



HAL
open science

Egalité et "action positive" pour les femmes dans la nouvelle constitution intérimaire d'Afrique du Sud

Antoine J. Bullier

► **To cite this version:**

Antoine J. Bullier. Egalité et "action positive" pour les femmes dans la nouvelle constitution intérimaire d'Afrique du Sud. Alizés : Revue angliciste de La Réunion, 1997, Women in Multicultural South Africa, GRAS International Seminar 1996, 14, pp.213-220. hal-02348354

HAL Id: hal-02348354

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02348354>

Submitted on 5 Nov 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Egalité et "action positive" pour les femmes dans la nouvelle constitution intérimaire d'Afrique du Sud

Entre la constitution intérimaire et la définitive, il y a eu évolution. Les arrêts et *Du Plessis vs. de Klerk* auraient été rendus de façon différente sous l'empire du nouveau texte fondamental. Il y a eu progrès entre les deux versions du Bill of Right. Des Sud-Africaines de toute origine et de tout milieu se sont illustrées dans le combat pour l'égalité. Des femmes comme Albertina Sisulu, Ruth First, Fatima Meer, Helen Suzman, ont été à l'avant garde du combat contre l'apartheid et pour l'émancipation de la femme. La nouvelle constitution définitive d'Afrique du Sud adoptée par l'assemblée constituante le 8 mai 1996 réaffirme avec force l'égalité entre les sexes au chapitre 1 art. 3 (2) il est précisé que "tous les citoyens jouiront des droits, privilèges et bénéfices de la citoyenneté". Au chapitre 2, dans la déclaration des droits Bill of Rights l'article 9 prévoit que :

Tous sont égaux devant la loi et bénéficient de l'égale protection et du bienfait du droit. L'égalité inclut la jouissance pleine et entière de tous les droits et libertés. Afin de promouvoir l'égalité des mesures législatives ou autres seront prises pour protéger ou faire avancer des personnes ou des catégories de personnes autrefois désavantagées.

.....

L'Etat ne peut pas discriminer de façon inéquitable pour des raisons de genre ou de sexe.

.....

La discrimination est inéquitable à moins que le contraire soit démontré.

Le nouveau texte fondamental d'Afrique du Sud n'est pas seulement une loi sur la répartition des pouvoirs dans le nouvel Etat sud-africain, c'est aussi un moyen d'éradiquer l'apartheid mais c'est surtout un projet. Dans notre cas ce qui nous retient c'est comment le texte lutte contre ta discrimination sexuelle mais aussi comment il entend réparer tes injustices passées en utilisant les techniques de l'action positive américaine affirmative action. Cette action est nécessaire et justifiée afin de compenser la discrimination passée qui affectait certains groupes. Certaines catégories doivent démontrer qu'elles ont souffert d'autres comme membres de la classe affectée sont automatiquement censées avoir subi une discrimination. Quelle va être la position de la cour constitutionnelle face à ce problème de discrimination sexuelle ? Va-t-elle être aussi activiste et rapide que pour la peine de mort déclarée anticonstitutionnelle l'année dernière ?

La discrimination sexuelle qui est réelle en Afrique du Sud fera-t-elle l'objet d'une action concertée comme elle l'a été aux Etats-Unis avec jurisprudence activiste et dispositions appropriées. Les services publics seront-ils tenus d'ouvrir plus grand leurs portes aux femmes, les universités seront-elles obligées d'avoir un corps étudiant et un corps enseignant faisant une plus grande part au sexe féminin ? L'action positive rencontrera-t-elle une opposition de la part d'institutions qui souvent veulent avant tout recruter selon le mérite et non pas selon d'autres critères. Mais comment évaluer le mérite de l'impétrante ? Est-il possible de faire jouer l'action positive pour les études de chirurgie ou d'aviation Tout programme préférentiel entraînera automatiquement d'autres groupes dans des revendications ; la féminisation du monde du travail, les excellents résultats des filles dans les institutions d'enseignement sont d'appréciables atouts. Dans le contexte sud-africain, les femmes seront-elles payées autant que les hommes ? Les cours de justice feront-elles respecter cet aspect de l'action positive ?

C'est l'action positive qui aux Etats-Unis a beaucoup contribué à faire entrer la déségrégation dans les faits. Elle y est en pleine perte de vitesse. Mais l'Afrique du Sud est bien différente, la nouvelle cour constitutionnelle aura-t-elle les moyens de mettre en œuvre des programmes efficaces comme le firent les cours fédérales américaines ? La tâche en Afrique du Sud est énorme. Une minorité qui se considérait comme politiquement majoritaire brimait une majorité réduite à l'état de minorité. Le texte d'une constitution peut-il provoquer des changements qui relèvent de l'ingénierie sociale ?

La Cour Constitutionnelle a décidé dans l'arrêt sur la peine de mort de faire une lecture morale de la constitution comme nous le recommandons le grand auteur Ronald Dworkin, c'est-à-dire de comprendre que les rédacteurs du texte fondamental ont voulu établir des principes généraux de moralité politique. Ces principes généraux pouvant faire naître des potentialités imprévues. La lecture morale se fonde sur ce que les rédacteurs ont dit, sur les principes qu'ils ont établis même s'ils n'avaient pas pensé à la nouvelle interprétation des juges. Ceux-ci doivent aussi faire montre d'intégrité constitutionnelle c'est à dire qu'ils doivent se considérer comme faisant partie d'une chaîne d'interprétation qui doit collaborer à l'élaboration cohérente d'un édifice constitutionnel moral. La liberté protégée ne consiste pas en une série de points isolés, c'est un continuum rationnel qui *grosso modo* inclut la liberté de toute imposition arbitraire substantielle et exclut les restrictions non justifiées à cette liberté. On peut croire que la cour constitutionnelle suivra cette démarche dans sa volonté de façonner la démocratie post-apartheid.

Dans l'arrêt Mildred Mthembu, la cour suprême du Transvaal a déclaré que les principes du mariage coutumier africain ("Bantu customary union") l'emportaient sur ceux de la déclaration des droits enchâssés dans la constitution intérimaire. Une telle jurisprudence risque de réduire à néant les principes d'égalité entre les sexes car ces principes égalitaires entrent en conflit avec les principes du droit coutumier africain reconnus par le Black Administration Act de 1927 et évoqués dans la constitution art. 15 (3) (a) (i). La commission sud-

africaine des lois pense devoir reconnaître les mariages coutumiers mais si elle le fait, elle doit reconnaître la polygynie.

Dans l'arrêt cité, l'avocat de Mildred Mthembu avait déclaré que le droit coutumier excluant l'épouse de la succession du *de cuius* est en conflit avec la constitution et devrait être déclaré anticonstitutionnel. Pour l'avocat, ce principe coutumier est foncièrement discriminatoire. Il est anticonstitutionnel car il contrevient aux articles 8 (1) et 8 (2) de la constitution intérimaire : toute personne a droit à l'égalité devant la loi et à la protection égale du droit et l'article 8 (2) qui précise que personne ne se verra discriminé directement ou indirectement selon des critères raciaux, sexuels, ethnique ou d'origine social, de couleur d'orientation sexuelle, d'âge, de handicap, de religion, de conscience, de croyance de culture ou de langue. Selon l'article 8 (4), la clause présumée discriminatoire est anticonstitutionnelle sauf preuve du contraire, ce qui n'est pas avancé par le défendeur. Toujours pour cet avocat, le Black Administration Act n° 38 de 1927 devrait être déclaré anticonstitutionnel.

La question est de savoir si le chapitre 3 de la constitution intérimaire s'applique horizontalement, c'est-à-dire aux relations privées aussi bien que verticalement c'est à dire aux relations entre citoyens et organes de l'Etat. Dans l'arrêt *Du Plessis vs. De Klerk* la cour constitutionnelle a déclaré que le chapitre 3 de la constitution intérimaire "Bill of Rights" ne pouvait s'appliquer directement entre les parties c'est-à-dire horizontalement, mais la cour ne s'est pas prononcée si dans certains cas il pouvait y avoir application mais dans son article 35 (3), les tribunaux sont tenus dans l'application et le développement du droit coutumier de respecter l'esprit, le but et l'objet du Bill of Rights. Pour l'avocat de Mthembu, le chapitre 3 de la constitution intérimaire s'applique aussi bien horizontalement que verticalement. Y a-t-il un principe d'ordre public qui fait que ce principe de droit coutumier est en violation avec les principes du Bill of Rights ? La cour constitutionnelle ne devrait-elle pas se saisir d'une telle affaire ? Pour la plaignante, la constitution est la loi suprême de la république ; toute loi en contradiction et qui n'est pas expressément ou implicitement prévue par elle n'est pas applicable. La constitution précise aussi qu'aucun principe de *Common Law*, de droit coutumier ne peut limiter un droit enchâssé dans

la constitution. Les "Bills of Rights" sont insérés dans les constitutions afin de restreindre le pouvoir de l'Etat et protéger les libertés individuelles.

Le droit coutumier a été accepté par les rédacteurs de la constitution comme un système de droit et de culture librement choisi par les individus, l'article 33 (3) de la constitution précise que l'enchâssement des droits ne doit pas être compris comme niant l'existence d'autres droits et libertés reconnus et conférés par la *Common Law*, le droit coutumier ou la législation. Le juge a décidé qu'il ne pouvait considérer comme discriminatoire et injuste le traitement de la femme dans le mariage coutumier selon l'article 8 de la constitution. Pour celui-ci, puisqu'il y a reconnaissance du droit coutumier comme système parallèle à la *Common Law* dans la constitution et que les individus peuvent librement choisir leur statut personnel, il ne voit pas qu'il y a conflit avec l'article 8 ni avec l'ordre public ou la justice naturelle. Le juge insiste aussi sur le fait que le droit coutumier n'est pas en conflit avec l'article 10 de la constitution qui précise que toute personne a droit au respect et à la protection de sa dignité. Pour le juge, dans la communauté tribale les règles de succession n'attendent pas à la dignité de l'individu.

Il y a ici un problème important : en Afrique du Sud, coexistent plusieurs sortes de mariages. Certains peuvent être polygyniques quand ils sont coutumiers. La nouvelle constitution permet de repenser le dualisme du système juridique. En principe un Etat qui se consacre à l'éradication de l'apartheid et à l'égalitarisme ne devrait avoir qu'une sorte de mariage. La norme devrait être un seul mariage pour tous. Il n'est pas encore sûr, qui du principe d'égalité ou des règles du droit coutumier l'emportera. Peut-il y avoir polygynie et égalité constitutionnelle des sexes ?

Quel doit être la place du droit coutumier dans la nouvelle république d'Afrique du Sud ? Celui-ci étant spécifiquement prévu dans la constitution. Quel droit devra s'appliquer ? Avec le statut personnel prévu par la constitution, par les articles 31 et 32 du texte fondamental. Certains justiciables pouvant choisir leur statut familial et personnel. Le

droit coutumier a reçu reconnaissance explicite de la constitution sur pied d'égalité avec la *Common Law*, celui-ci fait donc partie intégrante du système juridique sud-africain. L'article 211 (3) de la constitution définitive déclare que les cours de justice doivent appliquer le droit coutumier quand ce droit est applicable sujet à la constitution et à toute législation qui traite de droit coutumier. Il est cependant malheureux de voir que le droit coutumier est d'application difficile car ses principes sont fragmentaires, vagues, souvent mal rédigés. Aujourd'hui la reconnaissance du droit coutumier se trouve dans le Law of Evidence Amendment Act 45 de 1988 qui répète des principes issus du Transkei et du Natal.

Cette loi reconnaît qu'on peut utiliser certains éléments afin de prouver le système de droit coutumier. Mais elle ne donne pas de recette pour découvrir quand le droit coutumier doit s'appliquer. Il n'y a pas de doute qu'aujourd'hui le droit coutumier est associé à la race ce qui est inacceptable dans la nouvelle Afrique du Sud. Aujourd'hui, avec la nouvelle constitution, il est nécessaire d'affirmer le principe que tous les Sud-Africains peuvent bénéficier de la protection du Bill of Rights. En clair le choix d'une des parties ne devrait pas empêcher l'autre de bénéficier de ses droits constitutionnels. Tout est là : les cours de justice vont-elles définir justice naturelle et ordre public comme des expressions signifiant les normes constitutionnelles et refuser d'appliquer le droit coutumier ? Les principes de la déclaration des droits deviennent d'ordre public et donc empêchent l'application du droit coutumier.

La nouvelle constitution définitive a reconnu, elle, l'application verticale mais aussi horizontale de la déclaration des droits du Bill of Rights. Les normes de la déclaration des droits vont-elles devoir prendre en considération d'autres normes différentes et opposées ? Certaines pratiques existent encore comme *lobola* (cette somme payée, en têtes de bétail, par le fiancé aux parents de sa future femme) et l'inégalité de la femme mariée dans le domaine successoral. Dans son chapitre 9 187 (1°), la constitution définitive prévoit une commission sur l'égalité des sexes. Quel sera le travail de cet organe qui doit promouvoir le respect pour l'égalité des sexes, la protection et la réalisation de l'égalité des sexes ? Cette commission a le pouvoir selon la législation de surveiller, procéder à des investigations, faire des recherches, éduquer, faire

pression, conseiller et rédiger des rapports sur l'égalité des sexes. Cette institution jouerait-elle un rôle de premier plan dans la politique législative de la république ? L'égalité des sexes sera-t-elle une priorité ou un vœu pieux renvoyé aux calendes grecques ? Seul l'avenir le dira. Les problèmes politiques mais surtout économiques étant d'une priorité absolue. La constitution fondée sur des idéaux occidentaux peut-elle accepter des normes autres qui intéressent la majorité des citoyens sud-africains ? Peut-on dire que les principes de la constitution sont intangibles et doivent s'appliquer à tous ?

L'Afrique du Sud nouvelle doit-elle accepter qu'en son sein des groupes soient traités différemment à cause de critères ethniques ? Est-il acceptable de restreindre le champ d'application du Bill of Rights en déclarant implicitement que ses normes sont occidentales et ne s'adaptent pas aux mœurs africaines ? Le communautarisme est-il compatible avec l'idée de nation sud-africaine réconciliée en un Etat et une constitution où tous seraient traités de la même façon sans distinction de race, de religion ou de culture ?

La cour constitutionnelle devra établir clairement ce que la constitution entend par respect de l'esprit, du but et de l'objet du Bill of Rights. L'Afrique du Sud actuelle est un exemple pour le monde entier. Cependant, le nouvel Etat sud-africain doit faire face à des défis qui dépassent l'entendement : problèmes du chômage évalué à 40% des forces vives de la république, réconciliation politique, criminalité effarante, et bien sûr lutte contre l'inégalité pour ne pas parler du problème prosaïque mais préoccupant de la sécheresse. La promotion des femmes indispensable en Afrique du Sud comme dans tous les Etats du monde ne semble malheureusement pas être un sujet de préoccupation majeure du gouvernement sud-africain sauf au niveau oratoire ; comment blâmer celui-ci, qui a tant de choses à reconstruire ? La lutte des femmes fait partie intégrante de l'émancipation des populations sud-africaines, le texte de la constitution fournit une preuve flagrante et écrite des intentions formelles des dirigeants actuels de l'Afrique du Sud. Il ne faut cependant pas se faire beaucoup d'illusions, l'émancipation de toutes les Sud-Africaines sera un combat long, lent et difficile et le droit, quoiqu'on en pense, n'est pas le meilleur moyen de

changer la société. Le nouveau texte fondamental n'en est pas moins la preuve d'une volonté affirmée vers un idéal malheureusement encore impossible à atteindre.

En conclusion, et en abandonnant le jargon juridique, dans un Etat qui veut unir tous les Sud-Africains, peut-il y avoir plusieurs systèmes de droit coexistants ? Le statut personnel est-il une façon de promouvoir le communautarisme ? La loi doit-elle être la même pour tous ? Peut-être avez-vous les réponses ? Personnellement je ne les possède pas.

*Antoine J. Bullier*¹



¹ Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), 12 place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05 (France).