



GLOBAL CENTRE FOR PLURALISM CENTRE MONDIAL DU PLURALISME

Les Constitutions : des cadres pour le pluralisme?

Christina Murray
Novembre 2018

I. INTRODUCTION

Actuellement, les politiques sur la diversité, la différence et l'identité dominent les discussions sur la rédaction et la conception constitutionnelle. La « boîte à outils » du rédacteur constitutionnel est remplie d'institutions et de procédures destinées à offrir un fondement pour une société pacifique dans laquelle la diversité est respectée plutôt qu'un fondement pour la compétition, l'exclusion et l'oppression. Il n'existe évidemment aucune formule magique qui nous permet de « bien réussir » la Constitution d'un pays dans n'importe quel contexte. Le fonctionnement d'une Constitution est difficile à prédire : il est influencé par l'histoire, l'économie et l'interaction changeante entre différents groupes sociaux et politiques. Même les choix constitutionnels les mieux intentionnés pourraient fonctionner différemment de ce qui était prévu, et les changements de circonstances nuisent à la

capacité d'une Constitution, laquelle devrait être stable et guider la société. De plus, les Constitutions ne sont pas élaborées ou mises en œuvre dans un contexte de neutralité politique, sociale et culturelle. Réaliser un accord constitutionnel équilibré est particulièrement difficile après un conflit. Les Constitutions d'après-conflit font souvent partie d'un accord de paix (un ensemble de compromis ou de marchés faits pour satisfaire les intérêts et atténuer les peurs des groupes opposés). Il se peut que ces Constitutions figent les identités. En effet, c'est ce que les parties pourraient demander au moment de la rédaction constitutionnelle. La Bosnie-Herzégovine (BIH) et le Liban en sont des exemples notoires. En BIH, l'accord était non seulement fondé sur un concept unidimensionnel de l'identité, mais il excluait également définitivement divers groupes. Au Liban, un accord qui octroyait des parts dans la prise de décisions politiques est devenu obsolète, mais la politique du pays est trop instable pour permettre des changements. En bref, en pensant à la

Témoigner du changement dans les sociétés diversifiées est une nouvelle série de publications du **Centre mondial du pluralisme**. Couvrant six régions du monde, chaque « cas de changement » examine une période durant laquelle un pays a modifié son approche envers la diversité, soit développant, soit sapant les fondements de la citoyenneté inclusive. L'objectif de la série – laquelle présente également des aperçus thématiques d'éminents universitaires – est de favoriser la compréhension globale des sources d'inclusion et d'exclusion dans les sociétés diversifiées ainsi que des chemins vers le pluralisme.

conception et à la mise en œuvre constitutionnelles comme des instruments potentiels du pluralisme, une bonne dose de pragmatisme est nécessaire. Toutefois, comme le démontrent amplement les études de cas de cette série, les Constitutions qui prêtent attention à l'inclusion et à la diversité pourraient également contribuer au développement du pluralisme.

Les Constitutions déterminent les principales institutions du gouvernement et, conséquemment, comment le pouvoir de l'État doit être exercé et comment différents secteurs de la société sont inclus dans la vie publique. Par le passé, les Constitutions se préoccupaient des institutions et accordaient peu d'attention aux autres aspects de l'édification d'un pays, comme l'attestent de nombreuses Constitutions « de l'indépendance » comme celles du Ghana et du Nigeria, l'Inde étant toutefois l'exception à la règle. Évidemment, les droits civils et politiques fondamentaux (axés sur les individus) ont été inclus dans la majorité des Constitutions de l'indépendance après la Deuxième Guerre mondiale et, en Afrique, les systèmes juridiques pluriels ont habituellement été maintenus, accordant un certain statut aux systèmes juridiques coutumiers. De plus, des dispositions fédérales telles qu'au Nigeria et au Kenya avaient pour but d'atténuer la friction potentielle entre les groupes. Toutefois, la plupart de ces Constitutions comportaient peu de ce qui est requis pour activement bâtir le respect de la diversité. Comme c'était le cas au Ghana, lors de l'indépendance, de nombreux pays ont insisté pour réduire l'importance de la diversité au lieu de la reconnaître. Cela a changé. Les Constitutions plus récentes se préoccupent souvent autant des valeurs et des principes que des institutions, et prêtent

habituellement attention à l'accommodement, la gestion et parfois la célébration de la diversité, tant dans les valeurs et les principes que dans la conception institutionnelle.

L'élaboration constitutionnelle et la mise en œuvre des Constitutions offrent de nombreuses occasions de faire des choix inclusifs et en faveur du pluralisme, mais comme avec les lois de façon générale, ces choix sont rarement clairs et nets, et peuvent s'avérer être à double face. De nombreux choix constitutionnels qui reconnaissent la diversité peuvent être utilisés tant pour promouvoir l'inclusion que pour institutionnaliser la différence.

II. LE PLURALISME ET LA CONCEPTION CONSTITUTIONNELLE

Les Constitutions répondent à la diversité de plusieurs façons. Elles peuvent ignorer la diversité (Australie 1901, Thaïlande 2014)¹, ou expressément ou implicitement demander une certaine forme d'assimilation, par exemple en choisissant la langue du gouvernement. À l'autre extrême, un État peut être fondé sur une compréhension manifestée, rigide et limitée de l'identité de groupe (BIH). Cependant, c'est le vaste éventail de possibilités entre ces deux extrêmes qui permet aux Constitutions de contribuer à la création du pluralisme dans les sociétés multiethniques et multiconfessionnelles. Le « matériel » établi par les Constitutions – les processus électoraux, les législatures, les pouvoirs exécutifs, les cours, les gouvernements infranationaux, l'armée, d'autres structures de

services de sécurité et ainsi de suite – peut fournir le cadre d’une société fondée sur le pluralisme. Les Constitutions peuvent également influencer le « logiciel » des sociétés plurielles. Les Constitutions peuvent protéger l’égalité en accordant une attention particulière aux groupes minoritaires. Elles déterminent fréquemment les langues qui seront utilisées par les organismes publics. Elles peuvent garantir l’éducation et protéger un droit pour établir des écoles religieuses. Elles peuvent définir le respect de la diversité en tant que valeur qui doit influencer l’application de la Constitution et toute la vie publique. Ce faisant, elles peuvent contribuer à l’émergence d’une identité nationale pluraliste.

Les études de cas démontrent comment le logiciel et le matériel établis dans une Constitution contribuent à son rôle dans la promotion du pluralisme. Évidemment, la distinction entre le matériel et le logiciel dans une Constitution n’est pas précise. Par exemple, un engagement constitutionnel envers l’égalité et le respect de la diversité comporte des caractéristiques qui touchent autant au matériel (il impose des exigences sur la manière dont les institutions et les individus doivent se comporter) qu’au logiciel (il exige une mentalité qui respecte la diversité). De plus, en pratique, plusieurs éléments d’une Constitution travaillent tant ensemble que l’un contre l’autre au fur et à mesure que les citoyens et les groupes interagissent et que les courants économiques, sociaux et politiques changent. En s’appuyant sur les études de cas, ce document se penche sur deux des plus importants aspects des Constitutions sur le pluralisme : les « grands » éléments ayant trait au système gouvernemental et à la structure de l’État, et les éléments ouvertement

axés sur les valeurs liées à l’identité, l’égalité et l’édification d’un pays.

Le système gouvernemental et la gouvernance à paliers multiples

Lorsqu’ils considèrent comment offrir un cadre constitutionnel à un État pluraliste, les rédacteurs constitutionnels commencent par se tourner vers le système gouvernemental (une forme de présidence ou de gouvernement parlementaire, ou quelque chose de complètement différent) et vers la structure de l’État (la Constitution devrait-elle distribuer la responsabilité du gouvernement entre différents paliers du gouvernement?). Les discussions actuelles sur ces choix dans les sociétés divisées sur le plan ethnique (et par extension, dans les sociétés divisées par la religion) sont encadrées par un débat entre les spécialistes Arend Lijphart et Donald L. Horowitz. Lijphart soutient que le principe de majorité dans les sociétés plurielles divisées aboutit à une dictature de la majorité². Cela signifie qu’aucun système fondé sur une forme de gouvernement majoritaire (comme c’est le cas dans les régimes parlementaires et présidentiels) n’est approprié. Ce qu’il appelle la « démocratie consociative », qui cherche à partager, diviser et distribuer le pouvoir, à inclure de nombreux groupes dans le processus décisionnel et à mettre l’accent sur le consensus, est plutôt la voie à suivre. Horowitz n’en est pas persuadé, particulièrement parce qu’il ne voit aucun avantage pour les groupes à coopérer à la prise de décision comme l’envisage Lijphart. Horowitz rejette plutôt le concept de « garanties ethniques » et propose un matériel (principalement dans la conception du système électoral) qui offre des avantages aux groupes afin qu’ils forment des

alliances les uns avec les autres³. Par exemple, il considère le système électoral du « vote alternatif » susceptible d'encourager les candidats à s'adresser à une plus vaste portion de l'électorat, évitant ainsi les candidats et les partis ayant des intérêts sectoriels étroits. De façon similaire, pour se faire élire, un candidat présidentiel pourrait devoir non seulement obtenir une majorité des votes nationaux, mais également avoir un soutien sur l'ensemble du territoire.

En pratique, aucune de ces approches n'a été adoptée dans ce que Horowitz et Lijphart pourraient considérer comme leur forme pure⁴. Une exigence quant à la prise de décision consensuelle qui ressemble à ce que propose Lijphart s'observe le plus souvent dans les situations d'après conflit (p. ex., en Irlande du Nord, au Burundi et jusqu'à 2013, au Kenya). En revanche, le « gouvernement à paliers multiples » soutenu autant par Lijphart que par Horowitz, qui permet aux régions d'un pays de jouir d'une autonomie considérable, est souvent adopté.

Les études de cas sur l'Inde et sur le Nigeria offrent des exemples de la manière dont le gouvernement à paliers multiples peut contribuer à la paix et à la stabilité dans une société qui est divisée du point de vue ethnique et/ou racial. Il accorde aux groupes linguistiques ou tribaux une certaine autonomie dans leurs régions tout en les attirant vers le centre. Toutefois, en Inde et au Nigeria, le gouvernement à paliers multiples est une arme à double tranchant. L'étude de cas sur l'Inde décrit l'adoption délibérée du pluralisme lors de l'indépendance – extraordinaire pour cette époque. En un demi-siècle, le fédéralisme a permis l'accueil de la diversité linguistique et

régionale, mais il y a eu des coûts. En particulier, les minorités au sein des États individuels n'ont pas toujours été adéquatement protégées. Qui plus est, les mesures constitutionnelles étant axées sur la diversité linguistique et régionale, la vaste minorité musulmane a souffert de pratiques d'exclusion.

Comme en Inde, le système fédéral nigérian a permis à la diversité d'être gérée par un compromis interethnique. Plus important encore, la création de 36 États a limité le pouvoir politique, économique et social des plus importants groupes ethniques et donné une voix aux groupes minoritaires. Toutefois, comme l'explique l'étude de cas, la fragmentation du pays (qui est passé de 3 États lors de l'indépendance à 36 aujourd'hui) a renforcé l'ethnorégionalisme. L'exemple le plus flagrant est l'utilisation du concept d'indigène pour exclure les prétendus colons (c.-à-d. les personnes dont les parents ou grands-parents n'appartenaient pas à la communauté « indigène » de l'État) des emplois et des avantages dans les États où ils vivent. Il se peut que la Constitution nigérienne n'ait pas voulu cela. Toutefois, la combinaison du langage constitutionnel pouvant mener à une interprétation permettant la discrimination contre les « colons » et de l'assertion de la Constitution quant au « caractère fédéral » du Nigeria, avec des tribunaux qui ne sont pas préparés à contrecarrer la tendance des politiques d'identité tribale, a fait en sorte que les États ont la permission de discriminer. De façon similaire, un avantage classique du fédéralisme est qu'il permet aux régions d'adapter les politiques à leurs propres besoins. Toutefois, dans le nord du Nigeria, ceci a entraîné la reconnaissance de la charia de manière à exclure les femmes et les non-musulmans. Le caractère fédéral des droits devrait empêcher cela, mais les institutions du

gouvernement central n'ont pas de facto l'autorité politique pour l'appliquer.

L'identité, l'égalité et l'édification d'un pays

Les Constitutions offrent une occasion d'exprimer l'identité nationale et peuvent inclure quelques-uns des mécanismes pour la promouvoir. Lorsque l'objectif est de respecter la diversité, le plus important est habituellement un engagement envers l'égalité et des dispositions formelles qui permettent ou exigent une discrimination positive. Toutefois, comme le démontrent les études de cas, tout comme pour les choix en matière de régimes gouvernementaux et d'autonomie régionale, ces mécanismes comportent des avantages et des désavantages, créant des occasions d'aborder de vieilles pratiques d'exclusion, mais introduisant leurs propres pathologies quant à l'appartenance et à la définition d'un groupe.

L'Inde est, à juste titre, renommée pour avoir enchâssé son intention de supprimer le système des castes de la société indienne dans sa Constitution. Pour ce faire, la reconnaissance de l'appartenance au groupe était essentielle. Toutefois, au fil du temps, ses coûts sont devenus de plus en plus apparents. Sans reconnaissance constitutionnelle, de nombreux groupes auraient été incapables d'obtenir des droits et seraient demeurés invisibles dans la vie publique. Toutefois, il est également devenu impossible politiquement d'utiliser la discrimination positive de manière à avantager ceux qui en ont le plus besoin. Les élites des groupes en droit de recevoir un traitement particulier en profitent plutôt au détriment des autres dans le groupe. Qui plus est, plutôt que de s'éloigner graduellement des quotas et

d'autres mesures de discrimination positive, l'Inde se voit poussée à les étendre à un plus grand nombre de groupes. Parallèlement, malgré une promesse constitutionnelle voulant que la plus importante minorité en Inde – la population musulmane – soit incluse dans la vie publique et commerciale, elle demeure sous-représentée.

De façon similaire, la Bolivie et la Malaisie offrent des exemples de l'importance d'un engagement constitutionnel envers un concept inclusif de citoyenneté avec la discrimination positive comme mécanisme pour lui permettre d'aller au-delà de la simple rhétorique. Dans les deux pays, la reconnaissance institutionnalisée de majorités auparavant marginalisées au moyen de la reconnaissance constitutionnelle contribue à l'inclusion et offre des occasions de remettre en cause d'anciennes pratiques. Cependant, même en tenant compte des importantes différences sociales, politiques et économiques entre les deux cas, ces derniers reflètent à quel point il est difficile de s'assurer qu'un engagement constitutionnel envers la discrimination positive ne mène pas à une société qui utilise l'identité de groupe comme une forme de droit. Notamment, la tentative constitutionnelle de restreindre la discrimination positive en Malaisie à des situations où elle était « nécessaire » s'est avérée inefficace.

Dans ce contexte, la Colombie offre un tableau contrasté. L'étude de cas conclut que la diversité fait maintenant partie de l'identité colombienne au quotidien. Entre autres choses, c'est le résultat de la ratification nationale d'un « contrat social » inclusif et de l'attention que la cour constitutionnelle colombienne prête au système de valeur pluraliste

de la Constitution dans ses décisions. Ces deux éléments s'appuient sur le choix constitutionnel du pluralisme. Mais, le fait qu'en Colombie, contrairement à la Malaisie et à la Bolivie, ces personnes marginalisées faisaient partie de groupes minoritaires et non majoritaires doit également être considéré comme un facteur facilitant grandement la transformation d'une société exclusive en société inclusive.

III. CONCLUSION

En résumé, comme le démontrent les études de cas, les Constitutions sont importantes pour créer des sociétés qui valorisent la diversité. Elles peuvent offrir le fondement sur lequel les nations s'épanouissent dans leur capacité à inclure tout le monde. Les institutions qu'elles établissent peuvent promouvoir le pluralisme. Malgré tout, et comme le démontrent aussi ces études de cas, les dispositions constitutionnelles peuvent entraver le pluralisme. En effet, elles peuvent à la fois apaiser et intensifier les tensions. Les dispositions constitutionnelles ne sont qu'une infime partie de la création d'une société inclusive. De plus, l'effet des institutions constitutionnelles et leur cadre de valeurs ne sont pas statiques. Comme l'observe le spécialiste Mirjan Damaška, « La musique de la loi change, pour ainsi dire, lorsque les instruments de musique et les musiciens ne sont plus les mêmes »⁵. En plus des autres moteurs du pluralisme, maintenir un cadre constitutionnel qui favorise le respect de la diversité est un travail constant.

NOTES

- ¹ Mais la liberté de religion est habituellement respectée.
- ² Voir par exemple Arend Lijphart (2012), *Patterns of Democracy: Government Forms & Performance in Thirty-six Countries*, deuxième édition (New Haven : Yale University Press).
- ³ Voir par exemple Donald L. Horowitz (2001), *Ethnic Groups in Conflict*, deuxième édition (Berkeley : University of California Press).
- ⁴ Notons que Horowitz est très conscient qu'il est nécessaire que les Constitutions répondent au contexte et qu'il ne propose pas un menu figé de solutions constitutionnelles pour les sociétés diversifiées.
- ⁵ Mirjan Damaška (1997), « The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants : Anglo-American and Continental Experiments », *American Journal of Comparative Law* 45 (4) : 839–40.

AUTEUR

Christina Murray est professeure émérite en droit constitutionnel et en matière de droits de la personne à l'Université du Cap et conseillère principale en matière de rédaction constitutionnelle en situation d'après-conflit auprès du Département des affaires politiques des Nations Unies. Ses intérêts de recherche comprennent le droit en matière de droits de la personne (en particulier en ce qui concerne l'égalité des sexes), le droit international et le droit constitutionnel. De 1994 à 1996, Mme Murray a fait partie d'un groupe de sept experts conseillant l'Assemblée constitutionnelle sud-africaine lors de la rédaction de la Constitution de l'Afrique du Sud. Ses plus récents travaux constitutionnels ont porté sur la Somalie, l'Égypte, la Libye, le Soudan, le Népal, le Zimbabwe et le Pakistan.

Ce travail a été réalisé grâce à une subvention du Centre de recherches pour le développement international, Ottawa, Canada.

Les opinions exprimées dans ce document ne représentent pas nécessairement celles du CRDI ou de son conseil des gouverneurs.

Cette analyse a été mandatée par le Centre mondial du pluralisme pour engendrer un dialogue mondial sur les moteurs du pluralisme. Les opinions exprimées dans ce document sont celles de l'auteur.

Le Centre mondial du pluralisme est une organisation de savoir appliqué qui facilite le dialogue, l'analyse et l'échange sur les fondements des sociétés inclusives dans lesquelles les différences humaines sont respectées. Établi à Ottawa, le Centre est inspiré par l'exemple du pluralisme canadien, lequel démontre ce que les gouvernements et les citoyens peuvent réaliser lorsque la diversité humaine est appréciée et reconnue comme une des bases de la citoyenneté partagée. Visitez-nous au pluralisme.ca