

Saisir l'occasion :

Les Afghanes et l'élaboration de la constitution

Rapport de la mission de Droits et Démocratie

mai-juin 2003

par Ariane Brunet et Isabelle Solon Helal

septembre 2003

Saisir l'occasion :
Les Afghanes et l'élaboration de la constitution

Rapport de la mission de Droits et Démocratie, mai-juin 2003

par
Ariane Brunet et Isabelle Solon Helal
septembre 2003



Droits et Démocratie Rights & Democracy

Centre international des droits de la personne et du développement démocratique
International Centre for Human Rights and Democratic Development

1001, boul. de Maisonneuve Est, Bureau 1100
Montréal (Québec) H2L 4P9 Canada
Tél. (514) 283-6073/ Téléc. (514) 283-3792
Courriel : ichrdd@ichrdd.ca
Site web : www.ichrdd.ca

Droits et Démocratie (Centre international des droits de la personne et du développement démocratique) est une organisation indépendante canadienne investie d'un mandat international. Elle fait la promotion et la défense des droits de la personne et du développement démocratique tels que définis dans la Charte internationale des droits de l'homme. En coopération avec la société civile et des gouvernements, au Canada et à l'étranger, Droits et Démocratie amorce et soutient des programmes qui visent à consolider les lois et les institutions démocratiques, principalement dans les pays en voie de développement.

© Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 2003.

Toute citation est permise à condition que l'origine en soit mentionnée et qu'un exemplaire de la publication où elle apparaît soit fourni à Droits et Démocratie.

Traduction: Denise Veilleux et Isabelle Chagnon

Production: Anyle Coté, Agente, Événements spéciaux et publications, Droits et Démocratie

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	5
ANALYSE SEXOSPÉCIFIQUE DU CONTEXTE SOCIOPOLITIQUE AFGHAN.....	6
1. La sécurité	8
LE PROCESSUS D'ÉLABORATION DE LA CONSTITUTION.....	12
1. La Commission de rédaction de la constitution	12
2. La Commission constitutionnelle.....	13
3. La <i>Loya Jirga</i> constitutionnelle (LJC)	17
LES PRIORITÉS DES FEMMES POUR LA NOUVELLE CONSTITUTION.....	24
1. Aperçu historique des droits juridiques et politiques des Afghanes	24
2. Les priorités des femmes.....	24
3. Un processus interne et externe : La création de coalitions	27
CONCLUSION.....	28
ANNEXE 1	
Tableau 1 : SURVOL HISTORIQUE DE LA SITUATION DES FEMMES EN AFGHANISTAN	32
ANNEXE 2	
Les droits des femmes dans la future constitution de l'Afghanistan	37
I. Les mécanismes d'exécution des droits dans les constitutions	39
II. Les droits fondamentaux dans la constitution	50
III. Les mesures de discrimination positive dans la constitution	59

“ Il a fallu 23 ans pour finir le Coran et, aujourd’hui, on nous accorde quelques mois pour élaborer une constitution. Nous savons que tout est décidé d’avance, mais il est essentiel que la société civile se fasse entendre. C’est comme un père qui ferait tous les préparatifs du mariage puis, à la fin, demanderait à sa fille si elle veut se marier! ”

Participant à la réunion sur les droits des femmes organisée par Development of Civil Society of Afghanistan (DCSA), à Kaboul ouest, le 3 juin 2003.

INTRODUCTION

Élaborer une constitution n’est rien de neuf pour l’Afghanistan. Depuis 1923, le pays en a connu pas moins de huit. Les femmes ont toutefois relativement peu participé aux *Loya Jirgas* constitutionnelles : celles de 1964 et de 1977, par exemple, comptaient respectivement quatre et douze femmes¹.

Pourtant, les constitutions de 1977, de 1980 et de 1990 renferment toutes des clauses sur l’égalité des sexes. Par contre, la constitution afghane de 1964 présentement en vigueur stipule seulement que la population de l’Afghanistan jouit “ de droits et de devoirs égaux devant la loi ” – voilà le document sur lequel compte s’appuyer le comité chargé de rédiger la prochaine constitution².

Dans un pays où les normes juridiques pèsent moins lourdement sur les droits des femmes que la tradition³, les Afghanes vont tenter en priorité de faire inscrire leurs droits dans la prochaine constitution. Elles ont aussi trouvé des stratégies afin de profiter de leur participation au processus pour obtenir des gains démocratiques pour les femmes.

Dans le présent rapport, nous analysons le processus d’élaboration de la constitution en Afghanistan dans une optique sexospécifique. Nous décrivons le contexte sociopolitique actuel avant d’examiner en détail les structures et les étapes du processus constitutionnel; nous formulons ensuite des recommandations pour la future *Loya Jirga* constitutionnelle en ce qui

¹ ICG Asia Report n° 48, *Afghanistan: Women and Reconstruction*, 14 mars 2003, p. 19.

² Ibid.

³ ICG Asia Report n° 48, *op. cit.*, note 1, p. 1.

concerne la représentation des femmes, les critères pour l'élection des membres de sexe féminin, la sécurité des femmes et les mesures nécessaires pour donner la parole aux femmes. Enfin, nous exposons certaines priorités que les Afghanes ont elles-mêmes exprimées récemment par rapport aux mesures législatives et à l'instauration de la démocratie.

ANALYSE SEXOSPÉCIFIQUE DU CONTEXTE SOCIOPOLITIQUE AFGHAN

“ Je pense que, pour beaucoup d'entre nous à l'ONU, mieux vaut aller de l'avant et obtenir un résultat imparfait que d'attendre la perfection qui ne viendra jamais⁴. ”

“ Nous devons essayer ”, a répondu la directrice d'une ONG afghane à la question à savoir si la société civile compte participer ou non à l'élaboration de la constitution.

Menaces, intimidation, harcèlement, manque de transparence et absence de liberté d'expression, de liberté de mouvement et de liberté d'association n'empêchent pas les femmes afghanes de se former les unes les autres. Elles s'informent au sujet de l'élaboration de la constitution, du processus électoral et de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) signée par l'Afghanistan en mars 2003. On a l'impression qu'elles agissent de façon machinale au cas où la société afghane y gagnerait “ quelque chose ”. Les femmes se sont engagées dans le processus avec l'énergie de celles qui n'ont rien à perdre. Elles vont s'exprimer, débattre et prendre des risques.

Durant les huit mois qui ont suivi la première mission de Droits et Démocratie en Afghanistan, peu de choses ont changé. Pourtant, la fébrilité et la tension sont palpables à mesure qu'approche la *Loya Jirga* constitutionnelle (LJC). Selon certains membres de la société civile afghane, ceci vient en partie de la volonté de profiter au maximum de ce bref moment favorable.

⁴ Nigel Fisher, Représentant spécial adjoint du Secrétaire général en Afghanistan, MANUA/UNAMA, point de presse, Kaboul, 10 juillet 2003.

Malgré cet espoir, la perspective de choisir le système et les institutions politiques du pays ne suscite pas assez d'enthousiasme. La raison? Ceux qui contrôlent l'économie et l'ordre du jour politique en Afghanistan sont en train de monter une campagne pour déstabiliser encore plus le pays. Selon les observations, les chefs de guerre et les forces conservatrices qui occupent une position avantageuse dans le gouvernement du président Hamid Karzai vont s'efforcer d'infléchir en leur faveur les résultats de la *Loya Jirga*. Ils ont intérêt à maintenir une économie de guerre puisqu'ils vont en profiter davantage.

Journalistes, spécialistes du processus électoral et agents de sécurité privés : toute une nouvelle catégorie d'experts arpente les rues de Kaboul; ils s'aventurent dans les provinces pour observer la situation pendant que s'écoulent les heures d'ici les élections prévues en juin 2004 dans l'Accord de Bonn. Tous prévoient d'autres attaques terroristes, d'autres engagements militaires à la frontière afghano-pakistanaise, d'autres escarmouches dans le sud du pays et d'autres actes de banditisme. Lors d'un point de presse tenu le 10 juillet 2003, Nigel Fisher, Représentant spécial adjoint du Secrétaire général en Afghanistan, a clairement signalé que la sécurité fait partie des grands sujets de préoccupation; il a aussi reconnu les luttes que se livrent les commandants et l'intimidation quotidienne que subissent les simples citoyens afghans aux mains de leurs propres forces de sécurité. La tension et l'instabilité devraient s'intensifier quand les membres de la société civile et d'autres tenteront de former des partis politiques. La tension pourrait même monter d'un cran lorsque l'autorité intérimaire de l'Afghanistan (AIA) essaiera de réformer le secteur de la sécurité.

Obsession de l'échéancier de l'Accord de Bonn, absence de transparence, manque de sécurité, occupation de l'Iraq, emprise des factions sur le processus démocratique, appui incertain des gouvernements provinciaux à ce processus et confusion semée par la campagne d'information publique, autant de facteurs pour lesquels l'intégration des droits humains des femmes dans la constitution s'avère un exercice périlleux qui se déroulera à l'abri des regards. Les Afghanes ont toutefois vu leurs conditions de vie s'améliorer juste assez pour que certaines soient prêtes à contester le *statu quo*.

Plusieurs faits soulignent la nécessité pour les organisations de la société civile afghane de protéger les droits humains des femmes : les gains fragiles obtenus avec la ratification de la

CEDEF; le concept encore très neuf d'un ministère de la Condition féminine; la faible coordination des pays donateurs sur la question des droits des femmes; les variations, voire les contradictions, des politiques d'égalité entre les sexes proposées dans les divers documents des Nations Unies et de l'AIA; et l'absence de considération de l'égalité des sexes dans la nomination du personnel à la Mission d'assistance des Nations Unies en Afghanistan (MANUA/UNAMA). Cette situation montre aussi la nécessité de bâtir un mouvement des femmes informé et capable d'agir comme interlocuteur précieux dans un pays où devrait primer le droit. Ceci ne pourra se faire en quelques années, encore moins en quelques mois.

1. La sécurité

Kofi Annan, Hamid Karzai, Lakdar Brahimi, Nigel Fisher, les organisations de la société civile afghane et les ONG internationales partagent tous le même avis : il faut déployer dans les provinces la Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS) mandatée par les Nations Unies. Selon le général allemand Norbert van Heyst, les troupes de la FIAS devraient y être envoyées pour assurer la sécurité avant les élections prévues l'an prochain. À son avis, il faudrait 10 000 soldats de plus⁵. Quand l'OTAN a remplacé les Allemands et les Néerlandais à la tête de la FIAS, ses officiers ont reconnu que l'OTAN pourrait jouer un plus grand rôle en Afghanistan. Pour ce faire, il faudrait un mandat du Conseil de sécurité des Nations Unies.

Les journaux décrivent l'Afghanistan comme un pays sur le point de sombrer dans le chaos⁶. Pourtant, on y assure la sécurité à peu de frais avec les équipes de reconstruction des provinces (ÉRP). Dirigées par des militaires, ces équipes comprennent des soldats d'affaires civiles spécialisés en génie, en médecine, en psychologie et en droit, outre les unités des forces spéciales et les forces armées régulières.

⁵ Voir la liste de distribution de l'université McGill, *AFGHANDEV Digest Special Issue (2003-276)*, <http://www.arts.mcgill.ca/programs/icas/afghandev/>, 7-8 août 2003.

⁶ Voir l'article du *Los Angeles Times*, 4 août 2003.

Au départ, les ÉRP devaient étendre l'influence du gouvernement Karzai à l'extérieur de Kaboul et aider à y assurer la sécurité pour permettre les activités des ONG. Elles avaient aussi pour mandat de stabiliser le pays et de coordonner la reconstruction en déterminant les projets à mener, en évaluant la situation dans les villages et en assurant la liaison avec les commandants régionaux⁷.

La controverse à propos des ÉRP va probablement se poursuivre encore longtemps. Les organisations humanitaires se plaignent que ces équipes ont créé de la confusion en ne faisant aucune distinction entre actions militaires et actions humanitaires. Elles les considèrent comme une menace à leur travail, car, peu à peu, la population afghane va prendre le personnel humanitaire pour des soldats américains (ou d'autres pays de la Coalition, puisque des soldats néo-zélandais, italiens, français, britanniques – et, sous peu, allemands – composent les ÉRP). Les ONG craignent aussi que les ÉRP ne distribuent l'aide “ en fonction de partis pris politiques qui favorisent les régions où les autorités locales appuient la Coalition ”⁸. Elles préconisent donc d'établir une distinction nette entre les ÉRP et le personnel humanitaire. De plus, elles exhortent le personnel militaire à porter l'uniforme en tout temps et à se concentrer sur les activités proprement militaires pour laisser aux ONG humanitaires tout ce qui touche la santé, l'agriculture, l'eau, les services sanitaires, l'éducation et les services sociaux.

Vu la guerre asymétrique et les nouvelles missions de consolidation de la paix, le droit humanitaire international semble devenir désuet. Actuellement, la distinction entre combattants et civils s'estompe; les populations, en particulier les femmes, font désormais partie des stratégies de guerre. Les civils sont des cibles mais aussi des ressources, des armes et une monnaie d'échange. Les principes humanitaires – impartialité, neutralité et indépendance – ont été affaiblis, compromis et redéfinis. Pour les femmes, dont les droits sont à peine reconnus dans les

⁷ Voir le rapport du Center for Humanitarian Cooperation, *The Provincial Reconstruction Team in Afghanistan and its Role in Reconstruction*, 31 mai 2003, sur le site de ReliefWeb, <http://www.reliefweb.int/>

⁸ Voir le communiqué de presse d'Action Contre la Faim, ACTED, AFRANE, AMI, Architecture et Développement, Enfants du Monde/Droits de l'Homme, Handicap International, Madera, MDM, MRCA, Solidarités et Groupe URD, “ French ONG say “Stop the Confusion” Between Military and Humanitarian Personnel ”, 3 février 2003.

lois humanitaires et les droits de la personne à l'échelle internationale, ce nouveau contexte marque un recul important. Les femmes afghanes sont inquiètes; elles craignent toujours autant d'être victimes d'attaques armées, d'agressions sexuelles et de harcèlement sexuel. Elles vivent constamment sous cette menace, comme l'attestent les *tchadors* dont elles se couvrent.

A-t-on inclus des femmes dans les ÉRP? Oui, comme d'habitude, l'unique femme alibi, par exemple à Bamyan. Serait-ce là le chiffre magique pour prétendre à l'intégration des sexes? Les femmes afghanes qui connaissent les ÉRP considèrent qu'il s'agit d'un moyen d'assurer la sécurité à rabais⁹. La présence des ÉRP ne leur permet toutefois pas d'aller chercher du bois sans craindre la violence, de prendre le transport en commun sans craindre d'être harcelées ni de se rendre à pied à l'école sans craindre d'être kidnappées ou violées¹⁰. Tant que la sécurité sera aussi discrète, que les fonctions d'aide et de renseignements seront menées simultanément, et que la sécurité signifiera perturber les citoyens, la violence conjugale ne diminuera probablement pas. La nouvelle approche en matière de sécurité devra faire l'objet d'une analyse sexospécifique pour déterminer son impact sur la population civile.

Les femmes ont néanmoins exigé à maintes reprises l'élargissement du mandat de la FIAS. Il n'y a qu'un moyen pour elles de connaître une vie relativement normale : la présence évidente de soldats et de forces de sécurité dans les quartiers. Ce sont les hommes rôdant en petits groupes et surgissant sans crier gare que les femmes craignent le plus.

⁹ “ La sécurité ne peut être assurée à rabais. Les ÉRP ne peuvent remplacer de véritables ressources humaines et financières pour le processus électoral. ” Sultan Aziz, conseiller principal pour la démobilisation auprès de la Mission d'assistance des Nations Unies en Afghanistan (MANUA/UNAMA), durant la réunion d'Oxfam International sur la politique de l'Afghanistan à la séance “ Myth or Reality: Addressing Obstacles to Security and Reconstruction ”, Kaboul, 12 juin 2003. (D'après les notes d'Ariane Brunet prises durant l'exposé oral de M. Aziz.)

¹⁰ Rapport de Human Rights Watch, vol. 15, n° 05, juillet 2003, “Killing you is a Very Easy Thing for Us”: Human Rights Abuses in Southeast Afghanistan, p. 10-13 et 70-87.

Quel rôle peuvent jouer les ÉRP à cet égard? Même avec un mandat amélioré¹¹, vont-elles pouvoir faire régner la sécurité, la loi et l'ordre nécessaires pour donner une chance au processus électoral? Comment tiendra-t-on compte des femmes dans le plan de sécurité? Quelles règles est-on en train d'élaborer pour répondre à leurs besoins en la matière?

Une réforme importante du ministère de la Défense de l'Afghanistan s'impose si l'on veut réaliser le programme de désarmement, de démobilisation et de réintégration (DDR). Nigel Fisher a annoncé le report du programme en attendant la réforme. Les femmes, pour leur part, espèrent des changements qui vont transformer en profondeur leurs conditions de vie.

Dans l'insécurité, l'impunité et le règne des chefs de guerre, l'Afghanistan s'apprête à élaborer sa nouvelle constitution. Malgré tout, les femmes ont décidé de tenter d'y faire inclure des mécanismes qui garantiront leurs droits humains et ceux des membres de leur famille. La mise en application suscite toutefois beaucoup d'inquiétude. Comment faire respecter la constitution dans un pays où prime encore la voix des armes? Voilà la priorité pour les femmes, mais elle posera le plus grand défi. Les Afghanes ont néanmoins reconnu qu'elles ont beaucoup à gagner en s'engageant dans l'élaboration de la constitution, y compris briser le *statu quo*, faire connaître davantage leurs droits juridiques et construire des institutions démocratiques ainsi que des coalitions. **Les groupes de femmes ont donc saisi l'occasion, sauté dans le train en marche – car il n'y aura pas de seconde chance.**

En quoi consiste le processus qui doit mener à l'élaboration de la constitution? A-t-il l'élan démocratique suffisant pour assurer sa légitimité? Comment tient-on compte des voix et des préoccupations des femmes? Quelles sont les priorités des Afghanes pour la prochaine constitution?

¹¹ En ce moment, quatre des huit ÉRP prévues au départ sont constituées (à Gardez, à Bamyan, à Kunduz et à Mazar-I-Sharif); elles comptent de 40 à 60 personnes. Selon les nouveaux plans de sécurité et d'aide de l'administration Bush, il pourrait y avoir de 12 à 20 équipes de 200 soldats chacune.

LE PROCESSUS D'ELABORATION DE LA CONSTITUTION

L'Accord de Bonn prescrit de convoquer, dans les 18 mois suivant l'établissement de l'autorité intérimaire de l'Afghanistan, une *Loya Jirga* constitutionnelle (LJC) pour rédiger la nouvelle constitution¹². D'après certains commentateurs, ce délai est plus flexible que ne le suggère l'interprétation restrictive de l'administration intérimaire. L'International Crisis Group (ICG) soutient ainsi que l'Accord exige seulement d'amorcer le processus et non de terminer la nouvelle constitution pour l'échéance en question – une telle interprétation laisserait donc plus de temps pour le processus.

L'Accord de Bonn déclare aussi que l'autorité intérimaire de l'Afghanistan doit établir une commission constitutionnelle avec l'aide des Nations Unies. À l'annexe III, on demande aux Nations Unies d'organiser, dès que possible, (i) un recensement des électeurs en prévision des élections générales qui suivront l'adoption de la nouvelle constitution, au plus tard deux ans après la convocation de la *Loya Jirga* d'urgence (qui a eu lieu le 9 juin 2003), et (ii) un recensement de la population de l'Afghanistan.

Dans son document de 12 pages sur l'élaboration de la constitution, publié en mars 2003, le secrétariat de la Commission constitutionnelle confie le processus à trois organes : la Commission de rédaction de la constitution, la Commission constitutionnelle et la *Loya Jirga* constitutionnelle. On y lit :

Un secrétariat appuiera, dans l'exercice de ses fonctions, chacun des trois organes chargés d'élaborer la nouvelle constitution. La communauté internationale, sous la direction des Nations Unies, maintiendra une étroite coordination avec le secrétariat et chacun des trois organes pour que chaque étape du processus reçoive le soutien matériel et technique nécessaire à sa réussite.

1. La Commission de rédaction de la constitution

Le 5 octobre 2002, le président de l'Afghanistan a établi la Commission de rédaction chargée de préparer un projet de constitution. Le projet fut d'abord remis, à titre de recommandation, à la

¹² Accord de Bonn sur des dispositions provisoires en Afghanistan avant le rétablissement d'institutions gouvernementales permanentes, article 1 (6), http://coranet.radicalparty.org/pressreview/print_250.php?func=detail&par=1637.

Commission sur les dispositions constitutionnelles, puis à la Commission constitutionnelle le jour où cette dernière fut inaugurée en avril 2003. La Commission constitutionnelle a aussi reçu un rapport renfermant des recommandations sur la forme de la future constitution. Jusqu'ici, ces documents n'ont pas été rendus publics.

2. La Commission constitutionnelle

Les principales responsabilités de la Commission constitutionnelle sont de “ procéder à une vaste consultation ” de la population de l’Afghanistan et de préparer un projet de constitution d’ici le 30 août 2003, lequel sera soumis à une *Loya Jirga* constitutionnelle en décembre 2003. Ses autres fonctions comprennent notamment : faciliter et promouvoir l’information du public sur l’élaboration de la constitution pendant toute la durée de son mandat; mener des consultations publiques dans chaque province de l’Afghanistan et parmi les populations afghanes réfugiées en Iran, au Pakistan et, autant que possible, dans d’autres pays afin de connaître les aspirations nationales de la population afghane; rédiger un rapport d’analyse sur les opinions de la population afghane exprimées durant les consultations publiques et le mettre à la disposition du public; et sensibiliser le public au projet de constitution en retournant visiter toutes les provinces de l’Afghanistan ainsi que les populations réfugiées en Iran et au Pakistan.

Voici en quoi consiste le mandat de la Commission constitutionnelle :

La Commission veillera à assurer une large participation des femmes au processus d’élaboration de la constitution. La Commission de rédaction de la constitution comprend neuf membres dont deux femmes. La représentation des femmes sera augmentée à la Commission constitutionnelle qui doit bientôt voir le jour. Les femmes commissaires mèneront, autant que possible, les consultations auprès des femmes en tenant compte des particularités culturelles dans certaines régions. La Commission sensibilisera aussi le public par l’intermédiaire de son personnel régional et provincial qui informera les femmes et les autres groupes de la nécessité pour les femmes de participer au processus. Le personnel déterminera aussi les lieux, les moments et les formes convenables pour rencontrer la Commission et/ou communiquer avec elle.

La Commission collaborera étroitement avec le ministère de la Condition féminine qui, avec UNIFEM, reçoit des commentaires, organise des colloques et d’autres programmes d’éducation populaire sur les droits constitutionnels des femmes. De plus, la Commission assurera la liaison avec les organisations de femmes de la société civile, qui mettront à sa disposition leur vaste réseau de groupes de la base. Une représentation équilibrée des sexes est aussi une priorité pour la sélection des équipes de consultation régionales.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la Commission constitutionnelle n'a pas publié le projet de constitution durant la période des consultations; on ne s'attendait d'ailleurs pas à ce qu'elle le fasse avant septembre 2003. Ce problème grave révèle l'absence de transparence et de reddition des comptes qui a caractérisé le processus¹³. La Commission afghane indépendante des droits de la personne a notamment remis en question le secret entourant les consultations. **Elle a demandé à la Commission constitutionnelle de faire connaître le projet de constitution à la population de l'Afghanistan aux fins de consultation¹⁴. La transparence exige non seulement de rendre les documents publics mais aussi d'accorder assez de temps aux consultations publiques pour que la constitution reflète les valeurs et les aspirations de la population, y compris celles des femmes.** Il est important de prendre le temps nécessaire pour que la version définitive de la constitution soit légitime et crédible de manière à être acceptée de tous les Afghans et les Afghanes. En Afrique du Sud, par exemple, le processus de consultation qui a mené à l'élaboration de la constitution a exigé deux ans. L'Afghanistan, pays ravagé par 23 ans de guerre et aux prises avec un climat d'insécurité¹⁵, a accordé à peine deux mois à ses consultations.

Durant cette période, quand et là où la sécurité le permettait, les membres de la Commission constitutionnelle ont visité les provinces pour organiser des assemblées publiques sur la constitution, compiler des sondages et entendre les commentaires. Le processus s'est toutefois buté à des problèmes continuels. La population afghane s'est plainte qu'il avait été "trop précipité et confus, et n'avait pas permis une représentation équitable des femmes ou des diverses régions"¹⁶. À titre d'exemple, dans une assemblée où des banderoles clamaient les droits des femmes, pas une seule femme ne faisait partie des 33 personnes représentant la province. Dans la province de Logar, les autorités avaient prévu envoyer trois hommes et une femme de chaque

¹³ ICG Asia Report n° 56, *Afghanistan's Flawed Constitutional Process*, 12 juin 2003, p. i : " Le document qui doit exprimer les valeurs et les aspirations d'un peuple pourrait ne pas jouir d'une légitimité largement reconnue parce qu'il a été rédigé dans le secret, sans imputabilité. "

¹⁴ Agence France Presse, " Afghanistan Launches Public Consultation on Constitution Amid Criticism ", 3 juin 2003, http://quickstart.clari.net/qs_se/webnews/wed/bf/Qafghanistan-politics.Ri5F_Du2.html

¹⁵ Déclaration conjointe de la Commission afghane indépendante des droits de la personne (AIHRC) et de la Mission d'assistance des Nations Unies en Afghanistan (MANUA/UNAMA) sur les consultations constitutionnelles à venir, 1^{er} juin 2003.

¹⁶ Danish Karokhel, IWPR Stories, 23 juillet 2003.

district aux consultations. Devant les menaces et les craintes au sujet de la sécurité, aucune femme n'y a assisté. Une consultation provinciale qui exclut la moitié de la population ne saurait être considérée comme démocratique ou légitime. Les entraves à la liberté de mouvement et d'expression ainsi que le manque de temps réduisent beaucoup la capacité de la société civile afghane, dont les femmes, de faire du lobbying, de la sensibilisation et de l'intervention, ainsi que de bâtir des coalitions. Il aurait fallu adopter des méthodes de consultation et des mesures de sécurité tenant compte du sexe avant même d'amorcer le processus. Pour élaborer sa constitution, l'Ouganda a ainsi formé des femmes leaders dans ses 167 districts pour solliciter les opinions des femmes. Résultat : un tiers des mémoires soumis venaient des femmes¹⁷. En ce qui concerne la sécurité, les critiques avaient signalé longtemps d'avance que ce serait la clé du succès du processus d'élaboration de la constitution¹⁸. Pourtant, on n'a mis en place aucun dispositif spécial pour assurer la sécurité des femmes¹⁹.

Parlant de la réforme constitutionnelle en Inde et en Afrique du Sud, Maja Duruwala décrit avec éloquence l'importance d'organiser une consultation inclusive, large et démocratique qui tient compte des sexes :

C'est seulement par un processus fondé sur l'information et la participation de la communauté qu'émergeront des solutions. Ensuite, même s'il n'y a pas de volonté politique pour mettre ces solutions en oeuvre, la population aura profité de l'exercice puisqu'elle connaîtra mieux le document qui régit sa conduite et assure sa souveraineté dans le pays mais dont elle a trop peu bénéficié pendant trop longtemps²⁰.

Le Forum de la société civile afghane, par exemple, a compris l'importance de vastes consultations. Il a profité de l'élan insufflé par le processus pour mener, dans tout le pays, des campagnes d'information et de sensibilisation. Vu cet engagement de groupes de la société civile capables de contribuer à l'élaboration de la constitution, on comprend mal pourquoi

¹⁷ Austin Granville, *They should therefore seek to effectively include the view of all people*, <http://www.humanrightsinitiative.org/publications/const/austin.pdf>

¹⁸ Voir, par exemple, la citation de Barnett Rubin sur le site ReliefWeb, *Afghanistan: Special Report on the New Constitution*, 2 juin 2003.

¹⁹ Joan Ruddock, députée, Période des questions au Parlement britannique, 29 avril 2003, <http://www.joanruddock.org.uk/speeches/newsitem.jsp?newsid=225>

²⁰ Maja Daruwala, *Civil Society Involvement in Constitutional Review*, http://www.humanrightsinitiative.org/publications/const/civil_society_involvement_in_constitutionnelle_re_view.pdf

l'administration intérimaire et les Nations Unies n'ont pas créé les conditions nécessaires pour assurer une plus large consultation.

En mars 2003, les Nations Unies ont justifié l'absence d'un processus plus ouvert par trois sujets d'inquiétude : la sécurité du public et des membres de la Commission constitutionnelle; le risque de détournement du processus par les groupes extrémistes; et le danger de confusion pour la population²¹. Comme l'a expliqué l'ICG :

Aucun de ces [sujets d'inquiétude] ne justifie, toutefois, le piètre processus adopté pour informer et consulter le public. Des solutions locales précises peuvent améliorer la sécurité, au moins en partie, durant les consultations. Quant au risque de capture par les factions mentionnées, le processus actuel l'accroît au lieu de le diminuer. Il est aussi possible de dissiper toute confusion parmi la population, car elle découle avant tout du fait que l'administration intérimaire et les Nations Unies n'ont pas adopté un processus transparent pour la rédaction de la constitution ni élaboré un programme efficace d'information. Enfin, les arguments des Nations Unies ne reconnaissent pas l'importance d'une légitimité publique même à un moment où l'action armée est plus probable que la mobilisation populaire.

De plus, les acteurs mentionnés n'ont pas vu le pouvoir inhérent d'un processus démocratique dans un pays comme l'Afghanistan qui émerge d'un long conflit où les chefs de guerre fondamentalistes conservent une emprise sur le gouvernement central. Le processus menant à l'élaboration d'une constitution peut servir à jeter les bases de la paix et de la stabilité, et il l'a permis. En effet, “ les processus de consultation et de participation ont même apporté la stabilité dans des pays qui s'efforçaient de renaître de leurs cendres après une guerre et des conflits militaires, comme en Érythrée, après une guerre civile, comme en Ouganda, et après des régimes éminemment injustes, comme en Afrique du Sud. De la même manière, les activités d'information et de sensibilisation menées durant le processus aident à assurer par la suite un examen continu du fonctionnement ainsi qu'à instaurer plus de transparence et d'imputabilité ”²².

Le processus de consultation est maintenant bel et bien terminé; le bref moment favorable pour produire un document vraiment représentatif tire à sa fin. La *Loya Jirga* constitutionnelle, qui doit discuter du projet de constitution avant de voter, peut encore créer un espace propice à l'instauration de la démocratie en favorisant une plus grande participation politique de la société

²¹ ICG Asia Report n° 56, *op. cit.*, note 13, p. 21.

²² Maja Daruwala, *op. cit.*, note 20.

civile. L'autorité intérimaire et les Nations Unies vont-elles saisir l'occasion? Comment la société civile a-t-elle profité de l'occasion?

3. La *Loya Jirga* constitutionnelle (LJC)

La *Loya Jirga* constitutionnelle (LJC) est l'instance représentative mise sur pied en Afghanistan afin de s'entendre sur une constitution. Son rôle consiste à en revoir et à en adopter le texte. Elle devait être convoquée en octobre 2003 et terminer son mandat le 25 octobre 2003. Le 7 septembre 2003, Hamid Karzai a toutefois annoncé par décret, sur recommandation de la Commission constitutionnelle, que la LJC était reportée à décembre 2003. À ce moment là, le projet de constitution sera soumis aux membres de la LJC qui doivent déterminer la version définitive. Au terme du processus, la nouvelle constitution devrait être publiée et diffusée largement.

3.1 La représentation des femmes à la LJC

En juillet 2003, le président Hamid Karzai a émis un décret sur la constitution qui établit la marche à suivre pour former la *Loya Jirga*. Le décret précise la procédure pour désigner les 500 représentants dont 450 seront élus et 50 seront nommés. Il prévoit ce qui suit : 64 femmes seront élues par les représentantes de 32 provinces; 42 membres seront élus par les représentants des populations afghanes réfugiées en Iran et au Pakistan, les personnes déplacées dans le pays, les nomades, les hindous et les sikhs, dont 15 % doivent être des femmes; enfin, 50 délégués seront nommés par le président dont la moitié seront des femmes. Par conséquent, le décret réserve aux représentantes 20 % du nombre total de sièges à la LJC.

Des porte-parole de la société civile afghane ont réagi en déclarant qu'accorder aux femmes seulement 20 % des sièges désignés est insuffisant : “ Les femmes comptent pour plus de la moitié de la population en Afghanistan. Vu les souffrances qu'elles ont endurées, leur participation active au processus de la *Loya Jirga* constitutionnelle rendra celle-ci plus légitime et démocratique. [...] Des mesures doivent être prises pour favoriser une plus grande participation

des femmes²³.” En fait, la Déclaration et le Programme d’action de Beijing ainsi que la résolution 1325 du Conseil de sécurité (2000) exhortent les États à accroître la représentation des femmes à tous les paliers décisionnels, en tout temps, y compris durant les processus de paix et de résolution des conflits.

En Afghanistan, on considère les droits des femmes comme un élément de l’ordre du jour occidental; outils de propagande entre les mains de toutes les parties, ils sont porteurs de valeurs culturelles et religieuses. Tous les obstacles possibles ont été mis en place pour empêcher la réalisation des droits des femmes et la participation des femmes à la prise de décisions : maintien des chefs de guerre; manque de sécurité; absence de coordination efficace des politiques d’égalité entre les sexes. Dans un tel contexte, la résolution 1325 du Conseil de sécurité n’est rien d’autre qu’un vœu pieux. Les militantes savent bien que “ le manque de pouvoir institutionnel des femmes mine leur contribution à l’ensemble de la société ”²⁴.

Dans son rapport intitulé *Women, War and Peace*, UNIFEM prône la représentation d’au moins 30 % de femmes aux négociations de paix. L’organisme préconise aussi de tenir compte des besoins des femmes et de mentionner expressément ceux-ci dans tout accord conclu. Comme nous l’avons signalé auparavant, la représentation des femmes prévue à la LJC en Afghanistan se situe bien en deçà du niveau recommandé et elle devrait donc être rehaussée. Forts de l’expérience de la *Loya Jirga* d’urgence (dans certaines provinces, des restrictions et des ingérences ont empêché les femmes de participer au processus électoral), des représentants de la société civile afghane recommandent ce qui suit : **a) Qu’à l’instar de la *Loya Jirga* d’urgence, l’affectation des sièges réservés aux femmes se fasse sur une base régionale. b) Dans les provinces comptant des grandes villes, le nombre de sièges affectés aux femmes devrait être majoré (plus que deux). c) Au moins une femme devrait venir de chaque province. Si elle ne peut être élue, le Comité exécutif de la LJC devrait la choisir sous la supervision du comité indépendant proposé (voir ci-dessous).**

²³ *Weekly Afghanistan Report*, “ Recommendations By Afghan Civil Society Representatives On The CLJ ”, 7 août 2003, <http://www.azadiradio.org/en/weeklyreport/2003/08/07.asp#60179>

²⁴ Anissa Hélie, *Feminism in the Muslim World: Leadership Institutes*, Center for Women’s Global Leadership et Femmes vivant sous lois musulmanes, 2000.

De plus, comme le recommandait l'unité de recherche et d'évaluation de l'Afghanistan dans son document intitulé *Strategic Coordination in Afghanistan*, un réexamen stratégique des politiques d'égalité entre les sexes s'impose de manière urgente; il devrait être *mené conjointement* par l'ATA/AACA et la MANUA/UNAMA avec la participation des pays donateurs, des institutions financières internationales et des ONG²⁵. Même si c'est improbable, il serait important de procéder à ce réexamen avant la *Loya Jirga* constitutionnelle.

3.2 Les critères pour l'élection des membres de la LJC

L'article 3 du décret fixe les critères à respecter pour l'élection des membres :

- a. L'élection des membres de la *Loya Jirga* chargé d'approuver la constitution doit se faire dans une atmosphère juste et ouverte, sans ingérence, trouble, influence politique ni tendances nationales et régionales.
- b. Le patriotisme, l'unité nationale et les intérêts du peuple d'Afghanistan sont considérés comme les critères fondamentaux.
- c. Les membres élus doivent essayer d'élire des personnes instruites ayant suffisamment d'influence et une connaissance élémentaire des principes de la constitution.

Selon des représentants de la société civile afghane, ces critères sont trop vagues; il faut donc prévoir des mesures pour les faire respecter. À titre d'exemple, le décret suggère ce qui suit : “ durant la période électorale, un comité spécial, doté des pleins pouvoirs et composé de personnes représentant le gouvernement, la communauté internationale, les organismes de défense des droits de la personne et la société civile, devrait revoir les candidatures pour déterminer si les personnes proposées satisfont aux critères – sinon, ces dernières devraient se

²⁵ Nicholas Stockton, *Strategic Coordination in Afghanistan*, Afghanistan Research and Evaluation Unit, Issues Paper Series, août 2002, http://www.areu.org.pk/publications/strategic_coord.pdf, p. 45.

retirer. ” Les représentants de la société civile afghane considèrent les exigences²⁶ imposées aux 50 délégués désignés comme un pas dans la bonne direction pour garantir la présence de spécialistes. Cependant, **ils soutiennent que les 25 femmes membres de la LJC doivent aussi être des juristes, des spécialistes de la constitution et d’autres expertes. Pour rendre cette Loya Jirga plus démocratique, il faut, selon eux, que ces déléguées soient choisies à partir des listes dressées par les organisations de la société civile.**

Enfin, les représentants de la société civile afghane ont recommandé de former un corps indépendant, composé de personnes représentant les organisations civiles, sociales et professionnelles, pour superviser l’organisation des élections à la LJC.

3.3 La sécurité

Le décret statue que le ministère de l’Intérieure sera responsable de la sécurité, parmi d’autres mandats. Vu le climat de menace et d’insécurité qui régnait durant la *Loya Jirga* de juin 2002²⁷ (orchestrée par plusieurs puissants chefs des forces militaires et des partis politiques, y compris les forces menées par l’actuel ministre de la Défense, M. Fahim, et l’ancien ministre de l’Intérieur, M. Qanooni), **il est souhaitable que la Force internationale d’assistance à la sécurité (FIAS) assure la sécurité dans les régions et à Kaboul durant tout le processus de la Loya Jirga constitutionnelle**²⁸.

La possibilité d’ingérence des chefs de guerre et des commandants locaux laisse planer une grave menace sur les élections libres²⁹. Selon un récent rapport d’Amnesty International, les corps policiers afghans actuels, qui relèvent du ministère de l’Intérieur, sont incapables de

²⁶ L’article 6 du décret stipule que le chef du gouvernement afghan choisira 50 membres de la *Loya Jirga* pour approuver la constitution dont 25 seront des femmes éligibles; il choisira les 25 autres membres parmi les avocats, les spécialistes de la constitution et les intellectuels.

²⁷ Ariane Brunet et Isabelle Solon Helal, *Les droits des femmes in Afghanistan*, Droits et Démocratie, septembre 2002, www.ichrdd.ca

²⁸ Barnett Rubin, directeur du Center on International Cooperation, et Lakdar Brahimi recommandent tous deux que la sécurité soit assurée en élargissant les activités de la FIAS à l’extérieur de Kaboul. Voir ReliefWeb, *op. cit.*, note 18.

²⁹ *Weekly Afghanistan Report*, “ **Recommendations By Afghan Civil Society Representatives On The CLJ** ”, 7 août 2003, <http://www.azadiradio.org/en/weeklyreport/2003/08/07.asp#60179>

protéger les droits de la personne³⁰. Le présent ministre de l'Intérieur, M. Jalabi, reconnaît qu'il faudrait former et discipliner les policiers pour améliorer la sécurité et le respect des droits de la personne³¹. **Il est donc essentiel que la force de sécurité en poste durant la LJC puisse garantir le respect des droits humains de toutes les personnes qui participeront à la LJC. Le personnel de sécurité devrait aussi enquêter rapidement sur tout rapport de menace et de coercition (avec le Comité exécutif et les observateurs de la société civile) puis agir avec la diligence due, conformément aux normes internationales en matière de droits de la personne. Il est essentiel que les violations fassent également l'objet de poursuites quand elles surviennent dans la sphère privée, par exemple lorsque les auteurs des actes commis contre des femmes sont des membres de la famille ou des leaders de la communauté de celles-ci.**

Selon Barnett Rubin de l'International Centre for Cooperation, une solution de rechange devrait consister notamment à changer le rôle des ÉRP afin de les orienter plus sérieusement vers le maintien de la sécurité à l'extérieur de Kaboul au lieu de leur confier quelques projets de réhabilitation³².

³⁰ Amnesty International, Afghanistan, Police Reconstruction Essential for the Protection of Human Rights, mars 2003 (AI Index : ASA 11/003/2003).

³¹ ReliefWeb, *Afghanistan: Amnesty Report advocates police reform*, Réseau régional intégré d'information du BCAH de l'ONU, 13 mars 2003, <http://www.reliefweb.int/w/Rwb.nsf/0/c80b7a97b2845ba085256ce8006f1ec7?OpenDocument>

³² ReliefWeb, *op. cit.*, note 18.

En ce qui concerne la sécurité des femmes déléguées, observatrices et lobbyistes durant la LJC, nous formulons les recommandations supplémentaires suivantes :

- **fournir du transport (des autobus, par exemple) aux femmes qui doivent venir des provinces pour assister ou faire du lobbying à la LJC;**
- **offrir des logements pour femmes seulement aux déléguées, aux observatrices et aux lobbyistes de la LJC – et assurer la sécurité de ces logements 24 heures par jour;**
- **veiller à ce que les femmes assistant à la LJC ne soient pas la cible de menaces de la part des factions des chefs de guerre avant, pendant et après la LJC;**
- **faire en sorte que le personnel de l'unité de sécurité à la LJC comprenne des femmes et des conseillères spécialistes des questions de santé et de traumatisme des femmes ayant la formation requise;**
- **s'assurer que les femmes puissent être accompagnées par une personne de leur choix lorsque le personnel de sécurité de la LJC les interviewe;**
- **veiller à ce que les membres de la Commission afghane indépendante des droits de la personne et les observateurs de la société civile à la LJC aient accès aux femmes et aux déléguées, et accompagnent le personnel de sécurité, durant la LJC;**
- **faire en sorte que les femmes participant à la LJC aient un lieu de réunion sûr, sécuritaire et privé, à proximité de l'édifice principal, pour discuter de leurs sujets d'inquiétude et formuler des stratégies.**

3.4 Faire entendre les voix des femmes à la LJC

Avant la *Loya Jirga* constitutionnelle (LJC), le PNUD et la MANUA/UNAMA vont organiser une conférence pour les déléguées. Le but est de les aider à prendre conscience de leur pouvoir en

vue de la LJC ainsi qu'à élaborer un ordre du jour clair et commun sur les questions importantes pour les femmes dont traitera la LJC. Pour orienter ce processus, les deux instances ont proposé de produire un manuel sur le concept de *Loya Jirga*, les droits des femmes, la constitution, les tactiques de lobbying et les stratégies de réseautage.

La conférence est un pas positif, si elle a pour objectif principal de créer un lieu de rencontre avant la LJC pour permettre aux femmes de trouver une stratégie de travail efficace et de coordonner leurs priorités. Il est toutefois essentiel que ceci ne marginalise pas les questions importantes pour les femmes en les excluant de la LJC : **les femmes doivent participer à toutes les discussions sur le contenu de la constitution. Pour ce faire, il importe que le secrétariat de la Commission s'entende avec les membres de la société civile afghane pour leur permettre, ainsi qu'aux femmes, de rencontrer les membres de la LJC et de faire librement du lobbying, sur les lieux de la LJC.**

En outre, il serait utile qu'une ONG ayant de l'expertise en matière de violence envers les femmes et de santé des femmes, entre autres choses, soit disponible en tout temps durant la LJC pour conseiller, au besoin, les femmes déléguées et les représentants de la société civile afghane. Il serait aussi souhaitable de dresser une liste des ONG afghanes avec leurs compétences respectives pour trouver facilement les intervenants. Pour la construction d'un mouvement des femmes en Afghanistan, il importe d'assurer la participation des femmes de toutes les provinces, y compris les réfugiées, à la conférence et à la LJC.

Par surcroît, nous recommandons que les femmes déléguées désignent les membres de la société civile spécialistes de questions particulières qui devront les accompagner et les conseiller sur ces questions durant le débat.

Quels seront les sujets de revendication des femmes afghanes? Quelles sont leurs priorités? Comment imaginent-elles la prochaine constitution de l'Afghanistan?

LES PRIORITÉS DES FEMMES POUR LA NOUVELLE CONSTITUTION

1. Aperçu historique des droits juridiques et politiques des Afghanes

L'annexe 1 présente un survol des droits juridiques et politiques des femmes en Afghanistan.

2. Les priorités des femmes

En mai 2003, à la veille de la consultation sur la constitution, des femmes afghanes – juges, avocates, médecins, militantes des droits des femmes, étudiantes, journalistes et autres – ont participé à un atelier sur les droits des femmes dans les constitutions et le droit de la famille. Droits et Démocratie et le réseau Femmes vivant sous lois musulmanes (WLUML) avaient organisé cet atelier en coordination avec Mahbooba Haqooqmal, ministre d'État à la Condition féminine, et Assifa Kakar, membre de la Commission constitutionnelle.

L'idée de l'atelier a surgi durant la mission de Droits et Démocratie en Afghanistan en septembre 2002. Des femmes afghanes, juges et avocates, avaient alors exprimé l'urgence de faire inscrire les droits des femmes dans la future constitution. Elles jugeaient également essentiel de réformer le droit de la famille dans une perspective d'égalité des sexes, à partir des meilleures pratiques d'autres pays musulmans³³. De nombreuses violations des droits des femmes en Afghanistan sont en effet attribuables à une application du droit de la famille et du droit coutumier largement inspirée des interprétations de la *charia*³⁴.

Même si l'on parvient à faire inscrire les droits des femmes dans la future constitution de l'Afghanistan, cette mesure ne garantira pas à elle seule la réalisation de ces droits. Il faudrait effectuer la réforme du droit de la famille afin d'éviter que les forces conservatrices ne se servent de ce corpus de lois pour contrôler la société.

³³ Il s'agit d'un travail inspiré de l'étude suivante du droit de la famille dans le monde musulman : Femmes vivant sous lois musulmanes (WLUML), *Knowing Our Rights: Women, family, laws and customs in the Muslim World*, 2003.

³⁴ Abdullahi A. An-Na'im définit la charia comme un système de normes individuelles et collectives qui est censé régler la vie quotidienne des Musulmanes et des Musulmans. Abdullahi A. An-Na'im, "Islam and Human Rights: Beyond the Universality Debate", *Proceedings of the 94th Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2000, p. 97.

Durant l'atelier de Droits et Démocratie et du WLUML, les participantes ont signalé des sujets de préoccupation pour les femmes dans la réforme constitutionnelle en cours. Elles ont discuté de la possibilité de produire des mémos juridiques comparatifs dont pourraient se servir les personnes engagées dans cette réforme pour sensibiliser le public et faire du lobbying. Afin de faire respecter les droits des femmes, les participantes jugeaient essentiel de prévoir dans la future constitution des mécanismes d'application ainsi que des clauses relatives aux droits fondamentaux et à la discrimination positive³⁵.

De plus, **les participantes ont insisté sur l'importance de garantir dans la constitution les droits des femmes, notamment l'égalité, les droits sociaux, économiques et culturels (plus particulièrement le droit à la santé, à l'éducation et à l'emploi), les droits politiques et la citoyenneté (le droit à la double citoyenneté).** Dans d'autres forums, les femmes afghanes ont formulé des recommandations pour la constitution, notamment **le droit à l'éducation secondaire obligatoire pour les deux sexes. Elles ont aussi “ condamné les différences entre les sexes en ce qui concerne l'âge de la retraite et la représentation à la Cour suprême, et les ‘ pratiques inappropriées du droit coutumier ’ qui contreviennent à la *charia* et au droit international ”**³⁶.

Outre les priorités mentionnées, certaines participantes de l'atelier ont exprimé le besoin d'une reconnaissance constitutionnelle du rôle de la *charia* dans la loi afghane.

La prochaine constitution parlera-t-elle du rôle de la *charia* en Afghanistan? Comment traitera-t-elle de la relation entre l'Islam, la *charia* et les droits de la personne? La nouvelle constitution aura-t-elle préséance sur l'application de la *charia*? Comment fera-t-elle en sorte que l'interprétation et l'application de la *charia* soient compatibles avec les obligations internationales de l'Afghanistan à l'égard de la CEDEF? Quel sera le rôle du pouvoir judiciaire en la matière?

³⁵ Dans un esprit de collaboration, selon les priorités en matière de lois et de lobbying dégagées par les participantes afghanes à l'atelier, des mémos sur les droits fondamentaux, l'action positive et les mécanismes d'application ont été rédigés puis traduits en dari et en pachto. Voir l'annexe 2.

³⁶ ICG Report, *op. cit.*, note 1, p. 20.

Dans le contexte social, politique et historique de l’Afghanistan, notamment pour les femmes, il importe de tenir compte de ces questions quand on parle d’inclure les droits des femmes dans la loi afghane. À notre avis, il est essentiel que la société civile en discute ouvertement durant la LJC.

L’universitaire réputé Abdullahi Ahmed An-Na’im considère que les formulations historiques de la *charia* sont discriminatoires à l’endroit des femmes. Il souhaite donc une réinterprétation des sources islamiques pour assurer l’égalité entre hommes et femmes dans les lois musulmanes personnelles (droit islamique de la famille)³⁷. Il explique que la *charia* doit être réformée à la lumière du contexte social, économique et politique d’aujourd’hui pour tenir compte des normes internationales en matière de droits de la personne³⁸.

Comme l’expliquait un autre expert des études islamiques : “ Même si la loi [*charia*] est d’origine divine, l’élaboration même de la loi est une activité humaine, et son produit représente la loi de Dieu *telle qu’elle est comprise par les êtres humains*. Puisque la loi ne tombe pas du ciel toute faite, c’est la compréhension humaine de la loi – la *fiqh* humaine (littéralement, compréhension) – qui doit être normative pour la société³⁹. ” (notre accent)

Selon M. An-Nai’im, la réinterprétation proposée de la *charia* devrait se faire dans chaque communauté musulmane d’après le contexte particulier de celle-ci, au lieu de traiter toutes les sociétés de la même manière :

Cette mise en contexte s’avère particulièrement importante en raison du rôle de l’État comme cadre d’articulation et d’application des politiques publiques dans les sociétés islamiques aujourd’hui. Quel que soit le rôle de la charia dans la vie musulmane contemporaine, il passe nécessairement par l’action des États nationaux respectifs de ces sociétés plutôt que par l’action autonome de l’ensemble de la communauté musulmane. À titre d’institution essentiellement politique, tout État doit concilier des intérêts et des revendications contradictoires. Il est vrai que certains de ces intérêts et de ces revendications refléteront probablement les sentiments religieux de la population. Vu la diversité religieuse et politique des populations des pays islamiques aujourd’hui, et la complexité des préoccupations régionales et globales en matière d’économie et de sécurité, il est totalement irréaliste de s’attendre à ce qu’un État ait pour unique motivation les sentiments religieux même s’il s’agit des sentiments de la vaste majorité⁴⁰.

³⁷ An-Na’im, *op. cit.*, note 34, p. 99.

³⁸ An-Na’im, *op. cit.*, note 34, p. 98.

³⁹ Bernard Weiss, *The Spirit of Islamic Law*, 1998, p. 116 (italiques de l’auteur).

⁴⁰ An-Na’im, *op. cit.*, note 34, p. 99.

M. An-Na'im prône un dialogue à l'intérieur de chaque société musulmane. Il juge toutefois nécessaire de mener aussi, en temps opportun, un "dialogue interculturel" conscient et respectueux des différences culturelles pour renforcer l'influence des normes internationales en matière de droits de la personne sur la scène tant nationale et qu'internationale pour la société en question⁴¹.

Pour les femmes et les hommes de certaines communautés afghanes visitées durant la mission de Droits et Démocratie, la loi islamique est ce qu'ils ont pratiqué pour maintenir un sentiment d'identité collective au milieu des tumultes de la guerre et des décrets excentriques des talibans et autres chefs de guerre locaux. Nous avons constaté que, dans des provinces comme Parwan et Kapisa, lorsque les citoyennes et les citoyens ont une chance de s'exprimer, leurs visions et leurs définitions de la "loi islamique" sont aussi variées que celles des leaders politiques, des fondamentalistes et des chefs de guerre.

Dans le contexte de l'Afghanistan, nous espérons donc que la LJC créera les conditions nécessaires pour permettre à la société civile d'amorcer un dialogue interne sur les questions cruciales pour la réinterprétation des droits des femmes. **Le lancement d'un programme d'éducation populaire sur le sujet pourrait s'avérer très fructueux à long terme. Les ONG des Afghanes savent que les processus constitutionnel et électoral seront l'occasion de discuter des droits des femmes dans leurs sociétés, donc de faire mieux connaître ces droits. Les bailleurs de fonds internationaux devraient suivre leur exemple.**

3. Un processus interne et externe : La création de coalitions

Créer des réseaux et des coalitions aide à trouver et à exprimer des sujets de préoccupation communs; les femmes peuvent ainsi partager des stratégies et s'inspirer de leurs expériences respectives. La création de coalitions exige du temps, des ressources, du leadership, des activités d'intervention sans oublier la connaissance, et l'exercice, des droits.

Durant notre première visite en Afghanistan, en septembre 2002, puis de nouveau en mai et juin 2003, les femmes ont clairement exprimé leur besoin de rencontrer d'autres femmes et des

⁴¹ Ibid.

groupes de femmes de l'extérieur de l'Afghanistan qui travaillent avec divers pays, groupes ethniques et classes sociales. Elles veulent se réunir avec des femmes qui ont abordé les questions de l'Islam et de la loi. Les groupes de femmes qui ont subi de l'intimidation et de la violence de la part de l'État et des mouvements politico-religieux devraient rencontrer les femmes d'Asie centrale pour discuter des moyens d'avancer des programmes progressistes en dépit des obstacles. Les Afghanes ont une longue histoire de luttes clandestines pour la survie. Leur lutte pour participer à la reconstruction du pays et à la consolidation de la paix, et pour bénéficier des retombées, est nouvelle. Les organismes donateurs doivent favoriser et soutenir des initiatives de solidarité efficaces.

Nous espérons que les ONG internationales, les ONG de défense des droits des femmes et les donateurs sauront commencer à faciliter le réseautage régional entre les groupes de femmes afghanes. En échangeant des stratégies et des informations, et en établissant des liens avec d'autres mouvements de femmes qui ont une vaste expérience en fait d'intervention et de leadership (par exemple au Pakistan, en Iran et en Inde), les Afghanes apprendront à exprimer leurs préoccupations et à bâtir des campagnes efficaces. C'est seulement alors que les droits des femmes deviendront une revendication en soi, sous la direction des femmes afghanes elles-mêmes, et non un outil pour obtenir des gains politiques ou faire de la propagande durant un conflit violent. Grâce à leurs liens avec des femmes de pays comme le Tadjikistan, les Afghanes comprendront mieux comment profiter de la période de consolidation de la paix et de reconstruction du pays pour faire avancer les droits humains des femmes. Une stratégie de renforcement des capacités de réseautage des femmes à l'échelle régionale pourrait contribuer à la lutte contre les mouvements fondamentalistes et terroristes en Afghanistan.

CONCLUSION

Le processus prévu pour l'élaboration de la constitution afghane est loin d'être parfait. Comme nous l'avons montré, les étapes de rédaction du projet de constitution, d'information et de consultation n'ont pas, jusqu'ici, eu l'élan démocratique nécessaire pour assurer leur légitimité. Dès le début, le gouvernement afghan et la Mission d'assistance des Nations Unies en Afghanistan n'ont pas su créer les conditions nécessaires pour que la nouvelle constitution soit le

résultat d'un processus sécuritaire, transparent, inclusif et large qui tient compte de l'égalité entre les sexes. Ils n'ont pas reconnu qu'une consultation et une participation équitables des femmes et des hommes aux processus d'élaboration de la constitution dans les communautés pouvaient jeter les bases de la paix et de la stabilité.

Malgré l'insécurité générale dans le pays, l'omniprésence des chefs de guerre et l'impunité persistante, en particulier pour les violations des droits des femmes, les Afghanes ont profité de l'occasion pour créer des coalitions à l'intérieur et à l'extérieur de l'Afghanistan, faire connaître les droits des femmes et discuter des questions liées à l'égalité entre les sexes. Fait important, leurs efforts et leurs stratégies visent aussi à faire inscrire les droits humains des femmes dans la prochaine constitution en y intégrant des clauses sur les mécanismes d'application, les droits fondamentaux et la discrimination positive. Les mesures législatives auxquelles elles accordent la priorité à cet égard tiennent compte de leur contexte social, politique, économique, culturel et historique. Pour ces raisons, les femmes afghanes ont aussi mis l'accent sur la réforme du droit de la famille dans une perspective sexospécifique. Pour ce faire, elles ont choisi d'unir leurs forces avec des spécialistes, des activistes et des avocates des droits des femmes d'autres pays musulmans par l'intermédiaire du réseau Femmes vivant sous lois musulmanes et de Droits et Démocratie.

La récente décision de reporter la *Loya Jirga* constitutionnelle (LJC) offre aux autorités afghanes et à la MANUA/UNAMA un bref intervalle de deux mois pour créer les conditions nécessaires afin d'amorcer un exercice d'instauration de la démocratie qui favorisera une plus grande participation politique de la société civile. Pour faciliter et accroître la participation des femmes, il est essentiel de réformer la conception et le programme de la LJC afin que les discussions sur les questions relatives aux droits des femmes ne soient pas marginalisées durant la LJC. Les femmes vivent la guerre différemment des hommes; elles vivent la violence différemment; et elles adoptent des tactiques de survie différentes de celles des hommes – pour que les femmes puissent participer pleinement à la LJC, des mesures de sécurité adaptées à leur réalité s'imposent. Même s'il est tard, il faut rendre public le projet de constitution, comme l'a réclamé la société civile à maintes reprises, pour permettre un dialogue informé sur les enjeux. Les femmes afghanes ne méritent rien de moins.

Voici nos recommandations adressées à l'administration intérimaire afghane, à la Commission constitutionnelle et à la MANUA/UNAMA pour assurer la sécurité des femmes déléguées, observatrices et lobbyistes durant la LJC :

1. La Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS) mandatée par les Nations Unies doit assurer la sécurité dans les provinces et à Kaboul durant tout le processus de la *Loya Jirga* constitutionnelle (LJC).
2. Il est essentiel que le personnel de sécurité en poste à la LJC puisse garantir le respect des droits humains de *toutes* les personnes qui participeront à la LJC.
3. Le personnel de sécurité devrait aussi enquêter rapidement sur tout rapport de menace et de coercition (avec le Comité exécutif et les observateurs de la société civile) puis agir avec la diligence due, conformément aux normes internationales en matière de droits de la personne. Il est essentiel que les violations fassent également l'objet de poursuites quand elles surviennent dans la sphère privée, par exemple lorsque les auteurs des actes commis contre des femmes sont des membres de la famille ou des leaders de la communauté de celles-ci.
4. Il faudrait fournir du transport (des autobus, par exemple) aux femmes qui doivent venir des provinces pour assister ou faire du lobbying à la LJC.
5. Il faudrait offrir des logements pour femmes seulement aux déléguées, aux observatrices et aux lobbyistes de la LJC. Il faut assurer la sécurité de ces logements 24 heures par jour.
6. Il faut protéger les femmes assistant à la LJC contre les menaces de la part des factions des chefs de guerre avant, pendant et après la LJC.
7. Le personnel de l'unité de sécurité à la LJC doit comprendre des femmes et des conseillères spécialistes des questions de santé et de traumatisme des femmes ayant la formation requise.
8. Les femmes devraient être accompagnées par une personne de leur choix lorsque le personnel de sécurité de la LJC les interviewe.
9. Les membres de la Commission afghane indépendante des droits de la personne et les observateurs de la société civile à la LJC devraient avoir accès aux femmes et aux déléguées, et accompagner le personnel de sécurité, durant la LJC.
10. Les femmes participant à la LJC doivent avoir un lieu de réunion sûr, sécuritaire et privé, à proximité de l'édifice principal, pour discuter de leurs sujets d'inquiétude et formuler des stratégies.

ANNEXE 1

Préparé par :

Cheshmak Farhoumand-Sims

York University, septembre 2003

Tableau 1 : SURVOL HISTORIQUE DE LA SITUATION DES FEMMES EN AFGHANISTAN⁴²

Époque	Politiques	Réactions et conséquences
<p>Premier monarque : Amir Abdur-Rahman (1880 – 1901) - entreprend certaines réformes modestes en faveur des femmes</p>	<ul style="list-style-type: none"> - institution d'un code civil - nomination des membres du clergé par l'État pour réduire l'indépendance des mollahs - abolition de la coutume selon laquelle les femmes doivent se remarier au plus proche parent - les mineures promises en mariage obtiennent le droit de refus - promulgation de lois permettant aux femmes de poursuivre leur mari pour obtenir une pension alimentaire et demander le divorce 	
<p>Deuxième monarque : Habibullah (1901 – 1919) - poursuit les réformes entamées par son père</p>	<ul style="list-style-type: none"> - tout ce qui précède - tentatives de limiter la pratique consistant à prendre plus de 4 femmes par l'interdiction d'avoir des concubines et des " femmes esclaves " 	
<p>Troisième monarque : Amir Amanullah (1919 – 1929) - accentue les réformes dans le cadre d'un programme de modernisation plus systématique visant l'établissement d'une nouvelle base intellectuelle du côté du nationalisme afghan et du pan-islamisme - amélioration de la situation socioéconomique des femmes - l'égalité entre les sexes devient un enjeu politique – " seules des femmes éduquées peuvent devenir de bonnes épouses et mères "</p>	<ul style="list-style-type: none"> - les filles de l'élite sont envoyées en Turquie et en Suisse pour faire des études supérieures - campagne contre le port du voile en 1928 - mise de l'avant de règlements exigeant le port de vêtements orientaux à Kaboul - le code de la famille de 1921 améliore de façon substantielle la situation juridique des femmes : interdiction des mariages de mineures, nécessité pour les hommes d'obtenir une autorisation légale pour prendre une femme supplémentaire, retrait de certaines questions relevant du droit de la famille de la juridiction des mollahs, réitération de la règle d'Abdur-Rahman accordant aux veuves le droit de choisir leur prochain époux - la Constitution de 1923 fait référence de façon générique à l'égalité et rend l'éducation obligatoire pour tous les Afghans (ce qui est très difficile à réaliser à l'extérieur de Kaboul) - création de nouveaux codes administratifs criminels et civils 	<ul style="list-style-type: none"> - établissement de cours de magistrats pour mettre en œuvre certaines réformes, première étape vers la sécularisation du système juridique - faute d'un soutien populaire adéquat et d'une base fiscale suffisante, ces réformes en profondeur font l'objet d'une opposition de la part de l'élite, qui sent son autorité menacée - les réformes entraînent des soulèvements dans les régions tribales, même si elles ne sont pas censées s'y appliquer - le <i>nizamnama</i> de 1921 devient la cible de l'opposition à la <i>loya jirga</i> de 1924 - les révoltes des provinces de Khost et de Nangarhar finissent par entraîner la chute d'Amanullah - avant de quitter Kaboul, il annule ses réformes, ce qui met fin aux progrès accomplis : les écoles pour filles ferment, et les femmes étudiant à l'étranger rentrent au pays

⁴² Information tirée de " Afghanistan: Women and Reconstruction ", *ICG Asia Report*, n° 48, 14 mars 2003.

Époque	Politiques	Réactions et conséquences
Quatrième monarque : Nadir Shah (1929 – 1933)	<ul style="list-style-type: none"> - toutes les lois se fondent entièrement sur une interprétation étroite du droit islamique - la justice est administrée par des tribunaux religieux - formation de la Société des interprètes musulmans érudits <i>Jamiat-ul-Ulama</i>, chargée d'assurer la conformité des lois avec les normes islamiques 	
Cinquième monarque : Zahir Shah (1933 – 1973) - rythme de modernisation accéléré	<ul style="list-style-type: none"> - 1959 : l'Université de Kaboul devient mixte - réintroduction de la pratique volontaire de la <i>pardah</i> (réclusion des femmes) - à l'intérieur d'un espace politique restreint, certaines femmes arrivent à jouer un rôle public : <ul style="list-style-type: none"> - 1958 : 1^{re} femme déléguée à l'ONU - 1965 : les femmes participent aux élections - 1965 – 1969 : une femme est ministre de la Santé publique - 1971-1972 : une femme est conseillère politique du PM - deux femmes sont nommées au Sénat 	<ul style="list-style-type: none"> - les femmes des classes moyenne et supérieure trouvent du travail au sein des institutions universitaires et juridiques de Kaboul - l'accès à l'emploi rémunéré coupe les liens des femmes avec la tradition - incidents documentés d'agressions à l'acide contre des femmes non voilées à l'Université de Kaboul - les réformes et les avantages n'atteignent pas les femmes des campagnes, sauf une poignée de femmes éduquées
Présidence de Daoud (1973 – 1978) - met fin aux libertés politiques pour préserver son autorité - les droits qu'il consent à reconnaître ne bénéficient qu'à un nombre limité de femmes des classes moyenne et supérieure	<ul style="list-style-type: none"> - l'État reconnaît un certain nombre de droits sociaux aux femmes de l'élite pour soutenir ses prétentions à la modernisation - inclusion de femmes au sein du Comité consultatif sur la Constitution, qui comprend 20 membres, et 15 % des membres de la <i>loya jirga</i> sont des femmes - la Constitution de 1974 renferme l'article 27, qui accorde aux femmes des obligations et des droits égaux devant la loi, le droit à l'éducation (article 10) et le droit au travail (articles 9, 41, 42) 	

Époque	Politiques	Réactions et conséquences
<p>Règne communiste du PDPA de Barmak (1978 – 1986) - institue certaines réformes révolutionnaires sans égard au contexte culturel, ce qui en garantit pratiquement l'échec - utilisation de la terreur pour faire échec à toute résistance (comme lors du massacre à Kunar en 1979) - finalement, la vague de modernisation et de réformes du statut des femmes entraîne un état de guerre qui dégénère en un conflit qui durera 23 ans</p>	<ul style="list-style-type: none"> - le gouvernement appuie le principe des droits égaux dans le droit civil et s'oppose aux " relations patriarcales injustes de type féodal entre mari et femme " - interdiction du mariage forcé des filles et des veuves ainsi que les mariages arrangés - introduction d'un âge minimal de mariage pour les femmes et les hommes - abolition du prix de la fiancée - introduction de l'éducation obligatoire pour les filles - encouragement des femmes à retirer leur voile, à être plus actives dans la société et à travailler à l'extérieur de la maison - institution de cours d'alphabétisation obligatoires dans les régions rurales 	<ul style="list-style-type: none"> - les femmes participent plus directement au gouvernement en devenant membres du comité central du PDPA et en augmentant leur présence au sein des ministères - les réformes entraînent une désaffection des tenants traditionnels du pouvoir dans les régions rurales - les cours d'alphabétisation forcée provoquent une forte résistance - les réformes du régime servent également de catalyseur à la mise sur pied de 7 partis originaires du Pakistan et de groupes de résistance shiite en provenance d'Iran, qui soutiennent les dirigeants et les leaders islamiques du pays
<p>Règne communiste du PDPA de Najibullah (1986 – 1992) - institue un certain nombre de mesures significatives touchant l'accès des femmes aux structures gouvernementales, à l'éducation et à l'emploi</p>	<ul style="list-style-type: none"> - les tribunaux de la famille règlent des causes touchant le divorce et le questions d'héritage - création d'une association judiciaire qui tente de jouer un rôle de médiateur dans les litiges familiaux avant de les confier aux tribunaux - création d'une association de femmes offrant une formation professionnelle 	
<p>Années de guerre civile (1992 – 1996) Sibghatullah Mujadidi, Burhanuddin Rabbani</p>		<ul style="list-style-type: none"> - recul sur le plan des gains juridiques et sociaux des femmes, qui deviennent la cible de violence physique et sexuelle, dans un climat de guerre et de conflit - en 1995, l'Afghanistan montre les pourcentages les plus élevés de mortalité infantile et de mortalité maternelle - moins de 30 % de la population a accès aux soins de santé - 90 % des filles sont analphabètes - le faible accès aux nécessités de base et la sécurité déficiente caractérisent aussi les camps de réfugiés, où les femmes sont dans une position particulièrement vulnérable

Époque	Politiques	Réactions et conséquences
<p>Années de règne taliban (1996 – 2001) - au bout de deux années de combats, les talibans envahissent Kaboul en septembre 1996 - leurs objectifs avoués sont les suivants : ramener la paix, confisquer les armes et mettre en vigueur la sharia</p>	<ul style="list-style-type: none"> - les talibans promulguent des lois conformes à leur interprétation stricte de la sharia, et les femmes sont les cibles les plus vulnérables de ces décrets - les femmes et les filles n'ont pas le droit d'étudier et de travailler, et ne jouissent d'aucune liberté de mouvement 	

ANNEXE 2

LES DROITS DES FEMMES DANS LA FUTURE CONSTITUTION DE L'AFGHANISTAN

Outils pour la société civile

Dans le cadre de la mission de Droits et Démocratie en Afghanistan, en septembre 2002, des juges et des avocates afghanes ont fait part de leur sentiment d'urgence en ce qui a trait à l'incorporation des droits des femmes dans la future constitution de leur pays. De nombreux aspects du droit musulman de la famille font référence à des droits compris dans les documents constitutionnels : égalité, nationalité, citoyenneté, mariage, divorce, pour ne nommer que ceux-là. Par conséquent, Droits et Démocratie et le réseau Femmes vivant sous lois musulmanes (WLUML), en collaboration avec Mme Hoquqmal, ministre d'État à la Condition féminine ainsi qu'avec ses partenaires afghans, ont entrepris un projet conjoint dans le but de contribuer à la réforme du système de droit afghan à partir d'une perspective sexospécifique.

En mai 2003, à la veille des consultations publiques sur la future constitution d'Afghanistan, Droits et Démocratie et WLUML ont organisé un atelier sur les droits des femmes dans les constitutions et le droit de la famille. Durant l'atelier, les participantes ont fait état des questions qui préoccupent les femmes dans le cadre du présent processus de réforme constitutionnelle et discuté de la production éventuelle de mémoires comparatifs qui serviraient d'outils d'éducation populaire et de lobbying aux personnes participant au processus de réforme constitutionnelle. Les participantes ont dit considérer que pour en arriver à une réalisation pleine et entière des droits des femmes en Afghanistan, il était essentiel que la future constitution prévoie des mécanismes d'exécution et renferme des clauses relatives aux droits fondamentaux et à la discrimination positive.

Par conséquent, les mémoires qui suivent sur les mécanismes d'exécution, les droits fondamentaux et la discrimination positive ont été rédigés dans un esprit de collaboration, à partir des priorités exprimées par les participantes afghanes à l'atelier en matière de législation et de lobbying.

L'ensemble des partenaires consultés entretenaient tous l'espoir que le processus de consultation constitutionnelle soit prolongé et que la Loya Jirga constitutionnelle soit reportée à plus tard que

la date prévue d'octobre 2003, dans le but de permettre un processus de réforme réellement démocratique et transparent. Il est essentiel que les citoyennes et citoyens afghans soient en mesure de bénéficier pleinement du processus constitutionnel et que celui-ci serve à susciter chez eux un dialogue sur les droits humains et le développement démocratique ; ce processus doit donc du même coup jouer un rôle d'éducation populaire. Cependant, pour ce faire, il faudra consacrer plus de temps au processus et assurer une amélioration des mesures de sécurité dans l'ensemble du pays.

I. Les mécanismes d'exécution des droits dans les constitutions

1. La clause de suprématie

1.1 De quoi s'agit-il ?

Une clause de suprématie est un article d'une constitution qui donne priorité à ladite constitution lorsqu'elle n'est pas compatible avec les autres lois existantes. En d'autres mots, toute loi non compatible avec les dispositions de la constitution ne peut prendre effet. Ce sont les tribunaux qui ont la responsabilité de déterminer si une loi est compatible ou non avec la constitution. Cela s'appelle le pouvoir de contrôle judiciaire.

1.2 Pourquoi la clause de suprématie est-elle importante pour la mise en application de la constitution ?

La clause de suprématie sert à garantir la constitution. En conséquence, les droits énoncés dans la constitution sont également garantis (ou enchâssés), ce qui signifie que toute modification aux dispositions de la constitution ne peut être effectuée qu'en ayant recours aux procédures spéciales de révision prévues par la constitution (la constitution ne peut être modifiée par des mesures législatives ordinaires).

1.3 Exemples de clauses de suprématie dans les constitutions

L'article 2 de la Constitution de la République d'Afrique du Sud⁴³ :

La présente Constitution édicte la loi suprême de la République ; les loi ou les actions qui sont incompatibles avec ses dispositions sont invalides, et les obligations qu'elle impose doivent être respectées.

L'article 1 de la Constitution de la République du Nigeria :

La présente Constitution est suprême, et ses dispositions ont force de loi sur la doctrine, les lois et les règlements ainsi que sur les personnes dans toute la République fédérale du Nigeria.

La République fédérale du Nigeria ne sera gouvernée par aucune personne ni aucun groupe de personnes, et aucune personne ni aucun groupe de personnes ne prendra le contrôle du gouvernement du Nigeria, ni de quelle que partie que ce soit de ce gouvernement, sauf si cela est conforme aux dispositions de la présente Constitution.

Si une loi existante est incompatible avec les dispositions de la présente Constitution, c'est cette dernière qui primera, et cette autre loi sera, dans la mesure de son incompatibilité, rendue nulle.

L'article 4(1) de la Constitution de la Malaisie :

La présente Constitution est la loi suprême de la Fédération, et rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit adoptée après le jour de la Merdeka, dans la mesure de leur incompatibilité.

⁴³ L'objectif du processus de consultation qui a mené à l'adoption de la Constitution d'Afrique du Sud, le 10 décembre 1996, était d'assurer que la constitution obtenue en bout de ligne soit légitime, crédible et acceptée par l'ensemble de la population sud-africaine. C'est ainsi que de nombreux Sud-Africains ont participé au processus d'élaboration de la Constitution, dans le cadre du plus important programme de participation publique jamais réalisé en Afrique du Sud. Au bout de presque deux ans de consultations intensives, les partis politiques représentés à l'Assemblée constitutionnelle ont négocié les formulations contenues dans le texte, lequel constitue une intégration d'idées mises de l'avant par les citoyens ordinaires et la société civile, notamment les groupes de femmes et les partis politiques évoluant à l'intérieur et à l'extérieur de l'Assemblée constitutionnelle. Ainsi réalisée d'un commun accord, la Constitution d'Afrique du Sud représente la sagesse collective du peuple sud-africain.

2. Recours

2.1 Quels sont-ils ?

Les recours sont les moyens par lesquels on peut faire valoir un droit ou empêcher la violation d'un droit ou par lesquels on obtient réparation à la suite de la violation d'un droit. En d'autres mots, les recours sont les moyens employés pour faire valoir un droit ou pour obtenir réparation à la suite d'un préjudice. Les recours en cas de violation d'un droit comprennent le droit d'intenter des poursuites en justice, le droit d'obtenir réparation en cas de préjudice et le droit d'accéder à l'information factuelle relative à la violation.

Selon le droit international relatif aux droits humains, toute personne a droit à des recours adéquats, efficaces et rapides en cas de violation de ses droits humains.

Le droit à des voies de recours peut être violé de diverses façons, dont les suivantes :

- l'omission de prévoir des procédures adéquates pour porter plainte ou pour obtenir réparation en cas de pertes de vies causées par les agissements des forces de sécurité ;
- l'omission d'effectuer des enquêtes approfondies en cas de mauvais traitements prétendument infligés par les forces de sécurité ;
- l'omission d'établir des procédures permettant de soumettre une plainte relativement à l'interception d'appels téléphoniques ;
- l'omission de fournir des voies de recours aux personnes qui se voient refuser l'accès à l'école en raison de leur sexe.

La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) ainsi que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) contiennent tous deux des articles qui garantissent le droit à un recours efficace.

L'article 8 de la DUDH :

Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.

L'article 2 du PIDCP oblige les États à veiller à la mise en place de recours efficaces :

1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2. Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur.

3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à :

- (a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ;*
- (b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer des possibilités de recours juridictionnel ;*
- (c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié.*

2.2 La clause de recours privée

2.2.1 De quoi s'agit-il ?

Une clause de recours privée prévoit la mise en place de recours utiles permettant de donner effet aux droits reconnus par la constitution.

La combinaison d'une clause de suprématie et d'une clause de recours dans une constitution permet d'assurer que les droits fondamentaux qui y sont énoncés deviennent partie intégrante de la " loi suprême du pays ", qui prime sur les lois qui y sont incompatibles ; les droits sont alors fixés (on ne peut les modifier que par le processus spécial de révision constitutionnelle) et exécutoires.

En pratique, la clause de recours privé garantit à une personne le droit de s'adresser à un tribunal compétent lorsqu'elle considère que ses droits constitutionnels ont été violés, et de demander une réparation adéquate, rapide et efficace.

2.2.2 Exemples de clauses de recours privées dans les constitutions :

La Loi constitutionnelle de 1982 *est* la Constitution canadienne. La Partie I de la Constitution canadienne s'intitule Charte canadienne des droits et libertés (articles 1 à 34 de la Loi constitutionnelle de 1982). La Charte des droits et libertés énonce le droits des citoyens en relation les uns avec les autres et avec le gouvernement canadien.

Article 24 (1) de la Charte canadienne des droits et libertés :

(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Article 38 de la Constitution de l'Afrique du Sud :

Toute personne mentionnée dans la présente section a le droit de s'adresser à un tribunal compétent en alléguant qu'un droit énoncé dans la Charte des droits a été violé ou menacé, et le tribunal peut accorder une réparation appropriée, y compris une déclaration des droits.

Les personnes qui peuvent s'adresser aux tribunaux sont les suivantes :

(a) toute personne agissant dans son propre intérêt ;

(b) toute personne agissant au nom d'une autre personne qui est incapable d'agir en son propre nom ;

(c) toute personne agissant à titre de membre ou dans l'intérêt d'un groupe ou d'une catégorie de personnes ;

- (d) toute personne agissant dans l'intérêt du public ;*
- (e) toute association agissant dans l'intérêt de ses membres.*

De plus, comme c'est le cas en Afrique du Sud, la constitution peut aussi contenir des garanties assurant l'efficacité de la clause de recours privée. Par exemple, le droit à un recours privé en Afrique du Sud suppose le droit d'accès à l'information :

L'article 32 de la Constitution de l'Afrique du Sud :

- (1) Toute personne a le droit d'avoir accès à :*
 - (a) toute information détenue par l'État ;*
 - (b) toute information qui est en possession d'une autre personne et qui est requise pour assurer l'exercice ou la protection d'un droit.*
- (2) La législation nationale doit être mise en application de manière à donner effet à ce droit et peut prévoir des mesures raisonnables pour alléger le fardeau administratif et financier de l'État.*

L'article 35 (1) de la Constitution de Hong Kong :

- (1) Les résidents de Hong Kong ont le droit d'obtenir des consultations juridiques confidentielles, d'avoir accès aux tribunaux, de choisir des avocats qui assureront une protection adéquate de leurs droits et intérêts ou qui les représenteront devant les tribunaux, ainsi qu'à des recours juridictionnels.*
- (2) Les résidents de Hong Kong ont le droit d'intenter des poursuites devant les tribunaux contre les agissements des membres du pouvoir exécutif et de leur personnel.*

2.2.3 Exemple d'utilisation d'un mécanisme d'exécution constitutionnel : un cas de harcèlement sexuel en Inde⁴⁴

Les signataires de la pétition étaient divers intervenants sociaux et organisations non gouvernementales dont les objectifs étaient de trouver des méthodes adéquates pour arriver à une concrétisation réelle de l'idée d'« égalité des sexes », de prévenir le harcèlement sexuel des

⁴⁴ Vishaka & al. c. État du Rajasthan & al., (1997) 6 SCC 241, AIR 1997 SC 3011, (1998) BHRC 261, [1997] 3 LRC 361, (1997) 2 CHRLD 202.

travailleuses dans tous les milieux en assurant des recours judiciaires et de combler le vide existant dans la législation actuelle. À la suite du brutal viol en bande d'une travailleuse sociale œuvrant dans le secteur public au Rajasthan, ils ont déposé un recours collectif au titre de l'article 32⁴⁵ de la Constitution indienne demandant à la cour de donner effet aux dispositions relatives aux droits fondamentaux des travailleuses, c'est-à-dire le droit à l'égalité, le droit d'exercer sa profession et le droit à la vie. Les autres questions soulevées par la pétition étaient notamment : le droit fondamental à la non-discrimination ; les obligations internationales de l'Inde, au titre des articles 11 et 24 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), de s'engager à, *inter alia*, “ prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi ” (art. 11) et à “ adopter toutes les mesures nécessaires au niveau national pour assurer le plein exercice des droits reconnus ” par la CEDEF (art. 24) ; l'engagement officiel pris par l'Inde lors de la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes à Beijing à, *inter alia*, “ formuler et rendre fonctionnelle une politique nationale sur les femmes destinée à guider et à éclairer sur une base continue les actions à tous les échelons et dans tous les secteurs ; à mettre sur pied une Commission des droits des femmes qui agirait à titre de défenseur public des droits humains des femmes ; [et] à institutionnaliser un mécanisme à l'échelon national⁴⁶ servant à surveiller la mise en application du Programme d'action ”.

Lorsqu'elle a statué sur la pétition, la Cour a pris les décisions suivantes :

1. Le droit fondamental d'exercer n'importe quel emploi, métier ou profession dépend de l'existence d'un milieu de travail “ sûr ”. Le droit à la vie suppose une vie empreinte de dignité. La responsabilité première d'assurer cette sûreté et cette dignité au moyen de législations adéquates et la création d'un mécanisme destiné à en assurer la mise en œuvre revient à la législature et à l'exécutif. Si, toutefois, des cas de harcèlement sexuel entraînent la violation de certains droits fondamentaux énoncés dans la Constitution, la Cour devra élaborer des directives visant la protection de ces droits afin de combler le vide juridique.

⁴⁵ L'article 32 est la clause de recours privé de la Constitution indienne qui garantit le droit de présenter une pétition devant la Cour suprême afin de faire valoir des droits fondamentaux reconnus par la Constitution.

2. Compte tenu du fait que la violation de droits aussi fondamentaux est un phénomène récurrent, tout bref de *mandamus* (ordonnance extraordinaire de la Cour enjoignant un officier à exécuter une tâche de nature publique considérée par la loi comme un devoir absolu), pour avoir l'effet escompté, doit être accompagné de directives de la Cour sur la prévention du harcèlement sexuel.
3. Tout pacte international qui n'est pas incompatible avec les droits fondamentaux reconnus dans la Constitution et qui est formulé dans le même esprit doit être utilisé pour interpréter le sens et le contenu de la garantie constitutionnelle et pour en promouvoir l'objectif ; ceci est une règle acceptée d'interprétation judiciaire qui est également implicite dans la Constitution.
4. Par conséquent, les articles 11 et 24 de la CEDEF, les observations générales 22, 23 et 24 du Comité de la CEDEF portant sur le harcèlement sexuel en milieu de travail et l'engagement pris par l'Inde lors de la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes peuvent servir à interpréter la nature et la portée de la garantie en matière d'égalité des sexes énoncée dans la Constitution et, comme la garantie prévoit la protection face au harcèlement sexuel et le droit de travailler dans la dignité, à formuler des directives préventives.
5. Tant le pouvoir judiciaire que le gouvernement doivent relever le défi consistant à protéger les travailleuses du harcèlement sexuel et à donner effet à leurs droits fondamentaux. Le fait que la société soit gouvernée selon la règle de droit rend cette exigence logiquement concomitante à la démarche constitutionnelle.
6. En l'absence de législation, l'obligation de la Cour au titre de Constitution doit être vue dans le même sens que le rôle du pouvoir judiciaire envisagé dans la Déclaration de principes adoptée en 1995 à Beijing sur l'indépendance du pouvoir judiciaire dans la région régie par la LAWASIA.

⁴⁶ Voir des exemples d'institutions nationales dans la partie 2, ci-dessous.

La Cour a également produit des directives et des normes destinées à être observées dans tous les milieux de travail et autres institutions dans le but de préserver et de garantir le droit à l'égalité des sexes pour les travailleuses. Voici des exemples :

- L'employeur ou les autres personnes responsables dans les milieux de travail ou autres institutions ont le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires afin de prévenir ou de décourager la perpétration d'actes de harcèlement sexuel et de prévoir des procédures visant à mettre fin à ces actes par une résolution ou un règlement ou à permettre la déposition de poursuites judiciaires ;

a. La définition du harcèlement sexuel comprend notamment les comportements à caractère sexuel importuns (directs ou suggérés), dont voici des exemples :

- i. des contacts physiques ou des avances ;
- ii. une exigence ou une demande de faveurs sexuelles ;
- iii. des remarques à caractère sexuel ;
- iv. la présentation de matériel pornographique ;
- v. toute autre conduite importune d'ordre physique, verbal ou non verbal de nature sexuelle.

- Tous les employeurs ou les personnes responsables dans tout milieu de travail, que ce soit dans le secteur public ou dans le secteur privé, devraient prendre des mesures adéquates pour prévenir le harcèlement sexuel. Sans qu'il soit porté atteinte au caractère général de cette obligation, ils devraient prendre les mesures suivantes :

- i. l'interdiction expresse du harcèlement sexuel en milieu de travail doit être signifiée au moyen d'avis ou de publications et diffusée de façon appropriée ;
- ii. les règles/règlements du gouvernement et des organismes du secteur public relatives à la conduite et à la discipline devraient inclure des règles/règlements interdisant le harcèlement sexuel et prévoir des sanctions appropriées à l'endroit du contrevenant ;
- iii. au travail, des conditions appropriées doivent être fournies en matière de travail, de loisirs, de santé et d'hygiène pour faire en sorte qu'il n'existe aucun élément

hostile aux femmes dans le lieu de travail et qu'aucune employée n'ait des motifs valables de croire qu'elle est désavantagée dans l'exercice de son travail.

2.3 Le recours public

2.3.1 De quoi s'agit-il ?

En plus de comporter des articles garantissant le droit d'exercer un recours en cas violation des droits fondamentaux, les constitutions peuvent renfermer des clauses de recours public stipulant que l'État doit entreprendre des actes positifs visant à assurer le respect, la promotion et la protection des droits fondamentaux et à leur donner effet. Une clause de recours public facilite l'accès à la justice par l'entremise d'institutions démocratiques créées et maintenues par l'État.

2.3.2 Exemples de clauses de recours publics dans les constitutions :

Le chapitre 9 de la Constitution de l'Afrique du Sud prévoit la création d'institutions étatiques qui soutiennent la " démocratie constitutionnelle ".

Section 181 de la Constitution de l'Afrique du Sud :

(1) Les institutions étatiques suivantes contribuent à renforcer la démocratie constitutionnelle dans la République :

- (a) Le protecteur du citoyen*
- (b) La Commission des droits de l'homme*
- (c) La Commission pour la promotion et la protection des droits des communautés culturelles, religieuses et linguistiques*
- (d) La Commission pour l'égalité des sexes*
- (e) Le vérificateur général*
- (f) La Commission électorale*

(2) Ces institutions sont indépendantes et ne sont assujetties qu'à la Constitution et à la loi ; elles doivent être impartiales en plus d'exercer leurs pouvoirs et exécuter leurs fonctions sans crainte, sans favoritisme et sans préjudice.

(3) D'autres organes de l'État, par des mesures législatives et autres, doivent porter assistance à ces institutions et les protéger afin d'en assurer l'indépendance, l'impartialité, la dignité et l'efficacité.

(4) Aucune personne ni aucun organe de l'État ne doit faire obstacle au fonctionnement de ces institutions.

(5) Ces institutions doivent répondre de leurs actes devant l'Assemblée nationale, et doivent faire rapport de leurs activités et de l'exécution de leurs fonctions à l'Assemblée au moins une fois par année.

La section 187 de la Constitution de l'Afrique du Sud énonce la nature des fonctions de la Commission pour l'égalité entre les sexes :

(1) La Commission pour l'égalité entre les sexes doit promouvoir le respect du principe d'égalité entre les sexes ainsi que la protection, le développement et l'atteinte de l'égalité entre les hommes et les femmes.

(2) La Commission pour l'égalité entre les sexes a le pouvoir nécessaire, conformément aux règlements de la législation nationale, pour réaliser ses fonctions, notamment le pouvoir de contrôler, d'enquêter, de faire des recherches, d'éduquer, de faire du lobbying, de conseiller et de présenter des rapports relativement à des questions touchant l'égalité entre les sexes.

(3) La Commission pour l'égalité entre les sexes est investie des pouvoirs et des fonctions additionnels prescrits par la législation nationale.

II. Les droits fondamentaux dans la constitution

Les objectifs de la constitution d'un pays sont d'empêcher le gouvernement d'agir de façon arbitraire, de garantir les droits des personnes qui sont sous sa juridiction et de définir la position du pouvoir souverain. La constitution confère aux droits fondamentaux des individus un caractère légal aux yeux de l'État. En devenant lié par cette constitution, l'État s'engage à assurer, pour chaque citoyen, le respect de ses droits fondamentaux énoncés dans ladite constitution. Cela signifie que les droits fondamentaux des citoyens garantis par la constitution du pays peuvent être confirmés par un tribunal. Les droits constitutionnels sont ce qui élève les personnes vivant dans un pays donné au statut de citoyens, au lieu de simples sujets gouvernés de façon arbitraire.

Lorsque les droits énoncés dans une constitution sont qualifiés de “ fondamentaux ”, cela signifie que ces droits sont considérés comme politiquement essentiels à l'existence de la société dans l'État et nécessaires pour garantir aux individus un sentiment de dignité et de respect.

En 1993, les Nations Unies organisaient la Conférence mondiale sur les droits de l'homme. La Déclaration de Vienne et le Programme d'action renferment la disposition suivante :

“ Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. 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 toutes les libertés fondamentales. ”

1. Les catégories de droits

Alors que la Déclaration de Vienne et le Programme d'action célébreront leur 10^e anniversaire cette année, la plupart des États continuent de diviser les droits fondamentaux des citoyens en différentes catégories. Les constitutions de la plupart des pays vont souvent puiser les droits civils et politiques qu'ils garantissent à leurs citoyens dans les instruments du droit international. Les droits civils et politiques sont parfois appelés “ droits classiques ”, et peuvent aussi englober

les droits économiques et sociaux. Le droit à la vie, à la liberté, à la liberté d'association et de vote, par exemple, font partie de la catégorie des droits classiques. Ces droits ont été élaborés pour prévenir l'ingérence injustifiée des gouvernements dans la vie quotidienne de leurs citoyens. Ils imposent des obligations à l'État et limitent son pouvoir d'agir arbitrairement.

Les droits sociaux et économiques sont une autre catégorie de droits qui imposent aux gouvernements l'obligation de s'assurer que leurs citoyens sont en mesure de vivre et de travailler dans des conditions qui correspondent aux normes minimales de la dignité humaine. Parmi ces droits, on compte par exemple le droit d'être protégé du danger, le droit à des services sociaux, le droit au travail, le droit à une représentation collective et le droit de bénéficier de soins de santé de base. Les droits politiques sont souvent considérés à tort comme des droits sociaux et économiques, comme par exemple le droit à un procès équitable ou le droit de d'intenter des poursuites.

Il existe une importante différence entre les droits civils et politiques et les droits sociaux et économiques. L'État est tenu de garantir les droits civils et politiques, alors que les droits sociaux sont généralement traités comme des objectifs de politiques générales et ne sont pas accompagnés d'une procédure de recours judiciaires qui pourrait en garantir le respect.

Les droits civils et politiques n'imposent-ils aux États que des obligations négatives ?

Les droits civils et politiques n'imposent pas aux États que des obligations négatives, c'est-à-dire la prise de mesures particulières en réponse à la violation de ces droits. Par exemple, pour garantir le droit à un procès équitable, des mesures positives doivent être prises, soit l'établissement et le maintien d'un système judiciaire adéquat et de mécanismes efficaces d'application de la loi. De plus, certains droits sociaux et économiques sont contenus dans des traités de droits politiques et se fondent sur des obligations négatives, comme la prohibition de l'esclavage et du travail forcé ou le droit à la liberté d'association ou à un traitement égal devant la loi. L'exécution de ces droits, considérés comme justiciables, peut être exigée devant un tribunal. De même, si certains droits sociaux sont violés comme le droit de grève ou d'entreprendre des négociations collectives, l'action de l'État peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

1.1 Les droits absolus, conditionnels et restreints

Aucun énoncé des droits ne possède un caractère absolu, quelle que soit la charte ou la constitution où il s'insère. L'ensemble des droits et libertés sont soumis à une certaine réglementation. Ce qui importe, c'est que cette réglementation ne porte pas atteinte aux droits de façon arbitraire ou déraisonnable, et qu'elle n'excède pas son utilité légitime pour la société dans son ensemble. Les législations et les politiques peuvent constituer des réglementations visant le bien commun. Par exemple, la liberté d'information et la liberté d'expression sont des droits garantis qui ne peuvent être limités arbitrairement ; toutefois, dans le cadre d'une poursuite devant les tribunaux portant sur un crime de violence sexuelle commis à l'endroit d'une ou d'un mineur ou d'une femme, il se peut que certaines restrictions s'appliquent, auxquelles la presse doit se plier, sur des questions comme la publication du nom de la victime (pour protéger sa vie privée), la publication de la photographie d'un témoin (ce qui porterait atteinte à sa sécurité) ou la dissémination de publicité offensante ou haineuse.

L'existence de conditions et de restrictions n'implique pas que les droits fondamentaux puissent être ignorés ou dilués. Toute condition doit comporter un objectif spécifique et légitime, par exemple assurer la sécurité du public. Toute transgression doit être réglementée par la loi et être conforme à l'esprit du droit constitutionnel dont il est question. Mais autant que possible, il vaut mieux employer des méthodes moins intrusives.

2. La clause d'égalité

L'égalité devant la loi et le droit à une protection égale devant la loi sont des garanties fondamentales de toute constitution. C'est cette disposition qui, d'une part, limite la discrimination dans la législation étatique en ce qui a trait aux libertés civiles, et d'autre part, fournit aux citoyens une mesure de protection contre toute discrimination qui risque de compromettre la pleine jouissance de leurs droits sociaux et économiques. L'existence d'une protection égale pour tous est le principe de base de la justice devant la loi.

L'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies stipule que tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. *Que signifie*

le principe d'égalité ? Il signifie que tous les êtres humains sont égaux, et donc que la loi devrait s'appliquer de la même façon à toutes et à tous. Le principe d'égalité devant la loi interdit l'octroi de tout privilège particulier à des citoyens ou des classes de citoyens, et exige que toutes les personnes soient traitées de façon égale devant la loi en toute circonstance ou dans toute situation, sans distinction de classe, de race, d'origine ethnique, de revenu, de sexe, de religion, d'appartenance tribale ou de langue.

3. Le langage des droits

Dans tous les textes juridiques, les énoncés sont formulés à partir du sens fondamental des mots employés. Les mots utilisés pour décrire les droits sont d'une importance capitale. En général, les termes que l'on trouve dans les textes constitutionnels sont employés dans un sens large et non restrictif. Ces termes établissent des standards élevés et permettent une vaste gamme d'interprétations en cour. Par exemple, le terme "dignité" possède diverses significations et conditions. Certains textes constitutionnels déclarent que la dignité d'une personne (dans les textes plus anciens, on emploie souvent le terme "homme" au lieu de "personne") doit être respectée alors que d'autres la disent inviolable, ce qui signifie qu'elle ne peut être violée de quelle que façon que ce soit. Ainsi, l'emploi du terme *inviolable* empêche le recours à des sanctions dégradantes, même à l'endroit des personnes reconnues coupables d'un crime.

On pourrait aussi prendre l'exemple des droits "*inaliénables*" (adjectif signifiant qu'une chose ne peut jamais être retirée). L'emploi du mot "*inaliénable*" empêche l'État de suspendre les droits constitutionnels, même en situation d'urgence, et interdit la prise de mesures arbitraires contre les citoyens. De même, pour que les lois aillent dans le sens de la réalisation des droits fondamentaux garantis par la constitution, l'emploi d'un terme comme "*incompatible*" au lieu de "*en conflit*" entraîne des significations différentes ainsi que des différences dans la sévérité avec laquelle les critères visant à juger de la validité d'une loi seront employés par les tribunaux dans le cas d'un litige visant à déterminer si ladite loi viole les droits d'un citoyen.

4. Les droits fondamentaux s'appliquent-ils seulement aux citoyens ?

Les droits constitutionnels d'un pays s'appliquent généralement exclusivement aux citoyens de ce pays. Tous les pays ne garantissent pas tous les mêmes droits ; toutefois, il existe un certain nombre de droits fondamentaux qui s'appliquent à tous les résidents d'un pays, même s'ils n'y séjournent que temporairement. Au nombre de ces droits qui sont garantis sans égard à la citoyenneté ou au statut de résident figurent les libertés civiles de base comme le droit à la vie, la protection contre les arrestations et les détentions arbitraires, le droit à un procès équitable et le droit à la présomption d'innocence. L'article 4 de la Constitution du Pakistan ne fait aucune distinction entre un citoyen et un non-citoyen, et tous les individus qui se trouvent au pays se voient garantir le droit de jouir de la protection de la loi. De même, l'article 14 de la Constitution du Sri Lanka prévoit une période de temps précise pendant laquelle une personne peut se prévaloir, au même titre que les citoyens du pays, des droits à la liberté d'expression, d'assemblée, d'association, d'exercer une profession et de circuler librement.

4.1 Quels sont l'objectif et la fonction des droits fondamentaux ?

i. Fournir un cadre législatif

Les droits fondamentaux fournissent un cadre permettant à la législature de promulguer des lois compatibles avec ces droits et de mettre en place des politiques qui garantissent les libertés fondamentales, et obligent l'État à créer un contexte permettant aux citoyens de se prévaloir des droits qui leurs sont garantis. La plupart des constitutions renferment une clause qui restreint le pouvoir de l'État de promulguer des lois incompatibles avec les droits fondamentaux des citoyens. Si une loi, en tout ou en partie, est incompatible avec ces droits, alors cette loi est frappée de nullité. Les tribunaux supérieurs d'un État sont investis du pouvoir de procéder à des contrôles judiciaires afin de vérifier si les lois sont conformes à la constitution et de réfuter les lois qui sont jugées inconstitutionnelles. L'article 8 de la Constitution de 1973 du Pakistan stipule que “ (1) toute loi ainsi que tout usage ou coutume ayant force de loi qui se révèle incompatible avec les droits conférés au titre du présent chapitre sera frappé de nullité dans la mesure de cette incompatibilité ; (2) l'État s'engage à ne promulguer aucune loi qui revient à confisquer ou à

restreindre les droits conférés ici, et toute loi en contravention de cette clause sera frappée de nullité, dans la mesure de cette contravention ”.

ii. Protéger des actions de l'État

Ces droits offrent des moyens de protection contre toute action étatique dérogeant aux droits fondamentaux. Les droits fondamentaux exigent des États qu'ils s'abstiennent de poser des actes préjudiciables contre les citoyens, et toute transgression à cette interdiction est frappée de nullité.

Il existe deux formes de droits qui protègent des actions préjudiciables du gouvernement ou d'autres organes du pouvoir étatique, soit les droits fondamentaux et les droits procéduraux. Les droits fondamentaux sont considérés comme une fin en soi. Par exemple, la dignité d'une personne est inviolable. Les droits procéduraux prévoient l'adoption de certaines procédures par l'État dans ses rapports avec les individus. Par exemple, l'article 33 de la Constitution du Bangladesh prévoit des mesures de protection lorsqu'une personne est arrêtée et détenue. On trouve des droits similaires à l'article 10 de la Constitution du Pakistan et à l'article 22 de la Constitution de l'Inde. Ces articles énoncent les droits des accusés, notamment les suivants :

- l'accusé a le droit de prendre connaissance des accusations qui sont portées contre lui ou elle ;
- l'accusé a le droit de se défendre en faisant appel un avocat de son choix ;
- l'accusé ne peut être détenu au-delà d'une certaine période sans l'autorisation écrite d'un fonctionnaire judiciaire.

iii. Assurer une protection contre les distinctions et les classifications arbitraires

Même si les dispositions relatives à la discrimination positive (voir le mémoire ci-joint à ce sujet) permettent aux États de prendre des mesures spéciales pour venir en aide aux secteurs défavorisés de la société, la clause d'égalité permet de mettre un frein à toute distinction ou classification arbitraire. La Cour suprême du Pakistan maintient qu'une classification raisonnable est admissible, à condition qu'elle ait un motif ou une justification raisonnable.

Il ne peut exister aucun critère universel pour évaluer le caractère raisonnable d'une classification, car une classification donnée peut être raisonnable dans certaines circonstances et déraisonnable dans d'autres. Le caractère raisonnable d'une classification doit s'appuyer sur une différenciation intelligible entre des personnes ou des choses regroupées ensemble et celles qui sont exclues de ce regroupement. Cette différenciation doit avoir un lien rationnel avec l'objectif visé par l'établissement de la classification.

iv. Les droits fondamentaux assurent une supervision obligatoire sur les institutions administratives

Le domaine du droit administratif est en constante expansion. Les autorités exécutives acquièrent des fonctions d'ordre législatif et quasi judiciaire qui viennent s'ajouter à leurs tâches administratives. Aujourd'hui, on emploie le terme "*juridictionnel*" au lieu de "*quasi judiciaire*". D'une part, les organes exécutifs du gouvernement acquièrent ces fonctions, alors que d'autre part, les pays régis par la common law continuent de considérer que toute action de l'administration qui n'est pas conforme à la loi est invalide dans la pratique. Dans ces pays, ce sont les aspects fondamental et procédural des droits qui servent à limiter les actions des autorités exécutives.

v. Protéger les droits des minorités contre les abus de la majorité

La différence entre les droits fondamentaux d'une constitution et les droits ordinaires garantis par la loi est que les droits fondamentaux peuvent être invoqués par une minorité et sont impossibles à modifier au moyen de la législation ordinaire. Par conséquent, ils ne peuvent être soumis aux dictats autoritaires ou arbitraires de la majorité. Dans certaines constitutions, les droits fondamentaux font partie de la structure de base de la constitution, ce qui les met à l'abri de toute modification.

5. Les droits correspondant aux divers systèmes juridiques

La reconnaissance des droits fondamentaux des citoyens dans leur sens réel dépend du système de gouvernance élaboré et adopté au titre de la constitution. Ce système comprend notamment les

stipulations relatives aux procédures législatives, l'autorité du Parlement ou d'autres organes législatifs, les fonctions des autorités exécutives et, par-dessus tout, le type de système judiciaire en place.

I. Le pouvoir législatif : Les droits fondamentaux ne sont fixés que si la législation est assujettie aux dispositions de ces droits. Les constitutions de l'Inde, du Pakistan et du Bangladesh stipulent clairement qu'à partir de la prise d'effet de leur constitution, toute loi, coutume ou usage ayant force de loi sera frappé de nullité s'il est incompatible avec les droits constitutionnels. Pour pouvoir déterminer si une loi ou une coutume est incompatible avec la constitution, les trois pays ont accordé un pouvoir de contrôle judiciaire aux tribunaux d'instances supérieures mis sur pied au titre de leur constitution. Ainsi, le fait de rendre les interventions du législateur sujettes à des contrôles judiciaires afin d'en déterminer la conformité avec la constitution est un aspect fondamental de la concrétisation pleine et entière des droits constitutionnels de l'État.

En dépit de ces droits garantis au titre de la constitution, il arrive parfois que des pays adoptent des lois qui font exception. Par exemple, au Pakistan, l'ordonnance sur le droit musulman de la famille de 1961 ne peut être contestée devant les tribunaux en invoquant la constitution. Cette exception constitue une violation des droits des citoyens ainsi qu'un obstacle à une égalité réelle entre tous les citoyens.

L'adoption de lois préexistantes : Dans la plupart des pays en développement, en particulier les anciennes colonies, la constitution n'est entrée en vigueur qu'au cours des récentes décennies. Certaines constitutions ont été établies conformément au système de gouvernance déjà en place. Les critères adoptés pour le maintien des anciennes lois dans le nouveau système de gouvernance sont un facteur primordial dans la réalisation efficace des droits fondamentaux. L'article 47 (2) de la Constitution du Bangladesh protège un grand nombre de lois préexistantes, et c'est à la législature qu'il revient de décider d'amender ou non ces vieilles lois. Dans la constitution du Sri Lanka, toutes les lois préexistantes ont été maintenues, en plus des droits énoncés dans ladite constitution.

L'article 16 de la Constitution du Sri Lanka stipule que :

(1) toutes les lois existantes, écrites et non écrites, demeureront valides et exécutoires nonobstant toute incompatibilité avec les dispositions énoncées précédemment dans le présent chapitre ;

(2) la soumission de toute personne, sur l'ordre d'un tribunal compétent, à toute forme de sanction reconnue par une loi écrite existante ne sera pas en dérogation aux dispositions du présent chapitre.

Les exceptions qui s'appliquent aux lois préexistantes ou aux lois promulguées après l'adoption de la constitution affectent souvent les femmes et d'autres secteurs défavorisés de la société. Dans la plus grande partie des pays en développement, les lois relatives au statut personnel remontent à des décennies et n'ont pas été promulguées selon des procédures législatives adéquates. Les coutumes ont toujours force de loi et ne sont pas assujetties aux garanties liées aux droits constitutionnels.

II. Les actions du pouvoir exécutif : Il importe, dans l'examen des droits constitutionnels, de considérer les clauses d'immunité auxquelles peuvent avoir recours les autorités exécutives des États pour maintenir la loi et l'ordre ou pour des raisons de sécurité. Les constitutions du Pakistan, du Bangladesh et de l'Inde, même si elles renferment toutes une disposition prévoyant le droit à une protection contre les arrestations et les détentions arbitraires, permettent aux autorités étatiques de promulguer des lois permettant la détention préventive et plaçant les détentions préventives hors de la portée de tout bref d'habeas corpus soumis par les tribunaux.

Le système judiciaire : Sans l'existence de mécanismes d'exécution permettant de procéder à des recours judiciaires efficaces, les droits fondamentaux ne veulent rien dire. *Le droit de pétition* pour obtenir réparation en cas de violation des droits est un droit fondamental reconnu pas certains pays. Veuillez prendre connaissance du mémoire suivant, qui porte sur les mécanismes d'exécution.

III. Les mesures de discrimination positive dans la constitution

1. Qu'est-ce que la discrimination positive ?

La discrimination positive est un ensemble de mesures spéciales visant à augmenter les chances des groupes défavorisés et sous-utilisés de la société (en particulier les femmes et les membres des minorités) qui sont dans l'impossibilité de se prévaloir de leurs droits fondamentaux et des possibilités de base qu'offre la société en raison d'une discrimination à long terme. La mise en œuvre de politiques de discrimination positive part d'une reconnaissance de l'impact de la discrimination et vise à corriger les injustices du passé et à promouvoir la participation pleine et entière des citoyens à la vie sociale et économique de la société. Les politiques de discrimination positive sont souvent incluses dans les politiques relatives à l'éducation ou à l'emploi ou incorporées dans la constitution des États où certains secteurs de la population ont été victimes d'une discrimination à long terme et prolongée basée sur le sexe, la nationalité, la religion ou d'autres distinctions. L'Afrique du Sud est un exemple de pays dont la constitution a incorporé des mesures de discrimination positive de nature juridique afin de corriger les injustices du passé perpétrées contre une partie de la population sur la base de considérations raciales. L'Afghanistan est un exemple de pays qui aurait avantage à inclure de telles dispositions dans sa constitution, et qui bénéficierait de la mise en œuvre de ces dispositions à tous les échelons de la société.

Les programmes de discrimination positive sont employés afin d'augmenter la présence des femmes, des membres des minorités et d'autres groupes sous-représentés de la société (comme les personnes handicapées) dans les divers milieux où des déséquilibres existent en raison de préjugés et de discrimination. Ces milieux peuvent être entre autres des établissements d'enseignement supérieur et des lieux de travail. Selon certaines études, pour que la discrimination positive constitue un outil de transformation sociale utile, il est nécessaire de bien évaluer les circonstances passées et présentes et d'élaborer un programme doté d'objectifs bien définis et d'un calendrier de changement réaliste. La discrimination positive est plus valable en tant que " principe " qu'en tant que simple méthode d'établissement et de mise en œuvre de quotas.

Les politiques de discrimination positive visent à corriger les injustices du passé ainsi qu'à augmenter les chances des personnes qui ont subi une discrimination en raison de leur race, de leur nationalité ou de leur sexe, et qui par conséquent ont besoin de mesures spéciales destinées à encourager et à soutenir leur pleine participation à la société, ce qu'elles méritent pleinement. Il existe une métaphore utile pour illustrer l'importance de la discrimination positive, qui consiste à comparer les hommes et des femmes aux ailes d'un oiseau. Imaginons qu'une aile est plus faible que l'autre parce qu'elle est demeurée " fermée " pendant de très nombreuses années ; elle devra recevoir une attention et des soins particuliers et faire des " exercices " spéciaux pour se renforcer et retrouver la capacité de battre tout aussi bien que l'autre. En effet, si les deux ailes n'arrivent pas à travailler en tandem, l'oiseau sera incapable de voler, et de la même façon, si les hommes et les femmes ne jouissent pas des mêmes droits et des mêmes possibilités de réaliser leur plein potentiel et de contribuer de façon égale à l'avancement de leur société, cette société ne pourra progresser et se développer.

Les articles 2 et 4 de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) impose aux États parties l'obligation d'éliminer la discrimination à l'égard des femmes en adoptant des mesures appropriées dans leur constitution et en promulguant des lois visant à promouvoir la pleine participation des femmes dans la vie sociale, économique et politique du pays. En tant qu'État qui a tout récemment ratifié la CEDEF et qui est en cours d'élaboration d'une nouvelle constitution, l'Afghanistan est en excellente position de concilier les engagements qu'elle prendra auprès de ses citoyens avec ceux qu'elle a pris auprès de la communauté internationale en incorporant les dispositions de la CEDEF dans sa constitution.

2. Pourquoi la discrimination positive est-elle une importante stratégie à employer ?

La mise en œuvre de politiques de discrimination positive entraîne un grand nombre d'avantages sociaux et économiques. Cela est particulièrement vrai dans les sociétés qui ont été marquées par des divisions sociales fondées sur la nationalité, l'origine ethnique, le sexe, la religion ou la langue.

1. La discrimination positive vise l'établissement d'une bonne gouvernance ainsi que d'un leadership moral et politique

Les sociétés qui ont été marquées par des préjugés à long terme et profondément ancrés ainsi que par la discrimination institutionnelle bénéficient grandement de l'application de politiques de discrimination positive. Dans les sociétés où les inégalités ont affecté la capacité de *tous* les citoyens d'exercer leurs droits et de bénéficier de toutes les possibilités offertes par la société, la discrimination positive joue deux rôles : premièrement, elle symbolise l'engagement et la volonté politique des leaders politiques et sociaux à promouvoir l'avancement et la transformation sociales ; deuxièmement, plus qu'un symbole, il s'agit d'un moyen tangible d'ouvrir l'espace public à des secteurs auparavant désavantagés de la société. Ainsi, les États qui adhèrent au principe de la discrimination positive démontrent leur engagement à agir comme un bon gouvernement et l'importance qu'ils accordent au bien-être de *tous* les citoyens.

2. La discrimination positive vise à promouvoir des valeurs positives au sein de la société

Les politiques de discrimination positive envoient un message disant que tous les citoyens devraient bénéficier de chances égales en matière d'éducation et d'emploi, et par conséquent être jugés selon leurs capacités et non la couleur de leur peau, leur nationalité leur sexe ou d'autres caractéristiques distinctives. La promotion du principe d'« unité dans la diversité » ne peut faire autrement que favoriser l'avènement d'une société plus cohésive et plus saine pour l'ensemble des citoyens et des citoyennes, ce qui est tout particulièrement important dans les sociétés qui ont été marqués par de longs conflits internes ayant contribué à créer ou à aggraver certaines divisions entre les groupes et les personnes.

3. La discrimination positive vise à renforcer l'économie

Lorsqu'un important pourcentage de la population est dans l'impossibilité d'avoir accès à l'éducation et à l'emploi, l'économie est ainsi privée d'une importante quantité de ressources humaines dont l'apport profiterait sans doute à l'ensemble de la société. Les politiques de discrimination positive assurent « l'égalité des chances » pour tous les citoyens, ce qui augmente

le bassin de candidates et candidats admissibles aux postes offerts. L'inclusion des membres sous-représentés de la société à la vie économique d'un pays ne peut qu'engendrer des changements favorables, notamment la création d'emplois et une augmentation du niveau de vie, ce qui, en retour, renforcera l'économie et attirera les investissements étrangers.

4. La discrimination positive vise l'avènement de la paix et de la justice ainsi que la concrétisation des droits humains

La discrimination positive vise à réparer les injustices passées et à promouvoir la création de sociétés fondées sur des principes de justice, d'équité et de respect des droits humains. La paix intérieure et la stabilité sociale d'une société dépendent de l'application de ces principes, et leur absence est empiriquement associée aux troubles politiques, au chaos social et à l'instabilité économique.

5. La discrimination positive vise le respect des droits fondamentaux

Les instruments internationaux des droits humains proclament le droit de tous les êtres humains de jouir de certains droits fondamentaux comme la nourriture, l'abri, l'éducation et la santé. La discrimination positive serait inutile si les États appliquaient le principe d'égalité entre tous les citoyens en matière de protection, de droits et de possibilités. Étant donné que dans toutes les sociétés, un secteur de la population est victime de discrimination basée sur le sexe, la nationalité, la race et d'autres caractéristiques distinctives, les politiques de discrimination positive sont une *nécessité* visant à assurer que *tous* les citoyens puissent exercer leurs droits fondamentaux. Par conséquent, en instituant des mesures de discrimination positive dans les constitutions et les autres législations, les gouvernements ne font que remplir leur obligation de promouvoir et de protéger les droits humains de tous leurs citoyens.