DEUXIÈME THÈME

Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures

*

Aspects philosophiques des droits fondamentaux

Personne, culture et droits : harmonie, polyphonie et dissonance

PAR

HENRI PALLARD

Professeur à l'Université Laurentienne (Canada) *

L'idéologie des droits de la personne est tributaire du mouvement philosophique qui voit le jour à l'Âge de la raison; elle se fonde sur l'idée que tous les êtres humains possèdent une nature universelle qui est conforme à la raison. Mais cette pensée a très tôt fait l'objet d'une critique sévère. Nous retrouvons à l'origine de cette critique les mêmes idées qu'à l'origine de la diversité comme trait définissant de la culture humaine : le refus d'une raison pouvant accéder à une vérité universelle et, dans son sillage, le refus d'une nature humaine homogène. À la perception eurocentrique du monde moderne vient se substituer une conception plus moderne caractérisée par la contingence ou la relativité des valeurs.

Quelle signification devons-nous alors attacher aux diverses déclarations juridiques et politiques affirmant l'universalité des droits fondamentaux ? Y a-t-il des droits irrécusables devant lesquels tous les gouvernements doivent s'incliner et, si oui, pourquoi ces droits sont-ils obligatoires ? Ou les droits de la personne ne sont-ils qu'une expression contingente de certaines valeurs culturelles sans prise sur les gouvernements ? Harmonie, polyphonie et dissonance à la fois caractérisent les réponses proposées par *Personne*, culture et droits à ces questions ¹.

I. - HARMONIE, POLYPHONIE ET DISSONANCE

L'harmonie se situe au niveau de la genèse des droits fondamentaux et de ses liens avec le concept de personne. D'abord, nous nous accordons pour dire que la conception du monde et de l'être humain qui caractérise la Modernité rend possible l'apparition historique des droits fondamentaux. Ensuite, nous sommes tous d'avis que la Modernité ne peut pas fonder de façon apodictique la nécessité universelle des droits fondamentaux.

- * Département de Droit et Justice, Université Laurentienne, Sudbury (Ontario), Canada.
- 1. Les premiers travaux de l'équipe, Personne, culture et droits, paraîtront dans Droits fondamentaux et spécificités culturelles, H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), L'Harmattan, Paris, 1996.

Est-il alors possible d'assurer l'universalité des droits fondamentaux tout en respectant la diversité culturelle ? Nous retrouvons-là une véritable dissonance. Certains chercheurs croient qu'il y a un fondement aux droits, fondement qu'il faut aller découvrir dans une ontologie ou une métaphysique. Quant aux spécificités culturelles, elles sont contingentes et doivent céder le pas devant la nécessité des droits fondamentaux.

Les autres chercheurs rejettent la possibilité d'une vérité universelle à laquelle l'être humain peut accéder. En conséquence, les droits fondamentaux ne possèdent aucune validité universelle. S'étant mis d'accord sur ce point, ces chercheurs se divisent sur la démarche à emprunter par la suite. Un premier groupe reste ferme et refuse toute nécessité aux droits fondamentaux. Le deuxième croit qu'il y a une nécessité, une universalité qui se creuse dans l'expérience humaine et qui surmonte la diversité culturelle.

Quelle signification devons-nous attacher aux droits fondamentaux ? Là, nous retrouvons une véritable polyphonie, chaque chercheur épousant un point de vue différent. Cette polyphonie porte sur une idée commune, la personne ; mais de quelle « personne » s'agit-il ?

A. – Nécessité et universalité des droits fondamentaux

Selon Hassan Abdelhamid², le fondement apodictique des droits de l'homme se retrouve dans leur unité métaphysique, l'idée de justice qui existe dans l'homme en tant qu'elle est vertu 3. Cette recherche récuse l'approche moderne et sa réduction de l'humain à son aspect empirique pour retrouver la signification des droits fondamentaux dans une nature humaine où sa dimension métaphysique est reconnue. Il faut retrouver l'unité ontologique de la personne si on veut assurer les fondements des droits de la personne 4, les garantir contre des interprétations diverses propres à chaque culture. En recourant à l'individualité pour définir la personne, la Modernité deviendrait incapable de découvrir un élément commun à la personne qui dépasse les données culturelles spécifiques car elle aurait universalisé ce qu'il v a de particulier chez l'individu - sa liberté. Il faut plutôt universaliser l'être humain en tant que tel. L'universalité des droits de la personne peut être garantie seulement par la nature universelle de l'être humain. C'est seulement en retrouvant l'« Homme universel » comme archétype idéal que l'on peut y parvenir.

La raison universelle en tant que principe transcendantal de la nature humaine nous permet de saisir la dimension universelle de la nature

^{2. «} Les droits de l'homme et l'Homme universel », dans Droits fondamentaux et spécificités culturelles, pp. 63-80.

^{3.} Ibid., pp. 79-80.

^{4.} Ibid., p. 66.

humaine ⁵. Elle nous permet de saisir l'être humain individuel – relatif et incomplet – comme partie intégrante de l'« Homme universel » et de surmonter ainsi les contingences de l'existence pour fonder les droits fondamentaux sur ce qu'il y a de nécessaire. En adoptant le point de vue de l'idéalisme, selon H. Abdelhamid, on peut retrouver l'inconditionné, l'idée de l'« Homme universel » qui existe indépendamment de nous car l'« Homme universel » est le principe de toute manifestation ; l'homme individuel en est la résultante, l'aboutissement ⁶. On pourra alors accéder à une connaissance apodictique des droits fondamentaux qui seront à l'abri des contingences culturelles ; ils s'imposeront à toutes les sociétés.

Pour François Vallançon ⁷, il n'est pas possible de justifier l'universalité des droits fondamentaux tels que nous les connaissons aujourd'hui parce qu'ils ne sont qu'un simulacre. Il part de la constatation qu'il y a plusieurs manifestations différentes des droits fondamentaux. Cela est dû au fait qu'il n'y a pas d'unité de principe à leur origine; cet auteur attribue cette absence d'unité aux effets engendrés par l'idéologie qui sous-tend les droits fondamentaux et qui puise ses sources dans la pensée moderne. Selon F. Vallançon, l'homme moderne devient la mesure de toute chose et l'idée d'universalité est réduite à un élément commun. Afin de surmonter la difficulté posée par la réduction de l'universalité au général et de redonner une véritable dimension universelle aux droits fondamentaux, ils doivent prendre comme objet une relation bonne et juste. Ce mouvement ne peut s'opérer qu'à partir de la nature ontologique de l'être humain. On doit alors déduire les droits fondamentaux à partir de l'essence de l'homme. De cette unité humaine et naturelle, on peut construire l'unité juridique et culturelle.

En effet, ce que nous propose F. Vallançon, c'est de repenser les droits de l'homme à la lumière des philosophies aristétolicienne et thomiste. Les droits fondamentaux dans la pensée moderne prennent les individus comme fondement et le bien et la justice proviennent des individus. Selon F. Vallançon, il faut renverser la perspective : les droits fondamentaux doivent porter sur la relation entre les individus.

Si les analyses conduites par H. Abdelhamid et F. Vallançon diffèrent, la structure de leurs pensées se ressemble. Conscients du fait que la raison de la Modernité conduit en dernière et ultime analyse à un relativisme absolu, ils cherchent le socle sur lequel toute connaissance doit s'ériger. À partir d'une critique de l'individualité moderne, les deux conçoivent la justice comme le principe d'unité autour duquel s'articulent les droits fondamen-

^{5.} Ibid., p. 66.

^{6.} Ibid., p. 70.

^{7.} Voir « Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle » ; ce texte paraît dans ce volume. Voir également, « Les Droits fondamentaux entre uniformité et diversité des cultures », texte inédit préparé pour *Personne, culture et droits*.

taux. Cette Justice existe indépendamment de l'humain et constitue l'universalité et la nécessité des droits fondamentaux au delà des contingences de l'expérience humaine.

En effet, H. Abdelhamid et F. Vallançon ont bien saisi la seule et unique façon d'assurer le caractère universel des droits fondamentaux : si ceux-ci ne possèdent pas une nécessité en soi, il faut les asseoir sur un élément qui puisse leur fournir cette nécessité absolue. On ne peut pas fonder la nécessité et l'universalité sur la contingence de l'expérience ; seulement un élément qui ne fait pas partie de ce monde peut donner cette assurance apodictique. C'est pourquoi H. Abdelhamid et F. Vallançon font appel à la métaphysique ou à la nature ontologique de l'être humain. Cependant, si ces éléments dépassent notre expérience et si notre connaissance se fonde sur elle, comment pouvons-nous connaître quelque chose qui la transcende ? En fin de compte, le recours à la métaphysique ou l'ontologie repose sur un acte de foi ⁸, un acte de la volonté humaine.

B. - Le refus de l'universalité

L'autre groupe de chercheurs refuse de reconnaître un caractère universel aux droits fondamentaux. Mais un désaccord naît au sujet de la réponse à donner à la prochaine question, à savoir ce que nous pouvons apprendre des droits fondamentaux. Malgré leur renoncement initial, certains chercheurs tentent de récupérer la dimension universelle des droits fondamentaux.

Selon Yadh Ben Achour ⁹, il n'y a pas de droits fondamentaux qui font partie intrinsèque de la nature humaine parce qu'il est impossible de définir la qualité d'« Être-Homme ». L'être humain est seulement connaissable à partir d'un milieu culturel. Notre connaissance de l'être humain a lieu en contexte; l'humanité en soi est indémontrable. Toute prétention à l'universalité relève de l'impérialisme de la raison qui transforme les données extrinsèques de l'expérience en qualités inhérentes de la nature humaine. Toute tentative d'asseoir les droits fondamentaux sur la base supposée solide de la nature de l'homme doit faire appel à la métaphysique ou à Dieu. Une fois ce recours effectué, la métaphysique ou le divin sera utilisé pour exiger que la mise en œuvre des droits fondamentaux soit conforme à ces mêmes principes transcendants.

^{8.} F. Vallançon dirait plutôt qu'un tel recours se justifie par la confiance.

^{9. «} Les Droits fondamentaux entre l'universalité et les spécificités culturelles et religieuses », dans Droits fondamentaux et spécificités culturelles, pp. 81-94.

Slim Laghmani ¹⁰ démontre comment l'histoire de la pensée musulmane l'a conduite à faire dépendre les droits de l'homme des exigences de la religion. Dans un premier temps, un courant rationaliste, réconciliant la rationalité de Dieu et la liberté de l'être humain, s'est transformé en doctrine officielle et ses principes en article de foi. Ses opposants furent persécutés, torturés et emprisonnés. Contre ces excès, un contre-courant orthodoxe et traditionnel s'élève et prend le pouvoir. Il prône la soumission de l'intelligence humaine à la volonté divine et la liberté absolue de Dieu. Les droits apparaissent alors comme des protections complètement déterminées par Dieu. Aucune interprétation n'en est possible car ils ne sont pas soumis à l'histoire ou à l'évolution.

La situation de la femme est un des exemples utilisés par Y. Ben Achour pour illustrer de façon plus spécifique comment le recours au divin norme l'interprétation des droits fondamentaux ¹¹. Certains pays qui reconnaissent l'égalité comme un droit fondamental traitent néanmoins les femmes et les hommes de façon différente. On justifie cela en leur reconnaissant une égalité métaphysique : les âmes sont égales ; cependant leur nature différente justifie un traitement différent. Donc un consensus sur la matière des droits fondamentaux ne signifie pas qu'il y ait accord sur leur mise en œuvre.

Quant aux spécificités culturelles, elles doivent être respectées, car « l'identité culturelle est constitutive de la dignité de l'homme. L'une ne va pas sans l'autre » ¹². Cela s'ensuit logiquement de sa définition de l'homme comme un être culturel.

Malgré cela, il demeure toujours possible de fonder solidement les droits fondamentaux. Leur fondement se trouverait dans un principe existentiel : « vivre au moindre mal possible » ¹³. Ce qui caractérise l'existence humaine, c'est la recherche du plaisir et du bonheur, la fuite de la souffrance. À partir de ce principe, l'on pourrait fonder la liberté, l'égalité et le droit à la vie. On pourrait alors démontrer que certaines pratiques culturelles, telles que l'excision et la scarification, sont contraires au principe de « vivre au moindre mal possible ». Mais il faut bien se garder de donner à ce principe

^{10. «} Pensées musulmanes et théorie des droits de l'homme »; ce texte paraît dans ce volume. Voir également, « Philosophie du droit et théorie générale du droit », Revue tunisienne de droit, 1990, pp. 227-249; « Le concept de droits de l'homme : naissance et évolution », Revue tunisienne de droit, 1992, pp. 37-61; Éléments d'histoire de la philosophie du droit, Le discours fondateur du droit, t. 1 : La nature, la Révélarion et le droit, Cérès Productions, Tunis, 1993.

^{11.} Voir les ouvrages suivants de Y. BEN ACHOUR: Politique, religion et droit dans le monde arabe, Cérès Production, Tunis, 1992; Normes, foi et loi en particulier dans l'Islam, Cérès Éditions, Tunis, 1993; «Nature, raison et révélation dans la philosophie du droit des auteurs sunnites», qui paraît dans ce volume.

^{12.} Ibid., pp. 93-94.

^{13.} Ibid., p. 94.

une dimension métaphysique ou transcendante car ce ne serait qu'imposer son point de vue subjectif, comme en témoigne le sadisme ¹⁴.

L'analyse de la culture que j'ai entreprise ¹⁵ est analogue à celle adoptée par Ben Achour. Elle s'appuie sur la dialectique hégélienne du maître et de l'esclave pour démontrer que « la reconnaissance de l'autre comme sujet entraîne la reconnaissance de sa spécificité culturelle, la possibilité de se définir de façon autonome ». De l'existence même du fait culturel, il découle que l'être humain est par nature intersubjectif, un être social. La théorie des droits de la personne doit désormais se fonder sur l'intersubjectivité et non sur la subjectivité, sur la reconnaissance de l'autre et non sur la primauté de l'individu. Les droits de la personne « auraient alors comme vocation la reconnaissance et la protection de l'autre parce que c'est lui, l'autre, qui rend possible la conscience de soi en tant qu'individu. L'affirmation des droits de la personne est la réalisation concrète dans le monde politique de la reconnaissance de l'autre » ¹⁶. Il n'y a donc pas conflit entre droits fondamentaux et diversité culturelle ; ils sont des corollaires.

Or cette reconnaissance de l'autre ne peut pas être imposée; elle demeure un choix, mais à partir duquel il est possible de justifier l'application universelle des droits fondamentaux. Leur universalité demeure alors toujours contingente. Nous pouvons toujours choisir la négation de l'autre. Nous pouvons discuter du refus de l'autre, mais nous ne pouvons pas exiger la reconnaissance de l'autre, car on ne peut justifier une telle exigence que par un recours à la métaphysique ou au divin. Or un tel recours ne peut pas faire l'objet d'une démonstration; en dernière analyse, il repose sur un acte de foi.

Selon Jean-Claude Kamdem ¹⁷, la reconnaissance des droits fondamentaux est une question de culture, de conditions sociales, politiques, économiques et historiques. La conception occidentale des droits fondamentaux a fait l'objet d'une réception en Afrique. Cependant, l'existence effective des droits fondamentaux dépend de leur reconnaissance par le pouvoir, même si les constitutions y font référence, car les exigences fondamentales de la

- 14. Voir les ouvrages suivants par Y. BEN ACHOUR: Politique, religion et droit dans le monde arabe, Cérès Production, Tunis, 1992; Normes, foi et loi en particulier dans l'Islam, Cérès Éditions, Tunis, 1993; « Nature, raison et révélation dans la philosophie du droit des auteurs sunnites », conférence présentée à la Faculté des Sciences Juridiques, Tunis, le 5 décembre 1995.
- 15. H. Pallard, « Culture et diversité culturelle : Essai préliminaire à une étude sur l'universalité des droits fondamentaux », dans *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, pp. 21-39.
- 16. H. Pallard, « Altérité, individualité et droits », conférence présentée à la Faculté des Sciences Juridiques, Tunis, le 5 décembre 1995.
- 17. « Personne, culture et droits en Afrique noire », dans Droits fondamentaux et spécificités culturelles, pp. 95-117.

primauté du droit répondent aux mêmes facteurs en Afrique qu'en Occident.

Au delà de cette reconnaissance politique des droits, il faut également prendre conscience de leur reconnaissance par les Africains eux-mêmes. Cette réception a été facilitée par des points de ressemblance qui existent entre certaines valeurs véhiculées par la culture africaine et par la théorie des droits de l'homme. De plus, les droits de l'homme sont un moyen de réconcilier les sociétés modernes et traditionnelles et de rassurer les individus de tendances politiques opposées. Cependant, l'apprentissage d'une civilisation démocratique est nécessaire pour faire vivre les droits de l'homme et l'éducation est le moyen d'y accéder.

Chez ce chercheur, les droits fondamentaux ne possèdent pas une dimension universelle. Leur apparition est contingente. Cependant, leur reconnaissance est souhaitable parce qu'elle permet de régler la transformation dans les rapports sociaux lors du passage d'une société traditionnelle à une société moderne.

C. - Entre la diversité et l'universalité

Les trois chercheurs suivants refusent de reconnaître le fondement universel des droits de l'homme dans un *a priori* quelconque. Cependant, ils semblent retrouver ailleurs la nécessité des droits fondamentaux.

Selon Guillaume Vannier ¹⁸, la particularité culturelle et l'universalité des droits fondamentaux sont deux positions intenables ; il faut rechercher un moyen terme. Le véritable fondement des droits existe dans la raison ; il est universalisable et transcendantal, quoique déterminé par une tradition argumentative contingente. Mais comment la contingence de l'expérience peut-elle conduire à la nécessité transcendantale ? Contingence et nécessité, expérience et transcendance s'excluent réciproquement. Comment leur réconciliation est-elle alors possible ? Selon G. Vannier, « Si la visée universelle des droits de l'homme ne peut être imposée par une nécessité pratique a priori, elle doit pouvoir être défendue par une prudence raisonnable » ¹⁹. Et il continue : « Le caractère particulier d'une tradition argumentative rend l'universalité possible en donnant à ses arguments toute leur identité, leur détermination et leurs limites ».

Mais pourquoi devons-nous accepter cette tradition argumentative qui conduit aux droits de l'homme ? Pourquoi ne pas en accepter une autre ? Comment savons-nous que l'expérience future ne viendra pas démontrer que cette tradition argumentative est erronée ? Il ne semble pas que ce soit un

^{18. «} De l'Universalité et de la particularité des droits de l'homme », dans Droits fondamentaux et spécificités culturelles, pp. 119-140.

^{19.} Ibid., p. 139.

moyen terme que G. Vannier a retrouvé, mais l'universalité reposant sur une expérience contingente. Or la connaissance de l'universalité, en dernière analyse, n'est possible que par référence à un élément métaphysique ou divin. En effet, il n'y a pas de moyen terme entre le particulier et l'universel, l'expérience et la métaphysique.

Devant l'altérité et la diversité de ses manifestations, Thomas Gil ²⁰ retrouve dans le concept des droits de l'homme « le désir légitime d'un minimum éthique pouvant être universalisé » ²¹. L'éthique ne tolère pas que l'on fasse souffrir de façon arbitraire et inhumaine certaines personnes. Devant la souffrance, nous voyons apparaître un sentiment spontané d'indignation qui « est la manifestation d'une pulsion morale élémentaire transformable en une position éthique qui va demander un minimum éthique universalisable » ²². C'est ce minimum éthique universalisable que nous retrouvons dans les droits de l'homme, dit-il.

Cette approche des droits fondamentaux à partir de la souffrance ne va pas sans rappeler la fuite du mal évoquée par Y. Ben Achour. Cependant Y. Ben Achour reconnaît que si son principe permet de fonder les droits de la personne, il demeure impossible de fonder le principe lui-même. Chez T. Gil, il n'est pas clair que ce sentiment d'indignation devant la souffrance est lui-même contingent. Dans un premier temps, il présente la compréhension de l'altérité et de la diversité comme une nécessité rationnelle ²³. Il faut souligner que cette nécessité n'existe que dans la mesure où nous sommes dans la « voie de l'effort sincère » 24. Or en quoi consiste l'effort sincère, comment pouvons-nous le reconnaître, et pourquoi sommes-nous obligés de choisir cette voie? Il semble contourner cette critique lorsqu'il dit, plus loin : « Une mauvaise pratique ne peut pas être un argument théorique contre la validité d'une idée justifiable en théorie » 25. Mais il ne fait que déplacer le lieu du questionnement. D'abord, une instance contraire est toujours déterminante contre toute réclamation d'universalité. Ensuite, comment pouvons-nous avoir la certitude absolue que cette nécessité rationnelle qui doit fonder notre argument théorique n'est pas tout simplement une

^{20. «} La Diversité culturelle et la rationalité des droits de l'homme », dans Droits fondamentaux et spécificités culturelles, pp. 141-148. Voir aussi, « Entre le dogmatisme et l'historicisme. Sur la justification rationnelle des droits fondamentaux » ; ce texte paraît dans ce volume. À la lumière de ce texte, je dois reconnaître que, selon T. GIL, les droits n'ont pas un fondement absolu. Ils n'ont qu'une nécessité relative qui dépend d'autres éléments, d'autres idées, lesquelles présupposent les droits fondamentaux.

^{21.} Ibid., p. 142.

^{22.} Ibid., p. 146.

^{23.} Ibid., p. 147.

^{24.} Ibid., p. 141.

^{25.} Ibid., p. 147.

projection de nos idées subjectives sur le monde objectif, que cette nécessité n'est pas tout simplement une contingence rationnelle ?

Paulo Ferreira da Cunha ²⁶ part du constat que le droit est une invention occidentale. Il reconnaît que le problème de la validité juridique et morale relève de la foi et non du droit. Selon lui, l'histoire démontre que la protection des droits peut prendre des formes différentes en fonction du milieu culturel où ils apparaissent. Ayant reconnu la contingence historique des droits fondamentaux, il leur donne par la suite une dimension nécessaire. Il les qualifie de « droits naturels » ²⁷. Il continue : « Les grands principes, les fondements, ils sont fondamentalement universels et atemporels, en termes absolus ; ils ne sont muables que d'une façon acquisitive et, pour cause, irréversible : on découvre historiquement le droit naturel, et une fois découvert, la reformatio in peius est interdite » ²⁸. Donc les droits fondamentaux s'appliquent à tous les humains, mais leur application pourra varier selon les aléas de temps, de lieu et de circonstance.

De nouveau, nous retrouvons un effort de réconcilier la contingence de la diversité culturelle et la nécessité universelle des droits fondamentaux. Selon P. Ferreira da Cunha, une fois découverts, on ne peut pas revenir sur les droits fondamentaux. Or l'impossibilité d'un retour en arrière présuppose l'existence d'une vérité éternelle et immuable que nous pouvons atteindre. Quelle assurance avons-nous que les « droits naturels » que nous avons découverts ne sont pas une expression de notre façon culturelle d'entrevoir le monde ? Comment savons-nous que la « loi naturelle, inscrite au cœur de tous les hommes » ²⁹, n'est pas le produit de nos préjugés ? Rappelons-nous de la rationalisation de l'esclavage par Aristote et de la déshumanisation de l'Afrique noire par Hegel, et cela au nom d'une vérité naturelle ou absolue.

Ériger une vérité en vérité absolue rend impossible, sinon la possibilité de la questionner, au moins la possibilité de la rejeter. Or si l'on nous permet de mettre en doute une vérité mais non de la rejeter, c'est à vrai dire que même le doute est interdit. Le résultat n'est jamais en doute, le doute est sans conséquence. Puisque le résultat est connu d'avance – comme le dénouement d'un opéra dont on a lu le libretto – on joue seulement à douter – comme l'on joue un rôle sur la scène. C'est pourquoi nous devons récuser ces principes universels, atemporels et irréversibles.

^{26. «} Universalité des droits fondamentaux et pluralisme culturel : Une compatibilité pour toujours rhétorique ? », dans Droits fondamentaux et spécificités culturelles, pp. 149-167.

^{27.} Ibid., p. 165.

^{28.} Ibid., p. 165.

^{29.} Ibid., p. 166.

D. - La personne : convergences et divergences

En dernier lieu, il faut examiner l'approche prosopologique de Stamatios Tzitzis ³⁰. Dans ses textes ³¹, nous retrouvons un effort soutenu pour tirer au clair les liens entre la personne et les droits fondamentaux. S. Tzitzis a recours au prosôpon qui est la personne de la philosophie hellénique antique, et qui comporte toute une philosophie existentialiste. Son développement des idées contenues dans le concept de prosôpon a beaucoup de points en commun avec d'autres thèmes retrouvés dans les travaux de Personne, culture et droits – par exemple, l'idée du primat de l'intersubjectivité, le concept de l'« Homme universel », ou encore, la souffrance. En effet, tous les chercheurs tentent de justifier la mise en œuvre des droits fondamentaux et ils le font tous en développant certains aspects de la personne humaine. Mais aucun n'en a développé les ramifications aussi bien que S. Tzitzis.

S. Tzitzis reconnaît l'impossibilité d'assurer un fondement métaphysique aux droits de l'homme. L'humanisme moderne et postmoderne a pris comme objet de réflexion la diversité des étants, les hommes. S. Tzitzis tente de contourner le problème en se concentrant sur l'être de l'homme, son essence, son humanité; c'est le prosôpon, « cette profondeur ontologique qui enveloppe l'homme et ce qui lui est propre » 32. Cette humanité, que l'on ne peut pas rejeter sans rejeter l'idée même de l'homme, « permet à l'homme de dépasser les inclinations primaires de sa nature et de corriger les folies de la raison par sa conscience et ses jugements » 33. Bref, les droits de l'homme doivent s'accorder avec le prosôpon; ce n'est pas au prosôpon de se plier aux exigences du droit positif. Il n'y a aucun moyen d'assurer l'universalité des droits fondamentaux ; ils ne sont pas nécessaires ; l'humanité peut exister sans les droits fondamentaux. Cependant nous pouvons toujours parler d'universalisme, l'universalisme de l'ontologie humaine 34. Le prosôpon incarne la dignité humaine ; il rend possible la saisie de la vérité de l'être et la découverte de ses racines 35.

Mais cela soulève des questions fondamentales. Qu'est-ce que cette vérité de l'être ? Comment pouvons-nous savoir que cette vérité de l'être n'est pas tout simplement transcendance, cheminement ? Cette transcendance doit-

^{30. «} Droits de l'homme et droit humanitaire. Mythe et réalité », dans Droits fondamentaux et spécificités culturelles, pp. 41-62.

^{31. «} Du Droit aux droits. Le *politès*, l'individu, le *prosôpon* », dans *Mélanges G.C. Vlachos*, Bruylant, Bruxelles, pp. 729-745. « Les droits de l'homme entre le *mythos* et le *logos* » ; ce texte paraît dans ce volume.

^{32. «} Droits de l'homme et droit humanitaire. Mythe et réalité », dans Droits fondamentaux et spécificités culturelles, p. 35.

^{33.} Ibid., p. 53.

^{34.} Ibid., p. 54.

^{35. «}Les droits de l'homme entre le mythos et le logos », op. cit.

elle posséder un objet en particulier? Étant donné que cette théorie se situe à un très haut niveau d'abstraction, comment est-elle en mesure de guider nos choix concrets? Lorsque S. Tzitzis nous dit que la dignité humaine est l'espace ontologique où sont formés les valeurs humaines ³⁶, nous pouvons nous demander lesquelles – celles retrouvées dans le monde de l'individualité d'Adam Smith, celles retrouvées dans la vision sociale de Karl Marx, ou d'autres encore?

D'autre part, selon cet auteur, « L'existence prosopologique désigne la réalité humaine qui calcule les pensées et les actions dans l'éphémère de ce que nous devenons à chaque instant par rapport aux autres à partir des principes fondateurs de notre être » ³⁷. Or cet être, le *prosôpon*, n'est que ce que le sujet individuel retrouvé. En vertu de quoi peut-on qualifier ces principes de « fondateurs » ? Il nous semble que S. Tzitzis a déplacé au niveau ontologique le jugement de valeur qui est à l'origine des théories des droits de l'homme et qu'il leur reproche.

Malgré ces réserves, nous devons reconnaître dans cette approche un effort soutenu qui cherche à articuler ce qu'il y a dans la personne qui mérite d'être respecté. Or c'est ce retour sur la personne qui caractérise tous les travaux entrepris par les chercheurs de *Personne, culture et droits*. Là où ces chercheurs se divisent, c'est sur la nature de notre connaissance de la personne. Pour certains, nous pouvons en avoir une connaissance apodictique et ainsi fonder la nécessité et l'universalité des droits fondamentaux; pour d'autres, il est impossible de définir l'essence de la nature humaine.

II. – L'impossible universalité

La reconnaissance explicite de l'impossibilité de justifier les droits fondamentaux en recourant à un élément transcendant à l'expérience humaine n'a pas empêché que se produise un glissement vers une explication transcendante. Afin de préserver la valeur universelle des droits fondamentaux contre les exigences de la diversité culturelle, les droits fondamentaux deviennent, par exemple, un acquis historique. Devant le précipice – l'impossibilité d'accéder à une connaissance apodictique – ces chercheurs refusent inconsciemment les conséquences de la contingence sur le fondement des droits de la personne.

Il est facile de dire que les essences n'existent pas, qu'il n'y a pas de certitude absolue, et qu'il est donc impossible de retrouver un fondement qui assurerait l'universalité des droits fondamentaux. Cependant, en théorisant, il est très difficile de ne pas s'appuyer sur un présupposé inavoué comme

^{36.} Ibid.

^{37.} Ibid.

fondement absolu de la connaissance. Or le désarroi devant l'absence de la certitude absolue est troublant seulement du point de vue absolutiste. Il n'y a rien de plus solide que la contingence de notre connaissance. Cela est simplement notre mode de saisir la réalité, mais cela ne nous empêche pas de prendre des décisions morales, de décider que l'on ne doit pas faire tort à autrui.

Si les droits fondamentaux sont conçus comme étant absolus, le conflit entre eux et les autres systèmes de valeurs – eux aussi conçus comme étant absolus – est inéluctable. La certitude que l'on ressent, soit envers les droits fondamentaux, soit envers d'autres valeurs, repose sur un acte de foi. Et la raison n'est pas en mesure de réconcilier deux actes de foi qui se contredisent; seul un autre acte de foi en est capable. Au nom de l'absolu, tout est permis et rien n'est défendu. L'acte de foi rend possible la justification, au nom des droits fondamentaux, des pires exactions – par exemple, l'Inquisition – car il est du ressort du for intérieur; son sujet peut alors lui donner l'interprétation qui lui conviendra le mieux pour justifier son comportement dans les circonstances.

Devant le problème de la diversité culturelle et de l'universalité des droits fondamentaux, il faut se résoudre à ce qu'il n'y ait aucune possibilité de réconcilier les deux positions. En l'absence de l'acte de foi transcendantal, il ne peut pas y avoir de vérité absolue; il n'y a que de la vérité. Il n'y a pas de droits fondamentaux, il n'y a que des droits positifs dont nous bénéficions grâce à l'indulgence de l'État.

L'important est de dialoguer, de parler de ces droits, de reconnaître l'impossibilité de les fonder ou de les universaliser de façon absolue; il faut reconnaître leur contingence. Accepter la contingence de la raison humaine est faire preuve d'humilité devant sa finitude. C'est seulement de cette façon que nous pouvons faire échec au « croyant théologico-législatif », pour reprendre l'expression de Yadh Ben Achour.

La diversité culturelle est le moteur de notre conversation sociale. Comme les diverses approches à la personne recensées ci-dessus, incessante et perpétuelle. La diversité culturelle est l'expression des diverses possibilités des manières d'être de l'existence humaine. Aucune expression complète n'en est possible, sauf théoriquement pour la métaphysique ou la théologie. Il faut voir les explorations du prosôpon comme une articulation, entre autres, de la gamme de possibilités. Le questionnement nous conduit à accepter certains aspects et à en rejeter d'autres. La personne et le prosôpon sont des éléments de cette conversation qui nous aide à constituer – et non découvrir – la signification des droits dits « fondamentaux ».

À l'Âge moderne, les droits fondamentaux étaient un appel à la société à se dépasser, à développer de nouvelles possibilités qui n'étaient aucunement nécessaires. Il en va de même pour les droits dits des deuxième et troi-

sième générations, ainsi que l'appel aux droits de la personne entendu dans les autres pays du monde. Le mode de développement que ces droits doivent emprunter ne peut être objectivement déterminé. Mais afin que la nature humaine puisse pleinement se réaliser, le chemin emprunté doit permettre à la conversation d'avoir lieu sur tous les registres, ce que la théologie ou la métaphysique ne peuvent reconnaître. Pour elles, la conversation doit emprunter certains sentiers prédéterminés; sinon, elle n'est pas une véritable conversation.

Dans cette conversation, nous ne pouvons jamais avoir la certitude absolue que nous avons saisi le sens complet et seulement le sens complet des paroles de notre interlocuteur. De même, nous ne possédons jamais pleinement le sens de nos propres paroles ; elles en disent toujours moins que nous ne le voulions. Cela n'est qu'une conséquence de la distinction « privé/public ». Et malgré cette impossibilité de saisir pleinement la subjectivité d'autrui, nous comprenons la conversation dans laquelle nous nous engageons. Il y a un échange de signification que nous saisissons, parfois de façon erronée ; mais la possibilité d'améliorer notre connaissance de la signification de la conversation est toujours présente. La dégradation est également toujours possible. C'est pourquoi l'acquisition des droits fondamentaux ne peut jamais être irréversible.

La contingence de l'existence humaine ne nous empêche pas de reculer devant l'horreur d'Hitler ou de Pol Pot précisément parce qu'ils incarnent le refus de la reconnaissance de l'autre qui est toujours comprise dans la conversation elle-même. C'est une des leçons que nous pouvons tirer de la dialectique du maître et de l'esclave. Toute limite à la conversation est la négation de la conversation elle-même. Mais cette négation ne peut jamais être absolument démontrée; elle ne pourrait l'être que par recours à une vérité éternelle, un accès privilégié à la métaphysique, et rien ne nous sépare à ce moment-là du croyant théologico-législatif. C'est imposer notre point de vue sur les autres en raison de notre prétendu accès à la vérité. Et au nom de cet accès privilégié, tout est permis.

Et c'est précisément pour prévenir cette horreur que la vérité doit demeurer contingente. Cette horreur a ses origines dans la négation complète de la contingence de la connaissance humaine. Si la vérité demeure contingente, aucune justification de cette horreur n'est possible, car on ne peut pas alors justifier le fait que son point de vue doit prévaloir sur l'autre. Lorsque la vérité devient absolue, l'horreur devient possible. On accède au savoir absolu par un acte de foi qui procède de la volonté. Il n'est pas de l'ordre du rationnel, mais plutôt de l'ordre du vouloir. La raison ne peut conduire qu'à une connaissance partielle et relative. À l'acte de foi, nous ne pouvons qu'opposer l'acte d'humilité de la raison.

Devant le conflit des absolus juridiques et culturels, il faut céder la place à la contingence épistémologique. Le recours à ces absolus ne nous dit rien sur la réalité des mondes qu'ils décrivent; il en dit plus au sujet de la nature de la conversation que les humains entretiennent et au sujet de la façon qu'ils se perçoivent.

En conséquence, le combat pour les droits de la personne ne sera jamais acquis, son essor demeurera toujours en doute. Il est important de fixer les droits fondamentaux comme un *projet* par lequel nous définissons notre humanité, mais une définition qui ne peut jamais se réaliser, qui demeure toujours à faire.

Il y a un avantage considérable à relativiser la connaissance et, donc, notre certitude de l'universalité des droits fondamentaux. S'il est impossible de fonder de façon absolue les droits fondamentaux, les spécificités culturelles qui prétendraient limiter leur portée tout au nom de leurs propres pratiques sont, elles également, tout aussi contingentes. Elles ne peuvent pas faire l'objet d'une certitude que l'on pourrait utiliser pour en donner une justification absolue. En fin de compte, toute justification des pratiques culturelles dépend, elle aussi, d'un acte de foi et ne peut pas faire l'objet d'une connaissance purement rationnelle. Par exemple, les inégalités prétendues naturelles entre l'homme et la femme ou entre les groupes ethniques résultent des spécificités culturelles, témoignent des rapports de forces historiques entre les hommes et les femmes. Il en va de même pour l'esclavage.

Il y a un désavantage correspondant. D'une part, les droits, comme la liberté d'expression et la religion, ne sont pas des absolus et nous devons donc nous demander où poser les limites à ces droits; d'autre part, toute limite peut être justifiée, des interprétations privilégiées, des limitations imposées par la religion. Il n'y a pas de définition a priori des droits fondamentaux ³⁸. Ils sont à définir et à redéfinir à la lumière des spécificités culturelles. Les spécificités culturelles peuvent expliquer un choix, elles ne peuvent pas le justifier.

Quelles sont les conditions de possibilité des droits fondamentaux ? Il faut reconnaître la distinction entre le for intérieur et le for externe, accepter que la religion ne peut avoir prise que sur les croyances, et laisser au droit, en tant que sphère normative, une autonomie vis-à-vis des exigences de la normativité religieuse. Quelle est la condition de possibilité de cette distinction ? Il faut reconnaître l'autonomie de la raison vis-à-vis de la volonté, la liberté de la raison humaine d'arrêter ses choix, de décrire des mondes.

38. C'est seulement à la lumière de cette conversation que le débat autour de la liberté d'expression, par exemple, peut avoir un sens. La liberté d'expression est-elle un droit fondamental ou seulement une exigence pour le fonctionnement efficace des marchés dans une économie capitaliste? Ce débat fait partie de la conversation.

À partir de ces conditions, nous pouvons décrire des conditions minimales, telles que « la souffrance », « la reconnaissance de l'autre », « le prosôpon », comme des points de départ à partir desquels les droits fondamentaux peuvent avoir une application – mais non une validité – universelle ³⁹. La diversité culturelle, qui n'est que la manifestation de la singularité propre à chaque être humain, nous empêche de faire autrement. Mais, comme le dit T. Gil, le minimalisme des droits fondamentaux risque de devenir plus maximaliste que l'on ne pourrait penser ⁴⁰.

^{39.} Si nous pouvons garantir la nécessité universelle des droits fondamentaux, il s'ensuit que nous pouvons avoir une connaissance absolue de leur étendue. Or tel n'est pas le cas.

^{40. «} La Diversité culturelle et la rationalité des droits de l'homme », dans Droits fondamentaux et spécificités culturelles, p. 147.

Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle

PAR

FRANÇOIS VALLANÇON

Maître de conférences à l'Université de Paris II *

Peu s'en faut qu'on n'accueille comme une bonne nouvelle la révélation des droits fondamentaux dont tout homme serait, par essence, porteur. Ces droits fondamentaux ne sont, en effet, que l'autre nom des droits de l'homme, du moins des plus importants d'entre eux. Ils n'ont pas été posés, ou constitués, par des hommes. Ils ont été déclarés par eux, et cette déclaration, toute de transparence, signifie qu'ils servent à fonder les autres droits; eux-mêmes n'ont pas besoin d'être fondés, puisqu'ils sont ce fondement, le fondement.

Ces droits fondamentaux ont été, dès le début, et sont toujours habituel-lement synthétisés dans les trois mots bien connus : liberté, égalité, fraternité ¹. Puisque les hommes, dit-on, naissent libres en droit, et le demeurent quoi qu'ils fassent ou ne fassent pas, l'essentiel du problème politique est résolu. Seuls restent quelques détails, à la portée du dernier des incapables, pour peu qu'il ait été mandaté par les hommes libres et par eux seuls. Puisque les hommes, dit-on, naissent frères en droit, et le demeurent, en toute occurrence, il n'y a plus de problème éthique. Il suffit de faire comme son frère, comme son semblable, ou de faire ce qui est possible à tous les autres frères, à tous ses semblables, et rien d'autre. Puisque les hommes sont toujours égaux en droit, et le demeurent, quoi qu'il arrive, il n'y a plus de problème juridique. Au pire, il n'y a plus qu'à tirer les conséquences de cette résolution fondamentale du droit.

En conséquence les juristes peuvent se croiser les bras et aller à la pêche à la ligne. Comme quoi une bonne nouvelle peut en cacher une mauvaise car cela signifie que les juristes vont se trouver au chômage. Et c'est une mauvaise nouvelle pour une autre raison, c'est que désormais les juristes vont crouler sous le travail. Car c'est un fait que de la constatation, de la déclaration que tous les hommes naissent et demeurent égaux en droit, ce n'est pas

^{*} Panthéon-Assas.

^{1.} Cf. S. Tzitzis, «Le Droit grec, précurseur des droits de l'homme », Philosophie (Revue de l'Académie grecque). Athènes, 1991-1992, n°s 21-22, pp. 457-479 et notamment pp. 473-474.

l'absence de loi, ou de procès ou d'infractions ou de mésentente qui en est résulté, mais plutôt une extension, une accumulation.

D'où vient ce mystère?

N'est-ce pas qu'il y a désormais deux catégories de droits ? Les droits fondamentaux d'une part, fixés une fois pour toutes et hors d'atteinte, droits inhumains parce que invariables ; et les droits subsidiaires, d'autre part, aussi variables que les droits fondamentaux ne le sont pas, droits humains, parce que divers autant que le sont les hommes.

Cette division – et cette question – en appellent bien d'autres et notamment celles-ci : n'y aurait-il pas, en conséquence de la division des droits en fondamentaux et en subsidiaires, division des juristes en deux catégories – les fonctionnaires s'occupant du droit public et les mercenaires s'intéressant du droit privé –, et division des hommes en deux catégories dont l'une est faite de ceux qui jugent par les droits fondamentaux, et dont l'autre est faite de ceux qui sont jugés ?

Si donc les droits fondamentaux sont intouchables, et avec eux les juristes et les hommes qui les appliquent, est-ce parce qu'ils sont trop élevés, ou trop bas? Si les droits subsidiaires sont malléables à volonté, et avec eux les particuliers et les hommes qui les appliquent, est-ce que l'on peut s'en passer, ou ne le peut-on pas?

Alors, droits fondamentaux, ou droits infernaux ? Cette question emporte celle de l'universalité. Et droits subsidiaires, ou droits nécessaires ? Cette question contient celle de la diversité culturelle.

I. – DE L'UNIVERSALITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX

Droits fondamentaux, ou droits infernaux? Cette question s'inspire de Hobbes et de son Léviathan ² dont le corps, tel qu'il est représenté au frontispice de l'ouvrage, ne repose sur rien de solide, mais sur l'élément liquide, la mer, et en ce sens, ne repose sur rien, mais est caché, dissimulé par la mer et aussi par la terre qui est devant et dont l'opacité ajoute encore à celle de l'eau.

Si quelque chose caractérise le fondement, le fondamental, les droits fondamentaux, n'est-ce pas d'être cause d'unité, cause de résistance victorieuse aux assauts menés de l'extérieur? Ne dit-on pas d'une maison bien fondée, fondée sur le roc, qu'elle peut résister aux vents et aux pluies? Ne voit-on pas, comme dans l'exemple de Troie, que tous ceux qui l'attaqueront alors de l'extérieur, se briseront sur sa solidité?

Le fondamental, le bien fondé, est alors non seulement principe d'unité, pour cela qui est fondé, mais encore cause de division pour cela qui l'atta-

que. Si donc les droits dits fondamentaux sont au fondement de l'humanité, partout où ceux-là seront proclamés, partout celle-ci devra progresser dans son unité, et faire mordre la poussière à ses ennemis, les faire devenir poussière, les réduire à une multitude sans unité. Mais si l'on constate que c'est le contraire qui s'est produit, si, de la proclamation des droits fondamentaux, c'est la division des hommes qui a suivi, alors on est « fondé » à se demander si on a affaire à du fondamental ou à de l'infernal.

Le fondamental, le *Grund*, est ce au-dessous de quoi on ne peut aller ³. C'est cela sur quoi tout repose, parce que lui-même ne repose sur rien. Lui-même ne repose sur rien parce qu'il a en lui-même, pense-t-on, le principe de sa stabilité, de sa station, de sa situation, et le principe de son unité, de son indivisibilité plutôt. C'est non seulement ce au-dessous de quoi on ne peut aller, mais encore ce au-dedans de quoi on ne peut entrer.

L'infernal, au contraire, est ce au-dessous de quoi on peut toujours aller. C'est ce qui fait tomber et descendre toujours plus bas. C'est cette descente, cette chute même, sans fin et sans fond, vertigineuse et qui ne peut s'arrêter, faute de rencontrer un obstacle qui serait un roc, un fondement, un principe de stabilisation et d'unification. L'infernal est aussi ce qui n'a pas en soi-même de principe d'unité. C'est ce qui a en soi-même un principe de division, ou plutôt c'est ce qui n'étant qu'une absence de principe, et qui, n'ayant pas d'autre essence qu'une absence, un refus de présence, est en soi divisé. C'est la maison du non - non serviam, disent les théologiens - en ce sens que si le oui est principe d'accord, donc d'unité entre deux ou plusieurs personnes, le non, lui, est désaccord, séparation, hostilité, entre deux hommes ou plus. C'est même, ce non, un principe de division au sein de chaque individu, qui ne peut dire non que parce qu'il a dit oui, au moins à l'existence : tel est le fondement, on l'a reconnu, du cogito cartésien. L'infernal, c'est le diabolos⁴, le séparateur, c'est la maison qui sécroule sur ellemême car elle est divisée d'avec elle-même et n'est rien d'autre que cette division.

Ou ne serait rien d'autre si, pour demeurer division, donc dans une certaine existence, elle n'avait besoin de faire tenir ensemble, par artifice et par violence, ces morceaux. De là vient que la contrainte, dans les mondes infernaux, n'a pas un rôle moindre que la chute, et qu'on y pratique autant l'entassement que l'émiettement. Et c'est ce que fait ressortir l'illustration déjà évoquée du corps du Léviathan où des petits individus, sont entassés les uns sur les autres pour faire le gros individu.

^{3.} Cf. P. Ferreira da Cunha, Arqueologias juridicas, Porto, Lello Editores, 1996, pp. 93 et s.

^{4.} C'est ce qui désunit, qui inspire la haine ou l'envie. Cf. PINDARE, Frg. 170.

Eh bien! qu'avons-nous vu et que voyons-nous depuis que ces droits fondamentaux ont été proclamés? Au plan international d'abord, au plan interne ensuite.

Au plan international, c'est chose assez connue, tel est du moins l'enseignement officiel en France, qu'avant que ces droits aient été proclamés, répandus, les guerres n'avaient pour cause que les caprices des rois et que les frontières n'échappaient au hasard que pour retomber, plus bas encore, sous l'influence des diplomates. Depuis que ces droits fondamentaux ont été non seulement énoncés, mais exportés, est-ce l'unité entre les nations qui a prévalu, comme on aurait pu s'y attendre en accordant à tous les peuples le droit de disposer d'eux-mêmes ? Surprise. C'est le contraire qui s'est produit. Ce n'est pas la disparition des guerres et des frontières à quoi nous avons assisté, c'est plutôt à leur multiplication et à leur radicalisation.

Les frontières, on les a moins supprimées que déplacées. On les a renforcées et solidifiées, en les appelant naturelles, convaincu qu'on les rendrait alors enfin plus rationnelles. Les guerres, on les a aggravées, en les menant au nom des droits fondamentaux, au lieu de les conduire au nom du roi. Mais quand on est sûr de ses droits, – et comment ne pas être convaincu de ses droits fondamentaux? – on est sûr de l'absence de droit chez l'adversaire. Alors, on ne le combat pas, on l'anéantit. Au nom des droits fondamentaux, on fait la guerre, on bâtit des frontières comme avant, mais par d'autres moyens, le fondamental risquant le plus souvent d'être enrôlé, utilisé comme une arme.

Du fondamental, on passe alors au relatif, à l'historial.

Passons au droit interne.

En droit interne, l'officialisation des droits fondamentaux a-t-elle au moins résorbé les tendances multiséculaires des Français à l'éparpillement, aux querelles intestines, ou les a-t-elle aggravées, en incitant chaque parti à se prendre pour la nation? Et chaque partie à prendre pour la nation? Les forces centrifuges, ont-elles été efficacement combattues par des forces centripètes, ou ont-elles été réduites au silence par un centralisme qui est un aveu d'impuissance?

La répartition des Français entre plusieurs états, entre plusieurs coutumes, a-t-elle cédé la place à une plus grande unité, à une meilleure entente ? Ou a-t-on remplacé une distinction ostensible, voire ostentatoire, par une division moins visible, mais beaucoup plus imperméable et radicale, entre les riches et les pauvres, les nantis et les exclus ?

Tous, indistinctement, indivisiblement, ont reçu les mêmes droits fondamentaux, en un sens. S'il s'en est suivi plus qu'une rupture, une fracture sociale et de quelque façon une lutte des classes, sans qu'il soit besoin de chausser pour la voir les lunettes marxiennes, est-ce à imputer à un mauvais

usage pratique de ces droits, ou à un vice originel, c'est-à-dire à une absence d'unité de principe ?

Avec les mêmes droits fondamentaux, des gens bien portants se voient autorisés à se débarrasser des malades les plus gênants, des mères se voient poussées à se séparer du fruit de leurs entrailles, les époux les plus fidèles se voient préférer les concubins. D'un côté, des gens prospèrent grâce à ces droits fondamentaux; et de l'autre, des gens sont ruinés, à cause de ces mêmes droits. D'un côté, on accumule, et de l'autre, on est dépouillé. Entre les deux, un mur d'autant plus infranchissable qu'il est transparent, et que, ne le voyant pas, on croit qu'il n'existe pas.

Cela conduit à se demander si les droits fondamentaux, ce ne serait pas comme un rideau de verre, derrière lequel il y a trop plein et devant lequel il y a vide. Tout homme peut passer derrière, et en ce sens il y a une certaine universalité des droits fondamentaux, mais c'est à la condition de se prendre pour le fond sans fond du droit et de la justice, bref pour la mesure de toute chose. En ce sens, cette universalité risque bien d'être réduite aux plus démesurés des hommes.

Réciproquement, est vidé, privé, de ses droits autres que fondamentaux, tout homme qui ne veut pas s'abandonner à la démesure, l'hubris ⁵ grecque, et veut s'appuyer sur un fond autre que lui-même. Alors, se pose la question de savoir si ces droits fondamentaux, matériels car visibles, sonnants et trébuchants, pour certains hommes, ne seraient pas formels et creux et seulement sonores pour les autres ; et ici l'universalité, même réduite, dont on les crédite, est susceptible d'être cause de diversité, ou en est le chancre, c'est-à-dire serait cause d'uniformité en même temps que d'hostilité. Ce seraient là les deux attestations qu'il n'y a pas d'universalité, du moins, au sens où celle-ci supporte quelque diversité culturelle.

Examinons donc celle-ci.

II. - DE LA DIVERSITÉ CULTURELLE

Évoquer le culturel ⁶ en contrepoint des droits fondamentaux peut laisser entendre que la culture est exclusive du droit, ou qu'elle n'est pas fondamentale. Ceci n'est pas moins problématique que cela.

Quant à parler de la diversité culturelle, au singulier, et de l'universalité des droits fondamentaux, au pluriel, c'est un paradoxe qui ne relève pas de la seule grammaire. Le droit, et même les droits seraient donc source d'unité, tandis que la culture serait mère, ou compagne, de la diversité.

^{5.} Sur l'hubris, la faute objective, voir S. TZITZIS, « Le Châtiment tragique », Archipel Égéen, 1991, n° 1, pp. 1-14.

^{6.} Cf. F. Tor, The Demystification of Culture, Oslo, Conseil de l'Europe, 1976, pp. 3-5 et 29.

Mais que l'on voie en elle ce qui reste quand on a tout oublié, ou ce qui manque quand on a tout appris, la culture n'est-elle pas simultanément, et principe d'unification et principe de diversification ?

C'est un principe d'unification ou de simplification : d'unification de ce qui est divers, et de simplification de ce qui est mixte ou complexe. Un homme cultivé va droit à l'essentiel et néglige les détails au contraire du pédant qui s'en embarrasse.

C'est aussi un principe de diversification si l'on entend par là, en prolongeant la métaphore agreste, ce qui fait jaillir d'un grain de blé tombé en terre cultivée, une multitude d'autres grains. Si cette multitude vient d'une unité qui meurt, elle ne la détruit pas, elle la reproduit, elle la multiplie, elle en manifeste les richesses intimes. Il y a une diversité qui, non seulement n'est pas menace d'unité, mais en est l'augmentation et le couronnement. Venant d'elle, elle y renvoie. Si, en revanche, cette multitude vient d'une dualité, voire d'une pluralité qui ne veut rien perdre ni rien céder, alors elle se répandra en prolifération.

Et donc si les droits fondamentaux sont pluriels, et non seulement pluriels, mais formels, ils risquent soit d'annihiler les différences entre les cultures, comme non conformes à eux, et non conformes entre elles, soit de corriger cette normalisation par la revendication de quelque droit à la différence, ou à l'exception culturelle, qui ne peut pas être moins vide, ou moins indéfini, que les autres.

Or le droit n'est-il pas, par essence, chose, res justa, donc en quelque façon, plénitude et relation, relatif à autrui ⁷, jus ad alterum est ? Mais si extériorité et altérité sont les deux caractéristiques propres du droit, celui-ci n'est-il pas à la fois subsidiaire, puisque subordonné aux termes qu'il met en relation, et rendu nécessaire par et pour l'accomplissement de cette relation ?

Diversité des droits non fondamentaux qui, pour être subsidiaires, n'en sont pas moins nécessaires. Universalité (possible) de la culture pour autant que celle-ci s'appuie sur quelque nature – ou surnature – communément reçue. Fondamentaux sont les droits qui sont considérés comme essentiels à tout homme, comme déduits de son essence, comme attributs. Non fondamentaux sont les droits attribués à tel homme, car différents des droits attribués à tel autre homme.

Attribués, ces droits le sont en fonction d'un bonum et d'un aequum qui sont uns dans leur principe, mais divers dans leurs modalités. Attribués, ces droits présupposent qu'il y a des hommes, des animaux, des choses, mais sans que cela préjuge du contenu, de l'étendue, des modalités des attributions.

Seront ainsi, personnes juridiques, non pas tous les hommes indistinctement, mais ceux-là seulement susceptibles de se voir attribuer un ensemble équilibré de charges et d'avantages, tel qu'ils ne ploieront pas sous les uns et ne retourneront pas les autres à leur profit exclusif. Et entre les personnes juridiques, reconnues capables d'entrer dans la maison du droit, c'est-à-dire de s'y voir attribuer une place, il y aura beaucoup de différences selon que l'on est admis sur le seuil, au salon ou dans une pièce plus intime.

Seront choses juridiques, non pas toutes les choses susceptibles d'être objet d'acquisition ou cause d'enrichissement, mais seulement celles dont l'attribution entraînera, pour elles-mêmes, pour les attributaires comme pour les non-attributaires, un commun profit. Et le partage lui-même de ces choses, se fera d'abord selon une égalité de rapport, ou géométrique, avant de servir de base à des échanges, selon une égalité stricte ou arithmétique.

Seront actions juridiques, non toutes celles qu'une liberté indéfinie de principe permettrait à tout homme de mener, mais seulement celles-là qui, de près ou de loin, ont un retentissement prévisible sur le bonum et l'æquum 8. Attribuées à tels hommes et refusées à tels autres, accordées pour telles choses, et refusées pour telles autres, ces actions ne sont pas attachées à l'humanité de leur titulaire, mais leur sont attribuées, à charge comme à décharge, en fonction de leur place dans la cité.

Ces droits sont donc à la fois divers et subsidiaires. Ils n'en sont pas moins nécessaires en ce sens que la justice, de laquelle ils relèvent, demande moins qu'on s'occupe de l'homme et du citoyen en général, que de Maître Pierre et de Maître Grégoire, in singulari. De même qu'on ne demande pas à un médecin de guérir la maladie ou le malade, mais Socrate, selon l'observation d'Aristote le médecin, de même on ne demande pas au juriste, ou au prince, de donner les mêmes droits à tout homme, mais d'attribuer à chacun, Socrate ou Xantippe, ce qui est à lui, suum cuique tribuere 9.

Mais pas plus qu'on ne peut guérir un malade si la santé n'est pas naturelle, si la nature n'est pas un modèle de santé et de guérison, pas d'avantage on ne saurait attribuer des droits si, au principe, n'y invite quelque nature. Pour que la diversité des droits n'entraîne ni émiettement, ni querelle intestine, il faut bien qu'ils reposent, non sur une nature ou essence individuelle qui renforcerait et canoniserait cette division, mais sur une nature commune à tous les vivants et communément reçue par les membres de telle cité, voire de toutes les cités.

Tel fut, on le sait, l'avis des Romains, orfèvres en la matière, qui superposaient un jus naturale, commun à tous les vivants, animaux sauvages compris, puis, plus restreint, et tantôt conforme, tantôt contraire au premier, un jus gentium, commun à tous les hommes et propre à eux, et enfin, circonscrit

^{8.} Cf. A. SÉRIAUX, Le Droit naturel, Paris, PUF Coll. Que sais-je? 1993, p. 59.

^{9.} Ibid., p. 66.

à l'urbs ou à la civitas, un jus civile particulier à Rome. N'est-il pas étonnant, bien qu'on l'ait souvent remarqué, que ce jus civile, droit de la communauté Rome, tant dans sa vie publique que dans sa vie privée, soit devenu au vingtième siècle, le droit civil, spécial aux particuliers, tandis que le droit romain ait depuis longtemps été pris comme référence universelle, par ceux-là même qui voudraient s'en débarrasser? C'est pourtant ce jus civile, précisant le jus gentium, lequel déjà précisait le jus naturale, qui, étendu à tous les peuples conquis par Rome, lui a permis de respecter cette diversité culturelle à laquelle nous aspirons tous.

Il y a donc eu une unité politique et culturelle grâce à une particularité juridique et une diversité culturelle grâce à une unité juridique qui s'appuyait sur une unité humaine et naturelle.

Tant que cette nature et ce droit naturel ont été communément reçus, ils ont servi de berceau et de protection à de grandes diversités culturelles.

Auraient-ils pu s'étendre encore, en recevant communément les révélations d'une surnature, par la religion révélée qu'apportait le christianisme ? C'est ce que le rescrit de Trajan, rendu à la requête de son ami Pline le jeune, a décidé dans un sens négatif, en admettant dans le panthéon romain, tous les dieux, sauf celui qui venait de Bethléem.

Toujours est-il que dès que cette nature et ce droit naturel ont cessé d'être reçus, au profit d'un seul droit romain réduit à des formules, les diversités culturelles l'ont emporté sur l'unité de l'Empire, et les peuples barbares ont fait un patchwork de ce qui avait été, analogiquement, une tunique sans couture. Ne reconnaisons-nous pas là une situation politique, juridique, culturelle bien proche de la nôtre, travaillés que nous sommes par des aspirations contraires et à une unité plus haute, et à une diversité plus large ?

Jamais peut-être dans le passé n'ont été si étendues, si connues, les conditions matérielles de l'unité des hommes et de la diversité de leurs cultures. Jamais non plus, sans doute, cette unité juridique et cette diversité culturelle n'ont paru si menacées et fragiles. C'est que nous n'avons pas affaire à un problème matériel ou institutionnel seulement, pour la solution duquel nous sommes suréquipés, surarmés, mais à une vocation spirituelle à laquelle chacun de nous répond librement ou non.

C'est donc faire œuvre utile, non moins qu'actuelle, que de rappeler, en conclusion, les conditions spirituelles d'un bon choix.

* *

Que tous les hommes aient les mêmes droits fondamentaux n'est peut-être pas une si bonne nouvelle que cela.

Pour qu'elle soit bonne, cette nouvelle, il faudrait que ces droits visent au bonum et à l'aequum, dans la mesure où le droit n'est rien d'autre que l'ars boni et aequi, et dans la mesure où le bonum, eu ou agathon ou kalon en grec, est ce à quoi tous les vivants aspirent : bonum est quod omnia appetunt.

Or, ces droits fondamentaux ne se proposent-ils pas de renverser cette perspective, en faisant du *bonum*, du bien, ce qui vient des individus considérés comme fondements ?

Pour que cette nouvelle en soit une, pour qu'il y ait nouveauté, il faudrait que ce renversement soit non seulement inédit, mais encore cause de renouvellement. Or, ce renversement est ancien, et une fois qu'il a été accompli, dans la pensée ou sur le papier, il est impossible de produire autre chose.

Rien ne ressemble tant à un individu qu'un autre individu, mais en même temps, rien n'est plus incapable de communiquer avec un individu qu'un autre individu.

Faire du droit posé par l'homme, et une déclaration est toujours en quelque façon une position, le fondement de la juridicité et de l'humanité, ce n'est pas apporter de la lumière sur celle-ci ou sur celle-là, c'est la mettre sous le boisseau; et c'est, en quelque sorte, enténébrer.

Si le fondement du droit, c'est l'homme, on peut équivalement soutenir que le fondement de l'homme, c'est le droit. Si on dit avec Sartre que la racine de l'homme, c'est la liberté, on peut aussi bien assurer que la racine de la liberté, c'est l'homme. Marx avait déjà dit que la racine de l'homme, c'est l'homme. Et avant lui, Spinoza avait affirmé que toute substance, dont l'homme, est causa sui. Voilà donc que chacun de nous est tenu de se prendre pour l'unique fondement possible, et de plus se voit interdire d'en chercher un autre.

C'est pourquoi on a beau accumuler ces droits fondamentaux, ils sont cause, et d'uniformité, et d'hostilité. On ne met pas impunément le nez dans les fondements, où dans les racines, car ce sont des choses cachées aux hommes depuis la fondation du monde.

C'est, spirituellement, une espèce de pornographie, au témoignage conjugué de René Girard et de Michel Villey, lequel avait souvent eu l'occasion de remarquer et de déplorer la fascination qu'exerçait sur la pensée allemande, depuis Kant jusqu'à Heidegger compris, la notion de *Gründ*, de fondement. Au point que l'on en vient à se demander si les droits fondamentaux ne seraient pas la consolation trompeuse des droits déracinés.

Mais si ces droits devaient aider à retrouver nos racines, terrestres, cosmiques, naturelles, alors cela signifierait qu'on a commencé de relever la tête et de remarquer que notre droit positif, nos droits fondamentaux, ont beau être morcelés, fragiles, éclatés, notre terre, notre humanité continuent, elles, d'être éclairées par une lumière qui vient d'en haut, et qui, de la terre, fait pousser, phuein, phusis, les vivants vers le ciel.

Alors, on se dit que la justice, comme la lumière, peut éclairer à proportion qu'elle vient aux hommes, et non pas d'eux, à proportion qu'elle est accueillie par eux, et non laissée à la porte, à proportion qu'elle est réfractée par eux, et non captée.

Cela fait ressortir et luire de plus en plus entre les hommes les liens par lesquels ils reçoivent la vie, conjunctio, procreatio, educatio, disent les Romains, et la retransmettent, non moins que les différences entre ce que chacun reçoit et redonne.

Unité et diversité se trouvent simultanément mieux assurées, mieux éclairées, dans ce qu'elles ont de naturel, et peuvent mieux servir de socle, de fondement relatif, à ce qu'elles appellent comme complément positif.

C'est là retrouver une unité juridique qui, comme celle des Romains, peut servir de fondement à de la diversité culturelle. Mais c'est aussi renouer avec une unité spirituelle, celle qui vient d'une même référence à un même droit naturel, garant et servant de la diversité des droits positifs.

Alors pourrait reprendre sens, au profit du droit, au profit de la culture, et pourquoi pas au profit de la foi, l'antique métaphore de la source, dont l'eau toujours nouvelle et toujours vive a besoin, pour être recueillie, des mains d'un enfant, pour désaltérer, de la coupe d'un adulte, et des berges d'un canal pour irriguer.

Droit coutumier non écrit correspondant aux *infantes*, droit privé écrit, comme texte que s'adressent les adultes, droit public presque sacré, puisque c'est là que les autres droits fondamentaux, ici forme et fond, s'appellent et se correspondent pour assurer que le plus profond est aussi le plus fécond, et réciproquement.

L'eau n'a pas cessé d'être, au témoignage de Thalès, le principe des choses : hydor archèn hapantôn 10.

Pensées musulmanes et théorie des droits de l'homme *

PAR

SLIM LAGHMANI

Professeur à la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis

À lire la littérature, abondante ¹, qui traite des rapports de l'Islam aux droits de l'homme, on découvre que, le plus souvent, les auteurs partent du

- * Version remaniée d'un texte paru dans G. Conac et A. Amor (dir.), Islam et droits de l'homme, Economica, 1994, pp. 42-55. Reproduit avec permission.
- 1. Voir par exemple: S.A. Aldeeb Abou Sahlieh, « La définition internationale des droits de l'homme et l'Islam », R.G.D.I.P., 1985, pp. 652-716; M. ARKOUN, « Les origines islamiques des droits de l'homme », Rev. Sc. Mor. Pol., janvier 1989, pp. 25-37; M.Ch. Bassiouni (dir.), Les droits de l'homme, t. 3, Études pratiques sur le monde arabe, 1ère partie, « La protection des droits de l'homme dans la Shari'a islamique », (en arabe), Beyrouth, 1989, pp. 17-131; Y. BEN Achour, « Le monde arabe, l'État et les droits de l'homme » (en arabe), Al-fikr al-arabi al-muacir, 1989, nos 72-73, pp. 52 et s.; Y. Ben Achour, « Les droits de l'homme, quel homme ? quel droit ?» (en arabe), Al-fikr al-arabi al-muacir, 1990, nº 82-83, pp. 61-70; M. Charfi, « Islam et droits de l'homme », Revue Islamo-Christiana, 1983, pp. 14 et s.; M. CHARFI, « Droit musulman, droit tunisien et droits de l'homme », R.T.D., 1983, pp. 405 et s.; A. CHENAL, « Droits de l'homme et libertés politiques dans l'aire arabo-musulmane », L'homme et la société, 85-86, 1987, pp. 51-57; Collectif, Les droits de l'homme en Islam, Publication de la Commission internationale des Juristes, 1982; Collectif, Islam. Christianisme et droits de l'homme, Tunis, Cérès, Actes de la III^e Rencontre Islamo-chrétienne, 1982; Collectif, Islam et droits de l'homme, Paris, Librairie des libertés, 1984; S. Diop, « Islam et droits de l'homme, une problématique actuelle, un impact certain », dans Islam et droits de l'homme, G. Conac et A. Amor (dir.), Paris, Economica, 1994, pp. 73 et s.; M.-Ch. Ferjani, Islamisme, laïcité et droits de l'homme, Paris, L'Harmattan, 1991; Z. HAQUANI, «La déclaration islamique universelle des droits de l'homme», L'avenir du droit international dans un monde multiculturel, La Haye A.D.I., Martinus Nijhoff, 1984, pp. 163 et s.; N.A. Hilmy, « Dimension des droits de l'homme en Islam », Bull. du Centre de Doc. et d'Et. Jur. Eco et Soc. 1981, n° 12, pp. 122-158; A. KHADDURY, «Human Rights in Islam », Annals of the American Academy of Political and Social Sciences, Philadelphie, 1946, nº 243, pp. 77-81; A. Khalaffala, « La position de la civilisation islamique à l'égard des droits de l'homme » (en arabe), R.E.D.I., 1956, vol. 12, pp. 1-27; T. KORAYTEM, Le discours des droits de l'homme dans le monde arabe contemporain, Paris, INALCO, 1990; J. MAILA, « Les droits de l'homme sont-ils impensables dans le monde arabe ?», Paysages après la bataille. Contre la guerre des cultures, Esprit, Les Cahiers de l'Orient, juin 1991, pp. 322-343; P. Rondot, « Islam et Déclaration des droits de l'homme », Défense nationale, 1985, 1, pp. 25-34; M. Simon, Les droits de l'homme. Guide de d'information et de réflexion, Lyon, 1985, voir pp. 146 et s.; M.-A. SINACEUR, «L'Islam et les droits de l'homme», dans A. LAPEYRE, F. DE TINGUY et K. VASAK (dir.), Les dimensions internationales des droits de l'homme, vol. 1, Dimensions spirituelles et intellectuelles, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 149 et s.

postulat d'unité de l'Islam et cherchent réponse à leur questionnement dans le droit musulman. En même temps, l'autre terme du rapport, les droits de l'homme sont en général conçus comme un ensemble, une somme de droits.

Une telle détermination des termes du sujet dicte l'approche qui consistera à confronter deux séries de normes, celles du droit musulman d'un côté, et les droits de l'homme de l'autre. Cette approche a abouti à trois conclusions différentes, deux extrêmes et une médiane. De cette confrontation entre les normes du droit musulman et les droits de l'homme, une première tendance a conclu à une opposition, une seconde à une conformité et une troisième à un jugement nuancé.

1° La thèse de l'opposition entre le droit musulman et les droits de l'homme excipe de la négation par le droit musulman de la liberté de changer de religion et de la peine de mort qui menace l'apostat ; elle met en exergue les châtiments corporels (hudûd) contraires au droit à l'intégrité physique et à la dignité humaine ; elle dénonce enfin les trois inégalités fondamentales consacrées par l'Islam : l'inégalité de l'homme libre et de l'esclave, du musulman et du non-musulman et enfin de l'homme et de la femme 2.

2° La thèse de la compatibilité entre le droit musulman et les droits de l'homme découvre dans le droit musulman le principe de la liberté de conscience fondé sur le verset « pas de contrainte en religion ». Elle découvre également le principe de l'inviolabilité des personnes et des biens rendu par le concept de 'isma. Elle soutiendra que l'esclavage n'est que toléré par l'Islam dont il ne constitue nullement un pilier (asl). Elle affirmera que l'obligation dans laquelle se trouve le dhimmi de payer l'impôt de capitation (jizya) n'est que justice puisque les gens du livre vivant en terme d'Islam ne sont pas soumis à l'impôt islamique (zakât). Enfin, l'inégalité des droits entre l'homme et la femme sera présentée comme correspondant à une inégalité des devoirs, une forme d'égalité donc. Dans cette perspective, certains auteurs vont jusqu'à soutenir qu'à bien des égards l'Islam est encore à l'avant-garde des droits de l'homme.

3° Une troisième position, intermédiaire, tentera de dépasser la polémique, d'éviter aussi bien le discours destructeur que le discours apologétique. Elle constatera que le droit musulman garantit certains droits de l'homme, en contredit d'autres et en ignore certains. M. Charfi, qui soutient une telle position, se fonde sur une historicisation de l'Islam. Révolutionnaire au moment de la révélation, l'Islam doit être le talent de mesure de l'adaptation d'un droit musulman resté archaïque ³.

Des trois positions sommairement résumées, les deux premières sont polémiques et la troisième seule tente une évaluation raisonnée. Elle nous laisse

^{2.} M. Charfi, « Droit musulman, droit tunisien et droits de l'homme », R.T.D., 1983, pp. 405-423, voir pp. 408-411.

^{3.} Ibid.

cependant sur notre faim. Elle ouvre une voie dont l'issue nous est inconnue. Que l'Islam doive s'adapter, on le conçoit, mais le peut-il ? Telle est nous semble-t-il la question radicale. Or cette question ne peut-être résolue dans les limites du postulat de l'unité de l'Islam et dans le cadre étroit du fiqh, du droit musulman. Elle nous confronte plus largement à la pensée islamique, à l'attitude de l'homme musulman face au dogme, face à la révélation. Or cette attitude n'est nullement uniforme, comme nous le verrons.

D'un autre côté, et c'est là un second motif d'insatisfaction, il est question, dans l'approche que nous avons exposée, des droits de l'homme dans le sens d'une série de normes. Et nous l'avons vu, les positions les plus extrêmes peuvent, à ce propos, être soutenues. À chercher des règles, des normes, on ouvre la voie à la rhétorique plus qu'à la réflexion et on ne répond nullement à la question fondamentale de savoir si l'Islam intègre ou non la philosophie même des droits de l'homme, la théorie qui les sous-tend. Autrement dit, à chercher des règles, on oublie d'interroger l'Islam sur l'essentiel, sur le statut même de l'Homme, sur la place et le rang que lui reconnaît l'Islam, nous oublions de poser le problème ontologique.

C'est donc d'une toute autre détermination des termes du sujet que nous partons. Nous transformerons le singulier – l'Islam – en pluriel et nous transformerons le pluriel – les droits de l'homme – en singulier. Nous nous proposons de confronter la pensée islamique dans sa diversité – nous nous limiterons à la pensée sunnite que nous ignorons le moins – à la philosophie des droits de l'homme.

I. - La philosophie des droits de l'homme

Commençons par analyser notre référent : la philosophie des droits de l'homme. La théorie des droits de l'homme, dans la forme qu'aujourd'hui nous lui connaissons, s'ancre dans l'humanisme de la Renaissance. Locke et Rousseau, en lesquels on voit généralement les pères des droits de l'homme, n'ont fait en vérité que prolonger le raisonnement de Grotius, de Hobbes, de Pufendorf, en somme des représentants de ce que M. Villey a nommé l'École moderne du droit naturel. C'est avec ces derniers qu'est apparue l'idée que l'homme naît avec des droits qu'il tient de sa propre nature, de sa complexion propre, qu'il ne doit ni à une volonté divine, ni à une volonté humaine. La théorie des droits de l'homme n'est donc que le prolongement de la théorie des droits subjectifs, dont M. Villey a montré qu'elle est étrangère à la pensée des jurisconsultes romains ⁴. C'est donc dans le sillage de

^{4.} M. VILLEY, «Les origines du droit subjectif», Archives de Philosophie du Droit, 1954, pp. 163-187.

ce qu'on appelle la théorie moderne du droit naturel qu'est apparue la théorie des droits de l'homme ⁵.

Ces droits se donnent depuis à voir comme des droits non dérivés, non attribués, attachés à la nature même de l'homme. Leur irréductible spécificité réside dans leur indépendance à l'égard de tout pouvoir, leur transcendance à toute volonté. Les droits de l'homme sont antérieurs au pouvoir, antérieur au droit positif, celui-ci ne les crée pas, il ne peut que les constater ou les violer, mais à les violer le droit positif perd son fondement même, sa légitimité.

Cette théorie, qui, on le voit, s'accompagne d'une laïcisation du droit, n'est pas en rupture avec le legs théologique du Moyen Âge, plus précisément la rupture consiste en un dépassement au sens hégélien du mot (aufhebung). La théologie a été la condition théorique de possibilité de l'humanisme et de la théorie des droits de l'homme. Sans la pensée de saint Thomas d'Aquin, une telle théorie n'eût, peut-être, pas été possible.

La théorie des droits de l'homme suppose une nature humaine, c'est-àdire qu'elle suppose connaissable l'essence de l'homme, elle suppose également que cette nature soit siège de valeurs, que l'on puisse en inférer des normes. Une telle théorie n'eut, par exemple, pas été possible, à partir de l'atomisme et du volontarisme de Duns Scot ou de Guillaume d'Occam. De fait l'occamisme va fonder le volontarisme juridique et non la théorie du droit naturel ⁶.

Par contre, en concevant un Dieu pure rationalité, saint Thomas a pu en déduire l'existence d'une lex aeterna qui n'est rien d'autre que la loi même de la raison divine. En soumettant à Dieu la volonté à l'entendement, saint Thomas a rendu autonome la raison humaine. Celle-ci peut avoir accès à la vérité, à une part de la vérité, à cette partie de la lex aeterna qui lui est accessible : la lex naturalis. La vérité existe donc sur terre, les choses ont une nature, à les sonder on peut déduire des normes en toute autonomie. M. Villey l'a dit, la laïcité du droit est déjà présente chez saint Thomas ⁷. La pensée moderne déplacera l'objet de réflexion sur la nature, de la nature des choses à la nature de l'homme, à la nature de l'individu, et la théorie moderne du droit naturel en naîtra.

^{5.} Sur cette théorie, voir S. Laghmani, *Le discours fondateur du droit des gens*, Thèse de doctorat d'État, Tunis, 1990, II^e partie, pp. 261-434.

^{6.} Voir, sur cette interprétation des effets du nominalisme, S. Laghmani, Éléments d'histoire de la philosophie du droit, Tome premier, La nature, la révélation et le droit, Tunis, Cérès Productions, 1993, pp. 301 et s.

^{7.} Voir M. VILLEY, « De la laicité du droit selon Thomas », dans Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1962, pp. 189-201. Plus généralement, voir, du même auteur, sur la question des droits de l'homme : Le droit et les droits de l'homme, Paris, PUF, Coll. Questions, 1983.

La condition théorique de possibilité d'une philosophie des droits de l'homme est donc celle d'une reconnaissance de l'existence d'une nature des choses et donc de l'homme et de l'aptitude de la raison humaine à la découvrir. C'est donc cela que nous devons chercher dans la pensée islamique.

II. - LA PENSÉE MUSULMANE SUNNITE

Sur la question du statut de l'homme, l'orthodoxie sunnite s'est définitivement constituée au X° siècle (IV° siècle H.). Et cette orthodoxie est antinomique au concept de droit naturel et, par là, à la théorie des droits de l'homme. Mais ceci n'est que l'aboutissement d'un débat, l'issue d'une controverse dont il est utile de rappeler les termes.

Si la révélation est divine, l'orthodoxie, elle, est par définition un fait humain. Elle se situe dans l'histoire et peut être définie comme la lecture dominante d'un dogme donné. Si l'orthodoxie tient sur elle-même le discours de la vérité, cela ne peut être considéré que comme l'expression idéologique de la victoire historique d'une lecture donnée. Cela ne veut pas dire que l'orthodoxie est une lecture fausse, non vraie. Il y a contradiction dans les termes à dire lecture vraie. Un texte n'est pas susceptible d'une lecture vraie, ou, ce qui revient au même, il y a toujours plusieurs lectures vraies d'un texte. La norme d'évaluation d'une lecture n'est pas la vérité mais l'utilité, l'horizon qu'elle ouvre ou qu'elle clôt.

A. – Les acteurs

La pensée musulmane, sunnite, dans son rapport à la révélation s'est très vite scindée en deux tendances.

Dès la fin du premier siècle de l'Hégire, on pouvait distinguer les linéaments d'une tendance rationaliste et d'une tendance volontariste (ahl alra'y-ahl al-hadîth). Au plan de la méthode d'interprétation, ce clivage s'est traduit par l'opposition de l'interprétation rationnelle (ta'wîl) à l'interprétation littérale (hashwiyya).

Au cours du second siècle de l'Hégire, ces deux tendances se sont, si l'on peut dire, institutionnalisées. La forme que prit cette institutionnalisation fut remarquable puisqu'elle s'exprima par la constitution de deux disciplines qui se disputaient le champ du discours théologique.

La lecture rationaliste s'identifia, dès le départ, au mu'tazilisme fondé par Wâsil Ibn 'Ata (m. 131 H./748) et 'Amr Ibn 'Obeyd (m. 144 H./761). Le discours mu tazilite fut organisé, une discipline naquit 'ilm al-kalâm. MM. Gardet et Anawati définissent le 'ilm al-kalâm comme « apologie défensive,

discursive et raisonnée » 8 reprenant ainsi la définition que l'on trouve sous la plume d'un Ghazâli 9 ou d'un Ibn Khaldûn 10. Cette définition est, en vérité, partielle et par là même partiale. Elle reproduit le statut final de la discipline plutôt que ses ambitions initiales. Certes, le 'ilm al-kalâm a été une apologie défensive de l'Islam sunnite contre les attaques provenant aussi bien des théologiens chrétiens, juifs ou manichéens, que des shi'îtes extrémistes (ghulât), mais il n'a pas été que cela : il a prétendu détenir la vérité même de la révélation à opposer aux non-musulmans, bien sûr, mais aussi, à diffuser parmi les musulmans eux-mêmes. La réduction du 'ilm al-kalâm à une apologie défensive, dirigée vers le dehors donc, occulte et nie ses prétentions internes. Cette réduction constitue l'image que l'on donnera du 'ilm al-kalâm à la fin d'un itinéraire qui a abouti à son déclassement.

En face du 'ilm al-kalâm se constitua le 'ilm al-hadîth, discipline établissant les règles de la collecte des traditions du prophète, support nécessaire de la lecture littéraliste. Le Coran ne pouvait donner au littéraliste solution à toute interrogation; pour la découvrir tout en restant dans les limites de l'option choisie, il fallait une autre source textuelle, la Sunna du prophète. On assista donc très vite à un énorme travail de compilation du hadîth qui fut réglementé par la science que nous exposons.

Les mutakallimûn, que l'on confondait alors avec les mu'tazilites, étaient extrêmement réticents à l'égard des hadîths, qu'ils tenaient le plus souvent pour apocryphes. Les muhaddithûn ou traditionnistes étaient extrêmement hostiles à l'utilisation de la raison pour l'intelligence de la foi.

Au cours de ce second siècle de l'Hégire se constitua également le fiqh comme discipline. Trois des quatre rites sunnites virent le jour : le rite hanéfite (Abû Hanîfa m. en 150 H./757), le rite malékite (Mâlek Ibn Anas m. en 179 H./795) et le rite shafi'ite (Shafi'î m. 204 H./820). En l'an 204 de l'Hégire, Shafi'î rédige sa Risâla qui marque la naissance de 'ilm usûl al-fiqh.

L'on définit généralement fiqh comme science juridique. C'est là ne pas donner au fiqh toute sa signification. Plus qu'une science du droit le fiqh se définit comme « connaissance des jugements divins concernant les actions des humains ». Le fiqh est connaissance de la sharî'a, de la voie du salut que Dieu a révélé aux hommes, elle comprend et dépasse ce que nous nommons aujourd'hui droit; c'est, si l'on peut dire, une théologie pratique. La science des usûl al-fiqh est comme le 'ilm al-hadîth une discipline normative : elle pose les règles de méthode devant présider à la recherche du jugement divin (hukm) à partir d'un cas particulier. Méthodologie donc, mais méthodologie

^{8.} L. Gardet et G.C. Anawati, *Introduction à la théologie musulmane*, Paris, Lib. Phil. J. Vrin, 3° éd., 1981, pp. 38-39; Ch. Bouamrane et L. Gardet, *Panorama de la pensée islamique*, Paris, Sindbad, 1984, p. 36.

^{9.} Voir Al-Ghazali (m. 506 H./1111), Al-munqedh min-adh-dhalal, Beyrouth, 1983, pp. 91-93.

^{10.} Voir Ibn Khaldun (m. 807 H./1405), Al-Muqaddima, Alger-Tunis, 1984, Vol. II, p. 551.

normative qui enserre le faqîh dans les règles dont la logique est qu'elles lui interdisent tout pouvoir de découvrir de manière autonome le jugement divin. Le ra'y, l'opinion rationnelle libre, est mis hors la loi par Shafi'î.

La raison n'est plus libre, le ra'y devient qiyas, si pour un cas particulier il n'existe aucun texte clair ni dans le Coran ni dans la Sunna du prophète, si le cas n'a pas fait l'objet d'un consensus $(ijm\hat{a}')$, le $faq\hat{i}h$ n'est pas libre de le qualifier, il doit rechercher un cas comparable déjà réglé et étendre sa qualification au cas de l'espèce.

L'ijtihâd n'est pas libre recherche scientifique, il doit nécessairement se fonder sur un texte (nass). Le fiqh s'ordonne par là à la perspective des muhaddithîn, perspective avec laquelle, à part quelques exceptions, il va s'identifier.

B. - Les thèses en présence

Tels sont les acteurs, analysons à présent leurs thèses. Les *mutakallimûm* de la première heure, les mu'tazilites, soutenaient la thèse de la rationalité de Dieu et par là de la liberté de l'homme, thèse qui exprime le second de leurs principes : le principe du 'adl, de la Justice divine.

Dieu étant nécessairement juste, il agit certainement en vue d'une fin et cette fin ultime est le meilleur et le plus utile pour l'homme (al-aslah) ¹¹. Il y a donc une loi qui gouverne l'univers, une fin qui l'anime, celle-là que saint Thomas nommera plus tard lex aeterna, et que les stoïciens avaient déjà dégagé : il y a une raison divine qui gouverne l'univers et qui soustrait la nature aux aléas d'une volonté absolument libre.

Par ailleurs, Dieu étant le Juste en soi, il ne peut châtier un irresponsable, ni récompenser un imméritant 12 . On doit donc supposer que les hommes sont les auteurs, les créateurs de leurs actes, le libre arbitre est la condition de la responsabilité 13 . Mais pour que les hommes puissent choisir, ils doivent être en mesure de le faire. On doit donc admettre que l'homme peut qualifier les choses de justes ou belles ou d'injustes ou laides ($tahsîn\ wa\ taq-bîh$) 14 , ce qui veut dire que les choses contiennent en elles-mêmes la valeur et que la raison humaine est à même de découvrir cette valeur. Les décrets divins ne sont pas la cause de la laideur ou de la beauté des actions humaines mais ils sanctionnent une beauté et une laideur déjà là, indépendamment de la révélation, dans la nature même des choses 15 . Il y a donc

^{11.} Shahrastani (m. 548 H./1153), Al-milal wa al-nihal, texte établi par S. Kilani, Beyrouth, sans date, pp. 43-44.

^{12.} Al Qâdhi Abd Al-Jabbar (m. 415h/1025), Sharh al-usûl al-khams, Le Caire, 1965, pp. 133-134.

^{13.} Id., Fadhl'al-l tizâl wa tabagât al-mu'tazila, Tunis, 1986, p. 139.

^{14.} Id., p. 139.

^{15.} Shahrastani, op. cit., pp. 43-44.

une nature des choses, une loi divine médiatisée par les choses elles-mêmes, une loi naturelle que l'homme est en mesure de découvrir.

On le voit, de telles prémices théoriques auraient pu accoucher d'une théorie des droits de l'homme. Elles auraient été à une telle théorie ce que la théologie de saint Thomas a été de la pensée occidentale moderne : sa condition théorique de possibilité.

Mais si saint Thomas fut sacré « Docteur angélique », les mu'tazilites, eux, furent taxés d'hérésie à l'issue d'une confrontation, dont, il faut le dire, ils furent les responsables.

Jusqu'au IX° siècle (III° siècle H.) le califat s'était relativement tenu à l'écart des querelles théologiques internes des sunnites. Les choses allaient changer sous les règnes d'Al-Ma'mûm, d'Al-Mu'tasim et d'Al-Wâthiq (189 à 225 H./811 à 847), tous les trois acquis au mu'tazilisme et sous l'influence de deux grands docteurs mu'tazilites Thumâma Ibn Al-Ashras (m. 226 H./848) et, surtout, Ahmed Ibn Abi Dou'âd (m. 240 H./862). Les trois califes allaient ériger le mu'tazilisme en doctrine officielle et les principes de l'itizâl allaient se transformer en articles de foi. Une inquisition (mihna) s'organisa dirigée contre les fuqahâ et les muhaddithûn. A. Ibn Hanbal (m. 241 H./855), fondateur du quatrième rite sunnite, fut persécuté, torturé et emprisonné. Le mu'tazilisme fut dès lors identifié non point au rationalisme qu'il enseignait, mais à la Terreur qu'il pratiqua une fois au pouvoir ¹⁶.

La réaction s'organisa dès le règne d'Al-Mutawakkil (225 à 245 H./847 à 867). Le traditionnisme s'installe au pouvoir et s'érige en orthodoxie. Ibn Hanbal, qui personnifie la résistance à la terreur, devient le symbole de cette orthodoxie.

Et cette orthodoxie est un strict volontarisme divin, le dogme de l'absolue liberté de la volonté divine et de la totale incompétence de la raison dans l'intelligence du dogme. Cette orthodoxie est aujourd'hui identifiée à l'Islam, alors qu'elle n'en a été qu'une lecture. Le 'ilm al-kalâm, jusque là à l'honneur, allait être condamné et déclassé. Désormais, la science reine, souveraine, sera le fiqh. Le concurrent a été éliminé.

Certes, le 'ilm al-kalâm connaîtra une revivification avec Al-Ash'arî (m. 313 H./935). Mais il ne se présente plus comme un concurrent du traditionnisme mais comme son instrument. Il offrira au volontarisme une théorie fondatrice en raison. Al-Ash'arî lui fournira une philosophie, l'atomisme, et Al-Ghazâlî sacrifiera la causalité sur l'autel du volontarisme divin ¹⁷.

Sur cette aspect, voir A. Amin, Fajr al-Islam, Beyrouth, Dar al-kitâb al-'arabi, 1979,
 pp. 283 et s.; et Dhuhâ al-Islam Beyrouth, vol. III, Dar al-kitâb al-'arabi, 1979, pp. 1-207.
 GHAZALI, Tahâfut al-falâsifa, Le Caire, Dal al-Ma'ârif, 6e éd., pp. 239-251.

Même asservi, le 'ilm al-kalâm sera critiqué aussi bien par les hanbalites, que par les dhâhirites 18 .

La volonté de Dieu étant absolument libre, aucune lex aeterna n'est concevable, encore moins une lex naturalis. Elles constitueraient autant de limites à la toute-puissance divine. L'homme ne peut donc découvrir la nature des choses : elle n'existe pas. Un droit de la nature humaine est une absurdité. Les actes humains ne sont beaux ou laids que parce que Dieu les a voulus tels. Dans son infini puissance, il aurait pu en décider tout autrement ¹⁹.

Telle est l'orthodoxie qui prévaut dans la pensée islamique sunnite depuis le IV^e siècle de l'Hégire (X^e siècle) jusqu'à aujourd'hui. Une orthodoxie antinomique à la théorie des droits de l'homme. L'homme n'a pas de droits, de sa nature on ne peut inférer aucune norme. Une théorie des droits de l'homme est impossible. Si, dans la perspective traditionniste, l'homme jouit de protections, cela n'est pas en raison de sa nature mais le fait de l'expression d'une volonté divine. L'homme, à strictement parler, n'est pas sujet de droit.

Mais, pourrait-on nous dire, n'est-ce pas là une différence toute formelle ? Qu'importe que les droits soient originaires ou attribués ? L'essentiel est qu'ils existent.

La différence est, répondrons-nous, capitale. À considérer que les droits ne sont que des protections voulues par Dieu et tirant de cette volonté toute leur puissance, on s'interdit toute liberté à leur égard. On ne peut ni ajouter, ni adapter.

Prenons l'esclavage par exemple : il est vrai que le Coran ne fait que le tolérer, mais si cela veut dire que Dieu ne l'a pas ordonné, cela signifie également qu'il ne l'a pas prohibé : il l'a permis. Un Cheikh tunisien, totalement cohérent avec l'optique traditionniste, en déduira que l'*Imâm* pourrait, si l'intérêt de la *umma* le dictait, réinstituer l'esclavage ²⁰.

Prenons l'inégalité de l'homme et de la femme. Dans l'optique traditionniste, cette inégalité des droits correspond à une inégalité des devoirs. Ne pourrait-on pas, dans la mesure où la fin est l'égalité, augmenter les devoirs de la femme et établir l'équilibre ? Cela est, dans l'optique traditionniste, irrecevable car Dieu a voulu que l'égalité prenne la forme d'une inégalité des droits et des devoirs et pas une autre.

^{18.} Tendance fondée par Dâoud Ibn Khalaf (m. 190 H./884) qui prône le littéralisme le plus extrême refusant toute forme d'intervention de la raison dans l'intelligence du dogme. Elle aura en Ibn Hazm (m. 456 H./1065) son représentant le plus illustre.

^{19.} Cf. Al-Ash'Arı (m. 324 H./935), Kitâb al-luma'fi al-radd'alâ ahl al-zaigh wa al-bida', Le Caire, 1955, p. 71.

^{20.} Interview du Cheikh Mohamed Lakhoua, *Le Maghreb*, n° 147, 14 avril 1989, partie arabe, p. 7, dernière colonne.

À considérer donc les droits inscrits comme des protections attribuées d'après une volonté absolument libre, on s'interdit d'historiciser les règles et par là de les soumettre à la loi de l'évolution. On ne pourra pas, par exemple, soutenir que les châtiments corporels, sanctions normales au Moyen-Âge, sont aujourd'hui dépassées du fait de la conception de nouvelles sanctions plus humaines, plus justes et autant sinon plus efficaces. Le traditionniste n'y verra pas une sanction ordonnée à une fin et donc susceptible d'adaptation dans la mesure où la fin est atteinte. Il n'y verra qu'une claire manifestation de la volonté divine, insusceptible d'interprétation et encore moins de transformation.

* *

Telle est la portée concrète de la distinction que nous avons opérée entre droits de l'homme et théorie des droits de l'homme. Dans la perspective traditionniste, l'homme n'est pas le référent des normes qui s'appliquent à lui, il n'en est que l'objet. Ce n'est pas en raison de sa nature que de telles règles sont posées, mais uniquement par l'effet de la volonté divine. L'homme aurait pu ne pas être protégé, si telle avait été la volonté divine, elle n'en aurait pas été moins juste. On ne peut donc lire le Coran et l'interpréter, comme le firent les mu'tazilites, par référence à une autre des choses que la raison peut découvrir. Le ta'wîl, le retour au sens, cher aux mu'tazilites n'est possible que parce qu'ils considèrent que le Coran ne crée pas la valeur mais qu'il se limite à la consacrer, qu'il ne crée pas la vérité mais qu'il se limite à la dire. L'homme peut poser la question du pourquoi et du comment et y répondre. Répondant au pourquoi, l'homme découvre la fin de la règle et la fin de la règle est supposée être la meilleure pour l'homme (alaslah). Il peut dire que le Coran ne pouvait au VIIe siècle (Ier siècle H.) interdire l'esclavage mais il y tendait, il peut dire que l'égalité est la fin de l'établissement des statuts de l'homme et de la femme et que le moyen peut être transformé, il peut dire que la fin des châtiments corporels est mieux garantie par d'autres moyens, etc. En tout cela, le mu'tazilite se référera à la nature des choses et mettra en œuvre sa raison pour atteindre ce qu'il suppose être la fin ultime de l'Islam : le mieux pour l'homme. Ceci est l'Islam que rien ne sépare de la théorie des droits de l'homme. L'Islam humaniste.

Quant à l'Islam traditionniste, il ne considère l'homme que comme un 'abd, l'esclave d'une volonté divine absolument libre. De cet Islam-là, aucune théorie des droits de l'homme ne peut dériver pour la simple raison que l'homme en est absent.

Entre le dogmatisme et l'historicisme : la justification rationnelle des droits fondamentaux

PAR

THOMAS GIL

Professeur à l'Université de Saint-Gall (Suisse) *

Hilary Putnam, professeur de logique mathématique à l'Université Harvard, a entrepris la critique d'une théorie de la connaissance qu'il dénomme le « réalisme métaphysique ». Selon ce philosophe américain, cette théorie repose sur une épistémologie dogmatique car elle affirme l'affirmé sans pouvoir le justifier; elle promet trop car elle ne peut pas garantir ce qu'elle promet. Putnam a recours au concept de réalisme métaphysique pour caractériser la théorie de la connaissance qui affirme : a) qu'il y a un monde indépendant de nos théories et de nos stratégies conceptuelles et b) qu'il y a une seule description véridique, et seulement une, d'un tel monde. Le réalisme métaphysique croit qu'il est possible de décrire la réalité sans prendre de perspective et, ainsi, prendre God's eye (l'œil de Dieu) comme point de vue.

À ce réalisme métaphysique dogmatique, Putnam oppose un réalisme humain qu'il appelle *internalism* ou « réalisme interne ». Ce n'est qu'en recourant à nos théories, à nos modèles, à nos stratégies conceptuelles que nous pouvons, selon Putnam, décrire plus ou moins adéquatement le monde. Nos mots, concepts et phrases ont des points de référence, mais dans le cadre établi par nos théories et par nos modèles. Ce réalisme humain est, d'après Putnam, le seul réalisme que nous pouvons défendre aujourd'hui et la seule possibilité d'éviter le relativisme ou l'historicisme épistémologique proposé par Nelson Goodman, Richard Rorty et Jacques Derrida, les trois auteurs que Putnam a voulu critiquer ¹.

Il ne s'agit pas ici d'évaluer la validité de la classification proposée par Putnam. En effet, acceptant la fonctionnalité d'une telle classification dans le domaine de la théorie de la connaissance et de la philosophie de la science, j'appliquerai ce modus procedendi à la problématique de la justification rationnelle des droits fondamentaux. Cela me permettra, premièrement, de

^{*} Département de Philosophie.

^{1.} Voir H. Putnam, *Realism and Reason*, Philosophical papers, vol. 3. Cambridge University Press, Cambridge, 1983, pp. 1 et s., 69 et s., 205 et s., et 287 et s.

158 THOMAS GIL

distinguer deux positions extrêmes que je critiquerai – une position dogmatique fondamentaliste qui promet une justification absolument objective et ultime des droits fondamentaux et une position relativiste ou historiciste qui nie toute possibilité de justification rationnelle – et, deuxièmement, de chercher une position analogue au réalisme interne de Putnam, capable d'éviter les apories des deux autres points de vue. J'appellerai la position intermédiaire que j'aimerais défendre « le modèle cohérentiste » de justification des droits fondamentaux.

I. – Les positions du dogmatisme fondamentaliste et de l'historicisme relativiste

Ce n'est pas seulement dans les pays du Tiers-monde que les gouvernements et les groupes sociaux les plus puissants donnent la priorité aux impératifs de la croissance économique et ignorent les droits fondamentaux. Dans les sociétés industrialisées, on peut aussi constater aujourd'hui comment la politique d'individualisation et de fléchissement général s'impose presque partout et contribue à une diminution de l'importance accordée aux droits fondamentaux ². C'est pourquoi une justification rationnelle des droits fondamentaux est essentielle pour une philosophie sociale intéressée à une praxis politique digne de l'épithète « juste ». Cette justification rationnelle doit être possible car, si on essaie de justifier rationnellement les droits fondamentaux en utilisant une stratégie conceptuelle absolutiste ou dogmatique qui promet trop sans pouvoir rien justifier, on ouvre la porte au scepticisme historiciste et relativiste qui pourra facilement constater la vacuité des raisons proposées.

J'utilise le concept de justification dogmatique pour dénoter les conceptions objectivistes, métaphysiques qui proposent des thèses fortes impliquant des cosmovisions théologiques ou naturalistes. Or certains individus ont recours à ces thèses fortes pour articuler leur identité et organiser leur vie d'une manière plus humaine. Sans vouloir nier l'importance pratique de telles thèses fortes en tant que descriptions métaphoriques ou interprétations pragmatiques, il faut se rendre compte que leur relativité, spécificité et particularité les rendent complètement inacceptables pour d'autres groupes sociaux. Les thèses fortes opèrent en utilisant des schèmes conceptuels abstraits qui postulent l'existence d'entités métaphysiques capables d'être le fondement ultime des argumentations proposées. Les conceptions objectivistes métaphysiques présupposent aussi une certaine idée de la réflexion philosophique dont la tâche serait d'élaborer des preuves et des

^{2.} Voir, par exemple, C.B. Macpherson, The Rise and Fall of Economic Justice and Other Essays. The Role of State, Class and Property in Twentieth-Century Democracy, Oxford University Press, Oxford. 1987, pp. 21 et s.

démonstrations. Celles-ci doivent montrer la nécessité présumée du chemin argumentatif choisi et éliminer tout autre choix. Et pourtant, d'une part, les entités introduites – comme la nature, un certain ordre naturel – ne parviennent pas à convaincre universellement; elles sont des concepts trop abstraits avec une détermination socio-culturelle claire et ayant besoin d'une interprétation concrète. D'autre part, la conception de la philosophie ainsi propagée est tout à fait évidente et sans alternative.

Robert Nozick ³, voulant clarifier l'activité philosophique, fait une distinction entre les preuves ou les démonstrations — qui sont impossibles pour beaucoup de questions problématiques — et les explications philosophiques, qui ne sont pas apodictiques, mais expérimentales, hypothétiques, ouvertes à la critique que l'on souhaite et provoque.

L'historicisme relativiste représente l'autre extrême et s'oppose diamétralement à cette philosophie qui croit pouvoir offrir des preuves apodictiques et qui se sert d'arguments « suasifs » 4. Ses histoires qui décrivent comment nous sommes devenus ce que nous sommes sont contingentes : le discours des droits fondamentaux émerge d'une certaine constellation historique; ce sont les hommes qui ont inventé le concept d'identité personnelle ; la tradition démocratique s'est développée à partir d'une situation particulière. C'est par des propos semblables que Rorty décrit la place du divin dans la pensée occidentale. Avant le XVIIe siècle, les hommes ont crée et adoré Dieu en divinisant l'idée d'une superpersonnalité capable de créer la totalité de l'univers. Après le XVII^e siècle, l'idée de vérité, la vérité de la Nature retrouvée dans la science, s'est substituée à l'idée de Dieu. Enfin, c'est l'homme lui-même qui a fait l'objet d'une telle divinisation ⁵. Rorty nous demande de ne plus diviniser des entités particulières, créations des hommes. Cependant, les conclusions de Rorty, les résultats de ses reconstructions narratives ne sont pas les seuls possibles. La relativité ou la contingence de notre langage et de nos conceptions du monde ne conduit pas nécessairement à un relativisme pratique incapable de dire pourquoi certaines formes pratiques sont meilleures ou pires que d'autres.

Au dogmatisme absolutiste, il y a plusieurs alternatives; vouloir les réduire au relativisme historiciste, c'est simplifier la question. Les individus éclairés s'engagent en sachant que les raisons de leur engagement ne peuvent pas être apodictiques. Ils peuvent donc prendre une distance réflexive et critique par rapport à leurs propres projets. L'attitude ironique ou auto-

^{3.} Voir R. Nozick, $Philosophical\ Explanations$, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1981, pp. 13 et s.

^{4.} Voir M. Dummett, Truth and Other Enigmas, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978, p. 296.

^{5.} Voir le premier chapitre de R. RORTY, Contingency, Irony, and Solidarity, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 1989.

ique, si bien caractérisée par Rorty, est compatible avec des justificaons rationnelles qui vont au-delà du relativisme historiciste.

II. – LE « MODÈLE COHÉRENTISTE » DE JUSTIFICATION DES DROITS FONDAMENTAUX

Dans un article sur la théorie politique, « The Priority of Democracy to Philosophy », Richard Rorty se penche sur le problème des justifications ultimes et définitives de certains principes. Dans de telles situations, il reconnaît la priorité aux procédés démocratiques sur l'effort philosophique. Étant donné que nos schèmes conceptuels sont relatifs, que nos catégories et concepts sont le produit de nos expériences concrètes et de certains milieux socio-culturels, l'objectivité absolue ne peut plus être le dernier but de la philosophie. Cependant, cette conclusion de Rorty ne conduit pas au relativisme sceptique qu'il voudrait propager. Nos argumentations et nos raisons sont déterminées par le contexte dans lequel nous les développons. Elles présupposent certaines expériences que nous avons et qui ne peuvent pas être créées artificiellement. Cela limite certainement la validité de nos raisons, sans pour cela éliminer complètement leur rationalité pratique.

Nos raisons et nos argumentations tiennent leur validité et leur plausibilité primaire des contextes desquels elles se développent et desquels elles sont proposées. Mais elles suggèrent aussi que leur validité s'étend à d'autres contextes. On constate quelque chose de semblable au sujet des droits fondamentaux : ils ont une genèse historique très concrète et sont l'expression des intérêts de certains groupes sociaux à partir de circonstances socio-économiques bien concrètes. C'est en fonction d'une certaine constellation historique unique que les acteurs sociaux ont instauré un nouveau modèle du politique. D'ailleurs, cette constellation historique a fait l'objet d'une analyse intéressante par Claude Lefort dans sa théorie du dispositif démocratique ⁶. Les droits fondamentaux ont une genèse socio-historique concrète et, pourtant, ils réclament une validité qui va au-delà du contexte concret de leur apparition : leur validité doit être justifiée dans le cadre d'une théorie philosophique, sociale et politique qui n'est ni dogmatique ni relativiste.

Afin d'éviter les deux extrêmes dans la justification philosophique des droits fondamentaux – l'extrême du dogmatisme métaphysique et l'extrême du relativisme historiciste – je voudrais proposer une justification cohérentiste des droits fondamentaux que l'on pourrait distinguer de la justification fondamentaliste. La justification cohérentiste a un double avantage : elle peut éviter la position dogmatique du fondationalisme sans pour autant

^{6.} Voir C. Lefort, Essais sur le politique (XIX^e - XX^e siècles), Seuil, Paris, 1986, pp. 17 et s., et 31 et s.

tomber dans le relativisme historiciste ⁷. Mais en quoi consiste cette justification cohérentiste ?

En épistémologie, on distingue normalement deux concepts fondamentaux : le concept de consistency (compatibilité) et le concept de cohérence. En tant qu'êtres intelligents, nous avons des systèmes de croyances dans lesquels sont intégrées nos idées, nos convictions et nos représentations du monde et de nous-mêmes. Des idées peuvent coexister dans un tel système sans se contredire, des convictions, sans s'exclure. Les épistémologues utilisent le concept de compatibilité précisément pour désigner une telle non-contradiction des idées et des croyances dans les systèmes épistémiques.

Dans les systèmes épistémiques, il y a aussi des idées, des convictions et des représentations qui se présupposent ou s'impliquent mutuellement de telle manière qu'elles dépendent les unes des autres. Le concept de cohérence décrit cette dépendance.

Une relation de cohérence entre certains éléments de notre système cognitif présuppose une relation de compatibilité, tandis qu'une relation de compatibilité n'implique pas une relation de cohérence. La cohérence désigne le fait que certaines idées vont ensemble. Un lien qui existe entre deux idées permet, par exemple, de faire des déductions et des inférences, c'est-à-dire de passer d'une idée à l'autre. Deux idées ou croyances sont donc compatibles si elles ne se contredisent pas. Elles seront cohérentes dans un sens épistémologique précis s'il y a un lien plus fort entre elles. Laurence Bonjour décrit le concept épistémologique de cohérence de la façon suivante :

« Qu'est-ce qu'alors la cohérence ? [...] la cohérence décrit comment un ensemble de croyances vont ensemble, s'articulent ou s'accordent, afin de produire un système de croyances bien structuré et organisé, au lieu de produire une collection désordonnée ou un ensemble de sous-systèmes contradictoires. C'est clair que ces croyances ne pourront 'aller ensemble' que dans la mesure ou des relations explicatives, déductives et évidentes s'obtiennent entre les divers éléments du système de croyances... » 8

Une justification cohérentiste des droits fondamentaux devra montrer que les droits fondamentaux sont des principes pratiques et qu'il y a une cohérence entre eux et les autres principes, idées, convictions et représentations pratiques présentes dans notre système épistémique; nous, les membres des sociétés démocratiques et les citoyens des États de droit qui se sont développés historiquement, les interprétons comme une objectivation ou une réalisation de la raison pratique. L'idée des droits fondamentaux est présupposée dans notre conception de la vie politique, de la démocratie libérale et d'une société qui a recours au droit pour régler ses conflits.

^{7.} Pour une caractérisation des différents types de fondationalisme, voir L. Bonjour, *The Structure of Empirical Knowledge*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, pp. 26 et s.

^{8.} L. Bonjour, op. cit., p. 93 (nous traduisons).

162 THOMAS GIL

La démocratie libérale et l'État de droit présupposent que les individus ont des droits, que les citoyens sont reconnus comme des acteurs sociaux. Confrontés à des problèmes et des conflits, ils peuvent parvenir à un consensus sur des stratégies d'action pour les résoudre. Il y a une cohérence entre, d'une part l'idée des droits fondamentaux et, d'autre part, l'idée de la démocratie libérale et l'idée du droit, c'est-à-dire celle-là est présupposée par celles-ci et elle peut, en conséquence, être dérivée de celles-ci.

Partout où l'on préfère la liberté au despotisme, le droit à la force, la démocratie à la dictature, les moyens pacifiques à la violence, on peut justifier rationnellement les droits fondamentaux en tant qu'idée à institutionnaliser d'une manière effective pour la pratique sociale et pour la politique concrète. La validité des droits fondamentaux comme idée nécessaire, sans laquelle on ne peut pas affirmer les autres idées — par exemple, l'idée de la démocratie, l'idée du droit — d'une manière cohérente, est alors évidente. La justification des droits fondamentaux est toujours relative : elle dépend des autres éléments de notre système épistémique pratique, c'est-à-dire de l'ensemble de nos croyances, de nos convictions et de nos idées.

Une justification absolue de la validité des droits fondamentaux, bien qu'elle soit souhaitable, ne me semble pas être possible. Une justification cohérentiste qui est sensible aux contextes concrets de nos argumentations, qui réfléchit aux conséquences de nos croyances, qui les interprète comme des éléments d'une totalité épistémique, semble peut-être trop modeste. En effet, elle n'offre pas de fondement ultime, seulement certaines raisons qui sont acceptables. Mais la validité de ces raisons s'étend non seulement au contexte particulier où elles ont été formulées, mais théoriquement à tous les contextes imaginables où d'autres idées ont une certaine validité. Elle montre la nécessité de ce qu'elle veut justifier : nécessité relative, conditionnée et dépendante d'autres éléments. Nous pouvons justifier rationnellement les droits fondamentaux. Notre justification présuppose pourtant l'acceptation d'autres idées qui présupposent nécessairement des droits fondamentaux. Sans ces autres idées, notre justification perd sa validité.

Nature, raison et révélation dans la philosophie du droit des auteurs sunnites *

PAR

YADH BEN ACHOUR

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES DE TUNIS

L'Islam s'est historiquement divisé sur plusieurs points fondamentaux de la pensée religieuse. Certains concernent le dogme lui-même ¹, d'autres concernent le droit : son sens, ses sources, ses méthodes. Les querelles autour du droit, comme autour du dogme d'ailleurs, dépendent évidemment du contexte général de la société. Les tensions politiques, les crises économiques, les conflits sociaux harcèlent le religieux. Pour cette raison, simple à comprendre, les querelles d'hier et celles d'aujourd'hui ne peuvent avoir la même nature.

Les querelles anciennes se situaient à l'intérieur d'un cercle de culture, de pensée et de civilisation relativement homogène, dans lequel l'échelle des normes juridiques et celle du pouvoir politique étaient tenues pour séparées. Les normes ayant formellement leurs sources propres, extérieures au pouvoir politique, les disputes autour des sources du droit étaient des querelles d'agencement et de techniques d'interprétation à l'intérieur d'une même parenté. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. L'institution de l'État depuis le XIX° siècle a tout bouleversé et brisé la parenté. L'État prétend être la source et l'opérateur du droit. Il veut confondre l'échelle des normes et celle du pouvoir, ce qui constitue en soi un mouvement vers l'exclusion du religieux. Cela explique les crispations actuelles du monde musulman autour des normes. L'exclusion du religieux par l'étatisme entraîne un appel ou une réactivation de schémas juridiques déclassés, éteints ou n'ayant jamais existé. Les querelles d'aujourd'hui ne sont plus des querelles autour des sources du droit, mais de la Source.

Dans la présente étude, je vais me contenter de situer le débat sur les sources du droit dans son cadre classique préétatique, en mettant en lumière son unité et sa diversité. L'unité est constituée par une philosophie particu-

^{*} Cette communication paraît également dans E.E. DAIS, R. KEVELSON et J.M. VAN DUNNE (dir.), Rechtstheorie, Beiheft 19, Duncker & Humblot. Reproduit avec permission.

^{1.} Statut du Coran, créé ou incréé. Vision de Dieu. Reconnaissance et légitimité des imams descendants d'Ali. Reconnaissance des hadiths du Prophète.

lière, une version islamique du droit naturel. La diversité se révèle au niveau de la prévalence des fondements du droit et des méthodes d'élaboration de la règle.

I. - Philosophie de base du droit naturel chez les sunnites

Ni les fuqaha, ni les usulistes n'utilisent explicitement l'expression « droit naturel ». Un seul droit, une seule loi, existe pour eux : la shari'a. Elle est constituée par l'ensemble des règles obligatoires posées par le Coran et la Sunnah. Le sujet de cette loi est appelé, terminologiquement, un « obligé », un « chargé de ... » (mukallaf). Un seul droit, une seule science du droit existe : le fiqh. Elle consiste à formuler les règles applicables aux cas pratiques. Le fiqh est donc la science pratique du droit ou jurisprudence. Tâj addine a Subki, le grand auteur shafiite, le définit ainsi dans son Jam'al Jawami : « Le fiqh est la connaissance des normes sharaïques pratiques (al ahkâm a shar'ia al 'amaliyah) acquise à partir de leurs indices (références) (adillah) particuliers » ². Cette science est destinée aux praticiens qui sont dans le système institutionnel islamique, les jurisprudents (muftis) habilités à fournir des consultations juridiques et les juges chargés de les appliquer. La science du droit est donc, en général, une science interprétative textuelle.

Il est vrai qu'il existe du droit, reconnu et pratiqué, en dehors des textes révélés, divins et prophétiques. Ce droit est l'aboutissement d'un effort de la raison juridique (ijtihâd). Taj addine a Subki range l'ensemble des méthodes rationnelles d'investigation sous un titre unique : la recherche des indices (al istidlal). Il en fait la cinquième source du droit après le Coran, la Sunnah, le consensus (ijma'), l'analogie (qiyâs) qui sont des sources scripturaires et littérales. La raison juridique cherche à connaître l'équitable, à saisir le bien commun, à tenir compte du nécessaire et de l'habituel, de la nécessité, des législations et de la sagesse des nations qui nous ont précédés (shar' man qablana). Tous ces éléments sont en effet considérés par la majeure partie des auteurs comme des sources du droit (usul). Et c'est par leur intermédiaire que la raison juridique investit le champ de la shari'a et que le rationnel s'institue comme source du droit à côté du révélé. Nous pouvons même affirmer, sans aucun excès, que l'apparition de cette raison légiférante constitue l'essentiel de cette autre science du droit qu'est la « science des sources » (Ilm al usul). La science des sources du droit, en effet, est la science des indices (adillah), des jugements valides de droit. Elle

^{2.} Tâj addine a Subki, Jam'al Jawami' (Le recueil des traités), reproduit dans le commentaire d'Ibn Qâcim (Al âyât al bayinât) sur le commentaire de Mahalli sur le Jam'al jaw'ami', 1ère éd., p. 61. Même définition chez Qarâfi, l'auteur malikite : cf. shar'h tanqîh al fusûl fi ikhtisâr al mahsûl, 1ère éd., p. 3.

consiste à poser d'abord les deux principes de la prévalence absolue du Coran et de la Sunnah; à établir ensuite le sens grammatical, logique, étymologique, terminologique de leurs termes et de leurs phrases; à harmoniser leurs divergences; à résoudre leurs contradictions. Elle consiste également à valider ou invalider tel ou tel autre motif des jugements de droit, le jugement fondé sur le consensus (ijma'), le jugement par analogie, le jugement établi en considération du bien commun (maslaha), ou des pratiques établies (àmal), ou du plus convenable (istihsan), ou du nécessaire, ou du changement de circonstances, etc.

Objectivement, c'est-à-dire extérieurement, il est parfaitement possible d'analyser cela comme une intrusion du profane dans l'espace du sacré. Il est parfaitement possible et légitime de supposer, comme l'ont fait, par exemple, I. Goldziher³, Joseph Schacht⁴, Chafik Chehata⁵, Mohamed El Shakankiri ⁶, Roger Arnaldez ⁷, Mohamed Arkoun ⁸, que, par ce gigantesque effort, les fugaha islamisaient, sacralisaient, après coup, toutes sortes de règles juridiques coutumières arabes pré-islamiques, ou des législations d'origine persane, byzantine, canonique ou juive qui étaient pratiquées par les peuples dont les territoires furent islamisés. De ce point de vue, comme le dit M. Arkoun, la raison théologique transcendantalise et annule l'historicité. Mais, du point de vue de l'interprète, c'est-à-dire sur le plan de l'analyse interne, ce travail demeure enserré dans le champ du religieux pour les raisons que voici : d'abord, par le rôle primordial de l'analogie qui consiste à trouver la solution d'un cas ou d'un litige inédit à partir d'une analogie avec la règle révélée; ensuite, parce que l'interprète, quelle que soit sa distance objective à l'égard du texte, se pose lui-même et reste compris par ses coreligionnaires et sa société comme un interprète recherchant à scruter et comprendre les desseins de Dieu. Ce n'est plus l'exégèse littérale du texte, mais cela reste toujours une intention exégétique. Les sciences religieuses donnent des sens aux faits et, dans ce domaine, ce sont les convictions et non les faits en eux-mêmes qui comptent.

Étant donné cette structure particulière de pensée, il semble, à première vue, légitime d'exclure l'idée même d'un droit naturel en Islam. Cette position est d'autant plus vraisemblable que, comme je l'ai indiqué précédem-

- 3. I. Goldziher, Le dogme et la loi en Islam, Lib. P. Geuthner, trad. F. Arin, 1920.
- 4. J. Schacht, Introduction au droit musulman, trad. P. Kempf et A. Turki, Maisonneuve et Larose, 1983, pp. 25, 27, 29, 33, 36, 37.
 - 5. Chafik Chehata, Études de droit musulman, PUF, 1971, pp. 11 et s.
- 6. M. El Shakankiri, « Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam », Rev. Int. Droit Comparé, 1981, p. 767.
- 7. R. Arnaldez, « La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques », Archives de philosophie du droit, t. 38, Droit et religion, Sirey, 1993, pp. 83 et s.
- 8. M. Arkoun, Ouvertures sur l'Islam, J. Grancher, 1989, pp. 40 et 41; Pour une critique de la raison islamique, Maisonneuve et Larose, 1984, p. 73. Sur ces points, voir Slim Laghmani, Éléments d'histoire de la philosophie du droit, Cérès Production, 1993, pp. 167 et s.

ment, il n'existe pas expressément d'expression équivalente à « droit naturel » ou « droit de la nature » dans les écrits des *fuqaha* ou ceux des usulistes. Chafik Chehata a pu écrire à ce propos : « En somme, la théologie islamique orthodoxe n'admet pas l'existence d'un droit naturel, soit d'un droit issu de la nature et de la raison, et comme tel indépendant de la révélation et des dogmes religieux. Si Dieu l'avait voulu, répètent à satiété les théologiens, il aurait inspiré à son Prophète une loi toute différente qui serait tout autant juste que celle qui est prescrite » ⁹.

Pourtant, à y voir de plus près, le concept de droit naturel nous semble constituer un concept de base de la philosophie juridique islamique. C'est un concept qui ne se révèle pas immédiatement aux yeux du chercheur. Il faut aller le chercher dans les présupposés, épisodiquement révélés au détour des textes.

Ces présupposés sont néanmoins évidents et clairs. Pour les trouver, il n'est nul besoin de forcer le sens des textes, et de les faire parler au delà de leurs possibilités. Il suffit de s'appesantir un peu dans la lecture. Il apparaît à ce moment que le droit naturel constitue en réalité un terrain d'entente entre les différentes tendances de la pensée juridique islamique. Cellesci admettent l'existence d'un droit découlant de la nature, en tant qu'ordre établi des choses, voulu par Dieu. Les préceptes et principes de ce droit naturel peuvent être saisis par l'intelligence humaine. Et ces préceptes peuvent donc servir de clés d'interprétation de la révélation ou de source du droit sur les questions non couvertes par la révélation. Et ces questions, comme nous le savons, sont fort nombreuses.

La philosophie sous-jacente à cet ordre naturel s'articule autour des idées fondamentales suivantes :

- 1. L'ordre naturel constitue, en soi, la démonstration de l'existence, de la puissance et de l'intelligence de Dieu. L'univers est absolument prodigieux, grandiose et ordonné et implique nécessairement, pour tout être raisonnable, affirme Ghazâli, l'existence d'un Créateur pour le concevoir et d'un Agent pour l'ordonner ¹⁰. L'ordre naturel est l'évidence du Créateur pour des êtres doués de raison (âyâtun li qawmin ya'qilûn). Et la création de l'être humain est le prodige des prodiges et l'évidence des évidences, comme l'expliquera Fakhr addine Arrâzi dans son exégèse du Coran ¹¹.
- 2. Il n'y a donc pas d'aberration dans l'univers (sa création et son fonctionnement). L'univers est ordonné selon un plan mystérieux, mais dont on peut deviner certaines finalités. L'univers n'est ni arbitraire, ni aberrant. Cette thèse, qui est en fait celle des théologiens rationalistes de l'Islam (les

^{9.} Chafik Chehata; « La religion et les fondements du droit en Islam », Archives de philosophie du droit, t. XVIII, Dimensions religieuses du droit, Sirey, 1973, p. 17.

^{10.} GHAZÂLI, Ihya'ulum addine, vol. I, p. 105.

^{11.} Tafsir, 1ere éd., vol. I, pp. 208 et s.

mu'tazilites) est couramment acceptée par les sunnites puisqu'elle tire ses références du Coran lui-même ¹². Dieu n'a pas fait l'univers par acte gratuit (âbath) ou par jeu.

- 3. Étant ordonné, l'univers est explicable et compréhensible. Son explication, c'est qu'il constitue un don de Dieu (ni'ma), dont les manifestations essentielles sont la vie elle-même, le bonheur terrestre sous toutes ses formes, mais surtout la vie suprême ¹³. L'univers a donc, comme l'explique Râzi, une double explication : du point de vue religieux et du point de vue terrestre. Le don divin est total pour le musulman. Pour le non musulman, c'est un don simplement terrestre ¹⁴.
- 4. Cet ordre doit nécessairement être suivi de normes $(ahk\hat{a}m)$ destinées à sa conservation. L'ordre est donc explicatif des normes. La norme (hukm) est conservatrice de l'ordre, gardienne de ce que Dieu a instauré. L'idée d'Instauration divine est fondamentale. La norme, en effet, a pour objet de réinstaurer ce que l'homme a désinstauré par le jeu de ses passions. Elle constitue, à ce titre, un fardeau $(thaq\hat{i}latun 'ala\ a\ nuf\hat{u}s)^{15}$. La norme, de ce fait, sanctionnera les crimes contre-nature $(travestissement, homosexualité, autojouissance, bestialité, contacts charnels avec un cadavre, etc.) parce qu'ils violent l'harmonie naturelle des choses <math>^{16}$, canalisera l'expression des instincts par le jeu des règles de prohibition et de prescription $(naw\hat{a}hi\ et\ aw\hat{a}mir)$, organisera le fonctionnement des institutions conformément à la nature du corps politique. Nous y reviendrons.
- 5. Ces normes sont donc, sauf exception, elles-mêmes explicables et compréhensibles. Il n'y a pas de faille entre nature et droit (voir 7).
- 6. La raison et la révélation se conjuguent donc pour confirmer l'harmonie à l'intérieur de la nature et du droit et dans leurs rapports réciproques (voir 7).
- 7. Le caractère obligatoire de la norme vient, entre autres considérations, de ce qu'elle est un dicte de la nature, car c'est une contradiction absolue de supposer que les dispositions obligatoires qui règlent la vie peuvent aller à l'encontre de la nature, qui est l'essence de la vie. La volonté législatrice (celle de Dieu) ne contredit pas la nature. La norme est donc le produit de la volonté législatrice et de la nature. Cette idée fondamentale est nettement avancée par l'un des grands théologiens et érudits musulmans de notre siècle, dans un livre spécialement consacré à la philosophie islamique du

^{12.} Sourate des Croyants, 115. Sourate Sâd, 17. Sourate de la Fumée, 38, 39. Cf. Shâtibi, Muwâfaqât, vol. I, T. 2, p. 131; Ghazali, Mustasfâ, vol. I, Dar al Márifa, Beyrouth, p. 105: Sheikh Tahar ibn Ashûr, Maqâcid a sharî'a al islamiya (Les fins ultimes de la loi islamique), M.T.D., Tunis, 1978, p. 13.

^{13.} FAKHR ADDINE ARRAZI, Tafsir, vol. I, 1 eie éd., pp. 480 et s.

^{14.} Ibid.

^{15.} Shâtibi, Muwâfaqat, vol. I, t. 2, p. 131.

^{16.} ABDELWAHAB BOUHDIBA, La sexualité en Islam, PUF, 1975, pp. 44 et s.

- droit ¹⁷. L'auteur écrit : «Si nous considérons convenablement l'objectif général de la Shari'a [...], nous voyons qu'il ne fait rien d'autre que tendre à la conservation du naturel (fitra) et la mise en garde contre sa violation ou son déséquilibre (ikhtilâl). Il est même probable que ce qui le viole gravement soit considéré par le droit (shar') comme répréhensible et interdit ; ce qui tend à son intégrité, soit considéré comme obligatoire ; ce qui est en deçà, dans les deux cas, soit blâmable ou recommandé dans l'ensemble ; et ce qui est sans rapport (avec le naturel) soit permis » ¹⁸. Le droit révélé par le Coran ou la Sunnah ou déduit de leurs principes a pour objet de sauvegarder les préceptes de la nature, dont l'homme raisonnable et civilisé est le centre. Il en est ainsi des règles du mariage, de la filiation, de la pudeur, du respect de la vie et de l'honneur, de la recherche de la science et de la civilisation ¹⁹.
- 8. Cependant, l'être humain, contrairement à l'animal, est un être intelligent et qui se sait voué à Dieu et à la reconquête de la vie éternelle. Cela l'oblige à sortir en partie de ses déterminismes naturels et d'être ainsi un « être réglé », un « être obligé » (mukallaf). Le concept de Taklîf (charger l'homme d'obligations, fardeau de la responsabilité) est un concept central de la science juridique islamique. Bazdawi 20, Sadr asharî'a (ubaïd allah Ibn Mass'ûd) 21, Taftazâni 22, Ghazâli 23, Qarâfi 24, Shâtibi 25, Subki 26 définissent la norme (hukm) comme une adresse de Dieu aux « obligés », aux chargés d'obligations. Subki, pour ne prendre que son seul exemple, définit la norme de la manière suivante : la norme, quant à elle, c'est l'adresse (le discours) (khitâb) de Dieu concernant l'action de l'obligé (mukallaf), en tant qu'il est « obligé ». L'homme est un obligé, par seconde nature en quelque sorte. En effet, il est à la fois plongé dans la nature première, la recherche du bonheur et la satisfaction de ses passions, instincts et appétits, qui doivent recevoir leur juste part, mais il doit les dépasser et les refréner, grâce

^{17.} Sheikh Tâhar Ibn 'Ashûr, Maqâcid a shari'a al islamiya (Les fins ultimes de la loi islamique) (le mot «loi » est ici choisi volontairement pour tenir compte d'une spécification de sens donnée par l'auteur lui-même, p. 9), M.T.D., Tunis, 1979, p. 59. La théorie du droit naturel chez Sheikh Tâhar est encore plus explicite dans son ouvrage, Uusûl a nidhâm al ijtimâ'i fil islam. (Les fondements de l'ordre social en Islam), S.N.E.D., Tunis 1964, pp. 15 à 22.

^{18.} Op. cit., p. 59.

^{19.} Ibid.

^{20.} Faqîh hanéfite du XI^e siècle à Samarkand. Son ouvrage en science des sources du droit est intitulé $Kinz\ al\ us\hat{u}l$.

^{21.} Faqîh hanéfite du XIV e siècle à Bukhâra. Auteur du Tanqîh et de son commentaire, le Tawdhîh.

^{22.} Théologien du XIV^e siècle au Khorassân. Auteur d'une glose sur le *Commentaire de 'Adhud addine sur le Mukhtacâr d'Ibn al Hâjib*.

^{23.} Théologien, philosophe, faqîh célébrissime des XI^e-XII^e siècles.

^{24.} Faqih et usuliste du XIIIe siècle.

^{25.} Faqih grenadin malékite du XIV^e siècle.

^{26.} Faqih et juge du XIVe siècle au Shâm.

à sa raison et la révélation des règles religieuses, morales et juridiques. L'investissement total de l'être humain dans la nature conduit à la bestialité. Il est donc de la nature de l'homme d'aller à l'encontre de sa nature immédiate, de la « régler ». Tel est l'objet de la norme (hukm); empêcher la nature d'engloutir la partie incorporelle de l'homme, c'est-à-dire sa raison, sa conscience, son intelligence, son sens de la divinité.

La consommation des nourritures terrestres (tayyibât), des biens matériels (khayrât, amwâl), le commerce charnel, le divertissement représentent la part légitime destinée à satisfaire la nature immédiate, celle des corps et des désirs. La norme tracera les limites, interdira la chose ou ses excès, prescrira l'action bonne, l'acte obligatoire, etc.

L'ordre naturel et humain contient ainsi des finalités, des sens, des essences, des hiérarchies, des catégories, des fonctions qui doivent normalement trouver une expression dans le système des règles de droit. Ce sont donc en quelque sorte des déterminismes qui à la fois aboutissent aux règles de droit, les expliquent et les justifient. Ces déterminismes sont les suivants.

II. - LES PRÉSUPPOSÉS DU DROIT NATUREL

Le plus important concerne la nature et le sens de l'ordre qui est institué pour être le semoir de l'au-delà, d'après la formule de Ghazali ²⁷. « La vie terrestre », écrit Shatibi, « est instituée pour la vie dernière » ²⁸. L'univers, c'est l'art d'un Maître. Vivre, c'est témoigner que nous sommes consacrés à ce Maître, que nous lui appartenons totalement. En tant qu'êtres doués d'intelligence et de volonté, nous devons concrétiser ce témoignage par la conviction, au niveau de la conscience, et par des actes symboliques corporels tels que les prières, le jeûne, le pèlerinage. Le déroulement de la vie individuelle sociale et naturelle est rapporté à cette fin suprême. Il n'y a aucun bien supérieur par lui-même sur terre. Ce présupposé va rejaillir sur le sens du droit lui-même en tant que législation et en tant que science ²⁹.

Le sens du droit en tant que législation, c'est qu'il est un guide pour l'être humain, afin qu'il soit totalement la possession, « l'esclave » (abd) de Dieu. L'objectif du droit (shar'), écrit Shatibi dans ses Muwâfaqât, est de « faire échapper l'homme aux appels de ses passions, afin qu'il se constitue Esclave de Dieu par son propre arbitre, comme il l'est par nécessité » ³⁰. La législation, comme nous l'avons déjà indiqué, est un fardeau; mais un fardeau salutaire, comme la température. Et en cela, il n'y a pas de différence entre

^{27.} Ihyâ ulum addine, vol. 2, Dâr al ma'rifa, Beyrouth, p. 60; et vol. 3, p. 9.

^{28.} Shatibi, Muwafaqât, vol. I, t. 2, p. 29.

^{29.} Sur ces points, cf. les commentaires de FAKHR ADDINE ARRÂZI sur la Fâtiha (I^{ère} Sourate du Coran), *A tafsîr al kabîr*, I^{ère} éd., pp. 205 et s.

^{30.} Shâtibi, Muwafaqât, vol. I, t. 2, p. 128.

la législation juridique et la législation morale : ce sont deux formes de justice qui consistent à faire contrepoids à l'appel des passions pour tenir « la balance » droite. Ghazâli affirme à ce propos : « Quant à la force de justice-tempérance (quwat al'adl), elle consiste à placer l'appétit et la passion sous le contrôle de la raison et de la révélation » ³¹. La maladie de l'âme devient son remède, lorsque l'âme résiste à ses passions ³², notamment les plaisirs du ventre et de la chair ³³. La législation est donc une grâce et un don divins (rahma).

Quant à la science du droit (figh), son statut est celui de toutes les sciences religieuses : un moyen au service de notre consécration au divin. Toute science du shar', écrit encore Shâtibi, « n'a pas d'autre motif que celui d'être une voie vers l'adoration de Dieu. Si un autre motif apparaît, ce n'est pas à titre essentiel mais accessoirement » 34. C'est bien là la raison pour laquelle, ajoute l'auteur, Dieu a envoyé les prophètes. Parmi les règles juridiques qui découlent directement de ce présupposé de base, il faut évoquer en premier lieu celles qui concernent le corps, en tant que tel, mais aussi en tant que support matériel et expression de l'intelligence croyante. Les gestes, les paroles, les pulsions, les besoins naturels, la pureté et l'impureté du corps font l'objet des chapitres de base de tout manuel ou traité de droit. Le corps n'est plus livré à lui-même. Des règles lui sont dictées pour adorer (prières, jeûne), se purifier (grandes et petites ablutions et leurs succédanés), témoigner de l'unicité divine et de la sainte prophétie (shahâda, qui doit être prononcée), demander l'aide de la divine souveraineté, formuler les vœux, répondre à ses pulsions, remercier le Seigneur pour les satisfactions, couvrir le corps et le vêtir, le nourrir, le parfumer, le coiffer, l'embaumer, l'enterrer, etc. Ces gestes, ces paroles, ces contacts ne sont pas arbitraires. Ils situent le corps humain, support matériel dégradable, mais surtout expression des forces sensitives et intelligentes, à sa place dans l'ensemble de la création et par rapport à Dieu. « Le corps, dit Râzi, est le foyer des actes qui doivent aider l'âme à acquérir les bonheurs spirituels » 35. Ce corps est celui d'un être adorateur, remerciant, en phase d'examen pour gagner la vraie vie, celle qui viendra après cette chute qu'est la vie terrestre. Nous avons dit « sa place dans l'ensemble de la création » : cette place est celle d'un privilégié, c'est ce qui en fait un être remerciant (shâkiran, et sa forme accentuée, shakûran).

Le deuxième présupposé fondamental est, en effet, que l'homme est la créature privilégiée du monde. Il en est le centre. Il en résulte que le but primordial des normes consiste à préserver ses intérêts (masâlah), qu'ils

^{31.} Ghazâli, Ihya, t. 3, p. 54; voir également p. 65.

^{32.} Op. cit., p. 66.

^{33.} Op. cit., p. 79.

^{34.} Shatibi, Muwafaqât, vol. I, t. 1, p. 41.

^{35.} Op. cit., vol. 1, p. 142.

soient terrestres ou célestes. Le shar' est donc compris comme étant au service de ces intérêts. Shâtibi écrit : « Toute législation est posée en vue des intérêts immédiats et lointains de l'homme » 36. Et cette législation comprend les règles relatives à l'interdit, au licite, au blâmable et au recommandable. En tant que centre privilégié de l'univers, fait à l'image de Dieu, l'homme se trouve au sommet de la hiérarchie du vivant et de la matière. Les règnes animal et végétal, la matière, les astres, la pluie du ciel sont consacrés à l'homme. L'homme est le roi du monde, le possesseur de la nature, qui est là pour le servir, le nourrir, le chauffer, le désaltérer, offrir à sa contemplation toutes sortes de merveilles, à ses appétits toutes sortes de joies, à sa raison une cause incommensurable de satisfaction intellectuelle. Ces appétits, ces besoins, devront être satisfaits, mais dans les limites de la morale et du droit. Le shar' est là pour déterminer ces limites. « Le but ultime de la loi, écrit Sheikh Tahar Ibn 'Ashûr, est de sauvegarder l'ordre de la communauté et de maintenir sa convenance par la rectitude de celui qui en est le possesseur, c'est-à-dire le genre humain » 37.

Le troisième présupposé est que l'homme porte en lui la double tendance au mal $(Fas\hat{a}d)$, dont le ressort est constitué par les appétits $(Shahaw\hat{a}t)$ et au bien, dont les indicateurs sont la raison et la révélation. Les règles de l'illicite, les sanctions pénales et disciplinaires sont destinées à réinstaurer $(isl\hat{a}h)$ ce que l'homme, par ses actions nuisibles, a désinstauré. Elles doivent protéger la religion (les droits de Dieu) ainsi que la vie, la personne, la raison et les biens de l'homme, en tant que centre de l'univers. Shâtibi affirme : « La nation islamique (ummah) et même tous les peuples (milal) sont d'accord pour dire que la législation (shari'a) a été posée pour protéger les cinq éléments nécessaires que voici : la religion, la vie, la procréation, les biens et la raison » 38 $(d\hat{n}n, nasfs, nasl, m\hat{a}l, 'aql)$. Sheikh Ibn 'Ashûr les ramène à trois éléments : la raison, les actes, les biens 39 , ce qui lui permet de limiter son analyse au $Tashr\hat{i}$, c'est-à-dire la législation proprement juridique $(q\hat{a}n\hat{u}n)$ sans considérer le domaine de la foi et des rites, ni celui du blâmable et du recommandé 40 .

Le quatrième présupposé concerne l'ordre social proprement dit, dont les hiérarchies, clivages et classements naturels sont productifs de règles. Certains, les plus importants, concernent l'ordre de la procréation, d'autres concernent l'ordre économique, d'autres enfin concernent l'ordre constitutionnel. Dans le premier cas, les hiérarchies fondamentales sont celles du

^{36.} Shâtibi, *Muwâfaqât*, vol. I, t. 2, p. 4. Ou encore : «Le droit (*shar*') est venue clarifier d'une manière complète et parfaite la manière avec laquelle les affaires terrestres et dernières de l'homme seront bonnes », vol. I, t. 1, p. 34; Sheikh Tahar Ibn Ashûr, *op. cit.*, pp. 14, 17.

^{37.} Op. cit., p. 63.

^{38.} Shâtibi, Muwâfaqât, vol. I, t. 1, p. 26.

^{39.} Op. cit., p. 63.

^{40.} Op. cit., p. 9.

masculin et du féminin 41 , celle des ascendants et descendants, celle des pères et des fils. Dans le deuxième cas, celui de l'ordre économique, les classifications fondamentales sont celles des biens et des personnes, de la matière et de la volonté, des riches et des pauvres. Dans l'ordre constitutionnel les catégories essentielles sont celles du Pasteur $(R\hat{a}i)$ et du troupeau; de la communauté (ummah), de la majorité (jama'a) et des dissidents (firaq); de l'instauration, de la désinstauration $(fas\hat{a}d)$ et de la restauration $(isl\hat{a}h)$; de la loi et de la violence (ou du livre et du glaive chez Ibn Taymiya) 42 ; de la masse $(\hat{a}mmah)$ et de l'élite $(kh\hat{a}ssah)$.

Tels sont les présupposés fondamentaux de l'ordre naturel. Le droit, qui est défini comme une science pratique, légifère donc à partir de ces présupposés; les règles juridiques concernant les relations sexuelles, la filiation, les successions, les conditions de pureté des corps, le droit et la violence pénale, les règles de l'impôt, les principes fondamentaux du droit constitutionnel dérivent de ces présupposés, tissent sur cette trame. Il n'y a pour la philosophie juridique islamique majoritaire aucune contradiction entre nature, raison et révélation, donc aucune contradiction entre droit naturel (et rationnel) et droit révélé. La querelle autour des sources du droit se trouve par conséquent limitée à deux questions : la prééminence, au niveau du fondement, entre la raison et la révélation, et les méthodes d'élaboration de la règle de droit.

III. – LES DISPUTES AUTOUR DU FONDEMENT ET DES MÉTHODES D'ÉLABORATION DE LA RÈGLE DE DROIT

La première question est celle de savoir à quoi, entre le texte et la tradition établie d'un côté et la raison de l'autre côté, revient la prééminence. La deuxième, conséquent à la première, est relative à la validité des sources et techniques non textuelles telles que l'analogie, le jugement préférentiel pour raison d'équité ou de l'intérêt bien compris, l'effet du changement de circonstances ou du fait générateur sur la règle de droit, les coutumes, les lois anciennes telles que la Thora.

Sur la première question, il existe une opposition entre les théologiens rationalistes (mu'tazilites) et les théologiens fidéistes. Les thèses principales des premiers sur la philosophie du fondement du droit sont les suivantes, en résumé :

^{41.} Pour un exemple significatif de législation positive reproduisant les préceptes de la nature, voir Abbas Mahmûd Al'Aqâd, Al Mar'atu fil qur'ân (La femme dans le Coran), dâr al hilâl. La nature qui sert ici de référence est à la fois la nature biologique et la nature du corps social.

^{42.} IBN TAYMIYA, Asiyâsa ashar'ia [...], 4° éd., Dâr al kitâb al arabi, 1969.

- 1. Dieu est juste ; il ne peut être l'origine du mal.
- 2. Il l'est obligatoirement. Il ne peut être autrement.
- 3. L'homme est doué de libre-arbitre et de raison.
- 4. Il est donc responsable de ses actes. Le *Taklîf*, que nous avons déjà évoqué, ne se comprendrait pas autrement.
- 5. Cette même raison est à même de saisir le bien (husn) et le mal (qubh). Elle est donc le fondement premier du droit.
 - 6. La révélation n'est qu'une consécration du droit tiré de la raison.
- 7. Le licite et l'interdit existeraient donc de toute éternité, indépendamment de toute révélation.

La théologie fidéiste réfute ces points dans leur ensemble. Elle adopte tout d'abord l'idée de la prédestination des hommes; elle pose ensuite le principe selon lequel Dieu n'est pas justiciable des catégories de la morale humaine; elle refuse enfin la raison comme fondement du droit. Le droit et le tort sont des spécifications des révélations successives et il n'y a ni interdit, ni licite en dehors des révélations. Ce sont là les thèses centrales d'Ash'ari, Bâquillani, Baghdâdi, Ibn Hazm, etc. Ces thèses ash'arites ont influencé considérablement le sunnisme, attaché au texte, plaidant, comme Ibn Hazm, pour une complétude sans faille du shar', s'insurgeant contre l'idée d'une obligation de justice à la charge de Dieu, appuyant la pleine et infinie souveraineté de Dieu. L'idée d'une complétude de la révélation a été posée par Shafi'i 43, considéré habituellement comme le fondateur de la science des sources. Il affirme dans sa Rissala: « Nulle affaire ne peut advenir à quelque fidèle, sans que l'indice de sa bonne résolution ne soit compris dans le livre de Dieu » 44. Dieu a clarifié la voie des fidèles, y compris les normes de droit, dans le Coran; puis par la voie de l'inspiration divine du Prophète, puis, par ce que le Prophète lui-même a posé, enfin par la voie de l'ijtihâd. Nous avons donc affaire à une législation en cascade : la parole directe du législateur divin, l'inspiration au Prophète de la législation (deuxième source de la révélation), la législation d'initiative proprement prophétique à laquelle le croyant est tenu d'obéir, enfin la législation humaine, déduite des textes, par *ijma*' (consensus) ou qiyâs (analogie) 45.

Comme nous l'avons précédemment fait observer, l'opinion majoritaire, celles des Sunnites, est d'avis que nature, raison et révélation conduisent aux mêmes résultats, leur harmonie provenant de leur source commune, la volonté de Dieu, la prééminence restant cependant, contrairement à ce que pensent les philosophes et les Mûtazilites, celle du texte. Shâtibi écrit encore à ce propos :

^{43. 150-204} H./ 767-820. Fondateur de l'une des grandes écoles juridiques sunnites.

^{44.} Rissala, 1ère éd., A. Mohamed Châkir, 1940, p. 20.

^{45.} Op. cit., p. 39.

« Les indicateurs (adillah) des jugements de droit tirés du shar' ne contredisent pas les préceptes rationnels pour les raisons suivantes. La première est que si elles les contredisaient, elles ne pourraient pas être des sources pour une quelconque règle sharaique ou autre. Ce sont pourtant des sources par l'accord même des hommes raisonnables, ce qui prouve leur adéquation aux préceptes rationnels. Il est clair que ces sources ont été admises par la shari'a pour être comprises par des sujets raisonnables [...] La deuxième est que si elles les contredisaient, les obligations qui en résulteraient ne seraient pas supportables, car cela reviendrait à charger (les sujets) de croire à l'irrationnel, à l'inconcevable [...] La troisième est que l'origine de l'obligation est la raison. Ceci est établi sans conteste, puisque la perte de la raison supprime l'obligation à sa base » ⁴⁶.

Le même Shâtibi classe les sources du *shar'* en sources démonstratives, rationnelles, et en sources admises sans examen, sur la seule foi au miracle prophétique. Lorsque le savant a recours aux premières, il agit à titre créatif, comme s'il était législateur ⁴⁷; lorsqu'il se fonde sur les secondes, il les admet sur la base de la conviction ⁴⁸. Les grands auteurs sunnites sont loin de nier le rôle de la raison. Il s'agit pour eux, cependant, comme nous le verrons plus loin, non d'une raison fondatrice, mais d'une raison instrumentale, pour la simple connaissance de la loi. C'est en ce sens que Ghazâli écrit :

« On ne peut par la raison, se passer d'audition ⁴⁹; comme on ne peut, par audition, se passer de raison. Celui qui appelle à la seule imitation, sans aucun égard pour la raison, est un ignorant. Et celui qui se contente de la seule raison, au détriment des lumières du Coran et de la Sunnah, se fait des illusions. Méfie-toi de faire partie de l'un ou l'autre clan, et prends soin de joindre les deux sources ; les sciences rationnelles sont comme les nourritures et les sciences religieuses, comme les remèdes [...] Croire que les sciences rationnelles contredisent les sciences religieuses et que leur union est impossible relève du pur aveuglement » ⁵⁰.

Un auteur comme Qarâfi ira plus loin. Dans la section XVII ⁵¹ du chapitre premier de son *Tanqîh*, il écrit :

« On entend par bonté (husn) ou laideur (qubh) d'une chose, ce qui sied à la nature ou y contrevient, comme par exemple, le sauvetage des naufragés ou la condamnation des innocents; ainsi que le fait pour eux deux d'être signe de perfection ou d'imperfection, comme par exemple que la science est bonne et l'ignorance est mauvaise; ou encore le fait d'impliquer la louange ou le blâme, du point de vue du shar'. Les deux premiers cas reposent sur la raison, comme l'admet l'opinion unanime. Le troisième, d'après nous, relève du shar'. Il n'est ni connaissable, ni établi, que par le shar'. Le mal (qabîh) est ce contre quoi Dieu a mis en garde. Le bien est son contraire. Chez les mu'tazilites, il est rationnel et ne dépend pas de l'établissement des lois révélées (Sharâ i). La raison l'établit, en toute auto-

^{46.} Shatibi, Muwafaqât, vol. II, t. 1, p. 19.

^{47.} Ibid., p. 38.

^{48.} Ibid.

^{49.} Il s'agit de l'audition des textes révélés et inspirés au Prophète et des précédents établis par les différentes écoles.

^{50.} Thya, vol. III, p. 17.

^{51.} Section consacrée à la question du bien moral et du mal et de leurs rapports avec la législation révélée.

nomie, avant les prophètes. Les lois révélées ne font que confirmer le jugement de la raison $(hukm\ al'aql)$ relatif à ce qu'il connaît » 52 .

Commentant ensuite ses propres dires, Qarâfi met l'accent sur le fait que sur les deux premiers points, rien ne l'oppose aux mu'tazilites. Le seul point de désaccord se situe, dit-il, au niveau de la rétribution dernière. Savoir si Dieu punit tel acte ou le récompense relève du seul *Shar*', et non de la raison comme le prétendent les mu'tazilites. Dans le sauvetage d'un naufragé, poursuit-il, il y a deux aspects :

« Le premier est que les natures saines (a tibâ a salîma) y trouvent satisfaction. Ceci est rationnel. Le deuxième est que Dieu lui accordera une juste rétribution. Et c'est là que se situe le conflit (avec les mu'tazilites). Il en est de même de celui qui noie une personne injustement. Deux aspects également. Le premier est qu'une nature saine en souffre et ceci est rationnel. Le deuxième est que Dieu le punira. Et c'est là que se situe le conflit » 53.

À travers ces textes de Qarâfi, nous constatons, en définitive, que sur le fondement du droit, l'opposition entre sunnites et mu'tazilites est moins radicale qu'il n'y paraît. La question est limitée au seul droit positif révélé et non à tout le droit. Qarâfi semble admettre clairement l'existence d'un droit profane issu de la nature des choses et de la raison, indépendant du droit positif divin.

Il reste cependant vrai que, mis à part quelques exceptions, la hantise des Sunnites, c'est précisément de trop « jouer » avec les textes par l'intermédiaire de la raison. D'où leur principale revendication : que la raison ne s'institue pas en raison véritablement législatrice et qu'elle reste cantonnée dans son rôle de raison instrumentale et non de raison fondatrice. Au fond, la querelle entre mu'tazilites et sunnites, c'est qu'ils ne parlent pas de la même raison. Pour les sunnites, en règle générale et sauf exception, la raison est plutôt l'intelligibilité et la compréhension des choses : c'est une simple capacité à l'intérieur de l'homme; mais ces choses peuvent être ainsi qu'elles sont ou autrement, selon la libre volonté de Dieu. La raison est donc, dans ce cadre, un problème de méthodologie, une question simplement intellectuelle, une capacité distinctive et non pas le fondement des choses. Dès le début de son ihkâm, Ibn Hazm mettra en relief les caractères et les fonctions de cette raison 54. Pour les mu'tazilites, il s'agit d'une raison, c'est-àdire en fait de lois immuables, dans l'ordre même de l'univers. Pour eux, c'est une sorte d'obligation de rationalité à l'extérieur de l'être humain ; il s'agit de la rationalité de Dieu lui-même, rejaillissant sur l'ordre de l'univers, qui rejaillit lui-même sur l'ordre des lois. À cette raison externe s'ajoute évidemment pour les Mûtazilites la raison interne.

^{52.} QARÂFI, Sharh Tanqîh al fusûl fi' khtisâr al mahsûl, l^{ère} éd., 1306 H., p. 41. Classification ternaire reprise par Sadr a shari'a (kitâb a tawdhîh fi halli ghaw â midh a tanqîh) et Taftazâni, (a talwîh fi kashfi haqâ'iq a tanqîh), éd. 1310 H., p. 328.

^{53.} Op. cit., p. 42.

^{54.} IBN HAZM, Al Ihkâm fi usûl al ahkâm, Dar al â faq al Jadidah, 2e éd. pp. 13-29.

L'hostilité des Sunnites à l'égard de la raison législatrice constitue un trait courant de pensée dans leurs écrits. 'Adhûd addine al îjî ⁵⁵, dans son Commentaire sur le manuel (mukhtaçar) d'Ibn al Hâjib, note : « L'objet [de cette science des sources] est d'élaborer les normes [à partir des indices tirés de l'audition]. En effet, la raison n'a rien à voir avec les normes » ⁵⁶. La raison exclue est évidemment la raison fondatrice et non pas la raison dialectique dont Ibn al Hâjib et 'Adhûd addine font d'ailleurs un usage conceptuel, linguistique et grammatical abondant. Ceci va permettre à Taftazâni dans son propre commentaire sur 'Adhûd addine de préciser : « Il ['Adhud addine] n'a pas voulu dire que la raison n'a absolument rien à voir. Comment l'aurait-il fait, alors même qu'il a admis que les normes pouvaient être tirées en dehors du Shar' ? » ⁵⁷.

Dans ce contexte, il ne faut donc pas s'étonner de voir Shâtibi, dont on a vu les positions en faveur de la raison, écrire : « Les indices rationnels, lorsqu'ils sont utilisés dans cette science, ne peuvent qu'être greffés sur les indices tirés de l'audition, ou comme adjuvents, ou pour confirmer leur contenu, etc., et non point comme source indépendante. En effet, il s'agit ici de statuer sur une affaire de législation (shar'), or la raison n'est pas législatrice (al'aql layssa bi shâri') [...] » ⁵⁸. Il ajoutera plus loin : « La raison statue en deçà du shar » ⁵⁹. Audition et tradition (naql) doivent donc précéder l'argument de raison. Et Shâtibi explique ce principe par trois arguments qui révèlent la peur d'une raison législatrice :

- 1. Cela rendrait inutile les définitions et qualifications légales de la Sha-ri'a.
 - 2. Il a été prouvé que la raison ne peut déterminer le bien et le mal.
 - 3. Cela pourrait annihiler tout le système du shar' 60.

À première vue, les thèses de l'auteur semblent être contradictoires, puisqu'à la fois il défend et rejette la raison. Mais là encore, il faut se souvenir qu'il ne s'agit pas de la même raison. Dans l'hypothèse que nous avons analysée au début de cette troisième partie, il s'agissait en réalité d'une raison dialectique, « argumentaire ». Dans l'hypothèse que nous venons d'évoquer, il s'agit de la raison législatrice, c'est-à-dire de la raison fondement du droit. La raison méthodologique est acceptée, la raison ontologique, qui déborde sur l'essence du droit, est rejetée. C'est vraisemblablement cela qui explique les contradictions apparentes des auteurs sunnites sur le problème de la raison.

^{55.} Mort en 756 H.

^{56.} Commentaire sur le Muktaçar d'Ibn al Hajîb, 1ère éd, 1316, vol. I, p. 8.

^{57.} Glose de Taftazâni sur le commentaire de Adhûd addine, op. cit.; p. 8.

^{58.} Muwâfagât, vol. I, t. 1, p. 24.

^{59.} Op. cit., p. 25.

^{60.} Op. cit., p. 61.

Les questions fort nombreuses relatives à l'acceptation ou au rejet de telle ou telle « source » ou « indices » sont des questions techniques qui ne nous intéressent ici que sur le plan de la philosophie générale du droit dans la civilisation islamique.

Ces questions dépendent de la réponse que chaque tendance ou école donnent aux interrogations suivantes :

1. Quel est le meilleur art pour comprendre un texte?

Les usulistes théoriciens du droit sont des linguistes, des grammairiens, des philologues d'une très grande envergure. La « science des sources » (ilm al 'usûl) est essentiellement une science des mots et de leurs choses, de leurs polyvalences, de leurs ambiguïtés, de leurs contradictions. L'énorme science du naskh (abrogation) est née de cet inlassable effort d'harmoniser de l'ambigu, du divers, du divergent et du contradictoire. La non moins énorme question du qiyâs ⁶¹ est également une réponse à cette même interrogation. Enfin, la science de l'exégèse coranique (tafsîr) est également venue répondre à cette interrogation capitale.

2. Quelle est la force légale et l'authenticité d'un texte?

Le problème de l'authenticité se posera en particulier pour les hadiths (paroles et gestes du Prophète) ⁶². Les Sunnites, les Kharéjites et les Shiites ne reconnaissent pas les mêmes sources. À l'intérieur d'un même système, il existe également divers degrés d'authenticité. Ainsi, le hadith est-il dit mutawâtir ⁶³, sahih mashhûr ⁶⁴, sahih ghaïr mashhûr ⁶⁵, hasan ⁶⁶, dha'îf ⁶⁷, selon son degré d'authenticité. Ces différents degrés d'authenticité vont évidemment rejaillir sur la force légale des différentes espèces de jurisprudence prophéthique. Le Mutawâtir est quasiment irréfragable. Ce n'est pas le cas des akhbâr al 'âhâd ⁶⁸: dans ce dernier cas, le sahîh a évidemment une force supérieure à celle du hasan et du dha'îf. Ces recherches, d'une infinie com-

- 61. Qiyâs: analogie pour trouver la solution d'une affaire, à partir des motifs présumés communs, d'un cas résolu par le texte.
 - 62. Mais il s'est posé également pour le Coran lui-même par des sectes hérétiques.
- 63. Mutawâtir : accepté avec certitude sur la foi de témoignages recoupés ayant pour auteurs des personnages crédibles et ceci au cours des trois premiers siècles de l'Hégire, sans discontinuité.
- 64. Shih mashh $\hat{u}r$ · authentique et connu, accepté au cours des deuxième et troisième siècles, dans les mêmes conditions que le *mutawâtir*.
- 65. $Sahih\ ghair\ mashh\hat{u}r$: authentique mais non réputé, établi sur la base de témoignages sûrs au cours du premier siècle de l'Hégire.
 - 66. Hasan: hadith acceptable entre le sahîh et le dha'îf.
 - 67. Dha'îf: hadith faible comprenant plusieurs catégories.
 - 68. C'est-à-dire ce qui n'est pas mutawâtir. Il comprend le sahîh, le hasan et le dha îf.

plexité, ont donné naissance à une discipline autonome : la science du hadith ⁶⁹.

3. Que faire en l'absence de texte ?

À ce niveau, les querelles n'ont plus de limites entre les sectes, écoles, à l'intérieur d'une même école, etc. Les techniques de substitution au texte sont autant diversifiées que contestées. Même le consensus (ijma'), pourtant considéré avec faveur par l'ensemble des auteurs, fait l'objet de divergences considérables. L'ijma' est généralement défini de la manière suivante : « C'est l'accord de ceux qui lient et délient (ahl al hal wal' aqd) au sein de la communauté sur une question quelconque » 70. Nous constatons à travers cette définition de Qarâfi (XIVe siècle), combien le chemin est long depuis Shafi'i (VIIIe - IXe siècle). Cette source sera tout d'abord franchement récusée par certains mu'tazilites comme Nadhâm, par les Shiites et les Kharéjites 71. Mais à l'intérieur du sunnisme, elle est loin de faire l'objet d'un accord général quant à ses conditions de validité et même quant à sa nature. Pour Ibn Hazm, par exemple, le consensus ne peut constituer une technique de substitution au texte; il n'y a ijma', pour lui, que dans la seule mesure où le consensus s'établit sur un texte de la Sunnah ou du Coran. Pas de consensus en dehors du texte, dit-il 72. « Créer un droit non établi par texte n'est pas la voie des croyants, mais celle des infidèles » 73. Retour à Shafi'i, par conséquent.

Il est inutile de préciser que cette contestation touche plus radicalement les autres sources infra-textuelles telles que les coutumes de Médine, les lois prophétiques anciennes telles que la Thora ou l'Évangile, le dire d'un seul compagnon du Prophète, les coutumes locales, etc. Les polémiques sont également vives au sujet, non plus simplement des sources matérielles, mais de la légitimité des méthodes d'élaboration des normes et de leurs principes généraux. Il en est ainsi du jugement préférentiel pour raison de convenance ou d'équité (istihsân), du principe de l'interdiction préventive (sad a dharâ'i'), de l'application de la règle la moins contraignante (al akhdh bil akhaf), du principe de nécessité (dharâra), de la prise en considération des intérêts

^{69.} Sur toutes ces questions voir, simplement à titre d'entrée en matière, Ah al Khafîf, Asbâb ikhtilâf al fuqahâ, (Les origines des conflits d'interprétation entre fuqahâ), Institut des études arabes supérieures, Ligue arabe, 1956, pp. 41 et s.

^{70.} QARÂFI, Dhakhîra, p. 108. Cf. la définition plus restreinte de Sadr a Shari'a : « C'est l'accord des mujtahidine (les docteurs reconnus en sciences islamiques) de la communauté de Mohamed (qu'il soit salué), en une époque donnée, sur une norme de Shar' (hukm shar'î) [...] Quant à la norme de shar' [...] c'est celle qui ne peut être connue que par la révélation du législateur (Shâr'). Ce qui n'est pas norme de Shar', peut être accessible par l'idée du bien ou par la raison, chacun d'eux pouvant conduire à la certitude ». (Al tawdhih fi halli ghawâmidh a tanqîh, avec le commentaire de Taftazâni, 1310 H., p. 498.)

^{71.} Qarâfi, Tangîh al fusûl, p. 140.

^{72.} Ihkâm, vol. II, 4, p. 129.

^{73.} Id., p. 132.

communs (masâlih mursala), du principe selon lequel tout ce qui n'est ni interdit ni imposé par le shar' est libre (al barâ'a al'asliya), etc.

* *

Un travail ardu de déchiffrement reste à faire. Dans cette étude, j'ai simplement tenté de dégager les enseignements qu'on peut tirer des grands ouvrages 74 systématiques de usul al fiqh. J'ai essayé de les faire comprendre au juriste moderne non familiarisé avec la terminologie des traités anciens. Pour cela, j'ai du m'écarter des équivalences utilisées par les islamologues, refusant, par exemple, de traduire « adillah » par « qualification légale », l'expression « qualification légale » ayant une connotation spécifique dans l'esprit du juriste moderne, susceptible d'induire en erreur. De même, j'ai du traduire « hukm » par norme pour tenir compte, non pas tellement de l'esprit kelsenien régnant, mais de l'étendue sémantique du mot « hukm » qui, utilisé par les théoriciens sunnites que j'ai consultés, comprend à la fois la règle générale et le jugement particulier. Je me suis rarement écarté de ce point de vue, sauf lorsque le contexte général du discours me l'imposait.

La conclusion principale qu'on pourrait retenir est que la position des auteurs sunnites sur la question est empreinte de nuances et n'est pas exempte de contradictions. Ces contradictions ont leur explication : la raison, en droit, est inévitable : toute la question est de ne pas la constituer en législateur. Pour arriver à cette fin, les théoriciens sunnites du droit ont bâti un système complexe, cohérent et d'une ingéniosité sans fin qui plaide à la fois pour le droit naturel et la raison, sans oser jamais dire ni reconnaître que l'homme est le législateur de ses actions. Leurs œuvres, pourtant, en sont une preuve irréfutable.

^{74.} Il est évidemment indispensable de contextualiser ces ouvrages et leurs auteurs, de tenir compte des périodes inaugurales, des périodes d'évolution ou de transformation de cette philosophie juridique.

Tradition, Renaissance et droit dans la société égyptienne moderne

PAR

HASSAN ABDELHAMID

Maître de conférences à l'Université d'Ain Chams (Égypte) *

I. - CULTURE DES DROITS DE L'HOMME, CULTURE TRADITIONNELLE : LA PROBLÉMATIQUE

Pourquoi avons-nous reculé, peuples arabes, tandis que les autres ont bien progressé? Cette question, posée il y a un peu plus d'un siècle par les précurseurs de la Renaissance arabo-musulmane, est pourtant restée sans réponse jusqu'à nos jours. La problématique de la modernisation est vive dans les pays arabo-musulmans car la modernisation est une action qui s'oppose directement à la tradition ¹. Le problème est alors un problème des rapports entre Modernité et Tradition. Tant que ces rapports ne sont pas bien déterminés, le discours de la modernisation est vain.

Entre l'héritage arabo-musulman et la pensée contemporaine, la problématique de la Renaissance reste sans issue. Pour sortir de ce problème, il faut répondre à la question de la possibilité de lier trois mondes différents : l'héritage culturel (la tradition musulmane), la pensée européenne moderne et contemporaine et les problèmes actuels tels que l'État, le droit, l'éducation, la science ².

Selon la pensée de la Renaissance, la réponse à cette question se concentre sur la possibilité de résoudre les problèmes soit par la référence à l'héritage traditionnel, soit par la référence à la pensée européenne contemporaine,

- * Faculté de droit, Université d'Ain Chams, Le Caire.
- 1. Nous pourrions opposer la Modernité à l'Antiquité, qui est égale à la Tradition à notre sens. Ainsi, l'Antiquité est un monde qui repose sur des principes au vrai sens de ce mot ; c'est-à-dire où l'ordre métaphysique domine tous les autres, où tout en procède directement ou indirectement et, qu'il s'agisse de sciences ou d'institutions sociales, n'est en définitive qu'applications contingentes, secondaires et subordonnées des vérités purement métaphysiques ; voir notre article, « Du droit romain au droit musulman : La permanence de l'Idée métaphysique», Revue de Méditerranée, n° 4, 1995, pp. 47 et s.
- 2. Sur cette question de trois dimensions, voir Mohamed Abed Elgabri, L'Héritage culturel et la Modernité; Études et conversations, Centre des études de l'Union arabe, Beyrouth, 1991, (en arabe).

c'est-à-dire de prendre comme référence soit la Tradition arabo-musulmane soit la Modernité occidentale. Ce mouvement de Renaissance a rencontré un obstacle dans la réalité. Cet obstacle était la politique coloniale qui a imposé le modèle européen de la Modernité en tant que le modèle « universel », en tant qu'il est un modèle nouveau de civilisation du monde entier ³: Ce modèle invite le monde à des valeurs nouvelles qui n'existaient pas dans les modèles précédents : par exemple, l'organisation rationnelle de l'économie, les institutions modernes de l'État, la science, l'industrie, les valeurs nouvelles de la liberté, de la démocratie, des droits de l'homme.

Le résultat de cette politique ⁴ est l'existence des constructions modernes occidentales dans notre société : dans l'industrie, l'agriculture, le commerce, l'administration, la culture. Ces constructions ont été liées au centre capitaliste en Europe. Ainsi, les Égyptiens se sont trouvés devant une opération de modernisation coloniale pour quelques secteurs de la société. Ces secteurs ont été les plus intéressants pour l'économie occidentale. Cette opération de modernisation ne vient pas d'une dialectique sociale à l'intérieur de la société, elle a été importée comme elle l'était, c'est-à-dire prête, et elle est mise dans la société et dans des secteurs déterminés. Ces secteurs modernisés ont été la base essentielle de l'État moderne en Égypte ⁵.

Cependant, à côté de ces secteurs modernisés, importés et imposés, il reste d'autres secteurs traditionnels hérités du modèle musulman. Ces secteurs traditionnels gardent leur prestige. Il en résulte que notre société souffre d'un « dualisme principal » à tous les niveaux : économique, sociologique, administratif, culturel et juridique. Ainsi, deux modes de vie aux niveaux théorique et pratique se sont présentés : un modèle « moderne », image du modèle occidental, et un autre, traditionnel ou originel.

Au niveau juridique, le dualisme se manifeste entre la culture des droits de l'homme et la culture traditionnelle. Chaque culture est habilitée à médiatiser les rapports de l'homme à la nature, à l'homme et au transcendant. Mais ces cultures ne sont pas équivalentes, parce que ces rapports euxmêmes sont qualitativement différents. La culture des droits de l'homme est basée substantiellement sur une modification essentielle du rapport de

- 3. À cette époque, le concept de civilisation a été lié à celui de progrès. Ces concepts traduisent une vision impérialiste où l'humanité est appelée à s'améliorer, à progresser en suivant les règles de la Raison, dont le modèle occidental est l'incarnation; la civilisation est un état que la société blanche connaît déjà et que les peuples sauvages doivent réaliser en adoptant les valeurs du monde occidental. Sur la naissance et l'évolution du concept de civilisation, voir Ph. Beneton, Histoire de mots: Culture et civilisation, Travaux et recherche de science politique, n° 35, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1975.
- 4. Hassan Hanafi, Introduction à la science de l'occidentalisation, Le Caire, La Maison artistique (Al Dare Elfanie), 1991, pp. 70 et s. (en arabe).
- 5. C'est vrai que la modernisation a commencé en Égypte avec Mohamad Ali à partir de 1805, mais l'Occident a fait avorter cette démarche vers les années 1840. C'est pourquoi nous ne nous intéressons qu'à la modernisation coloniale qui a eu lieu en Égypte à partir de 1882.

l'homme à la nature ⁶. Par cette modification, l'essor de la science naturelle a été assuré, et ensuite la supériorité scientifique et technique qui se définit en termes de puissance. Cette modification essentielle du rapport de l'homme à la nature est suivie par une autre qui est celle du rapport de l'homme à l'homme ⁷. Une troisième modification est celle du rapport de l'homme au transcendant qui a permis la distinction du religieux et du politique, de l'Église et de l'État. La sécularisation de la société, l'émancipation de la raison, la conception moderne du droit naturel et la définition des valeurs universelles, aujourd'hui consignées dans la Déclaration des droits de l'homme, en ont résultées. Contre toutes ces modifications, la culture égyptienne, nous semble-t-il, reste, en général, attachée à la culture traditionnelle, celle de l'ordre naturel et religieux.

Cependant, par la colonisation, la société égyptienne a connu le phénomène d'acculturation. C'est ainsi que le cadre de référence de l'identité égyptienne s'est substantiellement modifié. En général, l'acculturation passe par deux étapes de réinterprétations : d'abord, on tend à réinterpréter les traits et les valeurs de la culture nouvelle dans les termes de la culture d'origine. À la deuxième étape, le processus de réinterprétation se renverse : ce sont les valeurs traditionnelles qui sont réélaborées en fonction des valeurs de la Modernité.

Dans l'histoire de la Renaissance égyptienne, si la première étape a été effectuée dès le XIX° siècle, à la fin du XX° nous restons encore à cette étape : la réinterprétation des traits et des valeurs de la culture des droits de l'homme dans les termes de la culture islamique. La question qui s'est toujours posée aux précurseurs de la Renaissance, c'est, en fait, celle de l'islamisation de la Modernité et non point celle de la modernisation de l'Islam. Il y a davantage. L'actualité révèle, à cet égard, deux sortes de tendances. Les tendances modérées ⁸, qui tendent à sauvegarder les acquis de l'acculturation avec le souci de les intégrer au patrimoine originel, ont conscience de se construire une identité de synthèse bien plus complexe que l'identité originelle ⁹. Les opposants prétendent rejeter la culture moderne pour récupérer l'« authenticité ». Cette idéologie d'authenticité entraîne un processus de contre-acculturation, qui consiste dans le rejet brutal de la

^{6.} Voir J.M. Trigeaud, Persona ou La Justice au double visage, Genova, Studio editoriale di cultura, 1991.

^{7.} C'est-à-dire à la fois des rapports sociaux et des institutions économiques, politiques et administratives qui les médiatisent.

^{8.} Il y a, en fait, une autre tendance plus modérée qui tend à sacrifier la culture d'origine au profit de la culture moderne, qui tend à supprimer l'histoire et le présent, à imposer la culture moderne et devient par là même une utopie indiscutable.

^{9.} Cette tendance prend, en principe, la Modernité occidentale comme référence. Elle procède de cette Modernité et non pas de la réalité.

culture occidentale héritée de la colonisation, même si on en garde les éléments matériels et techniques devenus indispensables pour la vie moderne!

Entre ces deux tendances, l'État se perd plus que jamais. Il ne fait que des réformes partielles et pragmatiques selon ses propres intérêts! Par sa participation aux organisations internationales, l'État se trouve obligé d'intégrer les droits de l'homme dans ses législations, mais d'une manière pragmatique.

Entre les tendances modérées, l'idéologie d'authenticité et la position pragmatique de l'État, il nous semble que le discours autour de la Renaissance fait apparaître une crise de la pensée égyptienne actuelle, car chaque courant prend un modèle/référence qui n'est pas celui de notre société actuelle. On pense la réalité actuelle et ses problèmes par un modèle/référence. Ainsi la pensée n'a pas de rapports avec son objet : la réalité. Ainsi, les conceptions telles que la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme, sont des conceptions indéterminées dans la pensée juridique actuelle. C'est-à-dire qu'elles ne concernent pas des choses actuelles dans la réalité; elles sont déterminées par le modèle/référence. Le résultat est qu'on n'a pas l'indépendance historique; c'est-à-dire que la pensée actuelle ne peut réfléchir son objet (la réalité actuelle) que par l'intermédiaire de ce qui est importé de l'« Autre » : passé-héritage ou moderne-occidental. Il en résulte qu'on a une conception islamique des choses et une autre conception, moderne occidentale, qui ne reflètent pas la réalité actuelle. Celle-ci est une réalité de synthèse entre la culture d'origine et celle des droits de l'homme; un mélange absurde et pragmatique entre deux cultures qui demande beaucoup de réflexion!

Or notre problématique n'est pas de choisir un de ces deux modèles ou de les concilier, notre problématique actuelle est celle du « dualisme » qui caractérise notre vie théorique et pratique. Notre problématique est encore celle de notre position dualiste (devant ce « dualisme »).

Il est vrai que les ravages de la modernisation se sont considérablement étendus, mais ce n'est qu'extérieurement, nous semble-t-il. C'est pourquoi rien de tout cela n'atteint encore le cœur de la Tradition, ce qui est très important à notre point de vue, et ce serait sans doute une erreur d'accorder une trop grande importance à des apparences qui peuvent n'être que transitoires. Dans cette perspective, il y aurait lieu de se demander jusqu'à quel point ces divers éléments de la Tradition ont pu se maintenir en dépit de la modernisation. En effet, l'étude de l'Orient tel qu'il est encore aujour-d'hui, si on voulait l'entreprendre d'une façon vraiment directe, serait susceptible d'aider dans une large mesure à comprendre l'Antiquité, en raison de ce caractère de fixité et de stabilité.

Depuis plus d'un siècle, la problématique des droits fondamentaux en Égypte se trouve dans une impasse entre la culture traditionnelle et la culture moderne. Nous allons nous concentrer sur l'échec de l'acculturation juridique et sur ses résultats sociologiques en Égypte ¹⁰.

Par ailleurs, le passage de l'antiquité juridique à la Modernité en Europe diffère de celui en Égypte. Si, en Europe, ce passage était un résultat d'une dialectique économique, sociale et philosophique par laquelle la société est arrivée à un état d'équilibre, en Égypte la modernité juridique et les droits de l'homme sont introduits par une action autoritaire qui a fait de l'Égypte un milieu récepteur de la Modernité. Dans cette recherche, nous allons montrer les causes et les effets de la réception des droits fondamentaux dans une société traditionnelle.

II. – Le passage à la modernité juridique en Europe

En effet, il ne fait point de doute que la question de l'indépendance conceptuelle du droit pourra paraître la question principale de la Modernité qui, « par ses bouleversements philosophiques, a contribué à épurer le concept du droit en l'arrachant à sa gangue cosmo-théologique » 11. Cet arrachement s'est accompli par étapes. Dès le XVIe siècle, une volonté de scientificité se fit jour, qui se traduisit par des essais de systématisation du « droit universel » et, corrélativement, par une nette tendance à la clarification du terme « droit » 12. Mais, c'est au XVII e siècle que le projet épistémologique de Grotius permet d'accomplir un pas de géant dans la voie de cet arrachement 13. Il cherche, par voie démonstrative, l'évidence rationnelle qui doit conclure à l'intelligibilité de l'univers juridique. Grotius entend ainsi « débarrasser la pensée du droit de toute inféodation théocratique » 14. Il a voulu dire que le sens et la valeur du terme « droit » ne sont point à chercher dans quelque transcendance incompréhensible à l'homme. Ils ne peuvent procéder que de la «raison» qui en a construit le concept. Ainsi, l'analyse rationnelle par les méthodes de la raison humaine est, toute seule, capable de comprendre la signification du concept « droit ».

À l'heure où Descartes effectue « la découverte métaphysique de l'homme » ¹⁵, Grotius examine l'autonomie du concept du droit, l'indépendance rationnelle du droit. « La philosophie du XVII^e siècle, par la nouvelle appréhension qu'elle élabora tout ensemble de l'homme, du monde et de

^{10.} Dans cette étude, nous nous limiterons aux Musulmans. Les Coptes feront l'objet d'une autre étude.

^{11.} S. GOYARD-FABRE, Les Fondements de l'ordre juridique, Paris, P.U.F., 1992, p. 4.

^{12.} Voir dans ce sens J. Bodin, Exposé du droit universel, Paris, P.U.F., 1985.

^{13.} Grottus, *Droit de la guerre et de la paix*, trad. Barbeyrac, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Caen, 1984.

^{14.} S. GOYARD-FABRE, op. cit., p. 6.

^{15.} F. Alquié, La Découverte métaphysique de l'homme chez Descartes, Paris, P.U.F., 1950.

Dieu, marqua un tournant décisif dans la manière de penser l'ordre juridique des Cités » 16. Il s'agit ici d'un point de non-retour. Cette démarche constituait une rupture épistémologique et philosophique. « Non seulement on vit alors l'homme, dans le prolongement de l'humanisme renaissant, s'avancer au-devant de la scène philosophique et politique, mais, alors que se forgeait une sensibilité mentale nouvelle, se construisit sur le monde physique et humain un réseau de rapports destinés, en l'ordonnant conformément aux exigences de la raison, à le rendre intelligible » 17. Donc, le besoin de la précision donna de l'importance à la démarche mathématique devenue un modèle. Comme Descartes, Hobbes aussi donne l'exemple. C'est ainsi que la philosophie célèbre les triomphes de la Raison. «C'est à cet effort de rationalisation que correspond, dans le domaine juridico-politique comme dans le domaine des sciences physiques, l'élucidation des instruments conceptuels appelés à constituer les axiomes de base et les structures architectoniques du système scientifique ou du système juridicopolitique. Le concept de droit, ici et là, est concerné, dont la problématisation ne peut désormais se faire que dans le cadre d'une conception de la nature humaine dont la raison s'affirme comme la pierre d'angle » 18. Ainsi, Hobbes donne à l'individualisme le statut d'une catégorie épistémologique qui bouleverse l'idée traditionnelle du droit naturel, bâtie autour de l'idée de communauté. Malgré ses objections contre les thèses cartésiennes, Hobbes met en évidence les enseignements de la découverte de l'homme-sujet par Descartes ¹⁹.

Ayant découvert la place spécifique qu'occupe l'homme dans la nature, on ne peut parvenir à la compréhension de l'ordre de la civitas qu'en partant de l'homme et non de Dieu. L'anthropologisation du droit naturel correspond pour lui à une philosophie naturelle qui, anti-métaphysique, est une œuvre de science rigoureuse. L'idée d'un Dieu créateur n'est pas rejetée, mais la philosophie étant une « science », ne peut assigner une source suprahumaine ni à la naissance ni à l'ordonnancement de la cité des hommes. Ainsi, le fondement du droit positif de la République n'est plus à chercher sur l'horizon métaphysique dessiné par la Nature ou décidé par un Dieu

^{16.} S. GOYARD-FABRE, op. cit., p. 70. Sur la tradition juridique qui est mise en question par le phénomène de la Modernité, voir. L. STRAUSS, Droit naturel et histoire, Paris, Flammarion, «Champs», 1986; J. DE ROMILLY, La Loi dans la pensée grecque, les Belles Lettres, 1971; J. CHANTEUR, Platon, le désir et la Cité, Paris, Sirey, 1980; HEGEL, Des Manières de traiter scientifiquement du droit naturel, trad. Bourgeois, Paris, Vrin, 1972; PLATON, Les Lois, La République; ARISTOTE, Éthique à Nicomaque; M. VILLEY, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1962; J.M. TRIGEAUD, op. cit.; S. TZITZIS, «Nomos et thesis: Expressions du langage juridique. De la polis au cosmopolitisme», dans Langage et droit à travers l'histoire: Réalités et fictions, Peeters, Leuven-Paris, 1989, pp. 53 et s.

^{17.} S. GOYARD-FABRE, op. cit., p. 70.

^{18.} Idem., p. 75.

^{19.} Dans ce sens, M. VILLEY, « Le Droit de l'individu chez Hobbes », dans Seize essais de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1969, pp. 179 et s.

tout-puissant comme c'était le cas dans l'Antiquité. Du reste, l'idée du droit naturel ne désigne plus la justice naturelle qui correspond à l'ordre harmonique des choses, mais le pouvoir qu'a l'individu d'user des capacités dont il dispose pour préserver sa vie ²⁰.

L'individualisme fournit la clef du « contrat social », en quoi les XVIII et XVIII et XVIII et siècles reconnaîtront généralement le principal générateur des sociétés politiques. Le recul du théologisme et de l'idéalisme est tel que, même s'il ne suffit pas à laïciser intégralement le droit, il impose une révision de la normativité juridique, dont les fondements appartiennent désormais à la rationalité de l'homme-sujet.

Il apparaît que la révolution épistémologique que Hobbes a placée sous le double signe du mécanisme et du rationalisme était la conséquence d'une longue évolution dans l'histoire de la pensée européenne ²¹. Cette révolution ne vient pas du vide, la base en était l'héritage culturel occidental. Si nous observons bien l'histoire de la pensée européenne moderne, surtout à partir de Bacon et Descartes, nous verrons qu'elle est constituée de démarches visant à recomprendre l'héritage. Depuis que Bacon a invité l'homme à se libérer de tous les mythes et a reconnu l'expérience comme le seul moyen et la seule mesure de la connaissance ; depuis que Descartes a reconnu la nécessité de se libérer de toute autorité de connaissance, sauf la raison; depuis Bacon et Descartes, la pensée européenne a essayé de relire son histoire sur une base de déchirure et de réconciliation, sur une base de critique et recritique. Ainsi, les Européens ont récrit, dans les trois siècles derniers et à leur manière, l'histoire générale de leur civilisation en une histoire, c'est-à-dire leur « évolution », pour montrer que la raison est présente dans l'histoire et pour faire de l'histoire un moteur de la raison. Que cette « évolution», que les Européens ont montré dans leur histoire culturelle, soit considérée par nous comme vérité historique ou un simple mythe, encore plus important est son rôle au niveau de la conscience, car elle organise l'histoire d'une manière qui fait du retour en arrière un rêve impossible ; chaque étape est considérée comme un point de non-retour. La conséquence de cette opération est que le passé prend sa place naturelle dans l'histoire et dans la conscience de l'histoire. Une autre conséquence est que l'Européen, quand il lit l'histoire, lit la logique et la raison.

C'est pourquoi il est remarquable que ni Locke, ni Rousseau, ni Kant, qui marquent la philosophie du droit politique de leur haute stature, ne mettront jamais en question la nécessaire référence du droit naturel à la nature

^{20.} Malgré les attitudes multiples des philosophes modernes, l'idée principale du droit naturel était cela. Voir R. Guénon, *La Crise du monde moderne*, Paris, Gallimard, coll. NRF, 1973, pp. 68 et s.

^{21.} Sur cette évolution vers le phénomène de la Modernité, voir M. BASTIT, Naissance de la loi moderne, Paris, P.U.F., 1990; voir aussi H. ABDELHAMID. La Crise contemponaire des concepts juridiques, Le Caire, Dar El-Nahda, 1995, introduction.

rationnelle et raisonnable de l'homme. C'est le point de non-retour de la philosophie moderne.

Que l'on soit d'accord ou pas sur les conséquences de cette manière moderne de comprendre le droit naturel, cette compréhension a pu toutefois créer l'État moderne. C'est sur la rupture avec la Tradition que nous devons insister, puisque c'est d'elle qu'est née la Modernité, dont tous les caractères propres pourraient être résumés en un seul, l'opposition à l'esprit traditionnel; et la négation de la Tradition, c'est encore l'individualisme. L'évolution vers le phénomène de la Modernité est une évolution consciente et voulue. La Renaissance et la Réforme, qu'on regarde le plus souvent comme les premières grandes manifestations de l'esprit moderne, achevèrent la rupture avec la Tradition beaucoup plus qu'elles ne la provoquèrent; le début de cette rupture date du XIV^e siècle ²².

La modernité juridique se construira autour de trois notions clefs : l'humanisme, l'individualisme et le rationalisme. Sur ces trois notions, l'idée des droits de l'homme, considérée comme universelle, se fonde ; une religion nouvelle remplace la Tradition ²³.

Soucieux de libérer l'homme du double absolutisme du trône et de l'autel, le siècle des Lumières et de la Révolution en était venu à ne reconnaître comme principe et fin de l'organisation politique que l'homme en général, l'individu abstrait, en tant que raison et liberté. Il est vrai que ses représentants ne s'accordaient guère sur la manière de concevoir et de définir la nature humaine et se souciaient peu de justifier et situer la relativité des cultures mais nul ne mettait en question la primauté de l'unité de l'espèce et de l'universalité de certaines valeurs : le principe de l'égalité des êtres raisonnables et libres et la défense des citoyens contre les empiétements de l'autorité politique. Le langage des droits de l'homme est devenu une instance critique contre tout système juridique, politique ou culturel qui ne tient pas compte de l'égalité des hommes en tant qu'êtres raisonnables et libres. Il est devenu un critère qui remplace la religion en tant qu'elle était le seul critère dans la société traditionnelle.

Est-ce cela qui s'est produit dans l'histoire égyptienne ?

III. – Le passage à la modernité juridique en Égypte

L'évolution qui était derrière l'idée des droits de l'homme en Europe n'a pas existé en Égypte. L'histoire du droit égyptien nous montre peut-être la problématique de cette idée. L'évolution culturelle de l'Égypte (en tant

^{22.} Sur ce début, surtout au sujet de Guillaume d'Occam et Duns Scot, voir G. de Lagarde, La Naissance de l'esprit larc au Moyen-Âge, Paris, Béatrice-Neuwelaerts, 1956.

^{23.} Dans ce sens, M. VILLEY, Le Droit et les droits de l'homme, Paris, P.U.F., 1983.

qu'une partie de la nation arabo-musulmane) a bien commencé à l'époque de l'essor de la civilisation musulmane (II° et III° siècle de l'Hégire). À cette époque, la culture arabo-musulmane a connu sa première planification complète. À cette époque, la langue arabe devient un langage savant, les sciences traditionnelles de l'Islam sont bien construites. Ainsi, on a connu les grands légistes de l'Islam qui constituaient les grandes écoles doctrinales du droit musulman. À cette époque aussi, l'héritage énorme et multiple des cultures anciennes (grecque, égyptienne, babylonienne) est devenu une partie de la culture arabo-musulmane. Dès lors, la culture arabo-musulmane est devenue la référence générale de toute culture à l'intérieur de la nation arabo-musulmane.

La construction principale du droit musulman est de cette époque. Les quatres écoles juridiques de l'Islam ont été construites ²⁴. Depuis et par une décision politique, la porte de la recherche, l'*ijtihâd*, est fermée. Depuis, le droit musulman est devenu immobile jusqu'à l'apparition du mouvement de la Renaissance au début de XIX° siècle, en 1875 exactement, date de l'installation et du fonctionnement des tribunaux mixtes.

L'installation et le fonctionnement des tribunaux mixtes ont été liés à un phénomène très important dans l'histoire du droit égyptien : c'est le phénomène de la réception de codes européens ²⁵. Ainsi, à côté des droits traditionnels vient s'installer un droit étranger. D'une façon générale, la réception découle de la décision du législateur ; la réception apparaît comme une

24. C'est ainsi que la science d'usûl al figh est constituée. « Usûl al figh, ce sont les 'racines' de la connaissance du droit, furû, ce sont les branches, les applications pratiques qui en dérivent. Cet emprunt au domaine végétal est significatif : le juriste enracine le droit dans un terrain sûr et stable. Le mot 'racine' évoque à la fois la stabilité obligatoire et en même temps la source de vie. Le droit est un arbre dont les ramifications puisent la vie dans quelques racines puissantes et profondes, disent les docteurs musulmans. Le Coran en constitue le tronc ou la racine, asl. On appelle science des sources au sens strict ulûm asliya la science du Coran et la science de la Sunna, ou de la Tradition du prophète. Les autres sciences sont dites, déduites des sources ulûm mustanbata par l'intelligence du légiste. Les racines du droit, telles que Shâfi i les a systématisées dans son ouvrage Risâla, ce sont les quatres sources techniques, le Coran, la Sunna, le consensus de la communauté et le raisonnement analogique. Les usûl al figh ne sont pas changeantes selon les conditions des hommes, les furû, les applications du droit, pourraient varier, mais les sources ou racines constituent une donnée inaltérable qui fait connaître la méthode selon laquelle le droit s'élabore. » Voir pour l'explication de la métaphore, J. Ladjili-Mouchette, Histoire juridique de la Méditerranée : Droit romain, droit musulman, Tunis, CERP, 1990, p. 278.

25. C'est un phénomène bizarre, car le législateur, au lieu de légiférer selon et d'après les données sociologiques, s'adresse au modèle juridique étranger, qu'il transpose tel quel dans son milieu social. Sur l'explication de ce phénomène, voir G. DEL VECCHIO, « Les Bases du droit comparé et les principes généraux du droit » dans Revue internationale de droit comparé, 1960, pp. 493-499. D'après lui, « si un peuple peut recevoir et faire sien le droit élaboré par un autre, c'est parce que dans la nature de l'un et de l'autre il y a des exigences et des nécessités communes qui se reflètent dans le droit », p. 497. Voir aussi H. Lévy-Bruhl, Sociologie du droit, Paris, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 3° éd., 1967.

méthode législative qui permet au législateur de procéder à la restructuration du système juridique existant. Si le législateur se tourne vers l'étranger pour refaire son système juridique, c'est parce que les données sociologiques de ce milieu imposent cette solution. Avant la réception de l'idée moderne des droits fondamentaux, la culture religieuse traditionnelle, basée sur l'Islam, n'ignorait pas la reconnaissance de la dignité de la personne humaine, la non-discrimination raciale et d'autres droits fondamentaux. Cependant, cette culture fonctionnait dans une toute autre perspective et a été mise de côté par un pouvoir politique absolu. Pourquoi la société égyptienne, à cette époque, imite-t-elle le droit étranger ²⁶ ?

A. – Raisons de l'imitation

En effet, l'économie égyptienne au cours du XIX e siècle est « une économie intégrée dans le vaste marché international des capitaux et des marchandises et qui joue le rôle d'appendice par rapport aux économies des pays avancés de l'Europe de l'Ouest. À cette structure sociale, aussi caractérisée, venait s'articuler à partir de 1875 une nouvelle structure juridique » ²⁷. Les sociétés qui ont tardé à accéder à l'ère capitaliste sont obligées de suivre le modèle offert par les pays développés 28 et cela parce que le développement économique est subordonné aux relations économiques avec les pays développés, qui de toute façon imposent leurs méthodes et leurs systèmes de valeurs. L'idée même du développement économique exerce une influence favorable à la décision de réception du droit étranger comme si le système juridique étranger était « créateur de l'avenir »! À l'heure actuelle on peut constater cette surestimation du rôle planificateur du droit, en l'occurrence étranger, dans les réceptions de droits étrangers en tant qu'ils sont le cadre juridique essentiel pour le développement économique imposé par la Banque internationale ²⁹. Mais la création d'une conjoncture juridique modelée sur l'exemple occidental, dans l'espoir de voir l'infrastructure économique y faire suite, n'est-elle pas une perspective chimérique 30 ?

- 26. Sur les causes de la réception au Proche-Orient, voir J.M. Mousseron, « La Réception au Proche-Orient du droit français des obligations », dans Revue internationale de droit comparé, 1968, pp. 38-78. Il écrit : « À cette époque, l'empire [ottoman] désire en particulier faciliter ses relations commerciales avec les pays européens qu'entrave l'absence, en droit musulman traditionnel, de dispositions sur le change, les sociétés, les transactions commerciales... » (p. 59).
 - 27. H.M. Issa, Capitalisme et société anonyme en Égypte, Thèse, Droit, Paris, 1970, p. 65.
- 28. R. GENDARME, « Problèmes juridiques du développement économique », dans Aspects juridiques du développement. Dalloz, 1966. pp. 25-58, spécialement p. 26.
- 29. Voir ce qui arrive actuellement lors de la préparation des projets de lois convenables aux changements économiques qui prennent le droit occidental comme modèle. Sur les facteurs de la réception en Turquie, voir : H.N. Kurali, « Modernisation et la cisation comme facteurs de la réception en Turquie », dans Bulletin, 1957, pp. 68-72.
 - 30. R. GENDARME, op. cit., p. 57.

D'un autre côté, à cette époque de l'histoire égyptienne, la transition vers le mode de production capitaliste implique alors la formation d'une « élite » intellectuelle qui aurait pour but d'organiser la classe bourgeoise, encore amorphe et incohérente au niveau politique et idéologique. Ces couches d'intellectuels sont les porteurs d'une nouvelle idéologie de caractère juridicopolitique éloignée de l'idéologie traditionnelle. Dans un pays sous-développé comme l'Égypte, les élites intellectuelles demandent la réception d'un droit étranger afin de doter la bourgeoisie naissante d'une armature juridique permettant son plein essor et assurant son hégémonie idéologique. La classe bourgeoise égyptienne réussit de cette manière à obtenir l'hégémonie politique et idéologique, en dépit de l'existence de structures économiques et sociales de type traditionnel ³¹.

Du reste, le droit musulman, qui était immobile à ce moment-là, ne pouvait, par son caractère métaphysique et par son contenu inadapté aux exigences d'une société moderne dans le sens de la Modernité occidentale, constituer la base d'une législation conforme aux besoins posés par le développement économique ³². De plus, au moment où les précurseurs de la Renaissance arabo-musulmane ont commencé leurs démarches pour renouveler le droit musulman, l'influence étrangère joua un rôle important pour imposer le droit moderne occidental. Les tribunaux, composés de sept juges (quatre étrangers et trois indigènes, de sorte que la majorité appartenait toujours aux Européens), appliquaient les codes européens mixtes, rédigés sur le modèle français par Manoury, avocat français ³³. Il est caractéristique, à ce propos, que les tribunaux mixtes n'étaient pas considérés comme une garantie suffisante par les puissances européennes, qui en exigeaient d'autres et précisément l'application du droit européen ³⁴.

À côté de ces tribunaux mixtes, il existait les tribunaux nationaux pour les litiges du peuple égyptien. Ces tribunaux appliquaient des codes natio-

- 31. Voir J. BERQUE, L'Égypte. Impérialisme et révolution, Paris, Gallimard, 1967, pp. 41-45, pp. 171 et s.
- 32. Dans ce sens, voir, Jules ROUSSIER, « L'Immutabilité du droit musulman et le développement économique », dans Annales africaines, 1962, pp. 229-233. Sur l'immobilité de la pensée juridique et les pratiques juridiques de 1517 à 1805 (dans l'Empire ottoman), voir Mohamed Nour Farahat, L'Histoire sociologique du droit en Égypte moderne, 2^e éd., Le Caire, 1993 (en arabe).
- 33. Voir, Elsanhori, Les Origines du droit ou l'introduction à l'étude du droit, Le Caire, 1941, p. 182; voir aussi Samir Tanago, La Théorie générale du droit, Alexandrie, Monshat Elmahref, 1974, p. 375 (en arabe).
- 34. La part de l'influence étrangère dans la réception est importante. Cette influence se manifeste par l'exercice d'une pression politique et économique ayant comme objectif la mise en place d'un système juridique qui garantit les intérêts économiques des pays développés. Ce système juridique n'est autre que le droit moderne occidental, qui seul peut créer, selon l'avis des intéressés, un climat de sécurité et de confiance. On peut comparer cet état avec l'état actuel de l'Égypte le changement des cadres juridiques en faveur des investissements étrangers!

naux, mais ces codes n'étaient que la traduction des codes européens mixtes 35.

Ainsi, l'Égypte a connu le phénomène de la réception du droit étranger depuis plus de cent ans ; c'est-à-dire que l'idée européenne moderne du droit et des droits fondamentaux est reconnue en Égypte de bonne heure. De 1875 à 1948 (date du Code civil égyptien actuel), le droit reçu est théoriquement destiné à régler la vie sociale du milieu récepteur. Du point de vue du droit dogmatique, le droit reçu est dorénavant le droit officiel du milieu social récepteur. Cependant, au-delà de cette constatation dogmatique, la réalité juridique apparaît différente. Dans cette perspective, il y aurait lieu de se demander jusqu'à quel point les divers éléments de la Tradition (du droit traditionnel) ont pu se maintenir en dépit de ce droit reçu.

En effet, la réception des droits fondamentaux en Égypte a réussi à initier le peuple dominé à la Modernité. La création d'une « institutionnalisation des libertés » ainsi que la création d'un « contre-pouvoir » pour mieux assurer la primauté du droit en sont des manifestations. Cependant, la conception même des droits fondamentaux reste toujours dans l'ambiguïté. La Tradition d'une part et le pouvoir politique de l'autre sont responsables de cette ambiguïté. C'est ainsi que, depuis un siècle, on tente de préparer « la conception des droits fondamentaux en Islam », bien que cette expression porte en elle-même une contradiction historique. L'insistance sur l'origine divine des droits de l'homme et sur le rôle de la loi religieuse (Shari'a) comme seule référence, d'une part, et l'existence d'un pouvoir politique du type traditionnel, de l'autre, ont constitué l'obstacle devant la vraie théorisation d'une synthèse.

B. - Tradition et réception

Lorsque le droit reçu parvient à pénétrer dans la réalité sociale égyptienne, des transformations profondes s'y produisent. Le passage d'un système juridique ³⁶ à un autre, de nature et de structure différentes, implique la modification des institutions et un changement dans l'attitude des per-

35. Les tribunaux nationaux ont été organisés à partir de 1881 ; voir Elsanhori, $op.\ cit.$, p. 184.

36. La question de la nature du droit musulman a intéressé les juristes-philosophes depuis longtemps: le droit muslman est-il un système juridique? Est-il un droit laïc autonome ou un droit religieux? Peut-on l'appréhender comme système de droit ou simplement comme un rameau de la religion musulmane? Généralement, les juristes ont pris l'habitude de classer le droit musulman dans les systèmes juridiques religieux (R. David, Grands systèmes de droit contemporains, Paris, 1978; R. Rodière, Introduction au droit comparé, Paris, 1979). Pourtant la question est en réalité posée soit au niveau de l'ensemble du droit (Ch. Chehata, Études de droit musulman, Paris, 1971, pp. 11 et s.; Droit musulman, Paris, Précis Dalloz, 1970, p. 7), soit à des niveaux particuliers, celui des institutions politiques, par exemple (Cheikh Ali Abderrazak, L'Islam et les fondements du pouvoir, Enquête sur le califat et le gouvernement en Islam, Le Caire, 1925, en arabe).

sonnes qui tentent de s'adapter au nouveau modèle normatif d'origine étrangère. En effet, ces transformations se produisent à l'intérieur d'un dualisme juridique qui oppose les droits traditionnels musulmans au droit européen moderne. Le contact de la culture juridique traditionnelle avec une culture juridique européenne moderne est révélateur pour notre étude. Que deviendra cette société qui est en train de passer d'un ordre juridique à un autre totalement différent?

Puisque le droit appartient à la culture, il existe une acculturation ³⁷ juridique qui se produit lorsqu'un système juridique tend à remplacer un système juridique différent avec lequel il se trouve en contact. Dans ce sens, la réception déclenche le processus de l'acculturation juridique qui paraît alors comme un effet de l'introduction du droit étranger dans un milieu social donné ³⁸.

En général, l'acculturation juridique va de pair avec la pluralité des ordres juridiques au sein du milieu social récepteur ³⁹. L'acculturation juridique qui suit la réception d'un système juridique étranger se traduit sociologiquement, donc, par des phénomènes de pluralisme juridique ⁴⁰. En Égypte, il existait, d'une part, le droit européen moderne et, d'autre part, le droit musulman traditionnel. L'introduction du droit européen moderne dans le milieu social égyptien suscitait des résistances sociologiques de la part du droit musulman traditionnel. Mais, au cours du temps, les résistances se sont stabilisées ; il y a eu une sorte de partage entre le droit musulman traditionnel et le droit européen reçu. Le droit européen moderne s'est borné à régler les relations économiques et une partie de la vie sociale des habitants des milieux urbains, tandis que le droit musulman traditionnel a continué à régir la vie sociale des larges couches de la population, restées à l'écart des transformations socio-économiques ⁴¹.

Le phénomène du dualisme juridique en Égypte, à cette époque, est reconnu au niveau officiel, et il existe aussi au niveau de la réalité juridique. Officiellement, les droits traditionnels sont pris en considération par le pouvoir étatique (le législateur, les tribunaux, l'administration); le droit qui organise la famille (droit familial), le droit successoral, quelques questions

^{37.} Sur le phénomène de l'acculturation en général et l'acculturation juridique en particulier, voir : Roger BASTIDE, « Problèmes de l'entrecroisement des civilisations et de leurs œuvres », dans *Traité de sociologie*, Paris, P.U.F., 1968, pp. 315-338; P. MERCIER, « Anthropologie sociale et culturelle », dans *Ethnologie générale; Encyclopédie de la Pléiade*, Paris, Gallimard, 1968, pp. 881-1036; H. Alliot, « L'Acculturation juridique », dans *Ethnologie générale. op. cit.*, pp. 1180-1236.

^{38.} Sur l'acculturation et les droits de l'homme voir, S. Abou, Cultures et droits de l'homme, Paris, Hachette, 1992.

^{39.} H. Alliot, op. cit., p. 1187.

^{40.} J. CARBONNIER, Flexible droit, 7e éd., Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 16 et s.

^{41.} Sur le domaine de chaque droit (droit traditionnel et droit européen) après 1876, voir ELSANHORI, op. cit., pp. 99 et s.

se rapportant aux biens et quelques questions de droit criminel sont soumises au droit musulman traditionnel ⁴². On peut se demander si ces droits ne sont pas intégrés, incorporés dans le système juridique étatique. Le droit traditionnel, investi de l'autorisation étatique, ne fait-il pas partie du système juridique officiel et, par conséquent, serait-il faux de parler de dualisme juridique ? À notre sens, le dualisme reste, car les deux droits, traditionnel et étranger moderne, n'ont ni la même vocation, ni les mêmes fondements, chaque droit reflète une culture juridique différente ⁴³. Et les deux, par ces cultures différentes, tendent à régler la vie de la même personne.

D'un autre côté, et au niveau de la réalité juridique, l'introduction d'un système juridique étranger dans le milieu social égyptien implique la mise en place d'un réseau de juridictions nouvelles qui doivent remplacer les tribunaux traditionnels et appliquer le nouveau droit. Ainsi, on a affaire à un pluralisme judiciaire. À cette époque, il existait trois sortes de tribunaux : les tribunaux mixtes, les tribunaux nationaux et les tribunaux traditionnels. Donc, trois catégories distinctes de juridictions; d'une part les tribunaux mixtes et nationaux, appliquant le droit reçu, d'autre part les tribunaux traditionnels, appliquant les règles traditionnelles (du droit familial et du droit successoral). Cette dualité joue en principe un rôle négatif dans le contact et l'interpénétration des deux ordres juridiques qui se confrontent à l'intérieur du milieu récepteur. De plus, en ce qui concerne le domaine des tribunaux officiels, les Égyptiens ont préféré résoudre leurs différends d'une manière traditionnelle au lieu de recourir à ces tribunaux, ce qui donne à ces tribunaux moins d'occasion de venir en contact avec la réalité juridique 44.

En vérité, les tribunaux égyptiens ont pu effectuer un travail considérable d'acclimatation du droit reçu. Ils se sont servis des « clauses générales » du droit reçu « qui fournissent aux codes l'élasticité indispensable pour répondre aux circonstances les plus diverses » ⁴⁵. L'interprétation souple du droit reçu permettait aux tribunaux de remédier à son inaptitude à s'appliquer à l'ensemble des conditions du milieu social récepteur. Pourtant, l'application trop inspirée de la réalité sociale pourrait être considérée comme un signe de la perpétuation du modèle traditionnel à travers des règles juri-

^{42.} En plus il y a le droit de chaque groupe religieux en ce qui concerne le statut personnel; voir ELSANHORI, op. cit., p. 100.

^{43.} Bien que l'idée du positivisme juridique ait été adoptée, l'État s'est limité par la loi religieuse. Si les codes sont une création du pouvoir législatif, les sources de ces codes limitent sa capacité.

^{44.} Voir l'existence de cette manière encore aujourd'hui. C'est ce que l'on peut nommer la jurisprudence populaire.

^{45.} Voir A. Schwarz, « La Réception et l'assimilation des droits étrangers », dans Recueil en l'honneur d'Ed. Lambert, 1938, t. 11, pp. 581-590, spécialement p. 586.

diques nouvelles ⁴⁶. Ainsi, la forme est moderne, mais la signification demeure traditionnelle. C'est dans ce cadre de dualisme juridique que le contact dynamique des deux systèmes juridiques permet une influence réciproque. C'est ainsi que le contact a engendré des synthèses culturelles éminemment enrichissantes, qui ne sont pas bien utilisées. Mais ce même contact crée des ambiguïtés quelquefois dangereuses.

Ce contact exerce une action destructrice sur les institutions traditionnelles. La pénétration du droit reçu dans la vie sociale réelle contribue à la transformation des institutions qui déterminent l'organisation sociale du milieu récepteur. Allant de pair avec l'acculturation économique, l'acculturation juridique tend à libérer la vie sociale des entraves de l'initiative individuelle : la famille étendue doit céder la place à la famille nucléaire, la propriété collective à la propriété moderne, rouage indispensable de l'économie ⁴⁷. En un mot, les idées maîtresses d'un islamisme social doivent céder la place à une conception libérale du droit.

Cependant, pour qu'il y ait acculturation, il faut que la personnalité individuelle se transforme de l'intérieur 48. Le changement culturel doit forcément passer par cette personnalité humaine. En effet, toute culture exige certaines choses de l'individu ; toute société attend de ses membres un certain comportement 49. Parce que le droit fixe le comportement recherché par la société de la part de l'individu, la personnalité se transforme par le droit. La transformation de la personnalité implique l'intériorisation du droit reçu par les hommes du milieu social récepteur. Cette intériorisation est difficile dans l'état de dualisme qui résulte de la réception et qui met l'individu dans une situation critique puisqu'il doit se référer à un double cadre de normes, en fonction duquel il est obligé d'adapter son comportement social. Cette dualité du modèle normatif (Tradition et Modernité) provoque chez lui une sorte de schizophrénie. Cette situation peut être surmontée soit par le choix du nouveau modèle normatif, et cela exige un changement de la conscience juridique de la personne, soit par une réinterprétation du droit reçu par laquelle d'anciennes significations sont attribuées à de nouveaux élé-

^{46.} C'est ainsi que le droit applicable ne sera jamais identique à celui qui servit de modèle. Chaque société présente en effet ses caractères propres qui réagissent sur les règles reçues. À travers le temps, le droit reçu sort si changé qu'en réalité il est fort éloigné du droit qui jadis servit de modèle.

^{47.} Outre la dimension métaphysique du droit traditionnel, la différence principale entre culture juridique traditionnelle et culture juridique moderne se trouve dans le passage de la puissance collective à la puissance individuelle. C'est ainsi que les institutions sociales traditionnelles sont incompatibles avec les impératifs du développement économique (il faut comparer, une fois de plus, le mouvement de la réforme législative qui existe en Égypte actuellement); voir H. Alliot, op. cit.

^{48.} J. CARBONNIER, Sociologie juridique, Paris, Armand Colin, 1972, p. 173.

^{49.} O. Koneberg, Psychologie sociale, Paris, P.U.F., 1967, 3e éd., p. 410.

ments ⁵⁰. Déchiré entre deux cultures qu'il n'arrive pas à concilier ou dont il ne peut faire la synthèse, le sujet se débat dans les profondeurs de son inconscient entre deux « surmois » contradictoires et vit une crise d'identité susceptible d'engendrer de graves troubles de la personnalité individuelle ou collective ⁵¹.

IV. - CONSTAT ACTUEL

De 1876 à 1948 ⁵², il apparaît que la conscience juridique des Égyptiens n'a pas changé. L'Égyptien a choisi de rester au niveau de ce dualisme qui est reconnu, une fois de plus, par le nouveau Code civil ⁵³, et par la dernière Constitution, de 1971 (article 2 : « Les principes du droit musulman sont une source principale de la législation ») ⁵⁴. À partir de 1949, les tribunaux mixtes et les tribunaux traditionnels sont supprimés, mettant fin au pluralisme judiciaire. Mais le dualisme normatif reste encore : la Modernité et la Tradition. C'est vrai que l'Égypte est rentrée dans le mouvement international de la codification ; c'est-à-dire que le juge ne se réfère qu'au code, mais le problème du dualisme reste au niveau des sources de ces codes : il y a des codes qui sont pris directement du droit musulman traditionnel, mais il y a en d'autres qui ne s'inspirent pas que du droit musulman pour constituer leur source historique ou indirecte. Il y a aussi le dualisme des cultures juridiques.

Ce dualisme est reconnu aussi en ce qui concerne la Déclaration internationale des droits de l'homme. Selon la décision du président de la république d'Égypte, l'acceptation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 et signé par l'Égypte le 4 août 1967, est limitée par le droit musulman traditionnel. L'Égypte a accepté ce traité en prenant en considération les jugements du droit musulman, la Shari'a, et la non-opposition entre elle et ce traité ⁵⁵. Ce dualisme a favorisé la réinterprétation isla-

^{50.} Sur cette manière, voir M.J. HERSKOVITS, «Traditions et bouleversements de la culture en Afrique», dans *Présence africaine*, 1961, pp. 124-131, et surtout p. 128.

^{51.} Voir, S. Abou, op. cit., p. 119, note 1; et sur la question de l'identité culturelle, le même auteur, L'identité culturelle. Relations interethniques et problèmes d'acculturation, Paris, Anthropos, 1981, surtout pp. 47-82.

^{52.} Encore aujourd'hui, les grandes masses de la population sont peu habituées à une société légaliste et rationnelle.

^{53.} En ce qui concerne le droit familial et le droit successoral.

^{54.} Voir la source principale sur l'explication de cet article, S. Tanago, op. cit., pp. 261 et s.

^{55.} La décision du président de La République arabe d'Égypte n° 536, 1981, Journal officiel, n° 15, 15 avril 1982.

mique des droits de l'homme ⁵⁶. Cette réinterprétation consiste dans « le processus par lequel d'anciennes significations sont attribuées à des éléments nouveaux, ou par lequel de nouvelles valeurs changent la signification culturelle de formes anciennes » ⁵⁷. Ainsi la forme est moderne (le langage juridique des droits de l'homme), mais la signification est traditionnelle (le langage religieux des droits de l'homme).

C'est ainsi qu'on essaie de donner un contenu musulman aux droits de l'homme. Tous les textes élaborés par les Musulmans concernant les droits de l'homme ont en commun qu'ils rappellent souvent, en leur préambule, l'universelle souveraineté de Dieu et la grandeur de l'homme. Allâh a donc des droits et l'homme a des devoirs envers lui, qui deviennent des droits envers ses semblables. La volonté de Dieu, manifestée et transmise aux hommes par le Coran et la Sunna, puis concrétisée et précisée par la loi religieuse, constitue donc la justification fondamentale de ces devoirs et de ces droits : ce faisant, ils en reçoivent leur caractère universel et normatif ⁵⁸.

La Haute Cour constitutionnelle favorise aussi ce dualisme en tant que base de la construction juridique actuelle. Elle juge que « La Déclaration internationale des droits de l'homme qui est signée par l'Égypte n'est qu'une simple recommandation non obligatoire pour l'autorité législative. Ainsi, cette autorité peut promulguer des lois qui vont contre cette Déclaration » ⁵⁹. Elle favorise aussi la dualité de références juridiques : d'une part, le système démocratique d'origine occidentale moderne ⁶⁰, et d'autre part, le droit musulman traditionnel ⁶¹.

Cette attitude officielle favorise, en général, deux explications de l'idée des droits de l'homme qui ne sont pas compatibles avec la réalité juridique actuelle. Chaque explication prend un modèle/référence qui n'est pas notre réalité actuelle : un modèle moderne, image du modèle occidental, et un autre traditionnel, image de l'héritage musulman. Le résultat est qu'on a une conception islamique des droits de l'homme et une autre moderne occidentale qui ne reflètent pas la réalité actuelle. Ainsi, la pensée ne peut réfléchir son objet (la réalité juridique) que par l'intermédiaire de ce qui est importé de l'Autre (soit le passé/héritage, soit l'actuel/Occident), et c'est là

^{56.} Comme exemple, voir Mohamed EMARA, L'Islam et les droits de l'homme, Le Caire, Dar Elshrok, 1989; Fahmi HIWEDI, L'Islam et la démocratie, Le Caire, Centre d'Al-Ahram pour la traduction et la publication, 1993. Sur la différence entre la liberté politique en Islam et la liberté politique selon la pensée moderne, voir Mohamed BADR, Cours d'histoire des institutions juridiques et sociales, 1994-1995, Faculté de droit, Université d'Ain Chams, Le Caire.

^{57.} Cité par P. MERCIER, op. cit., p. 1030.

^{58.} Sur ces textes voir, R.P.M. BORMANS, « Droits de l'homme et dialogue islamo-chrétien », dans *Droits de Dieu et droits de l'homme*, Paris, Tequi, 1988, pp. 105 et s.

^{59.} Jugement nº 7, 2e année judiciaire, le 1er mars 1975.

^{60.} Jugement n° 37, 9^e année judiciaire.

^{61.} Jugement n° 3, $12^{\rm e}$ année judiciaire, le 2 janvier 1993 ; n° 18, $13^{\rm e}$ année, le 15 mai 1993 ; n° 29, $11^{\rm e}$ année, le 26 mars 1994 ; n° 35, $11^{\rm e}$ année, le 14 août 1994.

que réside la crise contemporaine de la raison juridique égyptienne : l'incapacité de faire une vraie synthèse entre les deux cultures qui sont mélangées de façon pragmatique dans les faits.

Au fond, le problème est un problème de théorisation, car l'idée des droits de l'homme est passée à la pratique sans être l'objet de la théorisation suffisante qui doit précéder l'application. Il semble qu'il y a deux portes pour accéder à cette théorisation (dans une société traditionnelle comme la nôtre): la porte philosophique et la religieuse. Pour changer la conscience juridique, il faut accéder à la réinterprétation ⁶² et puis à la rationalisation ⁶³. Le rôle important de la philosophie dans notre société actuelle consiste à équilibrer la pensée religieuse, à faire le passage de la croyance à la logique et de dessiner l'équilibre entre ces deux pôles (Foi et Raison ne sont pas opposées, en fait.)

La réalité juridique nous montre bien le dualisme, et c'est de ce dualisme, et non pas à partir d'un modèle/référence, que nous devons commencer à réfléchir à l'idée du droit en Égypte.

V. - Constat d'échec

De ce qui précède, on constate que la pensée de la Renaissance arabomusulmane depuis plus d'un siècle est prise dans un cercle vicieux. Elle est une pensée déterminée par un « modèle historique ». Ce modèle historique constitue la cause principale de la crise contemporaine de la pensée arabomusulmane. Les penseurs se sont liés à un modèle historique : soit le modèle/héritage, soit le modèle/occidental. Ce modèle historique coupe la pensée de son objet actuel : la réalité égyptienne. Chaque penseur traite la réalité par le modèle historique qui constitue ainsi la référence intellectuelle des solutions. Donc les conceptions utilisées dans le discours de la Renaissance sont prises soit de l'héritage arabo-musulman, soit du présent européen. Ces conceptions ne représentent pas le fait égyptien actuel, qui exige une vraie synthèse.

Si la question principale de la pensée de la Renaissance était, il y a un siècle : « pourquoi les Musulmans ont-ils reculé tandis que les Occidentaux ont progressé ? » ⁶⁴ la question actuelle, après un siècle, est : « pourquoi cet échec actuel de la Renaissance, un siècle après avoir pris conscience de sa

^{62.} Il s'agit de la réinterprétation de l'histoire juridique de notre société.

^{63.} C'est-à-dire de donner une place considérable à la Raison dans l'organisation de la vie juridique de notre société.

^{64.} C'est la question principale du premier mouvement de la Renaissance de 1882 à 1967, date de l'échec de l'expérience nassérienne.

nécessité ? » 65 « Et que fait-on pour entrer avec l'Occident et le monde industriel dans l'époque de la technologie? » 66 Cette deuxième question représente la problématique actuelle de la pensée de la Renaissance depuis 1970. Elle montre bien le problème de l'insertion de la technologie dans une société traditionnelle. La problématique de la Renaissance en Égypte trouve sa source dans ce paradoxe qui caractérise la réalité actuelle : la contradiction qui existe entre les apparences de la civilisation occidentale moderne selon lesquelles vivent les Égyptiens, d'une part, au niveau de l'utilisation, et d'autre part, les apparences de la régression qui caractérisent leurs vies au niveau de la production, du comportement et de la pensée. La problématique de la Renaissance trouve sa source aussi dans la position paradoxale des Égyptiens vis-à-vis de l'Occident : l'admiration et le mépris. Cette position paradoxale trouve ses raisons dans les contradictions qui existent à la base de la civilisation occidentale actuelle : d'un côté, elle défend la démocratie et les droits de l'homme, et de l'autre, elle est conquérante, dominatrice, profiteuse aux dépends des peuples, et s'oppose aux mouvements de libération. Elle préfère ses intérêts matériels à toutes les valeurs humaines. Ainsi pour dépasser la problématique de la Renaissance, il faut surmonter ce double paradoxe.

Cette position paradoxale nous montre bien l'état du dualisme dans lequel vit notre société actuelle. La modernisation matérielle et technologique qui constitue la conséquence directe de la Renaissance n'a pas été accompagnée d'une modernisation de la Raison. À notre sens, la Renaissance ne peut être effective qu'au niveau de la Raison avant toute autre chose. Critiquer la Raison égyptienne, récrire l'histoire pour mettre la raison présente dans l'histoire constituent les étapes préalables à n'importe quel mouvement de renaissance, sans lequel nous resterons en état de régression même si l'on utilise la technologie et les techniques les plus avancées.

Le problème, à notre sens, n'a rien à voir avec la question de l'identité car l'histoire de chaque civilisation humaine est une histoire de synthèse. La synthèse de la culture des droits de l'homme et de celle du droit musulman peut aboutir à une conception adéquate de la réalité égyptienne actuelle qui sera plus riche que les deux cultures synthétisées. L'authenticité ne signifie pas le retour aux sources car les sources elles-mêmes constituaient une synthèse. La Modernité ne signifie pas le recours au modèle occidental car il est

^{65.} Sur l'analyse de cet échec, voir Shaker Mostafa, Les Dimensions historiques de la crise de l'évolution de la civilisation arabe, Kawat, Université de Kawat, 1975, pp. 36 et s.; voir aussi Gali Shokri, La Renaissance et la chute dans la pensée égyptienne moderne, Beyrouth, Der Eltalia, 1978 (en arabe).

^{66.} Sur cette question, voir Antoniose Karame, Les Arabes devant la problématique de la technologie, Coll. le monde de la connaissance, Kawat, Conseil national de la culture, des arts et des littératures, 1982; Falh Said Gabre, « La Technologie convenable aux pays en voie de développement, » Revue affaires arabes, l'année 8, n° 7, 1981, p. 75; Osama Elkoli, « Plan arabe pour le transfert de la technologie », Revue affaires arabes, n° 21, nov. 1982 (en arabe).

lui-même une synthèse. L'authenticité, à notre sens, signifie la capacité de faire la synthèse, qui constitue toujours le moteur d'une civilisation puissante.

VI. - CONCLUSION: LE CERCLE VICIEUX

Au niveau théorique, comme au niveau pratique, nous pouvons constater quelques conséquences de l'échec du mouvement de la Renaissance qui caractérisent notre vie actuelle et qui ont des effets directs sur la pensée et la modernité juridiques.

Un siècle après avoir pris conscience de la régression du mouvement de la Renaissance, l'Égypte est encore à l'état de Renaissance. Il en résulte un phénomène de dualisme que nous vivons actuellement. Ce phénomène est à la fois un résultat et un signe : un résultat du processus non planifié de la modernisation, et un signe de la résistance de la Tradition, voire de sa puissance. Les conséquences pratiques de cette observation peuvent nous aider à replanifier la modernisation. La Modernité ne signifie ni le refus de la Tradition, ni la coupure avec l'histoire, elle signifie plutôt le traitement de l'héritage traditionnel selon les circonstances actuelles. C'est-à-dire que la Modernité en Égypte doit commencer à partir de l'héritage culturel égyptien et de la réalité égyptienne. La démarche de la Renaissance doit donc réinterpréter l'héritage culturel, une interprétation qui sera la pierre angulaire du mouvement de Renaissance. Ainsi, on a besoin de récrire l'histoire. L'histoire peut jouer le rôle principal dans la réorganisation de la Conscience. Il faut rendre présente la raison dans le mouvement de l'histoire; on a besoin d'un mouvement de rationalisme car l'irrationalisme ⁶⁷ qui existe chez nous est un signe de faiblesse, favorisé par la politique, qui supprime le rôle principal de la « volonté humaine » dans le mouvement de l'histoire. Cet irrationalisme mélange la croyance et la raison, supprime la raison en faveur de la croyance. Cependant, Foi et Raison ne sont pas opposées. Il faut savoir passer de la croyance à la logique.

Le mouvement de la Renaissance doit commencer par la personnalité humaine; sinon, il n'aura que des apparences modernes vides de sens. Pour qu'il y ait donc modernisation, il faut que la personnalité individuelle se transforme de l'intérieur car la modernisation ne peut se concevoir sans changement qualitatif. Donc, à côté du changement quantitatif, il faut ce changement qualitatif. L'absence de ce dernier changement nous donne des institutions modernes qui fonctionnent traditionnellement. Cela montre bien l'importance de la conscience dans le mouvement de la Renaissance.

67. Sur le mouvement anti-rationaliste qui existe en Europe actuellement, voir B. Huisman et F. Ribes, Les Philosophes et le droit, Paris, Bordas, 1988.

L'état de dualisme actuel révèle le besoin d'une théorie des droits de l'homme, et c'est à partir de notre réalité (et non pas d'un modèle/référence) que nous devons partir à la recherche de cette théorie, de cette synthèse! Car le problème pour un peuple n'est pas de recevoir, mais d'intégrer. L'Égypte, qui a su incorporer toutes les cultures anciennes, va-t-elle, comme elle avait fait des anciens, fondre ces nouveaux acquis de la Modernité en sa propre chair!

L'optimisme doit nous pousser car «L'Égypte, toujours perdante, n'a jamais perdu » 68 .

Les droits de l'homme entre le mythos et le logos

PAR

STAMATIOS TZITZIS

DIRECTEUR DE RECHERCHE AU CNRS (FRANCE) *

Nous sommes les enfants d'une époque couronnée par la raison. Le logos moderne fait la fierté de notre civilisation qui aspire, en cette fin de siècle, à rechercher d'autres mondes dans le cosmos et à percer davantage le mystère de l'univers. Notre civilisation a inventé un nouvel humanisme, au-delà des préjugés et de l'obscurantisme du passé. Nous nous enorgueillissons du progrès de nos sciences, qui ouvrent des horizons nouveaux.

L'humanité a enrichi son patrimoine de valeurs nouvelles, alors que l'individu s'isole dans les limites de sa raison que lui dicte le pragmatisme de sa réalité sociale. Les inquiétudes spirituelles, fruit des *mythoi*, ont cédé leur place au convenable du *logos* fonctionnel. Nous avons élevé la logique moderne au rang d'une discipline digne d'enseignement, professée dans les universités les plus prestigieuses du monde.

La science et l'épistémologie ont remplacé la sagesse ancienne, la *sophia* étant pour la postmodernité une idée dépassée. La culture a été dévaluée au profit de la civilisation.

Notre civilisation est incapable de vaincre la violence des temps barbares (elle est même devenue plus odieuse); l'humain s'appauvrit en individu, citoyen, personne moderne, et porte la misère de cette humanité actuelle qui rivalise avec les atrocités du règne d'un Néron ou d'un Calligula. La raison moderne a tout fait progresser. L'homme miséreux et misérable, déçu par le mythe du contrat social, et les idéologies politiques prometteuses d'un bien-être chimérique, impuissant devant les intérêts des pouvoirs qui le dominent, a eu recours à des mythes moraux. En effet, devant les humiliations de son être, l'homme a eu recours au mythe, pour se soutenir. Il a dû ranimer les espoirs anciens des droits inaliénables et sacrés, attachés à sa personne, les droits de l'homme. Ainsi, le mythe s'empêtre avec le logos pour suppléer à son impuissance ou plutôt pour adoucir une existence meurtrie.

^{*} Directeur de la Section de Philosophie pénale du Centre de philosophie du droit, Université Panthéon-Assas (Paris II).

Le mythos acquiert donc une nouvelle dimension. Il n'est plus dépassé par le logos, il l'épouse. Les droits de l'homme prolifèrent pour protéger l'être raisonnable, non seulement des violences faites au nom des idées obscurantistes, mais aussi des violences rationnellement calculées, fruit d'un logos amoral, froid et pragmatique. De cette manière, les droits de l'homme sont évoqués moins pour empêcher la mise à mort de l'individu hérétique sur le bûcher, que pour épargner le génocide des ethnies.

Le mythos revêt donc ici le sens du conte consolateur. La dimension mythique, propre aux droits de l'homme des nouvelles générations, désigne le refuge de l'homme rationnellement raisonnable dans le langage consolateur de ces droits, pour affirmer la présence de la dignité de sa personne dans l'ordre social.

Dans cette optique, la dimension mythique des droits de l'homme implique une portée discursive, à savoir leur naissance nominaliste, une création de l'homme. Ils s'opposent ainsi à l'alèthéia ¹, la vérité au sens de ce qui est inhérent à la densité ontologique de l'homme, et qui est capable de se dévoiler à son intellect.

Le mythe est, en effet, le fruit de deux ordres antithétiques, le postérieur et le présent annonçant une nouvelle ère bienfaitrice. La Déclaration des droits de l'homme arrive au moment où l'ancien régime, ennemi du peuple, fait faillite, et l'homme nouveau de la Révolution se dessine à l'horizon. Or pour la création du mythe, il faut, certes, une force libératrice (la Révolution), mais aussi une promesse salvatrice (les droits de l'homme). Celle-ci oppose au mal du passé une consolation qui constitue l'expression d'un effet, le bien du peuple. Il fallait donc inventer ce qui venait des espoirs des opprimés et qui visait à adoucir une réalité dure à accepter (la hiérarchie dans la nature). Il fallait donc se représenter un renversement de l'ordre du monde, obnubilation consolatrice de l'esprit : l'idéologie des droits subjectifs absolus.

Les droits de l'homme ont donc un fondement idéologique, si par idéologie nous entendons le renversement du réel ². Ils sont souvent accompagnés d'un discours politique qui donne au mythique l'aspect du vraisemblable. D'ailleurs, par l'introduction du mythe des droits de l'homme, un événement significatif se réalise : la sacralisation de l'homme et la sécularisation de Dieu. Le renversement de la réalité opère le renversement des attributs : l'homme prend la place de Dieu et vice versa.

Au fil du temps, le mythe verse de plus en plus dans des idéologies purement politiques. Les promesses fondées sur les droits de l'homme grandissent en raison des misères de l'humanité. L'utilitarisme national et suprana-

^{1.} Cf. Platon, Timée, 22c et suite.

^{2.} Cf. R. Barthes. Le bruissement de la langue. Essais critiques, Paris, Seuil, Essais/Points, 1993, p. 130.

tional s'en sert pour accomplir ses fins humanitaires, mais de façon partielle : il n'y a pas le même traitement pour des cas semblables. L'égalité est sans cesse démentie par l'ordre objectif des choses ³.

Faisant un bilan provisoire des promesses accomplies, nous devenons très pessimistes. La belle littérature des droits de l'homme n'a pas empêché que le monde se partage de plus en plus en hommes misérables et hommes riches. Aujourd'hui, selon l'Organisation mondiale de la santé, le dénuement est « la maladie la plus meurtrière du monde » ⁴.

Les droits de l'homme, certes, permettent de fustiger les actes inhumains, mais ils n'en ont point l'exclusivité, et leur efficacité n'est toujours pas évidente ⁵.

Si nous émettons des réserves sur les droits de l'homme, c'est qu'en fin de compte, à cause de l'ambiguïté de leur sens, de leur caractère idéal et de leur usage multidimensionnel, ils finissent par travailler contre l'homme. En effet, ils ne s'intéressent qu'à la transparence des actions humaines ; ils tendent à élever l'homme à un niveau trop grand pour son statut naturel, ce qui porte à la démesure, tout en lui enlevant pourtant beaucoup de sa densité ontologique. Enfin, ils créent des conflits juridiques entre légalité et moralité dont l'issue va à l'encontre de leur prétendue aide à l'individu pour s'exprimer comme personne.

I. - L'ABSOLUTISATION DE L'INDIVIDU

Les droits de l'homme, dans la Déclaration de 1789, sont le fruit de la Révolution, l'imposition de nouvelles valeurs au nom du progrès de la raison. Ils sont destinés moins à l'homme spirituel qu'au bon citoyen muni des vertus républicaines. Ils font partie du discours d'acculturation pour instruire le peuple sur sa destinée et témoignent de l'effort des révolutionnaires

- 3. Des situations qui ne relèvent pas seulement de la volonté individuelle.
- 4. Voir Le Monde, 4 mai 1995, p. 6. Le docteur Nakajima: « Alors que l'espérance de vie augmente dans les pays développés, elle diminue dans quelques-uns des pays pauvres [...] Pour des millions et des millions de personnes qui doivent se battre quotidiennement pour leur survie, la perspective d'une vie plus longue peut ressembler davantage à une punition qu'à un bienfait. Il faut empêcher le monde de sombrer dans une catastrophe sanitaire qui remettrait en question un grand nombre de progrès indéniables réalisés au cours de ces dernières décennies dans le secteur de la santé ». D'après le rapport de l'OMS, plus d'un cinquième des 5,6 milliards d'hommes vivent dans l'extrême dénuement, et près d'un tiers des enfants sont sous-alimentés, comme aussi la moitié des personnes de la terre n'a pas régulièrement les médicaments dont elle a besoin.
- 5. Triste bilan que celui de l'Amnesty International, donné dans son communiqué daté du 12 octobre 1995 · « Les défenseurs des droits de l'homme, partout dans le monde, ont été laissés seuls, armés uniquement de leur courage et de leur détermination », Le Monde, 19 octobre 1995, p. 4.

de le moraliser comme si, seule, la morale républicaine détenait les ingrédients du bonheur général.

Le but de la Déclaration est de relever le moral du peuple opprimé par les abus de la noblesse, en lui accordant un statut de « maître-propriétaire de sa destinée ». Il fallait remplacer le droit qui vient du ciel, étant extérieur à l'homme, par des droits qui viennent de l'homme et qui manifestent son pouvoir : des droits subjectifs. Pourtant, par le jeu de l'omnipotence de la loi positive (la loi peut restreindre le pouvoir des droits sacrés et inaliénables, au nom de l'utilité publique), des bornes infranchissables sont fixées au pouvoir du peuple. Les droits de l'homme sont là pour alimenter le mythos consolateur.

Dans cette optique, les droits de l'homme représentent l'autorité divine qui est en l'homme, contrairement au droit divin qui se destine, par l'intermédiaire du Roi, représentant de Dieu sur terre, à l'homme. La Déclaration opère donc la sécularisation du droit ⁶. Elle commet une *hybris*, en ce sens qu'elle vise à élever l'homme à la hauteur de Dieu. Elle tranche définitivement avec la pensée éthique des Anciens.

L'Antiquité gréco-romaine nous a légué un droit qui revient à l'homme selon son mérite (axia), trouvé de façon dialectique dans les échanges sociaux. Ce qui fait l'autorité, c'est le droit (le dikaion) ou la loi (le nomos). Or le dikaion, au lieu de représenter une potestas, est à la poursuite d'une égalité assurant la part équitable qui revient à chacun. Ainsi l'idée de propriété comme le monde moderne l'a conçue est inconnue chez les Hellènes. Quant à la liberté, elle demeure une idée métaphysique qui intervient peu dans les affaires éthico-juridiques.

Il en est tout autrement avec les droits de l'homme. Propriété, liberté, égalité, conçues comme qualités inhérentes à l'homme, deviennent les prédicats absolus de ce dernier, de sorte que l'individu est dépeint comme supérieur à sa réalité. Le mythos des droits subjectifs verse dans la métaphysique et les droits de l'homme se révèlent comme une expression dogmatique. En effet, l'égalité en soi suppose deux référents exactement de la même valeur, à savoir des qualités identiques. Or seul le divin est par définition égal à luimême. L'égalité qui n'est point dégagée des rapports humains et qui doit assurément être une égalité analogique, est un concept extra-légal, voire métaphysique. En d'autres termes, l'attribut divin est transposé au monde sensible.

De même, la liberté en soi présuppose un pouvoir indéterminé, mieux, inconditionnel. C'est là encore une qualité divine, car l'homme en tant que sujet se met en face du monde dont il est l'objet. L'individu est limité par

^{6.} Cf. F. GENTILE, « Esperienza giuridica e secolarizzazione », dans Esperienza Giuridica e Secolarizzazione, Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Pavia, Milano, A. Giuffré, 1994, pp. 17-32 et notamment pp. 28-29.

les lois du monde et soumis à leur pouvoir. Certes, il a la liberté de vouloir, mais la faculté de choisir ou d'appliquer sa volonté démesurée est restreinte dans un domaine dont il n'est point le maître. Si l'être n'est pas totalement libre, étant obligé de se soumettre à ses propres lois pour ne pas devenir chaotique, à plus forte raison l'étant de l'être ne saurait réclamer la liberté absolue. Seul le divin est libre comme *Dominus* de l'être.

Quant à la propriété, elle désigne ce qui est propre à chacun, les spécificités des étants de l'être ou de l'Être Suprême. Or celui qui a la propriété a de son côté le dominium et l'imperium sur chaque chose. Seul le Divin en tant que Dominus de l'univers a cette propriété. Or parler de la propriété comme droit individuel, c'est conférer à l'homme une fois de plus un attribut divin. L'homme, en tant que mortel, n'a au fond que l'usufruit d'une chose.

La propriété, comme droit inhérent à la nature humaine, est la manifestation d'une volonté limitée qui masque la tendance à dominer de façon absolue les choses du monde. Il en est autrement de la propriété, fruit d'un partage équitable selon le mérite de chacun, droit *qui revient* à l'homme. En effet, ce sont les propriétaires qui façonnent la morale du peuple. Ainsi la bourgeoisie, détentrice de biens considérables, se voit autorisée à prétendre à des droits absolus et à des vérités morales ⁷.

II. - LES MÉTAMORPHOSES SOCIALES DES DROITS DE L'HOMME

La Déclaration de 1789, stipulant le mythe des droits de l'homme comme relevant d'une nature individualiste, cherche à annoncer officiellement ce que sa volonté a réussi à créer. Déclarer signifie dire l'être de ce que la volonté se propose d'établir. Nous voyons là un droit mythifié posé, ou bien la mythification d'un droit positif dont la source est censée être une justice naturelle. Au fond, la Déclaration, faisant organiquement partie de la Constitution écrite, « constitutionnalise » les droits. Ainsi elle les rend obligatoires en tant que texte écrit, établis par le législateur constituant. Or du point de vue formel, ces droits sont du droit positif.

Ces droits sont fondamentaux puisque garantis par la Constitution. Il s'agit des libertés publiques, les *civils rights* pour les anglo-saxons, ou bien les *Grundrechte* pour les germaniques. Ils sont en outre fondamentaux, car ils se rapportent à la personne humaine et à la sauvegarde de sa dignité.

^{7.} Cf. S. Laroux, «L'Histoire de la notion d'acculturation: Culture et morale sous la Révolution française», Lektéon, UQAM, v. 2, n° 2, 1992, pp. 231-273 et notamment p. 270.

A leur origine, les droits de l'homme sont énoncés de façon lacunaire et approximative, comme principes généraux 8. Ils sont d'une tonalité hautement philosophique. Avec le temps, revendiqués de plus en plus par l'ordre social, comme garanties juridiques, leur tonalité philosophique perd du terrain au profit de leur légalisation. Ils se multiplient dès lors en tant que droits propres à la dignité de la personne humaine. Leur caractère politique s'accentue graduellement; ils sont donc peints comme droits démocratiques, car contrairement aux régimes totalitaires, la démocratie est respectueuse de l'intégrité de la personne. En effet, leur violation est surtout dénoncée en matière de crimes politiques. Dans cette optique, les droits de l'homme se révèlent non seulement comme des pouvoirs subjectifs d'agir, mais encore comme les frontières d'agir de l'autorité publique. En tant que droits constitutionnels, ils marquent le seuil situé entre le juste légal et l'illégalité. De plus, dans l'État postmoderne, où la personne humaine se voit de plus en plus menacée par les idéologies utilitaires agissant au niveau national, ces droits participent de la finalité des aspirations étatiques.

À cause des crises internationales, l'intégrité de la personne humaine se fragilise; d'où la nécessité de tenter « l'internationalisation » de ces droits, par la fixation des conventions internationales (la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par exemple). Elles font partie désormais d'un droit humanitaire cosmopolite qui est très souvent évoqué pour fustiger les atrocités de la guerre et pour traduire des criminels de guerre devant des tribunaux internationaux. Toute atteinte flagrante à la dignité humaine relève donc de ce droit humanitaire; c'est pourquoi on considère d'ordinaire qu'une action contre la dignité humaine constitue une violation des droits de l'homme et en même temps du droit humanitaire. Cette violation représente en général une atteinte à l'ensemble des hommes, et en particulier à l'humanité de l'homme entendue en son sens ontologique.

De cette manière, chaque fois que cette humanité est blessée, la blessure est sentie comme une atteinte à la dignité humaine, la pierre angulaire des droits subjectifs. Or nous voyons qu'à côté des droits de l'homme positivisés, c'est-à-dire formels et précis, il existe toute une série de revendications se rapportant à la personne même de l'homme, et de ce fait, ils sont considérés comme des droits qui lui sont inhérents.

Nous pouvons donc voir deux catégories de droits de l'homme : celle qui comprend des droits fondamentaux légaux, et celle qui est validée par une justice morale inhérente à la conscience des groupes sociaux ⁹. Si la première catégorie ne risque pas de créer de troubles juridiques, il n'en est pas de

^{8.} Cf. V. Gasparini Casari, « La Tutella giuridica dei diritti dell'uomo », dans Esperienza Giuridica, op. cit., pp. 265-273 et notamment pp. 268-270.

^{9.} Cf. J. Habermas, « Postscript to Faktizität und Geltung », dans Philosophy and Social Criticism, v. 20, n° 4, pp. 135-150, et notamment p. 142.

même pour la seconde. Ces droits peuvent transgresser, par leur application, le principe de l'égalité, de la liberté et de la fraternité qui est à leur base (comme étant des droits originels), ils leur arrivent de surcroît de se mettre en conflit avec le droit légal et en fin de compte de travailler contre la dignité humaine. Bref, la philosophie qui domine ces droits subjectifs est encline à engendrer des controverses juridiques très fâcheuses.

III. - ÉGALITÉ ET MORALITÉ : LES RIVALITÉS

Pour mieux éclairer et démontrer notre propos, nous aurons recours à des exemples tirés de l'actualité sociale.

A. – Application d'un droit de l'homme, violation du droit positif

Pour la fête de Noël de 1994, plusieurs manifestations caritatives ont eu lieu en faveur des plus démunis ¹⁰. À l'époque, le ministre des Affaires sociales de la Santé et de la Ville, Madame Simone Veil, avait jugé que ce sentiment de solidarité envers les plus défavorisés devait être toujours plus grand tout en soulignant que « la lutte contre le chômage, responsable de l'exclusion, doit être la priorité ». Cet élan de solidarité et les propos du ministre sont sans doute inspirés par le respect de la dignité humaine et le principe de l'égalité qui doivent être prépondérants dans les démocraties modernes.

Inspirée par des principes analogues, une aide-soignante à l'hôpital Saint-Antoine, notamment à l'Espace Baudelaire, a violé le droit légal au nom d'un droit humanitaire ¹¹. Dans cet espace, on a pu assister à des scènes qui témoignent de l'ingratitude de la vie envers certaines personnes, où toute « une population souterraine, négligée, retrouve le droit à la parole et à l'écoute » ¹². C'est dans cet espace que les plus démunis peuvent retrouver le sens d'une dignité perdue ; « mêlés sans distinction aux autres patients, [ils] ont accès gratuitement aux soins et aux examens » ¹³.

Or cette aide-soignante avoue qu'avant l'Espace Baudelaire, avant l'application de cette politique humanitaire, elle s'est vue obligée de « tricher », autrement dit de violer le droit objectif. Il lui arrivait d'inscrire des malades sans droit à la sécurité sociale sur sa propre sécurité sociale. Toute une médecine improvisée s'est pratiquée de façon clandestine, certes louable, du point de vue des droits de l'homme, néanmoins légalement injuste.

^{10.} Voir Le Monde, 27 décembre 1994, p. 10.

^{11.} Ibid.

^{12.} Ibid.

^{13.} Ibid.

Le président de la fédération du Puy-de-Dôme de la Ligue des droits de l'homme, par ailleurs, n'hésite pas à s'enorgueillir d'avoir violé plus d'une fois le droit positif, au nom des droits de l'homme, contestant ainsi la légitimité des normes officielles de l'État ¹⁴.

B. – Application du droit objectif, violation d'un droit de l'homme

Dans un article paru dans Le Monde ¹⁵, avec le titre révélateur « Les charters contre les droits de l'homme », l'auteur s'insurge contre la décision du ministre de l'Intérieur de faire rapatrier de force des émigrés étrangers en situation irrégulière en France ¹⁶. L'auteur ne met point en cause la légalité de cette décision. Toutefois, il juge que cette expulsion, comme la précédente qui concernait le cas des cent Maliens (en octobre 1986), constituerait une violation de la disposition de la Convention européenne des droits de l'homme interdisant de façon formelle « les expulsions collectives d'étrangers ». Or cette sorte de charter constitue un objet de scandale, car au fond « pour remplir l'avion et donc le rentabiliser, on malmène la loi ou les droits de l'homme » ¹⁷. Enfin, l'auteur semble estimer que la seule légalité, sans considérations humanitaires, ne saurait être le critère prépondérant d'une décision juste.

Comme réponse à ces considérations, rapportons les paroles du ministre de l'Intérieur, Monsieur Jean-Louis Debré, qui fait prévaloir, dans la République postmoderne, l'ordre et la loi : « Lorsque je conduis la lutte contre l'immigration clandestine et que je fais procéder à des reconduites à la frontière d'étrangers en situation irrégulière, je ne le fais pas de gaieté de cœur. Je veille simplement au respect et à l'application de la loi, qui sont un rempart et une protection. Rempart contre les débordements de la xénophobie et protection contre ceux qui voudraient venir en France pour y bénéficier de quelques avantages économiques ou sociaux sans accepter de se plier aux

- 14. Dans une lettre publiée dans Le Monde, 26/27-1995, p. 14, intitulée « Je suis un terroriste », ce président lance un défi au ministre de la Justice. En voici quelques extraits · « Je confesse à M. Toubon que je suis un terroriste. Il m'est, en effet, arrivé à plusieurs reprises d'apporter mon aide à des étrangers 'en situation irrégulière'. Je confesse encore que je suis un criminel si endurci que, même si sa loi, qui ne manquerait pas de 'terrorister les terroristes' et empêcherait, nul n'en doute, les bombes d'éclater à Paris et ailleurs, je continuerai mes actions odieuses et soutiendrai encore les 'étrangers en situation irrégulière', bien qu'il soit évident pour les gens de bien qu'ils sont tous des terroristes ».
 - 15. Dans celui du 22 juillet 1995, pp. 1 et 11.
- 16. L'article est signé par M. P. BERTRAND : « À quoi sert le ballet hebdomadaire de 'charter' d'étrangers expulsés que vient de promettre le ministre de l'Intérieur, joignant l'acte à la parole en embarquant soixante-treize Roumains puis quarante-trois Zairois ? », p. 1. La question recouvre plusieurs domaines, juridique, humain et politique.
 - 17. Ibid., p. 1.

règles et principes appliqués dans notre pays » ¹⁸. Il n'est pas sans importance de noter que ce ministre rappelle à ces critiques de sa politique de « sécurité » que « la 'sûreté' du citoyen est au nombre des principes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 » ¹⁹.

Nous pouvons inscrire ici le feuilleton de l'interdiction de la mendicité par certains maires d'une quinzaine de grandes villes de France ²⁰. Leur point d'appui est une circulaire adressée aux préfets par le ministre de l'Intérieur. Cette circulaire se heurte tant aux déclarations du Premier ministre qu'au principe de l'humanité et de la tolérance qui est à la base des droits fondamentaux ²¹; ce qui a eu comme résultat la divergence d'opinions de la classe politique sur ce qu'est le fond de la justice.

C. – Droit fondamental contre droit fondamental

Le 23 février 1995, devant le tribunal des référés, la Cogedim a demandé l'expulsion des soixante et une familles de mal-logés et de l'association « Droits devant » installées rue du Dragon depuis le 18 décembre 1994. Au nom de la propriété, droit fondamental, « inviolable et sacré », ce promoteur immobilier demande la récupération de son bien ²²; l'avocat des mal-logés crie à « l'abus de droit ». Le professeur Léon Schwartzenberg, solidaire de ces derniers, fait appel à « des lois plus importantes que les lois écrites », sans pourtant préciser ni leurs sources, ni leur contenu. Il y a là confusion entre le droit naturel et un prétendu droit de l'homme, le « droit au logement ». Le substitut n'était d'ailleurs pas convaincu par cette comparaison, constatant que le droit au logement est certes « un objectif constitutionnel » mais pas un principe, alors que le droit de propriété est inviolable et sacré.

La Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement du Tribunal de grande instance, le 15 septembre 1995. Il s'agit de la décision du 2 mars 1995 qui ordonnait aux mal-logés de quitter ce lieu qu'ils avaient envahi à l'initiative de l'association « Droit au logement » ²³. Et les délais fixés par le premier arrêt ont été maintenus. Il est intéressant de rapporter la mention suivante de la Cour d'appel : « le droit au logement est considéré comme un droit fondamental et un objectif de valeur constitutionnelle ». Mais en même temps, la Cogedim a estimé que « la Cour d'appel a confirmé la reconnaissance des

^{18. «} Pédagogie républicaine », Le Monde, 30 septembre 1995, p. 15.

¹⁹ Ibid

^{20.} Voir *Le Monde*, 22 juillet 1995, p. 8; 4 août 1995, pp. 1, 7 et 9; 5 août 1995, p. 7; 8 août 1995, p. 7; 13/14 août 1995, pp. 1 et 9.

^{21.} Cf. les propos du ministre de la culture M. DOUSTE-BLAZY: « Il [est] du devoir de tout citoyen de considérer la mendicité [...] non comme un délit [...] mais comme un drame humain [...] Il est étrange, inquiétant même, dans la France de cette fin de siècle, de devoir rappeler les évidences de l'humanité et de la tolérance », Le Monde, 8 août 1995, p. 7.

^{22.} Voir Le Monde, 25 février 1995, p. 12.

^{23.} Le Monde, 17-18 septembre 1995, p. 8.

droits de la société propriétaire ». Il est clair que la justice a essayé d'établir un compromis entre deux droits de l'homme peu conciliables entre eux. Il n'en reste pas moins que cette décision consacre la primauté d'un droit fondamental positif : le droit de propriété.

D. - Droit fondamental contredit par le droit objectif

Il est incontestable que la liberté d'expression est le droit fondamental qui incarne par excellence l'idéal démocratique et s'avère incompatible avec la politique des régimes totalitaires. Toutefois, la liberté d'expression sans référant ne signifie pas grand-chose. Étudiant ces manifestations dans l'ordre social, nous constatons qu'elles désignent plutôt la permission de s'exprimer, autorisée par la loi. En d'autres termes, cette liberté, loin de représenter un droit naturel, à la manière des droits de l'homme, indique l'espace, fixé par la norme légale, où elle peut s'exercer. En voici un exemple caractéristique.

Contre le secrétaire d'État à l'Enseignement supérieur de l'époque, SOS-Racisme a tenté un procès pour «injures raciales» et «provocations à la haine et à la discrimination à l'égard des Arabes, des Juifs et des Noirs» ²⁴. Cette association juge que certains passages du livre *Banlieue mon amour* du secrétaire d'État vont dans ce sens-là.

Un autre exemple de ce genre est la décision du Tribunal de grande instance de Paris concernant la Bible « antijuive » ²⁵. La vice-présidente de ce tribunal a ordonné en référé à la Société biblique catholique internationale d'arrêter la diffusion de la Bible des communautés chrétiennes, qu'elle a la charge de diffuser, « en raison de certains passages susceptibles de raviver l'antijudaïsme » ²⁶. Par cette décision, le droit à la liberté d'expression qui est manifestée comme la liberté de commenter un texte sacré revient à l'autorité du juge. Or il ne s'agit pas d'un droit qui vient de l'homme, mais d'un droit subjectif qui peut lui revenir ou pas, selon la décision de l'autorité légitime.

IV. – L'HUMAIN ET LES DROITS DE L'HOMME

Il est certain que toute revendication des droits de l'homme a lieu lorsque l'humain de l'individu est menacé. Ainsi, au delà de toute considération juridico-politique, les amis de l'humanité de l'homme réclament sa protection. Émouvantes, les paroles anarchistes de l'abbé Pierre, dont nous ne disputons point la noblesse morale : « Lorsqu'une loi est inhumaine, c'est un

^{24.} Le Monde, 22 juillet 1995, p. 20, et 13 octobre 1995, p. 11.

^{25.} Le Monde, 13 avril 1995, p. 12.

^{26.} Ibid.

devoir de s'opposer à la loi » ²⁷. Mais qui va juger le contenu de cette loi ? Certainement pas l'homme faible qui est écrasé par l'homme puissant. C'est le devoir de la machine officielle de l'État qui fait prévaloir le droit formel. Quant à l'ordre international, il n'est toujours pas entreprenant en cette matière. À l'exception de quelques voix braves qui s'insurgent contre la déshumanisation de l'homme, des politiques utilitaires font que les grands qui nous gouvernent hésitent à empêcher l'écrasement des faibles.

Dans le monde postmoderne en particulier, les droits de l'homme en sont venus, en plus, à servir d'alibi à l'exercice d'intérêts inter-étatiques et supranationaux. Plus d'une fois, le principe de l'égalité au même traitement et à la même protection des droits de l'homme a été violé. L'ordre international se soucie du génocide bosniaque, mais il oublie le massacre des Kurdes, l'élimination « en douceur » des minorités grecques à Constantinople, le destin des Chypriotes grecs disparus lors de l'intervention turque sur l'île en 1973. L'ordre international a très souvent oublié, dans l'affaire de la Macédoine, que le peuple grec avait droit à son identité et à la conservation de sa tradition millénaire.

On ne peut évoquer ainsi la violation des droits de l'homme que lorsqu'une misère et un désastre hors du commun accablent la destinée humaine. À la réflexion, l'expression de droits de l'homme convient à la violation d'un droit humanitaire, assez impuissant pour contribuer à la résolution des problèmes cruciaux de l'humanité.

Le mot humanité et ses dérivés sont d'une nature polysémique. Il y a l'humanité « transparente », celle qui relève de la phénoménologie de l'agir humain, et l'autre, l'opaque, celle qui se rapporte à la densité ontologique de l'homme. De même, il y a l'homme historique qui s'oppose à l'homme nouveau de la Révolution française, déraciné de son histoire, plongé dans un cosmopolitisme utilitariste. Cet homme nouveau concerne les droits de l'homme et l'humanitarisme du siècle des Lumières. D'où la confusion, souvent faite, entre l'humanisme classique de caractère ontologique et l'humanitarisme moderne, notion anti-métaphysique et instrumentale.

A. – L'individu entre l'humanisme et l'humanitarisme

L'humanisme désigne en général ce mouvement de la Renaissance qui a tenté de redécouvrir, par la culture des belles-lettres, l'esprit des Anciens, les humanismes litterae. Mais cet humanisme n'a pas pu traduire avec fidélité l'esprit des Anciens. L'« humanisme » de ces derniers tournait autour de la nature humaine et de sa téléologie par rapport au mystère du cosmos. Donc humaniser l'individu était lui inculquer une éthique, fruit d'une contemplation de l'être. La paideia socratique allait dans ce sens-là.

^{27.} Paroles prononcées au sujet d'un « Appel » du Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples, *Le Monde*, 7 avril 1995, p. 11.

L'humanisme impliquait par conséquent l'étude de ce qui est propre à l'humain, en tant que démiurge. Seul l'homme, parmi les êtres animés, pouvait pour les Grecs revendiquer ce titre. Ses pouvoirs créateurs se manifestaient dans la vie de la cité. Or l'humanisme se rapportait plutôt au politès (membre de la cité) qu'à l'individu abstrait.

L'humanisme concernait donc l'homme dans sa totalité, être historique (porteur de la tradition de sa cité) et onto-transcendant (être capable de s'élever au delà de sa condition physique), pour chercher à résoudre le mystère de l'être à partir de ses éléments fondateurs, les archai. Dans cette recherche s'inscrivait la quête du juste incarnant l'harmonie dans les choses, ou bien l'équilibre qui relie l'homme aux choses de la nature. Or cet humanisme visait à connaître le fond des choses et celui de l'homme pour éclairer la supériorité de la conscience humaine (le noûs) en tant que faculté conduisant au dépassement de soi. Il se rapportait alors à l'opacité de l'existence humaine qui se déploie comme une présence dans l'être pour donner un sens à ce dernier. L'antiquité païenne n'a pu, faute d'une Révélation, résoudre le mystère de la création de l'être.

L'humanitarisme se présente sur un autre registre. Il est d'abord marqué par le cosmopolitisme, fruit de la décadence de la cité ²⁸. L'homme historique devient un individu citoyen du monde entier, qui connaît les affres de la vie et doit éprouver de la sympathie (sympatheia) pour ses semblables.

L'humanitarisme désigne donc ce qui intéresse l'humanité entière, et d'abord l'humanité prise au sens de la nature humaine. Les Temps modernes, à partir d'une méthode mécaniste qui est appliquée pour disséquer l'homme comme une machine complexe, ont prétendu pouvoir expliquer cette nature. Douleur et plaisir, voici deux données fondamentales qui éclairent la complexité de l'homme. La sympatheia désigne désormais la bienveillance envers l'individu, les signes des soins que l'on prodigue pour son bien-être.

Cette sympathie pousse les révolutionnaires et les « humanistes » de l'époque des Lumières à répandre le mythe des droits de l'homme, en faveur d'un homme déraciné de son passé, un homme instrumental, l'être animé qui pourrait servir les fins de la république, un être réifié à la merci de la raison d'État. Les droits de l'homme servent d'alibi aux finalités politiques.

Comme tout est centré sur l'être animé doué de raison, objet de sympathie, chaque fois que la souffrance l'envahit, des voix s'élèvent, au nom des droits de l'homme, qui se résument dans un droit humanitaire, pour fustiger ce ou celui qui est à l'origine de la souffrance.

Inspiré par cet humanitarisme, M. Bernard Kouchner lancera des diatribes contre ses transgresseurs : « En Tchétchénie, les humanitaires ne sont pas admis, les troupes russes assassinent et torturent les civils sans protec-

tion : pas de blouses blanches, pas de casques bleus. Après des exactions que le général Doudaïev qualifie de génocide, seules quelques organisations impuissantes sont autorisées à contempler. Trop tard. » ²⁹ Et M. Kouchner ajoute : « L'humanitaire traditionnel ne prétend pas régler les conflits des hommes entre eux, mais il soigne, réduit le nombre des morts, protège ceux qui sont menacés. Il fonctionne comme un tocsin, lorsque le mal est fait. Sans humanitaire, l'horreur reste libre » ³⁰.

B. - Humanitarisme et sympatheia

Ces brèves paroles cachent des vérités qui embrasent l'humanitarisme des droits de l'homme. Mais celui-là vient après coup pour soulager. Son essence réside dans la *sympatheia*; il est donc éminemment moral. Il n'agit pas au nom des principes, mais des résultats. Voici ce que nous voulons dire.

Les droits de l'homme, surtout la dignité humaine, sont évoqués lorsque l'homme devient l'objet de la sympatheia, lorsqu'il tombe dans un état de souffrance qui pousse à la révolte. C'est alors qu'on les évoque, que l'on trace leur idéologie. Or l'homme est étudié comme un phénomène dans les circonstances et les contingences de l'ordre social. Il n'est pas dans les habitudes de l'humanité d'établir les finalités de l'individu en tant que participant, comme conscience créatrice, à l'ordre des choses, à savoir comme présence dans l'être auquel il donne un sens. En revanche, l'humanitarisme voit l'homme comme objet du monde, subordonné au devenir phénoménologique de la nature. Et lorsqu'il y a des abus contre l'humain, on oppose ses droits inventés aux droits qui lui sont imposés pour le protéger.

Ainsi, on tolère la guerre qui va contre l'entéléchie humaine (la conservation et l'épanouissement intellectuel, car la conscience de soi et la tendance à se dépasser spirituellement sont propres à l'homme). On condamne des actes de guerre, par exemple le génocide, comme crime contre l'humanité.

L'humanité de l'homme, qui constitue à nos yeux un élément fondamental ³¹, est sous-estimée au profit d'autres priorités de caractère national ou supranational. Il n'est donc pas étonnant de voir que l'État moderne, protecteur du citoyen sujet des droits de l'homme, dépense des milliards pour explorer l'univers ou pour tester des armes nucléaires. En revanche, lorsqu'il s'agit de soutenir les principes qui défendent l'humanité de l'homme, en jugeant ceux qui l'ont meurtri, il se révèle moins disponible. Or le Tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie, qui devait juger les criminels de

^{29. «} Éloge de l'illégalité », dans Le Point, n° 1179, 22 avril 1995, p. 72.

^{30.} Ibid.

^{31.} Sur ce point, voir infra, la partie de ce texte intitulé « Des droits de l'homme à la prosopologie ».

guerre (au moment où nous rédigeons cet article) se voit menacé par le manque de moyens financiers ³².

Cet humanitarisme a poussé l'homme moderne à rationaliser la nature générale, à la concevoir comme un objet, donc comme une matière à travailler, voire à corriger, à partir de ses droits sacrés et inaliénables, d'où, très souvent, le conflit entre ordre subjectif et ordre objectif. Cet humanitarisme est à l'origine de l'anthropocentrisme qui prend la vie humaine pour une valeur en soi, sans rechercher ses finalités en fonction des autres espèces de vie, vie supérieure et indépendante de toute autre forme de vie. Bref, l'homme moderne se révèle démiurge autoritaire, le Léviathan ³³.

On ne peut cependant pas nier certains bons effets de cet humanitarisme. Grâce à des porcs « humanisés », la médecine promet des jours heureux à ceux qui doivent subir une greffe du foie et qui ne trouvent pas de donneur ³⁴. Toutefois, il faut être circonspect. Si l'on est autorisé à procéder à de pareilles opérations, au nom des droits chez l'homme ou du droit humanitaire, il faut toujours avoir à l'esprit que ces droits ne sont qu'un cas particulier des droits naturels ³⁵ (droits qui embrassent, outre l'homme, d'autres étants animés de l'être). Lorsque l'idéologie des droits de l'homme privilégie trop l'individu, elle risque de provoquer un comportement démesuré de l'homme. Dans ce cas-là, il n'est pas impossible d'imaginer un vrai désastre écologique, mais encore l'apparition de visages nouveaux du totalitarisme, qui fonde l'humanité de l'homme sur la discrimination raciale ³⁶.

- 32. Voir *Le Monde*, 10 octobre 1995, p. 3. « Le Tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie (TPI) devait inaugurer, lundi 9 octobre, la pratique des audiences publiques [...] avec les cas de [...] Les charges mentionnent notamment l'assassinat de huit détenus, la torture de dix autres, la déportation et la persécution de plus de cinq cents civils ». « Nous disposons théoriquement de 28,3 millions de dollars au budget 1995. Mais nous ne sommes pas certains d'avoir accès à la totalité », s'inquiète le porte-parole du TPI.
- 33. Voir les fortes pages que Lévi-Strauss a consacrées, dans *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1970, pp. 330 et s., à dénoncer cette sorte d'humanisme.
- 34. Nous lisons donc dans Le Monde du 8 août 1995, p. 1 : « Les autorités sanitaires américaines viennent, pour la première fois, d'accorder à une équipe médico-chirurgicale, celle de l'université de Duke (Caroline du Nord), l'autorisation de procéder aux dix premiers essais chirurgicaux consistant à greffer des foies de porc sur des êtres humains. Les animaux qui seront ici sacrifiés sont des porcs produits par la société [...] qui ont au préalable été 'humanisés' grâce aux techniques de génie génétique ».
 - 35. Voir à ce sujet l'entrevue de Léon STRAUSS, dans Le Monde, 21 janvier 1979.
- 36. Il est certain que les travaux sur la nature, et notamment sur la nature humaine, sont prometteurs pour l'humanité. Les recherches en matière de génétique humaine marquent une nouvelle ère (voir à ce propos, *Le Monde*, 30 septembre 1995, p. 21). Grâce à la cartographie du génome, on pourra diagnostiquer des défauts génétiques et procéder à une thérapie génétique. En effet, connaître la structure des gènes qui sont à l'origine d'une maladie veut dire avoir accès direct à la fonction pour laquelle les gènes sont programmés. Mais à quel risque d'eugénisme et de discrimination professionnelle et sociale l'humanité pourrait-elle s'exposer ? Est-ce qu'une « Déclaration sur le génome humain et sa protection dans le cadre de la dignité et des droits de la personne » serait à même de protéger l'existence humaine ?

On pourrait me faire remarquer que la suppression des droits de l'homme nous prive d'une arme pour fustiger les atteintes à l'intégrité humaine. Je le concède, non sans émettre néanmoins certaines conditions. Si j'éprouve une grande réticence à l'égard de ces droits, celle-ci n'est nullement motivée par hostilité pour les valeurs démocratiques, mais par l'abus que font de ces revendications certaines idéologies apparemment démocratiques. J'entends par là celles qui ne retiennent de l'homme que sa transparence émotionnelle, l'agir social, tout en lui enlevant une densité ontologique qui le marque en tant qu'être doté de conscience. L'homme ne saurait être réduit à représenter un prosopeion, masque social, visage biologique d'où émanent certaines fonctions et dont les activités aspirent à des effets foncièrement matériels.

À mon sentiment, l'homme a une dimension privilégiée qui transcende le niveau de la revendication de ses droits subjectifs et le présente, dans les expressions de l'être, comme un prosôpon.

V. - Des droits de l'homme à la prosopologie

Présenter des aspirations humaines et des lois causales comme lois ou droits juridiques, c'est un syncrétisme fâcheux pour l'humanité de l'individu. Justifier des revendications au nom des lois naturelles, ce ne saurait toujours être suffisant pour les légitimer. Voici ce que je veux dire.

A. - Nature et prosôpon

Tout ce qui vient de la nature ne serait pas forcément un bien pour l'individu. Ainsi, le vieillissement et la mort sont des phénomènes naturels, « des droits » de nature, que celle-ci réserve à tous ses êtres animés. Mais en même temps, la nature a doté l'individu d'un élan vers la transcendance, une sorte d'aspiration à l'immortalité impossible. Nous fuyons la mort, à quelques exceptions près, comme nous essayons de prolonger la jeunesse autant que possible.

Il y a une loi naturelle qui règne dans le monde animal : celle de la lutte pour la conservation de soi au détriment de l'autre, d'où la loi de la sélection naturelle. Dans la nature, nous trouvons tout : les idéaux du naturalisme théologique, tels la générosité et la clémence, ainsi que les principes du matérialisme athée, tels la cruauté, loi naturelle fondamentale selon Sade ou Nietzsche.

Les animaux sont destinés à obéir aux règles de la nature, l'homme à les trier ou à les transcender, car il a cette qualité dont les premiers sont dépourvus : il est *prosôpon*, personne au sens hellénique du mot ; ce qui implique tout une philosophie onto-existentialiste.

Mais pourquoi parler du prosôpon et non pas de la personne ? C'est que le prosôpon, par sa densité ontologique, dépasse la personne. Le prosôpon ne

traduit pas seulement une fin en soi, comme le veut Kant. Il est beaucoup plus concret que la personne, figure absolue et abstraite, fondamentale et prééminente chez l'homme, impliquant une liberté et une rationalité universelles. Ainsi, il est loin de s'épuiser dans la définition de l'homo-noumenon. Mais il n'est surtout pas la personne telle que la Déclaration des droits de l'homme se l'est représentée, c'est-à-dire porteuse de droits abstraits, inhérents à sa spécificité de citoyen cosmopolite, et par là objet des lois positives qui lui restreignent ses droits subjectifs. En effet, toute instrumentalisation de la personne par des règles qui ne prennent pas en considération ses racines ontologiques, aboutit à la dichotomie de l'homme, en un homme social qui obéit à l'idéologie politique de l'État, et en un homme spirituel qui agit selon sa conscience instruite par les valeurs de l'histoire humaine ³⁷.

Les Lumières ont contribué à la positivisation de la personne décrite par les attributs essentiels et constants de sa nature rationnelle, comme si l'homme n'était qu'une nature pensante. Il s'agit là des définitions nominales d'une époque qui voit la personne seulement dans sa finitude praxéologique. Ainsi, celle-là sera réduite à s'épuiser en des concepts universels et ambigus imposés à la réalité sociale pour servir des finalités utilitaires. Rawls, par exemple, conçoit la personne comme un être rationnel, libre et égal à son semblable ³⁸, et Hartmann la définit par rapport à sa capacité de faire un choix réfléchi, ce qui qualifie toute libre action humaine ³⁹.

Le prosôpon renvoie dès lors tant à la réalité des faits qu'aux idéaux. Ainsi le subjectif, l'émotif, et l'arbitraire de la psychologie humaine sont travaillés par la faculté noétique. Il s'agit de la capacité de l'intellect de saisir et de réaliser les valeurs ⁴⁰ qui apparaissent dans les relations synchronique et diachronique de l'histoire culturelle de l'humanité.

Le prosôpon est donc un «Je-présence» qui parle, comprend et conçoit « l'autre » à sa dimension. Or la dignité personnelle, loin de représenter un droit de l'homme trop vague et susceptible de plusieurs interprétations selon les contingences, est l'espace ontologique où l'individu se donne la possibilité de dépasser ses bas instincts grâce à sa conscience créatrice, qui forme les valeurs humaines à partir de ses rapports avec les autres hommes et

^{37.} Le jeudi 10 août 1995, le tribunal constitutionnel de Karlsruhe a déclaré inconstitutionnel un règlement du Land de Bavière qui oblige les écoles publiques à accrocher croix ou crucifix dans chaque salle de classe. Cette obligation, était-il jugé, est contraire à la liberté de croyance. Après cet événement, le ministre de la Culture de la Bavière a reçu des appels de protestation de la part des parents d'élèves qui menaçaient de retirer leurs enfants des écoles publiques en cas de suppression du crucifix des classes; voir Le Monde, 13-14 août 1995, p. 3. En effet, aucune norme n'est capable de régler l'existence humaine, en tant qu'existence spirituelle, ni de la déraciner de ses traditions, car ce serait déshumaniser l'individu, au nom des droits de l'homme!

^{38.} L. Bagolini, Justice et société, Paris, Bière, 1995, p. 198.

^{39.} Ibid., p. 212.

^{40.} Ibid., p. 209.

aussi les finalités ⁴¹ qui s'esquissent dans ce cadre-là. Or le *prosôpon* devient la mémoire de l'histoire et par là l'espace de la culture juridico-politique.

Voici donc l'esthétique prosopologique du droit, sensiblement différente de celle des droits de l'homme.

B. – Prosôpon-eikôn

Le prosôpon est une icône allégorique de l'être de l'homme et un indice qui renvoie à des signifiés onto-existentiels et par là politico-juridiques. En tant qu'eikôn, image, il accuse l'incarnation de ce qui est digne de l'homme pour en faire le gardien de l'être; ce qui suppose l'effort incessant de la personne pour saisir et pour éclairer la vérité de l'être, afin de découvrir ses propres racines. C'est dans cet espace que se situe le droit comme énonciation du juste. Or le juste appartient au champ de la vérité de l'être: ce qui est dévoilé, grâce à nos efforts, à notre vue, dans l'explication de l'être. Mais le droit se dit, il a besoin d'un langage, du discours juridique qui devient la tâche du prosôpon. L'homme seul est doté du discernement et de la prudence.

L'ontologie juridique, la discipline qui se rapporte à la formulation des liens entre l'être du juste et la normativité formelle du droit est une matière aléthique. Ce qui nous presse d'admettre la « poétique » juridique comme une fonction du prosôpon. En effet, la Poétique peut être définie comme « toute énonciation qui met l'accent sur la forme du message » ⁴². Or c'est le prosôpon qui est l'énonciateur du langage juridique dans l'être conçu comme le champ structural du réel (l'actualité de l'ordre social) où le juste est formulé en droit.

Dans cette optique, le prosôpon, énonciateur du discours juridique, s'avère l'évaluateur des rapports entre ce qui est et ce qui doit se faire. À partir de la culture juridique et de ses traditions, puisqu'il est mémoire et gardien de l'être, le prosôpon se livre à l'estimation des normes juridiques. Ainsi, à la validité formelle de la loi et l'abstraction des concepts de droits de l'homme, il juxtapose une ontologie existentielle, c'est-à-dire la complexe totalité d'une conscience qui apporte des jugements de valeur. Dans ce sens-là, le droit n'est pas « adiaphorique » ⁴³ de la morale. Un droit posé, incompatible avec les finalités du prosôpon, ne saurait être imposé longtemps et, par là, s'exercer légitimement.

Il ne s'agit pourtant ni d'une morale subjective (celle issue des droits de l'homme), ni d'une morale transcendante (celle qui appartient au droit naturel théologique). La morale prosopologique cherche l'idée du juste

^{41.} Cf. Merleau-Ponty, La Prose du monde, 1992, Paris, Tel/Gallimard, p. 26.

^{42.} R. BARTHES, op. cit., p. 201.

^{43.} De l'adjectif grecque adiaphoros : qui ne prend pas en considération, qui demeure indifférent.

exprimé dans l'actualité sociale. Or par une objectivité intellectuelle, le prosôpon, dans sa densité ontologique, peut décomposer et recomposer l'histoire du monde, en quête de ces valeurs morales qui surgissent du devenir de l'être et défilent dialectiquement devant la vue idéelle de la conscience ⁴⁴. Il devient par là tant le juge des normes positives que celui des revendications éthiques de l'individu.

Le prosôpon ne représente donc pas un simple sujet porteur des droits individuels qui lui sont inhérents. Il n'est pas non plus un objet de droit pour recevoir passivement les commandements de la loi positive. Dans sa densité ontologique, le prosôpon est défini par des prédicats qui ne sauraient épuiser d'une façon exhaustive sa plénitude psycho-ontologique. Le discours juridique semble se raconter tout seul, en tout cas pas comme la propriété d'un sujet juridique.

De cette manière, le *prosôpon* est loin d'insinuer une autorité, détentrice du *fiat* juridique, un sujet des droits de l'homme, vide en dehors de l'énonciation qui le définit, à savoir dépourvu de toute spiritualité et d'élan transcendantal, tant s'en faut. Le *prosôpon* désigne cette propriété humaine capable de tenir un langage évaluatif de la morale et du droit, au nom de sa faculté de pouvoir être présence créatrice dans le monde.

Dans cette entreprise, le *prosôpon* juxtapose aux normes objectives qui réglementent le comportement (mais pas la psychologie) toute une existence qui comprend et pense. Cela implique que celle-ci a reçu le don de faire et de défaire les images du monde. Or cette existence est apte à évaluer chaque donnée empirique qui intervient comme un signe de communication entre sujets du monde et qui influe par là sur les normes éthiques des sujets, normes qui sont à la base du droit formel.

Le *prosôpon* n'use donc pas, pour se défendre, de ces vocables abstraits et ambigus, comme la dignité la plus élevée ⁴⁵, pour « tomber » dans une métaphysique indéfinissable, effleurant le dogmatisme, ni de principes universels ni de droits subjectifs *a priori*.

L'existence prosopologique désigne la réalité humaine qui calcule les pensées et les actions dans l'éphémère de ce que nous devenons à chaque instant par rapport à nos semblables, à partir des principes fondateurs de notre existence. Elle fait donc partie de l'actualité du monde sensible en y agissant, et se surveille, étant pourvue d'une conscience capable de totaliser et résoudre nos contradictions. De cette manière, la conscience n'est point cet œil absolu des métaphysiciens qui nous scrute impitoyablement. Elle est celle qui nous donne des malaises d'intensité différente, lorsque l'existence de l'autre est abaissée d'une façon injustifiée, par rapport à la nôtre, dans les relations communicatives avec lui. À l'existence prosopologique, on n'op-

^{44.} Cf. Bagolini, op. cit., p. 228.

^{45.} Ibid., p. 217.

pose pas de normes, ne fût-ce que constitutionnelles. On juxtapose d'autres existences du même ensemble social. Le convenable du traitement traduit le droit conçu comme concrétisation du juste.

Si la justice est vérité pour la morale prosopologique, ce n'est que dans le sens de l'alèthéia, le tiré au clair, ou la mise en évidence de ce qui convient à l'autre à partir de la densité ontologique des existences semblables dans leur orbite praxéologique. Ainsi, le prosôpon n'obéit pas au droit juridique du fait que celui-ci énonce un devoir-être, mais puisqu'il juge, de la façon critique que nous venons de développer, que ce devoir-être exprime le convenable établissant aussi l'accord des parties discordantes.

Le droit prosopologique ne connaît donc pas une justice égalitaire pour des existences inégales. La symphonie de la justice est fondée sur le traitement analogique des inégalités, tout en respectant l'irréductible de la densité ontologique de l'existence humaine.

Qu'est-ce que l'irréductibilité de la densité ontologique?

Si le droit objectif peut priver l'individu de certains droits subjectifs, si les droits fondamentaux doivent céder leur primauté certaines fois à l'application de la loi positive, la densité ontologique ne saurait souffrir aucune dérogation juridique pour se voir violée.

Il y a dans l'homme des qualités fondamentales qui composent son humanité et lui désignent sa place dans l'univers social en tant que participant de l'être dans son mouvement. L'humanité de l'homme lui accorde le statut d'unicité qui lui assure une présence privilégiée dans l'être en tant que démiurge des formes du devenir. L'humanité de l'homme est, alors que celuici dans sa mobilité sociale devient, en étant soumis aux normes sociales. La conscience humaine éclaire cette humanité, conférant à l'individu la possibilité d'être dans le monde et à la fois de pouvoir le transcender. La maxime cartésienne, « Je pense, donc je suis », traduit pour nous la solidarité des individus dans leur particularité humaine, qui fait de l'existence un absolu d'être et en même temps la manifestation de cet absolu comme individualité. Celle-ci occupe une place dans l'ordre organisé en fonction de ses mérites, objet de qualification par les normes éthico-juridiques. Cet absolu constitue la densité ontologique de l'individualité, sans être susceptible de réglementation conventionnelle. C'est la conscience qui le projette sur l'individualité en en demandant le respect irrévocable. Voici le fond du prosôpon.

Pour reprendre un de nos exemples des plus caractéristiques, le problème des mal-logés, étudié à la lumière de la prosopologie, ne saurait verser dans la querelle des conflits de droit. En effet, le *prosôpon* est au-delà de toute norme et de tout droit fondamental, car il est le plus important, le plus fondamental de tout droit. Il représente une sorte de *Grundnorm*.

Le véritable droit fondamental est celui qui se trouve au fond, à la base de ce qui est et qui le pousse à apparaître et à se manifester. Or ce qui est au fond de l'homme, c'est sa qualité d'homme, son prosôpon qui fait sortir l'existence humaine du fond de ses sources et qui fait l'image de son humanité. Le prosôpon concrétise donc l'image de l'humanité sur le visage de l'homme. Il la fait surgir non pas comme un phénomène, mais comme l'étant qui qualifie téléologiquement les formes de l'être. Ce que la conscience exprime relève certes de la perception des choses en tant que conscience du monde, mais tout est élaboré par la conscience de soi qui est conscience du fond de ce que l'on est en tant que créateur de l'histoire. Il s'agit d'une conscience personnalisée (qui a un prosôpon), donc engagée et responsable.

Les normes positives visent à placer l'homme dans un ordre harmonieux de la société. Les droits de l'homme relèvent de la casuistique. Le prosôpon représente l'image de ce que nous sommes, reflétée sur le visage de nos semblables ontologiquement qui peuvent être différents, nos égaux ou pas. Là, c'est une question de mérite qui n'est pas incompatible avec la densité ontologique de l'homme.

Essai de définition théologique et philosophique de la dignité humaine

PAR

BÉATRICE MAURER

Université de Montpellier I (France)

Le concept de dignité humaine est très récent en droit. Il n'est apparu qu'après le cataclysme de la Seconde Guerre mondiale, devant l'abomination des camps de concentration. On s'est alors aperçu qu'il fallait non seulement protéger la vie de l'homme, mais aussi, empêcher absolument tout traitement si humiliant que l'être humain puisse en être réduit à l'état de bête ¹.

La proclamation solennelle des droits de l'homme est beaucoup plus ancienne, mais jamais jusqu'alors l'expression « dignité humaine » n'avait été utilisée. Il n'empêche que pour A. Verdross, il n'y a pas de doute : le fondement des textes internationaux les plus importants en matière des droits de l'homme est « le principe de morale universelle du respect dû à la dignité humaine » ². Il appuie sa démonstration en expliquant que le principe de la

- 1. « Avant Auschwitz l'homme se présente dans la beauté sculpturale de son corps, dans sa force de travail, dans ses conflits d'honneur et d'intérêt, dans ses limites naturelles mais conscientes, dans la noblesse de son 'je pense', dans l'écart de son âme déchirée entre la misère et la grandeur [...]. Toujours quelque dignité le faisait paraître au-dessus de la nature et consacrait sa souveraineté de droit. Depuis Auschwitz, nous savons que l'homme, c'est aussi celui que l'on peut piétiner jusqu'à l'effacement, que l'on peut réduire à un matériau, une denrée, une fumée et même rien ; que l'on peut nier jusqu'à lui refuser l'honneur d'une mort individuelle, et le détruire industriellement, le traitant comme un magma, en tas, beaucoup d'un coup, ainsi que l'on brûle des stères de bois ». F. Quéré, « Frères humains », dans Le Défi bioéthique, Autrement, mars 1991, p. 178, cité par M. Schattner, Souffrance et dignité humaine, pour une médecine de la personne, Mame, Paris, 1995, pp. 115-116.
- 2. A. VERDROSS, « La dignité de la personne humaine base des droits de l'homme », Osterreichische Zeitschrift für offentliches Recht und Volkerrecht, vol. 31, n°s 3-4, 1980, Springer-Verlag, Vienne, pp. 271-277 : « Les États eux-mêmes ont formellement reconnu que les droits de l'homme, garantis dans ces deux Pactes internationaux, trouvent leur base dans un principe d'ordre supérieur, à savoir dans le principe de morale universelle du respect dû à la dignité de la personne humaine, principe reconnu donc comme fondement de tous les différents systèmes du droit interne », p. 272. Cf. DUDH, PIDCP, PIDESC etc. En ce qui concerne l'idée de source, cf. notamment l'Acte final d'Helsinki (1^{er} août 1975), qui n'est certes pas un texte de droit positif, mais qui affirme le plus clairement l'idée d'une dignité humaine fondement de tous les droits de l'homme : VII, § 2, « Ils [les États] favorisent et encouragent l'exercice effectif des

dignité humaine trouve ses sources historiques tant dans l'héritage biblique que philosophique de la civilisation judéo-chrétienne. Ainsi il montre que la Charte des Nations Unies s'est référée sans difficulté à la dignité humaine comme fondement des droits de l'homme et que les textes qui l'ont suivi ont fait de même.

Mais le présupposé de base posé par Verdross, la réalité du principe moral de la dignité humaine, ne fait l'unanimité ni chez les philosophes, ni chez les juristes. De nombreux philosophes se sont opposés à reconnaître ce principe moral qui relève de la métaphysique. D'autres ont préféré l'admettre mais sans le démontrer, le concept étant jugé trop vague. La dignité inhérente à la personne humaine peut-elle donc être reconnue comme principe philosophique et considérée comme source des droits de l'homme par les juristes ?

La difficulté majeure que nous tenterons de résoudre est de parvenir à une définition objective de la dignité. Tout homme conçoit la dignité. Pour l'un ce sera de mourir avec toutes ses facultés mentales et physiques, pour l'autre ce sera de ne pas être humilié par ses proches, etc. S'il est possible de faire abstraction de ces différentes définitions subjectives de la dignité et d'en donner une définition claire et universelle, le concept sera exploitable en droit.

En effet, si l'expression dignité humaine est de plus en plus utilisée en droit, c'est bien souvent faute d'une réelle argumentation. Gabriel Marcel déjà dénoncait l'« inflation verbale » que subissait le terme dignité humaine.

« Certes, jamais des mots tels que dignité humaine, personne humaine, etc., n'ont été plus continuellement prononcés. Mais ce serait céder à une étrange illusion que de tirer de là une conclusion positive quant à la situation réelle à laquelle ce langage se réfère » ³.

Il nous paraît donc indispensable de poser clairement le concept de la dignité humaine, pour en identifier le contenu et les obligations positives qu'il crée ⁴.

Malheureusement, cette recherche de l'objectivité du concept pourra paraître bien présomptueuse, surtout dans un contexte philosophique marqué par le nominalisme et le relativisme. Aussi voulons-nous tout de suite préciser que nous savons bien que cette tentative est contestable. Mais « c'est la noblesse et la tragédie de la philosophie d'avoir à chercher des

libertés et droits civils politiques, économiques, sociaux, culturels et autres qui découlent tous de la dignité inhérente à la personne humaine ».

- 3. G. MARCEL, La dignité humaine, et ses assises existentielles, Aubier, Paris, 1964, p. 204.
- 4. Pour leurs démonstrations, les tenants de la philosophie réaliste partent toujours de l'observation du réel avant d'en tirer une définition logique, l'approche abstraite étant jugée par eux réductrice. Cette démarche est sans aucun doute intéressante, surtout en ce qui concerne la dignité de l'homme, mais cet article ne nous permettra pas de nous y appliquer; voir les travaux de M.D. Philippe, Lettre à un ami. itinéraire philosophique, Éd. universitaires. Paris, 1990 et M. Schattner, op. cit.

bases fondamentales et à n'en découvrir que de plausibles, dont la teneur n'est pas telle qu'elles puissent entraîner l'adhésion de tous les hommes » ⁵. Nous tenterons donc de donner une définition de la dignité humaine après un travail d'analogies et de rapprochements successifs.

La civilisation occidentale n'est certes pas la seule à avoir pressenti l'importance de la dignité humaine, mais c'est dans ce contexte qu'en est apparue la formulation telle que nous la connaissons aujourd'hui ⁶. Aussi nous consacrerons-nous d'abord à interroger l'histoire européenne des idées théologiques et philosophiques (I). Puis nous tenterons de parvenir à une définition de la dignité humaine en l'associant à d'autres concepts (II).

I. – Aux sources du concept de la dignité humaine

Il est deux sources de la connaissance : la foi et la raison. Nous allons voir qu'en ce qui concerne le concept de dignité, tant la théologie que la philosophie usent de la foi et de la raison.

A. – Les origines théologiques du concept de la dignité humaine

Dans toutes les religions la vie est sacrée car elle est un don de Dieu. La réflexion occidentale sur la dignité humaine est l'héritière directe, dans sa formulation et dans son esprit, de la théologie chrétienne ⁷. Celle-ci fonde la

- 5. R. LEGEAIS, « Le personnalisme juridique », dans R. LEGEAIS et G. PLANTY-BONJOUR (dir.), L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, PUF, Paris, 1991, pp. 180-201, et notamment p. 197. Affirmation que récusent les philosophes du réel pour qui, si l'accueil et le respect de la réalité sont au fondement de la démarche de recherche de vérité, il y a une objectivité dans cette recherche, et donc un consensus possible au delà des pluralités d'opinions : cf. M. SCHATTNER, op. cit., p. 221.
- 6. Cf. notamment: E. Borowitz, « La Torah, écrite et orale, et les droits de l'homme. Fondements et lacunes », dans Concilium, 1990, n° 228, pp. 35-45; AA. An-Na'Im, « Qur'an, shari'a et droits de l'homme. Fondements, déficiences et espoirs », dans ibid., pp. 75-84; A. Lamrani, « Réflexions sur les problèmes humains à la lumière du Coran » (XVI° Congrès de l'Institut International de Droit d'Expression Française, Rabat, nov. 1983), dans Revue juridique et politique, 1984, vol. 38, n° 2, pp. 225-224; M. Talbi, « Les réactions non catholiques à la Déclaration de Vatican II « Dignitatis humanae », Point de vue musulman », dans Islamochristiana, XX, 1991, n° 17, pp. 15-20, où l'auteur montre notamment que le concept de dignité humaine est « un patrimoine commun à tous les croyants ».
- 7. Il ne sera jamais assez dit que la théologie chrétienne a très heureusement profité de l'héritage juif, de sa profonde connaissance de l'homme et de l'Autre. Elle a aussi relu les philosophes de l'Antiquité pour leur donner une nouvelle dimension, à laquelle, il est fort probable, ceux-ci n'avaient pas songé. Nous pensons tout particulièrement à Cicéron (106-43 av. J.C.) et son fameux « natura nostra excellentia et dignitas » (De officiis, I, p. 106). Le philosophe latin, de fait, fit ressortir « la différence spécifique de l'homme du point de vue de la dignité ». Il en sera promu père de l'antropologie logocentrique qui fait de « l'âme pensante » le centre de

dignité de la personne humaine sur la création de l'homme à l'image de Dieu et sur l'œuvre rédemptrice de Dieu fait homme.

Le premier père de l'Église à avoir parlé de la dignité de la personne humaine serait Grégoire de Nysse ⁸. Son œuvre succède directement au concile de Nicée ⁹ et sera confirmée par celui de Chalcédoine ¹⁰. Ces deux conciles, et particulièrement le second, n'ont pas utilisé le terme de dignité en lui-même, mais ils ont enrichi de façon remarquable le mot personne ¹¹. Or le concept de dignité est inséparable de celui de personne, car seule la personne a une dignité. Tertullien, premier père latin de l'Église, avait déjà parlé, en 213, d'un « double état sans confusion mais conjoint en une seule personne » à propos du Christ ¹². Mais le concile de Chalcédoine va en proclamer définitivement le dogme.

Le concile de Nicée définit la divinité du Verbe incarné ¹³, celui de Chalcédoine va spécifier la distinction entre les concepts de nature et de personne ¹⁴. Ainsi, comme le Christ, l'essence de l'homme, ce qu'il est, ne se

l'homme ». Cf. J.P. Wils, « Fin de la « dignité humaine » en éthique ? », dans Concilium, 1989, n° 223, pp. 51-67 et spécialement p. 56.

- 8. 335 v. 394, cf. A. Verdross, op. cit., p. 273.
- 9. 1er Concile œcuménique, 325.
- 10. 4º Concile cecuménique, 451.
- 11. Cf. notamment J.M. TRIGEAUD, « Le droit naturel, fondement des droits de l'homme, une approche de la théologie du droit », dans *Droits de Dieu et droits de l'homme*, Tequi, Paris, 1989, J.B. D'ONORIO (dir.), p. 31.
- 12. Adv. Praxean, 27, 11, CCL 2, 1199, cité par M. GALOT, Le Christ, foi et contestation, C.L.D., Chambray, 1981, p. 153. Cf. ultérieurement le fameux : « Reconnaît, ô Chrétien, ta dignité! » de Léon le Grand (? 461, qui prit l'initiative du concile de Chalcédoine), Sources Chrétiennes 22, bis 67.
- 13. « Un seul Seigneur Jésus-Christ, le Fils de Dieu [...], Dieu [né] de Dieu [...], vrai Dieu (né) du vrai Dieu, engendré et non créé, consubstantiel au Père ». Consubstantiel, c'est-à-dire que le Christ ne peut être réduit au simple état de créature, il y a égalité de substance entre lui et son Père (cf. J. Galot, op. cit., p. 128).
- 14. Le Concile pose l'affirmation fondamentale en christologie : le Christ est vrai homme et vrai Dieu. C'est-à-dire que le Christ a deux natures (divine et humaine) mais est une seule personne (divine). «Au concile de Chalcédoine, le terme «phusis», «nature», signifie certes une nature concrète, pas simplement abstraite, mais ne signifie pas la réalité totale de l'individu, car il se distingue de la personne. Nature humaine n'implique donc pas personne humaine [...]. Le terme « nature » [...] indique ce qu'est une chose ou un être. Il répond à la question : « Qu'est-ce que c'est ? », tandis que la personne répond à la question : « Qui est-ce ? [...] sinon on élimine soit la divinité du Christ, soit son humanité en la réduisant à une pure apparence [...] le concile de Chalcédoine affirme inséparablement la dualité de natures et l'unité de personne. L'unité ne peut être recherchée que dans la personne » (J. GALOT, ibid. p. 130). La question « qui est-ce ? » est essentielle. On ne peut en effet parler de « qui » tant qu'il ne s'agit pas d'un être raisonnable. Mais ici, c'est le mystère de l'incarnation que J. Galot tente d'expliquer et qui va marquer dorénavant non seulement la théologie mais aussi indirectement la philosophie. « La nature humaine est destinée à une transformation qui la divinise, mais elle doit rester proprement humaine. Dans le Christ, elle est unie à la nature divine, mais sans confusion, sans altération. L'affirmation des deux natures garantit la présence d'une nature humaine intégrale. On ne peut reprocher à cette affirmation de réunir sous le même concept de nature deux réa-

réduit pas à sa nature, mais à sa personne. C'est la personne qui fait toute la valeur de l'être ¹⁵.

Pour réaliser la révolution terminologique ainsi opérée, il faut savoir combien il a fallu de temps pour nommer l'homme pour lui même et pour lui donner le titre suprême de personne. Dans l'Ancienne Égypte l'homme est « le chef », ou le « bon », « un type répertorié, un titre, une qualification, une attitude sociale, politique morale ou religieuse » ¹⁶. Le terme latin *persona* désignait le masque de l'acteur, le personnage, et donc son rôle. Puis, devenu un terme de droit, il avait évolué pour désigner le sujet humain ¹⁷. Avec l'apport du christianisme, la personne humaine ne pourra plus être assimilée à un statut ¹⁸.

Il est intéressant de noter que le terme dignité a suivi une évolution parallèle. D'abord compris comme une fonction éminente, il est devenu l'attribut par excellence de la personne ¹⁹.

lités qui seraient totalement différentes, Dieu et l'homme. Car [...] l'homme a été créé à l'image de Dieu. La nature humaine porte au plus profond d'elle même la ressemblance avec la nature divine » (*ibid.*, p. 131). La distinction entre la nature et la personne est donc très importante, car la nature, physique, psychologique etc., n'est pas la personne. La nature ne suffit pas pour révéler l'unicité et la dignité de la personne.

- 15. J.M. TRIGEAUD, dans Droits de Dieu, op. cit., pp. 31 et 32.
- 16. J.M. TRIGEAUD, *Persona ou la justice au double visage*, Biblioteca di filosofia oggi, t. 1, Genève, 1990, p. 49.
- 17. J.M. Trigeaud a exprimé l'intérêt de cette première utilisation théâtrale du mot personne. Le droit est comparé à la scène « où chacun reçoit un rôle à remplir en fonction du bien dont il réclame la reconnaissance et le maintien, où chacun ne prend position par rapport à un autre que par la médiation d'une chose qui fixe objectivement sa conduite et son état, les droits et les obligations qui le composent [...] distinction fondamentale du ius entre res et persona illustrée par Cicéron. [...] Le droit réclame une abstraction, mais il n'interdit pas un donné qui le dépasse, un principe ontologique sous-jacent » (ibid., p. 53). Les stoïciens concevaient la personne comme devant remplir un rôle reçu des dieux, ce qui n'est guère valorisant.
- 18. L'importance du concile de Chalcédoine a récemment été soulignée par le philosophe M. GAUCHET, dans Le désenchantement du monde, Gallimard, Paris, 1985, pp. 172-176; il explique que la notion moderne de personne trouve son fondement dans le dogme christologique. Le concile a, en effet, permis la rencontre entre la matière et l'esprit que les Grecs avaient trop strictement opposés et la pensée juive de l'unité de l'être humain (cf. H. DERYCKE, « Le Dogme comme mode original d'affirmation pour penser Dieu», Bulletin de littérature ecclésiastique, XCIV/3, juill.-sept. 1993, pp. 137-143, Institut catholique de Toulouse). Toujours à propos de ce concile, Ph.I. André-Vincent a écrit . «[...] la « dignité de la nature humaine » historiquement est un concept chrétien : elle est le fruit de la réflexion qui prend source au dogme de Chalcédoine » (Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean-Paul II, LGDJ, Paris, 1983, p. 13). De même pour C. RENOUVIER: «la notion juridique de personne est le fruit de l'alliance entre le monothéisme juif et la philosophie grecque : le Dieu personnel judéo-chrétien fait don de la personnalité à l'homme aritotélicien, individu rationnel » (cf. Le personnalisme, Alcan, Paris, chap. 5, §§ Lxii et Lxiii, cité par A. Fagot-Largeault et G. Delaisi de Parseval, « Qu'est-ce qu'un embryon ? Panorama des positions philosophiques actuelles », Esprit, juin 1989, n° 151, p. 91).
- 19. Cf. notamment la définition du terme dignité donnée par le Littré, aux éditions Gallimard-Hachette.

Ainsi à partir des deux conciles, la dignité de la personne devient un thème majeur de la théologie chrétienne. L'application à Dieu du concept anthropologique de personne a divinisé l'expression et, dans son retour pour définir l'homme, il lui a donné une dignité éminente. L'emprunt à la terminologie latine de l'expression venue du théâtre, persona, ne s'est cependant pas fait sans difficulté, certains théologiens craignant de réduire la compréhension du Christ à un rôle, à un statut juridique ²⁰. En fait, c'est la compréhension du terme qui va évoluer.

Du temps d'Augustin (354-430) le concept posait encore beaucoup de problèmes. Si le terme personne est utilisé pour comprendre Dieu un et trinitaire, dans son œuvre De Trinitate, on voit Augustin peiner pour exprimer le contenu conceptuel de la personne ²¹. Il utilise pourtant abondamment l'expression ²² et donne les attributs de la personne, mais il ne définit jamais le terme lui-même. Il n'en demeure pas moins que certains passages de son ouvrage resteront célèbres ²³. Augustin approfondit la distinction majeure entre « ce que j'ai », l'ensemble de toutes mes facultés, c'est-à-dire la nature, et « ce que je suis », c'est-à-dire la personne ²⁴. C'est la différence décisive entre le possédant, le « je », la personne, et le possédé, la nature.

Bénéficiant d'un héritage déjà très riche, Thomas d'Aquin n'aura plus les mêmes difficultés. Il consacre sa fameuse question 29 aux Personnes divines 25:

- 20. Cette position théologique a alors été condamnée sous le nom de modalisme.
- 21. Cf. l'introduction de E. HENDRICKX au *De Trinitate*, Bibliothèque augustinienne, Desclée de Brouwer, 1955, t. 15, p. 50.
- 22. Le lien entre la personne divine et l'homme est fait : « Et tres personae sunt unius essentiae, non sicut singulus quisque homo una personna les trois personne sont une seule essence, alors que chaque homme au contraire est une personne » (XV, 7, 11, op. cit., t. 16, p. 448).
- 23. « Ego per omnia illa tria memini, ego intelligo, ego doligo, qui nec memoria sum, nec intelligentia, nec dilectio, sed haec habeo. Ista ergo dici possunt ab una persona, quae habet haec tria, non ipsa est haec tria. C'est moi qui me souvient, moi qui comprends, moi qui aime, moi qui ne suis ni mémoire, ni intelligence, ni amour, mais qui les possède. Tout cela peut donc être dit par une seule personne, qui possède ces trois puissances, mais qui n'est pas ces trois puissances » (XV, 22, 42, t. 16, p. 537).
- 24. Cf. une rapide comparaison avec l'expression de Cicéron, cf. note 7, où il est question uniquement de la nature humaine.
- 25. Thomas d'Aquin, Somme théologique, I, q. 29, a. 3, ad. 2., (éd. Desclée & Cie, traduction de H.F. Dondaine, Paris, 1962, 2e édition, pp. 74-75). Thomas d'Aquin s'interroge à la question 28 sur les relations divines. Il explique notamment qu'« il existe réellement des relations en Dieu» (article 1, p. 35), Dieu n'est pas, à proprement parler, seul (question 31, article 3, p. 120). La théologie insistera aussi sur le fait que l'homme créé à l'image de Dieu est relation. Ceci nous permet de souligner un aspect important de la théologie de Thomas d'Aquin. Celui-ci, au cours de son œuvre, a tenté d'équilibrer la relation complexe entre l'individu et la communauté. Pour lui l'homme est naturellement social. Opposer l'homme à la société est donc aller contre la nature humaine. C'est plus tard que la science politique a voulu opposer l'homme à la société. Cette confrontation enferme la science politique moderne dans « une contradiction

« Si l'on se reporte aux origines du mot, le nom de personne, il est vrai, ne convient pas à Dieu ; mais si on lui donne sa signification authentique, c'est bien à Dieu qu'il convient par excellence. En effet, comme dans ces comédies et tragédies on représentait des personnages célèbres, le terme de personne en vint à signifier des gens constitués en dignité : de là cet usage, dans les églises, d'appeler 'personnes' ceux qui détiennent quelque dignité. Certains définissent pour cela la personne 'une hypostase distinguée par une propriété ressortissant à la dignité'. Or c'est une haute dignité, de subsister dans une nature raisonnable; aussi donne-t-on le nom de personne à tout individu de cette nature. Mais la dignité de la nature divine surpasse toute dignité : c'est donc bien avant tout à Dieu que convient le nom de personne ».

Le docteur angélique avait d'abord commencé par l'article premier de la question en définissant le concept de personne. Pour trouver « la signification authentique », dont il vient d'être question, il commente la définition de Boèce ²⁶, en la passant au crible de la critique, avant de l'admettre. L'unicité de la personne posée par lui ainsi que l'autonomie de sa volonté, c'est en tant que personne que l'homme a une dignité unique et inamissible. C'est parce qu'il est raisonnable que l'homme s'appartient et a une volonté autonome.

Partant de cette unicité de l'homme, le docteur angélique va mener plus loin sa démonstration. Pour lui il est impossible de réduire l'homme à une dimension matérielle. La personne est avant tout spirituelle. C'est l'âme humaine, « principe incorporel et subsistant » ²⁷, qui va fonder l'unicité de la personne et sa dignité. En ce sens, la personne humaine est beaucoup plus qu'un animal parmi son espèce ²⁸. Ainsi va-t-il expliquer que considérer l'homme comme le produit de quelque cause immanente ne permet pas de fonder son unicité personnelle ²⁹. De la sorte, pour Thomas d'Aquin, fonda-

insoluble : le totalitarisme du pouvoir souverain d'une part, et l'absolu des droits de l'homme d'autre part » (M. VILLEY, dans Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne, Actes de la table ronde organisée par l'école française de Rome avec le concours du CNRS, Rome, 12-14 nov. 1987, De Boccard, Paris, 1991, p. 47, cité par B.D. DE LA SOUJEOLE, « Droit et philosophie politique », Revue thomiste, oct.-déc. 1994, école de Théologie, Toulouse, p. 676).

- 26. Boèce (v. 480 524) : « Personae est naturae rationalis individua substancia » la personne est une substance individuelle de nature rationnelle (Liber de persona et duabus naturis, s'applique au Christ Chap. III). Cette définition sera dorénavant sans cesse reprise et commentée.
 - 27. Question 75, articles 2 et 3.
- 28. L'unicité de la personne humaine en elle-même ne justifie pas la dignité. Prenons un exemple : un chat est unique car aucun autre chat n'est le même, et pourtant il n'a pas de dignité. Mais ce serait mal comprendre Thomas d'Aquin que de penser qu'il oublie pour autant le corps humain, pour lui l'homme forme un tout. « Toute substance individuelle n'est pas une hypostase, une personne, mais celle-là seulement qui possède l'essence spécifique au complet. Ni la main, ni le pied ne sont hypostases ou personnes. De même l'âme qui n'est qu'une partie de l'espèce humaine », q. 75, art. 3, ad. 2.
- 29. Cf. question 75; Commission théologique internationale, Commission pontificale Justice et paix, Les chrétiens d'aujourd'hui devant la dignité et les droits de la personne humaine, actes du colloque 1-7 déc. 1983, Vatican, 1985, p. 72. Pour Thomas d'Aquin, être le produit de son histoire personnelle, du regard de l'autre, de la société, de l'évolution, ou du hasard (tout ceci

mentalement le concept de dignité lie la créature à son Créateur. En effet, selon lui, nous sommes conduits à connaître la dignité de l'homme à partir de l'article du Credo : « Dieu est le créateur du ciel et de la terre » ³⁰. Il utilise deux raisons pour le justifier : « sa similitude avec Dieu et sa seigneurie sur toute chose créée » ³¹. Partant la personne désigne-t-elle, pour Thomas d'Aquin, « ce qu'il y a de plus parfait de toute la nature » ³².

Plusieurs siècles plus tard, la doctrine de l'Église catholique réitère les mêmes affirmations : parmi toutes les créatures terrestres, seul l'homme est une « personne, sujet conscient et libre », et, pour cela, « centre et sommet » de tout ce qui existe sur la terre :

«Sa dignité de personne est le bien le plus précieux que l'homme possède, grâce à quoi il dépasse en valeur tout le monde matériel (...) l'homme ne vaut pas parce qu'il 'a' – même s'il possédait le monde entier – mais parce qu'il 'est'. Les biens du monde ne comptent pas autant que le bien de la personne, le bien qui est la personne même » ³³.

Et elle fonde cette dignité de la même façon. Non seulement l'homme a été créé à l'image de Dieu, mais l'histoire du salut, accomplie en Jésus-Christ, lui confère une dignité plus grande encore, puisque Dieu a envoyé son Fils pour sauver l'homme et restaurer sa dignité.

B. – Les origines philosophiques du concept de dignité humaine

La pensée philosophique ne s'est pas arrêtée à Thomas d'Aquin. Les plus grands philosophes ont continué à approfondir les concepts de personne et de dignité. Avec Guillaume d'Occam ³⁴ (v.1300-1350), fondateur du nominalisme, et la Renaissance, le divorce entre la philosophie et la théologie est

étant la condition humaine), ne saurait donner à l'homme une telle dignité, seul Dieu peut conférer à l'homme une dignité unique et aussi élevée. Cf. Ch. Schönborn, « L'homme créé par Dieu : le fondement de la dignité de l'homme », *Gregorianum*, 1984, vol. 65, ed. Pontificia Universitas Gregoriana, Rome, pp. 337-363.

- 30. In symbolum Apostolorum, scilicet « Credo in Deum » expositio, n. 30, cité par la Commission, p. 66.
- 31. Ch. Schonborn, op. cit., p. 339. Thomas d'Aquin explique en effet dans son symbole des Apôtres (op. cit., n. 30): « Dieu, en effet, a créé toutes choses pour l'homme comme il est dit au psaume 8,8: Vous avez mis toutes choses sous ses pieds. Et l'homme, après les Anges, est parmi toutes les créatures, celle qui ressemble le plus à Dieu. Le Seigneur, en effet, déclare dans la Genèse (1,26): Faisons l'homme à notre image et ressemblance [...] Nous devons donc considérer ceci: l'homme, après les Anges, l'emporte en dignité sur les autres créatures » (cité par la Commission théologique, op. cit., p. 66).
 - 32. Ph.I. André-Vincent, op. cit., p. 11.
- 33. Encyclique *Christifideles laici*, n° 37, 1988. Cf. aussi le récent livre de J.M. Lustiger, *Devenez dignes de la condition humaine*, Flammarion/St Augustin, 1995, 167 p. et spécialement pp. 41-52.
- 34. Cf. notamment · l'École française de Rome, Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne, op. cit.; S. RIALS, « Généalogie des droits de l'homme », dans Droits, n° 2, 1985, PUF, Paris, p. 4; M. VILLEY, La formation la pensée juridique moderne, Cours d'histoire de la philosophie du droit, Montchrétien, Paris, 1975.

achevé. Dorénavant la référence au Dieu créateur se fera de plus en plus lointaine. D'abord sous-entendu (comment comprendre Kant sans savoir son inquiétude permanente de Dieu?), le rapport à Dieu disparaît. La dignité de l'homme se fonde sur elle-même. Parfois elle s'égare. Avec le mouvement personnaliste, puis la Seconde Guerre mondiale, la personne humaine et sa dignité sont remises à l'honneur.

Les humanistes de la Renaissance italienne se placent à un tournant. En effet, avec Ficin, Pomponazzi, et surtout Pic de la Mirandole, le concept prend un sens nouveau. Autrefois transcendantal, il devient immanent, centré sur la recherche de son Soi. « La dignité humaine est devenue une auto-assignation » ³⁵. « L'homme est visiblement fait pour penser, c'est toute sa dignité et tout son mérite... » ³⁶. B. Pascal (1623-1662) est paradoxalement un auteur qui a parlé de la dignité humaine. Pour lui la dignité de l'homme réside dans la pensée. Il est la seule créature à en avoir la capacité. Mais la vision de Pascal de l'homme est pessimiste. La pensée de l'homme n'est pas capable de vérité ³⁷, elle est limitée ³⁸, entravée, car esclave du péché. Pourtant l'homme a la possibilité de s'élever en reconnaissant sa misère ³⁹. Dieu pourra alors lui restituer sa dignité. Le contraste avec E. Kant est saisissant.

La référence en ce qui concerne la dignité humaine est en effet Kant. Ainsi est-il constamment cité, commenté, contesté ⁴⁰. Dans le dictionnaire de philosophie Lalande, à « principe de la dignité humaine » on trouve :

« On désigne sous ce nom le principe moral énonçant que la personne humaine ne doit jamais être traitée seulement comme un moyen, mais comme une fin en soi ; autrement

- 35. Cf. J.P. Wils, op. cit., pp. 58-60.
- 36. B. PASCAL, Pensées et opuscules, Brunschvicg-Hachette, Paris, 1951, Frag. 146, cité par Z. Klein, La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal, éd. Vrin, Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 1968, p. 93. «L'homme n'est qu'un roseau, le plus faible de la nature, mais c'est un roseau pensant. Il ne faut pas que l'univers entier s'arme pour l'écraser : une vapeur, une goutte d'eau suffit pour le tuer. mais quand l'univers l'écraserait l'homme serait encore plus noble que ce qui le tue, puisqu'il sait qu'il meurt, et l'avantage que l'univers a sur lui, l'univers n'en sait rien », Frag. 347, cité dans ibid., p. 94.
- 37. « Toute la dignité de l'homme est dans la pensée. Mais qu'est-ce que la pensée ? Qu'elle est sotte... », Frag. 365, cité dans *ibid.*, p. 94.
- 38. « Que conclurons-nous de toutes nos obscurités sinon notre indignité ? », Frag. 558. cité dans *ibid.* p. 119.
- 39. « La grandeur de l'homme est grande en ce qu'il se connaît misérable. Un arbre ne se connaît pas misérable. C'est donc être misérable que de [se] connaître misérable : mais c'est être grand que de se connaître qu'on est misérable », Frag. 397, cité dans *ibid.*, p. 119.
- 40. Cf. entre autres J. Kis, L'égale dignité, Essai sur les fondements des droits de l'homme, Seuil, coll. Esprit, Paris, 1989, 256 p., notamment p. 123 (cite en note: DWORKIN, Taking Rights Seriously; A. GEWIRTH, Human Rights; J. RAWLS, « Kantian constructivism in moral theory», Journal of Philosophy, T. Scanlon etc.); A. SÉRIAUX, op. cit., notamment. pp. 120-121; pour une critique de Kant, cf. notamment M. VILLEY, dans Controverses autour de l'ontologie du droit, PUF, coll. Questions, Paris, 1989, P. AMSELEK et Ch. GRZEGORCZYK (dir.).

dit que l'homme ne doit jamais être employé comme moyen sans tenir compte de ce qu'il est en même temps une fin en soi » 41.

C'est la définition de Kant elle-même. En effet, toute la philosophie morale de Kant est centrée sur la dignité de l'homme.

La dignité de l'homme par lui reconnue, le place au-dessus de toute créature et le met sur un pied d'égalité avec tous les hommes. Elle exige un respect total de la part de tout système et de tout homme mais aussi de la part de l'homme envers lui-même. Pour affiner notre démonstration étudions les différentes définitions donnée par Kant à ce terme.

- « Dans le règne des fins, tout a un Prix ou une Dignité. Ce qui a un prix peut-être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre à titre équivalent; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité [...] mais ce qui constitue la condition qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais une valeur intrinsèque, c'est-à-dire une dignité [...] Or la moralité est la condition qui seule peut faire qu'un être raisonnable est une fin en soi; car il n'est possible que par elle d'être un membre légis-lateur dans le règne des fins. La moralité, ainsi que l'humanité en tant que capable de moralité, c'est donc là ce qui seul a de la dignité » ⁴².
- « L'homme considéré dans le système de la nature (homo phaenomen, animal rationale) est un être de médiocre importance et il a une valeur vulgaire (pretium vulgare) qu'il partage avec les autres animaux que produit le sol [...] Mais, considéré comme personne, c'està-dire comme sujet d'une raison moralement pratique, l'homme est au-dessus de tout prix ; car à ce point de vue (homo noumenon) il ne peut être regardé comme un moyen pour les fins d'autrui, ou même pour ses propres fins, mais comme une fin en soi, c'est-à-dire qu'il possède une dignité (une valeur intérieure absolue), par laquelle il force au respect de sa personne toutes les autres créatures raisonnables, et qui lui permet de se mesurer avec chacune d'elles et de s'estimer sur le pied de l'égalité » ⁴³.
- « L'humanité est par elle-même une dignité : l'homme ne peut être traité par l'homme (soit par un autre, soit par lui même ⁴⁴, comme un simple moyen, mais il doit toujours être traité comme étant aussi une fin ; c'est précisément en cela que consiste sa dignité (la personnalité), et c'est par là qu'il s'élève au-dessus de tous les autres êtres du monde qui ne sont pas des hommes et peuvent lui servir d'instruments, c'est-à-dire au-dessus de toutes les choses » ⁴⁵.
- Or Kant entend par personne seulement cette réalité qui est assujettie à un devoir moral. La personne est sui~juris, c'est-à-dire autonome 46 , elle dispose responsablement d'elle-même.
- 41. A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, Paris, 1988, 1324 p., p. 236.
- 42. Fondements de la Métaphysique des Mœurs, pp. 160-161, trad. V. Delbos, Paris, 1959, cité par Z. Klein, op. cit., p. 23.
 - 43. Doctrine de la vertu, pp. 96-97, trad. J. BARNI, Paris, 1855, cité dans ibid. pp. 23-24.
- 44. Cet aspect de la dignité, respect par rapport à soi-même, est très intéressant. Kant recherche la perfection morale. « Quant à ce qui concerne les devoirs de l'homme envers lui-même, considéré comme être purement moral (abstraction faite de son animalité), ils constituent dans une condition formelle, dans l'accord des maximes de sa volonté avec la dignité de l'humanité qui réside en sa personne » (Doctrine de la vertu, p. 114, cité dans ibid. p. 71).
 - 45. Fondements, op. cit., p. 162, cité dans ibid., p. 24.
 - 46. Auto-nome, étymologiquement se donner sa propre loi.

« Nulle chose en effet n'a de valeur en dehors de celle que la loi lui assigne. Or la législation même qui détermine toute valeur doit avoir précisément pour cela une dignité, c'està-dire une valeur inconditionnée, incomparable que traduit le mot de respect, le seul qui fournisse l'expression convenable de l'estime qu'un être raisonnable en doit faire. L'autonomie est donc le principe de la dignité de la nature humaine et de toute nature raisonnable » ⁴⁷.

Il y aurait beaucoup à dire pour commenter ces extraits tirés de l'œuvre de Kant. Autour de la notion de dignité, et celle très proche de personnalité, gravitent celles de fin en soi, moralité, autonomie et liberté.

Le concept de fin en soi, il l'admet, le pose sans le démontrer : l'homme est une fin en soi ⁴⁸. C'est un des fameux impératifs kantiens.

En ce qui concerne celui de moralité il écrit :

« Tout le monde doit convenir que pour avoir une valeur morale, c'est-à-dire fonder une obligation, il faut qu'une loi implique en elle une absolue nécessité [...] que par conséquent le principe de l'obligation ne doit pas être ici cherché dans la nature de l'homme ni dans les circonstances où il est placé dans ce monde, mais a priori dans les seuls concepts de la raison pure » ⁴⁹.

La recherche de l'universel est une constante chez Kant. Le concept moral de dignité a valeur universelle, c'est une absolue nécessité à respecter en tout temps et en tout lieu.

Le principe d'autonomie est fondamental chez Kant. « L'autonomie de la volonté est cette propriété qu'a la volonté d'être elle-même sa loi... » ⁵⁰. Autonomie-indépendance-liberté : les notions sont très proches. Mais à nouveau ce concept n'est pas démontré par le dogmatisme de Kant, il est posé puis développé. De plus, précisons que cette autonomie n'est synonyme ni d'individualisme ni de relativisme, bien au contraire. La recherche fondamentale de Kant est l'universel. Pour lui, l'homme est autonome quand ses actes sont conformes à la loi morale. Or celle-ci est universelle. L'homme agit de façon libre quand il obéit à la raison, et non pas à sa raison ⁵¹. La raison doit être pure de tout intérêt individuel, de toute passion égoïste. Ainsi si « l'autonomie constitue le principe de la dignité de la nature humaine, elle n'a pas [...] de rapport avec l'individu, car ce n'est pas en son for intérieur que celui-ci trouvera l'interprétation du langage de la loi » ⁵².

^{47.} Ibid., pp. 142-143, cité dans ibid. p. 24.

^{48.} Cf. Z. Klein, op. cit., pp. 32-34.

^{49.} Fondements. op. cit., p. 77, cité dans ibid., p. 35.

^{50.} Fondements, op. cit., p. 122, cité dans ibid., p. 42.

^{51. «} En identifiant la volonté à la raison pratique, Kant l'a privée de tout caractère personnel. « Il n'y a donc que la volonté concordante et collective de tous, en tant que chacun décide la même chose pour tous et tous pour chacun ; il n'y a, dis-je, que la volonté collective de tout le peuple qui puisse être législative », (Doctrine du Droit, trad. J. BARNI, Paris, 1853, p. 170). Voir Z. KLEIN, op. cit., p. 44.

^{52.} Op. cit., p. 44.

Ainsi, selon Kant l'homme libre n'est pas un homme qui peut tout faire, tout décider ⁵³. La loi morale, connue par la raison, exprime pour Kant une conclusion nécessaire. Si la personne n'y parvient pas, c'est que quelque chose l'empêche de le faire. C'est donc que la personne est aliénée, elle n'est plus libre. L'homme libre ne peut agir que selon la loi morale.

Kant s'intéresse aux universaux. Sa conception de la dignité est donc volontairement abstraite et idéale. Aussi peut-on trouver l'être humain décrit par lui bien éloigné de la personne réelle. De plus, l'homme est digne parce qu'il agit librement, c'est-à-dire conformément à la loi morale. Est-ce à dire que l'homme qui n'agit pas selon la loi morale n'a pas de dignité? Le moralisme de Kant pourrait nous le faire penser ⁵⁴. Mais ce serait oublier l'impératif kantien selon lequel jamais un homme ne doit être traité comme un moyen mais comme une fin.

En fait, cela pose la question d'une double signification du concept de dignité humaine ⁵⁵. Ainsi nous parvenons à déterminer la dignité fondamentale inaliénable et inamissible, conception à laquelle nous nous sommes attachés depuis le début. Et la dignité plus ou moins élevée d'un homme agissant selon la loi morale, selon Kant, ou agissant de manière humaine, ce qui resterait à définir. L'œuvre d'E. Kant en ce qui concerne la dignité humaine n'en demeure pas moins considérable comme son influence sur la philosophie du droit.

Pour Hobbes (1588-1679), l'homme restait le maître de l'État. Ce dernier, bien que grand Léviathan, était par lui décrit comme « un Dieu mortel » ⁵⁶. Tandis que pour Hegel (1770-1831), l'homme n'a plus aucune valeur propre. Il doit disparaître au service de l'État qui dispose, lui, du pouvoir absolu. L'État est Dieu ⁵⁷. Tout un courant philosophique va se développer à sa

^{53. «} En quoi donc peut consister la liberté de la volonté, sinon dans une autonomie, c'est-àdire dans la propriété qu'elle a d'être à elle-même sa loi ? Or cette proposition : la volonté dans toutes les actions est à elle-même sa loi, n'est qu'une autre formule de ce principe : il ne faut agir que d'après une maxime qui puisse se prendre elle-même pour objet à titre de loi universelle. Mais c'est précisément la formule de l'impératif catégorique et le principe de la moralité ; une volonté libre et une volonté soumise à des lois morales sont par conséquent une seule et même chose », Kant, Fondements, op. cit., p. 180, cité dans ibid. p. 49.

^{54.} C'est en tout cas ce que Z. Klein semble admettre de Kant.

^{55.} Nous le savons à part en mathématique aucun mot n'est véritablement univoque (pas même en physique). Nous parlons cependant toujours de la dignité humaine et non pas des autres sens de la dignité qui font référence à de hautes fonctions, ou encore à la gravité des manières.

^{56.} A. Verdross, op. cit., p. 276, cf. Le $L\'{e}viathan$, chap. 21 : «Oboedientia finis est protectio».

^{57.} A. Verdross, op. cit., p. 276, cf. Hegel, Rechtsphilosophie, Zusatz 152 ad. par. 258, 259, 331.

suite. On y retrouve notamment les philosophes marxistes. La dignité humaine est alors comprise et rejetée comme un idéal bourgeois ⁵⁸.

Notre siècle ne sera pas seulement marqué par le marxisme et l'existentialisme mais aussi par d'autres grands philosophes qui vont remettre à l'honneur l'homme et sa dignité en tant que personne. Ils le firent généralement en revenant aux sources judéo-chrétiennes de la civilisation occidentale. Tel furent H. Bergson ⁵⁹, J. Maritain ⁶⁰ et ceux du mouvement personnaliste dont E. Mounier prit l'initiative ⁶¹.

Le personnalisme fondamentalement s'oppose au naturalisme, c'est-à-dire à cette « tendance doctrinale qui réduit l'homme à n'être qu'un individu [...], un élément infime et passager des processus cosmiques et matériels de la Nature » ⁶². La personne n'a pas seulement une dignité inaliénable en tant qu'agissante avec une volonté et un libre arbitre, mais aussi, dans une conception plus dynamique, en tant que détentrice d'une vocation à accomplir. La personne se réalise pleinement quand elle est centrée sur l'autre, lorsqu'elle aime.

Pour Mounier, l'homme se distingue de l'individu en tant que personne parce qu'il est un être en relation, un *mit sein*, « un être avec les autres et pour les autres » ⁶³. Le personnalisme regroupe des philosophes très divers, qui d'ailleurs n'admettent bien souvent pas d'être réunis dans la même mouvance. Mais tous ont eu ce soucis de chercher à connaître le mystère de la personne humaine. Ainsi en est-il de G. Marcel. Il a consacré une série de

- 58. Marx (1818-1883), Die Judenfrage (La question juive); pour des philosophes contemporains, voir entre autres l'œuvre du philosophe sociologue allemand H. Plessners (cf. article de K. Rehberg, « Das Werk Helmut Plessners », dans Kolner Zeitschrift fur Soziologie und Sozialpsychologie Oplagen, 1984, vol. 36, n° 4, pp. 799-811); l'œuvre d'E. Bloch tranche par son marxisme considérablement modifié par ses tendances mystiques il accorde au principe de dignité humaine une grande importance (cf. R. Christensen et B. Frauhammer, « Der Stellenwert des Rechtsstaatsgedanken bei Bloch. Erlauterungen von Rundfunkvortrag 'naturrecht und menschliche Wurde' », dans Bloch-Almanach Ludwigshafen, 1985, vol. 5, pp. 179-198.
- 59. Les deux sources de la morale et de la religion, PUF, Paris, 1973, cité par A. VERDROSS, op. cit., pp. 274 et 277.
- 60. Les droits de l'homme et la loi naturelle, Éditions de la Maison française, 1942; L'homme et l'État, PUF, Bibliothèque de la Sc. politique, 1965; Les droits de l'homme. Desclée de Brouwer, 1989.
- 61. Le personnalisme, il est vrai, regroupe des philosophes aux tendances très diverses, mais tous organisent leur théorie autour de deux axes : la personne humaine, dont la définition a été affinée par E. Mounier (cf. Œuvres, en quatres tomes, Paris, Le Seuil, 1961-1963, notamment t. 3, Le personnalisme, pp. 429 et s.), et la communauté, celle-ci devant être au service de la personne.
 - 62. Commission théologique, op. cit., pp. 130-131.
- 63. Études et références sur le personnalisme · cf. entre autres · Commission théologique, op. cit., pp. 129-136; E. Borne, Les nouveaux inquisiteurs, PUF, Paris, 1983.; R.-J. Dupuy, « Conclusions », dans Amicorum discipulorumque liber, t. 4, Méthodologie des droits de l'homme, Pedone, Paris, 1972, p. 393; R. Legeais, op. cit.

leçons très éclairantes à la dignité ⁶⁴. Pour lui, « cette réalité qu'on serait tenté de dire résiduelle et dont il convient sans doute de déclarer qu'elle est à la fois immédiate et secrète » ⁶⁵, se dévoile le plus parfaitement dans la faiblesse de l'enfant, du vieillard et du pauvre ⁶⁶. Ce paradoxe lui fait considérer le rationalisme de Kant et de ces successeurs comme bien insuffisant ⁶⁷. Car « la dignité doit être cherchée aux antipodes de la prétention et bien plutôt du côté de la faiblesse » ⁶⁸. Selon lui, la société technocratique, réduisant l'homme au rendement, est la plus grande menace jamais connue à la dignité humaine ⁶⁹. Marcel craint la « pulvérisation du sujet » ⁷⁰. Pourtant il se veut plein d'espérance et croire en l'homme. Il n'a cessé d'affirmer que le caractère sacré de la personne nous conduit à la fraternité ⁷¹.

Des civilistes vont aussi adhérer au personnalisme. Ainsi en est-il, à la suite de la Seconde Guerre mondiale, en réaction au positivisme, de R. Savatier et G. Marty. Ces juristes vont chercher à renouveler le droit et son interprétation dans le sens de la justice. « Ce n'était pas un retour pur et simple au « jusnaturalisme », mais plutôt une approche nouvelle, recherchant les valeurs que doit privilégier la construction, l'interprétation du droit » ⁷². Ces valeurs ils vont les trouver dans la personne humaine et dans la construction d'un « ordre communautaire » au service du bien commun.

E. Lévinas est aussi un philosophe de ce siècle à avoir été profondément marqué par l'horreur des crimes perpétrés dans les camps de concentration. Il insiste également, à sa manière, sur l'Autre ⁷³. Le visage de l'autre, « langage avant les mots », non seulement m'interpelle mais aussi m'oblige à l'action ⁷⁴. Car je suis responsable de l'autre. Le visage est demande qui me conduit soit à la bonté, soit à la destruction. Si le droit de l'autre passe

^{64.} G. MARCEL, op. cit.

^{65.} Ibid., p. 170.

^{66.} Ibid., p. 168.

^{67.} Ainsi va-t-il parler d'une « conception décorative de la dignité » : cf. ibid. pp. 168 et 169.

^{68.} *Ibid.*, p. 175. G. Marcel va même plus loin : la dignité de l'homme réside, paradoxalement, dans le fait que l'homme soit né mortel ; là où d'autres verront l'insignifiance et l'aspect dérisoire de l'homme, le philosophe y voit la grandeur. Cf. p. 176.

^{69.} Il dénonce « une anthropologie axée sur le fonctionnement » qui serait celle de nos sociétés, op. cit., p. 212. Cf. aussi : D. LE TOURNEAU, Dignité et progrès en Europe, Actes du colloque de Strasbourg oct. 1988, éd. Le Laurier, Paris, 1989 : « ... la dignité de la personne humaine ne réside pas dans ses qualités physiques ou mentales ni dans son efficacité ou sa productivité » (p. 7).

^{70. «} Pulvérisation du sujet » qu'il explique ainsi : « Je veux dire que des techniques conçues plus ou moins sur le modèle de celles qui ont fait leur preuve dans le domaine de la nature, seront maintenant appliquées au sujet lui-même, qui, du même coup, cessera d'être traité comme sujet » : op. cit., p. 213.

^{71.} La fraternité qu'il oppose à la liberté et à l'égalité, cf. pp. 171-172 et pp. 177-198.

^{72.} R. LEGEAIS, op. cit., p. 190.

^{73.} Totalité et infini, essai sur l'extériorité, éd. Livre de poche, Paris, 1990.

^{74.} Ibid., p. 237.

avant le mien ⁷⁵, «être pour autrui» n'est pas la négation du moi ⁷⁶. Au contraire, je me trouve moi-même dans la bonté.

Pour fonder l'exigence de solidarité et le renouvellement des droits de l'homme il est donc fait référence à E. Lévinas ⁷⁷. Aujourd'hui, un discours abondant se réfère à l'importance du regard que l'on pose sur l'autre. La personne en situation d'extrême souffrance, « l'extrême pauvreté » ⁷⁸ ou la fin de vie ⁷⁹, a besoin de trouver dans le regard de l'autre la confirmation de sa dignité. Si cette confirmation lui est refusée, elle perd, bien souvent, toute conscience de sa dignité ⁸⁰.

75. Ibid., Préface p. II : « Il n'y a [...] aucune différence terminologique [...] entre miséricorde ou charité, source d'un droit d'Autrui passant avant le mien ».

76. Ibid., p. 340.

77. J. FIERENS, «Transcender les droits de l'homme », dans $Quart\ Monde$, n° 151, 1994, pp. 42-48, surtout pp. 49-48.

78. À propos de l'extrême pauvreté la reconnaissance de l'autre, qui passe par le regard, puis par l'action. Cf. Sous-commission des droits de l'homme des Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/1990/19: Réalisation des droits économiques sociaux et culturels, Rapport de D. Turk, § 144: « Pour la personne qui ne peut se parer d'aucun signe extérieur affirmant sa dignité, la personne qui ne peut camoufler sa dépendance d'autrui sous aucune performance sociale, économique, culturelle [...], pour la personne qui n'a à présenter au monde que sa seule humanité et celle des siens, l'affirmation de la dignité se résume dans la question: 'qui suis-je pour toi?' » § 145: « Pour que cette personne-là puisse être convaincue de la dignité qu'elle porte, il lui faut un partenaire. [...] Pour que la dignité humaine puisse remplir son rôle de source de droits, il ne suffit pas que chaque personne porte en elle le sentiment profond d'être doué de dignité, de 'ne pas être un chien'; encore faut-il que ce sentiment soit confirmé par une autre personne». Cf. également: « La lutte contre la pauvreté dépend toujours, en premier lieu, du regard porté sur elle, et cela est vrai aussi pour la recherche et pour le droit », J. Fierens, Droit et pauvreté, droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale, Bryulant, Bruxelles, 1992, p. 15.

79. La place du regard de l'entourage sur le malade est pareillement fondamentale. On le voit en ce qui concerne les demandes d'euthanasie – à propos de laquelle on parle de mourir dans la dignité –, d'autant plus encore dans nos sociétés télévisuelles. « Des professionnels de la santé parlent de « peur en retour », née chez le patient de la peur lue dans le regard du soignant. D'autres analysent ce qu'ils appellent le « jeu de miroirs » : le spectacle offert par certains malades suscite chez les bien-portants une angoisse profonde et fait conclure à leur déchéance de la dignité d'être humain ; percevant ce jugement dans les yeux et l'attitude de leur entourage, les malades sont alors renforcés dans la conviction qu'ils ont perdu toute valeur » : P. Verspieren, « L'euthanasie : une porte ouverte ? », Études, n° 3761, Paris, janv. 1992, pp. 194-202, notamment p. 200 ; cf. aussi I. Marin, « La dignité humaine, un consensus ? », Esprit, fév. 1991, pp. 97-101, notamment p. 98 : « L'autre, médecin ou proche, se scandalise de « l'indignité » du malade, indignité attesté par l'atrocitée de l'image. Très exemplaire à cet égard la séquence de TV où un médecin allemand, défendant et pratiquant l'euthanasie, montrait une de ses malades défigurée par un cancer devant sa photo de jeune fille pour prouver au public (et à la malade) l'indignité justifiant l'euthanasie».

80. Les conséquences de l'utilisation du concept du regard peuvent être cruciales. En effet, pour certains la perte de la conscience de sa propre dignité revient à poser que la personne n'a plus de dignité. Pour d'autres, la personne n'a perdu sa dignité que dans les apparences; le regard, si fondamental soit-il pour encourager la personne, ne fait que reconnaître une dignité qui préexiste à ce regard.

J. Maritain, en ce qui concerne la Déclaration universelle des droits de l'homme ⁸¹, E. Mounier, pour le personnalisme juridique, E. Lévinas, du fait que le visage de l'Autre m'oblige : autant de philosophes qui exercent une influence remarquable sur le droit.

La recherche de la vérité se révèle fort riche en ce siècle. Une récente thèse de philosophie 82 nous ouvre une approche nouvelle et fort intéressante de la dignité humaine. Notion essentielle dont ont tant besoin nos temps modernes, la dignité humaine, pour M. Schattner, trouve son fondement le plus riche dans la philosophie réaliste 83. L'auteur rejette donc toutes les autres philosophies, qui, pour lui, même si elles partent de bons sentiments, en restent aux apparences, et ne parviennent pas à nous dire ce qu'est la dignité. En scrutant le réel, l'auteur, qui est médecin, parvient à définir la dignité humaine comme la « qualité de la personne humaine » 84. Celle-ci est ce qui met la personne radicalement au-dessus du monde animal. L'expérience de ce qui spécifie l'homme nous permet de découvrir que la personne est irréductible aux conditionnements psychologiques et sociologiques. Développant sa thèse, elle explique comment l'expérience fondamentale et ultime de la personne humaine permet de déceler les deux dimensions de la dignité. Il est une dignité fondamentale, substantielle, qui est partagée de façon égale entre tous les hommes, quelle que soit leur situations ou les

- 81. Unesco, Autour de la nouvelle Déclaration universelle des droits de l'homme, Unesco-Sagitaire, Paris, 1949.
- 82. M. SCHATTNER, Souffrance et dignité humaine, pour une médecine de la personne, Mame, 1995.
- 83. La philosophie du réel, à la suite d'Aristote et en opposition aux idéologies pour lesquelles prime l'idée que l'homme se fait du réel, se propose de découvrir la vérité. L'homme par ses sens externes et son intelligence serait en effet capable de parvenir à la connaissance objective. Pour ce faire, le philosophe se doit de scruter humblement le réel, pour découvrir la réalité telle qu'elle est non pas telle qu'il voudrait qu'elle soit. La personne humaine peut ainsi avoir connaissance de la dignité humaine de façon objective et réelle. Pour les tenants de cette école, la dimension première de la personne humaine est l'autonomie radicale de l'être, et non pas la dignité qui n'est qu'une propriété essentielle de la personne. C'est l'autonomie radicale de l'être qui fonde la dignité et la liberté de la personne. Pour eux, il est nécessaire de distinguer l'autonomie matérielle ou pratique qui peut être très réduite, de l'autonomie radicale de l'être. Kant, Descartes, Hegel ont réduit l'être à la raison, et par là même, limité la dignité à la raison, alors que la raison ne manifeste qu'une dimension pratique de l'autonomie. Partant, ils contestent l'erreur selon laquelle l'être est ses aspects pratiques. En effet, ils définissent la personne humaine selon ses capacités physiques et intellectuelles (la capacité d'exercer sa raison), et dans sa capacité d'aimer. Or c'est là que se manifeste ce qu'il y a de plus propre à la personne humaine. Pour étude de la philosophie réaliste, voir M.D. PHILIPPE, op.
- 84. Cf. Souffrance et dignité, op. cit., pp. 123-124. En sachant que « la qualité détermine cequi-est en lui permettant d'être parfait et en lui donnant la possibilité d'atteindre sa fin propre » · M.D. Philippe, op. cit., p. 112.

atteintes aux apparences. Mais cette dignité fondamentale demande à s'accomplir dans la « dignité personnelle » ⁸⁵.

Il est beaucoup d'autres philosophes qui, bien entendu, ont exercé des influences toutes différentes en droit et au moins aussi importantes. Ainsi, par exemple, l'immuabilité recherchée par Kant sera très critiquée, au siècle dernier, par les tenants de l'évolutionnisme et de l'historicisme. Nous pourrions aussi nous intéresser à Nietzsche ⁸⁶, à Lévi-Strauss ⁸⁷, et à tant d'autres ⁸⁸. Mais ce sont les travaux récents d'un psychologue américain, beaucoup moins connu, qui nous ont paru intéressants à citer, à titre d'exemple. Notamment parce qu'ils nous permettront de considérer des auteurs spécialisés en d'autres sciences.

Skinner a en effet montré, dans Au-delà de la Liberté et de la Dignité, que les notions de liberté et de dignité sont des illusions ⁸⁹. Elles ne renvoient à rien de réel. La dignité ne « serait qu'un fait mental présupposé », or l'esprit n'existe pas. Parler de dignité est donc dépourvu de sens. D'autant plus que la dignité suppose un jugement de valeur. Ainsi ce psychiatre, à la suite d'utilitaristes modernes, entretient un « discours qui écarte aussi bien le mental que les valeurs. [discours se trouvant] alors, « au-delà » de la dignité, dans un no man's land, une région où il n'y a plus d'homme, mais un objet

- 85. « En effet, cette dignité radicale de l'être humain, adéquate à ce qu'il est, n'est pas quelque chose de statique, elle demande à croître. Ce qu'il y a de plus fondamental dans l'être humain ne suffit pas à rendre compte de ce qu'il est, et donc de toute sa dignité. Chacun actue sa dignité dans la mesure où il vit selon ce qu'il est » : ibid., p. 130. L'homme par ses deux capacités propres, connaître et aimer, est capable d'actes libres et volontaires. C'est ainsi que se manifeste et grandit cette dignité personnelle. Celle-ci n'est pas proportionnelle au bien-être extérieur de la personne; au contraire, dit l'auteur, des malades en fin de vie sont capables d'une dignité personnelle extraordinaire. Cependant la dignité personnelle d'un encéphale ou d'une personne en coma profond est compromise dans son exercice. Cf. Souffrance et dignité, op. cit., pp. 130-133.
- 86. F. NIETZSCHE (1844-1900), notamment en niant toute liberté à l'individu et en proclamant une volonté supérieure universelle de puissance, cf. La Volonté de puissance.
- 87. Pour C. Lévi-Strauss, dont le pessimisme a été nourri des horreurs de la Seconde Guerre mondiale, la dignité est un « mythe », une « illusion de civilisation » (Antropologie structurale, II, Plon, Paris, 1973, p. 53). « Nous croyons que le but dernier des sciences humaines n'est pas de constituer l'homme, mais de le dissoudre » (La Pensée sauvage, p. 326). Il nous faut donc radicalement rompre « avec l'idée que l'homme dépasse la nature », pour lui, « l'antropologie et à sa suite également la question morale doit être ramenée à la biologie », cf. J.P. Wils, op. cit., p. 52; cf. aussi, pour une étude critique, E. Borne, op. cit.
- 88. Comment ne pas citer Taine, Durkeim, et tous ceux qui à la suite du nominalisme et dans la mouvance du structuralisme ont proclamés la mort de l'homme, celui-ci n'étant qu'une prétention de l'Occident. Cf., entre autres, E. Borne, op. cit.
- 89. Notons que l'auteur en niant la liberté en vient à nier l'idée de dignité. Ces deux grandes notions philosophiques sont pour beaucoup indissociables, elles sont mêmes souvent confondues. Pour J.P. Sartre, par exemple, toute la dignité de l'homme réside dans l'absolu de sa liberté.

dont la complexité n'est pas si grande qu'elle puisse être réduite à quelques considérations simples » 90.

E. Kant disait que la personne humaine ne peut jamais être traitée comme un moyen mais uniquement comme une fin ; sa dignité exige le respect. Des biologistes ont estimé et montré que l'individu n'existe pas pour lui-même mais à d'autres fins qui sont soit les gènes, soit l'espèce ⁹¹. Ainsi réfléchir sur l'individualité, c'est-à-dire sur la plus petite entité indivisible, peut amener à oublier la personne. Or ces théories, avec la nécessaire réglementation à apporter en bioéthique, ne sont plus étrangères au domaine du droit.

La biologie a mené plus d'un chercheur à philosopher. Ainsi P. Lecomte du Noüy a consacré un de ses ouvrages à la dignité humaine. Influencé par les grandes théories de l'évolution, très marqué par son expérience spirituelle du christianisme et par la Seconde Guerre mondiale, il développe une autre conception de la dignité ⁹². Pour lui l'histoire est marquée par l'évolution. Celle-ci mène à la perfection de l'homme, c'est-à-dire à sa dignité. La dignité de l'homme est d'aimer. Mais l'évolution est encore une lutte au cours de laquelle la sélection naturelle exclura tous ceux qui ne sont pas capables de dignité ⁹³. Alors l'humanité, devenue supérieure, aimera.

Ce parcours des idées théologiques et philosophiques ne saurait être exhaustif. Il nous permet cependant non seulement de mesurer l'importance du concept de la dignité humaine – certains auteurs, et non des moindres, y ont consacré une grande partie de leurs travaux –, mais aussi, de nous faire réaliser la difficulté que nous aurons à parvenir à une définition de ce même principe. Le rapprochement du mot, objet de notre étude, avec d'autres concepts nous permettra, par un travail d'analogie, d'éclairer le débat.

- 90. Ch. Widmer, Droits de l'Homme et Sciences de l'Homme, Pour une éthique antropologique, Droz, Genève, 1992, p. 147.
- 91. Pour Wilson («l'individu est une combinaison évanescente de gènes»: cité par Widmer, op. cit., p. 154) et pour Dawkins: l'homme n'est que le véhicule des gènes. «Chacun d'entre nous est le produit de l'horloger aveugle de l'évolution, qui nous assigne le rôle de serviteur des gènes, qui seuls sont éternels, par la reproduction dans l'identique» (cité dans ibid., p. 153). Pour Bateson et Dobzhansky: l'individu n'existe que pour l'espèce (ibid., p. 156). Cf. aussi Commission théologique, op. cit., pp. 72-73 et Ch. Schönborn, op. cit. p. 357 et s.
 - 92. La dignité humaine, La Colombe, Paris, 1953, 200 p.
- 93. Cf. notamment : « Si l'homme sort victorieux de la lutte, il acquiert la dignité humaine vers laquelle nous tendons. S'il est vaincu, s'il cède aux instincts animaux, il s'élimine lui-même de l'évolution, en prouvant qu'il n'était pas capable pas digne de contribuer à l'effort commun. La sélection naturelle a joué », p. 158 ; aussi : « L'effort de la civilisation se concentrera sur le perfectionnement de la personnalité et de la dignité individuelle, et l'évolution pourra, il n'est pas interdit au moins de l'espérer, de continuer sa marche ascendante dans le sens de l'Esprit », p. 37 ; et p. 96 « Un jour doit venir où nous serons capable d'aimer ; où la bonté, la sagesse et l'intelligence régneront parmi les hommes qui auront enfin appris à vénérer cette dignité humaine qui doit être leur but et leur œuvre. »

II. - Dignité humaine et autres concepts

Au terme de ce rapide survol historique, il nous est possible de retenir quelques concepts pour les associer à celui de dignité humaine. Nous allons d'abord poser que la dignité concerne la personne humaine. Nous verrons, ensuite, combien sont riches en perspectives les relations entre les deux concepts fondamentaux – liberté et égalité – avec celui de dignité. Mais il nous a paru intéressant de nous consacrer également à ceux de fraternité et de respect. Ainsi pourrons-nous mieux comprendre la signification du terme étudié et sa portée.

A. – Dignité et personne

Le concept de dignité est profondément lié à celui de personne humaine. Seule la personne a une dignité ⁹⁴. Le droit romain a très clairement établi la distinction, la summa divisio de Gaïus, entre la chose et la personne ⁹⁵. C'est grâce à cette distinction, fondée sur la dignité de la personne humaine, que, beaucoup plus tard, on a tiré la conséquence juridique qui veut libérer l'homme de l'esclavage. Car si l'on peut vendre une vache ou détruire un bâtiment, on ne peut disposer ainsi d'une personne, celle-ci est pourvue de dignité. Cette dignité ne peut s'accommoder d'aucune appréciation subjective.

Nous avons vu comment le concept de personne a d'abord été développé par opposition à celui de nature. L'essence de l'homme ne se réduit pas à sa nature, mais à sa personne. C'est la personne qui fait la valeur de l'être. La personne est la réponse à la question « qui suis-je ? », tandis que la nature répond à « qu'est-ce que c'est ? ». Ainsi Augustin, avons-nous dit, a-t-il approfondi la distinction entre « ce que j'ai », c'est-à-dire la nature, et « ce que je suis », c'est-à-dire la personne, différence décisive entre le possédant, la personne, et le possédé, la nature.

Puis le concept de personne a été défini et commenté en lui-même. Nous faisons référence aux travaux de Boèce et de Thomas d'Aquin. Boèce a défini la personne comme « une substance individuelle de nature ration-

- 94. Ceci nous permet de retenir uniquement, en droit, les personnes physiques, et donc d'exclure les personnes morales de droit public et de droit privé et ces tentatives de fonder les droits des animaux. La question n'est cependant pas si simple. Nous n'entrerons pas dans le débat extrêmement controversé du début et de la fin de la personne. Citons seulement l'actuel projet de convention « pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine » (Conseil de l'Europe, juillet 1994). Dans ce projet la dignité « est accordée » à l'être humain et non pas à la personne (cf. art. 1). La personne étant ici comprise comme un être humain né. Ceci n'est certes pas gratuit.
- 95. Cette claire et fondamentale distinction en ce qui concerne le corps humain et les limites de la vie est de plus en plus remise en question, cf. notamment I. Arnoux, Les droits de l'être humain sur son corps, PU de Bordeaux, Talence, 1994, 575 p. et spécialement pp. 31-143.

nelle » ⁹⁶. L'unicité de la personne et l'autonomie de sa volonté décrits par Thomas d'Aquin fondent la dignité inamissible de l'homme et en font une personne. Parce que la personne est raisonnable, l'homme s'appartient et a une volonté autonome ⁹⁷. Pour E. Kant la personne est dotée de dignité car elle est autonome et libre.

Autre aspect important de la personne, elle est relation ⁹⁸. La personne, contrairement à l'individu, ne peut être comprise isolément. La société est tissu de relations mutuelles. S'interroger sur la dignité de la personne humaine c'est donc aussi s'intéresser aux liens sociaux que l'homme peut développer. La personne coupée, exclue dirons-nous aujourd'hui, de toute relation sociale ⁹⁹ est donc atteinte dans ce qu'elle est. Sa dignité risque d'être atteinte.

C'est ainsi que beaucoup plus tard, le concept de personne a été abondamment réutilisé en opposition à l'individu. Nous faisons référence au mouvement personnaliste qui a voulu montrer que la personne ne se réduit pas à

- 96. Le lien est dorénavant établi entre la dignité et la raison. Fonder la dignité sur le caractère raisonnable de la personne permet-il de reconnaître aux handicapés mentaux une dignité ? La question est difficile. Un des éléments de réponse est sans doute, d'abord, de percevoir que poser une limite à la raisonnabilité est non seulement très dangereux mais aussi très présomptueux. Ensuite, réfléchir en terme de niveau de raisonnabilité est parfois difficile à soutenir : ainsi comment comparer la raison d'un bébé et celle d'un adulte ? Ce qui nous amène à distinguer les manifestations de la raison, notamment en tant que discours, et la raison elle-même. On ne peut limiter la raison aux attitudes de l'intelligence, car sinon l'homme intellectuel et brillant aurait une dignité supérieure au débile. Il semblerait que dans toute personne subsiste une part de raison et de liberté. Des études très récentes montrent que certains débiles très profonds, qui auraient étaient laissés à l'abandon autrefois, par une grande attention et des techniques de communication élaborées ont une réponse et progressent. Précisons cependant, que des courants philosophiques d'origine anglo-saxonne, « néo-kantiens », parviennent à des conclusions opposées à partir des mêmes notions fondamentales de personne, être raisonnable capable d'autonomie, et de respect. Il leur suffit de partir de définitions, et particulièrement de l'autonomie, très différentes. Ainsi « les êtres qui sont en deçà de la capacité d'autonomie « minimale», la communauté des personnes peut décider de les protéger (comme on protège la nature), non de les respecter (comme on respecte l'autonomie des personnes)», A. FAGOT-LARGEAULT et G. DELAISI DE PARSEVAL, op. cit., p. 104. C'est l'un des grands avantages de la philosophie réaliste · elle résout cette contradiction majeure en fondant la dignité humaine non pas sur la raison mais sur « l'autonomie fondamentale de l'être ».
- 97. Autonome par rapport aux contraintes extérieures, par opposition à des conditionnements psychologiques, physiques ou historiques.
 - 98. Cf. note 22.
- 99. Cf. la définition de J. Fierens de la pauvreté. Pour lui « la pauvreté est un rapport social » et c'est à ce titre qu'elle doit particulièrement intéresser le droit : « Si le droit est susceptible de contribuer à l'exclusion où à la marginalisation, ou au contraire, s'il est apte à procurer certains moyens de l'enrayer, c'est précisément parce qu'il se préoccupe de décrire et d'ordonner les relations sociales. En d'autres mots, le droit est par essence en relation avec la problématique de la pauvreté », *Droit et pauvreté*, op. cit., pp. 33 et 37.

l'individu. L'individu est ce qui est indivis en soi et distinct des autres ¹⁰⁰, c'est l'homme parmi d'autres. Il n'a pas à proprement parler de dignité. Raisonner en terme d'individualité, selon les personnalistes, est donc extrêmement dangereux.

B. – Dignité et liberté

Le point clef du concept de dignité humaine réside sans doute dans la confrontation, ou association, des deux notions fondamentales de dignité et de liberté. La personne est digne car c'est un être libre. À partir de Boèce, il est acquis que la liberté de la personne est fondée sur la raison. Les concepts de dignité et liberté très rapidement associés ne peuvent pas pour autant être confondus.

En étudiant l'acte humain, Thomas d'Aquin va insister sur le principe d'autonomie de la volonté personnelle, principe fondé sur le fait que l'homme est raisonnable et partant qu'il est libre. Il décompose en effet l'acte en une série d'étapes où s'exerce la liberté humaine malgré les conditionnements. Ceci engage sa responsabilité car l'homme ne peut être responsable que d'actes libres ¹⁰¹.

E. Kant associe très souvent la dignité à la liberté, à tel point qu'on peut se demander s'il n'identifie pas les deux termes ¹⁰². Par opposition aux phénomènes qui sont tous sous la détermination de causalités, selon la loi de la nature, la raison est capable d'une « spontanéité absolue, c'est-à-dire d'une liberté » ¹⁰³. C'est donc la raison qui selon Kant permet la liberté. La personne étant par définition raisonnable, elle est libre. Les concepts de dignité et de liberté ont ainsi été associés pratiquement depuis l'origine, et pourtant le droit n'a longtemps reconnu que celui de liberté ¹⁰⁴.

Le respect de la dignité humaine s'est traduit par le respect de la liberté humaine. Quand la liberté de l'homme était protégée, on considérait que sa dignité l'était aussi. Était-ce restrictif ?

Historiquement les droits de l'homme sont nés pour protéger la liberté de l'homme par rapport à l'État ¹⁰⁵. Cette conception de la dignité était donc

- 100. «Individuum autem est quod est in se indistinctum, ab aliis vero distinctum», Thomas D'Aquin, question 29, art 4,ad.
 - 101. Somme théologique, I-II, q. 1, article 1.
 - 102. Z. KLEIN, op. cit., p. 46.
 - 103. Ibid., pp. 47-52.
- 104. Notons d'ailleurs que dans la grande majorité des proclamations juridiques de la dignité, les termes liberté et dignité sont juxtaposés.
- 105. Nous pourrions préciser en disant que les droits de l'homme sont apparus pour protéger le « citoyen-propriétaire » : « Dans un système politique qui, selon le modèle proposé par Locke, a lié la liberté à la propriété, la solidité de celle-ci et les protections qu'elle a obtenues contre toute immixtion de l'État garantissent la liberté du citoyen-propriétaire » (Préface de F. RIGAUX, à *Droit et pauvreté, op. cit.*). Retrouver le lien liberté-dignité permet de concevoir tout autrement les droits de l'homme.

parfaitement justifiée. Aujourd'hui les droits de l'homme prennent une toute autre ampleur. Ils entraînent des obligations positives à la charge des pouvoirs publics, mais aussi de la part des individus.

L'État, ou la personne, peut considérer respecter la liberté d'autrui sans pour autant respecter sa dignité ¹⁰⁶. La dignité exige donc la liberté mais la liberté n'est pas toute la dignité. Ainsi je peux laisser mon voisin tourner une arme contre lui-même du fait de sa liberté, mais respecterais-je pour autant sa dignité ? De même, je peux considérer, d'une certaine façon, que la personne qui mendie et vit sous les ponts est libre, mais n'est-il pas dégradant de la laisser vivre ainsi ? La liberté engendre le devoir de reconnaître la liberté de l'autre. Tandis que la reconnaissance de la dignité de l'autre est beaucoup plus exigeante. Ce principe mène donc aux devoirs, tant de la part de l'État que de l'individu. Il rend nécessaire la solidarité.

Ce conflit de normes, liberté-dignité, est nouveau ¹⁰⁷. Il pose toute une série de problèmes. Tout d'abord n'exige-t-il pas une hiérarchie entre ces

106. Cf. notamment J.F. Flauss à propos des «lancers de nains», «L'interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l'homme, Note sous Tribunal administratif de Versailles, 25 février 1995 », Revue française de droit administratif RFDA, novdéc. 1992, pp. 1026-1031. Cf. la décision du Conseil constitutionnel n° 94-343/344, 27 juillet 1994, (lois relative au respect du corps humain et relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal). Cf. le commentaire de Th. Bréhier, le Monde, 29 juillet 1994, pp. 1 et 7 : « Pour donner une base constitutionnelle à ces lois, le Conseil a donc procédé à une avancée jurisprudentielle. Il a considéré que « la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ». [...] Pour «inventer » ce nouveau principe, le Conseil s'est appuyé sur l'introduction de ce préambule [de 1946] qui ne fait que préciser dans quelles conditions il a été rédigé : la victoire sur « les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine». En quelque sorte, les gardiens de la Constitution tirent d'un « exposé des motifs » une valeur normative [...] Une telle avancée était toutefois indispensable pour « contrer » la « liberté individuelle » et ainsi permettre à l'État d'interdire à l'individu de faire ce qu'il veut de son corps ». Sur cette décision cf. les nombreux commentaires dans J.C.P. (Ch. Byk, 1994, éd. G., n° 39, pp. 405-414; G. RAYMOND, 1994, éd. G., n° 43, pp. 453-462 (surtout pp. 460-461); E. Picard, 1995, ed. G., n° 14, p. 154); F. Luchaire, «Le Conseil Constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation », R.D.P., nov.-déc. 1994, pp. 1621-1662, B. Mathieu, « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défi de la science », dans RFDA 10 (5), sept.-oct. 1994, pp. 1019-1032, L. FAVOREU, «Jurisprudence du Conseil Constitutionnel », R.F.D.C., 1994, n° 20, PUF, pp. 800-811, M. Delmas-Marty, «Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », R.S.C., (3) juill.-sept. 1994, pp. 477-490).

107. La contradiction des droits de l'homme entre-eux n'est elle-même pas une nouveauté : « Considérés en termes de protection absolue, les Droits de l'homme se contredisent parfois entre-eux (égalité et liberté, vie privée et santé...). En revanche, ils deviennent opérationnels, lorsqu'ils sont interprétés en termes de limites, de dérogations, d'exceptions, de restrictions » (M. Delmas-Marty, « L'homme des droits de l'homme n'est pas celui du biologiste », dans Esprit, 1989, n° 11, p. 117). Ce qui est nouveau c'est ce conflit avec la dignité humaine. Si réfléchir en terme de limite nous semble intéressant, cela ne nous semble pas suffisant, car ce qui nous paraît plus important est l'obligation positive engendrée.

normes? L'indérrogeabilité de ces principes pose alors de sérieuses difficultés. Nous connaissons les limites du principe de liberté, mais cela nous permet-il d'affirmer, si rapidement, que le principe de dignité est supérieur à celui de liberté?

En cas de conflit, lequel doit donc primer ¹⁰⁸? Par ailleurs, le caractère juridique du principe de dignité humaine est encore très limité. Ce concept interprétatif du droit est-il un biais indispensable pour faire évoluer le droit ou en existe-t-il d'autres, plus normatifs, qu'il serait préférable d'utiliser?

L'apparition récente en droit du concept de dignité est cependant très prometteuse. Il paraît extrêmement dynamique et riche en potentialités. Le concept de dignité, plus large que celui de liberté, pourrait, en effet, servir de moteur à l'interprétation du droit. Tout récemment reconnu comme un principe constitutionnel français, il a déjà servi, tant dans le cadre de la bioéthique que pour fonder le droit au logement. Jusqu'où peut nous mener cette nouvelle « relecture » des droits de l'homme ?

C. - Dignité et égalité

Le rapport dignité-égalité est également très intéressant à envisager.

Kant a expliqué que l'homme « possède une dignité [une valeur intérieure absolue], [...] qui lui permet de se mesurer avec chacune d'elles [les autres créatures raisonnables] et de s'estimer sur le pied de l'égalité » ¹⁰⁹. L'égale dignité de tous les hommes fonde l'égalité de tous.

C'est parce que chaque homme est doté de la dignité de personne que tous sont égaux. Partant, nier à quelqu'un la dignité, revient à le considérer comme inférieur, et non plus comme un être humain. La dignité n'est ainsi pas quelque chose de relatif, la personne n'a pas plus ou moins de dignité par rapport à une autre personne. Il ne saurait être question de valeur, de hiérarchie, d'une plus ou moins grande dignité. C'est pourquoi la dignité fondamentale de l'homme est un absolu. Elle est totale et indestructible. Elle est ce qu'on a appelé inamissible, elle ne peut se perdre. Ces constations viennent à nous interroger sur l'expression « perdre sa dignité ».

A priori, si la dignité est cet absolu décrit, cela n'a aucun sens. Pourtant l'expression est utilisée. Il nous faut alors soit reconnaître qu'il n'est plus question de la dignité au sens fondamental, soit montrer qu'à partir d'un

108. Il nous semble que vouloir opposer ces deux concepts fondamentaux nous mène à des impasses, parce que loin de se contredire, bien comprises, la liberté et la dignité sont inséparables. En termes de droits de l'homme, nous faisons référence à l'indivisibilité des droits. Opposer la liberté à la dignité, c'est avoir une conception fractionnée de l'homme, c'est ne pas le comprendre dans sa globalité. Cf. notamment, P. MEYER-BISCH, Le corps des droits de l'homme, l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme, Éd. Universitaires de Fribourg, Suisse, 1992.

109. Doctrine de la vertu, pp. 96-97, trad. J. BARNI, Paris, 1855, cité par ibid., pp. 23.

certain seuil – qu'il faudrait définir – l'homme n'est plus un homme. Selon la seconde possibilité, un homme pourrait perdre sa dignité fondamentale, et donc sa qualité d'homme. Il serait alors un animal et pourrait donc être traité comme tel. C'est ainsi qu'ont été traités les juifs, les homosexuels, les handicapés et tant d'autres, par les nazis ¹¹⁰.

Si la première possibilité s'avère juste, le terme « dignité » peut être utilisé de façon différente ou, dirons-nous, la dignité a deux dimensions. Une personne, tout en gardant sa dignité, que nous qualifierons de « fondamentale », peut connaître des conditions de vie tellement avilissantes ou agir de façon si contraire aux principes d'humanité qu'elle « perd sa dignité », mais il est alors question d'une dignité d'une autre dimension à la dignité fondamentale dont il a été question jusqu'à présent. L'homme est traité ou agit indignement, c'est-à-dire que « sa dignité est atteinte », pourtant il reste une personne dotée pleinement de la dignité fondamentale. Selon M. Schattner, seule la « dignité personnelle » de l'homme est atteinte 111. En précisant, que l'objet du droit, son concept de base, est et doit rester essentiellement la dignité fondamentale, tandis que l'éthique seule s'intéressera à la dignité personnelle. Ceci nous amènera ultérieurement à considérer le « droit à la dignité » et le « droit au respect de la dignité ». Sachons pour l'instant que les droits de l'homme ont reconnu le lien entre dignité et égalité. Dès l'article 1er de Déclaration universelle des droits de l'homme, dignité et égalité sont associés :

« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ».

D. – Dignité et fraternité

La dignité de l'Autre m'oblige à la fraternité. E. Lévinas n'utilise pas le concept de dignité, mais il explique qu'en me reconnaissant (« le Même ») dans le visage de l'autre, ma liberté me fait lui répondre par la bonté ¹¹². C'est uniquement par cette réponse fraternelle que je suis libre. La preuve de l'unicité du genre humain se trouve, pour le philosophe, dans ce senti-

^{110.} Ils ont été traités encore moins que des animaux : cf. note 2.

^{111.} Op. cit., pp. 130-132. Cf. note 81.

^{112. «} L'être qui s'exprime s'impose, mais précisément en en appelant à moi de sa misère et de sa nudité – de sa faim – sans que je puisse être sourd à son appel. De sorte que, dans l'expression, l'être qui s'impose ne limite pas mais promeut ma liberté, en suscitant ma bonté. » Totalité et Infini, op. cit., p. 219.

ment profond de solidarité, ou de fraternité, et non pas l'identité biologique ¹¹³.

Le philosophe G. Marcel est encore plus catégorique : « Si la dignité humaine peut être aujourd'hui pleinement reconnue [...] c'est à condition de se placer dans la perspective de la fraternité et non dans celle de l'égalitarisme » ¹¹⁴. Et il n'hésite pas à donner un sens extrêmement fort au terme fraternité. Il n'est pas question pour lui de faire « 'comme si' les hommes étaient des frères » ¹¹⁵. Le problème est alors de savoir si le droit peut rendre compte du principe de fraternité ? Pour lui, seul celui d'égalité, qui est revendicateur, est du domaine du droit, la fraternité est d'un autre ordre ¹¹⁶.

Ce qui reste indiscutable c'est que le respect de la dignité d'autrui entraîne un certain nombre d'obligations tant de la part des autorités publiques que de tout individu. Peut-être devrons nous préférer le terme de solidarité.

E. - Dignité et respect

« Le respect s'applique toujours uniquement aux personnes, jamais aux choses », dit Kant ¹¹⁷. La définition du philosophe de la dignité est très riche. L'homme considéré « comme une fin en soi, c'est-à-dire qu'il possède une dignité (une valeur intérieure absolue), par laquelle il force au *respect* de sa personne toutes les autres créatures raisonnables [...] » ¹¹⁸.

- 113. « Toute relation sociale, comme une dérivée, remonte à la présentation de l'Autre au Même, sans aucun intermédiaire d'image ou de signe, par la seule expression du visage. L'essence de la société échappe, si on la pose semblable au genre qui unit les individus semblables. Il existe certes un genre humain comme genre biologique et la fonction commune que les hommes peuvent exercer dans le monde comme totalité, permet de leur appliquer un concept commun. [...] Que tous les hommes soient frères ne s'explique pas par leur ressemblance [mais mystérieusement par] un phénomène de solidarité. C'est ma responsabilité en face d'un visage me regardant comme absolument étranger et l'épiphanie du visage coincide avec ces deux moments qui constitue le fait originel de la fraternité ».
 - 114. G. MARCEL, op. cit., p. 174.
 - 115. Ibid., p. 171.
- 116. « L'égalité est égocentrique : je prétend que je suis ton égal. La fraternité est hétérocentrique ; je te salue comme mon frère, non seulement je te reconnais comme différent de moi, mais je peux me réjouir de ta supériorité à tout le moins en ce qui nous concerne, toi et moi, le prurit égalitaire m'est épargné [...] L'erreur à mon sens impardonnable de tant d'idéologues et même, chose étrange, de certains penseurs religieux à tendance progressiste, a été de ne pas voir que la fraternité seule porte sur les êtres, alors que l'égalité mieux vaudrait dire l'identité ne concerne que les droits. C'est l'erreur clé qui est à l'origine des aberrations égalitaires » (« Testament philosophique », dans Homenaje a X. Zubiri, vol. 1, Editorial Moneda y Credito, Madrid, 1970, pp. 330-331).
- 117. Critique de la raison pure, cité par A. FAGOT-LARGEAULT et G. DELAISI DE PARSEVAL, op. cit., p. 91. Cette affirmation est d'autant plus intéressante qu'elle renvoie à la distinction juridique fondamentale des personnes et des choses : cf. note 94.
 - 118. Doctrine de la vertu, pp. 96-97, cité par Z. Klein, op. cit., pp. 23-24, cf. note 39.

La dignité de tous les hommes, leur liberté et leur égalité, m'oblige au plus grand respect. Cette attitude du respect n'est pas l'indifférence. Pour Kant, en effet, l'expression « respect » est très puissante. « La législation même qui détermine toute valeur doit avoir précisément pour cela une dignité, c'est-à-dire une valeur inconditionnée, incomparable que traduit le mot de respect, le seul qui fournisse l'expression convenable de l'estime qu'un être raisonnable en doit faire » ¹¹⁹. L'homme se doit respecter sans condition la loi. Or la loi par excellence est que l'homme ne peut jamais être considéré comme un moyen, mais comme une fin. L'expression « respect » développée par Kant est intéressante à plus d'un titre.

Tout d'abord, le philosophe a expliqué que l'homme ne doit pas seulement respecter la dignité d'autrui mais aussi sa propre dignité ¹²⁰. De la dignité humaine découle des devoirs. Tout en sachant que, quelles que soient les circonstances, la dignité fondamentale de l'homme ne peut être atteinte, il est contraire à la dignité d'un individu de « porter atteinte à la dignité » d'une autre personne.

L'indignité de certains actes peut faire perdre au sujet sa dignité « personnelle ». L'homme qui agit indignement est déchu de droits fondamentaux qui découlent de cette dignité. Ainsi, si tout homme a droit à la vie, en cas de légitime défense, la mort de l'agresseur n'est pas injuste. L'agresseur a perdu sa dignité « personnelle » ¹²¹. De même, il est contraire à la dignité d'agir envers soi-même de façon inhumaine (automutilation, certaines utilisations de son corps ¹²², etc.). Humilier gravement l'autre ou soi-même, a toujours pour conséquence de porter atteinte à sa propre dignité. Ne pas respecter sa propre dignité a donc des conséquences importantes en matière de droits de l'homme. Ce pourrait être là un apport fondamental du concept de la dignité humaine au droit, la dignité est rétroactive. Elle nécessite le respect de l'autre, des devoirs de solidarité notamment, mais aussi un respect de soi-même.

Kant nous permet aussi de préciser la portée de l'idée de respect dans l'expression « droit au respect de la dignité ». Si nous reprenons notre définition bivoque de la dignité, le droit au respect de la dignité correspond le mieux à celle-ci. En effet, si défendre le droit à la dignité est parfaitement recevable quand il est nécessaire de restituer à l'homme cette dignité qu'il a perdue pour diverses raisons, nous ne pouvons parler d'un droit à la dignité quand il est question de la dignité fondamentale.

Car, nous l'avons vu, la personne humaine garde sa dignité indépendamment de tout ce qui extérieurement et intérieurement peut l'affaiblir, l'hu-

^{119.} Ibid., pp. 142-143, cité dans ibid. p. 24 : cf. note 43.

^{120.} Cf. notes 40 et 41.

^{121.} B.D. DE LA SOUJEOLE, op. cit., pp. 680-681.

^{122.} Cf. la décision du Conseil constitutionnel relative aux lois sur la bioéthique.

milier, ou le détruire. L'homme dans la souffrance physique ou psychologique la plus terrible, dans des conditions économiques et sociales épouvantables ou, à l'inverse, agressant l'autre, reste un homme pourvu de dignité, de la même dignité fondamentale que tout homme. Aussi préférons nous parler d'un droit au respect de la dignité ¹²³, droit absolu et inaliénable.

Le droit au respect de la dignité de l'homme handicapé ou de l'homme condamné à mort pour avoir torturé, est le même. Il est dû à l'homme parce qu'il est homme. D'autant que cette expression est également valable quand il est question de protéger l'homme de toutes les atteintes à sa dignité.

* *

Si la dignité humaine n'est pas une illusion, on peut distinguer les deux démarches fondamentales qui la conceptualisent. L'une selon laquelle la dignité est conférée à l'homme par grâce divine. L'autre selon laquelle la dignité humaine est un présupposé, à partir duquel on fonde des droits naturels de l'homme.

Nous l'avons vu, la théologie de Thomas d'Aquin exprime une dignité unique, inaliénable, incorruptible et inamissible. La dignité de l'homme est alors un don de Dieu. Il serait bien rapide de reprocher à Thomas d'Aquin de poser comme présupposé de base la foi en Dieu. Car tout le but de sa recherche est de parvenir à ces conclusions sans que soit nécessaire la révélation divine. En effet, pour lui, tout être raisonnable peut y parvenir. La foi est d'un autre ordre. Il n'empêche que les explications du docteur angélique sont souvent rejetées pour ce motif. Quoi qu'il en soit, l'autre démarche philosophique nécessite aussi une foi, la foi dans l'homme ¹²⁴. Elle revient à poser l'axiome suivant : l'homme est digne parce qu'il est digne. Ainsi, la dignité est soit fondée sur Dieu, soit fondée sur elle-même. Elle nécessite

123. Cf. Loi fondamentale allemande (23 mai 1949), article 1 er, al. 1 « La dignité de l'homme est intangible. Tout pouvoir public est tenu de la respecter et de la protéger »; PIDCP (16 décembre 1966), article 10 « [...] toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine »; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (28 juin 1981), article 5 « Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine »; Préambule de la Déclaration des libertés et droits fondamentaux (adoptée par le Parlement européen, 12 avril 1989) « Il est indispensable pour l'Europe de réaffirmer l'existence d'une communauté de droit fondée sur le respect de la dignité et des droits fondamentaux »; ou droit à la sauvegarde de la dignité, cf. jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

124. Pour les tenants de la philosophie réaliste, une telle analyse est erronée. Il n'est pas question de croire en l'homme, il suffit d'observer le réel.

toujours une croyance ¹²⁵. C'est ce qui la rend si difficile à définir, à cerner et à utiliser en droit ¹²⁶.

Nous posons que la dignité – que nous appellerons fondamentale ou radicale – de la personne humaine est, qu'elle est l'essence même de l'homme, qu'elle lui donne toute sa valeur. L'homme sans dignité n'est plus un homme. La dignité humaine trouve, pour nous, sa source en un Dieu personnel ¹²⁷. Nous n'admettrons pas que la dignité fondamentale soit en devenir, c'est-à-dire qu'elle s'acquière ou peut disparaître. Tout homme en tant que personne a une dignité, elle est inamissible, même celle du plus horrible des bourreaux.

Par contre, en aimant, en se décentrant de soi-même, et par la connaissance, ce qu'est la personne elle-même, ce que je suis, se manifeste et se développe. La personnalité de l'homme – à comprendre au sens existentiel –, se révèle et s'accroît. Il peut alors être question de dignité, mais dans un sens différent.

Aussi le regard de l'autre ne saurait-il me reconnaître ma dignité, elle y préexiste. La dignité humaine est indépendante de toute reconnaissance. Nous préférons donc parler du droit au respect de la dignité. Ceci nous permet de conclure sur les origines théologiques et philosophiques de la dignité. Mais affinons nos conclusions en ce qui concerne le droit.

Nous l'avons vu, pour A. Verdross la dignité humaine est le principe fondateur des droits de l'homme. Or des juristes s'inscrivent en faux par rapport à A. Verdross. Ils ne contestent non pas le concept de dignité, bien au contraire, mais le fait que ce principe philosophique puisse fonder le droit.

Ainsi, A. Sériaux expose que « c'est une perversion radicale de l'essence du phénomène juridique que de poser des titres antérieurs à toute mesure. Aussi convient-il d'affirmer que la personne humaine a sans doute des droits naturels, mais qu'elle ne tient pas ces droits de sa dignité : ils sont dus à

125. « Croire en l'homme, c'est croire qu'en son unité profonde, l'homme existe, l'homme pense, l'homme vaut; et dernier pas décisif, l'homme ne saurait exister, penser, et valoir qu'en tant que personne [...] Otée la personne, l'homme, tout entier résultat ou effet, n'accéderait pas à l'existence vraie » E. Borne, op. cit., pp. 123-124.

126. L'idée de croyance et de foi va rester très présente, surtout au moment de l'apparition du concept, cf. préambule de la DUDH, 5° considérant : « Considérant que dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur *foi* dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine ».

127. Même si, d'accord avec G. MARCEL, nous dirions que : « Ce serait, je crois, une erreur et en tout cas une imprudence de prétendre que la dignité humaine ne peut être affirmée que par ceux qui sous quelque modalité confessionnelle que ce soit, reconnaissent explicitement Dieu comme père de tous les hommes, cette dignité apparaissant comme la marque même de l'imago dei. Ou plus exactement j'ai le sentiment qu'une telle position ne saurait être acceptée purement et simplement – sans qu'il soit d'ailleurs question de la rejeter explicitement », La dignité..., op. cit., p. 174.

une mesure antérieure déterminée par Dieu, son créateur, via l'ordre naturel des choses » ¹²⁸.

Et l'auteur explique, en s'appuyant sur Aristote et Thomas d'Aquin, que le droit est la mesure d'un rapport. Ce rapport s'établit, généralement, entre des personnes. Le droit ne saurait être fondé sur la personne elle-même. Il n'existe donc pas de lien entre le principe philosophique et le concept juridique. C'est seulement plus tard que le sens du mot droit a été perverti et utilisé à d'autres fins ¹²⁹. Les récents textes de droit positif qui incorporent le principe de la dignité humaine seraient le triste exemple de cette perversion ¹³⁰.

La dignité humaine peut-elle donc être finalement considérée comme une source du droit ? Ce n'est plus la question de la dignité humaine qui est alors posée, mais celle de ses rapports avec le droit ; question bien difficile. Pour M. Villey ou A. Sériaux, reconnaître la dignité comme source de droit c'est confondre la morale et le droit ¹³¹. Pour d'autres, le droit et la morale ayant le même fondement – la justice ¹³² – il n'y a aucune difficulté à ce que la dignité de l'homme soit aussi un principe juridique. Pour d'autres enfin, la plupart des droits de l'homme ne sont que des principes moraux devenus des dispositions juridiques ¹³³.

- 128. A. Sériaux, Le droit naturel, PUF, Coll. Que sais-je? n° 2806, Paris, 1993, pp. 121-122. En utilisant la même définition du droit, mesure d'un rapport défini par Dieu, peut-on contester A. Sériaux en posant que cette mesure est justement la dignité humaine? Pour une rapide critique, dans un autre sens, de la conclusion de Sériaux, voir B.D. DE LA SOUJEOLE, op. cit.
- 129. « Dans la conception aritotélico-thomiste, la notion de droit est une ; elle est synonyme de mesure. Le droit est la règle ou mesure qui permet de départager deux ou plusieurs personnes en relation d'altérité. Ce partage une fois opéré, il devient alors possible de fixer exactement ce qui revient en justice à chacune, ce qui est à proprement parler « le sien » » (ibid. p. 66). On retrouve là, pour l'essentiel, M. VILLEY (cf. Le droit et les droits de l'homme, PUF, Coll. Questions, Paris, 1983), mais avec d'importants désaccords. Dans son ouvrage, A. Sérieux s'oppose notamment à certaines positions que Villey a tenues sur la non-universalité du droit (op. cit., p. 43).
- 130. Pour A. Sériaux le droit positif n'est valable que s'il est conforme au droit naturel ; or, pour lui, la dignité humaine n'est pas de droit naturel.
- 131. C'est la grande confusion reprochée par Villey à Kant. En effet, pour Kant, le droit est l'extériorisation de la loi morale, qui est, elle, intérieure. Le droit permet la sanction de la non-application de la loi morale.
- 132. « C'est en ce sens que le droit est justice « particulière » (Aristote-Saint Thomas), comme faisant partie de la justice « générale » qui est morale. D'où l'unité du juridique et du moral du point de vue de leur fondement », J.M. TRIGEAUD, Droits de Dieu..., op. cit., p. 24.
- 133. «[...] on assiste à l'intégration formelle dans le système du droit international, par voie de traités, de principes en soi moraux, comme cela c'est produit pour la plupart des principes énoncés dans la Déclaration universelle » (Institut de droit international, La sauvegarde des droits de l'homme et le principe de non intervention dans les affaires intérieures des États, rapport provisoire de G. Sperduti et résolution, session de St-Jacques de Compostelle, A.I.D.I. 1989, éd. Pedone, Paris, vol. 63 I, pp. 328).

Les plus pragmatiques se contenteront, eux, de viser les textes de droit positif qui intègrent la dignité humaine et d'en étudier la portée. Toute la difficulté alors est de savoir en quoi ce droit est opérant. En effet, des textes de droit positif ont inséré dans leurs dispositions le concept de dignité ¹³⁴.

Celui-ci n'est donc plus seulement un concept de philosophie morale fondateur, mais aussi un concept juridique. La dignité humaine doit ainsi non seulement être respectée en tant que principe moral essentiel, mais aussi en tant que disposition de droit positif. Respecter la dignité de tout homme nécessite des obligations positives. Voilà les conclusions que l'on peut tirer des deux récentes décisions du Conseil constitutionnel français ¹³⁵. Non seulement le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation « s'oppose » à toute mesure qui irait à son encontre, mais aussi « impose » des prestations matérielles effectives ¹³⁶.

Au delà de la question du respect effectif de la dignité, ce concept nous conduit à d'autres concepts fort importants que sont l'indérogeabilité et l'indivisibilité. L'étude de la dignité amène nécessairement à considérer l'homme dans sa globalité. Si tel n'était pas le cas, tout ceci ne serait que « beaucoup de bruit pour rien »...

134. Cf. notamment l'article 10, § 1 du PIDCP. C'est volontairement que les membres de la troisième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies ont spécifié que les personnes privées de liberté doivent être traitées « avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ». En effet, ils ont estimé que l'obligation ainsi définie était destinée à établir des normes positives (ce que n'exigerait pas l'interdiction de « traitements inhumains de l'article 7 du même Pacte). Cf. ONU A/4045, § 79.

135. Décision du 27 juillet, op. cit., et Décision n° 94-359 du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat. Pour mémoire, rappelons l'article 22 du projet de la Constitution française d'avril 1946 (soit trois ans avant la Loi fondamentale allemande dont l'article 1er proclame la dignité intangible de l'homme) selon lequel : « Tout être humain possède, à l'égard de la société, des droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de sa personne, son plein développement physique, intellectuel et moral ». Cf. aussi, dans le même projet, les articles 27, 28 et 38. Voir M. Duverger, Constitutions et documents politiques, PUF, Thémis, 1992, p. 181 pour le projet français et p. 696 pour la Loi allemande.

136. Cf. F. Luchaire, op. cit., pp. 1650-1651. La deuxième décision illustre parfaitement les conséquences positives de ce nouveau principe. Le juge tire du principe à valeur constitutionnelle de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine (et des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946) « un objectif de valeur constitutionnelle » : « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent ». Il explique aussi que ce progrès est sans retour : « le législateur peut [...] modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives [...] à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes a valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objectif de mettre en œuvre ».