNC 54.
The State v. Pokia, [1980] PNGLR 97.
The State v. Sambura, [2002] N2219.
Thomas v. State, [2007] PGSC 26.
Toailoa Law Office v. Duffy, [2005] WSSC 53.
Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria, [1977] 2 WLR 356.
Ure Hane v. The State, [1982] PNGLR 390.
Uren v. Fairfax, [1966] 117 CLR 118.
Victor Jiwan Raju v. Reginam, [1977] 23 FLR 1.
Wagner v. Radke, [1997] WSSC 2.
West Rand Central Gold Mining Co c. The King, [1905] 2 K.B. 391.

JURISPRUDENCE CANADIENNE

Cour suprême du Canada

Action Travail des Femmes c. Canadien National, [1987] 2 R.C.S. 84.
Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143.
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employées de services publics, [1996] 2 R.C.S. 345.
Bliss c. P.G. du Canada, [1979] 1 R.C.S. 183.
Brooks c. Safeway, [1989] 1 R.C.S. 1219.

Collins c. la Reine, [1987] 1 R.C.S. 265.

Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241.

Egan c. Canada, [1995] 2 R. C. S. 513.

Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 R. C S. 624.

Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [2000] 1 R.C.S.43.

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497.

M. c. H., [1999] 2 R.C.S. 3.

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229.

Miron c. Trudel, [1995] 2 R. C. S. 418.

Mouvement aïque québécois c. Saguenay (Ville), [2015] CSC 16.

Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006] 1.R.C.S 256.

Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh, [2002] 4 R.C.S. 325.

Procureur Général du Canada c. Bédard et Lavell, [1974] R.C.S. 1349.

Québec (CDPDJ) c. Montréal (Ville) ; Québec (CDPDJ) c. Boisbriand (Ville), (2000) 1 R.C.S.

Québec (Procureur général) c. A, [2013] C.S.C. 5.

R. c. Conway, [1989] 1 R.C.S. 1659.

R. c. Hess ; R. c. Nguyen, [1990] 2 R. C. S.

R. c. Kapp, [2008] 2 R. C. S. 843.

R. c. Lavallée, [1990] 1 R.C.S. 852.

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.

R. c. Sparrow [1990] R.C.S. 1075.

R. c. Swain, [1991] 1 R. C. S. 933.

R. c. Turpin, [1989] 1 R.C.S. 1296.

Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551.

Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration), [1991] 2 R.C.S. 22.

Thibaudeau c. Canada, [1995] 2 R. C. S. 627.

Tremblay c. Daigle, [1989] 2 R.C.S. 530.

Weatherall c. Canada (Procureur général), [1993] 2 R. C. S. 872.

Winnipeg School Division c. Craton, [1985] 1 R.C.S. 150.

Withler c. Canada (Procureur général), [2011] 1 R. C. S. 396.

Les autres instances, notamment provinciales

Adi Abdel v. Her Majesty the Queen [2006], C39927 (CA).

CDPDJ c. Centre de la petite enfance Les Pandamis, [2006] R.J.Q. 1727.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9209-9829 Québec inc., [2015] QCTDP1.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Robitaille, [2014] QCTDP2.

Edwards v. Canada (Attorney General), [1930] A. C. 124.

Florea c. Université de Montréal, [2013] QCTDP 13.

Hajjage c. McGill University, [2012] QCTDP 7.

Hall c. Leclerc, 2012 QCTDP 8.

Mclvor c. Canada, [2009] C.A.

Ménard c. Rivet, [1997] R.J.Q. 2108 (CA).

Person c. Montréal (Ville de), [2013] QCTDP 9.

Simoneau c. Tremblay, [2011] QCTDP1.

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République Fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas, [1969]), C.I.J., Recueil, 1969.

Ayants droit de Feus Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema dit Ablasse, Ernest Zongo et Blaise Ilboudo & Le mouvement Burkinabe des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso, [2013] Requête n°013/2011, Cour africaine des droits de l'Homme.

Boodlal c. Trinité-et-Tobago, [2001] Communication 928/2000, Comité des droits de l'homme.

Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, [1982] CrEDH.

Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples c. Libye, [2011] Mesures provisionnelles, Cour africaine des droits de l'Homme.

Condron c. Royaume-Uni, [2000] CrEDH.

Costello-Roberts c. Royaume-Uni [1993] CrEDH.

Engel et autres c. Pays-Bas, [1976] CrEDH.

Gorzelik et autres c. Pologne, [2004] CrEDH.

Handyside c. Royaume-Uni, [1975] CrEDH, Requête n°5493/72.

Hassan et Tchaouch c. Bulgarie [2000] CrEDH.

Higginson c. Jamaïque, [2002] Communication 792/1998, Comité des droits de l'homme.

Inga Abramova c. Belarus, [2009] Communication n°23/2009, Comité de la CEDEF.

Inze c. Autriche, [1987] CrEDH.

Isatou Jallow c. Bulgarie, [2011] Communication n°32/2011, Comité de la CEDEF.

JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry, [1990] 2 AC 418.

Karen Tayag Vertido c. Philippines, [2008] Communication 18/2008, Comité de la CEDEF.

Lovelace c. Canada, [1980] Comité des droits de l'homme, Doc. Off. NU., 13e Sess., CCPR/C/13/D/24/1977.

Mazurek c. France, [2000] CrEDH.

Michelot Yogogombaye c. la République de Sénégal, [2009] Demande n°001/2008, Commission africaine des droits de l'Homme.

Parti Communiste c. Turquie [1998] et *Parti Socialiste c. Turquie* [1998] CrEDH.

Pryce c. Jamaïque, [2004] Communication 793/1998, Comité des droits de l'homme.

Sept personnes c. Suède, [1982] Commission européenne des droits de l'Homme, Requête n° 8811/79.

Serif c. Grèce [1999] CrEDH.

Social and Economic Rights Action Centre/Center for Economic and Social Rights c. Nigéria, [2001] la Communication 155/96, Commission africaine des droits de l'Homme.

Tyrer c. Royaume-Uni, [1978] CrEDH.

Unal Tekel c. Turquie, [2004] CrEDH.

Vuolanne c. Finlande, [1989] Communication 265/1987, Comité des droits de l'homme.

X. et Y. c. Pays-Bas, [1985] CrEDH.

V. LÉGISLATION

LÉGISLATION VANUATAISE

Chamber of Commerce and Industry of Vanuatu Act 1995.

Citizenship Act 1980 (Cap 112), *Vanuatu Consolidated Legislation*.

Civil Procedure Rules n°49, 2002, *Vanuatu Consolidated Legislation*.

Code de procédure pénale 1981, Cap 136, *Législation consolidée du Vanuatu*.

Code pénal du Vanuatu, Cap 135, 7 Août 1981.

Constitution de la République du Vanuatu 1980, *Législation consolidée*.

Control of Marriage Act 1981, Cap 45, *Vanuatu Consolidated Legislation*.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Ratification) Act 1995, *Vanuatu consolidated Legislation*.

Convention on the Rights of the Child (Ratification) Act 1992, *Vanuatu consolidated Legislation*.

Courts Act 1980, *Vanuatu Consolidated Legislation*.

Courts Regulations Amendment Act n°15 of 1989, *Vanuatu Consolidated Legislation*.

Customary Land Management Act 2014, *Vanuatu Consolidated Legislation*.

Customary Land Tribunal Act n°7, 2001, *Vanuatu Consolidated Legislation*.

Domestic Protection Rule n°67 2001, *Vanuatu Consolidated Legislation*.

Employment Act 1983 (Cap 160), Vanuatu Consolidated Legislation.
Employment Act 1983, Vanuatu Consolidated Legislation.
Family Protection Act 2008, Vanuatu Sessional Legislation.
Immigration Act 1972 (Cap 166), Vanuatu Consolidated Legislation.
Interpretation Act, 2006, Cap 132, Vanuatu Consolidated Legislation.
Island Courts Act 1983, Vanuatu Consolidated Legislation.
Judicial Services and Courts (Amendment) Act de 2003, Vanuatu Consolidated Legislation.
Judicial Services and Courts Act de 2000, Vanuatu Consolidated Legislation.
Land Acquisition Act de 1992, Vanuatu Consolidated Legislation.
Land Reform Act (Amendment), 2013, Vanuatu Consolidated Legislation.
Land Reform Act 1980 Cap 123, Vanuatu Consolidated Legislation.
Law Commission Act 1980, Cap 115, Vanuatu Consolidated Legislation.
Legal Practitioners Act 1980, Cap 119, Vanuatu Consolidated Legislation.
Magistrates' (Civil Jurisdiction) Act 1981, Vanuatu.
Maintenance of Children Act 1966, Revised Edition 1988 (Cap 46), Vanuatu Consolidated Legislation.
Maintenance of Family Act 1966, Revised Edition 1988, Cap 42, Vanuatu Consolidated Legislation.
Marriage Act 1970, Cap 60, Vanuatu Consolidated Legislation.
Matrimonial Causes Act 1986, Cap 192, Vanuatu Consolidated Legislation.
Matrimonial Causes Act 1986, Vanuatu Consolidated Legislation.
Members of Parliament (Vacation of Seats) Act de 1983, Vanuatu Consolidated Legislation.
Mental Hospital Act 1965, Cap 38, Vanuatu Consolidated Legislation.
Municipalities (Amendment Act) 2013, Vanuatu Consolidated Legislation.
Rent Taxation Act 1986 (Cap 196), Vanuatu Consolidated Legislation.
Representation of the People (Amendment) Act, 2012, Vanuatu Consolidated Legislation.
The Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Ratification) Act 2006, Vanuatu Consolidated Legislation.
Wills Act 1969, Revised Edition 1988, Cap 55, Vanuatu Consolidated Legislation.

LÉGISLATION DES AUTRES ÉTATS, NOTAMMENT DU PACIFIQUE SUD

Adoption Act 1958 (UK).
Citizenship Act 1984 (Botswana).
Code civil français 1804.
Constitution (Amendment) of Fiji Act 1997.

Constitution of Botswana, 30 septembre 1966.

Constitution of Solomon Islands, 1978, Consolidated Legislation.

Constitution of the Independent State of Papua New Guinea 1975, Consolidated Legislation.

Constitution of the Independent State of Samoa 1960, Consolidated Legislation.

Constitution of the Republic of Fiji, 2013.

Constitution of the Sovereign Democratic Republic of Fiji 1990.

Constitution of Tuvalu 1986.

Custody of Children Ordinance 1978, Cap 20, Tuvalu Consolidated Legislation.

Customs Recognition Act 1963, Papua New Guinea Consolidated Legislation.

Customs Recognition Act n°7 of 2000, Solomon Islands Sessional Legislation.

Divorce and Matrimonial Causes Ordinance 1961, Samoan Consolidated Legislation.

Falekaupule Act de 1997, Tuvalu Consolidated Legislation.

Falekaupule Amendment Act 2014, Tuvalu Consolidated Legislation.

Family Protection and Domestic Violence Act 2014, Tuvalu Consolidated Legislation.

Fiji Penal Code, 1970 Cap 17.

Human Rights Commission Act 1999, Fiji Consolidated Legislation.

Human Rights Commission Decree 2009 (Decree n°11), Fiji Government Gazette Vol 10, n°22, 12 May 2009.

Islanders Divorce Act 1996, Solomon Islands Consolidated Legislation.

Judicature Act (UK) 1873.

Laws of Tuvalu Act 1987.

Loi N2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, France.

Maintenance and Affiliation Act 1969, Fiji Consolidated Legislation.

Marriage Act 1963, PNG Consolidated Legislation.

Matrimonial Causes Act 1950 (UK).

Matrimonial Causes Act 1965 (UK).

Matrimonial Causes Act 1973 (UK).

Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 (UK).

Mpumalanga Witchcraft Suppression Bill 2007, South Africa.

Native Lands Ordinance 1957, Tuvalu Consolidated Legislation.

Provincial Government Act, 1996, Solomon Islands consolidated Legislation.

Solomon Islands National Provident Fund Act 1996, Cap 109.

Sorcery Act 1971, PNG Consolidated Legislation.

Succession, Probate and Administration Queen's Regulation n°7, 1972 (UK).

Underlying Law Act 2000 (PNG).

Underlying Law Act, 2000, Papua New Guinea Consolidated Legislation.

Village Courts Act 1973, PNG Consolidated Legislation.

Village Fono Act 1990, Consolidated Acts of Samoa.

LÉGISLATION CANADIENNE

État fédéral

Charte canadienne des droits et libertés, Lois constitutionnelles 1982.

Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, c.44.

Loi C-3 sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens, 2010.

Loi sur l'assurance-chômage, 1970-72, c.4.

Lois sur les Indiens L.R.C. (1985) ch. I-5).

Les provinces

Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12.

Code civil du Québec L.Q., 1991, c. 64.

Entente finale Canada-Québec sur le régime québécois d'assurance parentale, 2005.

Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme de droit de la famille, L.Q. 1980, c.39.

Loi modifiant le Code civil du Québec concernant le partage du patrimoine familial et le Code de procédure civile, L.Q. 1990, c. 18.

Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux, L.Q., 1989, c.55.

Loi modifiant le régime de rentes du Québec, L.Q. 1977, c. 24.

Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics, 2000, Ch A-2.01.

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, R. L.R.Q., c. A-2.1.

Loi sur l'assurance parentale, L.Q. 2001, c. 9.

Loi sur l'assurance parentale, L.Q. 2005, c. 13.

Loi sur l'équité salariale, L.R.Q., c. E-12.001.

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, R. L.R.Q., c. P-39.1.

Loi sur le Conseil du statut de la femme, L.R.Q., c. C-59.

Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance, L.R.Q. 2005, c. C-8.2.

Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance, L.R.Q. C.S-4.1.1, 2006.

Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance, L.Q. 2005, c. 47.

Projet de loi 63 *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, 2008.

Projet de loi 94 *Loi établissant les balises encadrant les demandes des accommodements dans l'administration gouvernementale et dans certains établissements*, 2010.

Règles de procédure et de pratique du Tribunal des droits de la personne (2007) G.O. II, 2772 [c. C-12, r. 4].

LÉGISLATION ET DOCUMENTATION INTERNATIONALES

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 27 juin 1981.

Comité de la CEDEF, *Recommandation générale 21, Égalité dans le mariage et dans les rapports familiaux*, 1994.

Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, 29 mai 1993.

Convention de Londres relative aux Nouvelles-Hébrides, entre la France et le Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, 20 octobre 1906, T. F. 856.

Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 3 septembre 1953, STCE n°005.

Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U.13.

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3.

Convention relative au droit des personnes handicapées, 13 décembre 2006, 2515 R.T.N.U. 3.

Convention relative aux Nouvelles-Hébrides, 16 novembre 1887, T. F. 494.

Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, 7 septembre 1956, 266R.T.N.U. 3.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195.

Convention sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles, 18 décembre 1990, 2220 R.T.N.U. 3.

Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 20 octobre 2005, 2440 R.T.N.U. I-43977.

Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, 25 octobre 1980.

Déclaration des droits d'Angleterre (Bill of Rights), 1689.

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de la France, 1789.

Déclaration des droits des États-Unis (United States Bill of Rights), 1791.

Déclaration et Programme d'Action de Beijing adoptés lors de la Conférence des droits de l'homme tenue à Beijing du 4 au 15 septembre 1995, en ligne : [<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20F.pdf>] (accessible le 2 octobre 2013).

Déclaration et Programme d'Action de Vienne adoptés lors de la Conférence des droits de l'homme tenue à Vienne du 14 à 25 juin 1993, A/CONF.157/23, 12 juillet 1993, en ligne : [[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23.fr](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23.fr)] (accessible le 22 novembre 2013).

Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, 20 décembre 1993, A.G.N.U. 85^{ème} séance plénière, A/RES/48/104.

Déclaration sur les droits de l'enfant, 20 novembre de 1959, A.G.N.U. Rés. 1387 (XIV).

Déclaration Universelle des droits de l'Homme, 10 décembre 1948, A.G.N.U. 3e Sess. A/810.

Jalal Patricia Imrana, « Harmful Practices Against Women in Pacific Island Countries : Customary and Conventional Laws », United Nations Division for the Advancement of Women, Expert Group Meeting on Good practices in Legislation to Address Harmful Practices Against Women, EGM/GPLHP/2009/EP.15, Addis Abeba, United Nations Conference Centre, 25-28 mai 2009, en ligne :

[http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw_legislation_2009/Expert%20Paper%20EGMGPLHP%20_Imrana%20Jalal_.pdf] (accessible le 20 novembre 2013).

La Charte des Nations Unies et Statut de la Cour internationale de Justice, 26 juin 1945.

Magna Carta, 15 juin 1215.

Nations Unies, « Instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme, Compilation des directives générales concernant la présentation et le contenu des rapports à présenter par les États parties aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme », HRI/GEN/2/Rev.1/add.2, 13 mai 2003, en ligne : [[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/HRI.GEN.2.Rev.1.Add.2.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/HRI.GEN.2.Rev.1.Add.2.Fr?Opendocument)] (accessible le 25 novembre 2013).

Nations Unies, *15 Years of the United Nations Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences*, New York, 2009, en ligne : [<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/15YearReviewofVAWMandate.pdf>] (accessible le 28 novembre 2013).

Nations Unies, Comité de la CEDEF, Compte rendu analytique de Samoa, 32e session, CEDAW/C/SR. 680, 24 janvier 2005.

Nations Unies, Comité de la CEDEF, *Observations finales : Papouasie-Nouvelle-Guinée*, CEDAW/C/PNG/CO/3, 30 juillet 2010.

Nations Unies, Comité de la CEDEF, *Recommandation générale n°25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention portant sur les mesures temporaires spéciales*, Doc off, CEDEF A/59/38, 2004.

Nations Unies, Comité de la CEDEF, *Recommandation générale n°28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention*, Doc off, CEDEF/C/GC/28, 2010.

Nations Unies, Comité de la CEDEF, *Recommandation générale n° 19 : Violence à l'égard des femmes*, Onzième Session, 1992.

Nations Unies, Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°28 : Égalité des droits entre hommes et femmes (Art.3)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 mars 2000.

Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 21. Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a)*, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 43^e sess., Genève, 20 nov. 2009, E/C.12/GC/21.

Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 21. Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a)*, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 43^e sess., Genève, 20 nov. 2009, E/C.12/GC/21.

Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : Papouasie Nouvelle-Guinée*, CEDAW/C/PNG/CO/3, 30 juillet 2012.

Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : Mozambique*, CEDAW/C/MOZ/CO/2, 11 juin 2007.

Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Les experts du CEDEF avertissent des risques de l'application du droit coutumier pour les femmes namibiennes*, A.G.N.U., 759e et 760e séances, FEM/1592, 17 janvier 2007.

Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Compte rendu analytique de la 780e séance*, Doc off AG NU, 38e Sess., CEDAW/C/SR.780, 18 mai 2007, en ligne : [\[http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/348/11/PDF/N0734811.pdf?OpenElement\]](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/348/11/PDF/N0734811.pdf?OpenElement) (accessible le 29 novembre 2013).

Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : Vanuatu*, Doc off AG NU, 38e Sess., CEDAW/C/VUT/CO/3, 14 mai au 1^{er} juin 2007, à la page 4, en ligne : [\[http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/375/67/PDF/N0737567.pdf?OpenElement\]](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/375/67/PDF/N0737567.pdf?OpenElement) (accessible le 29 novembre 2013).

Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Rapport initial et deuxième et troisième rapports périodiques combinés des États parties, Vanuatu*, CEDAW/c/VUT/1-3, 30 November 2005, en ligne : [\[http://genre.francophonie.org/IMG/pdf/Vanuatu_CEDEF.pdf\]](http://genre.francophonie.org/IMG/pdf/Vanuatu_CEDEF.pdf) (accessible le 28 novembre 2013).

Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Liste de questions suscitées par le rapport initial et les deuxième et troisième rapports périodiques combinés, Vanuatu*, CEDAW/VUT/Q/3, 14 mai-1^{er} juin 2007, en ligne : [\[http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/555/42/PDF/N0655542.pdf?OpenElement\]](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/555/42/PDF/N0655542.pdf?OpenElement) (accessible le 22 novembre 2013).

Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Quatrième et cinquième rapports périodiques, Vanuatu*, CEDAW/C/VUT/4-5, en ligne [\[http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=29\]](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=29) (accessible le 1^{er} juillet 2015).

Nations Unies, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Les experts du CEDEF avertissent des risques de l'application du droit coutumier pour les femmes namibiennes*, A.G.N.U., 759e et 760e séances, FEM/1592, 17 janvier 2007, en ligne : [\[http://www.un.org/News/fr-press/docs/2007/FEM1592.doc.htm\]](http://www.un.org/News/fr-press/docs/2007/FEM1592.doc.htm) (accessible 15 septembre 2013).

Nations Unies, Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *Compte rendu analytique*, 26e Session, CEDAE/C/SR 531, 16 janvier 2002.

Nations Unies, Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales : Samoa*, 32e Session, CEDAW/C/WSM/CC/1-3, 28 janvier 2005.

Nations Unies, Comité pour la CEDEF, *Observations finales : Iles Salomon*, CEDAW/C/CLB/CO/1-3., 31 octobre 2014.

Nations Unies, Comité pour la CEDEF, *Observations finales : Tuvalu*, Rapport initial et deuxième rapport, CEDAW/C/TUV/CO/2, 29 juillet 2009.

Nations Unies, Comité pour la CEDEF, *Observations finales : Tuvalu*, troisième et quatrième rapport, CEDAW/C/TUV/CO/3-4, 20 février 2015.

Nations Unies, Conseil économique et social, « Le droit coutumier au Vanuatu suscite l'inquiétude des experts de la lutte contre la discrimination faite aux femmes », Doc non officiel, FEM/1627, (2007), en ligne : [<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2007/FEM1627.doc.htm>] (accessible le 6 septembre 2013).

Nations Unies, Conseil économique et social, Comité CEDEF, *Les experts du CEDAW regrettent la persistance des mesures, pratiques et coutumes discriminatoires à l'égard des femmes en Zambie*, 49e session, 980e et 981e séances, FEM/1869, 13 juillet 2011, en ligne : [<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2011/FEM1869.doc.htm>] (accessible le 15 septembre 2013).

Nations Unies, Conseil économique et social, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Les experts du CEDAW regrettent la persistance des mesures, pratiques et coutumes discriminatoires à l'égard des femmes en Zambie*, 49e session, 980e et 981e séances, FEM/1869, 13 juillet 2011.

Nations Unies, Conseil économique et social, la Commission de la condition de la femme, « L'élimination et la prévention de toutes les formes de violence à l'égard des femmes et des filles », Projet de conclusions concertées présenté par la Présidente de la Commission, Marjon Kamara, E/CN.6/2013/L.5, 57e Session, 19 mars 2013.

Nations Unies, *International Human Rights Instrument, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 mai 2005, en ligne : [<http://www.unhcr.org/refworld/publisher,HRI,,42d177274,0.html>] (accessible le 12 décembre 2012).

Nations Unies, la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique, *Regional Workshop to support Gender Mainstreaming and Women's Economic Empowerment in Asia and the Pacific*, Bangkok, 19 au 21 février 2014, en ligne : [<http://www.unescap.org/events/regional-workshop-support-gender-mainstreaming-and-women%E2%80%99s-economic-empowerment-asia-and-0>] (accessible le 30 mai 2015).

Nations Unies, *Objectifs du Millénaire pour le Développement*, septembre 2000, en ligne : [<http://www.un.org/fr/millenniumgoals/index.shtml>] (accessible le 2 janvier 2013).

Nations Unies, *Principes concernant le statut et le fonctionnement des institutions nationales pour la protection et la promotion des droits de l'Homme*, Paris, 1991.

Nations Unies, *Résolution 67/144 : Intensification de l'action menée pour éliminer toutes les formes de violence à l'égard des femmes*, le 20 décembre 2012.

Office du Haut Commissariat aux droits de l'homme, *Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, fiche d'information, Genève, Nations Unies, 2002.

Office of the High Commissioner of Human Rights, *Women's Rights are Human Rights*, Genève, United Nations, 2014.

Pacific Order in Council 1893 (UK), en ligne : Pacifique Islands Legal Information Institute, PacLII,

[http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/Western%20Pacific/18.%20Pacific%20Order%20in%20Council,%201893.PDF] (accessible le 13 novembre 2012).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3.

Parlement Européen, *Résolution : Les mutilations génitales féminines*, INI/2001/2035, 20 septembre 2001.

Pillay Navanethem, « Ratification of International Human Rights Treaties: Added Value for the Pacific region », Suva, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Regional Office for the Pacific, Pacific Islands Forum Secretariat, July 2009.

Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), Indicateurs de développement humain et tableaux thématiques, en ligne : [<http://hdr.undp.org/fr/data>] (accessible le 16 juin 2015).

Programme des Nations Unies pour le Développement, Indice d'inégalités de genre en Papouasie-Nouvelle-Guinée, 2014, en ligne : [<http://hdr.undp.org/fr/content/gender-inequality-index>] (accessible le 25 juillet 2015).

Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes, 11 juillet 2003, en ligne : [<http://wgd.au.int/en/sites/default/files/Protocol%20to%20the%20African%20Charter%20on%20Human%20and%20People's%20Rights%20on%20the%20Rights%20of%20Women%20in%20Africa%20-%20French.pdf>] (accessible le 7 octobre 2013).

Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 6 octobre 1999, 2131 R.T.N.U. 83.

Protocole franco-britannique relatif aux Nouvelles-Hébrides, 6 août 1914.

Protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'Homme, 1^{er} novembre 1988, STCE n°117.

Protocole portant statut de la Cour africaine de la justice et des droits de l'Homme, 1^{er} juillet 2008, en ligne : [http://www.iag-agi.org/bdf/docs/protocole_statut_cour_africaine_de_justice_et_des_droits_de_l_homme.pdf] (accessible le 7 octobre 2013).

Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, 10 juin 1998, en ligne : [http://www.african-court.org/fr/images/documents/fr_gen_docs/Protocole%20portant%20Creation%20de%20la%20Cour%20Africaine%20des%20Droits%20de%20l'Homme%20et%20des%20Peuples.pdf] (accessible le 7 octobre 2013).

Site officiel du Haut Commissariat aux droits de l'homme : [<http://www.ohchr.org/FR/Pages/WelcomePage.aspx>] (accessible le 29 mai 2015).

The New Hebrides Order in Council, n°17 1922 (UK).

United Nations ESCAP (Economic and Social Commission for Asia and Pacific), *Pacific Perspective on the Commercial Sexual Exploitation and Sexual Abuse of Children and Youth*, Bangkok, 2009.

United Nations, Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Responses to the List of Issues and Questions With Regard to the Consideration of the Combined Initial, Second and Third Periodic Reports, Vanuatu*, CEDAW/C/VUT/Q/3/Add.1, 14 May -1 June 2007, en ligne : [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/207/98/PDF/N0720798.pdf?OpenElement>] (accessible le 22 novembre 2013).

United Nations, ESCAP, *Biwako Millenium Framework for Action : Towards an Inclusive Barrier-free and Rights-based Society for Persons With Disabilities in Asia and the Pacific*, 28 octobre 2002.

United Nations, *Integrating the Gender Perspective into the Work of United Nations Human Rights Treaty Bodies*, Report by Secretary General of the Tenth meeting of persons chairing Human Rights Treaty Bodies, Geneva, 14-18 september 1998, en ligne : [<http://www.un.org/womenwatch/daw/news/integrating.htm>] (accessible le 29 mai 2015).

Western Pacific (Courts) Order, 1961, en ligne : Pacifique Islands Legal Information Institute, PacLII, [[http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/Western%20Pacific/19.%20Western%20Pacific%20\(Courts\)%20Order,%201961.PDF](http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/Western%20Pacific/19.%20Western%20Pacific%20(Courts)%20Order,%201961.PDF)] (accessible le 13 novembre 2013).

VI. LES RAPPORTS ET AVIS

Bernklau Sandra, Buadromo Virisila, Cronin Claire, Goodwillie Diane, Harborow Hannah, Lee Gina Houg, Jalal Patricia Imrana et Rodrigues Charmaine, *Changing Laws, A Legislative Lobbying Toolkit, For Understanding Law-Making, Parliamentary Procedures and Advocacy for Legislative Change*, Suva, Pacific Regional Rights Resource Team (RRRT) of the Secretariat of Pacific Community (SPC), Fiji Women's Rights Movement (FWRM), juillet 2010.

Commission Bouchard-Taylor, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, par Gérard Bouchard et Charles Taylor, Québec, Bibliothèque et archives nationales du Québec, 2008.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2013-2014*, CDPDJ, Montréal, 2014.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2012-2013*, CDPDJ, Montréal, 2013.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2011-2012*, CDPDJ, Montréal, 2012.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport d'activités et de gestion 2010-2011*, CDPDJ, Montréal, 2011.

Commission des droits de la personne, *Rapport annuel – 1996*, Montréal, 1996.

Conseil du statut de la femme, *Affirmer la laïcité, un pas de plus vers l'égalité réelle entre les hommes et les femmes*, Québec, 28 mars 2011.

Conseil du statut de la femme, *Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et libertés religieuses*, Québec, 24 août 2007.

Conseil du statut de la femme, *Entre le rose et le bleu : stéréotypes sexuels et construction sociale du féminin et du masculin*, Québec, 21 janvier 2010.

Conseil du Statut de la femme, *La polygamie au regard du droit de la femme*, Québec, le 17 Septembre 2010.

Conseil du Statut de la femme, *Les crimes d'honneur : de l'indignation à l'action*, Québec, 2013.

Conseil du Statut de la femme, *Les mutilations génitales des femmes : une pratique qui doit disparaître*, Québec, 2002.

Conseil du statut de la femme, *Rapport annuel de gestion 2012-2013*, Québec, Gouvernement du Québec, 2013.

Conseil du Statut de la femme, *Rapport annuel de gestion 2013-2014*, Québec, Gouvernement du Québec, 2014.

Government of the Republic of Vanuatu, *Council of Ministers Approve Reserved Seats for Women as a Temporary Special Measure for Municipality Council*, Communiqué, Port Vila, 5 juin 2013.

Government of the Republic of Vanuatu, *National Policy for Empowerment of Women 2013-2023*, Port Vila, Vanuatu.

Government of the Republic of Vanuatu, *Priorities and Action Agenda 2006-2015, An Educated, Healthy and Wealthy Vanuatu*, Port Vila, Department of Economic and Sector Planning, Ministry of Finance and Economic Management, June 2006.

Government of the Republic of Vanuatu, *Priority Action Agenda 2012-2016*, Port Vila, Vanuatu.

Le Tribunal des Droits de la Personne, *Bilan d'activités 2010-2011*, Montréal, mars 2012.

Le Tribunal des Droits de la Personne, *Bilan d'activités 2011-2012*, Montréal, mars 2013.

Le Tribunal des Droits de la Personne, *Bilan d'activités 2012-2013*, TDP, Montréal, mars 2014.

Le Tribunal des Droits de la Personne, *Bilan d'activités 2013-2014*, TDP, Montréal, mars 2015.

Ministère de la culture, des communications et de la condition féminine, *Pour que l'égalité de droit devienne égalité de fait, Politique gouvernementale pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, Québec, Secrétariat à la condition féminine, 2007.

Nagaraj Vijay, Balchin Cassandra, Griffiths Anne, Jalal Patricia Imrana, Nyamu-Musembi Celestine, Sahgal Gita, Begmann Benda Franz Von, Gover Kirsty, John Mathew et Sezgin Yuksel, *When Legal Words Overlap Human Rights, State and Non State Law*, Geneva, International Council on Human Rights Policy, 2009, à la page 2-3, en ligne : [http://www.ichrp.org/files/reports/50/135_report_en.pdf] (accessible le 6 septembre 2013).

Nagaraj Vijay, Balchin Cassandra, Griffiths Anne, Jalal Patricia Imrana, Nyamu-Musembi Celestine, Sahgal Gita, Begmann Benda Franz Von, Gover Kirsty, John Mathew et Sezgin Yuksel, *Research Project on Plural Legal Orders and Human Rights, An Approach Paper*, Geneva, International Council on Human Rights Policy, 2008, en ligne : [http://www.ichrp.org/files/papers/152/135_approach_paper_2008.pdf] (accessible le 6 septembre 2013).

Pacific Islands Forum, *Pacific Platform for Action on Advancement of Women and Gender Equality 2005-2015*, Second Pacific Ministerial Meeting on Women, Nadi, Fiji, 19-20 August 2004.

Pacific Judicial Development Programme, *Family Violence and Youth Justice Project Worksho Toolkit – Additional Documentation*, Port Vila, 2013.

Pacific Judicial Development Programme, *PJDP Phase 2 : Customary Dispute Resolution Research Project, Final Report to the Regional PJDP Meetings in Samoa in March 2012*, Apia, 2012.

Pacific Judicial Development Programme, *PJDP Phase 2 : Family Violence and Youth Justice Project Workshop Toolkit Resources*, Port Vila, June 2013.

Palmer Geoffrey, Young Warren, Durie Eddie et Aikman Helen, *Converging Currents: Custom and Human Rights in the Pacific*, Study Paper 17, Wellington, New Zealand Law Commission, 2006, en ligne : [\[http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/publications/2006/10/Publication_120_340_SP17.pdf\]](http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/publications/2006/10/Publication_120_340_SP17.pdf) (accessible le 27 octobre 2013).

Piau-Lynch Andonia, *Vanuatu : Country Gender Profile*, Port Vila, Japan International Cooperation Agency, January 2007.

Secrétariat à la condition féminine, *L'analyse différenciée selon les sexes dans les pratiques gouvernementales et dans celles des instances locales et régionales*, Québec, Secrétariat à la Condition féminine, 2007.

Secrétariat à la condition féminine, *L'expérimentation de l'analyse différenciée selon les sexes au gouvernement du Québec : ses enseignements et ses retombées*, Québec, 2005.

Secrétariat à la condition féminine, *Plan d'action 2007-2010 : Implantation de l'analyse différenciée selon les sexes (ADS) dans les pratiques gouvernementales et dans celles des instances locales et régionales*, Québec, 2007.

Secrétariat à la condition féminine, *Plan d'action en matière d'analyse différenciée selon les sexes 2011-2015*, Québec, 2011.

The Vanuatu Rural Development & Training Centers' Association (VRDTCA) in partnership and consultation with members of Women's Advocacy Coalition of the Vanuatu Association of Non Governmental Organisations (WAC/Vango), Port Vila Town Council of Women, Community Paralegal Association (CPA), Vanuatu Teachers' Union, Liave Association, Church of Christ Women's Fellowship, Anglican Mothers' Union, Port Vila Business Women's Association et Vanuatu Society for Disabled People, « Vanuatu NGO Shadow Report on the Implementation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) », 38th CEDAW Session, May 2007, en ligne : [\[http://www.iwraw-ap.org/resources/pdf/Vanuatu.pdf\]](http://www.iwraw-ap.org/resources/pdf/Vanuatu.pdf) (accessible le 15 novembre 2012).

US Department of State, *2010 Human Rights Report : Vanuatu*, April 2011, en ligne : [\[http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2010/eap/154407.htm\]](http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2010/eap/154407.htm) (accessible le 12 janvier 2015).

Vanuatu Law Commission et Vanuatu Law and Justice Partnership (Australian Aid), *Dangerous Drug Act Legislative Review N°02/13*, Port Vila, Septembre 2013.

Vanuatu Law Commission et Vanuatu Law and Justice Partnership (Australian Aid), *Public Health Act Legislative Review 2013*, Port Vila, Février 2013.

Vanuatu Law Commission et Vanuatu Law and Justice Partnership (Australian Aid), *Penal Code : Sexual Offences and Customary Reconciliation, Legislative Review N°05/14*, Port Vila, June 2014.

Vanuatu Law Commission, *2011 Annual Report*, Port Vila, 23 décembre 2011, en ligne : [\[http://www.lawcommission.gov.vu/images/pdf/Annual_Report_2011.pdf\]](http://www.lawcommission.gov.vu/images/pdf/Annual_Report_2011.pdf) (accessible en avril 2015).

Vanuatu National Women's Centre, Australian Government AusAID et New Zealand's International Aid & Development Agency, *Vanuatu Women's Centre*, Port Vila, IPV Printers, 2010.

Vanuatu Women Centre, National Statistics Office, *Vanuatu National Survey on Women's Lives and Family Relationship*, Port Vila, Vanuatu Women Centre, May 2011.

VII. D'AUTRES RESSOURCES EN LIGNE ET ARTICLES DE QUOTIDIENS

ABC Radio Australia, « Vanuatu Court Condemns Child Compensation », 9 décembre 2013, en ligne : [<http://www.radioaustralia.net.au/international/radio/program/pacific-beat/vanuatu-court-condemns-child-compensation/1231496>] (accessible le 9 décembre 2013).

Amnistie Internationale, « Rapport 2010, la situation des droits humains dans le monde - Papouasie-Nouvelle-Guinée », en ligne : [<https://www.amnesty.org/en/region/papua-new-guinea/report-2010>] (accessible le 20 février 2013).

Amnistie Internationale, « Rapport 2011, la situation des droits humains dans le monde - Papouasie-Nouvelle-Guinée », en ligne : [<http://www.amnesty.org/fr/region/papua-new-guinea/report-2011>] (accessible le 13 février 2013).

Asian Development Bank, *Gender Action Plan, Interisland Shipping Project*, en ligne : [<http://adbdev.org/sites/default/files/project-document/73214/42392-013-van-gap.pdf>] (accessible le 17 avril 2015).

Asian Development Bank, *Gender Action Plan, Port Vila Urban Development Project*, en ligne : [<http://www.adb.org/sites/default/files/linked-documents/42391-013-van-gap.pdf>] (accessible le 17 avril 2015).

AusAid (Australian Agency for International Development), « Violence Against Women in Melanesia and East Timor : Building on Global and Regional Promising Approaches », 2008, en ligne : [<http://www.icrw.org/files/publications/Violence-against-women-in-Melanesia-Timor-Leste-AusAID.pdf>] (accessible le 15 novembre 2012).

Baird Natalie, « To Ratify or Not Ratify ? An Assesment of the Case for Ratification of International Human Rights Treaties in the Pacific », (2007) University of the South Pacific, en ligne : [http://rspas.anu.edu.au/papers/melanesia/conference_papers/PIPSApaper5] (accessible le 5 août 2012).

Belair-Cirino Marco, « Le Conseil du statut de la femme se range dans le camp pro-charte », *Le Devoir*, Québec, 25 janvier 2014, en ligne : [<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/398224/le-conseil-du-statut-de-la-femme-se-range-dans-le-camp-pro-charte>] (accessible le 25 mai 2014).

Bilge Sirma, « Quelques mises au point s'imposent sur les crimes dits d'honneur », *Le Devoir*, 5 Août 2009.

Bosset Pierre, « Limites de l'accommodement raisonnable : le droit a-t-il tout dit ? », (2007) 9 *Étique Publique*, en ligne : [http://www.cdpedj.qc.ca/publications/accommodements_limites_droit.pdf] (accessible le 20 septembre 2014).

Butler Martha, « L'article 15 de la Charte canadienne des droit et libertés – L'évolution de la conception de la Cour suprême du Canada du droit à l'égalité garanti par la Charte », (2013) Division des affaires juridiques et services, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, à la page 3 et 17, en ligne [<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2013-83-f.pdf>] (accessible le 30 juin 2015).

Commission des droits de la personne, « L'égalité entre les sexes : un droit inscrit dans la Charte », en ligne : [<http://www.cdpdj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/droits-pour-tous/Pages/egalite.aspx>] (accessible le 18 mai 2015).

Corrin Jennifer, « Conflict between Customary Law and Human Rights in The South Pacific », travail présenté à la 12e Conférence sur le droit du Commonwealth à Kuala Lumpur en septembre 1999, en ligne : [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/online/Pacific_law/Corrin.htm] (accessible le 27 septembre 2013).

Courtioux Pierre et Thévenon Olivier, « Politiques familiales et objectifs européens : Il faut améliorer le Benchmarking », (2006), EDHEC Business School, Pôle de recherche en économie, évaluation des politiques publiques et réforme de l'état, Lille, en ligne : [http://faculty-research.edhec.com/servlet/com.univ.collaboratif.utils.LectureFichier?ID_FICHER=1328885972180] (accessible le 15 janvier 2015).

Dinnen Sinclair et Thompson Edwina, « Gender and Small Arms Violence in Papua New Guinea », dans *State, Society and Governance in Melanesia*, Discussion Paper 2004/8, Australia National University, 2008, en ligne : [https://digitalcollections.anu.edu.au/bitstream/1885/42642/2/04_08_dp_dinnenthompson.pdf] (accessible le 15 novembre 2012).

Garae Len, « Chiefs Demand Power to Punish Criminals », *Vanuatu Daily Post*, 3 septembre 2003.

Garae Len, « Police Want Unemployed Sent Home », *Vanuatu Daily Post*, 25 novembre 2004.

Jalal Patricia Imrana, « Pacific Culture and Human Rights : Why Pacific Island Countries Should Ratify International Human Rights Treaties », (2006) Pacific Regional Rights Ressource Team (RRRT/UNDP), en ligne : [<http://www.rrrt.org/assets/Pacific%20Culture%20and%20Human%20Rights.pdf>] (accessible le 2 avril 2012).

La Coalition contre la Répression et les Abus Policiers (C.R.A.P.), « La sous-performance de la Commission des droits de la personne et ses conséquences », en ligne : [<http://www.lacrap.org/la-sous-performance-de-la-commission-des-droits-de-la-personne-et-ses-consequences-1-de-3>] (accessible le 22 avril 2015).

Le Journal 20 Minutes.fr, « Une femme brûlée vive pour sorcellerie par des villageois », 7 février 2013, en ligne : [<http://www.20minutes.fr/monde/1096463-papouasie-nouvelle-guinee-femme-brulee-vive-sorcellerie-villageois>] (accessible le 10 février 2013).

Le Journal Dawn.com, « Sorcery Burning : PNG Police Save Two Women From Being Torched to Death », 13 février 2013, en ligne : [<http://dawn.com/2013/02/13/sorcery-burnings-png-police-save-two-women-from-being-torched-to-death/>] (accessible le 15 février 2013).

Le Sommet sur les Terres au Vanuatu, du 25-29 septembre 2006, Port Vila, en ligne : [http://www.oxfam.org.nz/imgs/pdf/onz_vanuatuland_14feb07.pdf] (accessible le 22 janvier 2014).

Lunnay Chris, Fingleton Jim, Mangawai Michael, Nalyal Edward et Simo Joel, « Vanuatu : Review of National Land Legislation, Policy and Land Administration », mars 2007, en ligne : [http://www.ausaid.gov.au/publications/pdf/vanuatu_land.pdf] (accessible le 22 janvier 2014).

Maclure Jocelyn, « Laïcité et fédéralisme : le débat sur la Charte de la laïcité dans le contexte fédéral canadien », (2014) Réseau québécois de réflexion sur le fédéralisme 1, en ligne : [http://ideefederale.ca/documents/Charte_fr.pdf] (accessible le 26 mai 2015).

Makin Bob, « Land Reform Law », *Vanuatu Daily Digest*, 18 décembre 2013, en ligne : [<http://vanuatudaily.wordpress.com/2013/12/18/vanuatu-daily-news-digest-18-december-13/>] (accessible le 22 janvier 2014).

Mary Hurley, « Les droits à l'égalité : Interprétation de l'article 15 de la Charte dans les décisions de la Cour suprême du Canada », (2007) Division du droit et du gouvernement, Service d'information et de recherche parlementaires, en ligne [<http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/bp402-f.htm>] (accessible le 20 juillet 2014).

Neubauer Ian Lloyd, « Despite Legal Moves, PNG's Terrifying Witchcraft Killing Look Set to Continue », *Time*, 5 juin 2013, en ligne : [<http://world.time.com/2013/06/05/despite-legal-moves-pngs-terrifying-witchcraft-killings-look-set-to-continue/>] (accessible le 10 juin 2013).

New Hebrides Order 1911 (UK), en ligne : Pacific Islands Legal Information Institute, PacLII, [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/New%20Hebrides/6.%20New%20Hebrides%20Order,%201911.PDF] (accessible le 15 mars 2012).

New Hebrides Order 1961 (UK), en ligne : Pacific Islands Legal Information Institute, PacLII, [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/New%20Hebrides/8.New%20Hebrides%20Order,%201961.PDF] (accessible le 15 mars 2012).

New Hebrides Order 1973 (UK), en ligne : Pacific Islands Legal Information Institute, PacLII, [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/New%20Hebrides/10.New%20Hebrides%20Order%201973.PDF] (accessible le 15 mars 2012).

New Hebrides Order 1975 (UK), en ligne : Pacific Islands Legal Information Institute, PacLII, [http://www.vanuatu.usp.ac.fj/library/Online/Texts/Pacific_archive/New%20Hebrides/11.New%20Hebrides%20Order%201975.PDF] (accessible le 15 mars 2012).

Patricia Imrana Jalal, « Ethnic and Cultural Issues in Determining Family Disputes in Pacific Island Courts », Christchurch, New Zealand, lundi 8 octobre 2001, 17^{ème} Conférence biennale de Lawasia et de droit de la Nouvelle-Zélande, en ligne : [<http://www.rrrt.org/assets/Ethnic%20and%20Cultural%20Issues%20in%20Determining%20Family%20Disputes%20....pdf>] (accessible le 10 septembre 2011).

Pelchat Christiane, « La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : effets quotidiens sur la vie des femmes au Québec », Conseil du Statut de la femme de Québec, 26 mars 2010, en ligne : [<http://www.csf.gouv.qc.ca/modules/fichierspublications/fichier-28-1163.pdf>] (accessible le 30 novembre 2013).

Radio New Zealand International « Mass Arrests in PNG of a Burning of Woman », 15 février 2013, en ligne : [<http://www.rnzi.com/pages/news.php?op=read&id=74051>] (accessible le 16 février 2013).

Radio New Zealand International, « UN Concerned by Killing of Woman in PNG Accused of Sorcery », 9 février 2013, en ligne : [<http://www.rnzi.com/pages/news.php?op=read&id=73901>] (accessible le 10 février 2013).

Radio New Zealand International, « Vanuatu Creates Reserved Seats for Women on Municipal Councils », 31 août 2013, en ligne : [<http://www.rnzi.com/pages/news.php?op=read&id=78709>] (accessible le 5 septembre 2013).

Radio New Zealand International, « Vanuatu's Women in Crisis Group Calls for Review of Family Protection Act », 27 juillet 2011, en ligne : [<http://www.rnzi.com/pages/news.php?op=read&id=62050>] (accessible le 29 juillet 2011).

Recommandations de la 12e Conférence triennale sur les femmes organisée par la Communauté du Pacifique Sud le 20 à 24 septembre 2013 à Rarotonga aux Îles Cook : *Progressing Gender Equality by strengthening Mechanisms for the Advancement of Women*, en ligne : [<http://www.forumsec.org/resources/uploads/embeds/file/Brief%20Mechanisms%20for%20the%20Advancement%20of%20women.pdf>] (accessible le 30 mai 2015).

Republic of Vanuatu, « Elimination and Prevention of Violence Against Women and Girls », 57th Commission on the Status of Women, New York, 4-15 March 2013, 1, en ligne : [<http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/generaldiscussion/memberstates/Vanuatu.pdf>] (accessible le 20 novembre 2013).

Secrétariat de la condition féminine, *Les femmes et les lois du Québec depuis 1970*, Québec, 2009, en ligne : [http://www.scf.gouv.qc.ca/fileadmin/publications/Les_femmes_et_les_lois_du_Quebec_depuis_1970.pdf] (accessible le 12 septembre 2014).

Siegel Matt, « Papua New Guinea Acts to Repeal Sorcery Law After Strife », New York Times, 29 Mai 2013, en ligne : [http://www.nytimes.com/2013/05/30/world/asia/papua-new-guinea-moves-to-repeal-sorcery-act.html?_r=0] (accessible le 30 mai 2013).

Simo Joel, « Report of the National Review of the Customary Land Tribunal Program in Vanuatu », Vanuatu Cultural Centre, en ligne : [http://www.vanuatuculture.org/site-bm2/publications/050627_customarylandtribunalreport.shtml] (accessible le 22 janvier 2014).

Site internet du Conseil du statut de la femme : [<http://www.scf.gouv.qc.ca/modules/AMS/article.php?storyid=12>] (accessible le 22 mai 2015).

Site internet du Secrétariat à la condition féminine [<http://www.scf.gouv.qc.ca/index.php?id=28#c353>] (accessible le 13 janvier 2015).

Site web du Pacific Judicial Development Programme : [<http://www.fedcourt.gov.au/pjdp/index>] (accessible le 8 octobre 2013).

South Pacific Community, *Gender Mainstreaming in the GEF Pacific IWRM Project*, Nadi (Fiji), 12-15 November 2013, en ligne : [<http://www.pacific-iwrm.org/rsc/fifth-meeting-documents/08-RSC-5-Gender-Mainstreaming-FINAL-cp.pdf>] (accessible le 30 mai 2015).

Stewart Wendy, Huntley Audrey et Blaney Fay, « Les conséquences de la justice réparatrice pour les femmes et les enfants autochtones qui ont survécu à des actes de violence : un aperçu comparatif de cinq collectivités de Colombie-Britannique », Projet de recherche sur l'action participative intitulé « les femmes autochtones, la violence et la loi », Colombie-Britannique, Aboriginal Women's Action Network, juillet 2001, à la page 46 et s., en ligne : [<http://dalspace.library.dal.ca/bitstream/handle/10222/10285/AWAN%20Research%20RJ%20and%20Aboriginal%20Women%20FR.pdf?sequence=4>] (accessible le 15 octobre 2013).

Tahiti Infos, « Deux inculpations après le meurtre de la femme accusée de sorcellerie », 19 février 2013, en ligne : [http://www.tahiti-infos.com/Deux-inculpations-apres-le-meurtre-d-une-femme-accusee-de-sorcellerie_a67902.html] (accessible le 20 février 2013).

Tahiti Infos, « Expulsion de criminels vers îles d'origine : Plusieurs États océaniques succombent à la tentation », 9 janvier 2013, en ligne : [http://www.tahiti-infos.com/Expulsion-de-criminels-vers-leurs-iles-d-origine-plusieurs-Etats-oceaniques-succombent-a-la-tentation_a64903.html] (accessible le 15 février 2013).

Vanuatu Daily Post, « A Hand Up for Disabled », 1^{er} juin 2012, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/hand-disabled>] (accessible le 25 octobre 2013).

Vanuatu Daily Post, « A Man Pleads Guilty to Witchcraft Charge », 28 février 2012, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/man-pleads-guilty-witchcraft-charge>] (accessible le 20 février 2013)).

Vanuatu Daily Post, « Family Offers Boy as Reconciliation », 23 août 2011, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/family-offers-boy-reconciliation>] (accessible le 20 février 2013).

Vanuatu Daily Post, « Law Review of the Water Legislation, Sex and Customary Reconciliation », 23 juillet 2013.

Vanuatu Daily Post, « Man Assaulted for Alleged Witchcraft Practice », 4 juin 2012, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/man-assaulted-alleged-witchcraft-practice>] (accessible le 20 février 2013).

Vanuatu Daily Post, « New Women's Centre Opened », 20 février 2013, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/new-women's-centre-opened>] (accessible le 25 août 2013).

Vanuatu Daily Post, « Secretary to Vanuatu Law Commission Appointed », 5 août 2011, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/secretary-vanuatu-law-commission-appointed>] (accessible le 14 novembre 2014).

Vanuatu Daily Post, « UN Human Rights Pacific Office Welcomes Proposal to Remove PNG's Sorcery Act », 13 mars 2012, en ligne : [<http://www.dailypost.vu/content/un-human-rights-pacific-office-welcomes-proposal-remove-png's-sorcery-act>] (accessible le 25 février 2013).