



City Research Online

City, University of London Institutional Repository

Citation: Draghici, C. (2005). Le principe de non-discrimination dans la nouvelle Charte arabe des droits de l'homme: une réforme inachevée. In: Zanghì, C. and Ben Achour, R. (Eds.), *La Nouvelle Charte Arabe des droits de l'homme. Dialogue italo-arabe.* (pp. 449-488). Italy: Giappichelli. ISBN 9788834857649

This is the accepted version of the paper.

This version of the publication may differ from the final published version.

Permanent repository link: <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/13782/>

Link to published version:

Copyright: City Research Online aims to make research outputs of City, University of London available to a wider audience. Copyright and Moral Rights remain with the author(s) and/or copyright holders. URLs from City Research Online may be freely distributed and linked to.

Reuse: Copies of full items can be used for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes without prior permission or charge. Provided that the authors, title and full bibliographic details are credited, a hyperlink and/or URL is given for the original metadata page and the content is not changed in any way.

City Research Online:

<http://openaccess.city.ac.uk/>

publications@city.ac.uk

L’AFFIRMATION DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION DANS LA CHARTE ARABE DE 2004 : UNE RÉFORME INACHEVÉE

[in Zanghì, C. and Ben Achour, R. (eds.), *La Nouvelle Charte Arabe des droits de l’homme. Dialogue italo-arabe*, Turin: Giappichelli, 2005, 449-488]

Sommaire : 1. Aspects introductifs : relevance internationale du principe et tentative de mise à niveau de la *Charte arabe*. 2. Une amélioration incontestable : la clause de non-discrimination (article 3, alinéas a) et b)) et le principe de l’égalité devant la loi (article 11). 3. L’introduction de la parité des sexes (article 3 alinéa c)) et les droits de la femme dans les rapports familiaux (article 33) : des dispositions problématiques. 4. Les discriminations manifestes contre les non-ressortissants (articles 24 f), 34 a), 36, 41). 5. Considérations conclusives : les espoirs de modernisation sous le spectre des principes chariatiques prémodernes.

1. Dans le contexte de l’actuel débat international sur les droits de l’homme, l’un des points de divergence plus prégnants entre la vision du monde islamique et la conception établie au niveau mondial, sous l’impulsion des pays occidentaux, est constitué par la formulation et l’application du principe de non-discrimination.

Il s’agit là d’une norme fondamentale du système des droits de l’homme, qui repose sur la prémisse que « [t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits », selon l’énonciation de l’article premier de la *Déclaration universelle des droits de l’homme* de 1948, qui reprend un postulat essentiel des Déclarations du dix-huitième siècle¹.

Le principe de non-discrimination, réaffirmé nettement après la seconde Guerre Mondiale dans la *Charte des Nations Unies*², permet que toute personne, sans distinction de race, couleur, sexe, langue, religion, opinion politique etc., puisse bénéficier des droits garantis dans les divers instruments nationaux et internationaux mis à protection des droits de l’homme³, étant pour autant le point de départ de toutes les libertés⁴. L’inclusion du principe de non-discrimination dans les listes de droits prescrits dans les déclarations et conventions internationales en la matière est, par conséquent, non seulement finalisée à la réalisation de l’égalité et de l’impartialité comme objectifs autonomes, mais revêt en même temps un caractère accessoire par rapport à l’application de tous les droits que les États s’engagent à respecter vis-à-vis de tous les individus relevant de leur juridiction.

Le cadre normatif consolidé dans les pays arabo-islamiques configure sans doute l’une des

¹ Sur l’affirmation progressive du principe de non-discrimination en droit international, voir ZANGHÌ, C., *La protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 375 ss.

² Voir le premier paragraphe du Préambule de la *Charte des Nations Unies*, exprimant la résolution « à proclamer à nouveau [la] foi dans les droits fondamentaux de l’homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l’égalité de droits des hommes et des femmes [...] », ainsi que l’article 1, paragraphe 3, qui inclut parmi les buts de l’organisation celui de « [r]éaliser la coopération internationale [...] en développant et en encourageant le respect des droits de l’homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion ».

³ Voir, entre autre, l’article 2 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme*: « 1. Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, 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 ».

⁴ Sur la double valeur, intrinsèque et fonctionnelle, du droit à la non-discrimination, voir par exemple BAYEFSKY, A., *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, dans *Human Rights Law Journal*, 1990, p. 1 ss. Sur le droit à ne pas subir de discrimination comme « droit complémentaire », ayant acquis cependant une portée autonome dans le cadre du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et de la *Convention européenne des droits de l’homme*, voir SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l’homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001⁵, pp. 328-342.

approches régionales plus problématiques du point de vue de l'affirmation efficace du principe de non-discrimination. En effet, le décalage entre le niveau de protection des droits de l'homme dans cette région et le niveau assuré, par contre, sur le continent européen et américain et, dans une moindre mesure, celui africain, en conformité avec les standards internationaux qui émergent des documents élaborés au sein des Nations Unies, a depuis longtemps attiré l'attention du milieu juridique et sociologique international sur la difficulté de réconcilier lesdits standards avec certaines traditions culturelles et religieuses du monde islamique.

L'adoption d'un nouveau projet de *Charte arabe des droits de l'homme* en 2004 sous l'égide de la Ligue des Pays Arabes⁵, projet voué à actualiser le texte de la *Charte arabe* de 1994, devrait assurer la mise à niveau des engagements des États de cet espace géopolitique avec les critères internationaux en matière des droits de l'homme⁶.

Il convient de rappeler d'ailleurs que le nombre des pays de la Ligue Arabe ayant ratifié les deux *Pactes des Nations Unies* est assez significatif : il s'agit de quinze des vingt-deux États membres de la Ligue (l'Algérie, le Djibouti, l'Égypte, la Jordanie, l'Iraq, le Koweït, le Liban, la Libye, le Maroc, la Mauritanie, la Syrie, la Somalie, le Soudan, la Tunisie, le Yémen) ; en outre, neuf États de cette organisation ont ratifié la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (l'Algérie, le Comore, le Djibouti, l'Égypte, la Libye, la Mauritanie, la Somalie, le Soudan, la Tunisie). La Charte régionale devrait par conséquent refléter les engagements souscrits par les pays arabes dans le cadre de la participation à ces instruments internationaux.

L'objectif de l'analyse ci-après sera précisément celui de comparer les dispositions concernant la non-discrimination du nouveau texte avec les dispositions analogues présentes dans la version de 1994 et dans les autres instruments internationaux relevant, afin de pouvoir se prononcer sur l'amélioration effective introduite par cette initiative de révision.

2. Dans la lecture de la *Charte arabe* revisitée il convient de remarquer en tout premier lieu l'affirmation ponctuelle du principe de non-discrimination dans l'exercice des droits garantis, notamment à l'article 3, paragraphes a) et b)⁷. Au premier paragraphe de l'article 3 la *Charte* énonce une liste complète, voire innovatrice, de critères qu'elle défend d'employer à des fins discriminatoires, incluant par exemple le handicap physique et mental, qui ne figurait pas parmi les distinctions incriminées par le *Pacte relatif aux droits civils et politiques* de 1966⁸. La formulation

⁵ L'actualisation du texte de la *Charte arabe des droits de l'homme* de 1994 à la lumière des standards internationaux, sur décision du Conseil de la Ligue des États arabes du 24 mars 2003, a été confiée à la Commission arabe permanente des droits de l'homme, qui, aux termes de deux sessions extraordinaires en juin et octobre 2003 et faisant trésor des recommandations du groupe d'experts arabes constitué par le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et la Ligue pour examiner le projet, a adopté le 15 janvier 2004 un nouveau texte. La *Charte arabe* renouvelée entrera en vigueur deux mois après la date du dépôt du septième instrument de ratification auprès du Secrétariat de la Ligue des États arabes, conformément à l'article 49 de la *Charte*. Pour les détails de la démarche relative à l'adoption d'une Charte modernisée, voir CHEKIR, H., *La modernisation de la Charte arabe des droits de l'homme*, 2004, disponible à l'adresse électronique suivante : <http://dex1.tsd.unifi.it/jg/it/index.htm?surveys/islam>. Voir aussi les renseignements offerts par le site de l'Association Internet pour la promotion des droits de l'homme à la page http://www.aidh.org/Biblio/Txt_Arabe/modernisation.htm.

⁶ Sur l'évolution de la codification régionale des droits de l'homme dans le périmètre arabo-islamique, voir ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., pp. 329-344 ; UNGARI, P., MODICA, M. (edd.), *Per una convergenza mediterranea sui diritti dell'uomo*, vol. I, *Le "carte" delle organizzazioni araba, islamica e africana*, Euroma – La Goliardica, Roma, 1997, pp. 123-159.

⁷ L'article 3 de la *Charte* dispose : « a) Chaque État partie à la présente Charte s'engage à garantir à tout individu relevant de sa juridiction le droit de jouir des droits et des libertés énoncés dans la présente Charte sans distinction aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la croyance religieuse, l'opinion, la pensée, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou le handicap physique ou mental ; b) Les États parties à la présente Charte prennent les mesures requises pour garantir l'égalité effective dans l'exercice de tous les droits et de toutes les libertés consacrés par la présente Charte, de façon à assurer une protection contre toutes les formes de discrimination fondées sur l'un quelconque des motifs mentionnés au paragraphe précédent ».

⁸ Voir, à ce propos, l'article 2, paragraphe 1 dudit *Pacte* : « 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

est sans doute plus complète aussi par rapport à l'article 2 du texte de la *Charte* de 1994⁹. Il faut rappeler en même temps que, selon la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, l'énumération des motifs de discrimination interdits dans le *Pacte* suscité n'est pas considérée comme exhaustive¹⁰ ; il en est ainsi également de l'article 14¹¹ de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹².

Par le biais de son article 3 a) la *Charte arabe* s'aligne aux standards affirmés sur les autres continents en matière de non-discrimination, le contenu de cette disposition étant équivalent à celui de l'article premier de la *Convention interaméricaine*¹³ et de l'article 2 de la *Charte africaine des droits et des devoirs de l'homme et des peuples*¹⁴. Une discipline régionale plus achevée à cet égard offre, toutefois, la *Convention européenne des droits de l'homme*, qui a étendu l'interdiction de la discrimination dans l'exercice des droits garantis de l'article 14 (qui corroborait l'attribution, à l'article 1, des droits de la *Convention*   toute personne¹⁵)   une interdiction générale de la discrimination : en effet, le *Protocole no. 12 à la Convention* assure le droit à la non-discrimination dans la jouissance de tout droit accordé à l'individu par le droit national¹⁶. Une interdiction générale de la discrimination, avec une liste extensive de motifs de discrimination prohibés, se retrouve aussi dans la *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*¹⁷.

Au plan universel aussi, l'autonomie de ce droit a été affirmée à travers l'interprétation constructive, de la part du Comité des droits de l'homme¹⁸, de l'article 26 du *Pacte international*

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 ». Pour ce qui concerne les droits des personnes handicapées, l'article 40 de la *Charte arabe* prévoit une protection spéciale, qui trouve correspondance uniquement dans un autre instrument régional, à savoir la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, article 26 (actuel article II-26 du projet de *Constitution européenne*).

⁹ Voir l'article 2 de la *Charte arabe* de 1994 : « Chaque  tat partie à la présente Charte s'engage à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur ses territoires et relevant de ses juridictions tous les droits et toutes les libertés proclamées dans ladite Charte, sans distinction aucune de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique, d'origine nationale ou sociale, de naissance ou toute autre situation ; et sans distinction aucune entre les hommes et les femmes ».

¹⁰ Voir SUDRE, *cit.*, p. 334.

¹¹ L'article 14 de la *Convention européenne*  nonce : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

¹² Voir SUDRE, *loc. cit.* note 10 ; voir aussi le *Rapport explicatif au Protocole no. 12 à la Convention européenne*, élaboré au sein du Conseil de l'Europe par le Comité Directeur pour les Droits de l'Homme, paragraphe 20.

¹³ Voir l'article 1 de la *Convention interaméricaine* : « 1. The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition [...] ».

¹⁴ Voir l'article 2 de la *Charte africaine* : « Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, 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 ».

¹⁵ Voir l'article 1 de la *Convention européenne* : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

¹⁶ L'article 1 du *Protocole no. 12*, en vigueur à partir du 1^{er} avril 2005, établit une interdiction générale de la discrimination : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

¹⁷ Voir l'article II-21 du *Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, premier paragraphe : « Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

¹⁸ Voir Comité des droits de l'homme, *Observation générale no. 18* du 10 novembre 1989, paragraphe 12.

sur les droits civils et politiques¹⁹, considéré non seulement comme réitération de la clause de non-discrimination de l'article 2, alinéa 1, mais comme disposition consacrant un principe général de non-discrimination sur la trace de l'article 7 de la *Déclaration Universelle*²⁰, qui vise donc tout le droit national et toutes les pratiques des autorités nationales, non pas seulement les droits énoncés par le Pacte.

Eu égard à la formulation de la *Charte arabe* et en l'absence d'une interprétation jurisprudentielle, la portée du principe de non-discrimination dans cet instrument apparaît comme limitée à l'égalité de traitement par rapport aux droits stipulés dans le texte conventionnel.

Par ailleurs, il est important d'observer que le langage de l'article 3, alinéa b) (« Les États [...] prennent les mesures requises pour garantir l'égalité effective [...] de façon à assurer une protection contre toutes les formes de discrimination ») établit un engagement positif immédiat de la part des États pour ce qui concerne la mise en œuvre du principe d'égalité et non-discrimination : de ce fait l'article non seulement vise à l'établissement de l'égalité de droit, mais implique aussi l'élimination de toute pratique discriminatoire imputable aux autorités étatiques, dans un dessein d'assurer l'« égalité effective ». À son tour l'article 2 de l'ancienne version couvrait aussi bien le volet négatif que le volet positif de l'obligation lorsqu'il exprimait l'engagement des États « à respecter et à garantir » les droits mentionnés, mais cette formulation succincte était évidemment beaucoup moins incisive. En outre, la *Charte arabe* de 1994 établissait l'obligation de chaque État partie de garantir les droits cités à « tous les individus se trouvant sur ses territoires et relevant de ses juridictions », excluant la responsabilité vis-à-vis de violations des droits en question perpétrées en dehors du territoire national par les organes de l'État²¹. La nouvelle *Charte* élimine la restriction de l'application territoriale, obligeant l'État à reconnaître les droits garantis « à tout individu relevant de sa juridiction ».

Cependant, comme il a été déjà relevé par la Commission Internationale des Juristes dans son commentaire au projet de *Charte arabe* de 2004²², tous les motifs de discrimination énoncés dans l'article 3 alinéa a) ne se retrouvent pas dans l'énumération des motifs de discrimination formulés à l'article 4 paragraphe a) concernant les mesures de dérogation en cas exceptionnels²³. L'exigence de cohérence aurait requis une superposition des critères, et l'omission dans la formulation de l'article 4 des références à l'opinion, à la pensée, à l'origine nationale, à la fortune, à la naissance et au handicap physique ou mental soulève une certaine perplexité. Il serait quand même utile de rappeler, pour modérer les inquiétudes, que dans le *Pacte sur les droits civils et politiques* il n'y a pas non plus de correspondance parfaite entre les motifs de non-discrimination de l'article 2, paragraphe 1 et ceux de l'article 4 paragraphe 1 relatif à l'hypothèse de danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation (à savoir « la race, la couleur, le sexe, la langue, la

¹⁹ Voir l'article 26 du *Pacte* : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

²⁰ Voir *Déclaration Universelle*, article 7 : « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination ».

²¹ Une formulation similaire est présente dans le *Pacte international sur les droits civils et politiques*, mais, vu l'omission de l'élément territorial dans le *Protocole facultatif* attribuant la compétence au Comité des droits de l'homme à recevoir des recours individuels, le Comité a conclu que la plus vaste protection du *Protocole* prévalait sur la protection plus limitée du *Pacte*. Sur la question voir ZANGHÌ, *La protezione internazionale cit.*, pp. 45-46.

²² Voir *Commentaires de la Commission internationale de juristes sur l'Adoption du texte de la Charte arabe des droits de l'homme, février 2004* (p. 6), disponible à l'adresse <http://www.icj.org>.

²³ Voir l'article 4 a) de la nouvelle *Charte arabe* : « En cas de situation d'urgence exceptionnelle mettant en danger l'existence de la nation et proclamée par un acte officiel, les États parties à la présente Charte peuvent prendre, dans la stricte mesure où l'exige la situation, des dispositions qui dérogent aux engagements qu'ils ont contractés en vertu de la présente Charte, à condition que ces dispositions n'aillent pas à l'encontre des autres obligations qui leur incombent en vertu du droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée sur le seul motif de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion ou de l'origine sociale ».

religion ou l'origine sociale »). La même observation vaut pour l'article 27 paragraphe 1 de la *Convention américaine*, tandis que, dans le contexte de la *Convention européenne*, l'article 15, consacré aux mesures dérogatoires en cas d'état d'urgence, ne fait aucune référence expresse à la non-discrimination ; en ce qui concerne la *Charte africaine*, elle ne contient pas de disposition en matière de mesures d'urgence. Il faut signaler, en outre, le fait que l'ancienne version de la *Charte arabe* ne faisait pas mention de la prohibition de la discrimination dans la mise en œuvre des mesures d'urgence²⁴ et son introduction dans le texte de 2004 apparaît certainement comme méritoire.

En raison de toutes ces considérations, on peut affirmer que les dispositions contenues dans les premiers deux paragraphes de l'article 3 de la *Charte* revisitée marquent un progrès notable dans la tentative d'améliorer la défense des droits de l'homme dans les pays arabes.

Mais le principe de non-discrimination représente au fond un corollaire de celui de l'égalité : il implique l'existence d'une norme établissant l'égalité de traitement dans tout ce qui touche au domaine public ou, dans d'autres termes, il précise la sphère d'application de l'égalité²⁵. C'est pour cela qu'une évaluation exacte de la codification du principe de non-discrimination requiert également l'examen de la formulation du droit à l'égalité devant la loi, exprimé dans la nouvelle *Charte arabe* à l'article 11 : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont le droit de jouir de sa protection sans distinction d'aucune sorte ». Il s'agit d'une disposition novatrice par rapport au texte de 1994, qui mentionnait à l'article 9 seulement l'égalité face à l'administration de la justice : « Tous sont égaux devant les tribunaux [...] ».

La substance de l'article 11 de la nouvelle *Charte arabe* correspond largement aux dispositions analogues des instruments internationaux, encore qu'il soit formulé de façon plus sommaire ; en effet, l'article 26 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* offrait une énonciation plus complexe du même principe²⁶. Cependant le texte de la *Charte* ne prend aucune position explicite à l'égard de certains principes de la loi islamique bien enracinés dans la tradition qui représentent une négation du principe de l'égalité devant la loi. Cette lacune n'est pas indifférente si l'on considère deux circonstances fondamentales : d'un côté, le droit musulman, encore qu'il ne se confonde pas avec les droits positifs des pays musulmans, continue à constituer à présent une source matérielle importante du droit de ces États²⁷ ; de l'autre côté, le droit musulman, partie intégrante de la religion islamique, ayant le même caractère révélé et immobile vu l'absence d'une autorité qualifiée à le modifier²⁸, est peu susceptible d'accueillir sans débats majeurs des réformes juridiques essentielles. Il serait difficile d'affirmer par conséquent que certains principes musulmans fondamentaux comportant des inégalités doivent être considérés implicitement supprimés par la formulation de l'article 11.

Ainsi, la loi islamique n'assure pas à la femme l'égalité devant les instances qui mettent en œuvre le droit : dans une tradition juridique islamique diffuse – encore que contestée par certains auteurs, comme dérivant d'une lecture erronée du *Coran*²⁹ – le témoignage d'une femme vaut la moitié par rapport à celui d'un homme, par conséquent le témoignage de deux femmes est requis

²⁴ Voir l'article 4 paragraphe b) de la *Charte* de 1994 : « Dans le cas d'une situation d'urgence menaçant la vie de la nation, tout État contractant peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Charte dans la stricte mesure où la situation l'exige ».

²⁵ Voir, dans ce sens, SUDRE, *cit.*, p. 332.

²⁶ Voir *supra*, note 19. Une formulation équivalente à celle de l'article 11 de la *Charte arabe* est contenue à l'article 24 de la *Convention américaine* : « All persons are equal before the law. Consequently, they are entitled, without discrimination, to equal protection of the law », ainsi qu'à l'article 3 de la *Charte africaine* : « 1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. 2. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi ». Remarquons aussi qu'il n'y a pas de disposition analogue dans la *Convention européenne*.

²⁷ Voir DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1992¹⁰, p. 384.

²⁸ *Ibid.*, p. 376.

²⁹ BADAWI, J., *L'equità di genere nell'Islam. Principi fondamentali*, dans DONNARUMMA, A. M. (ed.), *Donne e Islam. Alcuni aspetti della condizione delle donne nell'Islam alla luce dei diritti umani internazionali*, Fratelli Palombi Editori, Roma, 1999, pp. 85-86.

afin de contrebalancer celui d'un homme ; en plus, le témoignage de la femme n'a aucune valeur dans les procès pour vol, consommation d'alcool et apostasie³⁰. Il n'y a pas de véritable parité non plus pour ce qui regarde les sanctions pénales : le prix à payer pour le meurtre d'un homme est double par rapport au prix payé pour le meurtre d'une femme et l'homme responsable d'avoir tué une femme peut être puni avec la mort en vertu de la loi du talion seulement si la famille de la victime paie la moitié de la somme due pour le meurtre d'un homme à sa famille³¹.

En même temps, la femme est sujette à discrimination en ce qui concerne l'accès à une position d'autorité, soit qu'il s'agisse de la suprême fonction exécutive ou de l'activité de juge ; cette restriction, généralement prescrite par le droit islamique classique, continue à être appliquée dans divers pays arabes : ainsi par exemple, les chartes constitutionnelles du Maroc, du Koweït, de la Jordanie, de la Tunisie ou de la Syrie établissent l'exigence que le chef d'État soit de sexe masculin³².

Le traitement discriminatoire de la femme en droit musulman, illustré ci-dessus pour ce qui concerne la sphère de la vie publique, est encore plus marqué au niveau de la vie privée : en contraste avec le principe d'égalité devant la loi, l'homme jouit de plus droits quant à l'obtention du divorce, à la transmission de la nationalité aux enfants etc. (voir *infra*, section 3).

D'autres préceptes de la doctrine islamique qui représentent un déni du principe de l'égalité devant la loi regardent les non-musulmans. En effet, la Charia classe les sujets de l'État islamique en trois catégories, selon le critère de la foi : les musulmans, les *ahl al-kitab* (ceux qui croient dans une écriture divine révélée, notamment les chrétiens et les hébreux) et, enfin, les mécréants ; de ces trois catégories les musulmans sont les seuls citoyens à part entière d'un État islamique et jouissent de tous les droits et libertés octroyées par la Charia, alors que les *ahl al-kitab* ont uniquement le droit à la *dhimma*, convention spéciale avec l'État islamique qui leur garantit la sécurité personnelle et de leur propriété ainsi qu'un certain degré d'autonomie communautaire pour pratiquer leur religion et gérer leur vie privée selon leurs lois et coutumes³³. Les mécréants peuvent tout au plus bénéficier de la concession de l'*aman*, qui leur garantit la sécurité personnelle et de leur propriété et, s'ils résident de manière stable dans un État islamique, ils peuvent être assimilés aux *dhimmis*. En conséquence, selon le dogme chariatique les sujets non musulmans d'un État islamique ne peuvent pas aspirer aux mêmes droits des musulmans, car le statut de *dhimmi* ne confère pas l'égalité juridique : la vie d'un *dhimmi* est évaluée comme inférieure du point de vue monétaire, il n'a pas droit à la même *diya* (dédommagement en cas de meurtre ou préjudices corporels) et sa réputation n'est pas également protégée par la Charia, puisque la sentence concernant la punition prévue pour les accusés non prouvés est appliquée seulement si la personne calomniée est musulmane³⁴.

Le droit musulman classique opère des discriminations aussi dans le domaine de l'accès aux fonctions publiques. Contrairement à l'article 21 de la *Déclaration universelle* et à l'article 25 du *Pacte sur les droits civils et politiques*, qui spécifient que toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays, la loi islamique impose que le chef de l'État musulman confesse la religion musulmane et soit élu exclusivement par les musulmans : dans les pays arabes à régime présidentiel, certaines constitutions (algérienne, tunisienne, syrienne) exigent expressément que le chef d'État soit musulman ; dans d'autres textes constitutionnels arabes l'obligation pour le chef d'État d'embrasser la foi musulmane n'est pas consacrée formellement, mais elle est considérée comme implicite (Égypte, Mauritanie, Yémen). En plus, certains pays

³⁰ Voir MEHRPOUR, H., *I diritti dell'uomo nelle Carte internazionali dell'ONU e nella Dichiarazione dell'Organizzazione della Conferenza Islamica: un confronto tra le due visioni da una prospettiva sciita iraniana*, dans PACINI, A. (ed.), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998, p. 98.

³¹ MEHRPOUR, *loc. cit.*

³² MEHRPOUR, *ibid.*, pp. 44-45.

³³ Voir AN-NAIM, A. A., *Il conflitto tra la Sharia e i moderni diritti dell'uomo: proposta per una riforma nell'islam*, dans PACINI, *cit.*, pp. 110-111.

³⁴ AN-NAIM, *loc. cit.*

(Arabie Saoudite, Koweït, etc.) suivent encore la règle traditionnelle qui réserve strictement la fonction judiciaire aux musulmans³⁵.

D'autres formes de discrimination fondées sur le sexe et sur l'appartenance religieuse se retrouvent dans la sphère du droit successoral islamique. Pour ce qui regarde la femme, l'inégalité dérive de l'allocation à cette dernière de la moitié de l'héritage qui correspond à l'homme, norme liée à l'attribution à l'homme de la gestion de la vie familiale³⁶. Quant au non-musulman, il ne peut pas hériter d'un musulman dans le cadre de la succession *ex lege*, mais uniquement selon la succession testamentaire (dans ce contexte la volonté du *de cuius* vient en relief, mais il peut toutefois disposer librement d'un seul tiers de ses biens)³⁷.

Il a été remarqué que, au moins dans la phase initiale du processus de rapprochement du monde islamique aux droits de l'homme, les musulmans ont compris l'égalité de la loi comme obligation de l'État d'assurer le traitement égal des personnes appartenant à la même catégorie, tout en maintenant distinctes ces dernières, c'est-à-dire égal traitement des musulmans entre eux et égal traitement des non-musulmans l'un par rapport à l'autre, ainsi que d'une femme à l'égard d'une autre femme³⁸. La notion d'égalité devant la loi risque de continuer à être incorporée par les systèmes juridiques islamiques dans une acception qui laisse intactes des formes de discrimination commandées par la tradition et les normes prémodernes de la Charia. L'article 19, premier paragraphe de la *Déclaration des droits de l'homme en Islam*, adoptée au Caire le 5 août 1990 par l'Organisation de la Conférence Islamique, disposait aussi que « tous les individus sont égaux devant la loi », sans pour autant se soustraire aux normes discriminatoires de la Charia, dont elle postulait par contre la suprématie. Pour garantir que l'égalité devant la loi et la protection égale dont fait mention l'article 11 de la *Charte arabe* ne se prête pas à une lecture traditionnelle, promouvant l'égalité à l'intérieur des catégories distinctes, tracées en fonction du sexe et de l'appartenance religieuse, mais ait le sens acquis dans le droit international des droits de l'homme, il aurait fallu peut-être adopter une formulation moins hâtive, qui assure que les normes du droit musulman qui établissent des discriminations à l'égard des femmes et des non-musulmans, en contraste avec l'égalité absolue devant la loi, ne soient pas applicables.

Vu que dans les pays islamiques il n'y a pas de séparation nette entre droit et religion, mais, par contre, certaines branches du droit sont encore à présent confiées à la réglementation de la Charia³⁹, le risque de l'interférence des normes chariatiques contraires au principe laïque de l'égalité devant la loi de tous les individus n'était pas du tout négligeable. L'absence d'une clarification à l'égard de ces normes est d'autant plus inquiétante que le Préambule de la *Charte arabe* évoque la *Déclaration du Caire*, qui repose entièrement sur la Charia⁴⁰. Puisque les normes auxquelles renvoie le texte évoqué ne sont pas compatibles dans leur totalité avec le principe de l'égalité devant la loi pour les raisons susmentionnées, la *Charte* aurait dû exclure la possibilité d'en faire application.

3. Si les différences à signaler entre la nouvelle *Charte arabe* et la version originale de 1994 pour ce qui regarde la formulation de la prohibition de la discrimination ne sont pas saillantes,

³⁵ Au sujet des restrictions fondées sur la religion en matière d'attribution des fonctions publiques selon le droit islamique classique et dans la pratique suivie aujourd'hui par les divers États musulmans, voir FLORIS, *cit.*, pp. 31-33.

³⁶ Voir MEHRPOUR, *cit.*, pp. 98-99. Pour ce qui regarde le droit à l'héritage, il faut rappeler par contraste l'égalité entre l'homme et la femme établit par article 21, par. 2 du *Protocole à la Charte africaine* : « Tout comme les hommes, les femmes ont le droit d'hériter des biens de leurs parents, en parts équitables ».

³⁷ Voir FLORIS, A., *L'Islam e i diritti umani*, Aracne, Roma, 2002, pp. 30-31.

³⁸ Voir MAYER, A. E., *Islam and Human Rights. Tradition and Politics*, West View Press, Boulder, 1999³, p. 89 ss.

³⁹ Voir DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *cit.*, pp. 384-385 ; FLORIS, *cit.*, pp. 12-13.

⁴⁰ Voir le cinquième paragraphe préambulaire de la *Charte* : « [...] réaffirmant les principes de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme et les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et tenant compte de la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam ».

une innovation particulièrement significative dans le texte de 2004 est introduite par la consécration de la parité des chances et de l'égalité effective entre l'homme et la femme : en effet, la seule disposition à cet égard dans la *Charte* de 1994 était la référence lapidaire à conclusion de l'article 2 susmentionné, alors que la nouvelle version y consacre un paragraphe entier, à savoir l'alinéa c) de l'article 3, avec des précisions assez détaillées⁴¹.

L'explicitation, dans une disposition *ad hoc*, de l'une des dimensions du principe de non-discrimination, notamment celle qui relève de la distinction de genre, ne représente pas un trait original de la *Charte arabe*. En effet, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prête attention aussi de manière particulière à la non-discrimination en fonction du sexe : son article 3, redondant par rapport à l'article 2 paragraphe 1 établissant le principe général de non-discrimination, constitue à son tour une spécification de la non-discrimination, notamment à l'égard de la femme⁴². De toute évidence la présence de cette emphase dans les différents instruments internationaux s'explique par la conscience prise de la culture de discrimination de la femme ayant existé dans toutes les sociétés au cours de l'histoire⁴³.

L'article 3 paragraphe c) représente en revanche la première tentative du monde arabe d'affronter de façon directe la nécessité d'égalisation des droits de la femme selon les critères internationaux, démarche entreprise par les États africains avec l'article 18 paragraphe 3 de la *Charte de Banjul*⁴⁴ et plus récemment à travers le *Protocole de Maputo* de 2003⁴⁵. L'affirmation des droits de la femme dans la *Charte arabe* de 2004 se heurte, néanmoins, à des formulations équivoques ou partielles qui mettent en question la substance même de ces droits.

Tout d'abord, la référence à la Charia islamique entraîne des ambiguïtés interprétatives notables puisque l'appel à la Charia ne conduit pas à une notion juridique suffisamment précise, en raison des divergences qui existent entre les écoles exégétiques prétendant chacune révéler la signification authentique du *Coran* et de la *Sunna* du Prophète⁴⁶.

Plus grave encore, l'article 3 paragraphe c) de la *Charte arabe* consacre l'égalité de l'homme et de la femme en dignité humaine, mais non pas tout à fait en droits. Le début de cet article (« L'homme et la femme sont égaux sur le plan de la dignité humaine [...] ») reprend partiellement la formulation de l'article 6 de la *Déclaration des droits de l'homme en Islam*, où l'on retrouve le concept d'« égalité en dignité », avec, en plus, la précision explicite de l'existence de droits et devoirs propres à la femme, en conséquence distincts par rapport aux droits et devoirs de

⁴¹ Voir l'article 3 c) de la *Charte* : « L'homme et la femme sont égaux sur le plan de la dignité humaine, des droits et des devoirs dans le cadre de la discrimination positive instituée au profit de la femme par la charia islamique et les autres lois divines et par les législations et les instruments internationaux. En conséquence, chaque État partie à la présente Charte s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la parité des chances et l'égalité effective entre l'homme et la femme dans l'exercice de tous les droits énoncés dans la présente Charte ».

⁴² Voir l'article 3 du *Pacte* : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte ».

⁴³ Voir BADERIN, M., *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 59.

⁴⁴ Voir *Charte africaine*, article 18 c) : « L'État a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales ».

⁴⁵ Le Protocole consacré aux droits des femmes, adopté à Maputo le 11 juillet 2003 et non encore entré en vigueur, établit à l'article 2 alinéa 1 quant à l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : « Les États combattent la discrimination à l'égard des femmes, sous toutes ses formes, en adoptant les mesures appropriées aux plans législatif, institutionnel et autre. À cet égard, ils s'engagent à : a) inscrire dans leur Constitution et autres instruments législatifs, si cela n'est pas encore fait, le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, et à en assurer l'application effective ».

⁴⁶ Pour une exposition détaillée sur les sources du droit islamique, voir, par exemple, D'EMILIA, A., *Scritti di diritto islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1976, pp. 2-11, 19-26, 45-76. Pour un aperçu concis et systématique, voir DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *cit.*, pp. 369-377 ; BADERIN, *cit.*, pp. 32-39.

l'homme⁴⁷. La *Charte arabe* a éliminé cette dernière mention, tout en gardant la première partie de la disposition : cela indique clairement qu'il ne s'agit pas d'une égalité absolue, mais seulement en dignité, tandis que l'égalité « en droits et devoirs » n'est opérante que « dans le cadre de la discrimination positive au profit de la femme instituée par la Charia » et autres sources juridiques : tout cela semble confirmer une volonté de promouvoir la distribution traditionnelle des rôles et responsabilités de l'homme et de la femme dans la société et dans la famille musulmanes. Or, bien qu'il y ait des interprètes du *Coran* qui considèrent que la loi islamique ne contient pas de postulat de la supériorité de l'homme sur la femme, établissant non pas l'autorité, mais la responsabilité de l'homme à l'égard de la femme, qui n'altérerait pas leur égalité en valeur humaine⁴⁸, il existe un vaste consensus quant au fait que la loi islamique ne défend pas l'égalité absolue des rôles entre l'homme et la femme, surtout dans la sphère des rapports familiaux⁴⁹.

En fait, la relativisation de l'égalité entre l'homme et la femme dans la nouvelle *Charte arabe*, en concordance avec la tradition chariatique, devient patente précisément dans la sphère de la vie privée, notamment en relation avec les droits de famille : l'article 33 de la *Charte arabe*, qui complète la discipline de l'article 3, dispose à cet égard que « la législation en vigueur régleme les droits et les devoirs de l'homme et de la femme au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». Même si les systèmes juridiques internes contemporains des pays arabes s'organisent autour d'une pluralité de sources normatives, qui valorisent aussi bien le filon religieux que des concepts séculaires d'inspiration occidentale⁵⁰, la référence au droit interne comme garantie de la protection des droits familiaux est dépourvue de toute efficacité, parce que les dispositions internes sont souvent en contraste avec les droits de l'homme affirmés au niveau international. L'utilisation du droit interne comme paramètre dans la délimitation du contenu des droits affirmés en contexte conventionnel peut fonctionner en relation avec la *Convention européenne*, vu que les législations de tous les pays membres du Conseil d'Europe visent à la promotion de l'État de droit et au respect des droits de l'homme tels que fixés sur le plan international. Cette observation ne vaut pas par contre pour les États de la Ligue Arabe : notons, en guise de témoignage, l'inquiétude exprimée par Amnesty International dans son rapport relatif à l'adoption de la nouvelle *Charte* vis-à-vis du fait que la législation interne des pays arabes pourrait ne pas garantir l'égalité entre l'homme et la femme dans les questions concernant le mariage⁵¹. Tout au contraire, nous soutiendrons que le renvoi à la législation interne comme source de réglementation des rapports entre l'homme et la femme quant au mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution se pose en contraste avec les critères internationaux en la matière : nous mettrons en relief les différences de substance qui existent, à ce sujet, entre les législations internes des pays arabes, la plupart d'entre elles dominées par la Charia⁵², et les documents internationaux relatifs aux droits de l'homme.

Ainsi la *Déclaration universelle des droits de l'homme* spécifie-t-elle à l'article 16, alinéa 1 : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille » ; par contre, la loi

⁴⁷ Voir article 6 de la *Déclaration des droits de l'homme en Islam* : « a) La femme est l'égale de l'homme en dignité ; elle a ses propres droits et ses propres devoirs. Elle a ses devoirs civils et son indépendance financière, et le droit de conserver son nom et son lignage. b) Le mari est responsable de l'entretien et du bien-être de la famille ».

⁴⁸ Voir BADERIN, *cit.*, pp. 134-135.

⁴⁹ BADERIN, *ibid.*, p. 60.

⁵⁰ Voir GOZZI, G, *Le carte dei diritti nel mondo islamico*, dans COLOMBO, V., GOZZI, G. (edd.), *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del mediterraneo*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 227-231.

⁵¹ Voir, en ce sens, *Middle East and North Africa Region. Re-drafting the Arab Charter on Human Rights: Building for a better future*, rapport rédigé par Amnesty International disponible en ligne à la page <http://web.amnesty.org/library/index/ENGMDE010022004>.

⁵² Ainsi la norme du *Coran* constitue-t-elle norme de l'État pour beaucoup de pays, tels que l'Arabie Saoudite, l'Iran, le Soudan et le Pakistan ; la Charia est partiellement positivisée dans la loi de l'État en Egypte, au Maroc, en Algérie, Syrie ou Iraq, elle a une certaine influence au Sénégal et en Tunisie, alors que la séparation totale entre la loi de l'État et la loi religieuse islamique n'est pas fréquente (on peut citer le cas de la Turquie). Sur le degré de subordination de la loi étatique à la Charia dans les États arabes, voir MONIZZI, F. M., *Islam, genere e sviluppo: un'ipotesi di lettura*, dans DONNARUMMA, *cit.*, p. 59.

islamique prévoit que la femme musulmane ne peut pas épouser un non-musulman, encore qu'un musulman puisse prendre en épouse une femme d'une autre religion du Libre (chrétienne ou juive)⁵³.

L'article 16 de la *Déclaration* précise par la suite que l'homme et la femme « ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », formulation qui se retrouve à l'article 23, paragraphe 4 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*⁵⁴. Une disposition analogue plus détaillée est contenue à l'article 16, alinéa 1 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* de 1979⁵⁵. En outre, le Comité des droits de l'homme a observé que « L'égalité dans le mariage signifie que mari et femme participent aux termes égaux dans la responsabilité et l'autorité qui s'exercent dans la famille »⁵⁶. En contraste avec cette norme, de toute évidence établie fermement au niveau international, le dogme chariatique prévoit des droits spécifiques, non pas égaux, pour l'homme et la femme dans le cadre de la famille, en invoquant l'exigence de complémentarité⁵⁷. La différenciation de fonctions basée sur le sexe, se traduisant en droits et devoirs différents, apparaît par conséquent à la lumière des standards de droit international des droits de l'homme comme une manifestation de discrimination négative. Il est évident que le texte de l'article 3 c), tout comme celui de l'article 33 de la *Charte arabe*, en renvoyant à un système juridique où la construction du mariage est basée sur un déséquilibre à faveur de l'homme, auquel est attribué le droit de coercition domestique sur la femme ou *ta'dib*⁵⁸ – pour donner un seul exemple éclatant de cette disparité – ne tient pas compte des critères internationaux affirmés en la matière⁵⁹.

Le second paragraphe de l'article 16 de la *Déclaration universelle* établit que « Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux » ; le libre choix de l'époux de la part de la femme musulmane est limité, en revanche, par l'exigence, soutenue par une partie des juristes islamiques, de l'autorisation du tuteur comme condition essentielle de la validité du mariage⁶⁰, mais parfois aussi par la pratique des mariages par contrainte (*nikah al-gabr*)⁶¹. Ce précepte chariatique n'est aucunement tombé en désuétude au XXI^{ème} siècle ; il se reflète, tout au contraire, dans le droit positif actuel de nombreux pays : en Syrie, la loi concernant le statut

⁵³ Il y a un large consensus parmi les juristes islamiques (basé sur le *Coran* 2:221 et 60:10, respectivement 5:5) quant au fait que la loi islamique interdit à la femme musulmane d'épouser un non-musulman, tandis qu'il le permet à l'homme musulman en relation avec les femmes appartenant à une religion révélée. L'*Observation générale no. 28* du Comité des Droits de l'Homme attire l'attention au paragraphe 24 sur l'existence de ces lois et pratiques discriminatoires et en recommande l'abolition. Voir à ce propos BADERIN, *cit.*, pp. 144-146.

⁵⁴ Voir l'article 23 (4) du *Pacte* : « Les États parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution [...] ».

⁵⁵ Voir l'article 16, alinéa 1 de la *Convention* : « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme : [...] c) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution ; d) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants; dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale ; [...] f) Les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans la législation nationale ; dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale ; [...] h) Les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux ».

⁵⁶ Voir Comité des droits de l'homme, *Observation générale no. 28* : « Égalité des droits entre hommes et femmes (article 3) », 29 mars 2000, paragraphe 25.

⁵⁷ Voir MUTAHHARİ, S. A. L. M., *I diritti della donna nell'Islam*, Centro Culturale Islamico Europeo, [1989], pp. 63-66. Voir aussi BADERIN, *cit.*, pp. 133-138.

⁵⁸ Voir D'EMILIA, *cit.*, p. 28.

⁵⁹ La *Charte* aurait pu s'inspirer par contre du *Protocole* de 2003 à la *Charte africaine*, qui établit explicitement à l'article 6 : « Les États veillent à ce que l'homme et la femme jouissent de droits égaux et soient considérés comme des partenaires égaux dans le mariage. [...] ».

⁶⁰ Voir MUTAHHARİ, *cit.*, pp. 56-57.

⁶¹ Voir D'EMILIA, *cit.*, p. 28.

personnel dispose qu'une femme adulte ne peut pas se marier sans l'autorisation de son tuteur et que le juge peut permettre le mariage d'une fille de treize ans si le père y consent ; au Koweït le tuteur peut empêcher le mariage d'une femme jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans et la femme divorcée ou veuve a besoin quand même d'un tuteur qui contracte son mariage ; en Iran aussi, le recul des droits des femmes signé par les lois ayant fait suite à la Révolution Islamique de 1979 a légitimé la discrimination légale en matière de mariage, divorce et garde des enfants⁶².

Au sujet de la concession du divorce, l'*Observation générale no. 28* du Comité des droits de l'homme signale au paragraphe 26 l'obligation des États de « veiller à ce que l'égalité soit respectée en ce qui concerne la dissolution du mariage, ce qui exclut la possibilité de répudiation » et exige que les motifs de divorce et d'annulation soient les mêmes pour les hommes et pour les femmes. Contrairement à cette indication, vouée à expliciter un engagement juridique formel prévu par le *Pacte sur les droits civils et politiques*, les droits internes des pays musulmans établissent, en accord avec la Charia, des motifs différents pour les hommes et les femmes, la possibilité de répudiation unilatérale de la femme de la part du mari sans aucune forme de procès et l'obtention du divorce sur requête de cette dernière en circonstances exceptionnelles, moyennant une procédure plutôt compliquée⁶³.

On note le même contraste entre les normes internationales concernant la famille et les normes musulmanes correspondantes pour ce qui regarde la nationalité des enfants : si l'article 9 de la *Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes* postule l'égalité entre l'homme et la femme quant à l'attribution de la nationalité à leurs enfants, les systèmes juridiques internes des pays islamiques établissent généralement que les enfants acquièrent la nationalité du père, à moins qu'il ne soit inconnu ou apatride (il en est ainsi par exemple du code de la nationalité algérienne, du code de la nationalité marocaine, de la loi koweïtienne sur la nationalité, des normes internes irakiennes ou saoudites à l'égard)⁶⁴.

D'ailleurs, si l'on examine la position des États de la Ligue Arabe par rapport à la *Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, on observe que plusieurs d'entre eux ont refusé de ratifier cet instrument (notamment les Émirats Arabes Unis, l'Oman, le Qatar, la Syrie, la Somalie et le Soudan), tandis qu'un nombre significatif de ceux qui en sont devenus parties (Algérie, Arabie Saoudite, Égypte, Iraq, Libye, Koweït, Liban, Maroc, Tunisie) ont formulé des déclarations et des réserves qui ne regardent pas des questions secondaires, mais, tout au contraire, frappent les dispositions plus importantes de la *Convention*. En particulier les dispositions faisant l'objet des réserves sont l'article 2, disposition centrale établissant l'obligation générale des États de prendre toutes les mesures législatives et les autres moyens appropriés pour assurer l'égalité des hommes et des femmes, de s'abstenir et de réprimer tout acte ou pratique discriminatoire ; l'article 16 concernant le mariage et l'égalité des rapports dans le cadre de la famille ; l'article 9 concernant les droits égaux de l'homme et de la femme en ce qui concerne l'octroi de la nationalité à leurs enfants. En ligne générale, les États islamiques refusent de se considérer liés à ces dispositions en invoquant l'incompatibilité avec la Charia et le droit interne : il en résulte clairement que la famille et le mariage, institutions essentielles dans la structure sociétale

⁶² Pour un panorama des législations internes actuelles des pays musulmans du point de vue des aspects discriminatoires à l'égard de la femme, mais aussi des réformes entamées, voir AFARY, J., *The Human Rights of Middle Eastern and Muslim Women : A Project for the 21st Century*, dans *Human Rights Quarterly*, vol. 26, 1/2004, pp. 109-121.

⁶³ Sur les circonstances où le divorce est considéré comme admissible sur sollicitation de l'homme, respectivement de la femme, voir BADERIN, *cit.*, pp. 149-153 ; MUTAHHARI, *cit.*, pp. 219-220 ; CHAMMARI, A. C., *Droits des femmes pour une égalité réelle et une citoyenneté effective : le cas de la Tunisie*, dans ZANGHI, C., PANELLA, L., LA ROSA, R. (edd.), *Les droits de l'homme dans la Méditerranée*, Giappichelli Editore, Torino, [1995], p. 454.

⁶⁴ Voir les réserves formulées par ces États à l'article 9 de la *Convention* citée, où ils invoquent des dispositions de droit internes afin d'exclure l'application du paragraphe 2 de l'article 9 à leur égard. Voir aussi AFARY, *cit.*, pp. 110-111.

islamique, sont conçues différemment par rapport aux critères internationaux et apparaissent peu flexibles ou en tout cas peu inclinées à des changements brusques et radicaux.

La formulation « sont égaux [...] dans le cadre de la discrimination positive instituée au profit de la femme par la charia islamique et les autres lois divines et par les législations et les instruments internationaux » pose un autre problème interprétatif encore. Il n'est pas clair si en cas de contraste entre la Charia/ droit interne et les instruments internationaux – et nous avons démontré que les contrastes existent et surtout avec référence à la condition de la femme – il faut donner préférence à la Charia ou à l'engagement pris par l'adhésion à la norme internationale ; l'énumération des sources juridiques à appliquer, qui voit la Charia à la première place, semblerait induire qu'une éventuelle hiérarchie aurait comme norme suprême la Charia. Cette conclusion est appuyée aussi par l'examen des réserves des États islamiques aux *Pactes des Nations Unies* : ainsi par exemple, le gouvernement algérien interprète-t-il l'article 23, paragraphe 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* concernant les droits et responsabilité des époux comme ne portant pas atteinte aux fondements du système juridique algérien ; la déclaration interprétative de l'Égypte postule tout court la conformité du *Pacte* avec les dispositions de la Charia islamique⁶⁵. Il est évident que les gouvernements des pays islamiques démontrent une disponibilité assez réduite à accommoder les normes de droit international des droits de l'homme lorsqu'elles impliquent le renoncement aux traditions inspirées de la Charia, qui ont toujours préférence. En affirmant l'égalité en droits de l'homme et de la femme strictement « dans le cadre de la discrimination positive instituée [...] par la Charia » et circonscrite *a priori* par cette dernière, la nouvelle *Charte* a l'effet d'encourager la reproduction de la politique de rejet de toute norme internationale en contraste avec la tradition chariatique.

Sans doute, en principe la discrimination positive n'est-elle pas incompatible avec l'égalité juridique et la non-discrimination ; par contre, le droit à la non-discrimination est parfois transgressé si l'État n'assure pas un traitement différencié à des personnes dont la situation est *de facto* différente⁶⁶. Dans ce sens la protection particulière accordée à la femme en raison de la maternité, prévue au paragraphe b) de l'article 33⁶⁷, représente une discrimination parfaitement cohérente avec l'exigence d'égalité effective des chances en droit international des droits de l'homme. Toutefois, le nombre des règles juridiques établissant une discrimination positive authentique à faveur de la femme en droit islamique, auxquelles pourrait se rapporter le dernier paragraphe de l'article 3, est assez exigu. On pourrait évoquer dans ce sens uniquement l'exemption de la femme des frais du ménage, avec la possibilité de valoriser ses biens et ressources pour satisfaire des intérêts strictement personnels, le soutien financier en cas de divorce ou veuvage⁶⁸ ou la garde des enfants jusqu'à l'âge de sept ans en cas de dissolution du mariage⁶⁹.

La référence vague et ambiguë à la Charia pourrait permettre en réalité l'inclusion de normes qui discriminent la femme de manière négative selon les standards internationaux. En tout cas, il convient de garder à l'esprit le principe de droit international des droits de l'homme relatif à la nécessité d'interpréter les dispositions d'un accord qui se prêtent à plusieurs interprétations de la façon plus favorable à l'individu : ce principe est déduit de la règle interprétative contenue à l'article 31, alinéa 1 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui dispose qu'il faut interpréter un texte conventionnel à la lumière de son objet et de son but, dans ce cas la promotion des droits de l'homme, respectivement l'établissement d'obligations de la part des États. De ce fait

⁶⁵ Une telle réserve devrait être considérée incompatible en vertu des indications du Comité des Droits de l'Homme à ce propos, parce qu'elle a pour effet de priver de leur signification autonome les obligations établies par le *Pacte*, à travers leur acceptation comme dispositions identiques à des mesures internes déjà opérantes. Voir, à ce sujet, ZANGHI, *La protezione internazionale*, cit., pp. 48-49.

⁶⁶ Sur la naissance de l'obligation des États d'accorder les discriminations positives nécessaires à la jouissance d'un droit consacré dans un accord dont ils sont parties, voir SUDRE, cit., p. 335.

⁶⁷ Voir l'article 33 b) de la *Charte* : « L'État et la société garantissent [...] à la mère, à l'enfant, à la personne âgée et aux personnes ayant des besoins particuliers la protection et l'assistance nécessaires [...] ».

⁶⁸ Voir BADAWI, cit., pp. 74-75.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 80.

le doute interprétatif concernant le contenu de la discrimination positive mentionnée par la *Charte arabe* devrait se résoudre dans l'application des seules mesures discriminatoires qui s'avèrent conformes au but de la *Charte*, à savoir celui de protéger les droits de la personne humaine.

Cependant, puisque la *Charte* ne confère pas de compétence consultative à l'organe de contrôle indépendant institué, notamment le Comité arabe des droits de l'homme, dont le rôle est réduit à l'examen des rapports des États parties et à la formulation d'observations et de recommandations là-dessus⁷⁰, la certitude du droit aurait bénéficié davantage d'une rédaction du texte de la *Charte* dans des termes moins ambigus. Cela aussi parce que le syntagme « discrimination positive » et son indétermination pose le suivant risque interprétatif : ce que le juriste arabe appelé à appliquer la *Charte* peut percevoir à la lumière de sa culture comme discrimination positive à faveur de la femme, en consonance avec le but de la *Charte* – discrimination positive puisque déterminée non pas par une dévalorisation de la femme mais par une différenciation des rôles en fonction de la distinction naturelle des aptitudes – pourrait être considéré par un juriste occidental comme une discrimination négative visiblement contraire aux recommandations qui émergent des principaux documents internationaux en la matière.

En effet, les auteurs arabes argumentent que la législation islamique opère des distinctions entre l'homme et la femme non pas en vertu d'une valeur différente, notamment inférieure, attribuée à la femme, mais en raison des dissemblances innées qui font qu'à l'homme et à la femme soient réservées des tâches sociales différentes⁷¹. Il suffit de parcourir le texte de la réserve exprimée par le gouvernement marocain à l'article 16 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes*, dont la formulation est emblématique pour la teneur des justifications musulmanes des normes discriminatoires comme bénéfiques à la femme et à la famille : « l'égalité de l'homme et de la femme en ce qui concerne les droits et responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution [...] est contraire à la Charia Islamique qui garantit à chacun des époux des droits et responsabilités dans un cadre d'équilibre et de complémentarité afin de préserver les liens sacrés du mariage ». Rappelons aussi le commentaire du gouvernement égyptien exprimé en occasion de la formulation d'une réserve au même article, selon laquelle « la complémentarité [...] réalise la véritable égalité entre les conjoints ».

Tout cela est d'ailleurs congruent avec la constatation de certains analystes du monde musulman conformément à laquelle la position prévalente des musulmans aujourd'hui n'est plus celle de méconnaître ouvertement le principe d'égalité motivant qu'il rend égaux ceux qui doivent être traités différemment selon la Charia, mais d'offrir des raisons à justification du fait que la rétention de normes discriminatoires de la Charia prémoderne (en particulier les normes qui consacrent le statut subordonné de la femme) ne configure pas une violation des principes internationaux⁷².

Dans ce contexte interprétatif, le rôle « protecteur » joué par le mari ou le père à l'égard de la femme, respectivement de la fille adulte (avec toutes les conséquences de cette tutelle, dont la restriction de la liberté de mouvement de la femme ou l'enfermement) pourrait être taché de discrimination positive, alors que le point de vue international, illustré non dernièrement par l'*Observation générale no. 28* du Comité des Droits de l'Homme concernant le *Pacte relatif aux droits civils et politiques*, condamne clairement ce genre de pratiques⁷³. En suivant la même logique, le fait que les femmes soient maintenues par les maris et tenues à distance des questions sociales et économiques peut être également présenté comme un avantage, alors que la perspective occidentale verrait une privation illégitime dans la possibilité restreinte de prendre des décisions

⁷⁰ Pour les dispositions concernant le statut et les fonctions du Comité arabe des droits de l'homme, voir les articles 45-48 de la *Charte arabe*.

⁷¹ Voir MEHRPOUR, *cit.*, pp. 98-99.

⁷² Voir MAYER, *cit.*, p. 84 ss.

⁷³ Voir Comité des droits de l'homme, *Observation générale no. 28* du 29 mars 2000, par. 14, 16. Voir aussi BADERIN, *cit.*, p. 62-63, sur les aspects de la loi islamique dénoncés par l'*Observation générale no. 28*.

pour ce qui concerne le ménage familial⁷⁴. Ainsi en est-il également du droit au travail de la femme mariée, qui est prévu en Islam avec le consensus du mari (concordé lors de la contraction du mariage ou concédé ultérieurement), car en Islam la fonction fondamentale de la femme est celle d'épouse et de mère⁷⁵.

Pour éliminer les ambiguïtés indiquées, le texte de *Charte arabe* aurait dû faire recours à des notions mieux précisées. D'ailleurs, la Commission Internationale des Juristes a invité les auteurs de la *Charte arabe* à offrir des illustrations de la « discrimination positive instituée au profit de la femme par la Charia » invoquée à l'article 3 de façon à clarifier opportunément cette notion⁷⁶. Non en dernier lieu, une formulation plus explicite aurait été souhaitable en raison du fait qu'un droit énoncé dans des termes non pas suffisamment spécifiques ne peut pas être justiciable et ne constitue donc pas une garantie internationale efficace⁷⁷.

Certes, la totale suppression des références à la Charia du projet de 2004 aurait été assez problématique, vu l'attachement profond des populations et des élites dirigeantes à ses préceptes. Mais la nouvelle *Charte arabe* aurait pu militer pour l'abolition des pratiques coutumières basées sur les rôles stéréotypés qui entravent la pleine égalité des femmes, selon l'obligation qui incombe aux États en vertu de l'article 5 paragraphe a) de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes*. Cette obligation revient d'ailleurs non seulement aux États parties de cette *Convention*, mais aussi à tous les États ayant ratifié le *Pacte sur les droits civils et politiques*, compte tenu de l'injonction formulée par Comité des droits de l'homme dans l'*Observation générale no. 28* suscitée⁷⁸. La *Charte arabe* aurait pu suivre ces indications, sur le modèle du Protocole de 2003 à la *Charte africaine*⁷⁹.

Il a été argumenté par ailleurs que la prétention internationale d'imposer aux États islamiques l'élimination des rôles basés sur le sexe dans la structure familiale équivaut à une constriction à modifier des pratiques ou des croyances religieuses contraire à l'article 1, paragraphe 2 de la *Déclaration sur l'élimination de toute forme d'intolérance et de discrimination fondée sur la religion ou la conviction*⁸⁰. Cependant les pratiques ou convictions religieuses protégées par le droit international des droits de l'homme ne peuvent être que le produit d'un choix libre de l'individu et non pas une fausse option dictée par le droit ou les coutumes locales: la distribution des rôles dans la famille peut très bien suivre le schéma traditionnel, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une imposition

⁷⁴ Sur l'attribution de la responsabilité du ménage à l'homme en droit islamique voir, entre autre, MEHRPOUR, *cit.*, p. 98; AN-NAIM, *cit.*, pp. 114-115; SPERANDINI, S., *L'identità della donna musulmana: uno sguardo al passato per conoscere il presente*, dans DONNARUMMA, *cit.*, p. 28.

⁷⁵ BADAWI, *cit.*, p. 75.

⁷⁶ *Commentaires de la Commission internationale de juristes, cit.*, p. 8.

⁷⁷ Nous mettons en évidence dans le début de cette analyse la participation de nombreux États de la Ligue Arabe, au sein de la quelle la *Charte* a été rédigée, à des instruments internationaux, principalement aux *Pactes des Nations Unies*, par rapport auxquels la nouvelle *Charte* fixe une protection des droits individuels sensiblement inférieure. L'article 43 semble exprimer la compréhension des rédacteurs de la nouvelle *Charte arabe* du fait que les standards assurés par la *Charte* en matière des droits des femmes, de l'enfants et des personnes appartenant aux minorités ne sont pas satisfaisants : « Aucune disposition de la présente Charte ne sera interprétée de façon à porter atteinte aux droits et aux libertés protégés par les lois internes des États parties ou énoncés dans les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme que les États parties ont adoptés ou ratifiés, y compris les droits de la femme, de l'enfant et des personnes appartenant à des minorités ».

⁷⁸ Le paragraphe 5 de l'*Observation générale no. 28* énonce : « L'inégalité dont les femmes sont victimes partout dans le monde dans l'exercice de leurs droits est profondément ancrée dans la tradition, l'histoire et la culture, y compris les attitudes religieuses. [...] Les États parties doivent faire en sorte que les attitudes traditionnelles, historiques, religieuses ou culturelles ne servent pas à justifier les violations du droit des femmes à l'égalité devant la loi et à la jouissance sur un pied d'égalité de tous les droits énoncés dans le Pacte ».

⁷⁹ Voir l'article 2, paragraphe 2 du *Protocole* : « Les États s'engagent à modifier les schémas et modèles de comportement socioculturels de la femme et de l'homme par l'éducation du public par le biais des stratégies d'information, d'éducation et de communication, en vue de parvenir à l'élimination de toutes les pratiques culturelles et traditionnelles néfastes et de toutes autres pratiques fondées sur l'idée d'infériorité ou de supériorité de l'un ou l'autre sexe, ou sur les rôles stéréotypés de la femme et de l'homme ».

⁸⁰ Voir MERON, T., *Human Rights Law-Making in the United Nations: a Critique of Instruments and Process*, Clarendon, Oxford, 1986, p. 159, *apud* BADERIN, *cit.*, p. 138.

sociale ou juridique externe, mais qu'elle soit embrassée sur une base volontaire par les conjoints dans l'accomplissement de leurs propres aspirations.

4. Un autre aspect contestable de la *Charte arabe* de 2004, qui se rattache à la problématique de l'égalité devant la loi, réside dans le maintien de la discrimination à l'égard des non-ressortissants, qui résulte de la proclamation d'un certain nombre de droits uniquement au bénéfice des citoyens.

S'il est vrai que l'exercice de toute une série de droits politiques est réservé dans tous les ordres juridiques nationaux (et par conséquent dans les instruments normatifs internationaux aussi⁸¹) aux seuls citoyens (le droit de vote actif et passif, le droit d'accéder à des fonctions publiques, droits que l'article 24, alinéas a) – d) réserve de manière légitime aux ressortissants), il n'en est pas moins vrai que les droits politiques qui ne relèvent pas de la direction des affaires publiques sont consacrés dans tous ces instruments au bénéfice de toute personne.

Il en est ainsi du droit à la liberté de réunion et de rassemblement⁸² dont l'article 24, alinéa f) limite l'application aux seuls citoyens : « Tout citoyen a le droit à la liberté de réunion et à la liberté de rassemblement pacifique », reprenant ainsi le contenu de l'article 28 de la *Charte* de 1994⁸³. L'alinéa e) du même article établit pourtant la liberté d'association au profit de « toute personne », ce qui rend encore moins cohérent le choix opéré par l'alinéa f)⁸⁴. Par contre, la *Convention européenne* dispose à l'article 11, paragraphe 1 que « [t]oute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association [...] », considérant comme admissibles, au paragraphe 2, seulement les restrictions constituant des « mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». L'article 15 de la *Convention interaméricaine*⁸⁵, ainsi que l'article 11 de la *Charte africaine*⁸⁶, reconnaissent pareillement le droit de réunion et de rassemblement à tout individu.

La *Charte arabe* est par conséquent la seule à dévier par rapport au standard international en la matière. En plus, la situation juridique des non-ressortissants créée par l'article 24, paragraphe f) se pose en conflit avec les directions explicites données par le Comité des droits de l'homme dans l'*Observation générale no. 15*, consacrée à la « Situation des étrangers au regard du Pacte [relatif aux droits civils et politiques] », d'où il émerge clairement que les droits garantis doivent être

⁸¹ Voir, à titre d'exemple, l'article 16 de la *Convention européenne sur les restrictions à l'activité politique des étrangers* : « Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers ».

⁸² Il s'agit d'un droit que tous les instruments internationaux sans exception garantissent à toute personne. La *Déclaration universelle* prévoit à l'article 20, paragraphe 1 : « Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques ». Voir aussi le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article 21 : « Le droit de réunion pacifique est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui ».

⁸³ Voir l'article 28 de la *Charte arabe* de 1994 : « Tous les citoyens ont le droit à la liberté de se réunir et de constituer une assemblée de façon pacifique [...] ».

⁸⁴ Notons cependant que dans la version anglaise non officielle du projet de *Charte arabe*, le droit à l'association est réservé également « à tout citoyen ». Nous avons employé la version française de la *Charte* en raison du fait que les pays concernés sont en grand partie des pays francophones et que le seul texte qui fait foi est rédigé en arabe, mais il faut préciser que cette version n'est pas non plus officielle.

⁸⁵ Voir l'article 15 de la *Convention interaméricaine* : « The right of peaceful assembly, without arms, is recognized. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and necessary in a democratic society in the interest of national security, public safety or public order, or to protect public health or morals or the rights or freedom of others ».

⁸⁶ Voir article 11 de la *Charte africaine* : « Toute personne a le droit de se réunir librement avec d'autres. Ce droit s'exerce sous la seule réserve des restrictions nécessaires édictées par les lois et règlements, notamment dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté d'autrui, de la santé, de la morale ou des droits et libertés des personnes ».

assurés par les États membres sans condition de réciprocité et sans distinction entre les citoyens et les étrangers⁸⁷.

D'autre part, la discrimination des non-ressortissants regarde aussi une série de droits économiques, sociaux et culturels⁸⁸. Ainsi l'article 34, alinéa a) de la *Charte arabe* réserve-t-il aux seuls citoyens le droit au travail : « Le droit au travail est un droit naturel de chaque citoyen. [...] », perpétuant la discrimination opérée par l'article 30 de l'ancienne version⁸⁹, contrairement au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* qui reconnaît à l'article 6, alinéa 1 le droit au travail à toute personne⁹⁰. Les autres instruments régionaux en revanche reflètent la perspective internationale onusienne quant au contenu de ce droit, notamment la *Charte sociale révisée* du Conseil de l'Europe à l'article 1⁹¹, le *Protocole de San Salvador* à l'article 6, paragraphe 1⁹² et la *Charte de Banjul* à l'article 15⁹³.

Il est vrai que la *Charte arabe* manifeste une certaine préoccupation pour les travailleurs migrants, introduisant une disposition qui ne se retrouve pas dans d'autres instruments, à l'alinéa e) de l'article 34, qui précise que « chaque État partie assure aux travailleurs qui immigrent sur son territoire la protection requise conformément à la législation en vigueur ». Cependant cette prévision à l'égard des travailleurs migrants, en déléguant aux États la réglementation de la matière, ne constitue pas une garantie efficace en dernière analyse, car les États ne prennent dans ce cas aucun engagement international. La *Charte* aurait pu par contre s'inspirer des dispositions de la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*⁹⁴, qui précise les droits civils et politiques (articles 8-24) ainsi que les droits économiques, sociaux et culturels (articles 25-32) des travailleurs migrants, tout en garantissant à l'article 7 la non-discrimination en matière des droits reconnus dans la *Convention*. En particulier l'article 25 de la *Convention sur les droits des travailleurs migrants* prévoit que les

⁸⁷ Voir l'*Observation générale no. 15* : « 1. [...] En général, les droits énoncés dans le Pacte s'appliquent à toute personne, sans considération de réciprocité, quelle que soit sa nationalité ou même si elle est apatride. 2. Ainsi, la règle générale est que chacun des droits énoncés dans le Pacte doit être garanti, sans discrimination entre les citoyens et les étrangers. Les étrangers bénéficient de l'obligation générale de non-discrimination à l'égard des droits garantis par le Pacte, ainsi que prévu à l'article 2. [...] Exceptionnellement, certains des droits reconnus dans le Pacte ne sont expressément applicables qu'aux citoyens (art. 25), tandis que l'article 13 ne vise que les étrangers. [...] 7. [...] Les étrangers bénéficient du droit de réunion pacifique et de libre association. [...] ».

⁸⁸ Dans ce sens il convient de rappeler que sur le continent américain le *Protocole de San Salvador* contient une disposition générique interdisant la discrimination avec référence à quel que soit des droits économiques, sociaux et culturels garantis, à savoir l'article 3 : « The State Parties to this Protocol undertake to guarantee the exercise of the rights set forth herein without discrimination of any kind for reasons related to race, color, sex, language, religion, political or other opinions, national or social origin, economic status, birth or any other social condition ». Quant à la *Charte sociale* du Conseil de l'Europe, son article E de la Partie V stipule à son tour une obligation de non-discrimination concernant tous les droits accordés : « La jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation ».

⁸⁹ Voir l'article 30 de la *Charte arabe* de 1994 : « L'État assure à chaque citoyen le droit à un travail lui assurant une existence conforme aux exigences nécessaires de la vie, et il s'engage à lui assurer une protection sociale complète ».

⁹⁰ L'article 6 (1) du *Pacte* énonce : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'à toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit ». Voir aussi l'article 23 (1) de la *Déclaration universelle* : « Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage ».

⁹¹ L'affirmation de la garantie de ce droit à faveur de tout individu dérive de la lecture combinée des prévisions de l'article 1 (« Droit au travail ») et de la clause de non-discrimination (voir *supra*, note 83).

⁹² Voir l'article 6 (1) du *Protocole de San Salvador* : « Everyone has the right to work, which includes the opportunity to secure the means for living a dignified and decent existence by performing a freely elected or accepted lawful activity ».

⁹³ Voir l'article 15 de la *Charte africaine* : « Toute personne a le droit de travailler dans des conditions équitables et satisfaisantes et de percevoir un salaire égal pour un travail égal ».

⁹⁴ Convention adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990.

travailleurs migrants doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable de celui des travailleurs de l'État d'emploi, pour ce qui concerne la rémunération, les conditions d'emploi et de travail. À son tour la *Convention européenne concernant le statut légal des travailleurs migrants*⁹⁵ prévoit expressément la parité de traitement entre les travailleurs nationaux et les travailleurs migrants pour ce qui est des conditions de travail (article 16), de la sécurité sociale pour eux et leurs familles (article 18), de l'assistance sociale et médicale (article 19). En ce qui concernent les systèmes juridiques internes, généralement parlant, dans les pays démocratiques les libertés individuelles et les droits civils sont garantis sans distinction de nationalité : par conséquent les droits reconnus par le droit de travail sont assurés aussi pour les travailleurs migrants⁹⁶. Par rapport à ces garanties, l'article 34 e) apparaît plutôt vide de contenu.

Dans ce même ordre d'idées, un autre droit destiné par la Déclaration Universelle⁹⁷ et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁹⁸ à tout individu et que la *Charte arabe*, notamment par le biais de son article 36, réserve aux seuls citoyens est le droit à la sécurité sociale : « Les États parties garantissent le droit de chaque citoyen à la sécurité sociale, y compris l'assurance sociale ».

Il n'est pas dépourvu de signification de rappeler la déclaration du gouvernement koweïtien lors de la ratification du *Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels*, selon laquelle, si la législation koweïtienne garantit aux travailleurs koweïtiens et non koweïtiens tous leurs droits, les dispositions relatives aux assurances sociales ne s'appliquent en revanche qu'aux Koweïtiens.

Sur le plan régional, la *Charte sociale européenne*⁹⁹, le *Protocole de San Salvador* (article 9, paragraphe 1¹⁰⁰) garantissent ce droit à toute personne ; c'est seulement la *Charte de Banjul* qui ne contient aucune disposition relevante à ce propos.

Non en dernier lieu, la position discriminatoire à l'égard des non-nationaux frappe aussi un droit culturel : l'article 41 de la *Charte*, consacré au droit à l'éducation, limite la gratuité de l'enseignement au niveau primaire et fondamental aux seuls citoyens¹⁰¹, en contraste avec les dispositions du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, article 13, alinéa 2, a) et b)¹⁰². Dans son *Observation générale no. 13*, concernant le « Droit à l'éducation », le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a précisé d'ailleurs que le respect de l'obligation de non-discrimination dans le champs de l'enseignement exige l'égal traitement de

⁹⁵ Document adopté à Strasbourg le 24 novembre 1977 par les États membres du Conseil d'Europe.

⁹⁶ Voir KOUKIADIS, I., *Les droits des travailleurs migrants*, dans ZANGHI, PANELLA, LA ROSA, *cit.*, p. 99.

⁹⁷ Voir l'article 22 de la *Déclaration universelle* : « Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ».

⁹⁸ L'article 9 du *Pacte* énonce : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales ».

⁹⁹ Voir *supra*, note 86. La clause de non-discrimination s'applique dans ce cas à l'article 12 (« Droit à la sécurité sociale »).

¹⁰⁰ Voir l'article 9 (1) du *Protocole* : « Everyone shall have the right to social security protecting him from the consequences of old age and of disability which prevents him, physically or mentally, from securing the means for a dignified and decent existence ».

¹⁰¹ Voir l'article 41 de la *Charte* : « L'alphabetisation est un impératif pour les États et chacun a droit à l'éducation; Les États parties garantissent à leurs citoyens la gratuité de l'enseignement au moins aux niveaux primaire et fondamental. L'enseignement primaire sous toutes ses formes et à toutes les étapes est obligatoire et accessible à tous sans discrimination ».

¹⁰² Voir l'article 13, alinéa 2 : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent qu'en vue d'assurer le plein exercice de ce droit : a) L'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible gratuitement à tous [...] ». Voir aussi l'article 26 de la *Déclaration universelle* : « Toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. [...] ». Également, voir l'article 13 du *Protocole de San Salvador* : « 1. Everyone has the right to education. [...] 3. [...] a. Primary education should be compulsory and accessible to all without cost; [...] ». Il faut noter par contraste une protection plus faible de ce droit sur le continent africain, où l'article 17 de la *Charte africaine* se limite à stipuler que « Every individual shall have the right to education », sans ajouté aucune précision à l'égard de la gratuité de l'enseignement primaire et de ses bénéficiaires.

toutes les personnes d'âge scolaire qui résident sur le territoire d'un État partie, non seulement des nationaux¹⁰³.

Qui plus est, l'article 41 de la *Charte arabe* se pose en désaccord avec l'article 28 alinéa a) et l'article 2 alinéa 1 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* concernant respectivement l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous et l'engagement des États à respecter les droits énoncés à tout enfant relevant de leur juridiction, convention ratifiée, paradoxalement, par tous les États membres de la Ligue arabes sans exception. L'article 41 est par conséquent incompatible avec une obligation conventionnelle précédemment contractée par les signataires de la *Charte arabe*.

Il faut souligner, toutefois, que l'article 34 de l'ancienne *Charte* était encore plus restrictif, puisqu'il réservait le droit à l'éducation dans sa globalité aux ressortissants : « L'éducation est un droit pour chaque citoyen. L'enseignement primaire doit être obligatoire et gratuit pour tous ».

La *Charte arabe* de 1994 permettait aussi la discrimination des non-citoyens pour ce qui regarde le droit à la propriété : l'article 25 disposait que « Le droit à la propriété privée est garanti à chaque citoyen. [...] ». Il faut noter par conséquent le progrès marqué par le nouvel article 31, qui garantit la propriété à chaque individu : « Le droit à la propriété privée est garanti à chacun et il est interdit dans tous les cas de confisquer arbitrairement ou illégalement tout ou partie des biens d'une personne ».

Cette série de dispositions opérant une distinction entre citoyens et non-ressortissants délégitimée par les instruments internationaux indique une inertie évidente du monde musulman quant à l'adaptation aux standards modernes en matière des droits de l'homme.

Mais la présence de ces articles dans le texte de la nouvelle *Charte arabe* comporte un risque supplémentaire plus important. Il dérive de la spécificité de la notion de « citoyen » dans le monde islamique, où le lien de citoyenneté est déterminé souvent par l'appartenance religieuse. Encore qu'il ne s'agisse pas généralement d'un déni de citoyenneté (on pourrait rappeler cependant la situation des Béduns au Koweït ou celle des Kurdes et des Arméniens en Syrie¹⁰⁴), on assiste à des phénomènes de « citoyenneté inégale »¹⁰⁵, car le statut restrictif accordé aux minorités ne porte pas à la pleine reconnaissance des droits associés à la citoyenneté (il suffit de penser aux discriminations subies par les coptes en Égypte¹⁰⁶). On pourrait donc s'interroger si, dans l'application de la *Charte*, certains États identifieront dans le « citoyen » seulement le citoyen à part entière, l'Arabe musulman, ou ils incluront pareillement dans cette notion les citoyens non-musulmans¹⁰⁷.

Par ailleurs, tout le texte de la *Charte arabe* semble emprunté à une vision nationaliste, s'adressant exclusivement à l'Arabe : le préambule exprime la fierté « des valeurs et des principes humanitaires que la Nation arabe a établis au cours de sa longue histoire » et la « foi dans l'unité de la patrie arabe », tandis que l'article premier énumère parmi les objectifs de la *Charte*, fixés « dans le cadre de l'identité nationale des États arabes », celui d'« [i]nculquer à l'être humain dans les

¹⁰³ Voir l'*Observation générale no. 13*, paragraphe 34 : « Le Comité prend note de l'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant et de l'alinéa e de l'article 3 de la Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement et confirme que le principe de non-discrimination s'étend à toutes les personnes d'âge scolaire qui résident sur le territoire d'un État partie, y compris les non-nationaux, indépendamment de leur statut juridique ».

¹⁰⁴ Voir le rapport de Human Rights Watch sur le refus d'octroyer les droits de citoyenneté aux minorités en Syrie et au Koweït, rapport disponible à l'adresse <http://www.hrw.org/french/reports/wr2k1/race-2001.html>.

¹⁰⁵ Voir GHANEA, N., *Human Rights of Religious Minorities and of Women in the Middle East*, dans *Human Rights Quarterly*, vol. 26, 3/2004, p. 714.

¹⁰⁶ Sur la discrimination des chrétiens d'Égypte voir BABES, L., *Les coptes d'Égypte : Pour une pleine citoyenneté !*, article disponible sur le site du Mouvement des Maghrébins Laïques de France, à l'adresse http://www.mmlf.org/article.php3?id_article=429.

¹⁰⁷ Il faut mentionner toutefois qu'il y a des auteurs arabes qui soutiennent la fausseté de la perception du non-musulman comme citoyen de second ordre. Voir AL-MIDANI, M. A., *La question des minorités et le statut des non-musulmans en Islam*, étude disponible sur le site officiel du Centre Arabe pour l'Éducation au Droit international Humanitaire et aux Droits Humains à la page <http://www.acihl.org/content/view/60/>.

États arabes la fierté de son identité ». On pourrait bien penser que des concepts tels « la nation arabe » et « la patrie arabe » renferme une indication implicite à la condition musulmane (encore que les références religieuses ne soient pas manifestes, à différence de la *Déclaration du Caire*). Même si on rejète cette hypothèse, il y a en tout cas des minorités ethniques non-arabes dans ces pays qui ne se voient pas représenter par un document notoirement destiné aux arabes. L'exacerbation de l'attachement national dans un instrument qui affirme l'universalité des droits de l'homme et dont le bénéficiaire est l'individu indépendamment de la nationalité ou la religion nous apparaît de toute façon comme inadéquat.

6. Une évaluation conclusive de la codification du principe de non-discrimination dans la nouvelle *Charte arabe* ne peut taire le fait que le projet récemment adopté reste tributaire en grand partie à la Charia et par là même se pose en conflit avec la signification attribuée au principe en contexte international : en effet, la *Charte* perpétue un certain nombre de discriminations à l'égard des femmes et des non ressortissants qu'un instrument moderne consacré à la protection des droits de l'homme devrait éliminer de manière résolue.

Les arguments précédemment exposés ont démontré qu'il y a des différences indéniables entre les standards internationaux et les canons proclamés par la *Charte arabe*, en dépit des améliorations notées par rapport à la version adoptée en 1994 et des aspects méritoires signalés. Eu regard au fait qu'un grand nombre des États de la Ligue Arabe ont ratifié les deux *Pactes des Nations Unies* et d'autres instruments internationaux relevant, on aurait pu attendre une Charte régionale qui reflète davantage les critères internationaux en matière de droits de l'homme que les pays arabes se sont par là engagés à promouvoir.

Il est vrai, néanmoins, que la proposition d'un document formel conforme aux standards occidentaux aux dépens de la Charia (là où il serait nécessaire pour assurer la non-discrimination et l'égalité effective), même ayant l'appui d'une élite arabo-islamique progressiste, n'aurait probablement pas été une solution praticable. D'un côté, il n'aurait eu aucune chance d'être adopté et encore moins appliqué effectivement par les gouvernements de la région, car un tel document serait perçu comme un produit allogène difficilement assimilable. De l'autre côté, vu l'autorité morale et religieuse de la Charia sur les collectivités musulmanes, en dehors de ses cristallisations juridiques plus ou moins prononcées, l'intégration réelle dans le système préexistant des normes d'une Charte conforme aux standards internationaux exige une mutation des mentalités de la population, à travers l'œuvre d'interprétation actualisée des sources primaires de la tradition islamique en consonance avec les critères internationaux de protection des droits de l'homme. C'est un processus qui requiert du temps et surtout la totale liberté d'expression¹⁰⁸, de même qu'un accès plus ample des hommes et des femmes à l'instruction et à l'information.

En dépit des opportunités de modernisation manquées, la nouvelle *Charte* pourrait constituer un premier pas essentiel vers une réforme interne dans les pays arabes qui puisse conférer la légitimité islamique, aujourd'hui en bonne partie absente, aux droits de la personne humaine élaborés au niveau international¹⁰⁹. Toutefois, il faut avertir contre le risque d'abuser de l'argument de la relativité culturelle pour nier aux droits de l'homme leur universalité au nom de certaines traditions culturelles et religieuses considérées à tort comme immuables.

Carmen Draghici
(Université de Rome « La Sapienza »)

¹⁰⁸ Nous faisons référence au cas du réformiste soudanais Mahmud Muhammad Taha, condamné à mort en 1985 pour ses théories progressistes sur la condition de la femme en Islam à la lumière des interprétations propres du *Coran*. Voir, à ce propos, MEHRPOUR, *cit.*, p. 101, note 27.

¹⁰⁹ Voir AN-NAIM, *cit.*, pp. 112-113.