ASPECTS

Revue d'études francophones sur l'État de droit et la démocratie

2008 - n° 1 | Pages 1-185

Dossier :

CULTURES JURIDIQUES

Articles :

- Au pays des nuages ordonnés
- Légitimer la diversité
- Identité méditerranéenne et convergence des cultures juridiques
- S'exprimer au Congo Kinshasa
- La déraison dans l'État de droit
- Que doit faire une Constitution ? Le multiculturalisme dans la Constitution argentine
- Droits de la femme et pluralisme aux Comores
- Cultures juridiques et aménagement jurilinguistique en Afrique
- Pour une généalogie de la question des droits de l'homme
- La relation des droits aux devoirs : approche interculturelle

Auteurs :

- Mireille Delmas-Marty
- Mónica Pinto
- Pierangelo Catalano
- Katambu Ambroise Bulambo
- Sidi Mohammed Barkat
- Alicia Noemí Farinati
- Laurent Sermet
- Camille Roger Abolou
- Marcello Raffin
- Dany Rondeau

éditions des archives contemporaines

Agence universitaire de la Francophonie

ASPECTS

Revue d'études francophones sur l'État de droit et la démocratie

n° 1 - 2008 | pages 1-185

CULTURES JURIDIQUES

Revue **ASPECTS**, 2008 - n° 1
Dossier : **CULTURES JURIDIQUES**
http://www.revue-aspects.info

Comité de lecture

Hassan ABDELHAMID
Faculté de droit de l'Université Ain Chams - Le Caire, Egypte
Coordonnateur du réseau *Droits fondamentaux*
Courriel : yhassan40@hotmail.com

Eugénie R. AW
Directrice du Centre d'études des sciences et techniques de l'Information
Université Cheikh Anta Diop - Dakar, Sénégal
Réseau *Genre, droits et citoyenneté*
Courriel : eugenieraw@hotmail.com

Violeta COJOCARU
Faculté de droit de l'Université d'État de Chisinau, Moldova
Vice-présidente du bureau de la CIFDUF
Courriel : violetacojocaru@yahoo.fr

Stéphane DOUAILLER
Département de philosophie
Université Paris VIII-Vincennes
Courriel s.douailler@free.fr

Ciprian MIHALI
Département de philosophie
Université « Babes-Bolyai » - Cluj-Napoca, Roumanie
Coordonnateur du réseau *L'état de droit saisi par la philosophie*
Courriel : ciprianmihali@yahoo.fr

Mélanie SAMSON
Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, Suisse
Réseau Droit de la santé
Courriel : samson2@hei.unige.ch

Éditorial

La revue ASPECTS est publiée par les *éditions des archives contemporaines* en partenariat avec *l'Agence universitaire de la Francophonie*.

Éditions des archives contemporaines
41, rue Barrault, 75013 Paris – Tél/Fax : +33.1.45.81.56.33
info@eacgb.com – www.eacgb.com

Agence universitaire de la Francophonie
4, place de la sorbonne - Télephone : +33 1 44 41 18 18
Télécopie : +33 1 44 41 18 19

Copyright © 2007 Éditions des archives contemporaines en partenariat avec l'Agence universitaire de la Francophonie (AUF).

Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation réservés pour tous pays. Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit (électronique, mécanique, photocopie, enregistrement, quelque système de stockage et de récupération d'information) des pages publiées dans le présent ouvrage faite sans autorisation écrite de l'éditeur, est interdite.

Tarifs

- Abonnement
(2 numéros par an)

France 1 an : 48 euros (Frais de port en sus 4 euros)
Étranger 1 an : 48 euros (Frais de port en sus 8 euros)

Pour toutes correspondance relative aux abonnements, s'adresser à :
Éditions des archives contemporaines
41, rue Barrault, 75013 Paris – Tél/Fax : +33.1.45.81.56.33
info@eacgb.com – www.eacgb.com

(Voir *Bon d'abonnement* encarté dans la revue)

- Ventes au numéro

La revue est disponible chez les principaux libraires en France

Prix du numéro : 26,00 euros
(Frais de port en sus 2,50 euros)

SOMMAIRE

OUVERTURE - **1**

ÉDITORIAL - **5**

I. L'ESPACE INTERNATIONAL

Mireille Delmas-Marty,
Au pays des nuages ordonnés - **13**

Mónica Pinto,
Légitimer la diversité - **27**

II. LES CULTURES DU MONDE

Pierangelo Catalano,
Identité méditerranéenne et convergence des cultures juridiques - **41**

Katambu Ambroise Bulambo,
S'exprimer au Congo Kinshasa - **57**

Sidi Mohammed Barkat,
La déraison dans l'État de droit - **83**

Alicia Noemí Farinati,
Que doit faire une Constitution ?
Le multiculturalisme dans la Constitution argentine - **95**

Laurent Sermet,
Droits de la femme et pluralisme aux Comores - **101**

III. PROBLÈMES ET PARADIGMES THÉORIQUES

Camille Roger Abolou,
Cultures juridiques et aménagement jurilinguistique en Afrique - **115**

Marcello Raffin,
Pour une généalogie de la question des droits de l'homme - **133**

Dany Rondeau,
La relation des droits aux devoirs : approche interculturelle - **141**

RECENSIONS - **167**

ACTUALITÉS DES RÉSEAUX - **179**

OUVERTURE

L'Agence universitaire de la Francophonie attache une importance particulière aux efforts de recherche qui permettent à la communauté universitaire d'accomplir une mission essentielle de la Francophonie : contribuer à la promotion de la paix, de la démocratie, ainsi qu'à l'État de droit et aux droits de l'Homme.

Afin de répondre aux défis de la recherche juridique en Francophonie, l'Agence soutient la mise en place de réseaux multilatéraux de chercheurs qui visent à renforcer un espace de recherche francophone en tenant compte de la diversité des systèmes juridiques propres à chaque pays de la Francophonie. Outils indispensables de la circulation du savoir scientifique, les réseaux Droits fondamentaux, L'état de droit saisi par la philosophie, Droit de la santé et Genre, droits et citoyenneté partagent des caractéristiques et des objectifs communs, dont celui de développer des instruments au service de la diffusion des travaux de recherche qu'ils soutiennent.

L'avenir de la recherche francophone dans le domaine des sciences juridiques ne peut être défini que sur la base d'une logique partagée entre les établissements d'enseignement membres de l'Agence, en vue de concilier des attentes différentes suivant qu'il s'agit d'un établissement du Nord ou du Sud, ou d'une région déterminée de la Francophonie.

C'est dans cette démarche que s'inscrit la création de la Revue ASPECTS. Elle est le résultat d'une collaboration entre les réseaux de chercheurs du Programme *Aspects de l'État de droit et démocratie* de l'Agence et la Conférence internationale des facultés de droit ayant en commun l'usage du français (CIFDUF). Elle répond à trois objectifs : expliciter et approfondir les concepts fondamentaux des droits des pays francophones ; appréhender la diversité et les interactions des systèmes juridiques des pays francophones ; entrer en dialogue avec des disciplines transversales du droit en y intégrant une dimension comparée, politique, historique, philosophique, anthropologique.

Tracer une perspective d'avenir pour les différents projets liés à la recherche et soutenus par les réseaux, voilà qui implique de s'interroger préalablement sur les objectifs qu'ils doivent poursuivre, et donc de définir les spécificités d'une revue d'études francophones sur l'État de droit et la démocratie : faut-il partir de l'objectif du projet scientifique ? Privilégier une approche pluridisciplinaire ? Convient-il de faire droit, d'emblée, à l'origine géographique du chercheur qui participe au projet, et donc à la diversité culturelle des membres de la communauté universitaire francophone ?

Certaines recherches portent sur l'étude d'une branche du droit pensé dans sa dimension nationale, avec accessoirement une ouverture aux autres droits des pays francophones. Les sciences juridiques y sont parfois présentées comme un ensemble de règles techniques et les résultats de la recherche se limitent à une description ordonnée du droit en vigueur. Le chercheur est trop souvent identifié à un technicien, doté d'une connaissance précise de règles régissant telle ou telle

branche du droit, sans pour autant que ces travaux permettent de saisir les enjeux liés à la place du droit dans un pays francophone. Ces recherches s'inscrivent dans une logique d'échanges d'informations dans la branche des droits positifs nationaux étudiés, et aboutissent généralement à une étude juxtaposée de droits étrangers.

L'Agence universitaire de la Francophonie a-t-elle vocation de soutenir des recherches dont le seul résultat serait la publication de catalogues de droits nationaux ? Les programmes de recherche en sciences juridiques soutenus par les réseaux doivent-ils se limiter à une offre pour techniciens ayant une bonne connaissance (d'une partie) du droit positif (lequel) ?

L'une des vocations de la recherche francophone dans le domaine des sciences juridiques devrait être de développer des connaissances permettant une maîtrise des concepts fondamentaux des droits des pays francophones avec pour objectif de permettre aux chercheurs francophones de se familiariser avec des disciplines transversales aux sciences juridiques et de privilégier de nouvelles perspectives ; par exemple :

● l'étude des rapports qu'entretiennent un droit pensé dans sa dimension nationale et le droit international ou régional, en tenant compte des particularismes politiques, économiques et culturels à l'échelle régionale ;

● l'étude dans une logique comparatiste des rapports qu'entretiennent des droits toujours pensés dans une dimension nationale, c'est-à-dire la comparaison des normes qui découlent d'ordres juridiques différents à l'intérieur d'une même société.

Ces deux perspectives doivent créer les conditions nécessaires à la maîtrise des raisonnements propres à chaque système juridique d'un pays francophone : ainsi, les résultats d'une recherche s'appuieront sur des concepts partagés par les membres concernés de la communauté universitaire francophone.

L'autre vocation de la recherche francophone dans le domaine des sciences juridiques devrait être de proposer une méthodologie permettant d'étudier le droit dans toute sa diversité, c'est-à-dire envisagé non pas en tant que droit positif mais sous l'angle de la pluralité des ordres juridiques. Cette analyse en faveur d'une pluralité amène à s'interroger sur leurs relations mutuelles : ils sont tenus de se situer les uns par rapport aux autres en définissant leur sphère respective d'intervention. Trois observations s'imposent en la matière :

● L'ordre juridique étatique est en position de force et occupe une place privilégiée puisqu'il est le seul à disposer d'un pouvoir de contrainte. Il est donc en mesure de conditionner l'existence et le développement des autres ordres juridiques et ainsi d'agir sur eux.

● La fonction normative de l'ordre juridique étatique implique qu'il soit en contact permanent avec la réalité sociale : cette exigence explique qu'il se trouve dans un véritable rapport d'échanges avec les pratiques sociales.

● Si l'ordre juridique étatique s'inscrit dans un certain environnement avec lequel il entretient des relations d'échanges, ces relations contribuent à le faire évoluer. Aussi le degré d'intensité des échanges ne peut-il que varier d'une société à une autre, d'un État à un autre.

Par la prise en compte des spécificités propres au pluralisme des systèmes juridiques des pays francophones et de l'influence des déterminants sociaux, la méthodologie retenue devra donc intégrer dans sa définition deux éléments essentiels :

● Chaque culture juridique repose sur une certaine conception de la place de la norme juridique dans une société qui n'est jamais formulée *a priori*. Les conditions de son émergence restent des sujets d'interrogation d'autant plus importants qu'ils sont appréhendés dans une perspective essentiellement nationale dans le cadre des rapports entre l'État, les citoyens ou les groupes qui composent la société concernée.

● L'ordre juridique étatique est en présence d'ordres juridiques infra-étatiques, fondés sur des solidarités locales, et d'ordres juridiques supra-étatiques, nés de la multiplication de conventions internationales, qu'elles soient bilatérales ou multilatérales, qui relient chaque pays à des communautés plus larges. L'étude du concept de la sécurité humaine, qui fera l'objet du prochain dossier d'automne de la Revue ASPECTS, s'inscrit dans cette perspective.

Chaque dossier de la revue ASPECTS présente une étude des enjeux attachés à une question juridique telle qu'elle s'inscrit dans le rapprochement des droits des pays francophones, pensés dans leur dimension nationale, avec le droit international, général ou régional. Cette approche tient compte des particularismes politiques, économiques, culturels et sociaux. Un dossier pourra également présenter l'étude des rapports qu'entretiennent les droits des pays francophones pensés dans leur dimension nationale dans une perspective de droit comparé interne.

Ce type d'échanges implique de réaliser une triple ouverture :

● une ouverture disciplinaire : les champs disciplinaires de la Revue ASPECTS sont ceux que couvre le Programme *Aspects de l'État et démocratie* de l'Agence universitaire de la Francophonie : sciences juridiques, anthropologie juridique, philosophie politique et juridique, sciences politiques, sociologie linguistique et politique, genre, santé publique, histoire des idées ;

● une ouverture institutionnelle : d'une manière générale, l'approche universitaire et l'expertise scientifique, complémentaires de l'approche gouvernementale ou intergouvernementale, enrichiront l'analyse de la problématique étudiée dans chaque dossier. Chaque dossier « hors série » tend à renforcer l'internationalisation de la recherche francophone. Ce dossier est confié à une personnalité du monde francophone et la Revue ASPECTS met à sa disposition ses structures pour finaliser le dossier ;

● une ouverture à la diversité linguistique : la cohésion et l'originalité de la communauté francophone reposent sur le partage d'une langue commune, le français, dans sa vocation à développer des relations avec les langues du monde. Respectueuse de la diversité culturelle et linguistique, La Francophonie favorise également le plurilinguisme au sein de l'espace francophone par le soutien aux langues partenaires, parallèlement à la promotion du français. La langue de diffusion des dossiers de la Revue ASPECTS est le français. Le résumé en français et le résumé dans une autre langue choisie par son auteur accompagnent chaque article publié dans un dossier.

Ces ouvertures en impliquent une autre, celle de la diffusion des recherches soutenues par les réseaux de chercheurs auprès de la communauté universitaire in-

ternationale. Les réseaux ont mis en place des sites internet avec pour objectif de diffuser les informations sur les actions déjà réalisées ou celles en cours de réalisation. La Revue ASPECTS, qui s'adresse aux étudiants, enseignants, chercheurs utilisant le français comme langue de travail et inscrits au Répertoire des chercheurs de l'Agence, dispose également d'un site internet.

Un premier élément de réponse à la question posée précédemment devrait être trouvé dans ce premier numéro de la Revue ASPECTS : comment la recherche francophone dans le domaine des sciences juridiques doit-elle appréhender autrement les droits des pays francophones ?

La problématique proposée vise à analyser, non pas le concept de « culture juridique », pensé de manière isolée, mais les liens qui existent entre ce même concept et celui de « Francophonie ». Nul ne saurait mettre en cause l'importance respective de ces deux concepts et les objectifs qui en découlent. La question porte davantage sur leurs rapports réciproques. Ce qui implique, en outre, de définir dans quelle mesure et comment la coordination de ces objectifs peut-elle être assurée.

Le concept de « culture juridique » qui, dans une première approche, peut être entendu comme se rapportant à un ensemble de pratiques et de déterminants sociaux, religieux, historiques et linguistiques qui contribuent à l'émergence d'un système juridique, mérite d'être précisé. La Conférence internationale des facultés de droit ayant en commun l'usage du français (CIFDUF) a organisé en septembre 2006 à Toulouse, dans le cadre du festival « Francofffonies », un colloque sur le thème « Existe-t-il une culture juridique francophone ? »

Une telle question n'est pas simplement théorique. Des réponses à cette interrogation va dépendre la manière dont pourrait être conçue, parmi les missions de la Francophonie, celle qui entend apporter une contribution significative à la promotion de la paix, de la démocratie, au soutien à l'État de droit et aux droits de l'Homme.

Michèle Gendreau-Massaloux

Recteur de l'Agence universitaire de la Francophonie

ÉDITORIAL

Le présent volume inaugure une nouvelle revue de l'Agence universitaire de la Francophonie, mais il concrétise en fait une longue série de réflexions et de rencontres scientifiques issues des travaux des réseaux des chercheurs au sein de l'AUF.

Depuis la création de l'AUF, la démarche et l'objectif des actions qu'elle a accueillies et soutenues dans le champ de la recherche n'ont jamais varié : donner la parole à des spécialistes reconnus ainsi qu'à de jeunes chercheurs travaillant aux frontières de thématiques scientifiques et d'aires géographiques distinctes tout en oeuvrant à faire de l'espace francophone un lieu de partage des langues ; favoriser le dialogue Nord/Sud ; permettre aux chercheurs du Sud de mieux valoriser leurs recherches.

La méthode retenue par la Revue ASPECTS qui présente ici son premier numéro, s'inscrit, en les précisant, dans les mêmes orientations. Elles feront l'objet de deux numéros réguliers par année, et d'un numéro hors série. Les numéros réguliers seront consacrés à des thèmes définis par le comité de lecture de la revue et seront largement ouverts aux contributions des chercheurs francophones. Le numéro hors série sera confié à un responsable externe et consacré à des thèmes d'actualité interrogés dans le cadre d'études spécialisées.

Le monde diversifié ou conflictuel, entrelacé ou dialogique, que la Revue ASPECTS souhaite concerner par ses travaux s'offre à l'attention dès ce premier numéro, qui est consacré aux « cultures juridiques », et dès les articles qui le composent : une étude portant sur l'espace international, cinq études portant sur des cultures du monde saisies à des niveaux régionaux ou nationaux et trois études portant sur des problèmes et paradigmes théoriques dans le champ considéré.

La « culture juridique » peut être généralement définie comme « un ensemble de présupposés partagés qui orientent le raisonnement, les valeurs et les perceptions d'un groupe social oeuvrant dans le domaine du droit ». Elle recouvre aussi bien les symboles que tous les non-dits sous-jacents de la vie juridique. La culture juridique est tout le poids du « non-droit » au sein du droit. Chaque système juridique comprend ainsi certaines matières et manières de procéder qui ne font l'objet d'aucune régulation législative, réglementaire ou déontologique. Ce point est connu mais on constate que les conditions de visibilité de la charge culturelle du droit sont aujourd'hui sensiblement affectées par le contexte international nouveau introduit par les processus de mondialisation. A la dynamique d'uniformisation culturelle qui accompagne la mise en place de la mondialisation économique, répondent en effet aujourd'hui des manifestations très fortes d'identité et de résistance culturelles. Le droit est au cœur de cette tension, et sa maîtrise constitue désormais un véritable enjeu culturel au sens où il est perçu comme un moyen d'affirmer des positions à l'égard des états du monde, de proposer des orientations au sein des situations qui le composent, de le soumettre à des entreprises collecti-

ves ou à des cosmogonies. C'est au sein de ce champ problématique ouvert que les articles de ce premier numéro se sont distribués.

Mireille Delmas-Marty, dans son intervention intitulée « Au pays des nuages ordonnés » étudie le rapport entre l'ordre juridique et l'internationalisation du droit et sa mondialisation. L'auteur montre avec raison l'affaiblissement de l'État dans l'établissement de l'ordre juridique interne. Avec la prolifération, la diversification et la dispersion des sources, le monopole de l'État est en effet remis en cause à travers ses principales figures : l'État-centre est atteint par la décentralisation des sources, l'État-sphère publique par leur privatisation, enfin, et surtout, l'État-nation, exprimant la souveraineté d'une communauté faite d'intérêts imbriqués et d'aspirations identiques, est menacé par l'internationalisation du droit. L'auteur observe en effet que les interactions provoquent des mouvements d'intégration, mais aussi de désintégration de l'ordre juridique; tandis que les changements de niveaux entre les divers espaces - national, régional et mondial - se traduisent par des mouvements d'expansion mais aussi de repli ; enfin les changements de vitesses peuvent faciliter une synchronisation progressive ou conduire à une désynchronisation des rythmes, comme on le voit au niveau mondial entre droit du commerce et droit des droits de l'homme . Un phénomène de désordre. Pour passer du désordre à un ordre, pour « ordonner les nuages », il faudrait des corrélations suffisamment fortes pour rendre les ensembles juridiques en formation un peu plus stables et un peu plus durables. A partir d'un constat de la scène juridique mondiale actuelle, l'auteur essaie de mettre en place une vision nouvelle de l'ordre juridique qui est devenu supranational ou « alternational ». Selon l'auteur, pour éviter que les mouvements d'internationalisation du droit, livrés à tous les vents, restent totalement désordonnés, imprévisibles et incontrôlables, il faudra réintroduire les acteurs et la refondation des pouvoirs. Puis il restera le plus difficile : rechercher s'il est possible de fonder au croisement des systèmes de droit et des autres systèmes symboliques, un accord sur des valeurs communes. Alors seulement, pourra-t-on rêver du jour où ces valeurs ordonneraient d'un même souffle, sans jamais les figer, nos chers et merveilleux nuages

Mónica Pinto, dans son intervention intitulée « Légitimer la diversité », présente tout d'abord l'espace international de la question des cultures juridiques. L'auteur constate que lors du développement des règles et des institutions des droits de l'homme, la diversité culturelle est alléguée soit comme justificatif pour méconnaître le respect des droits de l'homme soit comme excuse pour imposer un modèle quelconque de respect. D'où qu'elle est perçue comme une menace contre l'universalité des droits de l'homme, contre son unicité. L'auteur pense que l'on ne peut lire le monde qu'à partir des données d'une culture, et généralement depuis celles de sa propre culture. Dans cet ordre d'idées, chacun porte avec soi et dans ses interprétations ou « lectures » des événements, les valeurs et les données de sa propre culture ; la diversité est, donc, le commun dénominateur. La réflexion que l'auteur propose dans ce travail tend à démontrer que les droits de l'homme, bien qu'étant le produit d'une proposition occidentale, sont devenus universels et que le non-respect de la diversité culturelle – voire juridique – fait obstacle à leur universalité. Pour ce faire, l'auteur aborde d'abord la notion même des droits de l'homme, puis le droit à la différence comme l'une de ses manifestations plus concrètes et importantes, après l'auteur souligne l'absence de mention faite à la diversité culturelle dans le *corpus juris* des droits de l'homme, les essais de syncré-

tisme et finalement l'auteur conclut sur la revalorisation des diversités dans l'universalité voulue des droits de l'homme.

Sur un autre niveau, qui est cette fois régional, Pierangelo Catalano, dans son intervention intitulée « Identité de la Méditerranée et convergence des systèmes juridiques », présente la convergence des cultures juridiques méditerranéennes. Partant d'une distinction entre le droit comme système (« non isolé » de la morale et de la religion) et les ordres positifs étatiques et « communautaires », il pose la nécessité de dépasser les conceptions juspositivistes. Evitant l'emploi du mot « système » dans son sens synonyme d'« ordre », et utilisant le concept de « système juridico-religieux » (attention : avec trait d'union !), l'auteur s'attache à éviter la projection du positivisme juridique occidental des deux derniers siècles sur des réalités humaines et divines différentes. Selon lui, le concept de « système juridico-religieux » permet de comprendre les définitions romaines de *ius* comme *ars boni et aequi* et de *iurisprudentia* comme *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (*Digesta Iustiniani*, 1, 1, 1, et 10), et donc la dimension religieuse du droit ; ainsi encore que d'éviter la « séparation » entre droit, morale et religion. Le parallélisme entre le droit romain, en tant que système juridique en vigueur, et le droit musulman est très utile afin d'identifier la réalité juridique de la Méditerranée. C'est l'« idée » même de Méditerranée qui est en question.

Sur la base de ces concepts, l'auteur affirme que l'aire méditerranéenne est située au croisement de trois continents ; elle est caractérisée par les rencontres et les conflits entre les cultures africaines, asiatiques et européennes et entre deux grands systèmes juridiques mondiaux, à savoir le système romaniste et le système musulman. Il affirme aussi que la rencontre n'est utile (et je parle aussi en tant que romaniste) que si les partenaires ont, de part et d'autre, l'orgueil de leur identité. Il faut donc revenir aux concepts juridiques universalistes des civilisations méditerranéennes. La confrontation entre les juristes des systèmes romaniste et musulman doit entraîner la reconstruction d'une identité juridique méditerranéenne universaliste dont le droit hébraïque fait également partie.

Après ce passage par l'espace international et l'espace régional, le lecteur pénétrera dans une diversité d'espaces nationaux pris pour objets d'études par les contributions d'Ambroise K. Bulambo : « S'exprimer au Congo Kinshasa » ; de Sidi Mohammed Barkat, « La déraison dans l'État de droit » ; d'Alicia Noemí Farinati : « Qui doit faire une constitution ? Le multiculturalisme dans la constitution de la république argentine » ; de Laurent Sermet : « Un code de la famille pour les Comores : quelle condition juridique pour la femme comorienne ? ». La contribution d'Ambroise K. Bulambo analyse le principe de la liberté d'expression au Congo Kinshasa. L'auteur s'attache aux rapports entre la culture internationale du principe et les modalités de son inscription historique dans la culture locale et politique. Il souligne en particulier la présence de cette liberté dans le patrimoine culturel des valeurs africaines. Des structures ancestrales comme le *Bwami* permettaient son effectivité comme le font aujourd'hui avec des garanties constitutionnelles, législatives et juridictionnelles. Sidi Mohammed Barkat prend de son côté le cas exemplaire de l'Algérie coloniale pour examiner comment l'État de droit ébranle ses propres fondements quand il entrave les naissances à la citoyenneté et produit à sa place des « morts sans cadavres ». L'étude fait apparaître avec une acuité particulière le désastre institutionnel dans lequel la colonisation a entraîné le peuple algérien en le séparant de la culture par le droit. En troisième lieu, Alicia Noemí

Farinati analyse l'expérience constitutionnelle de l'Argentine telle qu'elle s'est cherchée au sein d'une interaction entre la pensée européenne moderne et un projet national, mais telle aussi que les modifications ultérieures auxquelles elle a procédé l'ont en particulier conduite à affirmer un multiculturalisme de la nation. Il demeure que ce dernier n'a pas encore réellement levé le voile que la construction constitutionnelle de la nation, tournant ses regards vers un peuple d'immigrants, a longtemps jeté sur les habitants indigènes du pays. Enfin, Laurent Sermet analyse le code comorien de la famille qui fut adopté en 2005. L'auteur constate que ce code est le réceptacle, au niveau du droit, du pluralisme qui prospère aux Comores et qui se décline en trois branches : droit coutumier, Shari'a musulmane et droit colonial et occidental post-colonial ou encore « modernité, religion et tradition ».

Après ce parcours des cultures du monde, les trois dernières interventions sont consacrées aux paradigmes théoriques. L'article d'Abolou Camille Roger, intitulé « Cultures juridiques et aménagement jurilinguistique en Afrique **»**, aborde la question de la relation entre droit et langues en Afrique. Selon lui, l'intérêt de la culture juridique pour les rapports jurilinguistiques n'est pas nouveau. Cependant l'intelligibilité d'une relation entre droit et langue en Afrique reste un domaine en friche dans le contexte de la mondialisation. L'auteur analyse particulièrement les contextes et enjeux sociolinguistiques dans le travail de restructuration de l'État de droit ou des droits. Ces contextes et enjeux soulèvent la question méthodologique de l'aménagement jurilinguistique qui est à la fois d'ordre juridique (ontologie, logique) et d'ordre linguistique (terminologie culturelle et traduction). Résoudre les problèmes qu'il recouvre favorisera l'émergence d'une citoyenneté véritablement africaine et contribuera à la réduction de la pauvreté, à l'éducation à la citoyenneté, à la promotion de l'égalité des sexes, à la protection de l'environnement, à l'alphabétisation juridique, etc.

L'article de Marcelo Raffin, intitulé « Pour une généalogie de la question des droits de l'homme », analyse ensuite la généalogie des droits de l'homme. Pour lui, les droits de l'homme doivent être compris comme le produit culturel d'une nouvelle configuration du sujet occidental élevé à la fiction de catégorie universelle. Cette opération de réappropriation historique des droits de l'homme renvoie forcément au problème du fondement et nous amène, sans le vouloir, comme la spirale d'un labyrinthe, jusqu'aux limites du modèle et au-delà : le début et la fin de l'histoire, les idées sur la vie humaine, la production du sujet et, sous le masque d'une prétendue universalité, la partialité culturelle. Face à cette conceptualisation dont les lignes générales s'impriment un peu partout sur la planète, l'auteur pose les questions suivantes : comment peut-on concilier l'universalisme de ces droits et la diversité des formes humaines ? Comment faire vivre le conflit et la tension propres au monde humain ? Comment trouver un fondement plausible aux droits de l'homme ? L'auteur répond en disant que la recherche des fondements possibles des droits de l'homme n'aura aucune importance si elle n'est pas accompagnée de l'évaluation des conditions, des moyens et des situations dans lesquelles tel ou tel droit peut être réalisé effectivement et la vie se déployer librement.

Dany Rondeau, enfin, dans son article intitulé « La relation des droits aux devoirs : Approche interculturelle », analyse la relation des droits aux devoirs dans la visée d'une éthique interculturelle de reconnaissance de l'autre. Cette étude présente d'abord la nature de la relation des droits aux devoirs dans la pensée moderne afin de cerner la place réduite qu'y occupent les devoirs, et les raisons qui expliquent la

priorité accordée aux droits. Elle se penche ensuite sur la relation des droits aux devoirs dans les sociétés traditionnelles et communautaires ainsi que dans la pensée islamique, afin de comprendre la prééminence accordée aux devoirs et surtout ce qui lui donne sens. L'intervention met finalement en perspective ces deux lectures pour tenter l'esquisse d'une relation des droits aux devoirs, dans les sociétés libérales, significative du point de vue d'une éthique interculturelle. Pour l'auteur, l'esprit original des droits est «la responsabilité et le souci à l'égard d'autrui ».

A travers ces articles, nous pourrons constater que le positivisme juridique constitue, depuis l'Age moderne, un obstacle à la connaissance vraie du droit. Il limite l'espace juridique et détermine l'horizon du juriste. Il prétend éliminer tous les champs de connaissance méta-juridique pour constituer une « théorie pure du droit ».

En fait, le droit ne peut pas être compris sans ce va et vient entre l'ordre juridique et l'ordre social. Les mots ne peuvent pas être compris correctement, séparés des phénomènes culturels localisés dont ils sont les symboles. Les textes juridiques sont des expressions finales d'une société. Pour comprendre les textes juridiques, il faut comprendre la société dans laquelle ces textes sont nés. Comprendre une société exige, en fait, la compréhension de sa culture dans tous ces aspects. Cette culture est, en réalité, fondée sur une vision du monde qui constitue ce que nous pourrons appeler « le moment fondateur » d'une société. Le moment fondateur contient donc la philosophie reconnue dans une société. La philosophie est ordonnatrice du langage. Tout grand système philosophique engendre une structure linguistique, et la compréhension ne s'en opère qu'à l'aide de la philosophie. Le juriste qui prétend ne pas connaître que le droit ne connaît même pas le droit car la connaissance des éléments historiques et culturels constitue la base de toute pensée juridique concrète. Tout dans la réécriture du droit est symbolique et aussi signe du symbolisme intrinsèque du droit en soi-même. Il faut regarder les textes juridiques en tant que symboles et chercher les idées symbolisées dans la culture d'une société.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le droit joue un rôle instrumental. Le droit n'est pas seulement un discours social central. Il ne l'est que parce qu'il est en même temps et surtout un discours instrumental, une technique d'action au service des échanges sociaux. Le droit ne reflète pas seulement la culture d'une société, mais il est utilisé pour changer cette culture. Le droit est toujours à la fois condensé de la culture sociale et instrument de transformation ou de conservation des valeurs.

En vérité, le droit fonctionne toujours à la fois comme instrument et comme culture. Dans la pratique des acteurs, collectifs ou individuels, il y a en effet toujours une gestion de la cohabitation entre l'instrumental et le culturel. Cette cohabitation constitue un aspect très important du travail de la jurisprudence.

Les articles de ce volume montrent bien l'importance de la culture juridique pour la réalisation de l'efficacité des règles juridiques et pour la compréhension de l'Autre dans notre Monde actuel.

Hassan ABDELHAMID

Professeur de philosophie et d'histoire du droit
Université « Ain Shams » du Caire

I. L'ESPACE INTERNATIONAL

Au pays des nuages ordonnés

Mireille Delmas-Marty,
professeur au Collège de France

Revue ASPECTS, n°1 - 2008, pages 13-26

Résumé **:** Identifiant dans la construction européenne contemporaine un laboratoire d'internationalisation du droit dans lequel s'écrit et se préfigure l'ordre juridique du futur, le texte ici reproduit, rédigé par le professeur M. Delmas Marty en conclusion de son ouvrage sur« Pluralisme ordonné », invite à privilégier au sein des évolutions juridiques du présent les conditions de la durée sur celles d'un illusoire stabilité, et, alors, à apprendre à « ordonner des nuages ». Le syntagme, qui fournit non seulement une image d'origine chinoise mais aussi son programme à l'idée de pluralisme juridique, propose de dépasser les ambiguïtés persistantes attachées aux représentations ordinaires de réseau et de pluralisme pour penser le passage de structures juridiques simples et fermées vers des structurations complexes, ouvertes, polymorphes. Il met sur un chemin de constructions analysables alors même qu'elles procèdent par interactions horizontales indissolublement intégratrices et désintégratrices, se déploient dans des spatialités emboitées en même temps que déliées, et se déroulent à des vitesses polychrones. Il offre à décrire l'horizon actuel du droit comme une œuvre d'équilibrage guidée par un ensemble de concepts émergents à vocation régulatrice, opérée par diverses techniques de réglage et soutenue par des mécanismes d'évaluation et de contrôle.

En étudiant l'internationalisation du droit comme un mouvement, et en privilégiant les processus d'interaction, les niveaux d'organisation et les vitesses de transformation plutôt que les figures qui en résultent[1], nous prenons le risque de mettre en question le concept même d'ordre juridique, voire de détruire l'intuition première qu'il existe un « ordre juridique » et qu'il résiste à l'internationalisation du droit et à sa mondialisation.

C'est une façon de suivre une fois de plus Bachelard : « les intuitions sont très utiles : elles servent à être détruites »[2]. Sans oublier que sa *Philosophie du non* ne procède pas d'une volonté de négation : « elle ne nie pas n'importe quoi, n'importe quand, n'importe comment », mais consiste plutôt à inclure, ou à envelopper, ce qu'elle nie : « ainsi la géométrie non euclidienne enveloppe la géométrie euclidienne, la mécanique non-newtonienne enveloppe la mécanique newtonienne, la mécanique ondulatoire enveloppe la mécanique relativiste »[3].

A une échelle plus modeste, on peut penser que la vision euclidienne (« moderne ») de l'ordre juridique identifié à l'État et représenté comme un système de normes et d'institutions à la fois hiérarchisé, territorialisé et synchronisé, est désormais enveloppée par une conception non euclidienne (dite « post moderne »).

---

[1] Ce texte reprend pour l'essentiel la conclusion (« Un ordre en formation ? ») d'un précédent ouvrage, *Les forces imaginantes du droit*, vol.II, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006

[2] G. Bachelard, *La philosophie du non*, PUF, 8ème éd. 1981, p. 139.

[3] *Ibidem*, p. 137.

Avec la prolifération, la diversification et la dispersion des sources[4], le monopole de l'État est en effet remis en cause à travers ses principales figures : l'État-centre est atteint par la décentralisation des sources, l'État-sphère publique par leur privatisation, enfin, et surtout, l'État-nation, exprimant la souveraineté d'une communauté faite d'intérêts imbriqués et d'aspirations identiques, est menacé par l'internationalisation du droit. Non seulement « l'État n'est plus le seul maître à bord »[5], mais l'on en vient à se demander s'il y a un maître à bord, et lequel.

On observe en effet que les interactions provoquent des mouvements d'intégration, mais aussi de désintégration de l'ordre juridique; tandis que les changements de niveaux entre les divers espaces - national, régional et mondial - se traduisent par des mouvements d'expansion mais aussi de repli ; enfin les changements de vitesses peuvent faciliter une synchronisation progressive ou conduire à une désynchronisation des rythmes, comme on le voit au niveau mondial entre droit du commerce et droit des droits de l'homme .

Autrement dit chacun des trois axes (l'ordre, l'espace et le temps normatif) caractérise un potentiel dynamique, une mise en mouvement, mais leur dissociation produit des mouvements apparemment contradictoires, non linéaires et désordonnés : tels des nuages au ciel, un jour de grand vent, les nouveaux ensembles juridiques semblent se déformer aussitôt formés, avant même que l'on ait réussi à en dessiner les contours.

Pour passer du désordre à un ordre, pour « ordonner les nuages », il faudrait des corrélations suffisamment fortes pour rendre les ensembles juridiques en formation un peu plus stables et un peu plus durables, les deux adjectifs n'exprimant pas nécessairement la même idée, car une stabilité excessive peut nuire à la « durabilité ». A côté des instruments traditionnels de stabilisation par la hiérarchie des normes et des institutions, nous avons rencontré plusieurs dispositifs qui contribuent moins à stabiliser qu'à équilibrer ces ensembles juridiques, et peut-être à les rendre ainsi plus durables.

Il reste à savoir à quoi ressemblera le « pays des nuages ordonnés ». L'omniprésence des pratiques hégémoniques, imposant des transplantations juridiques peu pluralistes, et la montée en puissance des pratiques dites ultra-libérales, par juxtaposition de systèmes autonomes supposés s'autoréguler, ne semblent pas réussir à résoudre l'énigme de l'Un et du Multiple. Quant à la troisième hypothèse posée en introduction, celle d'un pluralisme ordonné, elle appellerait sans doute une transformation au sens littéral du terme car il s'agit précisément de passer d'une forme simple à une forme complexe, ou même « hypercomplexe », dans nos représentations de l'ordre juridique.

---

[4] M. Delmas-Marty, « Surgissement de sources », in *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 53 sq. ; « Dispersion des sources », in *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004 ; C. Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : cartographie des sources », in *Mélanges Jestaz*, Dalloz, 2006.

[5] J. Chevallier, L'État post-moderne, 2e éd. LGDJ 2004, p. 205 ; A.J. Arnaud, « De la globalisation au post-modernisme en droit », in *Modernité et mondialisation*, 2e éd. LGDJ, 2004, pp. 265-300.

MOUVEMENTS DÉSORDONNÉS : TELS DES NUAGES…

La métaphore des nuages semble particulièrement adaptée à la construction européenne qui se forme et se déforme à tout moment : qui pourrait dessiner les contours du dispositif européen né de la superposition des traités des Communautés et de l'Union, revus et corrigés par le traité de Nice ? Chacun connaît tel ou tel fragment, selon son expérience personnelle et ses pôles d'intérêt, mais le dessin d'ensemble, pour ne pas parler du dessein, reste illisible et insaisissable. C'est pourquoi il était absurde de prétendre le traité constitutionnel européen « gravé dans le marbre ». Même si ce traité avait l'incontestable mérite d'unifier le cadre juridique, il ne supprimait, comme on l'a vu, ni la géométrie variable, ni les vitesses multiples et affirmait dès le préambule la devise « Unie dans la diversité ». Tout à l'inverse, on pourrait reprocher aux rédacteurs d'avoir trop vite renoncé, au profit d'un discours un peu démagogique sur la simplification, à cette pédagogie de la complexité que l'on attendait d'eux. À cet égard l'expression même de traité « simplifié » adoptée pour la version 2007 est un leurre. Si la complexité semble inhérente à toute tentative de conjuguer l'Un et le Multiple, les traités européens devraient donner de façon plus explicite les moyens d'ordonner ces ensembles instables, volatiles et en un mot nuageux.

Car malgré ses dysfonctionnements, ou peut-être grâce à eux, l'Europe constitue un extraordinaire laboratoire de l'internationalisation du droit, illustrant parfois jusqu'à la caricature les désordres provoqués par les interactions dans l'ordre juridique, les changements de niveau dans l'espace et de vitesse dans le temps.

INTERACTIONS : INTÉGRATION /DÉSINTÉGRATION

Le mouvement d'intégration de normes venues du dehors commence par les interactions horizontales, les entrecroisements sans hiérarchie. Pour ancien qu'il soit, le phénomène est appelé à se développer, grâce aux nouvelles technologies qui facilitent l'accès aux données juridiques, et à se renouveler, en incorporant non seulement les droits étrangers mais aussi les ensembles internationaux. On pourrait considérer ces entrecroisements comme les fluctuations primordiales par lesquelles la matière juridique commence à s'étendre hors du champ national dans un espace mondial fait pour l'essentiel de trous noirs dont on ignore la composition et les propriétés en termes d'énergie ou d'inertie. S'il fallait écrire un petit traité de cosmogénèse juridique, c'est par eux qu'il faudrait commencer car il est probable que ces entrecroisements contribuent à la transformation des amas de normes en espaces normatifs au sens structurel indiqué plus haut. La comparaison est cependant plus séduisante que pertinente, car à défaut de remonter le temps vers un big bang initial, l'étude se limite à observer les interactions horizontales actuelles et parfois leur verticalisation, de la co/ordination à la sub/ordination.

On se rappelle comment la coopération internationale entre États européens semble conduire inévitablement l'Union européenne, à travers des principes comme la reconnaissance mutuelle, à un rapprochement des droits nationaux autour de normes communes *supra*nationales (voir la liste des infractions dans la DC sur le mandat d'arrêt européen). Cette harmonisation, qui implique une première verticalisation des interactions, peut même aller jusqu'à l'unification par hybridation dans

les domaines où aucune marge nationale n'est plus admise (comme dans une partie du projet dit *Corpus Juris*).

Mais, à l'échelle mondiale, l'harmonisation et l'unification sont limitées, comme on a pu le voir, à quelques domaines comme la justice pénale internationale (et encore !). En revanche d'autres interactions horizontales apparaissent également - et c'est peut-être leur terrain préféré - entre acteurs non étatiques, qu'il s'agisse d'acteurs privés comme les entreprises transnationales ou publics comme les organisations ou les juges internationaux. C'est ainsi que des échanges de jurisprudence, régionaux (entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes), mais aussi inter-régionaux (entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine), ont été évoqués à plusieurs reprises. Même l'OMC n'est pas isolée et intègre, par exemple, certaines règles du droit de l'environnement[6]. Les débats les plus récents sur la réforme de l'OMC donnent d'ailleurs à penser que la question de l'intégration des droits fondamentaux y sera plus ouvertement posée. Leur reconnaissance à titre de standards universels pourrait amener l'ORD à imposer aux États membres une clause sociale et une clause des droits de l'homme[7], incitant à terme à imaginer des interactions entre OMC et Comité des droits de l'homme de l'Onu, ou OMC et OIT[8]. Mais ces échanges resteraient horizontaux car la verticalisation supposerait l'apparition d'une hiérarchie au profit de règles impératives (*jus cogens*) qui sont encore en débat, ou de concepts, comme les biens communs de l'humanité, qui sont encore discutés.

Enfin ce type d'interactions peut même se développer entre des niveaux normatifs différents. On voit, notamment à travers le « dialogue des juges sur la peine de mort », se multiplier, entre juridictions nationales (Cours suprêmes du Canada, de l'Afrique du sud et des États Unis), régionales (CEDH et CIDH) et mondiales (CIJ et Comité des pactes Onu), des échanges qui restent cependant « horizontaux » car ils n'impliquent pas de hiérarchie. Et l'on observe un phénomène analogue à travers les références croisées entre cours nationales (la Chambre des Lords si souvent citée pour ses décisions novatrices sur l'immunité des responsables politiques dans *l'affaire Pinochet*[9]), cours régionales des droits de l'homme, tribunaux pénaux internationaux et Cour internationale de justice (CIJ).

Mais ces entrecroisements restent soumis au bon vouloir des juges – la « bénévolence » évoquée par le Président Canivet[10] - et en l'absence de hiérarchie, le mouvement reste inachevé. S'il est vrai qu'une verticalisation trop rapide et trop rigide risque de conduire au rejet, donc à la désintégration, les interactions horizontales ne suffisent pas à l'intégration normative. Au mieux, elles permettent par informa-

---

[6] Voir V. Tomkiewicz, « L'ouverture au-delà des seuls intérêts commerciaux : le cas de l'environnement », in *L'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce*, thèse Univ. Paris 1, 2004, pp. 503-542.

[7] E.U. Petersmann, « Comments and points for discussion » in *Trade negociations and dispute settlement : what balance between political governance and judicialization ?* Colloque *WTO at 10 - 3rd Session*, Stresa 12 mars 2005. Sur l'impact de l'entrée de la Chine à l'OMC, voir *La Chine et la démocratie*, dir. M. Delmas-Marty et P.E. Will, Fayard, 2007.

[8] Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, *Une mondialisation juste*, OIT 2004.

[9] Voir aussi, sur saisine de Rigoberta Menchu et autres plaignants pour des crimes commis au Guatemala, l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol du 26 septembre 2005 censurant la décision du Tribunal suprême qui avait limité l'application du principe de compétence universelle à l'existence de victimes espagnoles, *Le Monde*, 7 octobre 2005. Les juges se réfèrent explicitement à plusieurs décisions, notamment allemande et belge, ainsi qu'à la CIJ.

[10] G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales », *RSC* 2005. 799.

tion réciproque une ouverture qui peut faciliter, sans le garantir, le passage d'un niveau à l'autre.

CHANGEMENTS DE NIVEAU : EXPANSION / REPLI

La notion même d'internationalisation évoque très explicitement un changement du niveau national au niveau international, mais le mouvement n'est pas linéaire et se révèle aussi désordonné que celui d'intégration. Par une expansion prématurée, mal préparée ou mal maîtrisée, les organisations internationales peuvent en effet provoquer le mouvement inverse de repli, dont nous avons un avant-goût avec le débat sur l'Europe.

Si l'internationalisation suppose d'abord une autonomisation institutionnelle et normative par rapport aux États membres, elle appelle aussi, comme on l'a vu, une neutralisation des rapports de force et un renforcement des facteurs de cohésion, qui seuls rendent possibles de véritables itinéraires de convergence, dont le tracé doit être discuté en temps utile.

L'un des malentendus suscités par le traité constitutionnel européen tient au fait que les principales bifurcations avaient été prises avant la consultation, notamment lors des élargissements successifs. L'élargissement le plus massif remonte au traité de Nice, dont il ne faut pas oublier qu'il contribue, avec les traités antérieurs, à poser le cadre sinon « constitutionnel » du moins « institutionnel » de l'UE, presque aussi difficile à modifier qu'un traité constitutionnel. Même si l'on peut penser que sur certains points le traité améliorait ce cadre, qu'il s'agisse de l'organisation des pouvoirs (première partie) ou certaines des dispositions intégrant les traités antérieurs (troisième partie), la formule choisie par plusieurs pays, dont la France, d'une ratification soumise à un *referendum*, qui ne permet qu'une réponse binaire, était mal adaptée à la complexité des questions soulevées.

Pour éviter que le repli se traduise par une désintégration de l'espace européen, il faut, comme le propose le nouveau « traité simplifié », prévoir l'insertion de la Charte des droits fondamentaux dans le cadre juridique de l'Union européenne car il s'agit d'une question majeure qui, précisément parce que ces droits sont indivisibles, pourrait faire l'objet d'un accord ou d'un rejet en bloc. L'enjeu de la Charte est moins de définir le contenu de chacun de ces droits, dont la portée dépendra en partie de l'usage qui en sera fait, que de marquer au niveau régional les choix de valeurs qui conditionnent la construction d'un ordre juridique. Insérée dans un cadre juridique contraignant, la Charte dessinera en effet, au lieu d'un simple « espace normatif » de libre échange caractérisé par un marché sans frontière intérieure, un véritable « ordre juridique » entre les deux pôles du marché et des droits de l'homme (eux-mêmes réunifiés autour de six chapitres qui associent les droits économiques, sociaux et culturels aux droits civils et politiques). Cet ordre ne sera pas totalement autonome - car il se surajoutera aux ordres juridiques nationaux qui ne sont pas destinés à disparaître – mais il présentera une cohérence interne par le jeu des préférences collectives exprimées par la Charte.

Jusqu'à présent, malgré l'expression d' « ordre communautaire », le droit des communautés et de l'UE n'a pas de cohérence propre, la fragmentation étant d'ailleurs soulignée par la répartition des matières selon les trois piliers créés par le

traité de Maastricht. En revanche, avec ou sans traité constitutionnel, l'adoption de la charte des droits fondamentaux devrait consacrer à l'intérieur de l'Union européenne la bipolarité de fait (marché/ droits de l'homme) qui s'est développée, comme on l'a vu précédemment, par échanges croisés entre les deux cours de Strasbourg et Luxembourg. Et le dispositif serait encore renforcé par l'adhésion de l'UE à la CESDH, qui était programmée par le traité constitutionnel. En elle-même cette consécration d'un ordre juridique bipolaire serait une première dans l'espace international !

Au niveau mondial, on en est encore loin, d'autant que le mouvement d'expansion n'implique pas seulement un changement d'échelle, mais aussi de nature. Elargi à toute la planète, il conduit à une inclusion sans exclusion, une organisation normative sans ennemi extérieur, tout au moins sans ennemi humainement identifiable, sauf à nous considérer nous-mêmes comme notre propre ennemi, au vu des catastrophes, naturelles ou non, que nous pouvons contribuer à déclencher.

Au-delà de la question ontologique, et du seul point de vue juridique, une telle expansion suppose une structure spécifique. Si la mondialisation ne peut se réduire à empiler des organisations nationales, régionales et mondiales, indépendantes et concurrentes, c'est parce qu'elle crée des interdépendances de fait qui appelleraient des emboîtements juridiques qui appellent de nouveaux instruments de régulation, d'autant qu'il s'agit non seulement de combiner différents niveaux normatifs mais aussi de synchroniser différents rythmes, à mesure que les changements de vitesse créent encore d'autres désordres.

CHANGEMENTS DE VITESSE: SYNCHRONISATION / DÉSYNCHRONISATION

La « polychronie », c'est-à-dire la différenciation des vitesses dans un espace unique, comme l'espace Schengen, l'espace Kyoto, ou l'espace OMC, peut apparaître comme un générateur de diversité garantissant à la fois pluralisme et ordonnancement. Encore faut-il réussir à encadrer la mise en œuvre par des critères objectifs (clause d'habilitation) et à en déterminer les effets, soit par avance (échéancier de Kyoto) ; soit de façon progressive, par effet d'engrenage (une sorte d'entraînement automatique imposant une progression constante) ; soit *a posteriori,* par effet de cliquet marquant l'idée d'irréversibilité (intégration du dispositif Schengen à l'acquis communautaire).

A défaut d'encadrement juridique, l'espace à plusieurs vitesses, conçu comme une avant-garde que chacun peut rejoindre selon sa volonté et sa capacité (clause *opting in*) risque de devenir un espace à la carte, chacun pouvant à son gré s'exempter de certaines obligations (*opting out*). Au lieu d'anticiper sur le mouvement d'intégration, la différenciation dans le temps favorise alors le mouvement inverse de freinage, voire de désintégration.

Le risque est accru, d'un ensemble à l'autre, par les phénomènes d'asynchronie, par exemple entre commerce et droits de l'homme. La comparaison entre l'équilibrage progressif en Europe et l'écart croissant à l'échelle mondiale avait suggéré l'idée qu'une meilleure synchronisation appellerait de nouvelles articulations d'un niveau à l'autre, mais aussi entre les pouvoirs juridiques et les pouvoirs

politiques et économiques. Or pour que ces articulations soient suffisamment souples pour être compatibles avec la souveraineté nationale, elles supposent des dispositifs juridiques d'un type nouveau, permettant, par équilibrage et rééquilibrage, en quelque sorte d'ordonner les nuages.

DISPOSITIFS D'ÉQUILIBRAGE : ORDONNER LES NUAGES

Le terme « équilibrage » suggère la recherche d'un équilibre par des oscillations, que ce soit dans l'exercice du pouvoir exécutif (la gouvernance européenne ou mondiale), législatif (le flou) ou judiciaire (le mou et le doux). Evoquant davantage le geste hésitant du joueur de billard décrit par Roland Barthes[11] que la figure du démiurge, il incite à une nouvelle conception des dispositifs juridiques.

Comme si, pour résister au grand désordre du monde sans se réfugier dans une uniformité faussement rassurante, il fallait pratiquer une *Pensée du tremblement* : « elle n'est ni crainte, ni faiblesse, elle n'est pas irrésolution (Agis dans ton Lieu, pense avec le Monde), mais l'assurance qu'il est possible d'approcher ces chaos, de durer et de grandir dans cet imprévisible, d'aller contre ces certitudes encimentées dans leurs intolérances, de 'palpiter du palpitement même du monde' qui est à découvrir enfin »[12].

Dans le champ juridique aussi nous avons en effet besoin d'approcher les chaos imprévisibles d'un droit qui s'internationalise selon des formes instables, à géométrie variable et à plusieurs vitesses. Et nous aurions besoin de cette « Pensée du tremblement » pour résister « aux raidissements des pensées de systèmes et aux emportements des systèmes de pensée »[13]. C'est pourquoi il est si important d'apprendre à se servir des instruments nouvellement apparus dans la sphère juridique : des *concepts régulateurs*, comme la subsidiarité ou la complémentarité, pour une intégration souple, par ajustements et réajustements entre les niveaux nationaux et internationaux ; mais aussi des *techniques de réglage*, comme la marge nationale et les indicateurs de variabilité, pour éviter qu'une souplesse excessive entraîne la désintégration au nom de la différenciation ; enfin des *mécanismes d'évaluation et de contrôle* pour tenter de réduire les risques d'arbitraire.

LES CONCEPTS RÉGULATEURS : AJUSTEMENT ET RÉAJUSTEMENT

Pour ajuster le niveau national au niveau régional ou mondial, le droit positif a dû inventer de nouveaux dispositifs pour laisser du jeu (« du mou » comme celui que l'on demande, sur une paroi de montagne, au premier de cordée) entre la norme supranationale et son intégration au niveau national. On sait que le principe hiérarchique de la primauté du droit international heurte de front la souveraineté nationale. Il n'avait d'ailleurs été inscrit dans le traité constitutionnel que sous une

[11] R. Barthes, *Le neutre, Cours au Collège de France*, 1977-78, Seuil, 2002, p. 174, voir ci-dessus p.xxx ; également *Le relatif et l'universel*, précité, p. 310.

[12] E. Glissant, *La cohée du Lamentin*, Gallimard, 2005, p. 25.

[13] E. Glissant « Les excipit-2- La Pensée du Tremblement », *Ibidem*, p. 128.

forme discrète et sans être qualifié de principe : « la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union priment le droit de l'UE » (art. I-6) et une déclaration jointe au TC, précisait, comme pour excuser une telle audace, que « l'article I-6 reflète la jurisprudence de la CJCE et du TPI ».

En revanche, les « principes » de subsidiarité et de proportionnalité étaient placés bien en évidence dans la première partie du TC (art. I-11, Principes fondamentaux) au titre des Compétences de l'Union : « l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de façon suffisante par les États membres ». Limitée au domaine des compétences partagées, la subsidiarité était couplée avec la proportionnalité : « le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de la Constitution ». Or la subsidiarité, comme le montrent les travaux sur l'origine du terme[14], ne se limite pas à répartir les compétences de façon purement formelle. Il s'agit, pour reprendre l'expression de Denys Simon, d'un « concept régulateur »[15], conçu à la fois comme un justificatif de l'action communautaire et une limite à celle-ci. C'est dire que la subsidiarité fonctionne comme un variateur, portant vers plus d'intégration si les États membres n'atteignent pas les objectifs de l'Union, ou vers moins d'intégration dans le cas inverse. Impliquant une vérification permanente des actions envisagées par un acte législatif européen au regard des objectifs assignés à l'UE, elle aurait une fonction plus politique que juridique. Toutefois le « contrôle sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », institué par le TC au profit des parlements nationaux, comprenant à la fois une procédure politique de réexamen par les instances législatives et un recours auprès de la Cour de justice pour violation du principe de subsidiarité, appellerait un réglage pour déterminer l'ampleur des marges laissées aux États.

De même avec le principe de complémentarité inscrit dans le statut de la CPI. Pour juger les crimes internationaux, la compétence de la CPI est complémentaire, c'est-à-dire subsidiaire, en ce sens qu'elle est limitée aux cas où l'État normalement compétent ne peut pas ou ne veut pas juger les crimes (art. 17 statut CPI). Ici encore, il s'agit d'un dispositif d'équilibrage, d'ailleurs utilisé de façon souple quand un État tiers examine son éventuelle compétence universelle. Le procureur général d'Allemagne, dans l'affaire *Rumsfeld*, s'est contenté, pour classer la plainte contre de hauts responsables américains, de constater qu'il y avait enquête aux États Unis sur la « situation » dans les camps en Irak ; et il est encore trop tôt pour savoir comment sera traitée la plainte pour torture déposée en France contre M. Rumsfeld[16]. En revanche le tribunal constitutionnel espagnol, à la différence de l'Audience nationale, a considéré que le Guatemala n'était pas en mesure de juger les crimes dénoncés par Rigoberta Menchu et les autres plaignants[17].

Quant à la CPI, quand elle examinera sa propre compétence, on peut penser qu'elle ne pourra se contenter de l'ouverture d'une enquête sur la situation mais devra vérifier si les principaux suspects sont recherchés. D'ailleurs le rapport de la

---

[14] P. Carozzza, « Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Act », *The American Journal of International Law*, janv. 2003.

[15] D. Simon, *Le système juridique communautaire* PUF, n° 78 ; J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998.

[16] *Le Monde* 27 octobre 2007.

[17] Tribunal Constitucional, Sala Segunda sentencia del 26/09/2005 (Tribunal Constitutionel, deuxième Chambre, décision 26 sept. 2005), numéro 6.

commission d'enquête de l'Onu sur le Darfour, présidée par Antonio Cassese, qui a permis la saisine de la cour par le Conseil de sécurité des Nations unies, examine non seulement l'existence, mais aussi l'efficacité du système pénal national, et même sa légitimité au regard des critères d'indépendance, d'impartialité et de procédure équitable. Ainsi la complémentarité n'est pas seulement un principe formel de répartition des compétences mais, lui aussi, un « concept régulateur », conduisant indirectement à une certaine harmonisation, c'est-à-dire à la nécessité pour les États d'ajuster leur système pénal interne aux normes internationales.

En ce sens, on peut le rapprocher de principes visant plus directement à l'intégration, comme celui « d'équivalence fonctionnelle ». Explicité par le commentaire de la convention de l'OCDE, le terme évoque l'objectif concret de lutte contre les actes de corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, mais « sans exiger l'uniformité ou une modification des principes fondamentaux du système juridique d'une partie ». Et le groupe de suivi de l'OCDE combine une appréciation globale de l'efficacité fonctionnelle, à partir d'un examen des textes et des pratiques, avec des tests plus formels de cohérence interne[18]. La question reste cependant ouverte de savoir si l'évaluation ne devrait pas aussi impliquer des tests de cohérence externe, c'est-à-dire des critères de légitimité quant au respect des droits fondamentaux : à supposer même qu'il soit efficace, le recours à la torture ou à la peine de mort serait-il acceptable?

De l'efficacité à la légitimité, un dernier exemple de concept régulateur est apparu en Europe au sommet de Tampere avec le principe de reconnaissance mutuelle, qui sera par la suite inscrit dans le traité de Nice à propos de « l'espace de liberté, sécurité et justice ». Ce principe repose sur l'idée d'une confiance réciproque entre des pays ayant adhéré aux mêmes valeurs fonde la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et, si nécessaire, le rapprochement des législations. Et pourtant les applications pratiques comme la DC sur le mandat d'arrêt européen, ont été remises en cause au niveau national par plusieurs cours constitutionnelles[19], comme si le législateur européen avait surévalué le critère de l'efficacité au détriment des valeurs communes et des droits fondamentaux.

C'est la démonstration qu'il ne suffit pas de développer les instruments destinés à accélérer l'intégration (comme en Europe les décisions cadre du troisième pilier et désormais aussi les directives du premier pilier[20]), mais qu'il faut également des instruments de freinage pour garantir au niveau supranational la protection des droits fondamentaux. Le problème, tant que la charte des droits fondamentaux ne peut être directement invoquée, est que les freins n'existent pas au sein de l'Union européenne. Vu la durée des recours à Strasbourg, on comprend la tentation des juges nationaux à remplacer un système de freinage défaillant.

En somme, à condition de s'adapter aussi aux changements de vitesse, les concepts régulateurs introduisent la souplesse nécessaire à l'intégration des normes internationales. Mais trop de souplesse peut créer des déséquilibres et des risques d'arbitraire. D'où l'utilité des techniques de réglage.

---

[18] Voir « Des crimes globalisés », in *Les forces imaginantes du droit*, vol.I, *Le relatif et l'universel*, p. 253 sq.

[19] S. Manacorda, « *Judicial activism* dans le cadre de l'espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne », *RSC* 2005. 940.

LES TECHNIQUES DE RÉGLAGE

Le terme peut surprendre. Habitués que nous sommes à penser l'engendrement des normes selon un principe de hiérarchie, nous pensons que l'ajustement et le réglage ne sont qu'une seule et même opération, d'intégration d'une norme internationale par le récepteur national. Et pourtant seules des techniques comme la marge nationale d'appréciation et les indicateurs de variabilité permettraient un réglage pluraliste de l'ensemble des mouvements.

Différente de la marge d'interprétation du juge, qui permet d'assouplir le principe de hiérarchie sans remettre en cause la continuité entre la norme supérieure et la norme inférieure, la marge nationale d'appréciation permet, comme on l'a vu, une intégration partielle, comprise comme un simple rapprochement des normes nationales, une harmonisation sans unification. Telle est, dans les traités européens, la différence entre le règlement et la directive. Mais il est dommage que le terme de marge nationale d'appréciation, qui sous-tend la différence, n'ait pas été explicitement utilisé pour éviter la confusion entre directives et règlements.

Cette notion de marge, inventée comme on le sait par la CEDH pour limiter sa propre compétence, pourrait aussi être utilisée dans d'autres contextes internationaux, comme l'OHADA[21], l'OMC[22], ou l'espace Kyoto, car elle implique un changement de logique. Explicite ou implicite, législative (au sens large) ou jurisprudentielle, la marge nationale semble en effet exclure la disjonction propre au raisonnement binaire. Elle substitue à la notion de conformité selon laquelle toute différence si faible soit-elle est jugée non conforme, une notion de compatibilité qui admet des différences d'un pays à l'autre. Elle suppose, rappelons-le, un raisonnement qui renvoie à des logiques non standard, logique floue (*fuzzy logic*) ou plus largement logiques de gradation, l'intégration étant susceptible de degrés qui ménagent une intégration partielle[23]. Mais toute différence n'est pas admise. La notion de marge marque aussi une limite à ne pas dépasser. D'où la nécessité de fixer un seuil de compatibilité, qui réintroduit une disjonction binaire, mais peut varier dans l'espace et dans le temps. Une telle variabilité n'échappera à l'arbitraire que si le réglage obéit à des indicateurs de variabilité explicites[24].

Jusqu'à présent, seule la Cour européenne des droits de l'homme a tenté d'expliciter de tels indicateurs. Systématisées, les techniques de réglage pourraient sans doute être étendues aux divers « concepts régulateurs ». Mais la notion même de réglage ne peut être totalement commandée par l'émetteur de la norme. Comme nous l'avions souligné, à l'occasion de recherches sur la logique floue[25], passer de la logique binaire à des logiques de gradation, impliquant un processus de décision plus complexe fondé sur des seuils de compatibilité, entraîne un trans-

---

[21] P. Dima Ehongo, « L'intégration juridique des économies africaines à l'échelle régionale ou mondiale », in *Critique de l'intégration normative*, dir. Delmas-Marty, PUF, 2005, p. 194 sq.

[22] Chr. Ruiz Fabri et P. Monnier, à propos des mesures sanitaires et phytosanitaires, Organe d'appel OMC, 26 nov. 2003 (États –Unis c. Japon), *JDI*. 3. 2004, p. 1025.

[23] Voir M. Delmas-Marty et M.L. Izorches, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC* 2000. 753 sq.

[24] *Le flou du droit*, PUF, 1986, 2e éd. 2004, coll. Quadrige ; *La marge nationale…,* précité

[25] JF Coste et M. Delmas-Marty, « Les droits de l'homme : logiques non standard », *Le genre Humain*, Seuil, 1998, pp. 135-154. Voir aussi M.L. Mathieu-Izorche, « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir », Séminaire du Collège de France, 13 juin 2005, *RSC* 2006. 25.

fert de pouvoir vers le récepteur de la norme. D'où l'importance des mécanismes d'évaluation et de contrôle.

LES MÉCANISMES D'ÉVALUATION ET DE CONTRÔLE

Déterminée par les indicateurs de variabilité, la marge nationale pourrait ainsi accompagner l'ensemble des concepts régulateurs en réglant l'intensité normative un peu comme un rhéostat règle l'intensité lumineuse en fonction de la lumière ambiante, en l'adaptant de façon aussi continue que possible aux données observables.

Mais la complexité d'un tel dispositif crée un risque de dénaturation, soit par une intégration excessive quand le législateur international, allant au-delà de sa compétence, ne respecte pas le principe de subsidiarité (reproche souvent entendu en Europe) ; soit, à l'inverse, par une intégration insuffisante quand les autorités nationales procèdent, sous prétexte de transposer la norme en droit interne à une véritable renationalisation (comme on peut l'observer en droit international pénal).

L'évaluation mutuelle (*peer evaluation*) est une première réponse car elle permet d'élaborer, par exemple en matière de lutte contre la corruption transnationale ou contre le blanchiment d'argent[26], des indicateurs de variabilité qui peuvent faciliter un contrôle par les juges nationaux. Indépendamment du contrôle de la CIJ, limité par une saisine laissée à l'appréciation des États, le développement de mécanismes internationaux, allant de l'arbitrage (CIRDI) au règlement des différends (OMC), et jusqu'aux contrôles juridictionnels (CEDH, CIDH, CJCE, CPI …), montre que des mécanismes plus contraignants sont possibles et sans doute nécessaires. A condition de corriger la dissymétrie actuelle (les mécanismes existants favorisant le contrôle de l'ajustement du niveau national au niveau international, et non l'inverse), c'est-à-dire à condition d'instituer, comme il était prévu par le TC, un mécanisme pour contrôler l'usage de la subsidiarité dans les deux sens.

Enfin il restera, pour fonctionner comme un véritable générateur de diversité, à la fois dans l'espace (diversité d'un pays à l'autre) et dans le temps (seuil de compatibilité évolutif), à intégrer des indicateurs extra-juridiques, économiques ou sociaux. La CEDH a commencé à le faire, par exemple, à propos de poursuites pénales pour délit d'homosexualité entre adultes[27] : bien qu'il s'agisse de morale, et malgré l'absence de dénominateur juridique commun, l'évolution sociale converge, dit la cour, vers plus de tolérance et cette convergence permet de réduire la marge nationale au point de quasiment l'exclure. Mais, à défaut d'instruments d'analyse plus rigoureux, cette hétérogénéité des indicateurs de variabilité affaiblit le pluralisme juridique, tributaire d'un pluralisme social implicite qui semble réduire l'objectivité du jugement[28].

En somme, les dispositifs juridiques d'équilibrage permettent d'accompagner l'intégration normative mais ils ne commandent que très imparfaitement les corréla-

---

[26] *Le relatif et l'universel*, précité, p. 258 sq.

[27] Arrêts *Dudgeon c.RU*, 22oct.1981, *Norris c. Irlande*, 26 oct.1988, et *Modinos c.Malte*, 22avril 1993.

[28] A. Lajoie, *Jugements de valeur*, PUF, coll. Les voies du droit, 1997 ; voir aussi F. Tulkens, « L'usage de la marge nationale d'appréciation par la CEDH, paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », séminaire Collège de France, 13 juin 2005, *RSC* 2006. 3.

tions avec les autres mouvements. Qu'il s'agisse de l'expansion (élargissement) ou de la synchronisation (accélération et freinage), les modèles d'un nouvel ordre juridique restent à construire.

MODÈLES DE TRANSFORMATION : AU PAYS DES NUAGES ORDONNÉS

Quand j'ai pour la première fois utilisé cette métaphore des nuages ordonnés pour imaginer un droit commun pluraliste[29], je revenais d'un voyage en Chine et j'avais, en touriste disciplinée, contemplé les nuages gravés dans la pierre sur les marches de la Cité interdite et du Palais d'été : des nuages obéissant à la volonté impériale d'un ordre immuable. Il m'a donc fallu préciser qu'il ne s'agissait pas d'illustrer cette vision immobile de l'ordre mais une vision au contraire instable et évolutive, davantage inspirée des paradigmes de Popper opposant les nuages à l'horloge, ou des travaux d'Henri Atlan sur les systèmes complexes : entre le cristal et la fumée[30]. Les nuages immobiles de la Cité interdite ont le mérite de souligner la pluralité des modèles pour un futur ordre juridique mondial, mais ils incitent aussi à leur dépassement au profit d'une articulation, plus que jamais nécessaire, entre le juridique et le politique.

PLURALITÉ DE MODÈLES

Dans l'ordre juridique interne, les représentations les plus couramment utilisées aujourd'hui reposent sur les paradigmes, popularisés par François Ost et Michel van de Kerchove[31], de la pyramide et du réseau : la pyramide est ordonnée par une relation verticale de hiérarchie (sub/ordination) ; alors que le réseau est conditionné par un jeu d'interactions pouvant ou non comporter des hiérarchies. Et la théorie « dialectique » développée par ces auteurs les conduit à conclure que « le droit contemporain ne cesse d'osciller entre l'universalité potentielle des réseaux et l'ancrage bien localisé des pyramides », une oscillation qui traduirait selon eux « l'éthique, modeste et liminaire, des sociétés complexes à l'heure des réseaux ». En effet les deux paradigmes expriment aussi le passage d'une structure simple (fermée et stable) à une structure complexe (ouverte, instable et polymorphe).

Transposées à l'étude des phénomènes de l'internationalisation du droit - c'est-à-dire, au-delà du droit international qui se limite aux relations entre des États souverains que l'on suppose parfaitement indépendants, aux phénomènes accompagnant l'expansion de l'espace national à un espace, régional ou mondial, partiellement intégré - les représentations de l'ordre juridique se diversifient encore.

L'expansion selon le modèle de la pyramide conduit vers un ordre de type *fusionnel*, qui reste conçu comme une structure simple, ordonnée autour du principe de hiérarchie. Doublement simple parce que l'ordre juridique (au sens de processus

---

[29] M. Delmas-Marty, « Postface » in *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, pp. 283-284.

[30] H . Atlan, *Entre le cristal et la fumée*, *Essai sur le vivant*, Seuil, 1979.

[31] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

d'engendrement des normes) est prédéterminé par le principe de hiérarchie et parce que la cohérence est garantie par une corrélation, en quelque sorte « naturelle », entre l'intégration normative, les niveaux d'organisation et les vitesses de transformation. Satisfaisant en apparence aux conditions d'une sécurité juridique qui suppose la prévisibilité des normes, ce modèle est politiquement redoutable car il contredit ouvertement la souveraineté des États et risque en outre de légitimer, sous prétexte de favoriser l'émergence d'un ordre mondial, un processus d'intégration de type hégémonique.

En revanche, l'expansion selon le modèle du réseau, à première vue plus facile à accepter en termes de souveraineté nationale, reste équivoque en ce sens qu'elle peut conduire à deux types d'ordre juridique, selon que l'expansion privilégie les interactions horizontales (internationales ou transnationales, qui s'organisent entre acteurs publics ou privés) ; ou les combine avec des interactions verticales (par harmonisation ou par unification).

Le premier modèle s'ordonnerait exclusivement par le jeu d'interactions horizontales. Complexe, dans la mesure où la structure est interactive, il relève d'un ordre dont les mouvements seraient spontanément corrélés[32], donc un ordre *autorégulé*, comme prétend l'être l'ultra-libéralisme au risque de favoriser des formes d'hégémonie plus souterraines au profit des pouvoirs économiques privés.

Mais un ordre véritablement *pluraliste* appelle, comme on l'a vu, une conception que l'on pourrait nommer « hypercomplexe » car elle doit à la fois combiner interactions horizontales et verticales et corréler cette intégration à géométrie variable avec les autres mouvements, à plusieurs niveaux et à plusieurs vitesses.

On découvre ainsi les limites du raisonnement « juridique » qui peut absorber une certaine complexité, parfois avec succès comme en témoignent les cinquante premières années de la construction européenne, mais sans garantir la légitimité politique[33]. La tentation étant pour les juristes de se délecter de cette complexité délicieuse et de s'y enfermer. Au risque que les citoyens rejettent un système découvert tardivement et auquel ils ne comprennent pas grand chose. C'est peut-être ce qui arrive aujourd'hui où l'Europe juridique, dont nous étions si fiers, est comme rattrapée, et parfois piétinée, par le politique. Alors que c'est sans doute dans un dépassement des modèles au profit d'une articulation souple du juridique et du politique, que le futur ordre européen, ou *a fortiori* mondial, aura des chances d'être sinon stable, du moins durable.

■ DÉPASSEMENT DES MODÈLES

Les principaux choix restent du domaine politique, car la modélisation de l'ordre juridique ne donne pas la clé pour sortir de la dialectique d'un modèle à l'autre. La raison, disait encore Bachelard, « doit obéir à la science ». En effet si la science tend à décrire ce qui est, la raison est à son service ; en revanche le droit est « normatif », il dit ce qui doit être et fait donc appel à la volonté, voire au volonta-

[32] A. Fisher-Lescano et G. Teubner, " The vain search for legal unity in the fragmentation of global law", *Michigan Journal of international Law*, 2004, pp. 999- 1045.

[33] Rapport J. L. Quermonne et alia, *L'Union européenne en quête d'institutions légitimes et efficaces*, La documentation française, 1999.

risme. C'est ainsi que, dans les grands textes fondateurs, la raison juridique semble parfois désobéir à la réalité observée, comme pour protester contre elle, par exemple en proclamant, contrairement à toute réalité observable, que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » (art. 1er Déclaration universelle des droits de l'homme). Entre le descriptif et le normatif, il y a donc une discontinuité qui ne peut être franchie que par un saut dans l'inconnu, un pari sur l'avenir, une tentative pour abolir le hasard. Il faut revenir au *Coup de dés* de Mallarmé. Avant de conclure « toute pensée émet un coup de dés », le poète énonce qu'un coup de dés « JAMAIS n'abolira le hasard », mais il introduit une incise : « EXCEPTÉ à l'altitude PEUT-ÊTRE [.. .] UNE CONSTELLATION », pour évoquer enfin un « compte total en formation ».

Parce qu'il implique lui aussi un coup de dés, l'ordre juridique total en formation ne peut être abandonné aux seuls juristes, ni rester enfermé dans le droit. Autrement dit la transformation de l'ordre juridique national en un ordre supranational, ou « alternational »[34], précisément parce qu'elle fait appel à la volonté, suppose un retour au politique.

On commence ainsi à deviner la suite du chemin. Pour éviter que les mouvements d'internationalisation du droit, livrés à tous les vents, restent totalement désordonnés, imprévisibles et incontrôlables, il faudra réintroduire les acteurs et la refondation des pouvoirs. Puis il restera le plus difficile : rechercher s'il est possible de fonder au croisement des systèmes de droit et des autres systèmes symboliques, un accord sur des valeurs communes.

Alors seulement, pourra-t-on rêver du jour où ces valeurs ordonneraient d'un même souffle, sans jamais les figer, nos chers et merveilleux nuages.

[34] Voir Pascal Lamy, Alain Pellet et Mireille Delmas-Marty, « Les voies d'un ordre mondial », in *Le Débat*, n°132, Gallimard, 2006, pp. 4-18.

LÉGITIMER LA DIVERSITÉ

Mónica Pinto
Faculté de droit, Université de Buenos Aires, Argentine
Courriel : mpintok02@yahoo.com

Revue ASPECTS, n° 1 - 2008, pages 27-38

Résumé : Lors du développement des règles et des institutions des droits de l'homme, la diversité culturelle est alléguée soit comme justificatif pour méconnaître le respect des droits de l'homme ou comme excuse pour imposer un modèle quelconque de respect. D'où qu'elle est perçue comme une menace contre l'universalité des droits de l'homme, contre son unicité. Je pense que l'on ne peut lire le monde qu'à partir des données d'une culture, généralement, sa propre culture. Dans cet ordre d'idées, chacun porte avec soi et dans ses interprétations ou « lectures » des événements, les valeurs et les données de sa propre culture ; la diversité est, donc, le commun dénominateur. La réflexion proposée dans ce travail tend à démontrer que les droits de l'homme, bien qu'étant le produit d'une proposition occidentale, sont devenus universels et que le non-respect de la diversité culturelle – voire, juridique – fait obstacle à leur universalité. Pour ce faire, l'auteure considère d'abord la notion même des droits de l'homme, puis le droit à la différence comme l'une de ses manifestations plus concrètes et importantes. Elle souligne ensuite l'absence de mention faite à la diversité culturelle dans le corpus juris des droits de l'homme, les essais de syncrétisme, avant de conclure sur la revalorisation des diversités dans l'universalité voulue des droits de l'homme.

Mots-clés : droits de l'homme, diversité juridique, diversité culturelle, occidentalisme, universalité, syncrétisme

INTRODUCTION

Les règles de droit expriment les mœurs d'une société, ses modalités de faire les choses, de trancher les disputes entre ses membres. Elles expriment une culture. L'ordre juridique peut donc être envisagé comme l'expression d'une culture, des approches que l'idiosyncrasie des peuples et des gouvernements consacre à régler la coexistence en vue de l'épanouissement des individus qui habitent dans une société.

Les sociétés n'étant pas égales par leurs histoires et leurs présents, l'on peut être amené à penser à l'originalité de chaque ordre juridique, et à poser : une société, un ordre juridique. Pourtant, les échanges, les rapports entre les membres de différentes sociétés, conduisent à la socialisation des mœurs, croyances, méthodes, instituts…

D'après la Déclaration universelle sur la diversité culturelle, adoptée par l'UNESCO en 2001, « La culture doit être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social ; elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances».

Toutefois, la culture juridique, s'il y a quelque chose de tel, est, dans trois quarts de la planète, un produit enrichi par la migration coloniale.

Les puissances coloniales ont poussé à des vitesses diverses les frontières politiques des territoires sous leurs administrations. Les frontières juridiques ont aussi subi des impulsions même si – dans la plupart des cas – l'ordre juridique du colonisateur n'est venu que combler les lacunes des droits objectifs conçus et adoptés pour être en vigueur dans les territoires dépendants[1]. Toutefois, une fois la décolonisation achevée, certaines institutions sont restées comme la preuve d'un passé pas nécessairement meilleur mais, en tout cas, utile pour gérer une réalité complexe[2].

La pluralité de cultures juridiques à laquelle a donné lieu la décolonisation, tant au XIXe qu'au XXe siècles, trouve cependant certains dénominateurs communs. Il s'agit de la mise en valeur des institutions sociales que les droits objectifs en vigueur dans la plupart des pays du monde reconnaissent comme centrales, tels les cas de la famille, de la succession, du respect dû à l'honneur. Ils dérivent de cette unicité de la qualité humaine dont on pose qu'à certains égards elle s'exprime d'une manière plus ou moins uniforme.

Depuis l'adoption internationale de l'ordre juridique et politique en vigueur, c'est-à-dire depuis l'après deuxième guerre mondiale, un autre dénominateur commun vient s'ajouter : il s'agit des droits de l'homme.

Et c'est justement à l'occasion du développement des règles et des institutions des droits de l'homme que la diversité culturelle est alléguée de tous côtés pour justifier des positions qui ne peuvent, dans la grande majorité des cas, être acceptées par l'interlocuteur que sous pression. Qu'elle soit source de justificatifs pour méconnaître le respect des droits de l'homme ou qu'elle se présente comme excuse pour imposer n'importe quel modèle de respect, la diversité culturelle est perçue de nos jours comme une menace contre l'universalité des droits de l'homme et contre l'unicité de cette universalité.

Les instruments politiques rendent compte des tensions existantes entre l'universalité voulue de la notion des droits de l'homme et les diversités culturelles. A vrai dire, l'on ne peut lire le monde qu'à partir des données d'une culture, généralement, sa propre culture. Dans cet ordre d'idées, chacun porte avec soi et dans ses interprétations ou « lectures » des événements, les valeurs et les données de sa propre culture ; la diversité est, donc, le commun dénominateur.

La réflexion que je propose dans ce travail tend à démontrer que les droits de l'homme, bien qu'étant le produit d'une proposition occidentale, sont devenus universels et que le non-respect de la diversité culturelle – voire, juridique – fait obstacle à leur universalité.

Pour ce faire, je vais considérer d'abord la notion même des droits de l'homme, puis le droit à la différence comme l'une de ses manifestations plus concrètes et importantes, après je vais souligner l'absence de mention faite à la diversité culturelle dans le *corpus juris* des droits de l'homme, les essais de syncrétisme et fina-

---

[1] Par exemple, la législation coloniale adoptée par le Royaume d'Espagne pour ses possessions aux Amériques.

[2] Par exemple, l'institution du Parlement en Afrique.

lement je vais conclure sur la revalorisation des diversités dans l'universalité voulue des droits de l'homme.

LES DROITS DE L'HOMME : UN PRODUIT OCCIDENTAL À PORTÉE UNIVERSELLE

Les droits de l'homme sont le produit d'une proposition occidentale, notamment des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord qui ont eu l'initiative pendant le déroulement de la deuxième guerre mondiale, dont les caractéristiques inédites – notamment le traitement que les pays de l'Axe ont réservé aux personnes civiles, y compris à leurs nationaux – ont engagé une réflexion sur le traitement que les États réservent aux personnes dans leurs juridictions.

Même si le XVIIIe et le XIXe siècles ont consacré l'idéologie libérale et les libertés publiques ou les *civil liberties* qui ont été cristallisées par les constitutions nationales ou autres instruments fondamentaux, cette idéologie ne s'imposait pas à titre de règle de conduite dans les rapports internationaux.

Jusqu'à la fin de la première guerre mondiale, le traitement réservé par l'État aux citoyens et aux apatrides est discrétionnaire[3]. Toutefois, des règles sont adoptées en vue d'octroyer une protection juridique à certaines personnes en leurs qualités d'organes de l'État dans certaines situations, par exemple, aux combattants sur les champs de bataille[4].

Cette latitude n'empêche pas l'adoption et la reconnaissance d'un *standard minimum de droits* pour les étrangers dans un territoire et cela parce que c'est le droit de l'État que ses ressortissants soient traités par les autorités étrangères d'une manière compatible avec le droit international[5]. Toutefois, le titulaire du droit en question est l'État et non pas l'individu, ce qui autorise le premier à décider s'il veut exercer son droit à la protection diplomatique de son citoyen à l'étranger qui, en plus, doit être innocent.

C'est dans ce contexte que la deuxième guerre mondiale installe avec l'Axe la logique de la séparation, de la ségrégation, de la stigmatisation, du *ghetto,* des camps de travail et de la mort, des chambres à gaz et…

Pendant son déroulement, l'idée de regagner la liberté et la dignité bafouées fait l'objet de décisions importantes[6] ainsi que d'accords fondamentaux[7]. La décision

---

[3] L. Oppenheim, International Law, 8e. éd. par H. Lauterpacht, 1955, 640-641: "a State is entitled to treat both its own nationals and stateless persons at discretion and that the manner in which it treats them is not a matter with which International Law, as a rule, concerns itself".

[4] Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne. Genève, 22 août 1864.

[5] Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, CPJI Recueil, 1924, série. A, n° 2, p. 12, « C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pas pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international ».

[6] The "Four Freedoms" Speech, Annual Message to Congress, January 6, 1941. Disponible sur le site Internet du Franklin D. Roosevelt Presidential Library and Museum, www.fdrlibrary.marist.edu/4free.html

politique consiste dans l'élargissement de l'agenda des questions communes, celles intéressant tous les États, c'est-à-dire non seulement celles qui provoquent les crises mais aussi celles qui devraient permettre de les surmonter.

C'est une décision novatrice, une décision qui transforme la société horizontale westphalienne où chaque État dépend de ses ressources, de ses forces et de ses ententes pour réussir, dans une communauté où certaines décisions sont prises en commun et où certaines questions ne peuvent plus faire l'objet de négociations particulières car leur préservation suppose la survie de la communauté toute entière.

Elle va trouver sa place dans le texte qui sert de colonne vertébrale à l'ordre juridique et politique de l'après-guerre, la Charte des Nations unies.

Pour ce faire, les Nations unies adoptent la coopération internationale comme leur politique ; plus tard, elle devient une règle juridique de base des rapports internationaux d'après-guerre. Le traitement sera, inévitablement, multilatéral et le phénomène de l'organisation internationale viendra en aide pour sa réalisation. Il en résulte que la pluralité des grandes puissances constitue une donnée acquise de l'ordre juridique et politique qui s'installe après la deuxième guerre mondiale et que son absence pose des problèmes importants.

La Charte des Nations unies propose les buts de la communauté internationale qu'elle institutionnalise : le maintien de la paix et la sécurité internationales, le développement entre les nations de relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, la réalisation de la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ainsi que d'être un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers ces fins communes.

La coopération internationale s'exprime, entre autres, « en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion »[8]. Voilà la base du droit international des droits de l'homme.

Plus encore, les Nations unies ont étendu la politique du respect des droits de l'homme comme une politique mondiale lorsque le procès de décolonisation a conduit à la reformulation des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États, dans la résolution 2625(XXV) de l'Assemblée générale des Nations unies adoptée le 24 octobre 1970. Il y est dit que les États doivent coopérer pour assurer le respect universel et la mise en oeuvre des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, ainsi que l'élimination de la discrimination raciale et de l'intolérance religieuse sous toutes leurs formes...

---

[7] La Charte de l'Atlantique a été signée par Winston Churchill et Franklin D. Roosevelt en juillet 1941, disponible sur le site Internet usinfo.state.gov/usa /infousa/facts/democrac/53.htm

[8] Charte des Nations unies, article 1(3).

La source matérielle des droits de l'homme se trouve dans une horreur que l'holocauste rend intolérable et le préambule de la Charte s'en fait l'écho « Nous les peuples des Nations unies résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances, à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations grandes et petites,... à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande », en nous donnant un instrument et un critère résiduel d'interprétation. Leur source formelle sera le traité constitutif de l'ONU.

La Charte propose une notion des droits de l'homme qui se construit à partir d'un vieux concept du constitutionnalisme classique, les libertés publiques, partant non universelle, auquel on ajoute des valeurs tels que l'égalité, et son corollaire de non discrimination, l'universalité et, surtout, la possibilité d'engager la responsabilité internationale de l'État pour toute violation non réparée dans le niveau interne.

La Charte annonce des droits de la personne humaine ; plus encore, il s'agit des droits et des libertés fondamentales de « tous », quel que soit le pays où l'on se trouve. Il s'agit des droits qui doivent être consacrés en égalité, parce que la nature humaine est une seule, et, par conséquent, des droits dont la jouissance ne peut être atteinte par des distinctions ou restrictions qui n'aient pas un fondement raisonnable.

Les différences avec les libertés publiques ou les *civil liberties* sont notables. D'ailleurs la notion, qui est une « invention » du XXe siècle[9], s'est servie d'eux comme la matière première et y a ajouté des éléments qui permettent de faire la différence, notamment l'égalité des membres du groupe humain et, par conséquent, la non-discrimination ; l'universalité personnelle car toutes les personnes – hommes, femmes et enfants – en sont titulaires, spatiale car la notion est mondiale ainsi que matérielle car il s'agit de tous les droits. Cet engagement politique s'est noué au niveau international, les violations des droits de l'homme entraînent donc la responsabilité internationale de l'État.

Il s'agit d'une notion dont le contenu n'est pas infini mais qui évolue dans la mesure où de nouvelles expressions de la liberté et de la dignité humaines trouvent leur place dans une échelle de valeurs à portée universelle.

Or, si les droits de l'homme peuvent être considérés comme un produit occidental, de même que la notion d'égalité des êtres humains, pourtant la dignité et la liberté sont des valeurs partagées par toutes les sociétés[10].

La localisation des droits de l'homme dans la coopération internationale permet de demander à l'ONU de favoriser le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion[11]. Ce faisant, l'intérêt d'un État, d'un groupe d'États ou de la communauté institutionnalisée pour la situation des droits de l'homme dans un pays ne suppose pas *ipso facto* une ingérence dans les affaires qui relè-

---

[9] Nino, Carlos Santiago, *Etica y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2e. éd. ,Buenos Aires, Astrea, 1989.

[10] Thomas Franck, « Is Personal Freedom a Western Value? », 91 *American Journal of International Law*, 1997, 593-627.

[11] Charte des Nations unies, article 55(c).

vent essentiellement de la compétence nationale d'un État car la notion même de droits de l'homme est une notion internationale.

Si l'ordre juridique et politique en vigueur depuis la deuxième guerre mondiale a fait des droits de l'homme l'un des objets de la coopération internationale, on ne saurait pas y voir une exigence d'homogénéité.

Dans la modernité qu'exprime la Charte, les droits de l'homme jouent le rôle des piliers de l'édifice de l'État. Cet édifice est conçu pour abriter les personnes humaines et ne peut être entendu qu'en fonction du développement de la vie humaine. Voilà qu'entre les piliers il y a des espaces que seront remplis par les différents utilisateurs selon leurs choix. Aucune imposition ne sera légitime si elle n'est le produit de l'accord de tous les ayant droit ou d'une exigence légale qui s'impose à l'autonomie de la volonté par cause d'ordre public. Voilà, donc, qu'en général, aucune idéologie ne prévaut, que les différents matériaux employés seront fonction des esthétiques différentes, de la disponibilité de ressources… Aucune exigence d'uniformité au sujet des matériaux ni au sujet des esthétiques pour que les droits de l'homme puissent être réclamés.

Si la construction dite des droits de l'homme a un sens, il s'agit de permettre et de légitimer la différence pour que nous soyons égaux !

LES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT À LA DIFFÉRENCE

Les sentences de lapidation pour adultère ; l'excision génitale féminine forcée ; l'abandon des femmes à leur sort, le port obligatoire de la burqa ; les stérilisations forcées ; l'analphabétisme auquel sont condamnées beaucoup de filles et de femmes ; les unions forcées ; la survie des privilèges du régime des castes ; la préférence pour les garçons dans certaines politiques de planning familial ; l'exil comme punition sont certains exemples des violations des droits de l'homme que l'on a essayé de justifier avec des arguments fondés sur la diversité culturelle.

D'autre part, au fur et à mesure que certaines questions et problèmes deviennent globaux, la peur à l'égard de la différence est plus importante. L'exportation des modèles compatibles avec les droits de l'homme commence !

En Occident, une conception manichéenne décide que la démocratisation (forcée) de certains pays peut favoriser l'État de droit et le respect des droits de l'homme. Le changement de régime et l'intervention en Irak par une coalition de puissances occidentales dirigée par les États-Unis n'est qu'un exemple tout à fait récent de la mise en oeuvre de cette politique.

L'effet est exactement le contraire, une revalorisation des cultures propres éclate, guidée par le bâton de commande des leaders religieux qui préconisent des pratiques rituelles très orthodoxes. Le fondamentalisme s'installe partout !

Si les pays du Moyen-Orient sont l'épicentre d'un cercle virtuose où l'Islam est le salut, l'Occident plutôt chrétien devient aussi très scrupuleux et au niveau universel plus soucieux du rituel que des problèmes qui s'étalent sur des milliers et des milliers de personnes au monde, tel celui de la pauvreté.

Deux phénomènes du Moyen Âge se réinstallent sur la scène internationale, d'une part la symbiose de l'État et la religion – l'État devient, donc, théocratique – et, par conséquent, la guerre des religions revient.

Mise à part la question de tous et de toutes, ceux et celles qui par la force des climats idéologiques et politiques sont culturellement définis par une religion mais dont la pratique est rare, le fondamentalisme fait rage là où l'État est absent, où le salut n'est que dans un autre monde car dans le monde terrestre, le salut est impossible.

La réaction à l'exportation du modèle occidental à taille unique est davantage de fondamentalisme ou, simplement, l'installation du fondamentalisme là où auparavant le laïcisme occupait toutes les places ; voyez l'éclosion orthodoxe en Irak après 2003 ou la solidarité de certains secteurs turcs avec la cause « musulmane ».

En même temps, le laïcisme, au lieu de s'ériger en territoire neutre, devient un champ de bataille inattendu. Voilà les débats, circonstances et autres auxquels a donné lieu la loi interdisant le port du voile dans l'école publique française ou les manifestations désespérées de la Turquie pour ne pas céder au prix facile du port du voile.

Le problème est que la religion et l'État ne peuvent et ne doivent pas être un. S'ils ne sont pas séparés, il n'y a pas de garantie pour la pratique religieuse. Voilà que l'un des héritages de la modernité, un État qui n'impose pas ses vues en matière de religion à ses citoyens, cède sa place aux conceptions globales et uniformes du Moyen Âge.

L'uniformisation des décisions anéantit le libre choix, les décisions personnelles, l'adoption d'un plan de vie.

Le nombre des décisions de nature législative qui interdisent et punissent le contact avec le monde extérieur ainsi que la diffusion des idées pro-occidentales n'illustre que la force avec laquelle la règle religieuse uniforme est imposée.

Si l'Occident ne respecte pas l'universalisme des droits de l'homme en contestant la diversité culturelle du Moyen-Orient ou même de certaines politiques dans d'autres régions du monde, telle l'Amérique latine, par exemple, il en va de même pour le Moyen-Orient qui non seulement met en question le modèle occidental – dans la plupart des cas parce qu'il s'agit d'un modèle colonisateur – mais qui ne respecte pas la divergence au sein de sa propre société.

Quels sont les obstacles qui se dressent sur la route d'une convention internationale sur la liberté religieuse sinon la non-acceptation de la diversité culturelle ?

Or, le respect de la dignité et de la liberté ne peut s'assujettir à un seul patron car si c'était le cas, la dignité ne serait que pro forma et la liberté deviendrait un devoir. En outre, les frontières interethniques, sociales, etc, sont progressivement franchies par la révolte des victimes. En effet, n'importe où, quel que soit le degré d'alphabétisation ou l'appartenance à une foi quelconque, la victime a conscience de sa situation. La perception de la violation de la dignité et de la liberté n'exige pas des modèles d'analyse sophistiqués. Elle est à la genèse de ce qu'on appelle droits de l'homme et qui pour être tels, doivent comptabiliser toutes les différences !

LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME NE VISE PAS EXPRESSÉMENT LA DIVERSITÉ CULTURELLE

Les règles internationales en matière des droits de l'homme ne font d'allusion directe à la diversité culturelle que très rarement. Toutefois, dès la rédaction de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, il est prévu que l'éducation favorise « la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux »[12].

A vrai dire, la Déclaration universelle révèle sa nature juridique *de lege ferenda* lorsqu'elle se présente comme « l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives, tant parmi la population des États membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction »[13] ; et, ce faisant, elle construit les droits de l'homme comme l'objet d'une culture universelle. Si du point de vue juridique, cette voie annonce la cristallisation d'une *opinio juris* qui part à la recherche d'une pratique générale, constante, uniforme, afin de consolider une règle coutumière de droit international[14] ; du point de vue culturel, elle annonce que désormais les conduites et pratiques contraires à son contenu sont illégitimes et illégales.

La Conférence internationale des droits de l'homme, réunie à Téhéran, du 22 avril au 13 mai 1968, pour passer en revue les progrès accomplis depuis l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme et pour dresser un programme d'avenir, proclame que « La Déclaration universelle des droits de l'homme exprime la conception commune qu'ont les peuples du monde entier des droits inaliénables et inviolables inhérents à tous les membres de la famille humaine et constitue une obligation pour les membres de la communauté internationale », ce qui atteste que l'objectif de 1948 est effectivement atteint du moins du point de vue du discours.

Les règles relatives aux droits de l'enfant s'approchent un peu de la diversité mais avec beaucoup de précautions. C'est ainsi que l'Ensemble de règles minima des Nations unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985, ne fait pas référence à l'incidence extraordinaire des modèles culturels sur le comportement et le traitement des enfants et adolescents sinon dans les commentaires où il est rappelé qu'il est « délibérément formulé de façon à être applicable dans des systèmes juridiques différents »[15] ainsi que « le seuil de res-

---

[12] Déclaration universelle des droits de l'homme, A/RES/277(III), adoptée à Paris le 10 décembre 1948, article 26(2).

[13] Déclaration universelle des droits de l'homme, A/RES/277(III), adoptée à Paris le 10 décembre 1948.

[14] Voyez Pinto, Mónica, Temas de derechos humanos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997 ; René-Jean Dupuy, « Droit déclaratoire et droit programmatoire. De la coutume sauvage a la "soft law" », Toulouse, Société française pour le droit international, 1974: « Impuissants à confirmer une coutume non encore fortifiée par la pratique, cette sorte de résolutions s'efforcent de susciter celle-ci. En votant la résolution, on veut mettre en place des normes d'incitation fondées sur des notions rationnelles, scientifiques et techniques. L'élément intellectuel précède encore ici la pratique des états et des hommes ».

[15] Ensemble de règles minima des Nations unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985, commentaire article 2.

ponsabilité pénale varie largement selon les époques et les cultures »[16]. Cependant, la plupart des instruments relatifs à l'administration de la justice vis-à-vis des enfants, soit les personnes de moins de dix-huit ans, ne font aucune allusion à des diversités quelconques. L'on pourrait penser que les adaptations aux besoins locaux supposent tenir compte des cultures prédominantes dans lesdits contextes mais les textes gardent silence sur ce point.

De son côté, la Convention des droits de l'enfant, adoptée en 1989, ouvre la porte à une lecture différente sur la question culturelle. Pour ne citer qu'un exemple, elle fait référence « aux membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale »[17] ainsi qu'à l'obligation de tenir compte d'une certaine continuité de l'origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique lorsque l'enfant est privé de son milieu familial et qu'il est placé dans une famille, référence faite à la kafalahde islamique[18].

La Conférence Mondiale des droits de l'homme, réunie à Vienne en juin 1993, a procédé à « une analyse globale du système international des droits de l'homme et des mécanismes de protection de ces droits, afin d'inciter à les respecter intégralement et donc d'en promouvoir le plein exercice de manière équitable et équilibrée »[19]. C'est dans ce contexte que mention a été faite pour la première fois de la diversité culturelle. En effet, au paragraphe 5 on peut lire : « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant une égale valeur. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales ».

Cette précision trouve son antécédent dans la Déclaration de Bangkok[20] où les pays de l'Asie soulignent l'universalité, l'objectivité et la non sélectivité des droits de l'homme et la nécessité d'éviter l'application du critère deux poids deux mesures (« double standard ») dans la mise en oeuvre des droits de l'homme et sa politisation. En même temps, ils reconnaissent que la promotion des droits de l'homme

---

[16] Ensemble de règles minima des Nations unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/33 du 29 novembre 1985, commentaire article 4.

[17] Convention relative aux droits de l'enfant, 2 septembre 1990, 1577 UNTS Nº 27531, article 5 : « Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention ».

[18] Convention relative aux droits de l'enfant, 2 septembre 1990, 1577 UNTS Nº 27531, article 20.3 : « Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafalahde droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ».

[19] Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Vienne 14-25 juin 1993, A/CONF/157/23, Part III, Déclaration et Plan d'Action de Vienne, préambule, paragraphe 1.

[20] Final Declaration of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights, Bangkok, 29 March to 2 April 1993, pursuant to A/RES/46/116.

devrait être favorisée par la coopération et le consensus et non par la confrontation et l'imposition des valeurs incompatibles[21].

LES ESSAIS DE SYNCRÉTISME

Tout en gardant les traits des cultures propres et en respectant la diversité culturelle et juridique qui en est la conséquence, certains instruments de droits de l'homme font une référence claire aux règles de droits de l'homme comme le critère de ce qui est permis dans ce domaine.

C'est ainsi que, par exemple, tout le texte de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes[22] exprime un syncrétisme important. Par l'article 5(a), les États parties s'engagent à prendre les mesures appropriées pour « modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et de pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondées sur l'idée d'infériorité ou de la supériorité de l'un ou de l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ».

La Déclaration sur les droits des peuples autochtones reconnaît l'universalité des droits de l'homme et, pour ce faire, invoque les normes du droit international des droits de l'homme : Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme[23].

Dans le même contexte il faut inscrire la disposition selon laquelle « Tous les droits et libertés reconnus dans la présente Déclaration sont garantis de la même façon à tous les autochtones, hommes et femmes »[24] ou celle qui garantie que « Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs. Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme»[25]

Le droit international des droits de l'homme devient le critère valable d'interprétation des droits énoncés dans la Déclaration. En effet, l'article 46(2) et (3) se porte en clause générale pour assurer que « Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés. L'exercice des droits énoncés dans la présente

---

[21] « *Stressing the universality, objectivity and non-selectivity of all human rights and the need to avoid the application of double standards in the implementation of human rights and its politicization* ». et « *Recognizing that the promotion of human rights should be encouraged by cooperation and consensus,and not through confrontation and the imposition of incompatible values* ».

[22] Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée à New York le 18 décembre 1979, 1249 UNTS 13.

[23] Déclaration des Nations unies sur les peuples autochtones, Doc. A/61/l.67 du 12 septembre 2007, article premier.

[24] *Ibidem*, article 44.

[25] *Ibidem* article 40.

Déclaration est soumis uniquement aux restrictions prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Toute restriction de cette nature sera non discriminatoire et strictement nécessaire à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique » et que « Les dispositions énoncées dans la présente Déclaration seront interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi ».

UNE RÉVALORISATION DES DIVERSITÉS DANS L'UNIVERSALITÉ VOULUE DES DROITS DE L'HOMME

Le respect de la liberté et de la dignité de toutes les personnes humaines, en égalité et sans discrimination est une obligation juridique positive qu'aucune doctrine politique ou culturelle ne peut aliéner sans consultation préalable[26]. Les plus de soixante ans de parcours du discours, des règles de comportement et des critères de réclamation et de surveillance internationale témoignent combien les droits de l'homme sont importants pour tous les êtres humains, partout dans la planète !

Cependant, cette appréciation universelle exige une recherche sérieuse des fondements des droits de l'homme et des expressions plus générales des droits de l'homme dans des cultures autres que la culture dite occidentale. Il faut absolument trouver une légitimation culturelle aux droits de l'homme dans les critères et paradigmes des cultures autres que les cultures occidentales[27]. Cette recherche et son produit vont nous conduire à légitimer culturellement l'universalité des droits de l'homme au lieu de la léser. Certains parlent d'une reconstruction de la notion[28].

La base pour cette entreprise est déjà là. Un formidable édifice de règles juridiques de droit international des droits de l'homme a été édifié avec le consentement des États culturellement différents. Il faut être clair : on y est arrivé – vers la fin de 2007 avec quatorze instruments internationaux en vigueur au monde et deux qui sont à la recherche du nombre requis de manifestations du consentement pour en devenir – par la décision politique des États et non malgré les États. Une décision politique nourrie par la société civile internationale et aussi par certains d'entre eux qui, selon la saison et la puissance des vents, se sont investis pour ce faire.

Parmi ces règles de droit international des droits de l'homme, la liberté d'expression et la liberté des convictions religieuses deviennent les garanties de la

---

[26] Comité des droits de l'Homme, Observation générale No 26, Continuité des obligations (soixante et unième session, 1997), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (1997), paragraphe 4 : « Les droits consacrés dans le Pacte appartiennent aux individus qui vivent sur le territoire de l'État partie. Le Comité des droits de l'homme a constamment été d'avis, comme le montre de longue date sa pratique, que dès lors que des individus se voient accorder la protection des droits qu'ils tiennent du Pacte, cette protection échoit au territoire et continue de leur être due, quelque modification qu'ait pu subir le gouvernement de l'État partie, y compris du fait d'un démembrement en plusieurs États ou d'une succession d'États et en dépit de toute mesure que pourrait avoir prise ultérieurement l'État partie en vue de les dépouiller des droits garantis par le Pacte. »

[27] Voilà ce qu'a constamment enseigné Abdullahi Ahmed An-Na'im ed., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, pp.19-43.

[28] Moosa, E., "The Dilemma of Islamic Rights Scheme", *Journal of Law and Religion* 2000-2001, Hamline University, 185-215 ; Pannikar, R., "Is the Notion of Human Rights a Western Concept?", 120 Diogenes 78, 1982 ; Rouland, N, « A propos des droits de l'homme: un regard anthropologique », *Droits fondamentaux* nº3, 2003, pp.129-151

diversité, de la possibilité de dresser un plan de vie autonome sans ingérences extérieures[29] ; tout compte fait, de la possibilité d'exercer et de réclamer les droits de l'homme à partir de la culture propre.

Redonner un sens dans chaque culture aux droits de l'homme sera la tâche de l'avenir, à défaut de laquelle, l'avenir sera du passé !

[29] Peut-être l'oeuvre du hasard mais il s'agit des deux libertés positives mentionnées dans le discours « *Four Freedoms* »

II. LES CULTURES DU MONDE

IDENTITÉ DE LA MÉDITERRANÉE ET CONVERGENCE DES SYSTÈMES JURIDIQUES

Pierangelo Catalano
Université de Rome « La Sapienza »

Revue ASPECTS, n° 1 - 2008, pages 41-55

Sommaire : 1. Systèmes juridiques et identité de la Méditerranée. A propos des « systèmes juridico-religieux » ; 2. Ordres (« ordinamenti ») et systèmes juridiques ; 3. Rencontres entre systèmes juridiques (droit romain et droit musulman) ; 4. Rapports interculturels et interprétation historico-juridique ; 5. Utilité commune méditerranéenne des universalismes juridiques romain et musulman ; 6. *Populus Romanus* et *Ummah*. Le problème de la citoyenneté ; 7. Quelques conclusions: l'œuvre des juristes méditerranéens et la convergence des systèmes.

SYSTÈMES JURIDIQUES ET IDENTITÉ DE LA MÉDITERRANÉE. A PROPOS DES « SYSTÈMES JURIDICO-RELIGIEUX »

Depuis longtemps déjà, s'est affirmée la nécessité, afin d'éviter toute « confusion » des concepts juridiques, d'employer de façon diversifiée les mots « ordre » (« ordinamento ») et « système »[1]. Malheureusement, les spécialistes italiens de ce que l'on appelle « droit comparé » se sont engagés, avec quelques exceptions, dans la voie opposée: celle de la confusion de mots et de concepts[2].

L'utilisation indifférenciée du mot « système »[3] peut impliquer l'incapacité de comprendre la définition romaine du droit (*ius est ars boni et aequi* : selon Salvatore

---

[1] Voir pour tous J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, 2e éd., Lima 1967, pp. 81 ss. (cf. 6 ; 91 s.; 110 ss. ; 113 ss.), qui fait remonter l'étude scientifique des idées et des institutions juridiques à l'intérieur de « systèmes » au grand juriste japonais NOBUSHIGE HOZUMI (*Lectures on the Japanese Civil Code as Material for the Study of Comparative Jurisprudence*, 2e éd. Tokyo 1912) en tant que fondateur de la « méthode généalogique ».

[2] Voir par ex. les articles de R. SACCO, « Sistemi giuridici (aspetti generali) », « Sistemi giuridici (rassegna e comparazione) » et « Sistemi giuridici romanisti » dans *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, 18, Torino 1998: « parleremo di sistema per dire ordinamento » p. 527. Sur les racines d'une telle confusion voir *infra* note 24.

[3] Les termes « aire romaniste », « famille romaniste », « systèmes romanistes » sont employés indifféremment par des spécialistes ! On trouve un emploi oscillant du terme « système » ainsi qu'un usage générique (et souvent impropre) du terme « réception » dans l'important volume M. DOUCET et J. VANDERLINDEN (sous la direction de), *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Textes présentés au premier colloque international du Centre international de la *common law* en français (CICLEF), Bruxelles 1994.

Riccobono, *ius* signifie ici « système ») et la confusion entre la validité du droit et l'effectivité de l'« ordinamento »[4]. Je vois une conséquence de cette incapacité et de cette confusion, pour l'analyse spatio-temporelle de systèmes et d'ordres, dans les affirmations de ceux qui veulent opposer les « systèmes romanistes » et les « systèmes islamiques » en mettant en évidence les « connotations communes » pour les premiers et pour les seconds « un ordre idéal [« ordinamento ideale » : *sic*] qui n'est mis en exécution dans aucun pays »[5]. Cette opposition rend impossible l'identification de la réalité juridique de la Méditerranée dans la rencontre entre les deux systèmes (au sens propre) : le système islamique et le système romain[6].

De même, il faut considérer avec circonspection, bien qu'elle soit intéressante, la « comparaison », à travers le concept de « droit apical métaétatique », entre le droit islamique (plus précisément la *shariah*) et le droit communautaire (européen)[7]. A mon avis, il faut rendre claire la distinction entre le droit comme système (« non isolé » de la morale et de la religion) et les ordres (« ordinamenti », « ordenamientos ») positifs étatiques et « communautaires » (par exemple, celui de l'Union Européenne).

Pour bien comprendre l'identité méditerranéenne, j'éviterai les expressions, devenues fréquentes (et correspondant à des concepts qui, bien que différents, sont tous marqués par des conceptions juspositivistes), comme « droit des religions », « droit interne des religions », « droits religieux », cette dernière étant souvent considérée de façon équivoque comme un synonyme de « systèmes juridiques religieux ». On trouve hélas de nombreux exemples, en langue italienne, de ces expressions dans le périodique *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, éd. Il Mulino, Bologne, dont le premier volume a paru en 2001.

En évitant l'emploi du mot « système » comme synonyme d'« ordre », « ordinamento », et en utilisant le concept de « système juridico-religieux » (attention : avec trait d'union !), je veux éviter la projection du positivisme juridique occidental de ces deux derniers siècles sur des réalités humaines et divines différentes. Le concept de « système juridico-religieux » permet de comprendre les définitions romaine de *ius* comme *ars boni et aequi* et de *iurisprudentia* comme *divinarum atque humana-*

---

[4] Cette confusion empêche de comprendre le *ius Romanum*: voir P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, édit. Giappichelli, Torino 1990, pp. VII s., 48 s., 91 ss. et passim ; ID., "Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1, 1, 12", dans *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli 2001, pp. 95 ss. ; cf. B. ALBANESE, dans *Iura*, 41 (1990), p. 129. Bien entendu, le problème peut aussi être affronter d'un point de vue tout à fait étranger au *ius Romanum*, c'est-à-dire du point de vue des « droits subjectifs » : voir p. ex. la discussion de J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, IVe éd., Frankfurt a. M. 1994 (à propos duquel cf. L. MOREIRA, *Fundamentação do direito em Habermas*, Belo Horizonte 1999). Pour ce qui est du droit canon, voir S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, édit. Giappichelli, Torino 1998, pp. 34 s.

[5] Voir la synthèse de R. SACCO, "Sistemi giuridici (rassegna e comparazione)" cit., p. 533.

[6] En ce qui concerne l'Amérique latine, il serait dogmatiquement erroné et opérationnellement dangereux que l'on arrive, en tenant compte surtout des droits indigènes, à douter que le droit latino-américain est un « diritto romanista » (comme le fait R. SACCO, « Sistemi giuridici romanisti » cit., p. 551). Celui qui manifeste ce doute semble ignorer que les empereurs romains ont toujours rencontré le problème de la validité (juridique) des coutumes locales, puis indigènes également, et qu'ils l'ont résolu affirmativement d'Alexandre Sévère à Constantin à Justinien (*D.* 1, 3, 32-40 ; *C.* 8, 52 [53], 1-2 ; cost. *Deo auctore*, 10) et jusqu'à Charles V (*Recopilación de Indias* 2, 1, 4 et 5, 2, 22): voir S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, éd. Giappichelli, Torino 1996, pp. 22 s. ; 34 ; 57 ; 58 ; 61 ; 67 s. Le droit « positif » des États modernes se place, de façon différente, en face des coutumes et contre elles ; rappelons l'exemple du *Código civil de la República Argentina*, rédigé par le romaniste Dalmacio Vélez Sársfield, qui n'admettait que la coutume *secundum legem* (art. 17) et remarquait que de cette façon, en suivant la *Nov. Recopilación*, il y avait dérogation aux *Siete Partidas* et à "las Leyes Romanas".

[7] A. PREDIERI, "Il diritto apicale metastatale. Analogia fra diritto comunitario e diritto islamico", tiré à part de *Il diritto dell'Unione Europea*, 3 (1996).

rum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia (*Digesta Iustiniani*, 1, 1, 1, et 10), et donc la dimension religieuse du droit[8] ; et aussi d'éviter la « séparation » (ou « *Isolierung* ») entre droit, morale et religion[9].

Le parallélisme entre le droit romain, en tant que système juridique en vigueur (comme l'entendait James Bryce au début du XXe siècle)[10], et le droit musulman[11] est très utile afin d'identifier la réalité juridique de la Méditerranée.

C'est l'« idée » même de Méditerranée qui est en question[12]. Il faut approfondir l'étude de la pensée des juristes, notamment des romanistes. Et tout d'abord de Giorgio La Pira[13]. Mais n'oublions pas les observations de Riccardo Orestano, dans le contexte de la seconde guerre mondiale (dont la formule : *Il Mediterraneo ai Mediterranei*)[14], et celles de Pietro Bonfante, immédiatement après la fin de la première guerre mondiale, à propos du peuple arabe [15].

---

[8] Il faut rappeler que le n° 18 des *Archives de philosophie du droit* (Paris 1973) est consacré au thème « Dimensions religieuses du droit », avec « Préface » de M. VILLEY.

[9] Voir p. ex. S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, cit., pp. 156 ss. ; 178 ss.

[10] Voir J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, 2 vols., Oxford 1901 (en particulier I, pp. 85 ss. ; 108, 142 ss. ; cf. II, 209 ss., sur le droit musulman). A propos de ce *Regius professor of Civil law* de l'Université d'Oxford, voir A. PACE, "Presentazione", dans J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, édit. Giuffrè, Milano 1998 ; P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, cit., pp. 92 ss. ; 101 ss.

[11] Voir J. LADJILI MOUCHETTE, *Histoire juridique de la Méditerranée. Droit romain, droit musulman*, avec préfaces de P. CATALANO et M. TALBI, Tunis 1990 (sur l'ouvrage de Jeanne Ladjili Mouchette, cf. A. MASTINO, "Diritti mediterranei", dans *Labeo. Rassegna di diritto romano*, 28, 1982, pp. 310 ss. ; J. GAUDEMET dans *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 58, 1992, pp. 456 ss. ; M. BOULET-SAUTEL dans *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, année 69, avril-juin 1991, p. 235) ; P. CATALANO, « Résistance des traditions, pluralité des ordres et rencontre des systèmes juridique dans l'aire méditerranéenne. Quelques précisions de concepts », *Beryte. Revue universitaire éditée par la Faculté de droit et des Sciences politiques et Administratives de l'Université Libanaise*, troisième année, n. 6, Beyrouth, décembre 1981, pp. 7-19 ; ID., « Les systèmes de droit et l'espace socio-culturel de la Méditerranée », dans *La Méditerranée en question. Conflits et interdépendance*, sous la direction de HABIB EL MALKI, Casablanca 1991 ; P. CATALANO, « Préface », dans *Méditerranée: intégration ou éclatement. Aspects culturels, économiques, juridiques et politiques*, Isprom-Publisud, Paris 1990, pp. 11 ss. ; F. CASTRO, *Sharī'a e diritto romano*, édit. prov., IPO, Roma 1991.

[12] L'ISPROM a consacré son V^e^ « Séminaire international pour la coopération méditerranéenne » (Cagliari 19-20 décembre 1983) au thème « Méditerranée: histoire et idéologie ». Voir maintenant S. BONO, *Il Mediterraneo. Da Lepanto a Barcellona*, édit. Morlacchi, Perugia 1999, pp. 155 ss. (ch. 8 "Per una storia dell'idea mediterranea") ; 171 ss. (ch. 9 "*Mare nostrum* e unità del Mediterraneo") et S. BERLINGÒ, "Dal *mare nostrum* al mare aperto. Contributo per un'ermeneutica 'mediterranea' dei sistemi giuridici", dans *Poteri religiosi e istituzioni: il culto di San Costantino Imperatore tra Oriente e Occidente* (Sistemi giuridici del Mediterraneo. Ricerche e studi 1), édit. Giappichelli/Isprom, Torino, sous presse. Voir aussi les différentes contributions dans le volume *La Méditerranée plurielle*, édition et coordination de J. VIDAL BENEYTO et G. PUYMÈGE, édit. Unesco/Publisud, Paris 2000 (P. BALTA, ibid. p. 57 : «pour la plupart des organisations internationales et pour le Département d'État américain, la Méditerranée n'existe pas et n'est pas reconnue en tant qu'ensemble géopolitique»).

[13] Rappelons les « Colloques méditerranéens » de Florence, commencés le 4 octobre 1958, fête de Saint François (voir la réimpression des actes du *« Premier Colloque Méditerranéen de Florence » con la "Premessa di Cagliari" di Giorgio La Pira*, ISPROM, Testi e documenti mediterranei 2, Cagliari 1998). Giorgio La Pira parlait de «sistema storico» de la Méditerranée (voir G. LA PIRA, *Il fondamento e il progetto di ogni speranza*, avec préface de G. Dossetti, édit. AVE, Roma 1992, p. 81 ; cf. 88 ; 258 ss. ; 377). Voir aussi le texte *L'homme méditerranéen*, présenté à Tunis en 1968 (l'original italien est publié dans G. LA PIRA, *Unità, disarmo e pace*, ed. Cultura, Firenze 1971, pp. 143 ss.).

[14] Voir R. ORESTANO, *Intorno al problema storico-politico del Mediterraneo*, tiré à part de la publication éditée pour la "Celebrazione centenaria della Regia Università di Siena", Siena 1942, pp. 12 ss. Sur le contexte historique (et les contradictions dues à l'apparition, dans celui-ci, d'éléments racistes) voir L. PISANO, « La Méditerranée comme mythe dans la propagande du fascisme italien », *Peuples méditerranéens*, 56-57 (juil.-déc. 1991), *Mythes et récits d'origine*, pp. 241 ss.

[15] Voir le manuscrit de 1920, inédit à ce jour, P. BONFANTE, *Memoria per la Siria e per Faysal re di Siria*, a cura di F. Castro, con una nota di F. Sini (ISPROM, Testi e documenti mediterranei 1), Cagliari 1994: «… ammettendo, il che è assurdo, che si possa considerare estraneo alla civiltà un popolo [sc. les Arabes] dell'Asia mediterranea, che ha contribuito con elementi essenziali in epoche diverse alla creazione della civiltà europea ; pur ammettendolo, questa guerra è stata combattuta per l'eguaglianza di tutti i popoli» (p. 41). Rappelons que Pietro Bonfante distinguait, du point de vue de l'histoire économique, la « période méditerranéenne » (Antiquité et Moyen Âge) et la « période océanique » (moderne) : voir P. BONFANTE, *Lezioni di storia del commercio* (I^e^ éd. Rome 1925-1926), édition revue e corrigée par G. Bonfante et G. Crifò, Milano 1982, I, pp. 18-23) ; il affirmait de façon cohérente que « la civiltà islamica ha le stesse radici della nostra ed è stata sempre in contatto con la nostra » (ibid., p. 15) ; et ailleurs, à propos de la paix de

■ ORDRES (*ORDINAMENTI*) ET SYSTÈMES JURIDIQUES

Les sciences sociales, y compris l'histoire (en s'appuyant de plus en plus sur les disciplines « voisines » : surtout la géographie et l'économie), ont essayé de définir de grandes régions (ou « continents ») socioculturelles ; je veux rappeler la liste proposée par le sociologue norvégien Johan Galtung : Japon, Chine, Asie du Sud-Est, Amérique du Nord, Amérique Latine, Europe Occidentale, Europe Orientale, Pays Arabes, Afrique Noire, Afrique du Sud[16]. Parmi les juristes deux tendances se sont développées, toutes deux directement ou indirectement liées à la définition, au-delà des droits étatiques et nationaux, de « systèmes » juridiques qui les comprennent et les dépassent : systèmes fondés sur des réalités ethniques, idéologiques, économiques et bien sûr aussi sur des caractères juridico-formels et doctrinaires communs[17].

D'un côté, on tend à approfondir l'étude des relations entre « aires juridiques » et « aires culturelles », entre « Rechtskreise » et « Kulturkreise » (pour citer quelques-uns des concepts les plus fréquemment employés) : nous ne mentionnons ici que le rapport du polonais Juliusz Bardach au colloque organisé en octobre 1973 par l'Université de Varsovie, en collaboration avec *l'Accademia Nazionale dei Lincei*[18].

D'un autre côté, dans les contextes culturels et linguistiques où le terme « système » conserve des utilisations possibles nettement différentes de l'utilisation des termes qui dérivent du latin *ordo*, on a tendance à donner une description et une explication renouvelées des phénomènes juridiques à travers divers emplois, justement, du terme « système » (du reste déjà très employé, bien que dans des sens différents, notamment au XIXe siècle par l'école historique allemande, par Rudolph von Jhering et au-delà[19]). De telles utilisations peuvent avoir plusieurs buts ; en voici quelques exemples :

Versailles, qualifiée non pas de *pax punica* mais de «pace assira» et «ritorno alla barbarie», il considérait les «due nazioni anglosassoni e protestanti» comme «potenze transoceaniche e in sostanza entrambe extraeuropee» (*op. cit.,* II, p. 363).

[16] Voir à ce propos H.A. STEGER, "Discussione", *Diritto Romano e Università dell'America Latina* (= *Index*, 4, 1973), p. 104 ; cf. ID., "Weltzivilisation und Regionalkulturen. Perspektiven vergleichender Kultursoziologie im Zeitalter weltweiter Industrialisierung", *Wirtschaftskräfte und Wirtschaftswege*, 4 (= *Beiträge zur Wirtschaftsgeschichte*, h. v. H. Kellenbenz u. J. Schneider, 7), Bamberg 1978, pp. 649 ss.

[17] Voir p. ex. M. ANGEL, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel 1971, pp. 39 ss. ; L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, 1, Paris 1972, pp. 46 ss. ; passim (cf. à présent l'"Indice bibliografico" dans la traduction italienne du II volume: ID., *Il metodo comparativo*, edizione italiana di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Torino 2000, pp. XVI ss.) ; H. EICHLER, "Codificación de derecho civil y teoria de los sistemas de derecho", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 68 (1973), pp. 229 ss. ; P. CATALANO, "Diritto romano e paesi latinoamericani", dans *Labeo. Rassegna di Diritto romano*, 20 (1974), 3, pp. 433 ss. ; ID., "Información jurídica, Derecho romano y Paises latinoamericanos", dans *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, segunda época, 79, 6 (décembre 1979), pp. 637 ss. ; ID., "Sistemas jurídicos, sistema jurídico latinoamericano y Derecho romano", *ibid*., 85, 3 (septembre 1982), pp. 161 ss.

[18] J. BARDACH, « La réception dans l'histoire de l'État et du droit », *Le droit romain et sa réception en Europe*, Varsovie 1978, pp. 27 ss. ; ID., «La réception comme facteur dans l'histoire de la culture», *Slavica Gandensia* 6 (1979), pp. 7 ss. Cfr. P. CATALANO, "Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano", *Studia in honorem E. Pólay septuagenarii* (= *Acta Universitatis Szegediensis de Attila Jozsef Nominatae, Acta Juridica et Politica*, XXXIII, 8), Szeged 1985, pp. 167 ss.

[19] Voir la bibliographie dans N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974 (cf. C. BARALDI, G. CORSI, E. ESPOSITO, *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, préfazione di N. LUH- MANN, Milano 1996) ; T. SAMPAIO FERRAZ JR., *Conceito de sistema no direito*, São Paulo 1976.

a) éclairer les rapports entre le système « idéal » du *ius Romanum* et les différents ordres juridiques (*ordinamenti*) « positifs », à travers lesquels le droit romain se répand en Europe, pendant le Moyen Âge et l'Âge moderne (voir le rapport de Guido Astuti au colloque de Varsovie déjà cité[20]) ;

b) mettre en évidence la différence entre les « ordres juridiques », dans leur pluralité, et le système juridique, quand ce dernier est particulièrement complexe, comme dans le cas du Maroc où (comme il a été souligné dans des études qui ont paru dans la revue de la faculté de droit de Rabat)[21] coexistent au moins trois ordres juridiques : les « usages et coutumes », les « prescriptions musulmanes », le « droit français »[22] ;

c) souligner le rapport étroit entre les formes juridiques et les réalités ethniques et économiques continentales ou subcontinentales (le juriste espagnol José María

---

[20] G. ASTUTI, "Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell'età del rinascimento giuridico", *Le droit romain et sa réception en Europe* cit., pp. 5 ss. Sur la «continuité» du droit romain et le «carattere sovranazionale del sistema romano», voir G. CRIFÒ, "Prospettive romanistiche per l'Europa unita", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3e Série, Supplément automne 41 (1994), *Droit romain et identité européenne*, pp. 125 ss. (en particulier 136 ss.). A propos de l'utilisation actuelle du droit romain en Europe occidentale, voir R. KNÜTEL, « Derecho romano y *ius commune* frente a las Cortes de la Unión Europea », *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 1996, pp. 43 ss. ; ID., "Roms Recht – und erstaunlich ist es nicht, dass die bedeutendsten europäischen Völker sich der Herrschaft dieses Rechts gebeugt haben", *Das Mittelmeer – die Wiege der europäischen Kultur*, hrsg. K. Rosen, Bonn 1998, pp. 130 ss. ; J. GAUDEMET, « Du *ius commune* au droit communautaire », *Clés pour le siècle* (Université Panthéon-Assas/Paris II. Droit et sciences politiques. Information et communication. Sciences économiques et de gestion), Dalloz, Paris 2000, pp. 1011 ss. Pour un exemple de l'Europe centro-orientale, voir W. WOŁODKIEWICZ, "I brocardi latini nella pratica giudiziaria polacca. A proposito delle iscrizioni latine sul nuovo Palazzo di Giustizia di Varsavia", *Iura* 47 (1996 [2001]), pp. 27 ss. ; en ce qui concerne l'Espagne: F. REINOSO BARBERO, "Vigencia del Derecho Romano: los principios generales del Derecho", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 6/1987, pp. 59 ss.

[21] Cf. J. DEPREZ, « Réflexion sur la connaissance du phénomène juridique au Maroc. Projet pour une recherche adaptée aux réalités marocaines », *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 1 (décembre 1976), pp. 63 ss. ; 71 ss. ; N. BOUDERBALA, « Aspects de l'idéologie juridique coloniale », *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 4 (juin 1978), pp. 95 ss. Cf. aussi les différents points de vue exposés par Omar Azziman et par Khalid Naciri, dans plusieurs travaux: p. ex. O. AZZIMAN, « A propos du champ d'application du D.O.C. au-delà d'un conflit de frontières », *Revue marocaine de droit et d'économie du développement*, 7, 1984, pp. 67 ss. ; K. NACIRI, « L'ambivalence juridique des institutions politiques maghrébines », *Droit et environnement social au Maghreb. Colloque du 10-11-12 décembre 1987*, Paris - Casablanca 1989, pp. 63 ss. Voir aussi A. MEKOUAR, « Droit de l'environnement et environnement du droit au Maroc », *ibid*., pp. 133 ss.

[22] Des phénomènes juridiques analogues peuvent être, bien sûr, décrits avec des termes différents: voir par ex. F. CASTRO, "Sistema sciaraitico, *siyasa sar'iyya* e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei paesi del Vicino Oriente", *Il Mondo islamico tra interazione e acculturazione*, Roma 1981, pp. 165 ss. ; ID., "La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei", *Rivista di diritto civile*, 31 (1985), I, pp. 387 ss. Pour l'Égypte, voir H. ABDELHAMID, « Tradition, Renaissance et droit dans la société égyptienne moderne », *Les droits fondamentaux*, Actes des 1es Journées scientifiques du Réseau « Droits fondamentaux » de l'AUPELF-UREF tenues à Tunis du 9 au 12 octobre 1996, publiées sous la direction de J. Y. MORIN, Bruxelles 1997, pp. 181 ss. ; pour l'Algérie, voir F. CASTRO, "Sulle componenti e le prospettive della nazionalità algerina come problema giuridico", *Scritti in onore di L. Veccia Vaglieri*, 1 (= Istituto Universitario Orientale di Napoli, *Annali*, N.S. 14), Napoli 1964, pp. 49 ss. ; M. N. MAHIEDDINE, « Le droit musulman et l'école de droit d'Alger », in N. MAROUF - F. & K. ADEL (coord.), *Quel avenir pour l'anthropologie en Algérie?*, Actes du colloque international : Quel avenir pour l'anthropologie en Algérie?, organisé par le CRASC et l'Université Mentouri de Constantine (Timimoun 22, 23, 24 novembre 1999), Oran, pp. 67 ss., et aussi les travaux cités *infra* note 52. Sur personne et famille, voir J. LADJILI, « Puissance des agnats, puissance du père. De la famille musulmane à la famille tunisienne », *Revue Tunisienne de Droit*, 1972, pp. 25 ss. ; M. BORRMANS, « Documents sur la famille au Maghreb de 1940 à nos jours », *Oriente Moderno*, 59 (1979) ; *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, a cura di R. ALUFFI BECK-PECCOZ (Fondazione G. Agnelli, "Dossier Mondo Islamico" 4), Torino 1997, p. 2: « L'origine sciaraitica è ciò che separa, all'interno di ogni singolo ordinamento, le regole dello statuto personale dalle regole civilistiche ; ed è al contempo ciò che accomuna, attraverso i confini degli stati, le regole in materia famigliare e successoria ». Voir aussi, notamment en ce qui concerne le problème des non musulmans, M. CHARFI, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1987, III, Dordrecht 1988, pp. 321 ss.

Castán Vázquez parle ainsi clairement d'un « système juridique ibéro-américain »)[23].

Nous avons tenu compte des utilisations du terme « système » propres aux historiens du droit et aux comparatistes les plus conscients de l'importance dogmatique de la terminologie. Nous laissons de côté les emplois qu'en ont fait des spécialistes de philosophie du droit et d'informatique juridique pour établir la distinction entre « système juridique momentané » ou « synchronique » et « système juridique diachronique » (dont le critère dépend essentiellement de l'identité de la formation sociale correspondante)[24]. D'autre part, nous pensons que même les philosophes du droit devraient tenir compte, pour définir le « système juridique diachronique » et pour les critères d'identité (en affrontant donc les problèmes de la continuité), des lignes tracées par Fernand Braudel (en référence aussi à ses études sur les civilisations de la Méditerranée) pour une recherche collective dans le domaine des sciences sociales: « mathématisation », « réduction à l'espace », « longue durée »[25].

L'aire méditerranéenne est située au croisement de trois continents ; elle est caractérisée par les rencontres et les conflits entre les cultures africaines, asiatiques et européennes et entre deux grands systèmes juridiques mondiaux, à savoir le système romaniste et le système musulman.

RENCONTRES ENTRE SYSTÈMES JURIDIQUES (DROIT ROMAIN ET DROIT MUSULMAN)

Au début du XXe siècle, James Bryce, professeur de *Civil Law* à Oxford, observait qu'à ce moment-là les deux systèmes juridiques couvraient presque complètement le monde entier : le droit romain (si l'on considérait le droit russe comme *a sort of modified Roman Law*) et le droit anglais ; avec seulement deux exceptions de « *considerable masses of population* » : l'Orient musulman et la Chine[26]. On peut dire qu'aujourd'hui la situation ne s'est transformée qu'à cause des conséquences, directes ou indirectes, de la Révolution russe[27].

---

[23] J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, "El sistema jurídico iberoamericano", *Revista de estudios políticos*, 157 (1968), pp. 209 ss. ; ID., "El sistema de derecho privado iberoamericano", *Estudios de derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia), 75 (marzo 1969) ; ID., "La tradición ibérica en la defensa de la vida humana", *La famiglia: dono e impegno speranza dell'umanità. Atti del Congresso internazionale, Rio de Janeiro, 1-3 ottobre 1997*, Pontificio Consiglio per la famiglia, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1998, pp. 485 ss.

[24] Voir, p. ex., C. E. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, "Sobre el concepto de orden jurídico", *Crítica. Revista hispanoamericana de filosofia*, 8 (1976), n. 23, pp. 3 ss. On trouve de grandes discussions, p. ex., dans *Archives de philosophie du droit*, 31, *Le système juridique*, Paris 1986 ; voir M. TROPER, « Système juridique et État », *ibid.* p. 30: «Chez Bobbio, comme d'ailleurs dans la plupart des auteurs, Kelsen, Raz, Alchourrón et Bulygin, les deux expressions "système juridique" et "ordre juridique" sont synonymes. Cette synonymie est expressément affirmée par Kelsen».

[25] F. BRAUDEL, « Histoire et sciences sociales. La longue durée », *Annales E.S.C.*, 13 (1958), 4, pp. 725 ss. (cf. ID., *Ecrits sur l'histoire*, Paris 1969).

[26] J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence* cit., I, pp. 85 ss. (cf. supra n. 7). On a observé plus récemment: « Si l'ont peut répartir les systèmes juridiques qui se partagent le monde à l'heure actuelle en groupes ou familles de droit, on sera forcé de constater que le système juridique musulman peut servir comme terme de comparaison qui vient se juxtaposer au système anglo-saxon et au système romain » (CH. CHEHATA, *Études de droit musulman*, Paris 1971, p. 13).

[27] Contre la thèse courante selon laquelle il faut comprendre le droit des pays socialistes dans une « relazione di contrasto » avec le droit romain, voir W. WOŁODKIEWICZ, recensione a K. Kolanczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1978, dans *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 29 (1978), p. 255 ; ID., "Continuità del diritto romano nel diritto civile dei paesi socialisti", *Index* 16 (1988), pp. 53 ss. ; ID., "Il diritto romano quale fattore di integrazione dei

En outre, il ne faut pas oublier qu'il existe des droits que l'on ne peut pas relier, pour différentes raisons, aux grands systèmes mondiaux (géographiquement et historiquement définis) : mentionnons le droit hindou et le droit bouddhique[28].

Le droit hébraïque converge dans l'aire méditerranéenne. On a même parlé de « *pluralità degli ordinamenti nell'ambito di un sistema che tutti li comprendeva* »[29].

Quant au système du droit canonique[30], on ne peut pas le séparer du droit romain (d'Orient et d'Occident)[31].

Les historiens du droit et les comparatistes ont élaboré, de façon différente, des concepts tels que « diffusion », « pénétration », « réception », « résistance », pour comprendre et pour décrire les phénomènes des rapports entre les différents « ordres » et systèmes juridiques[32].

Le système de *Common Law* apparaît étroitement lié à des réalités ethnolinguistiques particulières ; John Henry Wigmore, un comparatiste américain bien connu, a écrit :

« Aussi, pour l'avenir également, en passant en revue les diverses régions, nous pourrons nous attendre à ce que partout où ce seront des Anglais et partout où ce seront des Américains du Nord qui constitueront la masse populaire ou la classe

---

diversi sistemi giuridici europei. Osservazioni sulla classificazione delle famiglie del diritto proposta da René David", *L'Europa e le sue regioni*, a cura di E. Sciacca, édit. Arnaldo Lombardi, Palermo 1993, pp. 305 ss. ; G. AJANI, *Il modello post-socialista*, II ed., Torino 1999, p. 26. En général sur la codification du droit en Chine au XXe siècle, voir R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese,* édit. Franco Angeli, Milano 1999, pp. 108 ss. ; G. AJANI, *Il modello post-socialista* cit., pp. 7 s. ; à propos du droit romain en Chine, voir S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune* cit., pp. 69 ss.

[28] Sur le droit hindou, on pourrait ici se borner à citer quelques travaux de J. D. M. DERRETT: *Introduction to the modern Hindou Law*, London 1963 ; *Religion, Law and the State in India*, London 1968 ; *A critic of modern Hindou Law*, Bombay 1970 ; *Studies in Hindou Law*, Torino 1994. Voir aussi R. LINGAT, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Paris 1967 ; ID., *The classical law of India*, New Delhi 1973, 1998 ; A. HUXLEY, "The reception of Buddhist Law in S. E. Asia. 200 BCE-1860 CE", dans M. DOUCET et J. VANDERLINDEN (sous la direction de), *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin* cit., pp. 139 ss. ; cf. *La norme et son application dans le monde indien*, éditeurs M. L. BARAZER-BILLORET et J. FEZAS (Ecole française d'Extrême-Orient, *Etudes thématiques* 11), Paris 2000.

[29] D. PIATTELLI, *Tradizioni giuridiche d'Israele. All'origine dello 'statuto' del proselita*, Torino 1990, p. 18 (cf. pp. 15-23). Cf. en général *An Introduction to the History and Sources of Jewish Law*, edited by N. S. HECHT, B. S. JACKSON, S. M. PASSAMANECK, D. PIATTELLI, A. M. RABELLO, The Institut of Jewish Law, Boston University School of Law, Clerendon Press, Oxford 1996. Sur le problème de la méthode interprétative (considéré à travers la comparaison avec le droit romain), voir B. COHEN, "Letter and Spirit in Jewish and Roman Law", *Mordecai M. Kaplan Jubilee Volume*, The Jewish Theological Seminary of America, New York 1953, pp. 109 ss. (cf. les observations critiques de V. FROSINI, dans *Iura* 5 [1954], pp. 306 s.) ; M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais),* Paris 1976, pp. 19 ss. Quant au droit de l'État d'Israël, considéré comme un « système mixte », voir A. BARAK, "The tradition and culture of Israeli legal system", dans A. M. RABELLO (ed.), *European Legal Tradition and Israel*, Jerusalem 1994-5754, pp. 473 ss. ; R. LEVUSH, "The reception of legal systems implantation and destinity in Israel", dans M. DOUCET et J. VANDERLINDEN (sous la direction de), *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin* cit., pp. 411 ss.

[30] Voir G. LE BRAS, *Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident*, 1, *Prolégomènes*, Paris 1955, qui utilise le concept de système ; S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, cit., pp. 29 ss. ; 49 ss. ; 178 ss.

[31] Sur le lien, en Orient et en Occident, entre droit canon et droit romain, voir les rapports de K. G. PITSAKIS, H. KAUFHOLD, M. K. KRIKORIAN, J. GAUDEMET, P. ERDÖ, dans *Atti del Congresso Internazionale "Incontro fra canoni d'Oriente e d'Occidente*", a cura di R. COPPOLA, Cacucci, Bari 1994, I, pp. 99-244.

[32] H. LÉVY-BRUHL, « Note sur les contacts entre les systèmes juridiques », *Symbolae R. Taubenschlag dedicatae* (= *Eos*, 48, 1956), Vratislaviae-Varsaviae 1956, 1, pp. 27 ss. ; I. ZAJTAY, « La réception des droits étrangers et le droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 9 (1957), pp. 686 ss. ; J. GAUDEMET, « Les transferts de droit », *L'année sociologique*, 27 (1976), pp. 29 ss. ; voir aussi R. SACCO, "Il sustrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti", *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino 1971, pp. 177 ss. ; ID., "The romanist substratum in the civil law of the socialist countries", *Review of Socialist Law*, 1988, 1, pp. 65 ss. ; P. PERLINGIERI, "Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo", *Rassegna di diritto civile* diretta da Pietro Perlingieri, 1988, 1 pp. 132 s. Voir aussi *infra* notes 41 et 50.

politique dominante, on trouvera plus ou moins de la *Common Law* anglaise. Dans ces endroits, mais nulle part ailleurs »[33].

Mais on ne peut passer sous silence les phénomènes de pénétration de ce système non seulement dans des pays de droit romain, mais aussi dans des pays de droit musulman ; et il faut surtout rappeler la réception du droit anglais en Inde[34].

Le système romaniste a été étroitement lié, jusqu'au VIe siècle ap. J.-C. et, en Occident, encore après, jusqu'au XVIIIe siècle, à l'utilisation de la langue latine ; ce rapport s'est atténué avec les codifications modernes : en particulier le *Code Napoléon* (1804) et le *Bürgerliche Gesetzbuch* (1900). Les codes modernes, élaborés à l'intérieur des aires culturelles latine et germanique, ont constitué le moyen par lequel le système romaniste s'est répandu dans des aires culturelles fort différentes de son aire d'origine, même indépendamment de la colonisation, par « révolutions internes », pourrait-on dire : c'est par exemple le cas du Japon et de l'Empire ottoman (et ensuite de la République de Turquie)[35].

La rencontre du système romaniste et du système musulman se produit en particulier dans les pays arabes d'Afrique du Nord ainsi qu'au Liban, en Syrie et (malgré les coupures dues aux pénétrations du système anglo-saxon) en Palestine, en Jordanie et en Iraq[36]. Cette rencontre renouvelle des relations plus anciennes qui vont des apports donnés par le droit romain de l'Empire romain d'Orient au droit musulman naissant[37] jusqu'à l'influence du droit musulman sur certaines institutions de l'Europe médiévale[38]. A ce propos, un exemple intéressant à cause de

---

[33] J. H WIGMORE, « L'avenir du système juridique anglo-américain », *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris 1938, 2, pp. 104 ss. Sur les relations entre le système anglo-saxon et l'« efficacité économique », v. par ex. E. MACKAAY, "Un modello formale di sviluppo giurisprudenziale", *Informatica e diritto*, 5, 1 (gennaio-marzo 1979), pp. 199 ss., et certains des articles qui ont paru dans *Law, Growth and Technology*, Editor D. N. Weisstub (=CIDOC-Centro Intercultural de Documentación, *Cuaderno* n. 1091), Cuernavaca 1972.

[34] En indiquant l'appartenance du droit actuel de l'Inde au système anglo-saxon (qu'il appelle "famille de la *Common Law*"), René David soulignait que la langue anglaise était restée « langue officielle » du droit de l'Inde après que celle-ci était devenue une république indépendante. Il niait que le juriste puisse répondre à la question de savoir si l'originalité du droit de l'Inde s'imposerait, à l'avenir, au sein ou en dehors du système anglo-saxon: R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, troisième édition, Paris 1969, pp. 518 ss. ; ces paragraphes de l'ouvrage de David ont été ensuite amplement modifiés: voir la septième édition, Paris 1978, pp. 520 ss.

[35] Voir F. CASTRO, *Lineamenti di storia del diritto musulmano*, 2, *Dall'Impero Ottomano alla Repubblica di Turchia* (polycopié), Venezia 1979 ; T. AKILLIOGLU, « Divers aspects de la romanisation du droit turc », dans *Antichità e rivoluzioni da Roma a Costantinopoli a Mosca*, a cura di P. Catalano e G. Lobrano (Da Roma alla Terza Roma. Documenti e studi. Rendiconti del XIII Seminario, Campidoglio 21 aprile 1993), Herder Editrice e Libreria, édit. prov., Roma 1998. Sur l'enseignement du droit romain et la codification du droit après la Révolution de Kemal Atatürk, voir un écrit de S. TALIP (directeur de la revue *Capitolium*, publiée à Istanbul): *Capitolium. Roma Hukuku ve tarihi mecmuasi*, 2 (1935), pp. 79 ss. ; et la conférence sur « Les mouvements de codification, l'étude et l'enseignement du droit romain dans l'Empire ottoman et dans la République turque », tenue le 3 février 2000 à l'Université de Rome 'La Sapienza' par le professeur BÜLENT TAHIROGLU, doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Marmara (Istanbul), organisée par le Centro per gli studi su Diritto romano e sistemi giuridici du CNR-Consiglio Nazionale delle Ricerche.

[36] B. O. BRYDE, "The Reception of European Law and and Autonomous Legal Development in Africa", *Law and State*, 18 (1978), pp. 21 ss. ; CH. CHEHATA, *Droit musulman. Application au Proche-Orient*, Paris 1970.

[37] Voir J. SCHACHT, "Droit byzantin et droit musulman", *Oriente ed Occidente nel Medio Evo*, Accademia Nazionale dei Lincei - Fondazione A. Volta, *Atti dei Convegni*, 12, *Convegno di scienze morali, storiche e filosofiche (27 maggio-1 giugno 1956)*, Roma 1957, pp. 197 ss. Voir aussi les articles de Antonio d'Emi- lia, réédités dans A. D'EMILIA, *Scritti di diritto islamico*, raccolti a cura di F. Castro, Roma 1976, pp. 181 ss. ; 193 ss. ; 211 ss. ; 233 ss. ; et avec quelques réserves M. F. KÖPRÜLÜ, *Alcune osservazioni intorno all'influenza delle istituzioni bizantine sulle istituzioni ottomane*, IPO, Roma 1953, pp. 145 ss.

[38] Voir brièvement, à propos du droit commercial, J. SCHACHT, « Droit byzantin et droit musulman » cit., pp. 215 ss. ; SOUFI HOSSAN ABOU-TALIB, *Le* periculum rei venditae *en droit romain et en droit musulman*, Le Caire 1958. Sur les développements en Orient après 1453, voir quelques aperçus dans D. I. TSOURA-PAPASTATHI, « La réception du droit musulman par les systèmes de l'Europe byzantine », dans M. DOUCET et J. VANDERLINDEN (sous la direction de), *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin* cit., p. 607 ss. Quant à l'Italie, voir E. BUSSI, "Per la rivalutazione di un fattore della storia del diritto italiano (l'elemento musulmano)", *Rivista di storia del diritto italiano*, 1949, pp. 115 ss.

l'ampleur spatio-temporelle du phénomène (pourtant très discuté et discutable) est à signaler : selon le grand arabisant Ribera Tarragó, le *Justicia de Aragón* serait d'origine musulmane[39]. Il est notoire que le *Justicia* constitue un antécédent du *Juicio de Amparo*, institution fondamentale de la tradition juridique latino-américaine[40].

Francesco Castro nous a donné un tableau synthétique de la « force de résistance » de la *sharī'a*, du moyen âge jusqu'à l'époque contemporaine[41].

RAPPORTS INTERCULTURELS ET INTERPRÉTATION HISTORICO-JURIDIQUE

Il est évident que l'on ne peut connaître la culture arabo-musulmane si on ne tient pas compte de ses institutions, c'est-à-dire, en premier lieu, du droit musulman dans son ensemble. D'autre part, le droit musulman, même s'il ne règle pas le comportement de tous les Arabes, va au-delà de la culture arabe et constitue, comme on l'a dit, une « chaîne ininterrompue » du Maroc à l'Indonésie. Ceci implique une délimitation historique et géographique complexe du sujet : il faudra considérer les aires juridiques, les plus vastes, qui rencontrent de plusieurs façons les aires culturelles. Toutefois, la culture arabe, en tant que terme de comparaison et de rencontre, reste un point de repère précis, la langue arabe étant une composante essentielle de la construction du système juridique musulman, intrinsèque de la partie la plus stable du système : les concepts juridiques (religieux et politiques)[42].

Le problème de l'interprétation de concepts juridiques musulmans (qui comprennent aussi, vu la nature du système, les concepts religieux et politiques) nous conduit au cœur des problèmes pour l'étude et le développement des relations interculturelles.

---

[39] J. RIBERA TARRAGÓ, *Orígenes del Justicia de Aragón*, Zaragoza 1897. Cf. TH. F. GLICK, *Islamic and Christian Spain in the Early Middle Ages. Comparative Perspectives on Social and Cultural Formation*, Princeton 1979, pp. 7 ; 207.

[40] V. FAIREN GUILLÉN, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México 1971, pp. 9 ss.

[41] Voir, pour la bibliographie également, F. CASTRO, "Diritto musulmano e dei paesi musulmani", *Enciclopedia Giuridica* XI, Roma 1989: « Mentre nel Medioevo l'Islām, trovandosi a contatto con altre civiltà ed altri diritti, ne assorbì ed assimilò in forme originali alcuni aspetti, elaborando in modo autonomo un proprio sistema giuridico, in epoca contemporanea la *sharī'a* non mostra forza di resistenza dinanzi ai diritti stranieri, massimamente delle potenze coloniali nel periodo della loro diretta ingerenza, per cui l'area di sua applicazione si è venuta sempre più restringendo. Nell'ultimo decennio, tuttavia, sembra di assistere ad una certa inversione di tendenza, con un recupero della *sharī'a*, anche se questo recupero avviene mediante modelli legali imposti dallo Stato e non con modelli dottrinari, elaborati come in passato dalla libera dottrina non patentata » (cf. ID., "Diritto musulmano", in *Digesto*, IV ediz., vol. VI *Civile*, UTET, Torino 1990, I, 3) ; voir aussi la "Prefazione" de S. NOJA NOSEDA a J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, revisione a cura di G.M. PICCINELLI, Torino 1995, et le recueil d'écrits de différents auteurs surtout arabes: *Dibattito sull'applicazione della* sharī'a (Fondazione G. Agnelli, "Dossier Mondo Islamico", 1) avec "Introduzione" de A. PACINI, Torino 1995.

[42] En général, sur les concepts juridiques en tant que partie la plus stable d'un système, voir I. ZAJTAY, "Begriff, System und Präjudiz in den Kontinentalen Rechten und im Common Law", *Archiv für die civilistische Praxis*, 165 (1965), pp. 97 ss. ; ID., « La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux », *Revue internationale de droit comparé*, 18 (1966), pp. 353 ss. ; T. IONASCO, « Quelques considérations sur le droit comparé et les systèmes socio-politiques », *Buts et méthodes du droit comparé*, a cura di Mario Rotondi, Padova-New York 1973, pp. 443 ss. Sur les traductions terminologiques, voir L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, II, Paris 1974, pp. 144 ss.

Le respect de l'objet de l'interprétation historique est (selon un principe bien connu de la théorie de l'interprétation) la *conditio sine qua non* pour une rencontre interculturelle fructueuse. D'après Emilio Betti :

« *L'interprete deve sforzarsi di mettere la sua attualità viva in adesione e in armonia… con il messaggio che gli giunge dall'oggetto* » ;

on doit éviter

« *l'intrusione di categorie soggettive che non convengono all'oggetto, cioè tali che possono portare a capire qualcosa di più e di diverso* »[43].

Cette exigence, évidente pour l'interprète spécialiste, est encore plus forte pour le juriste non spécialiste de droit musulman dont l'objectif est d'ouvrir sa mentalité grâce à un rapport interculturel correct[44] et d'agrandir son expérience grâce à la connaissance de ce système juridique. Il faudra commencer par la partie la plus stable du système qui est aussi la plus liée à la langue arabe : c'est-à-dire par les concepts.

Il faut étudier des concepts tels que *ummah, shariah, fiqh, qanun, hadd, giami'a, waqf* etc. dans leur histoire, mais il ne faut certes pas les confondre (en les comparant) avec les concepts romanistes de *patria* (et *populus*), *ius* (et *fas*), *iurisprudentia, lex, poena, universitas, piae causae* etc. vus dans leur historicité complexe, jusqu'aux problèmes actuels de « patrie » (et « État-communauté »), « droit » (et « loi » et « doctrine »), « sanctions », « personnes juridiques », etc.[45]

Il faudrait, en premier lieu, préparer une série de travaux de « Begriffgeschichte » (ou si l'on veut, d'« histoire des idées ») écrits par des spécialistes de droit musulman (pris dans son sens intégral, sans *Isolierungen* artificielles de la religion et de

---

[43] E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano 1955, I, pp. 320 ss. Cf. les observations du même auteur à propos de certains phénomènes de diffusion du droit tels que l'Empire romain et l'Islam: ID., "Storia del diritto privato", *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 6 (1953), pp. 46 ss.

[44] Il est opportun, pour réaffirmer les lignes que l'ISPROM poursuit depuis trente ans, de rappeler les distinctions actuelles entre interculturalismes, « société multiculturelles », *melting pots*: voir par ex. F. CARDINI, *Noi e l'Islam. Un incontro possibile?*, Bari 1994, p. 11. Voir aussi S. ZAMAGNI, "Dalle politiche di integrazione dei migranti alla politica del riconoscimento delle diversità", *Studi Emigrazione. Rivista trimestrale del Centro Studi Emigrazione Roma*, année 37, n. 138 (juin 2000), pp. 229 ss., sur l'opposition entre "interculturel" et "multiculturel" ; AA.VV., "Intercultura in Italia. Una rassegna bibliografica", *Studi Emigrazione* cit. année 37, n. 140 (décembre 2000), pp. 739-894 ; A. CASTALDINI, "Etnonazionalismi e nuova Europa", *Aggiornamenti sociali*, année 51, n. 7-8 (juillet-août 2000), pp. 574 ss. ; I. BASSORI, "Europa multietnica, Europa interetnica", *Aggiornamenti sociali*, année 51, n. 9-10 (septembre-octobre 2000), pp. 673 ss.

[45] Sur les concepts du droit musulman, voir en général *Encyclopédie de l'Islam*, nouvelle édition établie avec le concours des principaux orientalistes par B. LEWIS, CH. PELLAT et J. SCHACHT, Leyden-Paris 1960 ss., passim ; mais aussi, par ex., E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, ISPI, Milano 1943 ; A. D'EMILIA, "Per una comparazione fra le *piae causae* nel diritto canonico, il *charitable trust* nel diritto inglese e il *waqf khairi* nel diritto musulmano", *Atti del Primo Congresso di diritto comparato*, 1, Roma 1953, pp. 187 ss. ; J. SCHACHT, "Emerging Legal Concept in Islamic Law", *Studi in onore di E. Volterra*, 6, Milano 1971, pp. 51 ss. ; F. CASTRO, "Diritto musulmano e dei paesi musulmani" cit. (avec bibliographie) ; H. ABDELHAMID, "*Umma*, *Khilâfa*, Citoyen": réflexions sur quelques conceptions fondamentales du droit public musulman", *Méditerranées. Revue de l'association Méditerranées*, 9 (Paris 1996) *La citoyenneté: entre Orient et Occident*, pp. 25 ss. Pour une liaison avec les problèmes des sciences politiques voir A. BELLI, "Problemi semantici e politici nel mondo arabo", *Stato Popolo e Nazione nelle culture extra-europee. Discussioni e problemi*, Milano 1965, pp. 19 ss. Sur le concept de *ummah*, nous pouvons rappeler une observation de Louis Milliot (professeur de droit musulman à Paris, né en Algérie): « En vérité, le moment semble venu de reprendre les notions fondamentales du droit public musulman. Il faut, si l'on veut éviter les erreurs initiales lourdes de conséquences, non seulement sur le plan scientifique, mais encore dans le domaine de la politique internationale, restituer aux concepts d'État et d'ordre légal leur valeur sincère de l'Islam. Pour cela, il convient, tout d'abord, de bien dégager l'œuvre de Mahomet en étudiant la Communauté-mère (umma) »: L. MILLIOT, « La conception de l'État et l'ordre légal dans l'Islam », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 75 (1949, II), pp. 591 ss. (cf. ID., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, pp. 32 ss.) ; voir aussi L. MASSIGNON, « L'*umma* et ses synonymes: notion de communauté sociale en Islam », *Revue des Etudes Islamiques*, 1941-45, pp. 151 ss. ; pour une perspective plus récente, voir J. HAMODUR RAHMAN, "The Islamic concept of State", *The Journal Rabitat al-Alam al-Islami* 6, Makka al-Mukarramah, Octobre 1979, pp. 39 ss.

la politique), en vue d'une utilisation de la part de juristes et plus en général de spécialistes appartenant à d'autres aires culturelles. On pourrait de la sorte s'acheminer vers la rédaction successive d'un « dictionnaire » juridico-politique arabe, destiné aux spécialistes des autres systèmes[46].

UTILITÉ COMMUNE MÉDITERRANÉENNE DES UNIVERSALISMES JURIDIQUES ROMAIN ET MUSULMAN

Dans le travail d'adaptation de leurs concepts pour comprendre des réalités différentes (dans le temps et dans l'espace), les Européens qui étudient le droit et les sciences politiques trouveront l'occasion de se défaire des idées et des catégories préconçues propres à cette sorte d'ethnocentrisme que nous pouvons appeler « eurocentrisme ».

D'autre part, cette recherche serait utile aux juristes du système romaniste, non seulement pour apprendre à connaître l'« autre », mais aussi pour redécouvrir leur propre système. Il suffit de penser au rapport profond qui existait en Europe entre la religion, la politique et le droit pendant l'Antiquité et le Moyen Âge ; il suffit de penser au fait que les universités ont presque totalement négligé, avant le XIXe siècle, les coutumes et les droits nationaux pour enseigner au contraire un droit romain réélaboré et adapté au fur à mesure, en tant que droit « idéal ». De façon analogue, dans les pays musulmans, l'attention s'est concentrée sur un système « idéal » lié à la religion de l'Islam, plutôt que sur les coutumes locales ou sur les lois et les ordonnances des gouvernants[47].

En effet, je vois un « paradoxe apparent » du droit (et de la politique) en Méditerranée. La force historique et la fonction universelle de cette mer dans laquelle plongent les trois continents du vieux monde, et donc les cultures africaines, asiatiques et européennes, sont déterminées par les différences mêmes. Les originalités dont dérivent les différences doivent être renforcées pour aboutir à une fin universelle supérieure.

La Méditerranée est caractérisée par la rencontre du système romaniste (ou romano-germanique) et du système musulman. La doctrine donne des exemples actuels de rencontre : par exemple pour le droit des gens[48] et pour le droit de propriété[49].

---

[46] Voir le recueil d'écrits d'auteurs divers, remontant aux années 80 et en partie inédits (avec "Premessa" de F. CASTRO et P. CATALANO): *Materiali per un dizionario giuridico islamico*, I, ISPROM-Istituto di Studi e Programmi per il Mediterraneo, Sassari 1994 (réédition) ; voir aussi R. ALUFFI BECK-PECCOZ, "Verso il riordinamento del lessico giuridico arabo. Il progetto *Iura Islamica Informatica I*", *Rivista di diritto civile*, 31 (1985), pp. 77 ss.

[47] Voir brièvement, R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, cit., p. 31 (VIIe éd., p. 29). Sur le parallèle entre le *fiqh* et la *jurisprudentia* (en tant que *divinarum atque humanarum rerum notitia*), voir L. MILLIOT, « L'idée de la loi dans l'Islam », *Travaux de la Semaine internationale de droit musulman* (*Paris 2-7 juillet 1951*), Paris 1953, pp. 17 ss. Sur les problèmes de l'interprétation de la *chariah* aujourd'hui entre « authenticité » et « révolution », voir quelques brèves observations de L. GARDET, « Quelques schèmes de philosophie politique concernant la cité musulmane », *Données et débats*, Paris 1978, pp. 86 ss. Sur les rapports extrêmement complexes du juridique et du religieux, voir par ex. J. DEPREZ, « Pérennité de l'Islam dans l'ordre juridique au Maghreb », *Islam et politique au Maghreb*, CRESM-CNRS, 1981, pp. 315 ss. ; O. AZZIMAN, « Chronique et sociologie juridique », *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 12 (2e semestre 1982), pp. 197 ss. Voir aussi *supra*, notes 7-9 ; 18-20 ; 37-38.

[48] Voir S. LAGHMANI, « Le droit des gens est-il nécessairement international ? Réflexions sur l'histoire du droit des gens », *Revue Tunisienne de Droit*, 1987, pp. 155 ss. (pp. 187 ss., sur « pax Romana » et « pax Islamica ») ; p. 220: « reconsidérer le droit international […] ce n'est que récemment que ce droit a été interdit aux peuples et aux individus ».

La rencontre n'est utile (et je parle aussi en tant que romaniste) que si les partenaires ont, de part et d'autre, l'orgueil de leur identité. C'est également pour cela que je souhaite encore une fois (j'ai déjà eu l'occasion de le faire à Carthage en 1980 et à Casablanca en 1989)[50], pour l'avenir de la civilisation méditerranéenne et universelle, que la résistance culturelle arabo-islamique soit forte et permanente.

Mon espoir se fonde à la fois sur l'importance décisive du travail des juristes dans les deux systèmes[51] et sur la complexité des substrats[52]

POPULUS ROMANUS ET UMMAH. LE PROBLÈME DE LA CITOYENNETÉ

Le droit romain et le droit musulman ont élaboré des concepts juridico-religieux de communauté (*populus Romanus* et *ummah*)[53] qui dépassent de plusieurs façons les visions étroites de l'organisation sociale fondée sur des éléments génétiques et ethniques. Les concepts universalistes sont encore plus nécessaires aujourd'hui, après les expériences terribles du particularisme juridique imposé par les nationalismes européens : particularisme qui peut être résumé par les formules d'État-Nation (un État qui prétend être une Nation) et aussi de *Volk* (une Nation qui prétend être un État).

Les concepts universalistes sont encore plus nécessaires aujourd'hui, face à un européanisme qui risque de reproduire les nationalismes (et aussi le racisme) à la dimension du continent.

Il faut donc revenir aux concepts juridiques universalistes des civilisations méditerranéennes ; les hommes des deux systèmes pourront profiter de l'information réciproque : non seulement pour apprendre à connaître l'« autre », mais aussi pour redécouvrir les racines de leur propre système et les renforcer en reconstruisant la mémoire historique des juristes.

---

[49] Voir, par ex., ce qu'écrit le juriste égyptien MOHAMED EL SHAKANKIRI, « La notion du 'bien' dans la philosophie juridique musulmane », *Archives de philosophie du droit*, 24, *Les biens et les choses*, Paris 1979, p. 85: « Nous vivons dans un monde où tout se conçoit en fonction du régime de la propriété privée (pouvoir absolu, etc.). Même pour combattre cette espèce de propriété, on ne fait que reprendre son régime, mais cette fois pour le compte de l'État ou d'autres classe sociales. L'État doit nationaliser, posséder, le prolétariat doit mettre la main sur les biens de production, etc. Mais on ne gagne rien de passer d'un extrême à l'autre. Le droit musulman, comme le droit romain d'ailleurs, nous donnent des exemples pour une voie moyenne à la fois plus juste et plus réaliste ».

[50] Voir les articles « Résistance des traditions … » et « Les systèmes de droit … » cités supra, note 11.

[51] Voir J. LADJILI, « La fonction de juriste en Méditerranée ancienne: les civilisations romaine et arabo-musulmane », *Méditerranée: intégration ou éclatement*, Isprom-Publisud, Paris 1990, pp. 151 ss.

[52] Voir par ex. la comparaison concernant la puissance paternelle: R. MAUNIER, « Famille kabyle et famille romaine », *Sociologie et droit romain* par R. Maunier et A. Giffard, Faculté de Droit de Paris, Salle de travail d'ethnologie juridique, Conférences 1929-1930, Paris 1930, pp. 7 ss.) ; cf. en général C. BONTEMS, « La coutume kabyle et l'implantation des systèmes étrangers », dans M. DOUCET et J. VANDERLINDEN (sous la direction de), *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin* cit., pp. 77 ss.

[53] Sur *ummah* (cf. *supra*, note 45) et *populus*, voir les résultats de la table ronde, organisée par l'ISPROM-Istituto di Studi e Programmi per il Mediterraneo, sur "I concetti di *ummah* e *mu'minun*, popolo e cittadini", publiés dans *Aspetti ideologici e linguistici dei sistemi istituzionali dell'area mediterranea*, Secondo Seminario per la cooperazione mediterranea, Sassari, 18-19 dicembre 1980, Comunicazioni e interventi, 1 (polycopié). Voir aussi M. KABLY, "Ummah, identité régionale et conflits politico-culturels: cas du Maroc médiéval" (contribution présentée au «III Seminario per la cooperazione mediterranea», organisé par l'ISPROM en 1981, sur "Comunità e individui nel sistema istituzionale islamico") publié dans *Studia Islamica*, LVIII, Paris 1983, pp. 83 ss.

En tant que romaniste, je dois dénoncer l'insuffisance des conceptions « étatiques » nationales face au défi de l'immigration des travailleurs d'Afrique et d'Asie en Europe[54]. La séparation entre la condition de travailleur et le statut de citoyen aboutit, dans les pays où travaillent un grand nombre d'immigrés, à une utilisation tout à fait impropre ou abusive du concept de citoyenneté[55]. Il faut rappeler que notre civilisation juridique commune connaît bien l'élimination, dans le passé, de la différence entre citoyen et étranger. Ce développement, qui part de l'élaboration du *ius gentium* et aboutit au VIe siècle, avec la codification du droit par l'empereur Justinien, à l'élimination du concept même d'étranger[56], avait eu un tournant décisif en 212 ap. J.-C., avec l'attribution de la citoyenneté romaine à tous les habitants (sauf exceptions) du « monde romain » : sur décision d'un empereur originaire d'Afrique, Antoninus Magnus[57].

La « vocation universelle » de la civilisation méditerranéenne s'oppose ainsi au phénomène de la « globalisation »[58].

■ QUELQUES CONCLUSIONS : L'ŒUVRE DES JURISTES MÉDITERRANÉENS ET LA CONVERGENCE DES SYSTÈMES

A mon avis, on peut concrètement prétendre que dans leur œuvre de comparaison les juristes prennent conscience des points suivants :

---

[54] Voir dans *Emploi et interdépendance Nord-Sud* (J. LEMMERS, A. SID AHMED coordinateurs), édit. Publisud, Paris 1991, pp. 179 s.

[55] Un exemple de discussion sur ce thème: F. MELANIA MONIZZI, "Cittadinanza e globalizzazione", *I nuovi volti della cittadinanza* (Città e cittadinanze, 1), Fratelli Palombi Editori, Roma s. d., pp. 87-102. Pour une vision d'ensemble de certaines réalités européennes contemporaines, voir E. BISOGNO - G. GALLO, "L'ac- quisto di cittadinanza, strumento o risultato di un processo di integrazione : un confronto tra alcuni Paesi europei nei primi anni Novanta", *Studi Emigrazione. Rivista trimestrale del Centro Studi Emigrazione Roma*, année 37, n. 137 (mars 2000), pp. 145 ss. ; P. ORIOL, « A propos de la citoyenneté européenne. Réflexions à partir du cas français », *ibid*., pp. 190 ss.

[56] Voir P. CATALANO, "*Ius Romanum*. Note sulla formazione del concetto", *La nozione di 'romano' tra cittadinanza e universalità*, ESI, Napoli 1984, pp. 531 ss. (également ID., *Diritto e persone* cit., pp. 53 ss.).

[57] J'aime rappeler ici un article de MARCELLO LELLI: "Fece meglio Caracalla: diritto di cittadinanza per tutti", *Corriere della Sera*, 29 aprile 1989. D'un autre point de vue (mais avec référence précise au droit romain de la période républicaine), voir M. LUCIANI, "Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana", *Rivista critica del diritto privato*, 10, 2 (giugno 1992), pp. 235 ss.: «La tenuta della "cittadinanza" come punto di riferimento definitorio per la distinzione di classi di individui (alle quali praticare trattamenti differenziati) è posta sempre più alla prova dai processi di internazionalizzazione» ; cf. p. 206 ; voir aussi ID., "Recensione a M. P. Baccari, *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Giappichelli, Torino 1996", *Rivista di diritto costituzionale* 1997, pp. 227 ss. (et la "Replica" de M.P. BACCARI, ibid., pp. 231 ss.). Il est également utile, pour les références au droit romain et à la Révolution française, de lire de façon critique le livre complexe de E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, édit. Cedam, Padova 1997, même si les implications universalistes et anti-individualistes du concept de *civitas Romana* et leur continuité et permanence échappent hélas à l'auteur. En général, voir aussi G. CRIFÒ, *'Civis'. La cittadinanza tra antico e moderno*, Laterza, Bari 2000. Le thème de la citoyenneté a été traité (sur la base d'un colloque sur « La citoyenneté: modèles anciens et réalités contemporaines », organisé à Sassari par l'ISPROM en 1996) dans de nombreux articles parus dans *Méditerranées. Revue de l'association Méditerranées* (édit. L'Harmattan, Paris): 8 (1996) *Citoyenneté antique: citoyenneté contemporaine ;* 9 (1996) *La citoyenneté entre Orient et Occident ;* 12 (1997) *Les hommes dans la cité* ; 13 (1997) *Individu et pouvoir*. Au cours du colloque sur « Les constantes géostratégiques tirées des grands conflits en Méditerranée », organisé à Toulon, les 25-26 avril 1996, par le Groupe des Écoles du Commissariat de la Marine et la Fondation Méditerranéenne d'Études Stratégiques, on a essayé d'expliquer « le miracle romain » (H. COUTEAU-BÉGARIE, « Recherche de constantes géostratégiques et synthèse », *Méditerranée. Les constantes géostratégiques*, Collection Stradamed-Publisud, Paris 1997, pp. 213 s.) ; «Cette situation, peut-être unique dans l'histoire de l'humanité, s'explique d'une part par la politique de Rome qui a donné la citoyenneté aux vaincus s'ils acceptaient de s'assimiler aux vainqueurs […] et d'autre part par la redoutable efficacité d'une armée sans exemple» (Y. LE BOHEC, « Les constantes géostratégiques tirées des grands conflits en Méditerranée, des origines au Ve siècle de notre ère », *ibid*, pp. 61 s.).

[58] On trouve des observations intéressantes dans le volume publié sous la direction du cardinal PAUL POUPARD: *Mediterraneo in ascolto. Cultura e nuova evangelizzazione*, Città nuova Editrice, Roma 1999, pp. 11 ; 28 ss.

a) le système juridique romaniste, que certains qualifient (sans raisons historiques) d'« occidental », a pris sa forme en Orient grâce aux écoles de Beyrouth et de Constantinople ;

b) l'ethnocentrisme juridique européen est suicidaire : parce qu'en séparant ou isolant le droit de la morale et de la religion (conformément au juspositivisme des deux derniers siècles) cet ethnocentrisme réduit le droit à un simple fait ;

c) la tendance qui s'est développée, déjà après la première guerre mondiale, chez certains juristes anglo-américains qui affirment la supériorité et la force de la pénétration du droit anglo-saxon grâce à ses caractères judiciaire et « ultra-individualiste » (voir par ex. la pensée de Roscoe Pound : *The spirit of the Common Law*), doit trouver une réponse et une résistance de la part des juristes méditerranéens ;

d) le blocage, dans la coopération méditerranéenne, des institutions historiquement liées aux États-nations rend plus urgente la mise en œuvre des instruments juridiques propres aux universalismes méditerranéens tels que famille, ville, peuple, empire (on pourrait dire : ce qui est plus petit ou plus grand que l'État-nation et qui a une durée plus « longue »).

La confrontation entre les juristes des systèmes romaniste et musulman doit entraîner la reconstruction d'une identité juridique méditerranéenne universaliste dont le droit hébraïque fait également partie. Même s'il ne faut jamais oublier que le système romaniste a son origine dans une religion polythéiste (dès le début de nos travaux, en 1992, nous avons demandé que l'on considère de façon critique l'ouvrage posthume de Benjamin Constant, *Du polythéisme romain* ; voir la chronique des Séminaires dans *La condition des « autres » dans les systèmes juridiques de la Méditerranée*, Isprom-Publisud, Paris 2004, pp. 295 ss.).

Quant au passé : du point de vue romain, on peut aller de l'ancienne « polarité Juifs - Romains », qui s'exprime dans la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (fin IVe - début Ve siècle ap. J.-C.)[59], jusqu'à l'influence juive sur la conception du *ius* par rapport à la *lex*[60].

Du point de vue musulman, on peut se baser sur le Coran III, 64-65 :

« 64. Dis : "Ô gens du Livre! Venez à une parole commune entre nous et vous : nous n'adorons que Dieu ; nous ne lui associons rien ; nul parmi nous ne se donne de seigneur, en dehors de Dieu". S'ils se détournent, dites-leur : "attestez que nous sommes vraiment soumis" ; 65. Ô gens du Livre! Pourquoi vous disputez-vous au sujet d'Abraham, alors que la Thora et l'Évangile n'ont été révélés qu'après lui? Ne comprenez-vous pas? »[61].

---

[59] Voir F. P. CASAVOLA, "Diritto romano e diritti dell'Oriente mediterraneo", dans *Civiltà del Mediterraneo* 2 [1992], pp. 9 ss. ; voir aussi G. PUGLIESE, "A suggestion on the *Collatio*", *Israel Law Review*, 29, 1-2 (Winter-Spring 1995), pp. 161 ss. Cf. *supra* note 29.

[60] Voir M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne. Douze autres essais*, Paris 1976, pp. 19 ss. (ch. "Torah-dikaion I") ; mais voir aussi C. LEONARDI, "Diritto comune e Bibbia", *Renovatio. Rivista di teologia e cultura*, 13, 3, Genova, juillet-septembre 1978, pp. 349 ss.

[61] *Le Coran*, traduction de D. Masson, I, Gallimard, Paris 1967, p. 69. Voir par exemple M. TALBI, « Dialogue interreligieux ou conflit religieux. Pour un dialogue de Témoignage, d'Émulation et de Convergence », *Revue d'Études Andalouses* (Tunis), 14 juin 1995 (trad. ital.: ID., *Le vie del dialogo nell'Islam*, Fondazione G. Agnelli, Torino 1999, pp. 27 ss., en particulier p. 45): le musulman reçoit de Dieu l'ordre d'entamer un dialogue avec les gens du Livre, c'est-à-dire avec les juifs et les chrétiens ; et ce dialogue, dans son essence, cherche des points de convergence (*al-talāquī*). Voir aussi l'interprétation du Coran utilisée par GIORGIO LA PIRA, *infra* note 62. En général, sur le dialogue interreligieux, voir

Quant au futur : la convergence des systèmes est subordonnée à un principe remontant à Abraham (et à Saint Paul, citoyen romain) : *spes contra spem*[62].

Sur la base de cette prise de conscience et de cet espoir, les juristes méditerranéens peuvent demander aux États de donner le cadre juridique international permettant de développer des formes permanentes de coopération, avec une finalité certaine : convergence (*inevitabile convergenza*) des systèmes, pour la défense de la vie et de la paix, des personnes et des peuples (*civitates*), au centre de l'œkoumène (*orbis terrarum*)[63].

E. RUDOLPH, « Dialogues islamo-chrétiens 1950-1993 », *Méditerranée espace de culture et de civilisations*, Institut Robert Schuman pour l'Europe, Chantilly 1996, pp. 101-139 ; A. RICCARDI, *Mediterraneo: Cristianesimo e Islam tra coabitazione e conflitto*, Milano 1997 ; ID., "Il Mediterraneo come mare dell'unico Dio", *Annali di scienze della cultura e della religione*, Università degli Studi di Roma Tre, 1 (2001), pp. 19-20 (à propos de Louis Massignon et de Giorgio La Pira).

[62] C'est de la «inevitabile convergenza ed unità dei popoli mediterranei della famiglia abramitica» que traite le discours que GIORGIO LA PIRA tint à Cagliari le 19 janvier 1973 (après l'allocution du Président du Conseil Régional de la Sardaigne FELICE CONTU, actuellement Président de l'ISPROM) : voir le volume *Premier Colloque Méditerranéen de Florence con la "Premessa" di Cagliari di Giorgio La Pira*, ISPROM/Testi e documenti 2, Tema, Cagliari 1998, pp. 158 ss., notamment pour l'interprétation du Coran, III, 2 et 64-65. Cf. le discours prononcé par le Pape JEAN PAUL II à Casablanca le 19 août 1985, au cours de la rencontre avec les jeunes (80.000 personnes) au complexe sportif Mohammed V: « Chrétiens et musulmans, nous avons beaucoup de choses en commun… Abraham est pour nous un même modèle de foi en Dieu, de soumission à sa volonté et de confiance en sa bonté. Nous croyons au même Dieu, le Dieu unique, le Dieu vivant, le Dieu qui crée les mondes et porte ses créatures à leur perfection » (*Le Pape Jean Paul II au Maroc. Casablanca 19 août 1985*, s.l.n.d. [avec un écrit de l'Archevêque de Rabat HUBERT MICHON, « Le Pape à Casablanca »], p. 14).

[63] Il est évident que cette centralité de la Méditerranée ne dépend pas des vicissitudes historiques du second millénaire, même si ceux qui le souhaitent pourraient trouver dans ces vicissitudes une confirmation (voir par exemple le point de vue de R. PRODI, *Un'idea dell'Europa*, Bologna 1999, p. 95: « L'impetuoso sviluppo dell'Asia ha contribuito a ridare al Mediterraneo la sua antica centralità. In più occasioni, ho avuto modo di esprimere la mia personale convinzione che siamo in presenza del più rilevante mutamento geopolitico dai tempi della scoperta dell'America, nel lontano 1492 »).

S'EXPRIMER AU CONGO KINSHASA

Katambu Ambroise Bulambo
Faculté de droit, Université de Fribourg, Suisse
Email : wanyenga@bluewin.ch

Revue ASPECTS, n° 1 - 2008, pages 57-81

Résumé : S'exprimer constitue une liberté fondamentale garantie par le droit international et les constitutions nationales des États comme le Congo Kinshasa et la Suisse. C'est le résultat d'une évolution épineuse qui nécessite une étude sérieuse. C'est l'objet du présent article, qui présente successivement la République démocratique du Congo, la notion de la liberté d'expression, son évolution historique à travers ses fondements constitutionnels et conventionnels avant d'esquisser une conclusion à leur sujet.

Mots-clés : Liberté d'expression, évolution épineuse, communication, personnes, Congo-Kinshasa, effectivité

INTRODUCTION

S'exprimer constitue une liberté fondamentale garantie par le droit international et les constitutions nationales des États comme le Congo Kinshasa. Ce dernier est né du génie[1] de sa majesté le roi Léopold II[2] En effet, le 1er août 1885, le roi Léopold II notifia une Déclaration de neutralité de l'État Indépendant du Congo (EIC) à toutes les puissances signataires de l'Acte général de Berlin[3]. Ce qui fit de l'EIC un État neutre. L'EIC deviendra Congo belge en 1908 par acte de la cession du roi Léopold II de sa propriété privée au royaume de Belgique[4]. A son accession à l'indépendance, le 30 juin 1960, le Congo belge devint République du Congo (1960-1964), avant de porter le nom actuel de République démocratique du Congo (RDC) depuis la prise de pouvoir à Kinshasa, le 17 mai 1997 par Laurent Désiré Kabila[5]. C'est cette dénomination que nous allons utiliser dans notre travail sous le sigle de la RDC.

---

[1] NDAYWEL E. N. I., *Histoire générale du Congo*, pp. 273ss, 312ss.
[2] Bulletin officiel de l'EIC, no 8, août 1891, pp. 213ss.
[3] NDAYWEL E. N. I, *op. cit.,* p. 313.
[4] *Ibidem* , p. 357.
[5] *Ibidem*, pp.64-65.

Ce pays d'une superficie de 2 345 000 kilomètres carrés[6] est un État unitaire fortement décentralisé et subdivisé en 26 provinces dotées de personnalité juridique (art. 2 Cst). Il entretient de bonnes relations avec plusieurs États étrangers et est membre de plusieurs Organisations régionales africaines comme l'Union africaine et mondiales comme l'Organisation internationale de la Francophonie et l'Organisation des Nations unies (ONU).

Les Congolaises et Congolais sont titulaires de la liberté d'expression depuis des temps immémoriaux. Cette réalité est aujourd'hui consacrée par la Constitution nationale en tant que droit fondamental. Cette consécration est le résultat d'une évolution épineuse qui nécessite une étude sérieuse. C'est l'objet de notre présent article. Pour y arriver, nous allons présenter sommairement la RDC, la notion de la liberté d'expression, son évolution historique à travers ses fondements constitutionnels et conventionnels.

PEUPLEMENT ET ORGANISATION AUTOUR DE LA PALABRE EN RDC

Peuplement de la RDC

Avant la formation de la RDC comme État souverain dans ses limites actuelles, les 450 ethnies qui composent la population congolaise actuelle et qui étaient organisées en royaumes autonomes[7]. C'était l'époque dite précoloniale[8]. Parmi ces ethnies, il y a des Luba, des Lunda, des Kongo, des Lega, des Bembe, des Shi, des Havu, des Vira, des Fuleru, des Nyindu, des Kumu, des Kanu, des Tembo, des Pere, des Nande, des Hutu, des Tutsi, des Songe, des Kusu, Bangubangu, des Zimba, Banyanga et autres. Ce sont ces ethnies qui forment le peuplement principal de la RDC.

Ces ethnies avaient des organisations politiques autonomes et différentes. Certaines étaient organisées en État fédéral comme les Lega avec un système politique de démocratie directe (le Bwami corporatif) alors que d'autres étaient des États centralisés.

Organisation des Peuples de la RDC autour de la Palabre

Dans ces États précoloniaux, l'organisation politique était démocratique[9] dans la mesure où le destin de la population était rarement dans les mains d'un seul homme à l'instar du monarque appelé selon le cas Mwami[10] ou Mulopwe du royaume Luba[11] ou Mwant yav de l'empire lunda[12] ou Mani[13] Kongo[14] du royaume

---

[6] NDAYWEL E. N. I., *op. cit.,* p. 41.

[7] *Idem*, pp. 65-67, 79 ss.

[8] OUGUERGOUZ F., La CADHP., p. 5.

[9] Dans le royaume Kongo par exemple, le monarque était élu par des grands électeurs, in : Ndaywel è Nziem I., *op. cit*, p. 96.

[10] Il signifie monarque, symbole de l'unité de l'ethnie Lega, Bembe, Shi, Havu, Vira, Fuleru, Nyindu, Kumu, Kanu, Tembo, Pere, Nande,

Hutu, Tutsi de l'Est de la RDC et non du Bwami corporatif, unique chez les Lega in : MULYUMBA Wa MAMBA I. B., Les croyances religieuses des Lega, p. 21.

[11] NDAYWEL E. N.I., *op. cit.,* p. 65.

de Mbanza Kongo[15] ou M'fumu chez les Basonge. Le pouvoir du chef dépendait étroitement du groupe à la tête duquel il était placé[16] c'est-à-dire il était limité dans les faits par le caractère collégial des conseils et des différentes instances intermédiaires[17] qui pouvaient en cas d'excès ou d'abus de pouvoir sanctionner le monarque[18]. C'était à l'issue d'une palabre de réconciliation[19] en application des règles juridiques très élaborées[20] mais qui n'étaient pas écrites.

La palabre[21] est le nom générique d'institutions de l'Afrique subsaharienne permettant aux hommes et/ou aux femmes de se réunir, de réfléchir à chaque étape de la vie, événement important de la vie pour résoudre certains problèmes, se réjouir, partager leurs peines, s'entraider, transmettre le savoir, l'avoir, le savoir-faire et savoir être. L'oralité y est la règle. Cette institution de Palabre a des noms africains différents, selon les circonstances[22] et selon les ethnies. Chaque membre de la tribu ou de l'ethnie qui y participe a la liberté de s'exprimer. Par exemple dans mon ethnie, la Palabre qui a lieu lors de la naissance d'un enfant s'appelle « Kibyele » alors que celle de la mort est le « Mulambi » ou « Ililo » et la parole y est libre. Quant à la palabre à l'occasion d'initiation à la vie d'adultes, elle s'appelle « Bwali » pour les hommes et le «Umwali » ou le « Iyano »[23] pour les femmes alors que la danse folklorique qui marque le début d'initiation des hommes s'appelle « mulingo lingo ». Enfin, la palabre d'investiture du Mwami (le chef coutumier) et celle de résolution des conflits s'appellent respectivement le « Bwami » et le « Muzombo »[24]. Cette Palabre africaine a survécu à la colonisation. La palabre de résolution des conflits, par exemple, continue d'exister parallèlement aux juridictions modernes et ses décisions sont obligatoires et exécutoires selon son système propre. C'est à elle que l'on recourt encore dans de nombreuses ethnies de la RDC pour sanctionner notamment les abus de la liberté d'expression ou les excès dans son exercice.

Lorsque la palabre de résolution des conflits est convoquée, elle repose sur deux principes fondamentaux[25]. Le 1er principe est le droit d'être entendu très large qui accorde le droit à la parole à tous les participants à la Palabre de telle sorte que le jugement par contumace n'existe pas. C'est une sorte de démocratie directe. Le 2e principe : La recherche du consensus dans la prise de décision, de la réconciliation

---

[12] *Ibidem*, p. 65.

[13] Mani veut dire toute instance détenant une parcelle de pouvoir. Il peut devenir roi sous le nom de Nyimi.

[14] NZUMBU L. A., *L'histoire du Congo Zaïre*, p. 106.

[15] OUGUERGOUZ F., *op. cit*., p. 7.

[16] GODINEC P.-F., *Les droits africains*, p. 15/ OLAWALE E. T., *La nature du droit africain*, pp. 27ss.

[17] NDAYWEL E. N. I., *op. cit.,* p. 97.

[18] GODINEC P.-F., *Les droits africains*, p. 9.

[19] ILUNGA MUYA J., *Quelle démocratie pour l'Afrique ?,* p. 149.

[20] Chez les Lega de la RDC par exemple, ce sont les Bami qui jouaient le rôle de législateur.

[22] Par exemple, le mariage, la récolte, la chasse, le partage des produits de la chasse ou de l'élevage ou de la pêche ; la résolution des conflits ; l'infertilité des mariés ; l'initiation à la vie d'adultes, l'investiture des chefs coutumiers.

[23] Chez les Bakongo des zones côtières de Moanda dans la province de Bas-Congo en RDC, l'école initiatique des garçons s'appelle *le kumbi et celles* des femmes, *le kikumbi*,

[24] Chez les Bashi du Kivu en RDC, c'est la procédure de « Mizirho » alors que chez les Basonge, cette procédure s'appelle « Kuimuka ».

[25] ILUNGA MUYA J., *op. cit.,* pp. 149-150.

en cas de conflit. En effet, le but de toute palabre est donc d'aider le fautif à intérioriser les valeurs sociales et morales de manière qu'il les vive comme il respire. C'est le social intériorisé, la transformation de la contrainte extérieure en un *self-control*[26].

Chez les Lega[27] situés géographiquement dans la partie orientale de la RDC[28], par exemple, ce sont les membres de l'institution Bwami[29] qui sont chargés de régler les conflits et de faire appliquer leurs décisions. Le Bwami constitue une force dominante de la culture lega regroupant plus de 80% de la population lega[30] sans distinction de sexe qui remplit les fonctions sociales, politiques, législatives, judiciaires, artistiques, philosophiques, éthiques, religieuses[31]. Bref, les Bami qui composent cette institution règlent tous les problèmes de la vie[32]. Ici l'obéissance aux décisions prises est, à cause de la pression sociale, spontanée[33] et non par des contraintes physiques. Un des objectifs de la palabre est d'assurer le social intériorisé, la transformation de la contrainte extérieure en un *self-control*[34]. En effet, tous les rares individus réfractaires et les autres membres de l'ethnie, tous initiés croient que le non-respect des coutumes des ancêtres peut entraîner la colère des forces surnaturelles appelées *masengo*[35], des sorciers et sorcières[36] et provoquer la mort du fautif ou le mauvais sort à l'encontre de la famille de ce dernier.

La procédure de Muzombo qui est une palabre judiciaire Lega se déroule dans le lusu. Ce dernier est un espace de pouvoir où se discutent tous les problèmes de la vie en société ; un lieu d'accueil de l'étranger ; un lieu de rencontre et de partage d'informations ; expression et centre de la vie intellectuelle, morale, sociale, politique, juridique, religieuse, professionnelle et artistique de l'homme Lega[37]. Ce sont les Bami considérés comme des intermédiaires entre le monde des vivants et l'Au-delà[38] et législateur[39] qui jouent à la fois le rôle de l'accusateur (Ministère public), des juges[40] et des avocats et parfois de dénonciateurs et chargés de l'observation de l'exécution fidèle de la décision prise lorsque toute la population a été initiée au Bwami[41].

Toutefois aujourd'hui une nouvelle garantie de la procédure s'est greffée à l'institution de la palabre. Désormais, en cas d'abus ou de prise de décision non

---

[26] MUTUZA KABE R., *L'organisation des Lega*, p. 64.

[27] KYEMBWA W. J., *Patriotisme du Bulega*, pp. 38-39/ BULAMBO K. A., *L'institution Kupiana*, p. 264.

[28] MUTUZA KABE R., *op. cit.,* p. 57.

[29] NSANDA BULELI L., *Le Bwami des Lega,* p. 57.

[30] MUTUZA KABE R., *op. cit.,* pp. 57-58 et 61.

[31] BIEBUYCK B., *Ethique au cœur de l'Afrique Lega*, p. 19.

[32] NSANDA BULELI L., *op. cit.,* p. 57.

[33] Toutefois, la sanction modeste existait et les gens s'engageaient à ne plus parler de l'affaire sous peine de réveiller la colère des ancêtres et des sorciers faisant partie de la société.

[34] MUTUZA KABE R., *op. cit.,* p. 64.

[35] BIEBUYCK B., *Ethique Lega*, p. 31.

[36] NSANDA BULELI L., *op. cit.,* pp. 63-64.

[37] MULYUMBA Wa MAMBA I. B., *Les croyances religieuses Lega*, p. 23-24/ BALAAMO M. J.-P., *Les défis lega,* pp. 161-162/ MANGO L. B., Education du garçon Lega, pp. 105-106.

[38] MULYUMBA Wa MAMBA I. B., *op. cit.,* p. 23.

[39] BALAAMO M. J.-P.*, Les défis lega*, p. 174.

[40] MULYUMBA Wa MAMBA I. B., *op. cit.,* p. 27/ BALAAMO M. J.-P., *op. cit.,* Pp. 174-175.

[41] NSANDA BULELI L., *op. cit.,* pp. 63-65.

compatible avec le droit moderne c'est-à-dire qui imposeraient des contraintes physiques (par exemple, la peine de mort ou la flagellation du fautif ou d'autres contraintes physiques similaires), l'autorité étatique moderne devrait intervenir, sur dénonciation ou sur plainte, et annuler cette décision fondée sur le droit africain coutumier contraire aux engagements internationaux de la République démocratique du Congo.

Cependant, ces cas de prise de décisions contraires aux instruments nationaux et internationaux des droits de l'homme notamment aux articles 1 de la Convention contre la torture, 7 et 10 du Pacte international des droits civils et politiques (Pacte ONU II) ; 4 et 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) sont quasi-inexistantes car le but de la palabre africaine est de réconcilier l'individu avec la personne lésée d'une part et la société toute entière d'autre part. En outre, l'homme est à la fois instrument, membre essentiel de la communauté dans laquelle il vit et la fin de l'organisation sociale africaine[42]. Ce qui fait que les contraintes physiques contre les réfractaires ayant violé les droits et les libertés d'autrui par notamment l'exercice liberticide de la liberté d'expression et auxquelles nous venons de faire allusion sont théoriques. Ce système juridique de protection des droits et libertés fondamentales de tous les membres de la communauté montre à suffisance combien l'individu est, en République démocratique du Congo précoloniale et traditionnelle, un véritable sujet des droits et libertés[43] dont la liberté d'expression.

NOTION DU CONCEPT « S'EXPRIMER » ET SON IMPORTANCE EN DROIT CONGOLAIS

S'exprimer est une notion juridique indéterminée difficile à circonscrire, à mettre dans un panier mais qu'on ne saurait comprendre sans essayer de définir quelques mots clé qui la composent et de présenter son importance dans la société.

Le concept « s'exprimer » en RDC

En droit congolais, la liberté de s'exprimer est une tradition devenue liberté fondamentale. Mais, étant donné que le fondement de tout raisonnement vrai réside dans la signification constante et évolutive des mots[44], il est nécessaire, de commencer notre étude par un examen des définitions des auteurs classiques relatives aux concepts « liberté » « s'exprimer » et « opinion » et « information » pour prétendre soit les rectifier quand elles sont établies avec inattention, soit les produire nous-même [45] Nous allons commencer par le concept« liberté ».

D'après Thomas Hobbes[46], la liberté est une franchise signifiant l'absence d'opposition, c'est-à-dire d'obstacles extérieurs au mouvement des créatures raisonnables. Cette définition appliquée aux « créatures raisonnables » ou aux êtres

[42] OUGUERGOUZ F., *op. cit.,* p. 10.

[43] OUGUERGOUZ F., *op. cit.,* p. 11/ BALAAMO M. J.-P., *op. cit.,* p. 83.

[44] HOBBES T., *Léviathan*, p. 565.

[45] HOBBES T., *op. cit.,* pp. 29, 103-104

[46] *Ibidem*, p. 336.

humains raisonnables[47] rejoint celle d'Emmanuel Kant et celle que nous retiendrons dans cette étude. Selon Emmanuel Kant[48], en effet, la liberté est la propriété qu'a la causalité des êtres raisonnables de pouvoir agir indépendamment de toute cause déterminante étrangère à elle ; une autonomie, c'est-à-dire une faculté de se donner à soi-même la loi[49]. Toutefois, cette liberté n'est pas absolue mais limitée par l'humanité et toute nature raisonnable en général en tant que fin en soi[50]. C'est ce que nous appelons dignité humaine qui constitue un impératif catégorique chez Emmanuel Kant[51].

Cette liberté doit concerner et protéger un comportement humain déterminé, un « être humain raisonnable » : s'exprimer, prier, se réunir, s'associer, vendre, écrire, peindre, faire des recherches, parler[52] Son contenu, quant à lui, doit porter sur une activité physique ou psychique de l'individu. Ainsi tout ce que l'être humain est capable de faire en tant que tel est susceptible d'être protégée par une liberté[53]. Ce qui fait des libertés des droits de l'homme parce qu'ils protègent les comportements de l'homme, les actes et les convictions de l'être humain comme les opinions et les informations[54].

L'opinion forgée, exprimée et répandue par les êtres humains se définit de manière large[55]. Elle couvre « l'ensemble des produits ou messages de la pensée humaine, qu'il s'agisse d'un sentiment, d'une réflexion, d'une opinion, de l'observation d'un fait, d'une information ou encore, selon la Cour EDH[56], d'une publicité commerciale »[57]. Tout message est en principe protégé[58] et ce, indépendamment du vecteur de la communication[59].

L'opinion englobe donc tout jugement de valeur, toute appréciation, idée, manifestation de pensée, prise de position positive ou négative, affirmée ou nuancée sur un sujet quelconque et qui vise à exprimer ce que la personne considère comme étant « vrai, bon, beau et juste »[60]) ; toute conception, création littéraire ou artistique, voire toute activité ou débat politique[61]. Elle comporte, donc, un jugement de

---

[47] KANT E., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, pp. 190, 192.

[48] KANT E., *op. cit.* pp. 51, 179, 182.

[49] *Ibidem*, pp. 156-157.

[50] KANT E., *op. cit.,* pp. 153, 155, 158.

[51] *Ibidem,* pp. 160, 162-164.

[52] AUER A., HOTTELIER M. et MALINVERNI G., DC II, p. 8 n. 13.

[53] AUER A., HOTTELIER M. et MALINVERNI G., *op. cit.,* p. 8 n. 13.

[54] *Ibidem*, p. 8 n. 13.

[55] *Ibidem*, pp. 263-266 nos 554-557/ Cour EDH, Décision du 23 septembre 1994, Jersild c. Danemark, série A, no 298, AFDI 1994 P. 658 ; JDI 1995 p. 780/ SUDRE F.et alii, GACEDH, Pp. 547-548.

[56] Cour EDH, Décision du 24 février 1994, Casado Coca c. Espagne, Série A, no 285-A, par. 35-37 : Cette décision ainsi que d'autres des organes de Strasbourg citées dans cet article tirent leur importance référentielle des articles 60 et 61 de la Charte africaine des droits de l'homme qui recommandent de s'inspirer des instruments internationaux des droits de l'homme et de leur interprétation.

[57] FF 1997 I 160/ Com EDH, Décision du 5 mai 1979, Church of Scientology c. Suède, DR 16, p. 68/ Cour EDH, Décision du 5 mai 1989, Markt intern Verlag c. Allemagne GmbH et Klaus Beermann, p. 165, par. 25-26/ Cour EDH, Décision du 23 juin 1994, Manfred Jacubowski c. Allemagne, RUDH 1995, p. 30.

[58] MAHON P., L'article 16 Cst. féd., p. 152 n. 7.

[59] MAHON P., *op. cit*., p. 152 n. 8.

[60] DE LAMY B., *La liberté d'opinion et DP*, p. 5 nos 12, 15.

[61] DE LAMY B., *op. cit.,* pp. 36 nos 74-83.

valeur (fruit d'un raisonnement[62]) comme les convictions (une opinion fortement ancrée, une certitude à laquelle un individu est très attaché[63]) religieuses, politiques, philosophiques, etc.[64], des prises de position teintées de subjectivité et de partialité qui peuvent heurter, choquer ou inquiéter l'État ou une fraction quelconque de la population[65]. Dans ce sens, nous pouvons conclure que le débat politique[66], le discours commercial[67] et la publicité[68], discours ou rassemblement politiques[69] constituent des opinions ou des idées en tant que représentation intellectuelle distinguée des phénomènes d'affectivité ou d'activité[70]. A titre d'exemple, nous pouvons citer la fondation d'un parti politique ou d'une association, l'adhésion à un telle organisation ou à une idée politique, choisir un vêtement de telle ou telle couleur en fonction de ce que l'on estime être beau, manifester sa volonté de poser sa candidature aux élections. Dans le même sens, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a reconnu la qualité d'opinion aux tracts et documents détenus[71] par Tshitenge Muteba et aux opinions politiques[72] lors de son arrestation le 31 octobre 1981[73], constaté la violation de l'article 19 Pacte ONU II par la république du Zaïre dans les cas

Lorsque ces opinions ainsi forgées ou formées sont exprimées et répandues, elles constituent avec d'autres nouvelles révélées et/ou accessibles à l'homme des *informations*[74]. C'est le cas notamment d'un film, des programmes et toutes nouvelles émissions par ondes dans l'espace et destinées au public, les séances d'un

---

[62] *Ibidem*, p. 5 n. 13.

[63] *Ibidem*, p. 5 n. 13.

[64] DE LAMY B., *Op. cit*, p. 5 n. 13.

[65] Cour EDH, arrêt du 24 février 1997, De Haes et Gilsels c.Belgique, par. 47, Rec. 1997-I, p. 198/ PERRET J. D., La liberté d'opinion, p. 10

[66] Cour EDH, Décision du 8 juillet 1986, Lingens c. Autriche, par. 42/ Cour EDH, Décision du 23 avril 1992, Castells c. Espagne, par. 46, RUDH 1992, p. 234/ Comité des droits de l'homme, Constatations du 31 mars 1993, par. 11.3, in : KAELIN W., MALINVERNI G. et NOWAK M. (Dir.), CH und UNO, pp. 627ss/ ComADHP, Déclaration des principes sur la liberté d'expression, principes I par. 1.

[67] DE LAMY B., *Op. cit*, p. 39 n. 84.

[68] Il s'agit d'un message publicitaire qui a pour but la promotion d'une idée, d'une cause à laquelle on croit, d'un service, de la vente ou de l'utilisation d'un bien ou d'un service. Il peut s'agir d'un réclame de nature commerciale ou d'une campagne d'intérêt général telle que la lutte contre l'alcoolisme ou le tabagisme ou les drogues. Pour des détails lire, De LAMY b., *op. cit*., p. 40 n. 86 et COHEN-JONATHAN G., Le message publicitaire, p. 69.

[69] Le Comité des droits de l'homme de l'ONU a condamné la république du Zaïre pour des mauvais traitements imposés à l'opposant du régime, Tshisekedi pour avoir organisé sans autorisation une manifestation politique au cours de laquelle il devait prononcer un discours politique en 1988 (§11.1, 11.3 et 12.2) dans la constatation du 4 avril 1989 relative à la communication F. Birindwa et E. Thsisekedi c. Zaïre, in : ONU, Sélection de décision CDH 2002, pp. 179ss.

[70] DE LAMY B., *op. cit*, p. 5 n. 13.

[71] La république du Zaïre a été aussi condamnée par le Comité des droits de l'homme (CDH) pour avoir persécuté, banni et torturé des opposants Birindwa et Tshisekedi en 1988 pour détention illégale des constatations du CDH relatives à la communication no 138/1983 et d'autres documents officiels dudit Comité (§ 2.2 et 12.5), in : ONU, *op. cit.,* pp. 179ss.

[72] Cette qualité d'opinion digne de protection de l'article 19 Pacte ONU a été reconnu aussi à la lettre ouverte au Président Mobutu par les fondateurs de l'UDPS en 1980 dans la Constatation du 26 mars 1986 du Comité des droits de l'homme (CDH) relative à la communication no 138/1983, Ngalula Mpandanjila et consorts c. Zaïre, § 2.1, 8.2 et 10 ; à la position de la candidature et la fondation d'un parti politique, le Parti national fédéraliste (PANAFE) par André Alfonse Mpaka-Nsusu en 1977 dans la constatation du CDH du 26 mars 1986 relative à la communication André Alfonse Mpaka-Nsusu c. Zaïre, § 1.2, 3 et 10, in ONU . Sélection de décisions CDH 1991, pp. 196ss.

[73] Comité des droits de l'homme, Constatations du 24 juillet 1984, Tshitenge Muteba c. Zaïre, §12, in : ONU, Sélection des décisions CDH 1982- 1988, p. 168.

[74] ATF 120 Ia 190, 192/ ATF 105 Ia 181, 182/ MAHON P., L'article 16 Cst. féd., p. 154 n. 10.

parlement[75], des nouvelles, un journal parlé ou télévisé, un communiqué, ensemble d'événements ou de renseignements sur quelqu'un ou quelque chose qu'on veut porter à la connaissance ou qui sont portés à la connaissance d'une personne ou du public[76], etc.

Il sied toutefois de préciser que l'opinion se distingue de l'information par le fait que cette dernière n'est pas une prise de position exprimant un jugement de valeur partiale mais relate, en principe, la réalité c'est-à-dire des éléments objectifs. La manière de rapporter ces événements objectifs peut cependant être, consciemment ou inconsciemment subjective[77].

Ces opinions, informations et idées ont toutefois besoin d'être exprimées pour l'épanouissement de l'homme et de la société dans laquelle il vit. Mais quelle est la signification du concept « s'exprimer »?

S'exprimer désigne une manifestation par le langage, le geste, la physionomie et tout autre moyen de communication, un sentiment, une opinion, une pensée[78]. C'est cette dernière signification qui intéresse notre étude et que nous allons retenir. En effet, d'après les articles 1, 2 et 9 de la CADHP et article I, Déclaration de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ComADHP), s'exprimer est la faculté de toute personne humaine, sans discrimination aucune, de chercher, de recevoir et de communiquer des opinions, des informations, des idées de toute sorte, en solo ou en groupe au sein d'une personne morale ou d'une réunion, oralement, par écrit ou par impression, sous forme artistique ou sous toute autre forme de communication[79] inconnu avant l'arrivée du Colonisateur ou lors de son introduction formelle dans l'ordre juridique congolais moderne, y compris les communication à travers les frontières. La Déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique a été adoptée en octobre 2002 à Banjul par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ComADHP). Par ailleurs, l'article IV de Déclaration de la ComADHP sur la liberté d'expression dit que les organes publics en tant que gardiens de l'information doivent la rendre accessible à toute personne. Tout refus de la communiquer doit être sujet à un recours effectif auprès des organes publics indépendants ou des tribunaux. Le troisième paragraphe de ladite déclaration, quant à lui, garantit le droit d'accéder aux informations[80] et de les mettre à jour ou de corriger des informations personnelles détenues par des tiers. En clair, il ne s'agit pas de se limiter aux informations accessibles de l'article 19 par. 2 Pacte ONU II. Cette déclaration constitue une source d'inspiration pour la ComADHP lorsqu'elle examine les requêtes relatives à la liberté d'expression garantie par les articles 9 à 11 CADHP. Par exemple dans l'examen de la communication 228/99 de *Law Offices of Ghazi* Suleiman C. Sudan[81], la ComADHP s'en est expressément inspirée pour affirmer l'importance fondamentale de la liberté d'expression (§ 40). Enfin, d'après cette déclaration,

---

[75] MAHON P., L'article 16 Cst. féd., p. 154 n. 10.

[76] *Le Dictionnaire Petit Robert* 1977, p. 1001.

[77] DE LAMY B., *Op. cit*, p. 5 n. 13.

[78] *Dictionnaire Larousse*, tome 2, p. 120.

[79] Nous pensons ici aux communications par internet ou par satellite si nous référons au cas tranché par la Cour européenne des droits de l'homme, Autronic AG contre Suisse du 22 mai 1990, Séries A, no 178 ; RUDH 1990 pp. 316ss.

[80] ROSSINELLI M., *Les libertés non écrites*, p. 121.

[81] ComADHP, XVIème rapport annuel d'activités 2002-2003, Banjul 2003, pp.63ss.

l'article 9 par. 1 CADHP inclut dans la définition du concept s'exprimer, le droit de répandre ses idées ou ses opinions dans la langue de son choix[82].

Ce qui rapproche la notion du concept « s'exprimer » au niveau continental africain avec celle de l'article 19 Pacte ONU II. En effet, dans la constatation relative à la communication nos 359 et 385/1989 de John Ballantyne, Elizabeth Davidson and Gordon McItyre contre Canada, le Comité des droits de l'homme admet aussi ce droit (§11.4)[83]. Il dit qu'en vertu de l'article 19 par. 2 Pacte ONU II, il n'est pas « nécessaire, pour protéger les francophones en position vulnérable au Canada, d'interdire la publicité en anglais en se fondant sur l'article 19 par. 3 Pacte ONU II. Cette protection peut être assurée par d'autres moyens qui ne portent pas atteinte à la liberté des commerçants de s'exprimer dans une langue de leur de leur choix » (§ 11.4). Il n'est pas légitime pour un État de supprimer, « en dehors de la vie publique, la liberté de s'exprimer dans une langue de son choix » (§ 11.4). .

En outre, l'article 19 Pacte ONU II à son deuxième paragraphe stipule que la liberté d'expression ne se limite pas seulement à exprimer son opinion ou ses idées mais aussi à chercher, à recevoir et répandre les informations et les idées de toute espèce comme les annonces publicitaires, les oeuvres d'art… sans considération e frontières, sous forme orale, écrite, imprimée ou artistique ou par tout autre moyen d'expression de son choix comme les assemblées, les démonstrations, les médias visuels, acoustiques, électroniques, les affichages extérieurs et autres mais qui ne vont pas à l'encontre de l'article 20 Pacte ONU II[84]. Toutes ces formes de communication sont aussi protégées... Enfin, l'article 19 à son premier paragraphe stipule, quant à lui, que nul ne peut être inquiété pour ses opinions. Il s'agit ici d'un « droit pour lequel le Pacte n'autorise ni exception ni limitation »[85]. Cependant, l'article 19 par. 3 Pacte ONU II prévoit que l'exercice de la liberté d'expression comporte des devoirs et des responsabilités spéciales.

En lisant les dispositions constitutionnelles congolaises garantissant la liberté d'expression, il apparaît une similitude avec la définition du concept s'exprimer présentée ci-dessus cette définition. En effet, l'article 23 de la Constitution congolaise stipule que toute personne a droit à la liberté d'expression. « Ce droit implique la liberté d'exprimer ses opinions ou ses convictions, notamment par la parole, l'écrit ou l'image, sous réserve du respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs ». Et les articles 25, 26, 27, 37, 38, 39 et 46 de la même Constitution garantissent le droit de s'exprimer respectivement à travers des réunions pacifiques, des manifestations, des pétitions, des associations, des syndicats, des grèves, la culture, la création intellectuelle et artistique, la recherche scientifique et technologique. Et l'article 24 Cst. garantissant la liberté d'information de conclure que la liberté de presse, d'information et d'émission par radio et la télévision, la presse écrite ou tout autre moyen de communication sont garanties ».

Comme on le voit, tous les moyens de transmission et de réception[86] des informations, des opinions et des idées sont aussi protégés au même titre que les messa-

---

[82] OUGUERGOUZ F., La CADHP p. 113.

[83] KAELIN W., MALINVERNI G. et NOWAK M. (Dir.), *op. cit.,* pp. 627ss.

[84] Comité des droits de l'homme, Constations constatation relative à la communication nos 359 et 385/1989 de John Ballantyne, Elizabeth Davidson and Gordon McItyre contre Canada, § 11.3.

[85] KAELIN W., MALINVERNI G. et NOWAK M. (Dir.), *op. cit.,* p. 533.

[86] AUER A., MALINVERNI G. et HOTTELIER M., *op. cit.,* p. 264 n. 556.

ges qu'ils véhiculent. Dans cette constellation des libertés d'expression latu sensu, les libertés d'opinion[87] et d'information constituent des libertés générales et subsidiaires. La doctrine[88] et la jurisprudence[89] suisses, par exemple, considèrent, en effet, l'article 16 Cst. féd. comme la garantie générale et subsidiaire par rapport aux autres garanties spécifiques (par. ex. 17 et 93, 20-23, 33 et 34 Cst. féd)[90]. En droit congolais, cette nomenclature des libertés d'expression n'est pas étrangère. En effet, dans la proclamation des libertés d'expression, ce sont les libertés d'opinion et d'informations qui sont, les premières proclamées aux articles 23 al. 2 (*lex generalis*) et 24 al. 1 Cst. *(lex generalis*) par le pouvoir constituant. Ainsi en cas de concours avec les autres libertés, ces dispositions constitutionnelles générales et subsidiaires s'effaceront au profit des droits spécialement protégés comme la liberté de manifester son opinion en public (art. 26 Cst. et 22 Cst. féd.) ou la liberté d'expression artistique ou scientifique.

Cette garantie permettant à la liberté d'expression de revêtir selon le cas plusieurs modalités[91] notamment la liberté d'opinion, d'information, des médias, de l'art, de la science, de réunion, d'association et de pétition en fait une liberté mère de communication.

■ Importance fondamentale de s'exprimer dans la société congolaise

Nous avons mentionné dans la première section que la Palabre était au centre de la vie en Afrique subsaharienne en général et en RDC précoloniale en particulier. Ainsi fallait-il palabrer ou s'exprimer oralement pour résoudre les conflits, pour célébrer les événements importants de la vie, pour entretenir des relations pacifiques avec les voisins, pour transmettre le savoir et la tradition à travers les écoles initiatiques ; pour chanter composer les chansons folkloriques chantées à l'occasion de ces Palabres, pour prévenir la population de l'imminence d'une attaque étrangère, etc., En plus de ce procédures des *palabres* orales, les Congolais s'expriment à travers les notamment les masques et d'autres oeuvres d'art divers, *les cordes de la sagesse*, les danses folkloriques, les instruments de musique comme les tambours, les *likembé* et autres instruments de musique. Par exemple, c'est à travers les cordes de la sagesse comportant des signes spécifiques ou les sons de tambours, les cymbales, l'instrument de musique *kasambi*, des masques et d'autres œuvres d'art et paroles spécifiques, des chansons circonstanciées, l'habillement, les cris divers comme le *takulengwe* en guise d'alerte générale, manifestations publiques, réunions, lieu de rencontre *lusu*[92] et autres .que les Lega s'expriment, transmettent les messages de détresse ou la convocation à un rassemblement populaire important, annoncent des d'autres messages importants pour le développement intégral de la personne seule et en société.

---

[87] CHARRIER J. L., Code CEDH, p. 156 n. 0524.

[88] MAHON P., *op. cit.,* Pp. 151 n. 4, 153 n. 8/ HALLER W. et HAE FELIN U, CH BR, p.137 n. 462/ KLEY A., Medien, pp. 183-187/ AUER A. ; MALINVERNI G. et HOTTELIER M., *op. cit.,* p.262-264 nos 552, 554/ BARRELET D., Les libertés de la communication, p. 722 n. 3.

[89] ATF 127 I 145, 151. Dans le considérant 4b de cet arrêt, le TF affirme que la nouvelle constitution garantit la liberté d'opinion (art. 16 al. 1 et 2 Cst. féd.) en tant que droit fondateur des libertés de communication. Par rapport aux autres formes de communication, elle constitue un droit subsidiaire.

[90] CHARRIER J. L., *op. cit.,* p. 158 n. 0531.

[91] WACHSMANN P., LP, p. 512 n. 458.

[92] MULYUMBA Wa MAMBA I. B., *op. cit.,* pp. 23-24.

Aujourd'hui encore, c'est grâce aux médias que les électeurs s'informent des programmes des candidats, de leurs biographies, des réalisation du pouvoir en place, des programmes électoraux ; que les citoyens apprennent la promulgation des nouveaux textes législatifs ou la ratification par le pays des nouveaux traités internationaux ; qu'ils apprennent le déroulement des procès nationaux et internationaux notamment ceux de la Cour pénale dans lesquels les acteurs politiques congolais sont impliqués.

La fondamentalité de la liberté d'expression se confirme encore dans son rôle de promotion d'une société démocratique moderne animée par un esprit de tolérance et de paix, dans laquelle l'homme épanoui et ayant une conscience politique est au centre. S'exprimer reste l'un des fondements essentiels de la société démocratique[93] et l'un des meilleurs indicateurs du caractère démocratiquement libéral d'une société[94]. En effet, « *tout glissement vers l'autoritarisme se traduit immanquablement par des restrictions (…) apportées à la liberté d'expression ; inversement, la conquête de la liberté passe au premier chef par celle de la liberté d'expression* »[95]. Aussi la négation de la liberté d'expression prélude à d'autres exactions[96]. Les cas des régimes du parti unique des présidents Joseph Désiré Mobutu et Laurent Désiré Kabila et des régimes d'occupation (sous la colonisation belge et l'occupation rwando-burundaise et Ugandaise de 1996 à 2003) avec des millions de morts[97], des milliers des femmes violées[98] et des massacres systématiques des populations civiles[99] en sont une démonstration. C'est dans ce sens que la ComADHP dit, dans diverses décisions et déclarations[100] que « la liberté d'expression est un droit fondamental et qu'elle est vitale pour l'épanouissement de la personne humaine, le développement de sa conscience politique et pour sa participation effective à la conduite des affaires politiques de son pays »[101]. Dans la décision *Media Rights Agenda* et Autre c. Nigeria du 16 novembre 2000, la ComADHP conclut par exemple « qu'imposer l'enregistrement des journaux et frapper plusieurs journaux (au moins dix) d'interdiction est une violation de l'article 9 CADHP » (§75).

Avec tous ces moyens de communication que nous venons de présenter, il apparaît donc évident que « s'exprimer » constitue une valeur fondamentale de la RDC sans laquelle le développement, l'épanouissement de l'individu, la résolution des problèmes de société, la transmission du savoir et de sa tradition, la conservation de cette dernière et la défense de la dignité humaine, le développement des relations pacifiques avec les voisins seraient difficiles, voire impossibles.

---

[93] ROSSINELLI M., *Les libertés non écrites*, pp. 18ss.

[94] WACHSMANN P., *op. cit.,* p. 511 n. 457.

[95] *Idem.*

[96] *Ibidem*, p. 512 n. 457

[97] D'après l'historien Isidore Ndaywel è Nziem, environ 13 millions de vies humaines congolaises furent détruites entre 1880 et 1908, in : NDAYWEL E NZIEM I., *op. cit.,* p. 344.

[98] AMBEYI L., *op. cit.,* pp. 97-98 n. 272/ BULAMBO K.A., Mourir au Kivu, pp. 90-91.

[99] BULAMBO K.A., Mourir au Kivu, pp. 86-90 et 95-97.

[100] ComADHP, Décision du 16 novembre 2000, Media Rights Agenda c. Nigeria, pp. 295ss, § 54/ Centre for Human Rights/University for Peace, Sélection documents UA, pp.156ss/ ComADHP, Déclaration des principes sur la liberté d'expression en Afrique, p. 2.

[101] ComADHP, Déclaration des principes sur la liberté d'expression en Afrique, p. 2.

Malgré cette éminence de la liberté d'expression en RDC, on peut se demander si ce droit est un produit du hasard ou une imitation du système européen des droits de l'homme ?

S'EXPRIMER EN RDC : DE LA TRADITION A LA CONSTITUTIONNALISATION

S'exprimer pendant la période précoloniale

Nous venons de voir dans les deux parties précédentes comment la liberté d'expression était largement ancrée dans la culture et était protégée dans les différents royaumes et empires précoloniaux qui la composaient. Dans ces États précoloniaux en effet, les traditions orales, les oeuvres d'art divers, *les cordes de la sagesse*, les danses folkloriques, les instruments de musique et les autres instruments moyens d'expression étaient profondément enracinés et répandus. Les Congolais pouvaient depuis des temps immémoriaux s'exprimer librement en solo ou en groupe à travers les Palabres (liberté de réunion), des associations[102] de divertissement, de chasseurs, des danseurs, des musiciens, des sages-femmes, des *Bikundi* c'est-à-dire les initiés chez les Lega[103], des piégeurs d'éléphants, de cultivateurs de concombres, des *Bami* Lega[104].

Cependant, l'exercice de la liberté d'expression n'était toutefois pas absolu. Il pouvait être limité par des obligations de modération et de bienséance[105]. Par exemple, les injures, l'incitation à la haine raciale ou ethnique ou clanique, diffamation, la calomnie, la fausse alerte, la participation au complot pour tuer des personnes vivantes y compris les fœtus ou stériliser une femme ou incendier une maison ou une plantation agricole, incitation à la haine raciale ou ethnique ou clanique, éventuellement l'incitation au génocide ou la négation[106] de ces crimes qui ont eu lieu et dont la communauté a déjà eu à connaître à travers la palabre[107]… étaient sévèrement réprimées, à l'issue d'une palabre, par les *Bami*[108] siégeant à cet effet dans une maison appelée *lusu* ou *lubunga.*

Ces quelques droits et libertés énumérés ci-dessus démontrent de la réalité des libertés fondamentales et surtout celle d'expression non absolue en RDC précoloniale.

S'exprimer pendant l'époque coloniale

Cette période commence par le règne sans partage de sa majesté le Roi Léopold II, roi des Belges et Souverain de la RDC de 1878 à 1908. Durant cette pé-

---

[102] M'BAYE K., *Les droits de l'homme en Afrique*, p. 653.

[103] WASSO MBILIZI M., *Les rites Lega*, p. 46.

[104] MULYUMBA Wa MAMBA I. B., *op. cit.,* p. 22.

[105] THIAM I. D., *op. cit.,* pp. 82-96 (88).

[106] Cette interdiction ne plus revenir, contester ou tenter de justifier ou minimiser le crime commis s'appelait le *Mukako* en langue kilega. Elle avait pour but principal réhabiliter la dignité ternie de la victime, de l'auteur du crime, de tous les membres de leur société ; la cohésion sociale ; la réintégration de deux parties en conflit dans la société ; la prévention d'autres crimes similaires.

[107] En effet, après la palabre, il est interdit à quiconque de revenir sur une affaire tranchée et close.

[108] BALAAMO M. J.-P., *Les défis lega*, p. 175.

riode sombre marquée par des graves exactions, la liberté d'expression garantie par la tradition a connu un coup fatal dont les séquelles sont encore visibles aujourd'hui. Cette situation est restée inchangée sous le règne du gouvernement colonial belge qui débuta avec la promulgation de la Charte coloniale le 18 octobre 1908[109] jusqu'à la promulgation de la Loi fondamentale du 17 juin 1960 sur les libertés publiques[110] : par le roi Baudouin Ier, roi des Belges, constitutionnalisant les libertés proclamées par décret du roi, le 17 août 1959. Ce dernier garantissait la liberté de pensée, d'opinion, de réunion et d'association[111].

Avec l'adoption à Rome par les États membres du Conseil de l'Europe, le 04 novembre 1950 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), une garantie supplémentaire de la liberté d'expression était née. Il fallait toutefois attendre sa ratification par la Belgique avant que les populations congolaises relevant de la juridiction de la Belgique puissent s'en prévaloir. .

■ Cas particulier de la CEDH

La CEDH sera a proclamé, au niveau européen, l'universalisme consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et des droits et libertés qu'elle reconnaît[112]. La Belgique va y adhérer le 21 mai 1955 par le dépôt de l'instrument de ratification[113]. Désormais, toute personne relevant de la juridiction belge c'est-à-dire ayant un lien avec la Belgique, un État-partie, pouvait se prévaloir de la liberté d'expression proclamée à l'article 10 CEDH. Il suffit que l'État belge puisse exercer un certain pouvoir sur cette personne[114], ce qui était le cas pour toutes les populations congolaises résidant en métropole ou au Congo belge, devenu depuis 1908 propriété de la Belgique, par l'effet de testament du roi Léopold II[115]. Le royaume de Belgique était désormais constitué des territoires métropolitain et d'outre-mer avec le même chef de l'État, le même gouvernement, le même parlement, la même armée, la même diplomatie, la même administration... sous la direction des autorités belges. Enfin, il ressort du discours prononcé[116], à l'occasion de la proclamation de l'indépendance de la RDC, par sa majesté le roi Baudouin Ier que les rois successifs des Belges ayant régné sur la RDC étaient animés d'un grand esprit humaniste visant à libérer les populations congolaises du trafic odieux esclavagiste et de contribuer à leur manière au développement de la civilisation congolaise (mise sur pied d'un service médical moderne, création des écoles modernes et des centres de recherches scientifiques), à la lutte contre des maladies endémiques dévastatrices et la création de l'État-nation congolais dans ses limites actuelles que les autorités belges avaient une certaine reconnaissance de l'humanité de l'homme congolais. Par conséquent, nous pouvons dire que l'article 10 CEDH constituait une première garantie de la liberté d'expression au Congo belge.

---

[109] DE QUIRINI P., *Une Constitution pour quoi faire ?*, pp. 45-46.
[110] Moniteur congolais no 26 du 27 juin 1960, p. 1916.
[111] CRISP, Congo 1959, p. 95.
[112] CARRILLO-SALCEDO J. A., « Commentaire article 1 CEDH », p. 135.
[113] Conseil de l'Europe, PV dépôt ratification CEDH, p. 4.
[114] CARRILLO-SALCEDO J. A., *Commentaire article 1 CEDH,* p. 135.
[115] DESPAGNET F., La neutralité de l'État du Congo, pp. 778-782.
[116] CRISP, Congo 1960, pp. 318-320.

Confrontée à un cas de torture d'un journaliste ou d'une personne comme Lumumba vivant au Congo belge entre 1955 et 1960 pour distribution d'un tract d'appel à l'indépendance, la Cour EDH et les autres tribunaux belges devraient affirmer l'application de l'article 3 et 10 CEDH au cas d'espèce. Cette analyse est largement soutenue par la jurisprudence de la Com EDH et de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans l'affaire *Chypre c. Turquie* du 26 mai 1975[117], elle affirme sa compétence *ratione loci* pour examiner les requêtes relatives aux violations des droits et libertés garantis par la CEDH et violés en Chypre septentrional, État non contractant (§10). Elle se fonde sur le but de la CEDH et la signification autonome des « droits et libertés garantis à toute personne relavant de leur juridiction » c'est-à-dire droits et libertés reconnus à toute personne humaine relevant effectivement de l'autorité et de la responsabilité d'une Haute Partie contractante, en l'occurrence, la Turquie. Il est inutile de faire la distinction entre l'exercice de cette autorité sur leur territoire national ou à l'étranger (§8). La Com EDH soutient en outre que les ressortissants d'un État, y compris les navires et les aéronefs enregistrés dans cet État, relèvent partiellement de sa juridiction où qu'ils se trouvent, et que les représentants d'un État (agents diplomatiques, consulaires, administratifs et les forces armées) non seulement demeurent sous sa juridiction lorsqu'ils sont à l'étranger mais font que « relèvent de la juridiction » de cet État toute personne et tout bien, dans la mesure où, par leurs actes ou omissions, ils portent atteinte à ces bines ou à ces personnes(§ 8). En ce qui concerne l'article 63 CEDH, la Com EDH ne pense pas qu'il puisse être interprété comme limitant la portée du terme « juridiction » figurant à l'article 1er CEDH aux territoires métropolitains (§ 7 et 9). En effet, le but de l'article 63 CEDH est non seulement l'extension territoriale de la CEDH, mais aussi son adaptation au degré d'autonomie atteint par tels ou tels territoires non métropolitains et aux différences socioculturelles qu'ils présentent. Cela ne veut pas dire que les territoires visés par l'article 63 CEDH ne relèvent pas de la juridiction au sens de l'article 1er CEDH (§9).

Enfin, la Com EDH affirme la responsabilité de la Turquie au regard de la CEDH en rapport avec les violations des droits et libertés que la CEDH garantit « du fait que des personnes ou des biens se trouvant à Chypre sont passés, à la suite de son action militaire, sous son autorité et sa responsabilité effectives à l'époque considérée ». Il s'ensuit que les forces armées turques sont les représentants de la Turquie qui font que relève de sa juridiction l'ensemble des autres biens ou personnes se trouvant à Chypre au sens de l'article 1er CEDH pour autant que ces représentants exercent leur autorité sur ces biens et/ou ces personnes[118]. Ce qui était le cas et plus évident encore au Congo belge. Cette décision a été confirmée par plusieurs autres décisions[119] de la Com EDH et de la Cour EDH.

Dans l'affaire Tyrer par exemple, la Cour EDH ajoute qu'il n'existe pas des réalités locales influant sur l'application de l'article 3 dans l'île de Man[120] et que par conséquent l'article 3 CEDH a été violé. Elle s'est ainsi départie de l'argument de

---

[117] Com EDH, Décision du 26 mai 1975, Chypre c. Turquie, req. nos 6780/74 et 6950/75, Rec. 1975-2, pp. 125ss, 138ss.

[118] Com EDH, Décision du 26 mai 1975, *Chypre c. Turquie*, req. nos 6780/74 et 6950/75, par. 10.

[119] Notamment, Com EDH, Décision du 10 juillet 1978, *Chypre c. Turquie*, req. n. 8007/77, Rec. 1979-13, pp. 85ss, 156ss, par. 19-25/ Cour EDH, Décision du 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume uni*, A no 26, p. 19, par. 38.

[120] Cour EDH, Décision du 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume uni*, par. 39.

l'*Attorney-General* britannique selon lequel l'opinion publique dans l'île soutenait la conservation des châtiments judiciaires corporels comme moyen de dissuasion[121]. Cette décision était conforme à l'esprit des rédacteurs de la CEDH qui ressort des travaux préparatoires de la CEDH[122], qui recommande de tenir compte de l'autonomie réservée en la matière à certains territoires d'outre-mer. Or, le Congo belge n'avait aucune autonomie et était légalement une province belge avec une population multiraciale[123] et des villes d'immigration des belges métropolitains comme la ville de Bukavu (à l'est de la RDC). Le roi Baudouin Ier a même signé l'instrument de ratification à la CEDH sur le territoire congolais, c'est-à-dire dans la ville portuaire de Moanda, sur la côte atlantique en signe de rattachement du Congo belge au royaume de Belgique[124]. En prenant en compte le niveau élevé de civilisation des populations Congo belge en 1955 marqué par notamment les nombreuses réalisations énumérées dans le discours du roi des Belges le 30 juin 1960 à Kinshasa[125], l'adoption des valeurs judéo-chrétiennes par plus de 90%, il apparaît que les exigences de la CourEDH dans l'affaireTyrer c. Royaume[126] étaient largement remplies pour confirmer l'applicabilité de la CEDH au Congo belge. A titre d'exemple, le nombre d'au moins 14[127] périodiques publiés dans la province congolaise du Kivu[128] entre 1955 et 1960 était de loin supérieur à celui d'après indépendance qui est aujourd'hui de 5. Cela témoigne de la réalité et de l'exercice de la liberté de presse, composante de la liberté d'expression au sens large durant cette période. Cette décision turque confirmée par d'autres arrêts ultérieurs notamment entre 2001[129] et 2005 marque le revirement de la position des organes de Strasbourg.

Dans l'affaire Ilascu et autres contre Moldavie et Russie, par exemple, la CourEDH dit que « du point de vue de droit international public, l'expression "relevant de leur juridiction" figurant à l'article 1 de la Convention doit être comprise comme signifiant que la compétence juridictionnelle d'un État est principalement territoriale (…) mais aussi en ce sens qu'il est présumé qu'elle s'exerce normalement sur l'ensemble de son territoire » (§312). Dans l'hypothèse où la RDC est considérée comme un territoire d'outre-mer du royaume de la Belgique jusqu'à l'indépendance, nous pouvons conclure que l'application de la CEDH au Congo belge était présumée. En effet, dans ce paragraphe 312, la CourEDH confirme la conception essentiellement territoriale de la juridiction des États du droit international et principe de la « juridiction » de l'État territoriale de l'arrêt Bankovic et *al*. Contre 17 États membres de l'OTAN tout en précisant les limites (§ 57, 61-63)[130]. Selon ce principe, l'expression « juridiction » a une signification territoriale[131]. Cela

---

[121] *Ibid*., par. 37.

[122] Conseil de l'Europe, Travaux préparatoire de la CEDH, volume III, p. 277/ WOOD M., Commentaire article 63 CEDH, p. 916.

[123] VAN HEMELRIJCK, Discours bilan de 1959, pp. 91-94

[124] Conseil de l'Europe, PV dépôt ratification CEDH, pp. 1-4.

[125] CRISP, Congo 1960, CRISP, Bruxelles 1960, pp. 318-320.

[126] Cour EDH, Décision du 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume uni*, par. 38.

[127] On peut citer notamment les périodiques Demain (français-Swahili dès 1956), Habari za Kalehe (en Swahili dès 1959, Elo (français, 1956), Haki yetu (1958), Jeunesse africaine (1957), Kwetu-Uvira (1958), Neno la Urega (1957).

[128] LINIGER-GOUMAZ M., République du Zaïre, pp. 14-15.

[129] Cour EDH, Décision du 10 mai 2001, Chypre c. Turquie, RTDH 2002, p. 807/ Décision du 16 novembre 2004, Issa et alii c. Turquie, par. 71 et 74, AJDA 2005, p. 545/ Décision du 8 juillet 2004, Ilascu et alii c. Moldavie et Russie, RGDIP 2004, p. 1036.

[130] CourEDH, Arrêt du 12 décembre 2001, Bankovic et alii c. 17 États membres de l'OTAN, RTDH, 2002, 1057.

[131] SUDRE F. et alii, GACEDH, p. 663.

voudrait dire que tous les faits délictueux survenus sur le territoire national de l'État engagent la responsabilité de l'État partie car la Convention s'applique sur l'intégralité de son territoire. Elle rompt ainsi avec la jurisprudence[132] de la Commission européenne des droits de l'homme qui la rattachait la notion juridiction à l'exercice des compétences étatiques, considérant que les États contractants étaient tenus d'assurer les droits et les libertés garantis à toute personne relevant effectivement de leur responsabilité, que cette autorité s'exerce sur leur territoire ou à l'étranger. Or le fait que la compétence juridictionnelle de l'État soit principalement territoriale, implique que la notion juridiction couvre les faits survenus sur l'intégralité du territoire. C'est pour quoi, dans ce paragraphe 312 de l'affaire Ilascu du 8 juillet 2004, la CourEDH affirme « qu'il est présumé » que la juridiction de l'État « s'exerce normalement sur l'ensemble de son territoire ». D'où, la Belgique, État partie ne pouvait pas restreindre sa juridiction territoriale par une déclaration visant à exclure sa responsabilité pour des violations de la CEDH commises sur le territoire du Congo belge[133]. Dans sa décision de recevabilité du 4 juillet 2001 relative à la recevabilité de l'affaire Ilascu c. Moldavie, la Cour a écarté la déclaration faite par la Moldavie dans ce sens. En effet, cette déclaration aurait pour effet « de priver totalement et pour une période indéterminée les personnes se trouvant sur ces territoires de la protection de la Convention »[134]. Ce qui est le cas de la Belgique qui a fait une déclaration relative à l'article 56 CEDH lors de la ratification de la CEDH. Cette déclaration doit subir le même sort que celle de la Moldavie. En effet, la Belgique devrait donc prendre des mesures, en son pouvoir, d'ordre politique, législatif, diplomatique, économique, judiciaire et autre pour assurer dans le chef des personnes placées sous sa juridiction par l'Acte colonial de 1908, le respect des droits garantis par la CEDH. Quant à la clause d'extension territoriale de l'article 56 CEDH, elle ne peut être « invoquée de manière dilatoire par un État partie pour limiter la portée du terme juridiction au sens de l'article 1 uniquement à une partie du territoire »[135]. Ce qui n'est pas le cas. dans la de l'État partie comme la Belgique s'est livré à un exercice extraterritorial de sa compétence à l'égard d'un autre État partie, sa responsabilité peut être engagée

En outre, dans l'hypothèse où la RDC est considérée comme un territoire tiers du royaume de Belgique, la Cour rappelle que « dans des circonstances exceptionnelles, les actes des États contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire peuvent s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention. Ainsi qu'il ressort des principes pertinents du droit international, un État contractant peut voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire légale ou non, il exerce le contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer, dans une telle région, le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'État concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée[136] » (§314). Ainsi, « dès lors qu'un État contractant exerce un contrôle global sur une zone située en dehors de son territoire national, sa responsabilité ne se limite pas aux

---

[132] Il s'agit ici notamment des décisions de la ComEDH du 26 mai 1975, Chypre c. Turquie, req. Nos 6780/74 et 6950/75, DR, 2, 125 ; du 28 février 1983, Mme W c. Royaume- Uni, req. No 9360/81, DR, 32, 211, § 14.

[133] SUDRE F. et alii*, op. cit.*, p. 663.

[134] CourEDH, arrêt du 4 juillet 2001, *Ilascu c. Moldavie*, RUDH 2001, pp. 182-183.

[135] SUDRE F. et alii, *op. cit*, p. 665.

[136] Dans le même sens, CourEDH, Décision du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, § 77, RTDH 2002, p. 807.

seuls actes commis par ses soldats ou fonctionnaires dans cette zone, mais s'étend également aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire ou autre (…) (§316). Par ailleurs, un État contractant peut engager sa responsabilité, en approuvant, formellement ou tacitement, les actes des particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention. Cela vaut d'autant plus en cas de reconnaissance par l'État en question des actes émanant d'autorités autoproclamées et non reconnues sur le plan international (§318)[137]. Enfin, « un État peut aussi être tenu pour responsable même lorsque ses agents commettent des excès de pouvoir ou ne pas les instructions reçues. En effet, les autorités d'un État assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés ; elles ont le devoir de leur imposer leur volonté et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter (…) » §319. C'est la raison pour laquelle la CourEDH juge que les actes des agents Turcs réalisés au Kenya et en Iraq respectivement dans les affaires Öcalan[138] et Issa c. Turquie engagent la responsabilité de cet État partie. Dans l'affaire Öcalan, il s'agissait de la capture et remise du requérant par des agents Kenyans à des agents Turcs dans la zone internationale de l'aéroport de Nairobi alors que dans le second cas, la Turquie avait exercé temporairement un contrôle effectif global sur une partie du territoire de l'Iraq »[139]. Ici c'est l'acquiescement de l'État du for à l'exercice sur son territoire de la juridiction d'un État partie qui est déterminant[140]. Ainsi, l'article 1 CEDH interdit à un État partie de perpétrer sur le territoire d'un autre État, partie ou tiers à la Convention, « des violations de la Conventions qu'il ne pourrait commettre sur son territoire »[141]. En tenant compte, de tout ce qui précède sur la responsabilité de la Belgique dans le cas où la RDC en faisait ou non partie, nous pouvons conclure que l'article 10 CEDH a été une garantie supplémentaire à la liberté d'expression aux populations congolaises avant l'indépendance du 30 juin 1960.

Cependant, une partie de la doctrine continue à soutenir une position contraire que nous ne partageons pas.

Ainsi pour certains auteurs africains dont M. Ouguergouz Fatsah, « le pouvoir colonial ne considérait pas ses nouveaux administrés comme des femmes et des hommes à part entière »[142]. Ce qui leur fait dire que « L'homme africain était nié dans l'exercice de ses droits civiques ainsi que dans celui de ses libertés civiles »[143] et les libertés d'expressions et d'association étaient méconnues à toutes les populations congolaises et à toutes les populations colonisées[144]. Bref, sous l'ère coloniale, « on était en présence d'un grave processus de déshumanisation de l'indigène sur les ruines de sa société disloquée »[145]. C'est une période d'arrogance et de mépris de la personne humaine considérant les Africains comme

---

[137] IDEM, § 81 dans le même sens.

[138] CourEDH, Arrêt du 12 mai 2005, Öcalan c. Turquie, in : SUDRE F. et alii*, op. cit*, p. 123.

[139] CourEDH, Arrêt du 16 novembre 2004, Issa et alii c. Turquie, § 74, AJDA 2005, 545.

[140] SUDRE F. et alii*, op. cit,* p. 668.

[141] CourEDH, Arrêt du 16 novembre 2004, Issa et alii c. Turquie, § 71.

[142] OUGUERGOUZ F*., op. cit.,* p. 14.

[143] *Ibid.,* p. 15.

[144] *Ibid.,* p. 16 ; M'BAYE K., *Les droits de l'homme en Afrique*, p. 649 / M'BAYE K., *Les réalités du monde noir*, p. 383/ COQUERY-VIDROVITCH C. & MONIOT H., *L'Afrique Noire,* pp. 157-216.

[145] OUGUERGOUZ F., *op. cit.*, p. 17.

des êtres inférieurs[146]. Dans le même raisonnement, M. Ilunga Muya qui affirme que la période coloniale est un hiatus dans l'histoire du continent[147] et donc, « les populations colonisées n'étaient pas considérées par des pères fondateurs de la CEDH comme des êtres humains ».

Du côté des auteurs occidentaux[148], se fondant sur l'article 56 CEDH (ancien article 63 CEDH) relative à l'application territoriale, la déclaration de la Belgique y relative et les décisions des organes de Strasbourg nient catégoriquement l'application de la CEDH aux territoires colonisés en l'absence de toute déclaration expresse d'une Haute Partie contractante assurant leurs relations internationales. En clair, pour que la CEDH s'applique au Congo belge, il fallait que lors de la ratification par la Belgique, la déclaration des autorités belges l'ait expressément déclaré dans son instrument de ratification que la CEDH. M. Michael Wood estime que cette clause d'application territoriale est une exception au principe consacré par l'article 29 Convention de Vienne sur le droit des traités selon lequel un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire[149]. S'appuyant sur la Cour EDH qui dit que « le système instauré par l'article 63 tendait pour l'essentiel à répondre au fait qu'au moment où l'on a rédigé la Convention il était encore des territoires coloniaux dont le niveau de civilisation ne permettait pas, pensait-on, la pleine application de cet instrument »[150], il conclut à la non application de la CEDH au territoire belge du Congo. Cette décision de la Com EDH selon laquelle la CEDH ne s'appliquait pas au Congo belge malgré son intégration à la Belgique car cela « allait à l'encontre de la conception officielle des autorités belges compétentes et du sens naturel et ordinaire de l'expression »[151], l'a conforté dans sa position. En l'espèce, cette décision datant du 30 mai 1961 concerne des ressortissants belges, astreints à quitter le Congo ex-belge à la suite des événements malheureux ayant coûté la vie à Patrice Lumumba, le tout premier Ier Ministre de la RDC[152]. Ces ressortissants belges (X, Y, Z) ayant, à l'occasion, perdu tous leurs biens demandèrent en vain réparation auprès des autorités belges[153]. Ils requièrent alors à la Com EDH la condamnation de la Belgique pour violation des articles 1et 3 du premier Protocole additionnel de la CEDH[154]. Se fondant sur les articles 25, 27 par. 2 et 63 CEDH et sur la déclaration de la Belgique au moment de la ratification de la CEDH le 14 juin 1955 et du débat parlementaire y relatif (1953-1955), la Com EDH conclut à la non application de la CEDH au Congo belge[155].

Une telle lecture de l'article 56 est contraire à la Charte des Nations unies (l'article 1 par. 3, 3 et 55 let. c) conclue à San Francisco, le 26 juin 1945 (RS 0.120), à l'esprit d'universalisme qui anime la CEDH. Qui plus est, cette interprétation de l'article 56 CEDH est apte à créer des sanctuaires (une sorte des Guantanamo européens) des violateurs des droits et libertés, des abris de sans droits et constitue de ce fait, un moyen de défense pour les États européens moins respectueux

---

[146] ILUNGA MUYA J., *op. cit.*, p. 150.

[147] *Ibid.,* p. 150.

[148] WOOD M., *Commentaire article 63 CEDH*, p. 916 ; MIKAELSEN L., *EPHR*, pp. 95-97.

[149] WOOD M., *Commentaire article 63 CEDH,* p. 917.

[150] Cour EDH, Décision du 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume uni*, A no 26, p. 19, par. 38.

[151] WOOD M., *op. cit.,* p. 919.

[152] Com EDH, Décision du 30 mai 1961, *X et* alii *c. Belgique, requête no 1065/61*, Rec. 1960- 6, pp. 48ss.

[153] Conseil de l'Europe, Recueils des décisions de la ComEDH, p.466.

[154] Com EDH, Décision du 30 mai 1961, *X et* alii *c. Belgique*, p. 48.

[155] *Ibid.,* pp. 50-52.

des droits et libertés garantis par la CEDH. Or , l'article 1er de la Convention interdit à un État partie de perpétrer sur les territoires d'un autre État, partie ou tiers à la Convention, des violations de la Convention qu'il ne pourrait commettre sur son propre territoire[156].

Fort de tous ces arguments, nous pouvons conclure que durant l'ère coloniale, la liberté d'expression était, malgré l'ignorance des bénéficiaires et sa non effectivité, garantie aux populations indigènes du Congo belge par l'article 10 CEDH.

■ S'exprimer durant la période post-coloniale en RDC

A l'indépendance du Congo belge, le parlement belge adopta une constitution congolaise distincte de la Belgique. C'était la Loi fondamentale du 17 juin 1960 sur les libertés publiques publiée le 27 juin 1960 au Moniteur congolais no 26. C'est le premier texte constitutionnel garantissant expressément la liberté d'expression en RDC à travers les articles 15 et 16.

Ainsi l'article 15 garantissait à chacun le droit d'exprimer et de diffuser librement ses opinions notamment par la parole, la plume et l'image. Les restrictions et les conditions de leur application étaient prévues à son deuxième l'alinéa et une clause dérogatoire annoncée à l'article 18. Enfin, l'article 16 garantissait la liberté de réunion pacifique et d'association y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts. Les restrictions étaient prévues à son deuxième alinéa. Ce qui fait de la liberté d'expression garantie par les articles 15 et 16 de Loi fondamentale de la RDC indépendant un droit fondamental relatif.

Sous la deuxième république dirigée par les présidents Joseph Désiré MOBUTU (1965-1997) et son successeur Laurent Désiré Kabila (1997 à 2001), la liberté d'expression était canalisée dans le dessein de promouvoir l'unité nationale. C'est l'article 11 Cst. du 24 juin 1967[157] qui la garantissait. Il n'y avait qu'un seul parti sous le règne successive de Mobutu - le Mouvement Populaire de la Révolution[158]- et Laurent Désiré Kabila - l'Alliance des Forces démocratiques pour la libération du Congo Zaïre - au nom duquel et pour lequel la liberté d'expression devrait être exercée.

Cependant, il sied de signaler que la liberté d'expression était conventionnellement garantie par les articles 19 Pacte ONU II, 9 CADHP et 13 CDE en RDC depuis la ratification respective en 1976, 1987 et 1990. Cependant, ces instruments internationaux des droits de l'homme et leurs mécanismes de protection étaient mal connus des populations congolaises et des autorités nationales chargées de leur mise en œuvre de la CADHP au niveau interne. La ComADHP n'a connu que deux communications alors que la Comité des droits de l'homme en a traité 13[159].

Depuis le processus de démocratisation du pays engagé le 24 avril 1990, qu'une tendance nette vers le retour à la liberté d'expression s'est manifestée partout dans le pays. Cette tendance a été visible à travers le retour au multipartisme et au pluralisme syndical, le développement du mouvement associatif et d'une société civile

---

[156] SUDRE F. et alii, *op. cit.,* p. 668.

[157] CRISP, Congo 1967, p. 59.

[158] DE QUIRINI P., *op. cit*, p. 53.

[159] ONU, Sélection de décisions du CDH 2002, p. 214

forte, la création des organes des médias libres et indépendants[160], l'émergence du droit de pétition (inauguré par les consultations populaires initiées par le Président Mobutu et qui aboutit à la dissolution du MPR-parti État) et l'organisation risquée des réunions et manifestations publiques. Toutes ces libertés étaient garanties par l'Acte constitutionnel de transition et précisé par la loi no 96-002 du 22 juin 1996 fixant les modalités de l'exercice de la liberté de presse[161] .

L'exercice de ces libertés d'expression était malheureusement objet des répressions sanglantes (p. e. une marche des chrétiens le 16 février 1992 se termina dans un bain de sang) de la part des forces de sécurités fidèles aux deux présidents (Mobutu et Kabila). Tout en proclamant leur attachement aux valeurs ancestrales à travers le recours à l'authenticité, les présidents Mobutu et Kabila père avaient confisqué la liberté d'expression[162]. En effet, sous le règne du président Mobutu, d'après les Ordonnances-lois No 81/011 et 81/012, le journaliste et quiconque était avant tout militant du MPR, chargé de véhiculer les idéaux du parti unique[163]. Quant à la période du président Laurent Désiré Kabila (du 29 octobre 1996 au 17 janvier 2001), alors que la loi 96-002 garantissant la liberté de presse était en vigueur, des opinions critiques envers l'action gouvernementale ou des rebelles étaient considérées selon le cas comme une trahison de la patrie ou collaboration avec l'ennemi[164]. À ce titre, plusieurs journalistes, militants de droits de l'homme et membres des partis d'opposition furent arrêtés, torturés et parfois assassinés. En 1999 par exemple, plus de 10 journalistes[165] et plus de 100 militants de droits de l'homme furent arrêtés et/ou renvoyés en exil. Ces répressions et musellement de la liberté d'expression sont contraires à la tradition africaine et à l'authenticité chères aux deux présidents de la RDC précités.

A la mort du président Laurent Désiré Kabila le 16 janvier 2001, la Constitution de la transition[166] du 4 avril 2003, garantit en ses articles 27-31, 40, 49 la liberté d'expression. Cette Constitution consacra pour la première fois la liberté de création artistique, intellectuelle et de la recherche scientifique et technologique au sein de la famille des droits fondamentaux (article 49).

Enfin, l'adoption par le peuple congolais d'une nouvelle constitution le 13 mai 2005 de la troisième république qui est entrée en vigueur le 18 février 2006 confirme la liberté d'expression en ses articles 23- 25 -27, 37, 46, 218 al. 1 chif. 4. en tant que droit fondamental garanti par la Constitution. Désormais, en plus des moyens de communication et des garanties à la liberté d'expression utilisés durant la période précoloniale, coloniale et post-coloniale, il y a des nouvelles garanties constitutionnelles et de nouvelles technologies de l'information, des médias de masses (radio et télévision), de la presse écrite, Internet, satellite, etc. Toutefois, le droit de pétition est, contrairement à la tradition africaine d'hospitalité et de l'oralité, considéré comme un droit politique reconnu aux seuls Congolais... La tradition d'hospitalité

---

[160] JORDC, Loi no 96-002 du 22 juin 1996 fixant les modalités de l'exercice de la liberté de presse, Présidence de la République de la RDC, p. 6.

[161] Journal officiel de la RDC, No spécial 2001.

[162] Article 19 et Journaliste en Danger, RDC. Liberté d'expression, p. 7.

[163] Article 19 et Journaliste en Danger, *op. cit.,* p. 6.

[164] *Ibid.,* p. 16.

[165] *Ibid.* pp. 16-19 qui cite, à titre d'exemple, le cas des journalistes Kadima Mulamba, Mwamba wa ba Mulamba, Dodo Lumingu, Bosange Ifonge, Kalusha Bokangu, Thierry Kyalumba, Joseph Mbakulu Pambu Diana.

[166] JO RDC, numéro spécial, pp. 1ss ; Les Codes Larcier République démocratique du Congo, Tome VI, vol. 1 - Droit public, pp. 3ss.

se manifeste notamment dans le droit d'asile et d'intégration de l'étranger très marqué et généralisé en Afrique[167] et en RDC en général. Par exemple, l'étranger accueilli dans la maison de Palabre « Lubunga » chez les Lega est purement et simplement intégré dans la communauté comme membre d'un clan préexistant ou d'un nouveau clan formé par lui et ses proches[168]. L'article 33 al. 1 Cst. Proclame ce droit. Le Constituant congolais pourrait-il consacrer ce droit conforme à la culture congolaise et permettre l'accueil des étrangers pour leur priver du droit fondamental à s'exprimer individuellement ou collectivement à travers le droit de pétition ? En répondant par l'affirmative, cela voudra dire que le même Constituant s'est trompé en disant à l'article 11 Cst. que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Toutefois cela est possible si l'on considère le droit de pétition comme un droit politique réservé aux seuls citoyens Congolais pour adresser leurs initiatives de révision constitutionnelle au Parlement selon l'article 218 al. 1, chif. 4 Cst. Or, l'article 27 al. 1 Cst. stipule le Congolais a le droit d'adresser individuellement ou collectivement une pétition à l'autorité publique qui y répond dans les trois mois. Vu sous cet angle, il semble que le droit de pétition ne se limite pas seulement à transmettre des initiatives constitutionnelles, mais constitue un moyen d'expression individuelle ou collective des opinions et d'idées de tout genre en direction des autorités publiques des entités décentralisées, provinciales, nationales de tout genre. Parmi ces autorités, nous pouvons citer le Président de la république, le Gouverneur des provinces, les chefs des territoires ou autres collectivités publiques, les juges, etc. Ce qui est conforme à la tradition congolaise de l'oralité manifeste surtout dans les procédures de Palabre où toute personne a droit à la parole.

En outre, le Préambule de la Constitution affirme que l'État congolais est fondé entre autres sur une démocratie culturelle (2e paragraphe du Préambule) ; la volonté de garantir l'unité nationale dans le respect des diversités et particularités congolaises (4e paragraphe) et sur son attachement aux instruments internationaux des droits de l'homme (5e paragraphe). En outre, l'article 153 al. 4 Cst. dit que les juridictions appliquent la coutume ainsi que les traités internationaux dûment ratifiés et intégrés à la Constitution par ce fait d'après l'article 215 Cst. Les articles 9 à 11 CADHP[169] et 19, 21 et 22 Pacte ONU II faisant partie intégrante de la Constitution congolaise garantissent ce droit d'adresser des pétitions à toute personne sans distinction fondée sur la nationalité. Quant au terme « Congolais » utilisé à l'article 27 al. 1 Cst comme titulaire du droit de pétition, il semble être le fruit du manque de concentration ou de distraction du Constituant préoccupé par le partage des pouvoirs entre les parties en conflit. A notre sens, il faudrait le lire l'article 27 Cst. de la manière suivante : « Toute personne a le droit d'adresser individuellement ou collectivement une pétition… ».

C'est pourquoi, en l'absence de la jurisprudence relative aux droits fondamentaux garantis par la nouvelle Constitution et en tenant compte des éléments culturels

---

[167] Pour les détails sur le droit d'asile en Afrique, veuillez lire M'BAYE K., *Les droits de l'homme en Afrique*, p. 653/ BALAAMO M. J.-P., *La citoyenneté Lega*, pp. 77-79.

[168] BALAAMO M. J.-P., *La citoyenneté Lega*, pp. 77ss.

[169] ComADHP, Décision du 11 mai 2000, Collectif des Veuves et ayants droit et alii c. Mauritanie, req. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97, 210/98, pp. 162ss. Dans cette décision, la ComADHP reconnaît la violation par la Mauritanie des articles 9, 10 et 11 CADHP pour avoir arrêté, détenu, torturé et exécuté un groupe d'intellectuels mauritaniens noirs du Sud auxquels les autorités mauritaniennes reprochaient la rédaction, la signature et la distribution d'un document « Le Manifeste des negro-mauritaniens opprimés ». Cette pétition dénonçait la discrimination raciale dont sont victimes les negro-mauritaniens et demandait l'ouverture d'un dialogue avec le gouvernement.

présentés ci-dessus ainsi que des arguments tirés de la Constitution et du droit international, il est soutenable de considérer le droit de pétition garanti par l'article 27 Cst. comme un droit de l'homme qui appartient à toute personne vivant en RDC indépendamment de son statut juridique ou de sa nationalité.

CONCLUSION

S'exprimer est une liberté fondamentale connue des Africains Sud-sahariens bien avant l'arrivée du colonisateur blanc et de l'explorateur Diego Cao sur l'embouchure du fleuve Congo. Les Congolais précoloniaux en étaient titulaires et l'exerçaient sans ingérence extérieure à l'exception des bornes fixées par la coutume en vue d'assurer la protection de l'ordre public et la jouissance des mêmes droits à d'autres membres de la société. Une organisation juridictionnelle et politico sociale est mise en place pour en assurer une réelle et effective application en vue d'éviter tout débordement. En effet, « Palabrer » en Afrique – continent de la tradition orale – est une valeur profondément enracinée et répandue. En plus de l'oralité, les oeuvres d'art divers, les danses folkloriques, les instruments de musique, les habillements… constituaient d'excellents moyens d'expression

Cette liberté fondamentale de «s'exprimer» constitue une valeur fondamentale de l'Afrique sans laquelle le développement, l'épanouissement de l'individu, la résolution des problèmes de société, la transmission du savoir et de sa tradition, la conservation de cette dernière et la défense de la dignité humaine seraient difficiles, voire impossibles. Elle a évolué sur un sentier plein d'épines. Ainsi, est-elle passé d'une période d'interdiction quasi-totale à la reconnaissance progressive depuis le processus d'universalité des droits de l'homme engagé après 1945 jusqu'à l'adoption de la nouvelle Constitution congolaise par le peuple en 2006. Ce processus n'est pas étranger à d'autres États africains et francophones du monde. La Suisse, par exemple, tout en étant un pays à forte tradition démocratique, a constitutionnalisé la liberté d'expression au sens large avec l'adoption de sa nouvelle Constitution fédérale en 1999. Désormais, les titulaires de la liberté d'expression, en Suisse comme en République démocratique du Congo peuvent s'exprimer, seul ou en groupe à travers des réunions, des manifestations, des associations, des pétitions sans peur de la répression des forces de sécurité. Toutefois, la récente répression sanglante des manifestations publiques dans la province congolaise de Bas-Congo plaide pour une affirmation nuancée de la liberté d'expression en RDC. Elle doit poursuivre son chemin le long de la rivière Ruzizi plein d'épines et d'escarpements avant de se jeter dans le lac Tanganyika où elle deviendra totalement effective.

BIBLIOGRAPHIE

ARTICLE 19 et JOURNALISTE EN DANGER (deux ONG anglaise et congolaise), République démocratique du Congo. Vers une nouvelle stratégie pour la liberté d'expression, London-Kinshasa, inédit 2000 (Cité : RDC. Liberté d'expression).

AUER, A. ; MALIVERNI, G. et HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Berne, Staempfli 2006 (Cité : DC II).

BALAAMO, M. J.-P., « Les défis lega dans le nouvel ordre politique en RDC », in : *Revue d'études Lega MUTANGA*. vol. II, n° 3-2005, 2005, pp. 161-162 (Cité : Les défis lega).

BALAAMO, M. J.-P., « La citoyenneté lega en droit coutumier lega », in : *Revue d'études Lega MUTANGA*. vol. II, n° 1-2004, 2004, pp. 77-79 (Cité : La citoyenneté lega).

BARRELET, D., « Les libertés de la communication », in : THUERER D/ AUBERT J.-F. / MUELLER J. P., (Dir.). *Droit constitutionnel suisse, Zurich, Schulthess*, 2001, pp. 721-738˙ (Cité : Les libertés de communication).

BIEBUYCK, B., Ethique et beauté Lega au cœur de l'Afrique, Bruxelles, KBC Banque & Assurance Snoeck-Ducaju & Zoon, 2002 (Cité : Ethique au cœur de l'Afrique).

BULAMBO, K. A., *Mourir au Kivu, Du génocide Tutsi aux massacres dans l'Est du Congo-RDC*, Paris. Kinshasa, L'Harmattan. Ed. du Trottoir, 2001 (Cité : Mourir au Kivu).

BULAMBO, K. A., «L'institution Kupiana et le droit positif congolais », in : *Revue africaine de droit international et comparé*, Tome 14/2, pp. 264-277 (Cité : L'institution Kupiana).

BULLETIN OFFICIEL DE L'ÉTAT INDEPENDANT DU CONGO, no 8, août 1891.

CARRILLO-SALCEDO, J. A., « Commentaire article 1 CEDH », in : PETTITI L.-E., DECAUX E. et IMBERT P.-H. (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*. Commentaire article par article, Paris, Economica, 1999, pp. 135-141 (Cité : Commentaire article 1 CEDH).

CENTRE FOR HUMAN RIGHTS/UNIVERSITY FOR PEACE, Sélection de documents-Clé de l'Union africaine relatifs aux droits de l'homme, PULP, Pretoria 2006 (Cité : Sélection documents UA).

CHARRIER, J. L., *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Litec, 2000 (Cité : Code CEDH).

COHEN-JONATHAN, G., « La Liberté d'expression et le message publicitaire », *RTDH*, no 13, 1993, pp. 69-93 (Cité : Le message publicitaire).

CONSEIL DE L'EUROPE, Procès verbal de Dépôt, de la part du Royaume de Belgique, de l'instrument de ratification de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, signée à Rome, le 4 novembre 1950, et du Protocole additionnel à cette Convention, signé à Paris, le 20 mars 1952, in Archive du Conseil de l'Europe à Strasbourg (Cité : PV dépôt ratification CEDH).

CONSEIL DE L'EUROPE, Recueil des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme, Strasbourg 1973, 1-30 (Cité : Rec. Décisions ComEDH).

CONSEIL FEDERAL, Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, in : FF 1997 I pp. 7ss (Cité : FF 1997 I p.).

COQUERY-VIDROVITCH C. & MONIOT H., *L'Afrique Noire de 1800 à nos jours*, Paris, PUF 1974, pp. 157-216 (Cité : L'Afrique noire).

CRISP, Congo 1959, Bruxelles 1959 (Cité : Congo 1959).

CRISP, Congo 1960, Bruxelles, CRISP 1960 (Cité : Congo 1960).

CRISP, Congo 1967, Bruxelles, CRISP 1967 (Cité : Congo 1967).

DE LAMY, B., *La liberté d'opinion et le droit pénal*, Paris, L.G.D.J 2000 (Cité : La liberté d'opinion et DP).

DE QUIRINI, P., Une *Constitution pour quoi faire ?*, CEPAS, Kinshasa 1990, pp. 45-46 (Cité : Une Constitution pour quoi faire ?).

DESPAGNET, F., « La neutralité belge et l'État du Congo », in *Périodiques français*, no 26, pp. 778-782 (Cité : La neutralité de l'État du Congo).

Dictionnaire Larousse, tome 2, EN-N, Librairie Larousse, Paris 1966 (Cité : Dictionnaire Larousse, tome 2).

Dictionnaire Larousse, tome 1, A-EM, Librairie Larousse, Paris 1966. (Cité : Dictionnaire Larousse, tome 1).

FLORIO, Nicole, La liberté d'expression et la liberté académique dans les universités en droits allemand, français et suisse, thèse de doctorat, Université de Lausanne, Lausanne, 1979 (Cité : Liberté académique).

GODINEC, P.-F., *Les droits africains-Evolutions et sources*, Paris, L.D.G.J, 1968 (Les droits africains)

HALLER, W. et HAE FELIN, U., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, Schulthess 2001 (Cité : CH BR).

HOBBES, T., *Léviathan*, Paris, Gallimard, 2000 (Cité : Léviathan).

ILUNGA MUYA, J., « Quelle démocratie pour l'Afrique ? », in : *L'Africa Grida-il mondo non ascolta. L'Afrique crie-le monde se bouche les oreilles*, Actes du symposium co-organisé à Rome le 4 décembre 1999 par les organisations Great Lakes Forum, Mut zur Ethik et l'Università cattolica del Sacro Cuore,

Zurich, Gesellschaft für frieden und Verständigung in Afrika, 2000, pp.137-151 (Cité : Quelle démocratie pour l'Afrique).

KAELIN, W. / MALINVERNI, G. / NOWAK, M., Die Schweiz und die UNO-Menchenrechtspakte, Basel. Frankfurt am Main. Bruxelles, Helbing&Lichtenhahn. Bruylant, 1997 (Cité : CH und UNO).

KANT, E., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduit par Victor DELBOS, Paris, Delagrave, 1984 (Cité : Fondements de la métaphysique des moeurs).

KLEY, A., « Die Medien im Neuen Verfassungsrechts », in ZIMMERLI U. (ed.), *Die Bundesverfassung : Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Tagung von 21/22 Oktober 1999, Berne, Staempfli, 2000, pp. 183-222 (Cité : Medien).

KYEMBWA, W. J., « Patriotisme et reconstruction du Bulega », in : *Revue d'études Lega MUTANGA*. vol. II, no 2-2004, pp. 37-56 (Cité : Patriotisme du Bulega).

LINIGER-GOUMAZ, M., *République du Zaïre*. Kivu-Maniema. Bibliographie, Les Editions du temps, Genève, 1977 (Cité : République du Zaïre).

MAHON, P., « L'article 16 Libertés d'opinion et d'information », in : MAHON P. et AUBERT J.-F.(Dir.), *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Schulthess 2003, pp. 150-161 (Cité : L'article 16 Cst. féd.).

MANGO, L. B., Education et formation de la personnalité du garçon chez les Lega du Kivu au Zaïre, Mémoire de licence, Université catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve, inédit, 1974 (Cité : Education du garçon Lega).

M'BAYE, K., « Les droits de l'homme en Afrique », in : VASAK K. (Dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, UNESCO, Paris 1978, pp. 645-664 (Les droits de l'homme en Afrique).

M'BAYE, K., « Les réalités du monde noir et les droits de l'homme », *Revue des droits de l'homme*, vol. II, no 3, 1969, pp. 382-394 (Réalités du monde noir).

MIKAELSEN, L., *European Protection of Human Rights*, Alphen aan der Rijn, Sijthoff Noordhoff, 1980 (Cité : EPHR).

MINDER, P., « Une Afrique extraordinaire pour des Neuchâtelois ordinaires », in : HENRY P. /KAEHR R. / MINDER P. / NOYER P. /SCHAER J.-P./TISSOT L. (Dir.), *Vers d'autres continents. Voyageurs neuchâtelois outre-mer au XIXème siècle*, édit. Gilles Attinger SA, Hauterive (Neuchâtel), 2006, pp. 158ss (Cité : Une Afrique extraordinaire).

MUELLER, J. P., « La liberté d'expression », in : AUBERT J.-F/ EICHENBERGER K. / MUELLER J.P. / RHINOW A. R. / SCHINDLER D. (Dir.), *Commentaire de la constitution fédérale*, Bâle. Zurich. Berne, Helbing&Lichtenhahn. Schulthess. Staempfli1996, pp. 1-22 (Cité : La liberté d'expression).

MULYUMBA Wa MAMBA, I. B., « Les croyances religieuses des Lega traditionnels », in *Revue d'études Lega MUTANGA*. vol. II, no 3-2005, 2005, pp. 20-32 (Cité : Les croyances religieuses lega).

MUTUZA KABE, R., « L'organisation socio-politique des Lega à travers l'institution du Bwami », in : *Revue d'études Lega MUTANGA*. vol. II, no 3-2005, 2005, pp. 57-75 (Cité : L'organisation des Lega).

NDAYWEL E NZIEM, I., *Histoire générale du Congo*, De Boeck& Larcier S.A., Bruxelles. Paris 1998 (Cité : Histoire générale du Congo).

NSANDA BULELI, L., « Le Bwami des Lega : Dynamique interne et fondement du pouvoir », in : *Revue d'études Lega MUTANGA*. vol. II, no 2-2004, 2004, pp. 57-66 (Cité : Le Bwami des Lega).

NZUMBU, L. A., « L'histoire du Congo-Zaïre » in *L'Africa Grida-il mondo non ascolta. L'Afrique crie-le monde se bouche les oreilles*, Actes du symposium co-organisé à Rome le 4 décembre 1999 par les organisations Great Lakes Forum, Mut zur Ethik et l'Università cattolica del Sacro Cuore, Zurich, Gesellschaft für frieden und Verständigung in Afrika, 2000, pp. 105-108 (Cité : L'histoire du Congo-Zaïre).

OLAWALE, E. T., *La nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence africaine, 1961 (Cité : La nature du droit africain)

ONU, Sélection de décisions du CDH prises en vertu du protocole facultatif, vol. 2, Genève 1982-1988, pp. 165ss (Cité : Sélection de décisions CDH 1982-1988).

ONU, Sélection de décisions du CDH prises en vertu du protocole facultatif, vol. 2, Genève 1991, pp. 196ss (Cité : Sélection de décisions CDH 1991).

ONU, Sélection de décisions du CDH prises en vertu du protocole facultatif, vol. 3, Genève 2002, pp. 179ss (Cité : Sélection de décisions CDH 2002).

OUGUERGOUZ, F., La Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples, thèse IUHEI, Paris, PUF, 1993 (Cité : La CADHP).

PERRET, J. D., La liberté d'opinion face à l'État, thèse de doctorat, Neuchâtel, inédit, 1968 (Liberté d'opinion).

ROSSINELLI, M., *Les libertés non écrites*, Lausanne, Payot, 1987 (Cité : Liberté non écrites).

SUDRE, F. et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Presse universitaire de France, 2005 (Cité : GACEDH).

THIAM, I. D., « Les droits de l'homme dans les traditions culturelles des sociétés sénégambiennes », in : *Association des jeunes juristes africains, Les droits de l'homme dans les traditions africaines*, Actes du Colloque de Lomé (25-30 octobre 1982), Paris, Africa Media Promotion, 1983, pp. 82-96 (Cité : Les droits de l'homme dans les traditions).

VAN HEMELRIJCK (ministre du Congo belge), « Discours à la radio Congo belge sur le bilan des réalisations et les réactions de ses compatriotes à l'issue des émeutes du 4 janvier 1959 », in : *CRISP*, Congo 1959, pp. 91-94 (Cité : Discours bilan de 1959).

WACHSMANN, P., *Libertés publiques*, Paris, Dalloz 2005 (Cité : LP).

WASSO MBILIZI, M., « Les rites et symboles des Lega », in : *Revue d'études Lega MUTANGA*. vol. II, no 3-2005, pp. 33-52 (Cité : Les rites des Lega)

WOOD, M., « Commentaire article 63 CEDH », in : PETTITI L.-E., DECAUX E. et IMBERT P.-H. (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*. Commentaire article par article, Paris, Economica, 1999, pp. 915-921 (L'article 63 CEDH).

LA DÉRAISON DANS L'ÉTAT DE DROIT

Sidi Mohammed BARKAT
Chercheur associé au CNAM, Paris, France
Courriel : sm.barkat@gmail.com

Revue ASPECTS, n° 1 - 2008, pages 83-93

Résumé : À partir du cas exemplaire de l'Algérie coloniale, l'auteur examine comment l'État de droit ébranle la structure qui relie naissance de la société à la culture et fonction d'interprétation juridique liée à une civilisation déterminée, et comment il participe par là à la subversion de ses propres fondements. L'analyse de ce phénomène permet de percevoir comment ce type d'État se singularise à travers l'invention d'un mode de destruction de la vie dans la préservation des corps. Les subtilités du geste qu'il accomplit rendant inopérante toute tentative d'utiliser une démarche fondée uniquement sur la seule description des faits, l'article emprunte un chemin à la lisière de la philosophie, susceptible d'inciter à la pensée sans enfermer dans des schémas convenus. Il fait ainsi apparaître avec une acuité particulière, tant l'énigme de la mort sans cadavre instituée à l'époque coloniale que l'ampleur du désastre institutionnel introduit et qui continue de caractériser l'État et le droit aujourd'hui encore.

Mots-clés : trouble dans la civilisation, dérèglement du droit, ébranlement de la culture, raison, interprétation, fiction, destruction de la vie, Sujet imaginaire, puissances non personnelles, habiter.

MEURTRES DE MASSE DES ÉTATS MODERNES

Les États modernes et de droit justifient les meurtres de masse qu'ils commettent par un raisonnement fondé le plus souvent sur le critère du moindre mal. De ce point de vue, le cas de Hiroshima et Nagasaki est exemplaire. Tuer plusieurs milliers de civils, sans distinction de condition ni d'âge ni de sexe, s'expliquerait par la volonté d'épargner un nombre beaucoup plus important de soldats. Au-delà de la fantaisie des chiffres avancés pour fonder l'argument ou des déterminations géostratégiques qui poussent des responsables politiques à agir ainsi, ce que l'on peut retenir de ce procédé des plus cyniques, c'est la volonté d'établir – en la menant à son point extrême – une exception à la règle universelle qui interdit la démesure dans l'acte de tuer lui-même. Le droit marque dans ce contexte une sorte de retrait qui lui permet de ne pas s'interroger sur des faits terrifiants s'accomplissant au grand jour. Il se définit pourtant comme une institution dont sans doute l'une des premières activités consiste à classer ce que l'opinion commune ne distingue pas toujours immédiatement ni avec clarté. La casuistique qu'il met en œuvre à partir de critères précis et une interprétation ancrée dans une civilisation déterminée lui permet de maintenir l'humanité dans l'ordre de la culture. De sorte que même dans le domaine de la guerre, qui se caractérise pour l'essentiel par la destruction de la

vie humaine, le droit tente d'introduire du rangement, de l'ordre et donc de la mesure. Dès lors qu'il ferme les yeux pour ainsi dire sur certains cas, on peut affirmer qu'il suspend arbitrairement son activité. Dans cette perspective, les responsables d'actes illicites ne sont pas inquiétés par la justice qui continue son chemin sans s'interroger sur la possibilité d'instruire en la matière. Autrement dit, le droit peut coexister avec des procédés utilisés par des agents de l'État ayant purement et simplement levé, dans certaines circonstances, l'interdit de tuer sans le respect des formes[1]. En dépit de son caractère saisissant, la mise à mort qui se caractérise par la vitesse de son exécution, une puissance de destruction incommensurable, l'indifférence à l'égard de la singularité des victimes et de leur nombre, semble donc ne pas échapper à cette espèce de coexistence. Aucun sujet n'est déclaré avoir commis de crime alors même que rien ne fait douter de la réalité de la destruction froide et massive de la vie. Un point remarquable apparaît ici : la matérialité des faits, à elle seule, ne suffit pas à l'établissement de l'infraction.

Pourtant, cet échafaudage est loin de convaincre. Certains voient dans l'argumentation ainsi élaborée un voile tissé autour d'actes que la morale réprouve. Bien que leur démarche ne soit pas judiciaire, ils élaborent un point de vue qui prend appui sur la matérialité des faits à laquelle ils redonnent toute sa force. L'absence organisée des poursuites contre les contrevenants équivaut pour eux à un ébranlement paradoxal de la culture, lui-même rendu possible par un dérèglement conjoncturel du droit. C'est ainsi que le voile semble se défaire et que sont rendus à la lumière les actes de terreur échappant à leur détermination en tant que tels puisque masqués par une légalité de circonstance se soutenant de la force pour ainsi dire absolue dont elle dispose.

Pour autant, même implacable et froidement adossée à la puissance technologique qui donne à la destruction matérielle de la vie son caractère impressionnant, la terreur brute ne saurait constituer la dimension par laquelle les États de droit révèleraient leur singularité. Ces institutions s'individualisent parce qu'elles sont en vérité les seules à inventer un mode de destruction de la vie où – ainsi que nous le verrons – la mort ne se donne pas à voir en tant que telle. Autrement dit, les États de droit ne se singularisent pas par les caractéristiques particulières de la technologie utilisée dans une situation où, à partir de la constatation commune de la matérialité des faits, s'opposent deux visions que viendrait départager en dernier ressort une logique de la force. Ce qui constitue le propre des États de droit, c'est une mise en forme étonnante de la mort rendant largement problématique l'établissement même des faits. Les États de droit sont des institutions remarquables en ce qu'ils sont capables de détruire la vie dans des conditions où il n'est pas même besoin à cette occasion de s'interroger sur l'acte ainsi accompli.

À partir du cas historique exemplaire que constitue l'Algérie coloniale, la présente analyse se consacrera à cette interrogation. Nous verrons comment la modalité nouvelle de destruction de la vie inventée par l'État abîme l'inscription de la société dans la culture en touchant à son ancrage dans la civilisation par le déclassement de certains de ses fondements les plus importants.

---

[1] Agamben, G., *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Le Seuil, « L'ordre philosophique » 1997.

FAIRE MOURIR AU PAYS. UNE MORT SANS CADAVRES

À la suite de la conquête, à partir des années 1870 environ, alors que l'administration de l'Algérie passe aux mains des civils[2], la question de la mise à mort des habitants du territoire conquis ne disparaît pas. Elle change de forme. L'État conquérant déplace son action de telle sorte qu'il ne touche plus directement aux corps pour parvenir à ses fins, mais à la source de la vie que constitue le rapport singulier qu'entretiennent les habitants du pays conquis avec leur terre[3]. Son coup de génie, si l'on peut dire, consiste dans le fait d'attenter à la vie, non pas en détruisant ou en altérant les corps, mais de manière détournée, en s'attaquant à ce qui la rend possible. Naturellement, l'État de droit n'invente pas la technique qu'il met ainsi en œuvre. En l'inscrivant dans sa politique sous la forme d'un élément permanent, il lui donne cependant une dimension structurelle dont on peut dire qu'elle le spécifie. On peut d'ailleurs affirmer de l'État de droit qu'il accomplit l'acte qui lui est propre lorsque, au lieu de procéder à l'élimination immédiate des corps, il atteint uniquement le rapport concret permettant aux colonisés de naître au monde. En procédant de la sorte, en atteignant l'existence plutôt que les corps, l'État de droit ne tue pas moins. Le geste de destruction est, en effet, pleinement accompli, mais seulement sous la figure de ce qui ressemble entièrement à une *mort au monde*. Désormais, l'État de droit fait de la mort au monde des colonisés une constante de sa politique. Une politique qui ne porte pas atteinte aux individus, mais à un sous-ensemble de la société dans sa totalité. En procédant de la sorte, il soustrait les colonisés à la fois au lieu et à l'histoire. Il les projette dans un espace et un temps indéterminés. Et c'est cette indétermination qui en fait une masse, une sorte de population indifférenciée. L'indétermination s'apprécie, ainsi qu'il apparaît, à partir de la référence au monde, et plus précisément au pays, de sorte que la mise à mort sous cette nouvelle forme s'interprète d'abord et avant tout à partir de l'échafaudage juridique qui interdit aux colonisés de s'élever à la qualité d'habitants tout en les maintenant dans le statut ambigu de simples occupants d'un lieu. La catégorie d'*indigène* renvoie très précisément à cette condition du colonisé en tant qu'il est empêché de devenir l'habitant d'un lieu dans lequel il s'inscrit pourtant.

On imagine aisément le bénéfice considérable que l'État de droit tire d'un tel dispositif. Il contrevient ainsi à un interdit majeur dans toute société, sans revêtir pour autant les caractéristiques manifestes d'un régime d'oppression. Il peut même présenter sa politique de déclassement des colonisés, de leur expulsion du lieu, comme une action allant dans le sens de l'accomplissement de la raison. Tout est là, en somme, dans cette capacité de l'État de faire mourir toute une population sans se présenter sous un jour qui révèlerait sa dimension tyrannique. Ne peut-on pas, d'ailleurs, considérer la volonté actuelle de l'État de droit de ne pas se pencher sur son propre passé colonial comme une manière de s'interdire une clarification des choses quant à cette structure profonde qui le caractérise et le conduit, aujourd'hui encore sans doute, à produire – ou à laisser se produire – une mort qui ne se manifeste pas en tant que telle ? D'après les principes, un État répond aux

---

[2] Vatin, J.-C., *L'Algérie politique. Histoire et Société*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2e édition, 1983.

[3] Barkat, S. M., « L'indigène : une présence sans existence », in Stitou R. (dir.), *L'étranger et le différent dans l'actualité du lien social*, Nantes, éditions Pleins Feux, 2007, pp. 95-107.

exigences de son office lorsqu'il considère que tous les hommes présents sur son territoire sont également susceptibles d'accéder à la raison et de se hisser par là au statut d'habitants, puisque en mesure d'entretenir un rapport de vie avec le pays. La raison étant cependant une faculté supposée s'accomplir sous l'effet de sa détermination par un échafaudage normatif particulier, on ne saura rien de ce qui entoure la question de la production instituée de la mort au pays, sans tenir compte de la manière dont est ordonné le dispositif institutionnel et de droit. L'État, il faut le souligner, ne nie pas la présence potentielle de la raison dans chaque homme, il agence en revanche son dispositif institutionnel de telle sorte que l'image de son accomplissement soit différenciée. C'est ainsi qu'est fabriquée une représentation où l'humanité est radicalement scindée : les habitants, dont l'accomplissement de la raison ne fait pas problème ; ceux qui ne font qu'occuper le lieu, dans la mesure où le lien qu'ils entretiennent avec la raison est supposé déréglé. En somme, nous sommes ainsi immédiatement placés devant l'ultime question dans le contexte colonial, celle de la naissance au pays.

Il est clair que les discours qui, à grand renfort d'illustrations, affectent à l'État de droit des dispositions et des agissements qualifiés de totalitaires sont davantage l'expression d'un énorme malaise, celui qui caractérise une certaine impuissance à penser la singularité de cet État quant à son rapport à l'interdit de porter atteinte à la vie, que l'énonciation d'une connaissance établie. S'il est devenu difficile de savoir où nous en sommes de cette question dans nos sociétés qui se déclarent informées par le droit, c'est sans doute parce que n'est pas assez élaborée l'idée de la naissance des hommes au pays. La pensée, en effet, ne peut plus faire l'économie de l'analyse du dispositif institutionnel et normatif dont l'une des fonctions essentielles consiste à affecter à cette naissance la consistance de vérité qui la rend effective. C'est sans doute à partir du moment où apparaîtra à nos yeux avec plus de clarté la détermination de l'accomplissement de la vie par la naissance au monde, sous la détermination du droit, que l'on prendra la mesure du désastre dont l'Algérie coloniale fut la manifestation. Nous développerons donc cette question dans la suite de notre propos afin d'exposer plus nettement encore la figure énigmatique de la mort au pays ou mort sans cadavre institué par l'État de droit.

SUSPENSION DU RÔLE DU DROIT ET PRÉSERVATION DE SON IMAGE CONSACRÉE

L'indépendance de l'Algérie, événement considérable en lui-même, recouvrira irrémédiablement la question portée par la situation coloniale dans son pli le plus intime, celle de la mort au pays d'un groupe déterminé de la société. Nombreuses aujourd'hui encore, les références à l'exploitation, à la domination et aux massacres, véhiculées le plus souvent par des discours de défense de la cause des colonisés, ne favorisent pas l'analyse des modalités nouvelles de destruction de la vie. L'indépendance est supposée rendre pleinement les colonisés à eux-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de différencier les figures de la mort qui leur avaient été imposées. Dès lors, avec notamment le concours d'une historiographie complaisante, il est devenu aisé aux représentants de l'État de droit actuel d'affirmer sans ambages la filiation des institutions avec le régime colonial et de se débarrasser de sa figure négative en se situant sur le registre de la seule violence physique qui

permet en quelque sorte d'égaliser les choses par le rappel des actes destructeurs perpétrés par les colonisés eux-mêmes. On minimise ici les actes accomplis par l'État, on aggrave là ceux commis par les colonisés, et dans la plupart des cas on érige le comparatisme sauvage en méthode dans le dessein de réduire la question de l'Algérie coloniale à une sorte de rapport quantifié des uns et des autres à la brutalité physique. Cette entreprise, qui participe d'une sorte de défense quelque peu anachronique de la patrie, ne nous intéresse ici que dans la mesure où elle est menée de telle sorte qu'elle entraîne l'opinion dans une espèce de chemin de traverse excitant les affects et détournant l'attention de la nécessité d'analyser le dispositif normatif producteur d'une figure de destruction de la vie échappant aux critères habituels de reconnaissance de la mort.

La mort au pays sans rémission à laquelle sont soumis les colonisés n'est pas un accroc fait aux institutions, mais l'application de main de fer jusqu'à la fin de la colonisation d'une politique de division progressivement élaborée. C'est là un point de rupture remarquable dans l'histoire de l'État de droit. La politique menée ne constitue pas, en effet, une brève parenthèse inscrite dans un dispositif de droit dont les fondements seraient épargnés pour l'essentiel, mais d'une pratique qui touche au système de civilisation sur lequel s'élève l'échafaudage normatif garantissant l'appartenance de la société à la culture. On notera d'ailleurs l'ingéniosité toute particulière dont fait preuve l'État de droit dans ce domaine. En effet, contrairement à ce que l'on prétend souvent, cet État ne se fonde pas sur une idéologie de la race pour procéder à la division de la société. D'une certaine façon, on peut même affirmer qu'il n'est pas raciste. La procédure qu'il engage, plus subtile, s'appuie sur l'identification de la population européenne avec des pratiques jugées compatibles avec la rationalité véhiculée par le droit, alors qu'il est dit des usages des colonisés qu'ils rendent difficile leur accession à la raison. La procédure de naturalisation elle-même semble ne pas être une garantie d'intégration dans la mesure où la simple déclaration d'abandon de la coutume locale et les indices manifestes de la soumission au droit ne constituent pas, aux yeux des agents de l'État et de la plupart des membres de la société coloniale, l'indice d'une adaptation définitive. Il manquerait aux colonisés les usages originels et donc adéquats, ceux qui permettent de s'ajuster convenablement au droit commun en général et au droit des personnes en particulier. C'est sans doute la raison pour laquelle les naturalisés rivalisent d'ingéniosité dans l'exhibition des manières européennes d'être au monde. En adoptant ces manières-là, ils cherchent vainement à se rapprocher d'un monde dont on suppose fortement qu'il leur demeure inaccessible par quelque aspect, sans doute le plus essentiel. Autrement dit, pour la représentation coloniale, aucun colonisé, même s'il est le plus entreprenant, ne paraît être en mesure de quitter définitivement sa condition pour accéder au statut effectif d'habitant du pays. Que signifie cela, sinon que la valeur de vérité du rapport au pays – la valeur déterminant la qualité d'habitant – ne se déduit pas de l'adhésion au droit que chacun peut manifester, mais de l'assignation à des usages ? Elle ne dépend pas de l'appartenance à l'espèce humaine ni à l'attachement à une coutume quelconque, mais de la relation indéfectible et exclusive qui existerait entre un groupe déterminé d'individus et des us particuliers. C'est ce montage, permettant de suspendre le rôle central du droit tout en préservant son image consacrée, qui permet à l'État de brouiller pour ainsi dire les cartes et de se présenter sous la figure d'une institution participant à la construction d'un monde commun alors qu'il mène sans discontinuer une politique de division implacable. Il est donc clair que si

la valeur de vérité du rapport au pays semble formellement déterminée par la seule adhésion au statut personnel de droit civil, sans considération pour l'origine géographique des personnes, cette origine – dont les usages sont l'expression essentielle – joue en réalité un rôle de première importance dans la mesure où elle est supposée garantir la loyauté sans laquelle l'adhésion au droit n'est que simulacre[4]. La référence à l'origine est bien ce qui empêche le droit d'assurer l'intégration de tous à la société ou, plus précisément, l'inscription de chacun dans le pays sous la qualité d'habitant. Il apparaît ainsi que la mort au pays de tout un sous-ensemble de la société n'est pas l'effet d'une décision aveugle ni conjoncturelle. Elle est la conséquence d'un dispositif de représentation qui encourage l'écrasement des mécanismes de droit sans lesquels il n'y a pas de civilisation.

UN RÉGIME DE POLICE CONTRAIGNANT

La catégorie de naissance au pays permet de prendre la mesure de ce déclin ou de cet affaissement de la raison qui guette constamment l'institution étatique aux commandes de la répartition en deux catégories de l'humanité en tant qu'elle est constituée d'habitants : les habitants de l'intérieur (les nationaux) et les habitants de l'extérieur (les étrangers). La déraison se réalise lorsque le dispositif législatif s'affole. C'est alors qu'il divise les populations à partir d'un renversement des principes : d'un côté, une catégorie d'individus au statut ambigu, supposés incapables de naître au pays, alors même qu'ils lui appartiennent ; et de l'autre, une catégorie dont les membres sont immédiatement élevés au statut d'habitants authentiques, quand bien même ils se seraient établis dans le pays en tant qu'étrangers[5]. La vérité du lien avec le pays est désormais résolument réglée par le critère de l'origine dans une situation où on prétend la déduire encore de la logique classique du droit. C'est ainsi qu'est déclassé le principe d'interprétation à partir duquel se réalise normalement l'exercice de différenciation dans la reconnaissance à tous les hommes de leur qualité d'habitants.

La prouesse de l'État de droit dans ce domaine réside cependant dans la construction d'une représentation à partir de l'affirmation selon laquelle les colonisés ignorent le principe d'interprétation indispensable à l'accomplissement de la raison dans l'humanité et à leur inscription dans la culture. L'affirmation du caractère inaccompli – ou imparfaitement accompli – de leur humanité fonctionne alors comme un axiome pour le dispositif de l'État et du droit. Afin de mieux comprendre le fonctionnement de ce dispositif, il est donc indispensable de revenir aux déclarations concernant les usages des colonisés, faites par les instances parmi les plus élevées de l'État. Que disent en l'occurrence les conseillers d'État et les sénateurs avant le vote du *sénatus-consulte* du 14 juillet 1865 formalisant la division de la société en indigènes et citoyens ? Pour l'essentiel, ceci : le plein exercice des droits de citoyen français ne peut coexister avec la conservation du statut musulman et de ses dispositions. Aux yeux des représentants de l'institution, ces dispositions ne seraient pas compatibles avec les lois et les mœurs françaises sur le mariage, le divorce et l'état civil des enfants. Le constat est parfois précisé ain-

[4] Barkat, S. M., *Le corps d'exception. Les artifices du pouvoir colonial et la destruction de la vie*, Paris, éditions Amsterdam, 2005, pp. 19-34.

[5] Barkat, S. M., « L'indigène, la terre et le pays », in *Hommes et Libertés*, n° 131, juil.-sept. 2005, pp. 54-55.

si : les « droits et usages » des colonisés sont « incompatibles avec la pudeur, la morale, le bon ordre des familles »[6]. On pourrait ne voir dans tout cela qu'une simple volonté de construire une axiologie rudimentaire permettant de différencier la société en sous-ensembles hiérarchisés. En réalité, le jugement ainsi proféré véhicule une certaine idée du rapport qu'entretiendraient les colonisés avec les textes traditionnels qui les régissent permettant de construire une représentation où les sous-ensembles en question sont inscrits dans une dissymétrie irréductible. Un tel rapport serait, en effet, privé de médiation authentique – les vrais interprètes –, de sorte que les colonisés sont perçus comme les usagers de textes contenant des prescriptions déraisonnables auxquelles ils se conformeraient *à la lettre*. Ce qu'on reproche aux colonisés, en somme, c'est leur adhésion à un dispositif sommaire de collage aux textes d'où le tiers est exclu. Ainsi qu'il apparaît, nous ne sommes pas placés ici devant une scène où s'affronteraient deux systèmes incompatibles mais qui seraient au fond de dignité égale, deux manières différentes mais équivalentes de disposer le rapport entre la loi contenue dans les textes et les hommes. Le conflit n'est pas de civilisation. La civilisation en est, en revanche, l'enjeu. Nous serions en présence d'un système effectif, intégrant le tiers juridique permettant de donner à ce rapport sa consistance de vérité et, dans le même temps, d'un dispositif sans épaisseur réelle se caractérisant par son incapacité d'intégrer l'indispensable principe d'interprétation dans sa logique. Le tiers juridique tire son efficacité de son lien à une référence ultime – le Peuple comme fiction juridique – incarnée dans l'instance du pouvoir, alors que le dispositif auquel sont attachés les colonisés s'appuierait sur une interprétation fausse, l'équivalent d'une absence d'interprétation, parce que sans fondement crédible. Il n'y aurait donc pas, selon la représentation coloniale, conflit entre deux sociétés inscrites dans la culture selon des manières institutionnelles différentes. Seule est censée exister, parce que convenablement formée, la société dont la civilisation garantit l'effectivité du principe d'interprétation. De sorte que le groupe des colonisés est supposé se situer dans une sorte d'espace hors culture – et donc hors forme – et constituer par ce fait une population indéterminée, incapable d'établir un rapport sensé au pays. Il s'agit là sans doute du point décisif de l'agencement colonial. En effet, l'ensemble de la politique répressive menée par l'État de droit – notamment, le « Code de l'indigénat » – s'appuiera sur la conviction que les colonisés ne sauraient s'adapter à la société coloniale sans l'usage contre eux d'un régime de police contraignant. Or, s'ils sont imaginés être dans cette disposition-là, c'est qu'ils sont considérés dans l'impossibilité même de comprendre le sens de l'adhésion aux institutions étatiques et juridiques ou d'en ressentir le besoin subjectif. Ils seraient dans l'impossibilité de se représenter la fonction d'inscription dans la culture, et donc d'institution de la société par sa mise en forme, exercée par le tiers constitué par l'État et le droit. La bifurcation par la mise en scène de l'incompatibilité entre deux conceptions du droit et des usages dissimule en réalité un enjeu considérable dont la portée est telle qu'il justifie aux yeux de l'État colonial la disposition et le maintien des colonisés en dehors de la qualité d'habitants du pays, bien qu'ils y soient inscrits. Cet enjeu est celui de la préservation du pouvoir en tant qu'image du centre, en tant qu'image de l'instance centrale de référence pour le droit. En d'autres termes, il n'y a pas dans l'Algérie coloniale deux civilisations opposées, en attente d'une synthèse éventuelle, mais une seule, dans laquelle se détache l'éclat éblouissant d'un pouvoir déterminé.

---

[6] Ageron, Ch.-R., *Les Algériens musulmans et la France (1871-1919)*, Paris, PUF, 1968, vol. 1, p. 344.

Le pouvoir ne développe en général son caractère lumineux qu'à la condition d'incarner une fiction avec laquelle aucune partie de la société ne pourrait se confondre. C'est à ce prix qu'il est d'ailleurs en mesure d'exercer sa dignité de tiers. Or, comment se présente le dispositif institutionnel de l'État de droit dont on a repéré la dimension de déraison qui le caractérise ? Sur la base du jugement selon lequel les colonisés sont incapables d'accéder aux conditions de la culture, il légitime son propre déclassement du principe d'interprétation dans le domaine de la détermination de la naissance au pays, c'est-à-dire de qui est un habitant et qui ne l'est pas. Il écrase ainsi la fonction de tiers qui devrait le caractériser et se manifeste sous la figure d'un instrument plutôt docile entre les mains de la partie de la société confondue avec la civilisation. À travers ce geste, la fiction du Peuple subit une torsion majeure par laquelle lui est substituée l'existence d'une référence imaginaire confondue avec cette partie de la société. Plus aucune distance ne sépare dans ces conditions cette dernière de l'instance du pouvoir. L'État n'apparaît plus dès lors comme l'instance à laquelle est déléguée la puissance de la société, il se présente pour l'essentiel sous la figure d'une accumulation de force mise à la disposition d'un sous-ensemble particulier. C'est bien à partir de la disposition remarquable de ce cadre que l'on peut comprendre la facilité avec laquelle, dans les situations critiques comme celle dont furent l'expression les massacres de mai 1945 dans le Nord constantinois[7], la répression des colonisés a pu être menée conjointement et comme naturellement par les forces régulières (les différents corps de l'Armée et la Police) et des milices civiles armées échappant à tout contrôle. Le phénomène apparemment extraordinaire de l'Organisation armée secrète et de son lot de crimes désespérés à l'orée de l'indépendance de l'Algérie apparaît, lui aussi, comme une réaction de la part d'une partie du groupe « civilisé » contre la volonté manifestée par l'État de réintégrer son statut de tiers en se dissociant de ceux avec lesquels il s'était identifié durant de longues décennies. Et, aujourd'hui encore, c'est avec une cohérence certaine qu'à partir de la représentation du cadre institutionnel construit dans l'Algérie coloniale et jamais vraiment questionné dans ses fondements, cette dissociation est interprétée et ressentie par certains comme un abandon[8]. Il n'est d'aucun secours pour la pensée de la situation coloniale de l'Algérie, dans la perspective d'une détermination de la singularité de l'État de droit, de se soucier exclusivement des massacres – de la destruction des corps – perpétrées à cette époque. L'élément décisif est d'abord et avant tout la question de la mise à mort au pays comme effet d'une législation sur la nationalité et la citoyenneté tenue à distance de l'activité d'interprétation et employée en guise d'outil à l'enregistrement pur et simple des populations dans les deux classes ou catégories de la société disposées *a priori* en tant qu'irréductibles l'une à l'autre. On comprendra difficilement les tentatives actuelles de réduire la fonction d'interprétation du juge à travers la promulgation de diverses lois conçues pour partie au moins comme des textes d'enregistrement si l'on ne revient pas à ce laboratoire que fut l'Algérie coloniale où les principes furent gravement manipulés avec pour conséquence une restriction considérable de la portée du droit.

La référence à la civilisation dans l'Algérie coloniale ne sert plus à fonder l'exercice de l'interprétation en conformité avec la grande tradition du droit, mais tout au

---

[7] Rey-Goldzeiguer, A., *Aux origines de la guerre d'Algérie, 1940-1945*, Paris, La découverte, 2001.

[8] Barkat, S. M., « Les " rapatriés " d'Algérie et le simulacre de la loi », in Jahan S., Ruscio A. (dir.), *Histoire de la colonisation. Réhabilitations, falsifications et instrumentalisations*, Paris, Les Indes savantes, à paraître.

contraire elle est utilisée comme argument au service de ce qui défait cet exercice et le remplace par l'activité grossière d'enregistrement ou d'affectation immédiate des populations dans des places préalablement définies. En somme, à travers une même action, l'État de droit colonial procède à un double mouvement de liquidation : il dénie l'existence de l'interprétation chez les colonisés et la déclasse dans son propre agencement institutionnel. Que recouvre en définitive le geste qui enferme les colonisés dans le cercle de la mort au monde ou au pays, sinon le démantèlement des deux dimensions sans lesquelles le droit si souvent célébré est vidé de son contenu, en l'occurrence l'effacement de la fiction fondatrice et la renonciation à l'interprétation ? L'incapacité du dispositif colonial de persévérer dans la fidélité à la fiction fondatrice et au principe d'interprétation dérange foncièrement le socle de civilisation sur lequel prétend reposer l'État de droit et libère une force irrépressible de destruction de la vie.

LA CONFUSION IMAGINAIRE CONTRE LA CULTURE PAR LE DROIT

Que s'est-il donc passé qui conduise l'État de droit à réagir de manière à déranger en profondeur le socle institutionnel sur lequel il repose ? Bousculé par la présence d'une civilisation qui se méfie du pouvoir en tant qu'instance susceptible de confisquer à son profit la puissance sociale dont elle est censée n'être que la dépositaire, l'État de droit ne s'interroge pas sur son propre statut et sur sa capacité à exercer son office à distance des intérêts particuliers. Par conséquent, il ne se réfère pas aux puissances non personnelles qui traversent toujours des corps quels qu'ils soient dès lors qu'ils sont impliqués dans les rapports concrets de transformation d'une terre en pays. C'est en effet dans ces puissances que les mécanismes institutionnels de limitation du pouvoir tirent les forces essentielles qui leur permettent de disposer la référence ultime – le Peuple – dans son statut de fiction pouvant être incarnée par une instance sans jamais se confondre absolument avec elle. L'État de droit colonial s'engage plutôt avec constance dans une activité consistant à empêcher les colonisés de participer à ce qui lui paraît être la part créative dans la construction du pays. Cette part est, en effet, ce qui pourrait les révéler eux aussi en tant qu'habitants du pays nécessairement situés à égale distance que les autres de la référence ultime représentée par le nom du Peuple. Il promeut dans cette perspective l'idée selon laquelle les uns sont vraiment des sujets, parce qu'ils appartiendraient à la civilisation authentique capable de soutenir l'accomplissement de la subjectivité humaine, alors que les autres ne le seraient que de manière imparfaite. La conséquence en est que, selon l'ordre de la causalité institutionnelle ainsi mise en œuvre, les sujets « vrais » se métamorphosent en Sujet imaginaire occupant toutes les places et reléguant les colonisés dans un espace irréductible au lieu que constitue l'Algérie. Un tel espace est un endroit qu'en toute rigueur, on ne saurait identifier à un lieu, puisqu'il s'inscrit dans le pays sous la figure de ce qui n'en participe pas.

Plutôt que de s'appuyer sur les puissances non personnelles qui seules conduisent les membres de la société à ne pas se représenter sous la figure de sujets identiques, auteurs de l'action dans une situation où règne l'empire de la maîtrise, l'État colonial institue l'image d'un Sujet imaginaire tout puissant qu'il confond arbitrairement avec une partie de la société. Il ne se penche donc pas du côté de la vie

réelle, telle qu'elle peut s'accomplir à travers l'activité de construction du pays, mais s'appuie sur la réalité d'un groupe dont la capacité à s'insérer dans la culture est supposée résulter de sa simple identification à la civilisation rendue possible par l'idéalisation de ses us et coutumes propres. C'est ainsi que l'édifice institutionnel paraît se continuer, alors même que l'essentiel y est méthodiquement démoli. Il nous faut insister en particulier sur le fait que la fiction de référence sans laquelle l'ordre du droit n'est plus qu'une coquille vide est destituée au bénéfice d'une instance imaginaire confondue avec une partie de la société. En effet, cette destitution produit des effets considérables sur la nature des rapports que les membres des sous-ensembles présents entretiennent entre eux, notamment en empêchant qu'ils éprouvent les rencontres qu'ils ne manquent pourtant pas de réaliser et qui leur permettraient d'accéder à la pensée d'un monde commun, c'est-à-dire d'un monde que tous habiteraient à un titre égal, au-delà des propriétés qui les caractérisent et les distinguent.

Que se passe-t-il, dès lors, dans cette opération où la fiction de référence est écrasée sous le poids du Sujet imaginaire et la législation transformée en dispositif d'enregistrement des populations ? Essentiellement ceci : l'État disqualifie le principe d'interprétation capable d'élever les individus à une subjectivité ayant pris la mesure de l'existence des puissances non personnelles. La fiction n'étant plus soutenue par ces puissances immanentes, elle quitte le lieu de la représentation symbolique qu'elle habite et se répand dans la réalité sous la forme imaginaire d'une partie de la société. Lorsque les processus concrets de construction d'un pays sont déniés et la fonction de l'institution est détournée, le Sujet imaginaire fait brutalement irruption sur la scène du pays, accomplissant sa toute-puissance à travers la projection d'un sous-ensemble de la société hors du monde, dans un espace radicalement différencié du lieu. On mesure l'ampleur des dégâts commis par la politique ainsi menée lorsqu'on observe que nul n'échappe aux effets d'une telle destruction. Les colonisés, étant supposés entretenir un rapport irrationnel avec le monde, sont absolument séparés du pays alors même que leurs corps continuent d'y évoluer. C'est en ce sens qu'ils sont perçus comme de simples occupants du lieu, alors même qu'ils y sont inscrits. Les Européens, quant à eux, censés capables d'entretenir avec le monde un rapport rationnel, entrent en réalité dans une relation de fusion avec le pays ne laissant que peu de place à l'expression de la raison. Institués selon une modalité qui empêche le discernement des choses, ils sont agrégés au pays et semblent en être les purs ou vrais habitants, les habitants authentiques, les seuls possibles.

Aujourd'hui, au-delà de la structure de l'État et du droit léguée par l'Algérie coloniale, nous avons encore à nous interroger sur ce que pourrait signifier instituer la naissance au pays. Si cette notion de pays a profondément changé sous l'effet notamment des bouleversements économiques advenus à l'échelle mondiale ces trente dernières années et ayant entraîné les États et les sociétés dans une spirale de déstructuration institutionnelle, il reste que cette question demeure centrale et ne saurait être ignorée dans la perspective d'une politique visant à renforcer notre capacité à nous insérer dans la culture. Sans doute est-il permis d'imaginer dès à présent une politique intégrant résolument dans son horizon le respect des puissances non personnelles qui se réalisent à travers la construction du monde en réhabilitant pleinement le principe d'interprétation sans lequel aucune civilisation n'est envisageable. Cela se ferait à travers la possibilité donné à tous les hommes d'habiter, selon les modalités de notre époque, les différents lieux dans lesquels ils

s'inscrivent désormais et que d'aucuns voudraient voir cependant résolument investis par les uns et seulement occupés par les autres[9].

BIBLIOGRAPHIE

Agamben, G.,

1. *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Le Seuil, « L'ordre philosophique », 1997, 216 p.

2. *État d'exception*, Paris, Le Seuil, « L'ordre philosophique », 2003, 153 p.

Ageron, Ch.-R., *Les Algériens musulmans et la France (1871-1919)*, Paris, PUF, 1968, 2 vol., 1308 p.

Barkat, S. M.,

1. *Le corps d'exception. Les artifices du pouvoir colonial et la destruction de la vie*, Paris, éditions Amsterdam, 2005, 94 p.

2. « L'indigène, la terre et le pays », in *Hommes et Libertés*, n° 131, juil.-sept. 2005, pp. 54-55.

3. « Migration, colonisation, corps d'exception », in Caloz-Tschopp M.-C., Dasen P. (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 407-412.

4. « L'indigène : une présence sans existence », in Stitou R. (dir.), *L'étranger et le différent dans l'actualité du lien social*, Nantes, éditions Pleins Feux, 2007, pp. 95-107.

5. « Les " rapatriés " d'Algérie et le simulacre de la loi », in Jahan S., Ruscio A. (dir.), *Histoire de la colonisation. Réhabilitations, falsifications et instrumentalisations*, Paris, Les Indes savantes, à paraître.

Barrière, L.-A., *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, éditions universitaires de Dijon, 1993, 490 p.

Berque, A., *Être humains sur la terre*, Paris, Gallimard, « Le débat », 1996, 212 p.

Galimberti, U., *Les raisons du corps*, traduit de l'italien par Marilène Raiola, Paris, Grasset/Mollat, 1998, 397 p.

Rey-Goldzeiguer, A., *Aux origines de la guerre d'Algérie, 1940-1945*, Paris, La découverte, 2001, 403 p.

Legendre, P.,

1. *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Le Seuil, « Le champ freudien », 1974, 270 p.

2. *Le désir politique de Dieu*, Paris, Fayard, 1988, 437 p.

3. *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, 369 p.

Heidegger, M., « Bâtir Habiter Penser », in *Essais et Conférences*, traduit de l'allemand par André Préau, Paris, Gallimard, « Les Essais », 1958, rééd. coll. « Tel », pp. 170-193.

Nietzsche, F.,

1. *Par-delà bien et mal*, traduit de l'allemand par Cornélius Heim, Paris, Gallimard, « Folio/Essais », 1971, 259 p.

2. *La généalogie de la morale*, traduit de l'allemand par Isabelle Hildenbrand et Jean Gratien, Paris, Gallimard, « Folio/Essais », 1971, 213 p.

3. Crépuscule des idoles, traduit de l'allemand par Jean-Claude Hémery, Paris, Gallimard, « Folio/Essais », 1974, 153 p.

Vatin, J.-C., *L'Algérie politique. Histoire et Société*, Paris Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2e édition, 1983, 395 p.

[9] Barkat, S. M., « Migration, colonisation, corps d'exception », in Caloz-Tschopp M.-C., Dasen P. (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 407-412.

QUI DOIT FAIRE UNE CONSTITUTION ?

LE MULTICULTURALISME DANS LA CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE ARGENTINE

Alicia Noemí Farinati
Université de Buenos-Aires, Argentine
Courriel : alicia.farinati@gmail.com

Revue ASPECTS, n° 1 - 2008, pages 95-100

Résumé : Doublement inspirée par la pensée philosophique rousseauiste et libérale et par les Constitutions américaine et française, la Constitution argentine s'est attachée à instituer une division technique des pouvoirs en même temps qu'à édifier la nation argentine. Dans ce cadre elle a dépassé la figure du citoyen au profit des habitants réels du pays. L'auteure montre néanmoins que cette ouverture s'est historiquement tournée bien plus vers l'immigrant attendu et espéré que vers les Indigènes. Les modifications constitutionnelles ultérieures ont ajouté des dispositions favorables à la reconnaissance de ces derniers dans le cadre de la multiculturalité sans empêcher qu'ils demeurent jusqu'à aujourd'hui un point largement aveugle.

La première Constitution de la République Argentine date de 1853. Les rédacteurs de la Charte ont puisé leurs sources dans les constitutions Américaine et Française, l'esprit est voué au libéralisme où la liberté est la base et la clé de voûte du système juridique. Il en résulte que toute la théorie de la liberté prend ses racines dans le libéralisme économique, ne faisant que frôler les droits de l'homme et du citoyen.

Le cas argentin portait au pouvoir, à partir du mouvement révolutionnaire de 1810, les jeunes qui avaient fréquenté le plus assidûment les auteurs modernes. Ils avaient surtout étudié Jean Jacques Rousseau, dans des éditions lues en cachette à cause de la censure imposée par le clergé. La Déclaration des droits de l'homme était également un programme politique qui les avait séduits. Ce fut tout spécialement le cas d'une figure exceptionnelle, le précurseur Mariano Moreno, qui, en 1802 avait traduit le *Contrat Social*, et qui prend acte des élans révolutionnaires en Amérique espagnole, à une époque où les soulèvements violents sont effectivement innombrables et possèdent un contenu social ainsi que des objectifs économiques et politiques.

Moreno fut un travailleur infatigable essayant de mettre en pratique les propositions formulées par Rousseau dans le *Contrat* et dans l'*Emile*, et cela en tenant compte des piliers idéologiques du régime colonial et dans les conditions objectives avec lesquelles devait se dessiner le mouvement d'indépendance de

l'Amérique coloniale. Nous trouvons la même véhémence et ardeur dans le prologue que Moreno écrit pour son édition du *Contrat*. Il y écrit : « Cet homme immortel, qui attirait l'admiration et l'enthousiasme de son siècle et l'étonnement de tous les âges, fut peut être le premier qui, dissipant les ténèbres avec lesquelles le despotisme cachait ses usurpations éclaira les droits des peuples en leur apprenant l'origine réelle de leurs obligations ».

La tradition de l'Argentine indépendante, qui en 1810 rompt avec la tradition hispano-féodale par sa composition ethnique et sa structure juridique égalitaire, est le résultat du dépassement du régime social de la colonie espagnole et de la mise en place d'un système démocratique juridico-politique et social.

Bernard Bourgeois écrit dans *Hegel et les droits de l'Homme* **:** « Déclarer donc les droits de l'homme et du citoyen c'est essentiellement déclarer les droits du citoyen, parce que l'être des droits déclarés dépend absolument de leur déclaration quand il s'agit des droits de l'homme. Mais ceux-là n'expriment bien que la liberté en son aspect formel, ceux-ci l'expriment au contraire, en son aspect réel, pour reprendre la caractérisation que Hegel fournit justement, dans son analyse du cours de la révolution, des deux objectifs que se proposent cette dernière exécution de la Déclaration ». A l'évidence, il s'agit là d'un résultat de la lutte des prises de parti en politique en ce qui concerne notamment la création d'un pays et l'émancipation des habitants qui devaient devenir des citoyens de la nouvelle république. À la différence de la perspective tracée par Rousseau, les droits individuels qui prônaient le libéralisme correspondaient à l'addition des desseins individuels et le bonheur collectif se voulait en même temps une projection réelle de la société. Les citoyens libres deviendront des propriétaires, voie royale ouverte par Locke, au sein d'une société bourgeoise moderne. Le pacte social sera le fondement et la protection des libertés individuelles et de la propriété, « le plus fondamental des droits naturels ».

La société libérale assure la division des pouvoirs, qui est sa base technique. La Constitution de 1853 - soit celle du régime - va clore en ce sens une période très troublée de la vie du pays, et va donc assurer la condition nécessaire de la liberté politique du citoyen. Celui-ci sera en sécurité si aucun autre des citoyens ne peut abuser d'un pouvoir de l'État à son détriment. Mais l'influence de la pensée française et anglaise ne laisse pas non plus de côté, peut-être sans en connaître les origines, certaines idées sur la liberté de la personne, de la conscience et de certains droits inaliénables qui ne peuvent pas être l'objet d'éventuels contrats. Ce que Hegel confirmait en écrivant : « La liberté de la personne est un droit qu'aucun droit positif ne peut supprimer » (*Philosophie du Droit*, § 67). Notre Constitution incorpore la distinction des pouvoirs sur le plan politique mais aussi la domination de la loi, la protection contre l'arbitraire du pouvoir et la garantie de la sécurité des citoyens.

On trouve l'appel à l'intégration et aux libertés de ce qui sera l'Argentine, dès le Préambule : « Constituer l'union nationale, garantir la justice, consolider la paix intérieure, promouvoir le bien-être général et assurer les bénéfices de la liberté pour nous, pour notre postérité, et pour tous les hommes qui veulent habiter le sol argentin… ». Les libertés politiques et économiques apparaissent dans la première partie de la Constitution intitulée : « Déclarations, droits et garanties ». Elles assurent les mêmes droits aux citoyens des provinces - art. 8 -, la libre circulation

des biens par élimination des douanes internes - arts. 10 et 11-, la libre navigation des rivières intérieures même pour les bateaux étrangers - art. 26 - ce qui constituait et continue même aujourd'hui de constituer une option hardie bénéficiant aux marchandises en provenance de l'étranger.

Les droits civils sont considérés dans l'article 14, et nous tenons à le reproduire puisqu' il montre l'esprit d'ouverture qui va ériger un ordre symbolique pour tous les habitants en tant que titulaires de droits et d'obligations. Cet article ne parle pas de citoyens, mais des habitants du pays et déclare : « Tous les habitants de la Nation jouissent des droits suivants : de travailler et d'exercer tout industrie licite, de naviguer et d'exercer le commerce, de demander aux autorités, d'entrer, de rester ou de sortir du territoire argentin, de publier leurs idées dans la presse sans censure préalable, d'user et de disposer de leurs propriétés, de s'associer pour des fins utiles, de professer librement leur culte, d'enseigner et d'apprendre ». Les luttes et conquêtes du passé motivent aussi une déclaration contre la période hispano-coloniale monarchique et despotique en même temps que l'adhésion aux principes du libéralisme. Les droits sont autant ceux des réparations des offenses du passé que ceux nés de la force des événements historiques et des actions du gouvernement en vue de la construction de la Nation. Dans ce contexte, les droits civils apparaissent comme ceux que la Constitution reconnaît à tous les individus en leur qualité d'être humain, membre du corps social, et que les lois protègent avec toute « la force de la loi ».

Dans cette pluralité, ou multi-culturalité que va devenir l'Argentine moderne la constitution de 1853 ne dit rien sur les habitants naturels du pays, ceux que l'on appellera les « Indigènes » ou les « aborigènes », car il est sous entendu qu'ils forment une part des habitants et jouissent des mêmes droits. Seul l'article 67.15 énonce : « Conserver un traitement pacifique avec les Indiens et promouvoir leur conversion au catholicisme ».

Dans la réforme du 1949 cette partie fut supprimée car « on comprenait que le peu d'Indiens qui existaient encore au pays n'exigeait pas une déclaration spéciale ». Nous verrons que la réforme constitutionnelle de 1994 a une normation précise et bien différente au sujet des peuples indigènes et d'autres minorités, allant dans le sens d'un renforcement de la multiplicité non seulement des ethnies mais aussi de leur intégration. La richesse du pays consiste précisément dans sa diversité culturelle et dans l'existence des identités variées. Mais les cultures dominantes à la fin du XIXe. siècle et même de plus de la moitié du XXe. siècle ne le comprenaient pas ainsi. Les Indiens ont dû subir l'oppression et l'acculturation. La « Campagne du désert »[1] sert d'exemple d'une politique qui fut menée justement pour en finir avec les Indiens et prendre les terres qu'ils occupaient depuis toujours.

Au cours de l'année 1904, le ministre de l'intérieur du président Roca, Joaquín V. González charge le médecin catalan Juan Bialet Massé de rédiger un rapport sur les conditions de vie des classes ouvrières à l'intérieur du pays. Tout naturellement il prend en compte les « gauchos » - mixtes d'espagnol et d'indien généralement non étrangers, car les Espagnols ne venaient pas en Amériques avec leurs familles - où l'on trouve aussi « les Indiens », et il affirme : « Une des erreurs les plus

[1] La Conquête du Désert ou Campagne du Désert fut une campagne controversée du gouvernement argentin, exécutée par l'armée sous les ordres du général futur président Julio Argentino Roca, afin d'obtenir la domination totale sur les régions du sud de la Pampa et sur la Patagonie orientale, jusqu'alors sous domination de la nation mapuche.

importantes des hommes du régime argentin a été de s'inquiéter exclusivement d'attirer les capitaux étrangers, de les entourer de franchises, privilèges et garanties, d'attirer l'immigration outre-mer (…) tout en méprisant le capital "criollo" - et en ne tenant pas compte du travailleur natif qui est incontournable dans son environnement. Pour sa part, le capitalisme étranger n'a pas regardé le pays autrement que comme un champ d'exploitation passager et usuraire (…). Tous se sont inquiétés de préparer le terrain afin de recevoir l'immigrant étranger ; personne ne s'est occupé de la colonie "criolla", méprisée, qualifiée d'incapable, traitée comme paria sur sa terre, condamnée à travailler plus, à faire des travaux ou elle reste irremplaçable avec un salaire inférieur à celui de l'étranger parce qu'elle est composée de "criollos". On ne tient pas non plus compte de ce que pendant quatre vingt années le gouvernement a demandé leur sang pour les guerres de l'Indépendance, pour les guerres civiles, du sang pour les guerres contre l'étranger. Et ce n'est pas seulement son sang que le "criollo" a donné, mais on lui a arraché tout ce qu'il avait. Son petit troupeau, même ses chèvres, sa famille et sa vie lui étaient enlevés par la "montonera" (…) » [2]

Civilisation veut dire respect et droit d'exercer les différences, de se soutenir dans la reconnaissance et l'enrichissement mutuel. L'égalité des droits, que notre constitution reconnaît, l'exige ; art. 16 : « La Nation Argentine n'admet pas de prérogatives de sang ni de naissance, il n'y a pas de fors personnels, ni de titres nobiliaires. Tous les habitants son égaux devant la loi, et admis dans les emplois publics avec la seule condition de l'aptitude. L'égalité est à la base de l'impôt et des charges publiques ». Une telle déclaration d'inspiration rousseauiste doit être appuyée par des relations démocratiques d'inclusion, de tolérance et de solidarité. Les cultures indigènes ont été considérées inférieures dans l'imaginaire de la domination, et l'idée s'était imposée de leur intégration par le métissage forcé. Mais la pauvreté, l'ignorance et la marginalisation ont été le lot et le caractère distinctif des nos Indiens. Dans l'actualité, il y a encore plusieurs ethnies, dont : les Mapuches, Tobas pilagás, Chorotes, Dollas, Diaguitas, Calchaquies, Tehuelches, Moscovies, Chalupíes, Chanes, Onas, Matacos, pour un total de 2% de la population argentine.

Il n'y a pas de réponse simple pour arriver à l'intégration des populations largement délaissées, surtout dans une fin de siècle des démocraties occidentales qui ont tendance tant à l'autoritarisme qu'au populisme. Les thèses de la diversité culturelle exigent comme condition fondamentale de la vie démocratique des libertés civiles et politiques, qui, dans notre Constitution, sont assurées. Mais depuis le déferlement dans le monde de la pensée néo-libérale, apparaît un individu nouveau dépourvu de capacité de réflexion qui rend difficile la possibilité de mettre en action une société où la personne soit un sujet de droit, ce qui implique qu'on ne le considère pas comme une chose, une marchandise que se vend et s'achète ce qui conduirait a une réification généralisée de la personne humaine.

Le droit moderne qui protège la personne a trouvé un bon exemple dans l'article 75 inc. 17 de la reforme de 1994, que veille sur la protection du droit d'identité des Indiens, et qui assure une éducation bilingue, possession et propriété communautaire des terres occupées, participation dans la gestion des ressources naturelles et autre intérêts : « Reconnaître la pré-existence ethnique et culturelle des peuples

---

[2] *Informe Bialet Massé sur l'État de la classe ouvrière*, Hyspamerica, Madrid, 1985

indigènes argentins. Garantir et respecter son identité et le droit a une éducation bilingue et interculturelle, reconnaître la personnalité juridique de ses communautés, et la possession et la propriété communautaires des terres que traditionnellement ils occupent et régler l'octroi d'autres aptitudes et conditions suffisantes pour le développement humain, qui ne pourront pas être vendues. Assurer sa participation dans la gestion se référant à ses ressources naturelles et au divers intérêts leur concernent ». La réforme traduit dans cet article de la loi une juste expression de pluralisme démocratique, et d'une intégration réelle qui invite à promouvoir un héritage ethnique et culturel ; mais pour cela il faut accentuer les droits « personnellissimes » qui vont dans le sens du droit à l'identité et à la différence, qui ne sont rien d'autre que deux aspects du droit à l'égalité de la Constitution. Et que la Cour suprême de la Nation synthétise ainsi : « que soient traités de la même façon ceux qui se trouvent dans une situation égale, et de manière différente ceux qui sont dans des situations différentes ». Plusieurs Constitutions des provinces se sont accordées avec la nouvelle clause avec des normes bien précises, telles les constitutions de Neuquén, de Chubut, de Salta, de Formosa, de Jujuy, de Rio Negro, et de Chaco, toutes des provinces ou la présence des Indiens est très nombreuse.

L'importance de la culture occidentale, spécialement en Amérique latine et en Argentine, est à la base de sa formation comme Nation. L'expérience des critères des cultures indigènes, leur organisation sociale et politique, leurs besoins nécessaires et intérêts ne furent pas considérés, comme nous venons de le montrer. La nouvelle législation à partir de la réforme constitutionnelle du 1994 en Argentine, va dans le sens d'une nouvelle compréhension du critère de multiculturalisme et d'intégration pacifiques qui laisse en arrière l'ancien paradigme d'une homogénéisation sans conflits. Un problème qui subsiste est la mise en pratique des politiques sociales pour la reconnaissance et les droits des peuples indigènes et pour en finir avec l'invisibilité, de même qu'avec la subordination et l'exclusion au sein des communautés ainsi que l'isolement pour colmater conspirations et rebellions. Les colonisateurs espagnols ont perçu les peuples indiens comme des cultures - ou plutôt comme des non-cultures - homogènes, et la nécessité de la domination instaura le paradigme « civilisation ou barbarie »[3]. Un contrôle social avant la lettre, pour obtenir l'asservissement et le travail forcé dans les *mitas y encomiendas* coloniales, fut la règle juridique pendant la période de la pré-indépendance.

Ajoutons que la politique -ou disons la non politique- suivie envers les indigènes est en contradiction, dès le début de la construction de la nation avec celle suivie avec les étrangers. La réforme de 1994 a laissé intact et sans retouches l'article 25 sur la politique d'immigration : « Le gouvernement fédéral fomentera l'immigration européenne, et ne pourra pas restreindre, limiter, ni grever d'impôts quelconques l'entrée des étrangers dans le territoire argentin qui ont pour objectif de labourer les terres, améliorer les industries, et introduire et enseigner les sciences et les arts ». Les desseins du législateur sont par trop évidents, mais nous savons qu'une Constitution ne fait rien d'autre que traduire dans les textes un ordre, une idéologie, des valeurs, des désirs, des croyances, ainsi que les conflits et contradictions d'une société. La construction de l'Argentine fut un accouchement difficile, adhérant à un modèle libéral à la mode au XIXe siècle. C'est la vie ordinaire et quotidienne qui allait montrer les failles et défaillances d'une telle copie « à la lettre ».

[3] Sur lequel Montesquieu ironisait déjà, disant « Comment peut-on être persan? »

Qui doit faire la Constitution ? se demande Hegel dans le paragraphe 273 de la *Philosophie du Droi*t de 1821. Et il répond : « (…) la Constitution d'un peuple déterminé dépend en somme de la modalité et de l'éducation de la conscience que ce peuple a de lui-même (…) vouloir donner a priori à un peuple une Constitution, même si elle est plus rationnelle selon son contenu, - c'est là une élucubration qui ne remarquerait pas précisément le facteur en raison de quoi une Constitution est plus qu'une vue de l'esprit. En conséquence, chaque peuple a la Constitution qui lui est appropriée et qui lui convient en propre » (paragraphe 274 du même texte).

Pour sa part, la réforme de 1994 s'est chargée d'inclure dans le texte, en plus de la prospérité et des libertés du commerce, l'attrait d'un pays accueillant les personnes et capitaux avec bienveillance, dans le tant renommé creuset des ethnies - en vue d'un « progrès » de civilisation, surtout dans les centres urbains. Dans l'article 75 inc. 22 sur les attributions du Congrès, il est dit : « Approuver ou rejeter les traités conclus avec le reste des Nations et avec les organisations internationales… Les traités ont une hiérarchie supérieure aux lois. La déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme ; la déclaration universelle des droits humains ; la convention américaine sur les droits humains ; le pacte international des droits civils et politiques ; la convention sur la prévention et la sanction du délit de génocide ; la convention internationale sur toutes les formes de discrimination raciale ; la convention sur toutes les formes de discrimination contre les femmes ; la convention contre la torture et autres peines cruelles, inhumaines ou dégradantes ; la convention sur les droits des enfants : Tous ces textes ont une hiérarchie constitutionnelle et doivent être compris comme complémentarité des droits et garanties reconnus par cette Constitution (…). S'y ajoute une série d'articles « sur l'égalité d'opportunités, traités d'intégration, protection de la mère et des enfants ».

Mais tout cela n'est pas un hasard : l'acuité de la question sociale est en Argentine particulièrement sensible dans ce temps de néo-libéralisme. Déjà J.-J. Rousseau alertait sur la nécessité de « garantir les citoyens du danger de devenir pauvres et d'éviter l'extrême inégalité des fortunes ». La hiérarchie constitutionnelle des instruments internationaux sur les droits humains garantissent une société plus égalitaire, plus démocratique dont le modèle d'intégration comprend enfin, et d'une façon positive non seulement les habitants originaires mais aussi les femmes et les enfants, et tous les habitants invisibles pour le discours officiel. Et tout cela – comme le dit aujourd'hui J. Rancière - au nom d'une démocratie dans tous les aspects publics et privés qui décèle les symptômes funestes de l'individualisme détruisant les valeur, et, pour cela, il faut remonter au scandale premier que représente « le gouvernement du peuple » et sa puissance subversive.

DROITS DE LA FEMME ET PLURALISME AUX COMORES

Pr. Laurent SERMET
Professeur de droit public, vice-président de l'Université de la Réunion chargé des relations internationales, Université de la Réunion.
Courriel : Laurent.sermet@univ-reunion.fr

Revue ASPECTS, n° 1 - 2008, pages 101-111

Résumé : Aux Comores, se trouve un cas de pluralisme juridique composé de droit musulman, de droit occidental d'inspiration française et de règles coutumières. Le code comorien de la famille, adopté en 2005, illustre l'entrelacement du Droit et des Cultures. La condition de la femme est successivement présentée sous l'angle de ses droits propres, de l'inégalité juridique qu'elle connaît et du droit international de la femme.

Mots-clés : Comores, Pluralisme, Droit de la famille, Code, Droits de la Femme – Statut, Islam, Coutume, Droit international.

Dans l'Océan indien, les Comores présentent un cas de pluralisme juridique légal singulier qui confronte deux traditions juridiques écrites - l'Islam et le droit occidental d'inspiration française - ainsi qu'une tradition juridique coutumière d'origine est-africaine. Pour le juriste intéressé par l'entrechoquement culturel des sources juridiques et soucieux de la résolution des conflits que posent ces confrontations normatives, le code comorien de la famille illustre l'entrelacement du Droit et des Cultures.

Le code se situe à la croisée des chemins : entre Islam et coutumes locales, politique et droits fondamentaux. Il s'inscrit dans une société placée au carrefour des grandes routes maritimes qui comporte une importante communauté d'ascendance arabe mais qui est avant tout africaine. « La foi islamique, intensément vécue, s'accompagne partout de pratiques qu'un certain intégrisme local récent accuse de superstition, de déviance, voire de *bid'aa* (innovation blâmable). Sont ainsi dénoncés les recours aux maître féticheurs et autres astrologues *(mwalimu)*, l'organisation de cérémonies de possession, la célébration culturelle du prophète Mahomet, et même les pratiques d'invocation propres aux mouvements confériques »[1]. C'est d'Islam en terre bantoue dont il est question. Dans une certaine mesure, le code est le réceptacle, au niveau du droit, du pluralisme qui prospère aux Comores et

[1] Comité des droits de l'enfant, *Rapport de l'État comorien*, 7 octobre 1998, § 7, CRC/C/28/Add.13.

qui se décline en trois branches : droit coutumier, charia et droit colonial français et occidental post-colonial ou encore « modernité, religion et tradition »[2]. Un droit mixte ou pluriel donc, qui pose le problème de l'équilibre entre ces sources à la fois hétérogènes et complémentaires. Ces sources sont l'expression de mentalités et logiques qui s'entrecroisent - logiques égalitaires et inégalitaires - sans pour autant se rejoindre. Un exemple significatif est donné par l'État comorien, s'agissant de la définition de l'enfant, qui diverge absolument selon les trois sources de droit[3]. Pour le Comité des droits de l'enfant, ce pluralisme juridique n'est pas propice à la protection des droits et les différentes composantes de la législation devraient être « selon que de besoin » harmonisées pour les aligner sur les dispositions et principes de la Convention des droits de l'enfant[4].

Avec le code comorien de la famille[5], finalement adopté le 3 juin 2005, en débat depuis une dizaine d'années[6], le législateur a opéré une oeuvre de conciliation entre la tradition juridique musulmane dominante et les coutumes, tout en prenant en compte dans une certaine mesure - non pas le droit d'inspiration française - le droit international des droits de la femme. Un exercice de sociologie juridique appliquée qui suscite la discussion et l'analyse. Est-il possible, en effet, de concilier des sources de droit, et les valeurs qui les sous-tendent, aussi différentes et contradictoires ? L'Islam est une source de droit constitutionnalisée. Le préambule constitutionnel de l'Union des Comores déclare que : « *Le peuple comorien proclame solennellement sa volonté de puiser dans l'Islam, l'inspiration permanent des principes et règles qui régissent l'État et les institutions »*. En outre, il dispose : « *l'égalité de droits et devoirs sans distinction de sexe »*. Schématiquement, le pluralisme juridique comorien invite à la présentation suivante :

Sources	Islam	Coutume	Droits de l'homme
Esprit	Différenciation du genre masculin et féminin prononcée	Vocation compensatrice en faveur de la femme	Liberté et égalité des sujets de droit
Disposition significative	Le mariage est nécessairement musulman	La femme mariée reçoit de sa famille une habitation	L'homme et la femme ont des droits égaux.

[2] PNUD, *Les droits de l'homme aux Comores : doctrine et réalités*, décembre 2000, p. 29, doc. dactylographié.

[3] « Si l'on se place sur le plan strictement coutumier, en Grande Comore par exemple, tout individu qui n'a pas satisfait aux exigences du mariage coutumier demeure, pour la société traditionnelle, un "*mnamdji*", c'est-à-dire un "enfant du village", quel que soit son âge. Dans ce cas précis, le statut d'enfant n'a aucun rapport avec le nombre d'années. Ainsi le droit à la parole et le port de certains costumes traditionnels sont interdits à l'enfant du village qui ne saurait prétendre à aucune responsabilité coutumière reconnue. Du point de vue juridique, deux cas se présentent. Suivant le Code civil et le Code pénal inspirés du système français, l'enfant de moins de 13 ans bénéficie de l'irresponsabilité pénale absolue. Pour le droit musulman, la maturité physiologique confère la responsabilité civile et pénale au garçon. La majorité légale est ainsi fixée à 14-15 ans. Ainsi, suivant le droit musulman local, la fille comme le garçon peut se marier à cet âge. Dans certains cas, on observe des mariages encore plus précoces surtout pour les filles. Pour ces dernières, cette responsabilité ne s'acquiert que par le mariage » : Comité des droits de l'enfant, *Rapport de l'État comorien*, 7 octobre 1998, §§ 51-52, CRC/C/28/Add.13.

[4] CRC, *Observations finales*, Comores, 23 octobre 2000, § 10, CRC/C/15/Add.141.

[5] A. Nabahane, *Société*, « Ouf ! Le code de la famille est enfin adopté » : cette adoption est « une victoire pour la gent féminine qui en avait fait, ces derniers temps, son principal cheval de bataille ».

[6] Loi n° 05-008 du 3 juin 2005 relative au code de la famille.

Dans le code comorien de la famille, qui compte 153 articles et 6 titres, dont 1 titre préliminaire, l'influence juridique musulmane est prépondérante sans être exclusive[7]. Si les Ulémas estiment ne pas avoir été associés à la rédaction du code, l'institution religieuse suprême, le Muphtorat, l'a déclaré conforme tant à l'Islam qu'à la Constitution de l'Union [8]. Les députés qui l'ont adopté à l'unanimité ont tenu à prendre en compte les valeurs musulmanes ainsi que l'esprit des Conventions internationales. Dans sa version préparatoire, le code des « comoriens musulmans » (art. 1) était opposé aux dispositions du code civil en vigueur applicables aux « comoriens non musulmans » (art. 2), figurant une législation civile dualiste partagée entre un code religieux et un code laïc. Dans l'actuelle version, cette opposition a disparu au profit d'un seul code, le code de la famille, régissant le statut personnel des comoriens et qui forme le « droit commun » (art. 3), l'état des étrangers étant régi par leur loi nationale (art. 4). Les références à l'Islam y sont nombreuses. Ainsi les art. 6-7 définissent-ils la qualité présumée de musulman qui se transmet à la naissance par la religion de l'un des parents ou la qualité prouvée de musulman en raison de la confession ou de la conversion. L'art. 16 dispose : « Le mariage est nécessairement musulman. Il ne peut être conclu qu'entre musulmans » ou encore l'art. 17 prévoit que : « Le mariage est valablement formé par le consentement des époux dans les conditions admises par le fiqh ». Quant aux articles 49, 65 et 77, ils prévoient respectivement le droit à la polygamie, le droit de répudiation unilatérale de l'homme par le prononcé de trois twalaka et le droit au divorce de la femme en cas d'acte d'apostasie du mari ou d'interdiction de pratiquer la religion musulmane. Clairement, le code sacrifie à l'interpénétration de la vie religieuse et de la vie civile et se rattache explicitement au système des sources islamiques. Le Fiqh - ensemble des commandements de Dieu qui annonce la voie prescrite ou charia - se divise entre les sources primaires (le Coran révélé à Mahomet et la Sunna ou tradition constituée des propos, entretiens et attitudes du Prophète) qui forment la Charia ou La Route et les sources dérivées qui contiennent l'Idjma ou consensus entre les compagnons du Prophète et ses adeptes et les Quiyas ou analogie légale auxquelles se rattachent les fondateurs des quatre écoles juridiques [9]. Aux Comores, l'Islam se rattache à l'école juridique chaféite, issue de l'Imam El Chafii, mort en l'an 820 de l'ère grégorienne, qui prône le recours à la charia pour résoudre les questions que pose la vie contemporaine et la primauté de l'analogie légale sur l'Idjma. L'école juridique chaféite a été diffusée aux Comores par le Minhadj at-tâlibîn, qui remonte au XIIIe siècle de l'ère grégorienne [10]. Selon l'actuel Grand Cadi, Said Mohamed Djelane, « le code est conforme à l'idjma, au fik et au minihadj at-Tâliîn (traduction de Beyrouth). Il est aussi conforme à la doctrine de l'Imam El Shafii et de l'Imam El-Nawawi. Le code comorien s'est inspiré des textes existants au Maghreb, dont la Tunisie » [11].

---

[7] Sa traduction en arabe et en langue locale n'a pas été réalisée ce qui grève son effectivité.

[8] Le Grand Mufti Said Toihir Maoulana a été associé au processus de rédaction du Code.

[9] Voir L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 1953, p. 97 et s.

[10] *Minhadj at-tâlibîn* ou Guide des zélés croyants est un manuel de jurisprudence musulmane selon le rite Châfi'î. Le texte est publié en arabe mais il est accompagné d'une traduction française et d'annotations par LWC Van Den Berg. *Minhadj at-tâlibîn*, trois volumes, Batavia, Imprimerie du Gouvernement, 1882, 1883, 1884. Le *Minhadj* est l'oeuvre de An-Nawawi (1233-1278). Un exemplaire du *Minhadj* est disponible à la salle de l'océan indien, service commun de documentation de l'Université de la Réunion.

[11] Entretien accordé à l'auteur le 8 septembre 2006 par courriel.

Le code pénal comorien intervient au service de l'interpénétration des sources religieuse et civile puisqu'il réprime la propagation de la foi non musulmane. Pour autant, le code de la famille ne retient pas la charia comme source unique de droit et s'inscrit dans la tradition de l'« Islam pluraliste », perceptible dans l'Océan indien[12]. Ainsi les préjudices nés de la rupture unilatérale des fiançailles, hors le cas de la rupture dans motif légitime, sont réparés « conformément aux dispositions générales de la responsabilité civile » (art. 12), ce qui fait clairement allusion aux principes visées par les dispositions de l'art. 1382 du code civil. Par ailleurs, « conformément à la coutume », chacune des filles a droit au moment de son mariage aux logements construits par ses propres parents (art. 82), sur lesquels logiquement le mari n'a aucun droit (art. 83). Les biens meubles qui garnissent la maison « coutumière » sont attachés à celle-ci « quant bien même ils auraient été achetés par le mari pour équiper la maison de sa femme » (art. 83).

Somme toute, il apparaît que l'influence musulmane dans le code est prépondérante. Ce qui ne rend pas compte de la réalité sociologique des relations familiales aux Comores qui sont largement dominées par la coutume. A titre d'exemple, aucune disposition ne concerne la pratique si importante du « Grand mariage » qui structure les rôles sociaux aux Comores, Mayotte comprise[13]. Cela n'empêche pas les communautés coutumières de régir la coutume. Ainsi en est-il de l'intéressante décision du 11 mai 2002 portant « Texte fondamental sur l'organisation du « 'Grand mariage' à Moroni »[14]. S'il n'est pas, ou guère, une codification sociologique des rapports sociaux, le code apparaît comme une oeuvre normative. Est-il le signe du raffermissement de l'Islam, voire de poussées de radicalisation suspectées, qui ne sont pas actuellement - semble-t-il - sans fondement[15]? Il ne nous semble pas qu'il en aille ainsi même si certaines dispositions, relatives à la polygamie et à la répudiation, semblent conservatrices. Est-il pour néanmoins novateur ? « Ce code a l'avantage d'exister et de responsabiliser les pères, notamment à les obliger à s'occuper de leurs enfants en cas de divorce ; mais pour ce qui est de l'égalité des droits et des devoirs de l'homme et de la femme au sein du couple rien n'a changé, l'homme est chef de famille, et il peut répudier sa femme quand il veut, alors que la femme est obligée de demander le divorce sous conditions (et d'autres situations liées à la charia demeurent, comme la tutelle des enfants qui revient au père et à sa descendance notamment quand on marie la fille, sa mère

[12] Notre contribution « Islam et modernité dans l'Océan indien » in *Actes du colloque de Djibouti*, Juin 2005, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, à paraître. Notre article intéresse l'Islam pluraliste qui se trouve aux Comores, à Mayotte, en Inde et à Maurice. En Somalie, en revanche, les forces de l'Union des tribunaux islamiques sont tentées d'appliquer un Islam exempt de toute de coutume : voir J.-P. Rémy, « En Somalie, le tribunal islamique de Hika-Halane juge petits et grands délits sur la base du Coran », *Le Monde*, 13 juin 2006.

[13] Sur ce sujet on lira avec intérêt et profit Shânaz Cassam Sulliman, *La Grande Comore : ethnographie d'une société traditionnelle en crise*, thèse de l'Université de la Réunion, soutenue le 25 février 2004 ou encore Damir Ben-Ali, « Le "Grand mariage" dans tous ses états », *TAREHI, Revue d'histoire et d'archéologie*, 2002, pp. 12-32.

[14] Damir Ben-Ali, « Le "Grand mariage" dans tous ses états », *TAREHI, Revue d'histoire et d'archéologie*, 2002.28.

[15] En témoigne l'élection de Président de l'Union des Comores d'Ahmed Abdallah Sambi, en mai 2006, guide religieux formé en Arabie saoudite, au Soudan et en Iran, suspecté de radicalisme. Voir aussi : « De fait, l'esprit de tolérance est l'un des aspects le plus significatif de l'islam comorien. Mais il faut signaler que depuis une décennie environ, des jeunes maîtres coraniques formés dans la rigueur de l'islamisme militant distillent aux enfants une nouvelle conception de l'islam moins accueillante, moins tolérante et par certains côtés chauvine et xénophobe », Comité des droits de l'enfant, *Rapport de l'État comorien*, 7 octobre 1998, § 74, CRC/C/28/Add.13.

ne peut pas donner l'autorisation même quand elle est seule à élever sa fille... etc.) » [16].

Quelle condition juridique le code de la famille réserve-t-il à la femme comorienne ? Deux types de dispositions peuvent être décrites. Les premières consacrent l'inégalité juridique au profit de l'homme ; les secondes prévoient des droits propres à la femme. La condition juridique différenciée de la femme s'explique dans la tradition musulmane par les rôles sociaux distincts que jouent l'homme et la femme. À lui, le monde extérieur ; à elle la domesticité. L'art. 54 rend compte de cet état de pensée : « Par le seul fait du mariage, le mari contracte l'obligation de nourrir, entretenir son épouse et ses enfants ». L'art. 53 évoque également de façon significative « les droits et obligations réciproques des époux »[17], non les droits et obligations réciproques et égaux des époux. Par exception, la condition juridique de la femme fait place à une condition égale entre les époux. De façon très intéressante, car elle tombe sous l'empire de la coutume, la partie relative au logement et aux effets personnels des époux assure l'égalité des droits et devoirs des époux. La vocation égalisatrice de la coutume prend son origine dans la séparation de biens qui est la règle de droit commun du contrat de mariage (art. 83). Sous réserve que leur caractère propre ne soit pas établi, les immeubles acquis au cours du mariage sont communs aux époux, à l'exception des biens acquis par vois successorale. Lorsque la propriété des biens mobiliers ne peut pas être identifiée de façon certaine, il est fait droit aux dires du mari, appuyés par serment, s'il s'agit d'objets d'un usage habituel aux hommes et vice-versa (art. 84). Envisageons l'inégalité juridique de la femme comorienne, puis les droits propres à la femme comorienne, avant d'aborder la condition juridique différenciée de la femme et le droit international.

■ L'INÉGALITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME COMORIENNE

La tutelle matrimoniale, la polygamie et la répudiation font ressortir de façon flagrante l'inégalité juridique de la femme comorienne.

L'art. 21 dispose : « le mariage est passé entre le tuteur matrimonial de la jeune fille (le wali) et le futur époux ou son mandataire, devant le juge compétent »[18]. Exclusive pour la future épouse, la tutelle matrimoniale montre l'inégalité de la femme et se rattache à un système qui tente de concilier l'autorisation du wali et la liberté de consentement au mariage de la femme. Dans la sourate XXX, verset 21, le Coran fonde le mariage sur l'amour et la bonté entre l'homme et la femme, ce qui prescrit l'interdiction du mariage forcé. Néanmoins seul le tuteur de la femme a la capacité juridique pour engager le mariage avec l'époux[19], ce qui est l'antithèse de l'art. 146 du code civil qui prescrit le consentement au mariage par les futurs

---

[16] Selon l'opinion de Monaécha Cheick, ancienne Ministre de l' Education Nationale, Présidente du Réseau Femme, Enseignante - chercheuse en linguistique comorienne, Université des Comores, courriel adressé à l'auteur le 9 septembre 2006.

[17] Sont qualifiés comme tels : « 1. la cohabitation, l'assistance, le respect mutuel et la fidélité ; 2. le traitement avec bienveillance ; 3. les droits de famille et les droits de succession ; 4. le respect des ascendants de son conjoint ».

[18] L'art. 22 définit dans l'ordre décroissant les bénéficiaires de la tutelle matrimoniale : « le père, le grand père paternel, le frère de même père et de même mère, le frère de même père[...]. Les fonctions de wali ne sauraient s'exercer pour un bénéfice personnel » (art. 32).

[19] Minhadj at-tâlibîn, « Du Mariage », Livre XXXIII, p. 318.

époux. Toutefois, selon un arrêt de la Cour d'appel d'Alger, du 6 mars 1950, un mariage sans consentement de la future épouse est nul car il faut associer à l'accord du tuteur matrimonial le consentement de la future épouse. Cet arrêt a été interprété par la doctrine comme remettant en cause, après la Constitution du 27 octobre 1946, le droit canon de la contrainte matrimoniale ou Idjbâr[20] qui fut appliqué aux Comores[21]. Si l'art. 20 du code prévoit les consentements à mariage « fermes, inconditionnels et libres », l'art. 23 exige l'« autorisation du wali » et le « consentement de la femme ». Deux cas de figure se présentent : l'absence de consentement de la femme au mariage et le refus d'autorisation du tuteur au mariage. Dans le premier cas de figure, « en cas de premier mariage », le wali ne peut pas obliger la jeune fille à se marier sans son consentement (art. 23). En cas de remariage, le juge chargé de la célébration peut se dispenser de l'autorisation si le wali s'y oppose (art. 25). Dans le second cas de figure, seule l'opposition « abusive » du wali au mariage peut être contournée par le juge (art. 24). Dans ces conditions, le choix du conjoint pour la femme reste délicat.

L'acceptation explicite de la polygamie consacre clairement l'inégalité de la condition de la femme. Bien que le phénomène paraisse en régression aux Comores[22], il n'en demeure pas moins que cette institution est un facteur d'instabilité familiale[23]. Sa critique n'est pas récente [24]. Le code a eu pour ambition de la contrôler sans la proscrire. L'art. 49 dispose explicitement que : « L'homme ne peut contacter un nouveau mariage s'il a un nombre d'épouses égal à quatre ». Un tel mariage est nul et de nul effet (art. 50) auquel peuvent s'opposer les épouses (art. 52) ; il s'agit d'un cas d'adultère pouvant donner lieu à demande de divorce par les épouses (art. 77). Toutefois il ne donne pas lieu à l'amende punitive d'au moins 1 000 000 FC qui ne sanctionne que les mariages prohibés pour cause d'inceste réel ou symbolique (art. 43 à 47). Comme le veut le Coran, sourate IV, verset 129, il est posé que le mari polygame est tenu de traiter son épouse « en parfaite égalité avec les autres épouses » (art. 54). Comment toutefois établir la parfaite égalité ? Dans la version préalable du code, il était posé que chacune des premières épouses avait un droit de recours au cadi ou au juge : « aux fins de prouver que leur mari n'a pas la possibilité d'entretenir un nouveau foyer » (art. 25). Cette disposi-

---

[20] En ce sens, Paul Guy, *Cours de droit musulman*, Polycopie de la Cour d'appel de Madagascar, 1951, p. 99. Selon cet arrêt : « Le droit reconnu au père par le rite malékite - aussi appliqué selon le rite chaféite - de marier sa fille vierge et nubile et non émancipée, n'est pas absolu mais doit être associé, dans tous les cas, au consentement de celle-ci, à défaut de quoi le mariage est nul ».

[21] Pour une description du droit d'Idjbâr dans le droit canon comorien : Ahmed Ben-Ali, « Evolution du principe de la contrainte matrimoniale ou droit d'Idjbar », *TAREHI, Revue d'histoire et d'archéologie*, 2001.52.

[22] En ce sens, M. Djaffar, « La polygamie reste pratiquée, même si elle recule depuis une vingtaine d'années du fait de l'évolution des mentalités mais aussi pour des raisons matérielles, les hommes n'ayant généralement pas les moyens financiers d'entretenir plusieurs femmes. Il est bien entendu impossible d'interdire la polygamie du jour au lendemain », Compte rendu analytique, *Comores*, CRC/C/SR.666, 17 novembre 2000, § 20.

[23] Mohamed Charfi, *Islam et liberté. Le malentendu historique*, Albin Michel, 1998.69. Pour l'auteur, l'homme a un droit un nombre illimité d'épouses puisque la seule contrainte vise la possibilité d'avoir quatre femmes en même temps : « Le polygame peut à tout moment répudier une de ses quatre femmes pour dégager un 'poste' qu'il fera occuper par une nouvelle épouse ... ».

[24] Attoumane BOINA ISSA, *Impact des relations de genre sur la participation de la femme dans le processus de développement aux Comores*, PROJET FNUAP/BIT/COI/98/PO2 /PDG, Moroni, 2000 : « On remarquera ici que l'incidence de la polygamie est négativement corrélée avec l'instabilité des unions (plus la proportion de polygames est importante dans une île, moins la proportion de mariages rompus par le divorce est élevée sur cette île), à croire que la mobilité conjugale constitue pour les hommes comoriens un substitut moins coûteux à la polygamie et/ou que la polygamie résulte essentiellement des difficultés (de diverses natures) rencontrées par le concerné pour rompre le ou les mariages qu'il a déjà contractés. Ainsi, le législateur devrait s'attaquer aux deux phénomènes (la polygamie et les répudiations faciles) à la fois s'il veut réduire le désordre qui caractérise le marché matrimonial comorien ».

tion a disparu et elle ne subsiste que de façon indirecte[25]. Cela signifie que le mariage polygame est valable même s'il entraîne une baisse de revenus pour les épouses dès lors qu'elles sont traitées en parfaite égalité. Le Minhadj at-tâlibîn indique que le partage des faveurs maritales doit se faire également entre les épouses[26]. Sont ainsi réglementées le logement, les visites et la durée de celles-ci aux épouses. L'obligation est faite à l'époux d'« informer sa ou ses conjointes de son désir de fonder un nouveau foyer et la future épouse de sa situation matrimoniale » (art. 27). Selon le Grand Cadi, « la non-information de l'épouse ne peut pas annuler le mariage. Cette information ne devrait pas être une contrainte mais l'expression du respect et de l'entente entre les époux »[27]. Cette obligation d'information n'équivaut pas à un consentement de l'épouse, contrairement à ce que prévoyait la version précédente du code[28], et témoigne sur ce point une mise en cause de la condition féminine aux Comores. Cette obligation d'information n'a pas de vocation préventive. Bien que qualifiée de « formalités substantielles » (même disposition), cette obligation n'est sanctionnée que par l'amende d'au moins 350 000 FC que seul le juge, ayant procédé illégalement à la célébration du mariage polygame, aura à payer (art. 37)[29]. Ainsi l'époux n'ayant pas informé sa ou ses conjointes du nouveau mariage n'est tenu d'aucune amende et le mariage n'est ni nul, ni de nul effet. Seul droit réservé à l'épouse, le droit de demander le divorce en cas de mariage polygame non accepté. L'art. 77 prévoit en effet qu'une femme peut : « demander le divorce si son mari lui a adjoint ou une plusieurs autres épouses »[30]. Pour l'homme, il ne s'agit que d'une sanction indirecte puisqu'elle n'empêche pas le nouveau mariage mais fait perdre à l'homme sa précédente épouse. Pour la ou les précédentes épouses, en revanche, il s'agit d'une prérogative qui fait subir un double préjudice : refus du mariage polygame et demande de divorce. Paradoxalement, il est peut-être préférable que l'époux n'informe pas sa future épouse de sa volonté de prendre une nouvelle épouse. Si celle-ci a néanmoins connaissance de la volonté de son mari, elle peut en tant que « partie intéressée » (art. 37) faire valoir auprès du juge compétent qu'il sera condamné à payer l'amende (même disposition) ce qui peut avoir un effet dissuasif. Néanmoins, aucune voie de droit n'est réservée à l'épouse en cas de violation de l'obligation d'information.

La répudiation de la femme consacre, pour finir, l'inégalité de la femme comorienne. Le mari a la possibilité de répudier sa femme par la procédure dite des « trois twalaka » (art. 65). Prérogative exclusive de l'homme, cette modalité de dissolution du lien conjugal repose sur le pouvoir discrétionnaire de l'époux et n'a pas à être motivée. Du reste, la répudiation, prononcée par badinage ou plaisante-

---

[25] Ainsi l'art. 89 prévoit qu'en cas de séparation dite révocable, le juge fixe le montant de la pension alimentaire en fonction des besoins réels des enfants et de l'épouse.

[26] Minhadj at-tâlibîn, « Du partage des faveurs maritales et de l'insoumission des femmes », Livre XXXV, p. 401 et s.

[27] En ce sens, Grand Cadi, entretien accordé à l'auteur le 8 septembre 2006 par courriel.

[28] Voir M. Djaffar, « le projet de code de la famille dispose que tout mari souhaitant épouser une deuxième femme devra en demander l'autorisation à sa première épouse. L'adoption de ce texte, indispensable à la modernisation de la société comorienne, devrait donc permettre de lutter notamment contre le problème de l'instabilité conjugale », Compte rendu analytique, *Comores*, CRC/C/SR.666, 17 novembre 2000, § 20.

[29] On doit souligner l'étonnement du Grand Cadi qui ne comprend pas le sens de cette règle : « s' il devait y avoir sanction, cette sanction serait à prendre contre l' époux », entretien accordé à l'auteur le 8 septembre 2006 par courriel.

[30] On doit considérer que la nouvelle épouse qui n'aurait pas été informée du statut matrimonial polygame de son époux pourrait invoquer aussi l'art. 77.

rie a toutes les conséquences légales d'une répudiation réelle, selon l'école chaféite[31]. Elle peut être affectée d'une condition résolutoire : « Vous êtes répudiée si cet oiseau est un corbeau » ou « Si vous accouchez, vous êtes répudiée »[32]. Elle prend la forme orale suivante : « Vous êtes répudiée, répudiée, répudiée »[33]. Les conditions qui l'entourent restent limitées puisque aucune condition de fond, donc, ne lui est opposable. Une limite temporelle est opposable : le twalaka prononcé durant la période menstruelle ou la grossesse est « blâmable » (art. 59) et la persistance dans son prononcé peut entraîner une amende de 50 à 100 000 FC. Une condition formelle est opposable : l'état d'ivresse manifeste ou la forte colère enlevant tout ou partie du contrôle n'entraîne pas *ipso facto* l'invalidité du prononcé mais sa validité est laissée à l'appréciation du juge (art. 62). Une condition procédurale est opposable : le twalaka doit être prononcée obligatoirement devant le juge (art. 62) et non simplement devant deux témoins[34]. Le juge, qui n'a pas les moyens de s'opposer à la répudiation, peut néanmoins repousser le prononcé de la répudiation à un « délai raisonnable » (art. 62). Lorsqu'elle est répudiée, la femme ne peut se remarier avec son ex-mari que si elle a contracté entre temps un nouveau mariage avec un autre homme (art. 69). La violation de cette règle civile est sanctionnée par le délit de zina, dit de fornication qui sanctionne l'adultère (art. 71 du code de la famille prévu à l'art. 336 du code pénal comorien). La dissolution du lien conjugal entraîne l'octroi d'une pension alimentaire pour les enfants et leur mère durant le délai de viduité (art. 90).

La procédure des trois twalaka emporte rupture du lien conjugal. Elle s'oppose à la procédure du twalaka simple ou double, de nature révocable, qui ne l'emporte pas (art. 88). Cette situation entraîne pour la femme une retraite légale de continence à l'expiration de laquelle le mariage est définitivement dissout (art. 67) si l'époux n'exerce pas son droit de révocation du twalaka simple ou double dans ce délai (art. 79). Ce délai prend l'appellation de « délai de viduité ou retraite de continence » (IDDA) et s'applique tant au cas de la femme simplement répudiée que celui de celle irrévocablement répudiée, de celle qui a pris l'initiative du divorce ou qui est veuve[35]. Le code ne prévoit pas que l'attestation de non-grossesse puisse rompre le délai (contra art. 228 du code civil français). Seul le cas du mariage non consommé et dissout n'oblige pas la femme à respecter le délai de retraite de continence (art. 80). Le twalaka simple ou double est prononcé devant le juge et il fait droit à une pension alimentaire de la femme et des enfants en fonction de leurs « besoins réels » (art. 89).

---

[31] Minhadj at-tâlibîn, « De la répudiation », Livre XXXVII, p. 432.

[32] Voir Minhadj at-tâlibîn, « De la répudiation », Livre XXXVII, p. 446 et p. 459.

[33] En ce sens, Paul Guy, *Cours de droit musulman*, Polycopie de la Cour d'appel de Madagascar, 1951, p. 109. Les twalaka peuvent être écrits ou formulés par signes non équivoques lorsque le mari ne peut ni lire, ni parler (art. 62).

[34] Paul Guy, *Cours de droit musulman*, Polycopie de la Cour d'appel de Madagascar, 1951, p. 113.

[35] L'art. 79 distingue quatre hypothèses : le droit commun, soit un délai de trois menstrues successives ; le cas de la femme ménopausée, soit trois mois ; le cas de la veuve, soit quatre mois et dix jours ; le cas de la femme enceinte : soit l'accouchement.

LES DROITS PROPRES À LA FEMME COMORIENNE

Pour compenser l'inégalité qui lui est faite, la femme dispose de droits qui lui sont propres et qui tiennent à la dot ou mahar, également don nuptial, que lui doit son mari et à la faculté qui lui est donnée de demander le divorce.

Les dispositions relatives à la dot forment un ensemble très structuré et protecteur et sont l'expression d'une condition « avantageuse » de la femme. Le don nuptial est versé à la seule épouse, à l'exclusion de toute autre personne, dont le tuteur matrimonial, préalablement à la consommation du mariage. La dot est un bien, sans minimum ni maximum évaluable en argent, qui exprime : « le désir ferme de contracter mariage en vue de créer un foyer » (art. 28). Elle est octroyée sans réciprocité de quelque nature que ce soit, puisque l'époux n'est pas fondé à exiger de sa future épouse un : « apport quelconque de meubles, literies, effets vestimentaires en contrepartie de cette dot » (art. 29). Le montant et le contenu de la dot sont fixés lors de la conclusion du mariage. Le don nuptial n'est pas à proprement parler une condition du mariage puisque son non-versement n'est pas une cause d'empêchement du mariage, ni une cause de dissolution du lien conjugal. La doctrine ne l'analyse pas non plus comme un effet du mariage[36]. Il s'apparente plutôt au droit dont le mari s'acquitte pour consommer le mariage. En effet : « la femme peut refuser à consommer le mariage tant qu'elle n'a pas reçu la dot même en partie en seulement » (art. 28). A l'inverse, le refus de l'épouse de consommer le mariage, alors que le don nuptial est versé, entraîne sa restitution. La dot est contractualisée entre le mari et le tuteur mais la future épouse peut y renoncer expressément (art. 28). La dot est une dette due même en cas de séparation, qui s'étend aux héritiers de l'époux décédé même si le mariage n'a pas été consommé (art. 30). La moitié de la dot reste due en cas de non-consommation du mariage et de répudiation de la femme si son montant a été préalablement fixé (art. 31).

Les art. 72 et s. établissent le droit du divorce sur demande de l'épouse, devant un juge, un droit que n'a pas le mari qui ne peut se séparer de sa femme que par la répudiation. Pour obtenir le divorce, l'épouse doit invoquer des motifs précis, contrairement à l'époux qui n'a pas à motiver sa répudiation. Ces motifs sont le défaut d'entretien (faskh) ; l'absence prolongée sans contact manifeste avec l'épouse (qui se définit comme la vie dans un lieu séparé depuis plus de 6 mois) ; les sévices et un nombre de cas limités, comme l'apostasie, l'homosexualité, l'impuissance, la polygamie non consentie (art. 73, 74, 76, 77). Ces motifs s'analysent en des fautes que l'épouse peut reprocher à son mari et qui justifient son droit de demander le divorce. Deux autres cas de divorce se présentent. Le premier a une nature objective : il vise la séparation pour démence ou maladie grave qui rend impossible la communauté de vie et il est ouvert à n'importe lequel des deux conjoints (art. 75). Le second revêt une dimension subjective : il s'agit du droit de la femme de demander le divorce sans motif légal moyennant une indemnité compensatrice dite khol. En un sens, la femme se voit offrir un droit au rachat de son statut matrimonial. L'indemnité compensatrice versée par la femme à son mari n'a ni minimum ni maximum et elle appréciée en rapport aux revenus de la femme ou de la dot qu'elle a reçue (art. 78). Une symétrie s'impose donc entre le don nuptial

[36] Paul Guy, *Cours de droit musulman*, Polycopie de la Cour d'appel de Madagascar, 1951, p. 107.

versé par l'homme pour consommer le mariage et le droit de rachat de la femme qui justifie le divorce.

LA CONDITION JURIDIQUE DIFFÉRENCIÉE DE LA FEMME COMORIENNE ET LE DROIT INTERNATIONAL : INÉGALITÉ OU DISCRIMINATION ?

L'expression d'inégalité de la condition juridique de la femme comorienne a été utilisée jusqu'à présent. Mais est-il approprié d'utiliser le terme d'inégalité au lieu de celui de discrimination ? Le terme inégalité fait référence au droit musulman et aux pratiques sociales qui l'entoure. En droit international, il ne fait guère de doute, à l'inverse, qu'il s'agit de pratiques discriminatoires qui sont comme telles inacceptables. Du reste, certains observateurs locaux sont conscients du conflit de normes. Ainsi, « Les femmes militantes se rendent compte que le code ne fait pas la promotion des droits de la femme contenus dans la 'Convention Internationale contre toute forme de discrimination à l'Egard des Femmes' ratifiée par les Comores »[37]. Mais comment résoudre le conflit normatif ? « Je pense que le code de la famille en pays musulman ne peut que s'inspirer de la charia ce qui n'est pas compatible avec le droit moderne international. Le problème est que les femmes comoriennes ne sont pas prêtes à lutter contre la charia qui fait que l'homme est supérieur à la femme (un témoin mâle en vaut deux femmes) ; ce sont en quelque sorte des dogmes liés à notre religion qu'on ne peut ni expliquer, ni défaire »[38].

L'engagement international de l'Union des Comores demeure très limité : ni la Convention relative à l'élimination de toute forme de discrimination raciale (1965), bien que signée, ni les deux Pactes (1966), ni la Convention contre la torture (1984) ne sont ratifiés par l'État comorien. Seuls font l'objet de ratification la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes (1979) et la Convention relatives aux droits de l'enfant (1989) [39], ainsi que - au niveau régional - la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981). Logiquement, le Comité des droits de l'enfant enjoint les Comores à ratifier les conventions internationales relatives aux droits de l'homme[40]. Surtout, l'État comorien n'a jamais répondu à l'obligation de rapport sur la mise en oeuvre de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes et de la Charte africaine en droit comorien. Dans ces conditions, les dispositions internationales pertinentes restent au mieux en suspens, sinon lettre morte. Ainsi en est-il de l'article 16 de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes qui prévoit l'égalité de l'homme et de la femme, dans les rapports familiaux, en ce qui concerne : « le même droit de contracter

---

[37] Selon l'opinion de Monaécha Cheick, ancienne Ministre de l' Education Nationale, Présidente du Réseau Femme, Enseignante - chercheuse en linguistique comorienne, Université des Comores, courriel adressé à l'auteur le 9 septembre 2006.

[38] Selon l'opinion de Monaécha Cheick, *op. cit.*

[39] La ratification de la CEDAW est intervenue le 31 octobre 1994 ; son entrée en vigueur remonte au 30 novembre 1994. Le protocole additionnel à la CEDAW, qui autorise à porter des plaintes contre l'État par les particuliers, n'a pas été ratifié. La Convention sur les droits de l'enfant a été ratifiée le 22 juin 1993 ; elle est entrée en vigueur le 21 juillet 1993. Pour une présentation du droit des droits de l'homme aux Comores : Rajendranuth Loljeeh, "Comores", in Paul Tavernier dir., *Recueil juridique des droits de l'homme en Afrique*, Bruylant, 2005, pp. 1059-1080.

[40] Comité des droits de l'enfant, *Observations finales*, Comores, 23 octobre 2000, §§ 7-8, CRC/C/15/Add.141.

mariage ; le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement ; les mêmes droits et mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution ».

On pourrait suspecter cette Convention des Nations unies d'« occidentalisme ». Mais le protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (juillet 2003) établit des règles analogues. Ainsi l'article 6 dispose : « Les États veillent à ce que l'homme et la femme jouissent de droits égaux et soient considérés comme des partenaires égaux dans le mariage. A cet égard, les États adoptent les mesures législatives appropriées pour garantir que : a) aucun mariage n'est conclu sans le plein et libre consentement des deux ; b) l'âge minimum de mariage pour la fille est de 18 ans ; c) la monogamie est encouragée comme forme préférée du mariage. Les droits de la femme dans le mariage et au sein de la famille y compris dans des relations conjugales polygamiques sont défendus et préservés » et l'article 7 dispose : « Les États s'engagent à adopter les dispositions législatives appropriées pour que les hommes et les femmes jouissent des mêmes droits en cas de séparation de corps, de divorce et d'annulation du mariage. A cet égard, ils veillent à ce que : a) la séparation de corps, le divorce et l'annulation du mariage soient prononcés par voie judiciaire ; b) l'homme et la femme aient le même droit de demander la séparation de corps, le divorce ou l'annulation du mariage ; c) en cas de divorce, d'annulation du mariage ou de séparation de corps, la femme et l'homme ont des droits et devoirs réciproques vis-à-vis de leurs enfants. Dans tous les cas, la préoccupation majeure consiste à préserver l'intérêt de l'enfant ; d) en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage, la femme et l'homme ont le droit au partage équitable des biens communs acquis durant le mariage ». Est-il envisageable qu'un État musulman fasse des choix plus progressistes ? L'exemple marocain de la Moudawana, 2003, le montre amplement. Ainsi la tutelle de la jeune fille a disparu ; la polygamie doit être autorisée par le juge lorsque la femme n'a pas conditionné son mariage à la monogamie ; la répudiation est soumise à l'autorisation du juge ; la femme peut demander le divorce sans avoir à prouver les 'préjudices subis'. Dans ces conditions, le code comorien de la famille mérite assurément une nouvelle rédaction pour gommer les discriminations dont fait l'objet la femme comorienne.

III. PROBLEMES ET PARADIGMES THEORIQUES

CULTURES JURIDIQUES ET AMÉNAGEMENT JURILINGUISTIQUE EN AFRIQUE

Camille Roger Abolou
UFR Communication, milieu et société, Université de Bouaké, Côte d'Ivoire
Courriel : abolou_cr@yahoo.fr

Revue ASPECTS, n° 1 - 2008, pages 115-131

Résumé : L'intérêt de la culture juridique dans les rapports jurilinguistiques n'est pas nouveau. Cependant l'intelligibilité d'une relation entre droit et langue en Afrique reste un domaine en friche dans le contexte de la mondialisation. Le présent article essaie de s'en prendre à ce vide réflexif en interrogeant particulièrement les contextes et enjeux socio-linguistiques dans le travail de restructuration de l'État de droit ou des droits. Dès lors, ils soulèvent la méthodologie d'aménagement jurilinguistique qui est à la fois d'ordre juridique (ontologie, logique) et d'ordre linguistique (terminologie culturelle et traduction) dont leur résolution incitera à l'émergence d'une citoyenneté véritablement africaine et essaiera de tirer profit par la réduction de la pauvreté, l'éducation à la citoyenneté, la promotion de l'égalité des sexes, la protection de l'environnement, l'alphabétisation juridique, etc.

Mots-clés : Culture juridique, aménagement, jurilinguistique, insécurité linguistique, acculturation juridique, légitimité, légalité

INTRODUCTION

La relation entre droit et langue a été, depuis des siècles, une préoccupation majeure chez bien des chercheurs de tous horizons. Les recherches reposaient essentiellement sur la rationalité[1], sur la socialité et sur la codification[2] des us et coutumes ou du droit. L'ordre juridique était appréhendé, par conséquent, comme un ordre social (il reflète la norme sociale d'un point de vue synchronique ou diachronique et intègre sa rationalité)[3] et comme un ordre linguistique (car lié aux textes juridiques de nature écrite ou orale).

---

[1] Carbonnier, J., *La sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978.

[2] Bourcier, D., Mackay, P., (dir), *Lire le droit. Langue, texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992.

[3] Certains auteurs voient dans l'ordre juridique un ordre rationnel contenu dans l'ordre social. Pour M., Weber, dans *Sociologie du droit*, Paris, 1986, l'ordre social peut être cerné selon quatre déterminants : l'irrationnel habituel (la tradition) (je le fais parce que cela se fait), l'irrationnel effectif (je le fais parce que j'aime ça), le rationnel objectivé (je le fais parce que les autres vont me récompenser) et le rationnel valorisé (je le fais parce que c'est bien de le faire). Les deux derniers déterminants montrent que l'ordre juridique est aussi un ordre rationnel. La rationalisation du droit, en tant que processus historique, va s'accentuer avec l'économie du marché. Pour A., Aarnio, dans *Le rationnel comme raisonnable. La justification du droit*, Paris, L.G.D.J., 1992, la rationalité juridique (l'acceptabilité rationnelle) est une

Cette relation dyadique entre droit et langue en Afrique, continent multilingue, démasque la complexité de l'ordre juridique. Car, les cultures africaines, supportées par les multiples langues africaines, véhiculent d'ordinaire des cultures juridiques traditionnelles de nature orale. De même, les États africains « importés »[4], ont hérité d'un droit moderne qui impose et dissémine des axiologies juridiques portées par les langues coloniales comme la démocratie, les droits de l'homme, les droits humains, la citoyenneté, etc. Dès lors, le citoyen africain est confronté en général à deux cultures juridiques différentes dont l'appropriation différenciée et/ou différentielle impose deux voies linguistiques du droit caractérisant la complication des situations juridiques[5] en Afrique noire.

Lorsqu'on parle de culture juridique, on se réfère à deux sources de droit : le droit coutumier et le droit civiliste. Le droit coutumier africain organise les coutumes autochtones des communautés traditionnelles ou des groupes ethniques. Ces coutumes sont un ensemble multiforme de règles tacites et contraignantes qui ont force de loi sur leurs membres. Le droit coutumier, système de droit non écrit, a selon Tempels, une valeur ontologique et morale[6]. Le droit civiliste apparaît avec l'avènement de l'État moderne, depuis l'État colonial jusqu'à l'État postcolonial. C'est un ensemble de lois écrites qui codifie, rationalise une société de citoyens et draine des valeurs morales universalisantes d'une contrée à une autre (le monde arabe selon les régimes). Ces deux sources de droit interfèrent l'une avec l'autre en Afrique dans les situations sociales diverses (administration, tribunal, école, foncier, etc.). Elles révèlent des « silences » juridiques et judiciaires qui semblent garantir régulièrement un État de droit, déprécier par moments et par endroits les droits coutumiers (plus précisément dans les pays africains francophones très portés à l'intégration de ces deux sources) au travers des ambiguïtés juridiques tenaces dans certains codes tels le droit de propriété, le droit foncier, le droit successoral, etc.

Les cultures juridiques en Afrique paraissent de cette façon imposer aux pouvoirs des politiques d'aménagement jurilinguistique[7] qui consistent essentiellement à donner la capacité aux citoyens sans exception de dire le droit local ou officiel et d'utiliser ses connaissances dans la vie quotidienne. Cela implique, à coup sûr, des activités de terminologie culturelle et de traduction (du droit traditionnel au droit moderne et inversement).

Dans un premier temps, je tenterai de définir et d'expliquer les cultures juridiques en Afrique noire dans un contexte sociolinguistique. Dans un second temps, je dégagerai quelques bases d'une politique d'aménagement jurilinguistique de ces cultures juridiques.

---

rationalité communicationnelle fondée sur la confrontation des arguments (l'argument est le meilleur des faits), voire l'inférence juridique. Pour lui, l'ordre juridique doit dépendre des justifications qui prennent ancrage dans la réalité sociale pour garantir la sécurité juridique du justiciable.

[4] Lire B., Badié, *L'État importé*, Paris, Fayard, 1992.

[5] Les situations juridiques sont éminemment des situations sociales. Je l'utilise ici pour caractériser les situations où se déploie le droit dans les espaces formels (tribunaux, entreprises, organisations, postes de police, mairies, conseils généraux, etc.) et dans les différents codes (foncier, rural, fiscal, etc.).

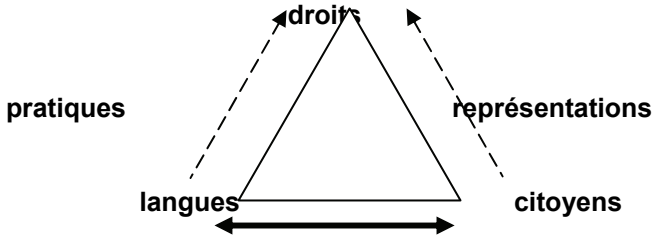
[6] Tempels, P., *La philosophie Bantu*, Paris, Présence africaine, 1965.

[7] La jurilinguistique, en tant qu'étude scientifique des rapports entre le droit et le langage, est née au Canada dans les années 1970. Elle peut être considérée comme une branche de la sociolinguistique.

LES CULTURES JURIDIQUES : CONTEXTES ET ENJEUX SOCIOLINGUISTIQUES

Le droit est un des éléments culturels comme la langue. Il normalise les totalités culturelles. En Afrique, les droits coutumiers sont mis en oeuvre par environ 2000 langues[8] africaines parlées par 750 millions de citoyens. Ces langues de nature vernaculaire et véhiculaire, représentant 30% des 6000 langues parlées dans le monde, sont utilisées sous l'arbre à palabre, dans les tribunaux traditionnel et moderne, etc. pour régler et réglementer les situations sociales complexes et connexes. A ces droits coutumiers ou traditionnels, sont superposés des droits modernes (droit civiliste ou *common law*) pratiqués dans les langues coloniales telles le français, l'anglais, le portugais, l'espagnol, pour ne citer que ces quatre langues. Deux situations jurilinguistiques courantes s'érigent : le droit traditionnel, s'exprimant au travers des langues africaines, instaure le pluralisme juridique (chaque groupe linguistique a son propre système juridique) et le droit moderne, porté par les langues coloniales, développe le monologisme juridique.

Les sociétés africaines sont ainsi des sociétés plurilingues autour desquelles se structurent et se hiérarchisent des cultures juridiques qui constituent des points d'achoppement entre les représentations et les pratiques juridiques. Soit la représentation ci-dessous :



Dans cette représentation, on peut déceler deux décalages : le décalage entre les citoyens africains et les droits traditionnels et/ou modernes mettant en point de mire les représentations juridiques et le décalage entre les langues en présence et les droits en vigueur devisant les pratiques juridiques aux travers des discours.

Les représentations juridiques

Les représentations juridiques sont la façon dont les citoyens africains issus de langues diverses pensent leurs droits, comment ils se situent par rapport aux autres droits et/ou au droit des « autres ». Parmi ces représentations, on peut citer à la suite de Calvet[9] des déterminants tels que : les jugements sur le droit et sa mise

[8] Grimes, B. F., (ed.), *Ethnologue. Language, in the world.*, Dallas-Texas, SIL, 1996, [http:/www.sil.org/ethnologue], consulté le 20 avril 2004.

[9] Calvet, L.-J., *Pour une écologie des langues du monde*, Paris, Plon, 1999, p. 158.

en signe, les attitudes sur les discours juridiques et les conduites linguistiques tendant à mettre le droit en accord avec les jugements et les attitudes. Tous ces déterminants se rapportent en général à deux mondes du droit : le droit civiliste et le droit coutumier. Ces deux mondes stigmatisent des systèmes juridiques ou des univers de croyance[10] où les citoyens africains sont confrontés à l'application stricte ou lâche des règles de nature orale ou écrite. Plançon[11] les définit en terme de décor de la sorte : « *[…] le décor est le cadre constitué par ce qui est présenté comme le droit de telle ou telle société, en terme technique, ce qu'on appelle le droit positif ou posé, les lois, les règlements, tous les textes susceptibles d'être appliqués à un moment donné dans une société humaine. ».*

Le droit coutumier, selon Tempels[12], a pour fondement le règlement des problèmes sociaux d'ordre civil ou criminel par l'entremise des normes sociales en vigueur dans une société donnée. Ce sont des droits aux contenus divers que l'anthropologie juridique s'est donnée les moyens de connaître. Or, l'anthropologie juridique qui a pour objectif, selon Rouland[13], de « […] *parvenir à une meilleure connaissance de l'altérité juridique saisie à la fois dans le passé et dans le présent, dans les sociétés traditionnelle et industrialisée »,* ne peut se départir des réalités linguistiques et ontologiques des citoyens africains. Le langage, en tant que bien symbolique, a une existence institutionnelle qui n'échappe pas à l'identification de ses rapports avec les fondements du droit. Les communautés linguistiques coexistent donc avec une pluralité de représentations juridiques jugulée par des jurisignes[14] « pacificateurs » de natures linguistique ou non linguistique tels le *tukpɛ* (en langues kru ivoiriennes) « parenté à plaisanterie », l'igname, la cola, etc. Les langues africaines, même si elles ne décalquent pas les droits coutumiers[15], demeurent leurs instruments linguistiques indéniables. Dès lors, les langues africaines mettent en branle le pluralisme juridique qui est, selon Vanderlinden[16], « *[…] la soumission simultanée d'un individu à une multiplicité d'ordonnancements juridiques.*».

Le droit civiliste rend compte de la vie morale du monde occidental. Selon Legrand[17], *« [cette] moralité se construit déductivement en ce sens que les règles qui la fondent interviennent avant les pratiques qui en feront l'application ultérieure* ». La plupart des États africains ont procédé à des décisions unilatérales d'érection d'une ou des langue(s) coloniales en langue(s) officielle(s). Les langues coloniales, quant à elles, deviennent automatiquement dans la plupart des constitutions des langues officielles ou langues d'État[18]. Dans la constitution ivoirienne de 2000, par exemple, il est stipulé en son article 29 que « *La langue officielle est le français. La*

---

[10] Martin, R., *Langage et « croyance »*, Bruxelles, Mardaga, 1985.

[11] Plançon, C., « Culture juridique », in Bisanwa, J. et Tétu, M., *Francophonie en Amérique*, Actes de colloque, Québec, CIDEF-AFI, 2005, p. 223.

[12] Tempels, P., *op cit.*

[13] Rouland, N., *Anthropologie juridique,* Paris, PUF, 1988, p. 155.

[14] Kouamé, K., *op. cit.,* p. 217.

[15] Selon G. Mounin, dans son ouvrage intitulé *Clefs pour la linguistique*, Paris, 10/18, 2000, les langues ne décalquent pas la réalité.

[16] Vanderlinden, J., « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique. », in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1993-2, p. 582.

[17] Legrand, P., *Le droit comparé*, Paris, PUF, Que sais-je?, 1999, p. 88.

[18] Matala-Tala, L., « Unilinguisme ou multilinguisme official en droit comparé : le cas de certains pays africains », in *Actes de colloque, Rennes*, [http:/www.droitconstitutionnel.org/ColloqueRennes/Matala-Tala/Matala-Tala.doc], consulté le 16 déc. 2006.

loi fixe les conditions et le développement des langues nationales » *(Journal officiel)*. Les langues coloniales se confinent naturellement dans les fonctions d'unification politique dans bien des pays africains. Alors que les langues africaines, quant à elles, sont considérées comme un danger à la centralisation politique de l'autorité de l'État. Ngugi[19] rejette énergiquement cette conception en ces termes : « *Il y a une obsession du monolinguisme vu comme la forme originelle de l'intercompréhension humaine. L'ère chrétienne a été longtemps hantée par l'image de la tour de Babel. Les gens voyant plusieurs langues comme un péché disaient "Non, nous devons avoir une seule langue"* ». C'est une posture théorique qui corrobore celle de Timsit sur le plan juridique. Pour cet auteur, le monologisme juridique est : « *[…] l'existence d'une logique unique, unitaire, verticale et hiérarchique à l'oeuvre au sein des systèmes normatifs. C'est elle qui, encore aujourd'hui, pour l'essentiel, fonde les systèmes de droit contemporains et permet de rendre compte de phénomènes dont nous sommes tellement familiers qu'il ne nous vient même plus à l'esprit de nous interroger sur leurs implications* »[20].

Ces deux mondes de droit créent des tensions souples ou rigides selon les lieux et moments entre le multilinguisme et le monologisme juridique, entre l'État africain et ses citoyens aux langues diverses lors de leur mise en œuvre dans les situations sociales. Le régime colonial, selon Kuruk[21], a instauré un système double ou parallèle de tribunaux et de lois dans les pays africains : les pays anglophones tels le Ghana, le Malawi, etc. ont conservé les doubles systèmes juridiques (droit coutumier et *common law*) ; les pays francophones, quant eux, ont intégré le droit coutumier dans le droit civiliste. Par ailleurs, pour Kouvouama[22], la problématique individu-communauté (principe individuel et principe communautaire) dans la gestion de la cité se radicalise dans des situations juridiques telles le droit de succession (le neveu (et non le fis du père) hérite du père dans les sociétés matrilinéaires), le droit de propriété (la terre dans la plupart des communautés traditionnelles appartient à la famille et non à l'individu)[23], le droit foncier, etc. Toutes ces tensions produisent des illusions juridiques selon lesquelles il y a un décalage entre le droit et son effectivité. Pour Plançon[24] *« […] le droit ce n'est pas seulement cela. Il recouvre une réalité beaucoup plus complexe et souple, et surtout pas forcément en concordance exacte avec ce qui est contenu dans le discours.* ».

■ Les pratiques juridiques

Les pratiques juridiques se résument aux productions discursives des professionnels du droit, à la façon dont les citoyens africains ordinaires disent et exercent le droit, ou à la manière dont ils adaptent leurs discours aux systèmes juridiques en présence. D'une autre manière, les pratiques des Africains parlant au moins deux langues (vernaculaire et/ou véhiculaire et officielle), issues des mondes du droit

---

[19] Wa Ngugi, T., "African Languages and Global Culture in the Twenty-first Century", in CHERLY B. (et al.) (éds), *African Visions*, Hofstra University Press, 2000, p. 160.

[20] Timsit, G., cité dans E., Le Roy, « La culture du pluralisme juridique est-elle soluble dans la criminologie ? Un point de vue anthropologique », in *Table ronde*, Besançon, AFC, 1998.

[21] Kuruk, P., « Le droit coutumier africain et la protection du folklore », in *Bulletin du droit d'auteur*, vol. XXXVI, n°2, 2002, pp. 4-35.

[22] Kouvouama, A., *Modernité africaine. Les figures du politique et du religieux*, Paris, PAARI, 2002, p. 30.

[23] En Côte d'Ivoire, sous le régime d'Houphouët Boigny, la terre appartenait à celui qui la mettait en valeur. Cette clause a créé des conflits fonciers entre autochtones et allogènes, entre individu et communauté, entre État et autochtones dans la plupart des régions ivoiriennes situées en basse côte.

[24] Plançon, C., *op. cit.*, p. 223.

différents, reposent essentiellement sur la confrontation et/ou l'interpénétration de deux systèmes juridiques qui fourmillent de dispositifs jurilinguistiques aux niveaux de l'acculturation juridique et du transfert du droit.

L'acculturation juridique, selon Alliot[25] est une « *[…] transformation globale d'un système juridique due au contact d'un système différent.* ». Elle est observable dans la zone de contact ou interférentielle des systèmes juridiques. Elle produit des jurisignes qui sont, selon Kouamé[26], des lexèmes[27] juridiques fondés sur les conditions de différence, de référence et de communicabilité. Parmi ces jurisignes, on peut distinguer les emprunts et les calques juridiques.

L'emprunt juridique est un lexème tiré du droit civiliste qui est passé dans l'usage du droit coutumier. Il intègre le système phonologique et morphologique de la langue de l'usager. Prenant le cas du baoulé, Kouamé[28] dresse une liste de jurisignes empruntés au français relatifs aux domaines de l'administration, de la circulation, de la politique, de l'état-civil, etc. Soit le tableau 1 ci-dessous :

Domaines	**Français**	**Baoulé**
Justice	avocat	afuca
	tribunal	tromidali
	justice	zutisi
administration	mairie	meli
	représentant	blisantan
	gouvernement	govlemdeman
sécurité	police	polisi
	permis	pelmi
	accident	assidan
politique	candidat	Kandida
	président	pledan
	vote	vote
état-civil	carte d'identité	kadante
	carte de séjour	Kati sezu
	Jugement supplétif	zuzeman

Tableau 1. Cf. Kouamé (2005 : 308-311)

[25] Alliot, M., « L'acculturation juridique », in Poirier, J. (dir.) *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, 1968, p. 1180-1236, p. 1181.

[26] Kouamé, K., *Le discours juridique du baoulé. Analyse sociolinguistique*, Thèse de doctorat unique, Abidjan, Université de Cocody-Abidjan, 2005, p. 217.

[27] Les lexèmes sont des unités lexicales. Ils peuvent avoir la forme d'un syntagme figé (mot composé par dérivation ou par suffixation) appelé selon les auteurs fonctionnalistes synthème.

[28] *Idem.*

Les emprunts dépeignent l'inexistence des termes du droit civiliste dans le stock lexical de la langue emprunteuse. Ils entrent dans un système d'appropriation linguistique au niveau de la forme des lexèmes. Ils symbolisent le contact de deux systèmes juridiques, garantissent l'interférence juridique et oblitèrent le passage d'un système juridique à un autre. C'est un phénomène naturel qui permet aux citoyens africains de se familiariser le plus souvent aux universaux juridiques qui sont des termes universellement partagés dans divers domaines.

Le calque juridique est un lexème du code civiliste traduit dans la langue de l'usager. Il est moulé dans le système sémantique du droit coutumier. Soit le tableau 2 ci-dessous :

Domaines	Français	Baoulé
administration	titre foncier	asie fluwa
	permis de construire	awlo fluwa
	certificat de mariage	Aja fluwa
judiciaire	prisonnier	bisuafue
	garde pénitencier	bisuafue sunianfue
Politique	ambassadeur	kodiwase
état-civil	extrait d'acte de naissance	Awulie fluwa
	agent d'état-civil	fluwa yofue

Tableau 2. Cf. Kouamé (2005 : 342-344)

Les calques mettent en évidence la capacité des communautés linguistiques à s'adapter à des situations nouvelles à cause de la disconvenance des termes juridiques étrangers et de la divergence des situations juridiques. Ils ont des incidences notables sur l'acceptabilité et la conformité du droit de l'autre ou de l'altérité juridique. Dégny Séguy[29] explicite ces incidences de la sorte : « *[…] tout comme durant la période coloniale, les populations restent indifférentes et même hostiles à l'égard du droit français naturalisé. Ils refusent d'observer les règles et de recourir aux institutions étatiques, tout particulièrement de recourir aux juridictions d'État. Ainsi, à l'envahissement du droit dominant, la lex extranea, qui, ayant le support étatique, triomphe sur le plan juridique formel, les droits africains dominés qui, eux, bénéficient de l'appui populaire, opposent une vive résistance.* ». Les calques, introduisant des termes étrangers sous une forme propre au stock lexical de la langue emprunteuse, constitueraient les supports linguistiques de la résistance juridique voire de la renaissance africaine[30].

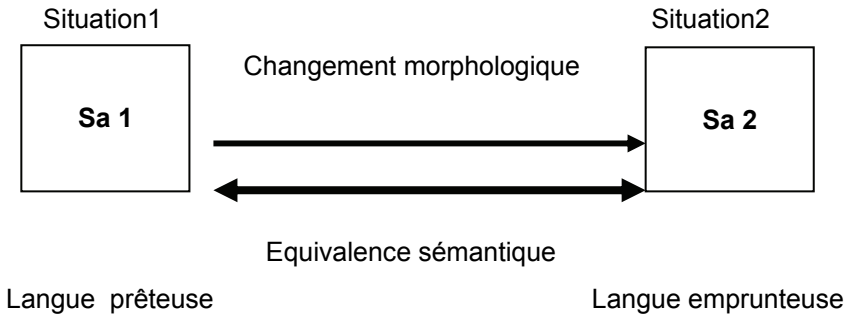
Le transfert de droit se révèle dans les domaines du droit tels que : le droit de succession, le droit civil, le droit foncier, le droit fiscal, etc. C'est un phénomène com-

[29] Dégny Séguy, R., et al., « De l'amour de la loi extranéenne ou la loi en Afrique », in Boulad-Ayoub J. et al. (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques,* Paris, PUL/ l'Harmattan, 1996, p. 453-454.

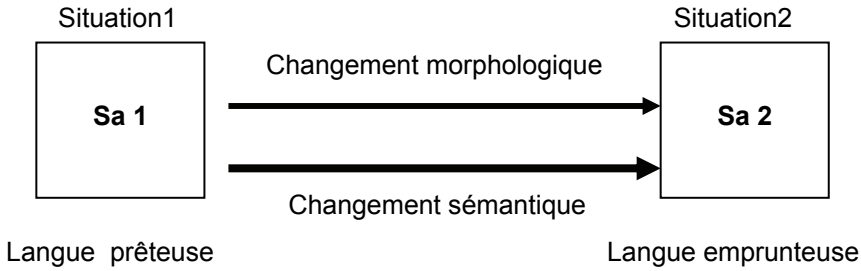
[30] Lire Do-Nascimento, J., et al. (Dir.), *La renaissance africaine et sa prospective*, Paris, Paari, 2001.

plexe qui dichotomise davantage, en Afrique, les situations juridiques : les gouvernants, d'une part et les gouvernés en majorité analphabètes, d'autre part. Il se découvre dans le passage des termes juridiques d'un système à un autre qui se présente, en règle générale, sous deux cas de figure : le transfert de forme (ou de signifiant (Sa)) et le transfert de sens (ou de signifié (Sé)).

Le transfert de forme est le passage du signifiant (la forme) des lexèmes du droit civiliste aux droits coutumiers. Il s'effectue sans transfert de sens par le biais d'emprunts juridiques. La forme de ces emprunts est plus ou moins moulée dans les systèmes phonologique et morphologique de la langue emprunteuse. Dans ce cas, il y a une équivalence sémantique entre le lexème de la langue source (langues prêteuses) et le lexème de la langue cible (langues emprunteuses) comme il est mentionné dans les exemples des tableaux 1 et 2. On dira qu'il n'y a pas transfert de droit. Soit le schéma suivant :



Le transfert de sens est le passage du signifié (le sens) des lexèmes du droit civiliste aux droits coutumiers. Il s'accomplit avec les calques juridiques. Le lexème de la langue source est traduit selon les schèmes de la langue cible. On assiste, dans ce cas, à deux changements importants : le changement morphologique et le changement sémantique. On dira qu'il y a transfert de droit. Legrand[31] souligne en ces termes : « *Il n'y a pas lieu de parler de transfert de droit tant qu'il n'y a pas eu de transfert de sens.* » Soit le schéma suivant :



[31] Legrand, P., « Sur l'analyse différentielle de juriscultures », in *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire,* Société de Législation Comparée, 2000, p. 327.

La mobilité des termes juridiques constitue ainsi l'un des fondements des interférences des cultures juridiques et témoigne de l'universalisation des situations juridiques. Elles mettent en exergue la dualité des conceptions du droit dans le jeu juridique : la conception endogène et la conception exogène. La conception endogène des termes exogènes consiste à faire passer un lexème tiré du droit civiliste dans l'usage du droit coutumier. Elle a trait aux emprunts juridiques. Elle s'effectue fondamentalement par changement morphologique. Elle établit un transfert de forme du droit civiliste au droit coutumier. La conception exogène des termes endogènes se résume à la traduction d'un lexème du droit civiliste en droit coutumier. Elle repose sur les calques juridiques. Elle utilise généralement le stock lexical propre de la langue emprunteuse sans violer les contraintes morphosyntaxique et sémantique[32] (par exemple, en munukutuba, le mot juge de siège correspond à *zuzi ya kiti* (kiti signifiant chaise, tabouret, banc) ; en lingala, le mot démocratie a l'équivalent de *bumbongi* (venant de *mbuta* « notable » et de *nzonzi* « orateur »)[33]. Elle est fondée sur le transfert de sens du droit civiliste au droit coutumier. Dans ces deux conceptions, on assiste, de part et d'autre, à une réappropriation problématique des systèmes juridiques en vigueur. Or, le droit est un prisme dynamique de la norme sociale. Dès lors, comme le souligne Legrand[34] « *[…] le sens d'une règle de droit est intransférable car culturellement fondé ; une règle de droit est là*. ». Les droits foncier, civil et administratif illustrent en partie le caractère conflictuel du transfert de droit en Afrique avec les notions énantiosémiques[35] criminogènes d'usufruit (vendre ou louer la terre), de filiation, d'identité (né du père, du frère du père, de l'ami du père, etc.), etc.

On peut déceler deux enjeux majeurs des pratiques et représentations juridiques sur les plans théorique et méthodologique.

Sur le plan théorique, les langues africaines posent normalement le problème de la légitimité du droit dans les communautés linguistiques diverses. La légitimité définit ce qui doit être, ce qui est ou ce qui est reconnu comme juste. D'une autre manière, elle a trait aux aspirations des acteurs sociaux. Selon Weber[36], les acteurs sociaux accordent à un ordre social une validité légitime car les interactions sociales s'effectuent sous l'effet d'une contrainte plus ou moins consciente et perceptible (traditions, croyances, etc.). Alors que la légalité définit le fait de la loi, la conformité au texte de la loi. Elle réifie la convention sociale, rationalise les règles positives par les opérations de généralisation et de systémisation. Elle se distancie ainsi de la réalité sociale.

En Afrique, le système civiliste est souvent qualifié d'injuste dans des situations juridiques diverses parce que ne répondant pas aux aspirations des sujets et des communautés linguistiques. Il est de cette manière, selon bien des acteurs sociaux africains, illégitime. Il produit, selon les contextes, des violences légales (droit foncier, droit de propriété, etc.) ou des actions informelles (droit commercial, etc.)[37].

---

[32] Hagège, C., *L'homme de paroles*, Paris, Folio, 1986, p. 320.

[33] Ossete, E.-A., « La traduction en langues congolaises de la constitution du 15 mars 1992 : étude d'expérience », in *Penser la francophonie. Concepts, actions et outils linguistiques*, 2005, pp. 128-129.

[34] Legrand, P., *op. cit*., p. 327.

[35] L'énantiosémie consiste à dire une chose et son contraire. Les termes énantiosémiques sont récurrents dans les langues africaines. Lire C., Hagège, *op. cit*.

[36] Weber, M., *op. cit*.

[37] Verna, G., « Légalité-légitimité : les pièges du Tiers monde », in Xardel, D. et Gauthey, F., *Management interculturel : modes et modèles*, Paris, Economica, 1991. Dans le cas du droit foncier par exemple, la négation du droit de

Or, selon Plançon[38], « *La légitimité concerne le droit quel qui soit : qu'il vienne de "l'extérieur", c'est-à-dire qu'il soit effectivement exogène, mais aussi qu'il soit perçu comme "extérieur" – le "droit de l'autre" – même s'il émane des institutions de sa propre société. La légitimité du droit est un facteur essentiel pour la viabilité de la vie en société, tout simplement parce qu'elle induit non pas un sentiment d'obéissance subie mais un sentiment actif de respect des relations juridiques et sociales.* ».

Les représentations et les pratiques juridiques dévoilent la dichotomie classique légitimité du droit et légalité. Les droits coutumiers s'inscrivent dans la légitimité du droit et par voie de conséquence dans son effectivité[39]. C'est l'effectivité des droits locaux qui crée des conflits juridiques latents et virulents à certains moments et endroits entre l'État africain et les communautés linguistiques africaines compte tenu de l'existence de multiples sources de normativité et de l'enchâssement des systèmes juridiques. L'État africain indigénéïsé[40] tend à rejeter le pluralisme juridique issu de ces différentes communautés linguistiques. Car, il s'inscrit résolument dans un monolinguisme d'État régalien conçu autour de la rationalité du droit écrit, soutenu par les textes officiels de la langue dite officielle. Alliot[41] s'offusque en ces termes : « *Le droit des manuels appartient à la sphère des entités éternelles et pures. Il n'en va pas de même du droit réel, souvent source de honte. Pourquoi avoir honte du système réel de la décision politique, administrative ou juridictionnelle ? Les compétitions dont elle est issue ont souvent des objectifs sans rapport avec elle, mais l'appareil décisionnel introduit tant de personnes, de groupes, d'intérêts divers et divergents dans le processus qu'il le démocratise d'une certaine façon.* ». Le droit réifié constitue un instrument de gestion des citoyens africains le plus souvent analphabètes qui appartiennent à des communautés linguistiques plurielles et qui ne peuvent se déposséder de leurs comportements linguistiques et de leurs conduites sociales. Ces Africains, parlant les langues vernaculaires, officiellement reconnues langues nationales dans la plupart des constitutions africaines ou certaines langues véhiculaires africaines, n'exercent véritablement pas le droit officiel car exclus de la culture écrite adéquate. De même, leurs conduites sociales (habitudes, usages, etc.) ne peuvent constituer un ordre légitime[42]. Ainsi, les mécanismes linguistiques de transfert de droit sont mis à rudes épreuves de l'interjuridicité[43], zone interférentielle entre les systèmes juridiques en présence, où transparaissent les emprunts et les calques juridiques.

Sur le plan méthodologique, l'insécurité juridique, en Afrique noire, émerge ainsi comme un facteur de fracture et d'exclusion sociale par la langue. Elle réduit davantage la participation citoyenne. On entend par insécurité juridique, le rapport entre le jugement de la normativité du droit civiliste et l'auto-évaluation du droit

---

propriété des citoyens africains est récurrente. Elle crée des violences légales. Le principe de possession vaut titre (de propriété). Or, la propriété fondée sur le droit coutumier est récusée dans le système civiliste.

[38] Plançon, C., *op. cit*., p. 225.

[39] Lire Lajoie A., et al., « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », in *Les cahiers de droit*, vol. 39, n°4 déc. 1998.

[40] Memel-Fotê, H. et al., « L'État-civil de l'État en Afrique », in *Bulletin du CODESRIA*, 1 et 2, 1999.

[41] Alliot, M., « Anthropologie et juristique (sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit) », in *Bulletin de liaison de LAJP n°6,* janvier 1983, p. 114.

[42] Pour Weber, les conduites sociales ne constituent pas un ordre légitime. L'ordre légitime a trait à la convention et au droit.

[43] Certains auteurs parlent en termes d'interlégalité. Or, le droit n'est pas forcément légal, il est aussi légitime.

coutumier. D'une autre manière, l'insécurité juridique se réfère à des situations dans lesquelles coexistent diverses sources juridiques[44] : le droit civiliste et les droits coutumiers. Elle présente deux formes : la sujétion linguistique au droit civiliste et l'inégalité linguistique des systèmes juridiques.

La sujétion linguistique au droit civiliste impose aux citoyens le recours à la langue d'État. L'expression de la citoyenneté s'effectue en langues coloniales, langues d'État[45]. Par conséquent, la sujétion linguistique dénie toute citoyenneté à la plupart des Africains qui ne parlent pas les langues officielles de leurs États respectifs[46]. Certains auteurs tentent de récuser cette dénégation en s'appuyant sur les droits linguistiques de l'homme et du citoyen contenus dans la déclaration universelle des droits de l'homme[47]. Cet état de fait incite au constat des conflits linguistiques dans les situations juridiques et à la disqualification des politiques de langues menées dans les États africains, malgré les faibles tentatives de conformation (mise en ensemble) des systèmes juridiques au travers des emprunts et calques juridiques utilisés par les professionnels du droit moderne.

L'inégalité linguistique des systèmes juridiques génère une insécurité juridique tant au niveau de la légalité qu'au niveau de la légitimité. Au niveau de la légalité, l'expression plurielle des sources de droit dans les États africains ayant adopté le système civiliste dans la gestion des citoyens instaure une inégalité civile. L'égalité civile est prônée dans les constitutions africaines et dans les déclarations officielles. La citoyenneté est un ensemble de droits et obligations. Les droits peuvent être civils (libertés individuelles) et politiques (droit de vote, etc.). Les citoyens sont tenus à respecter les lois de l'État. Le droit civiliste semble dénier toute citoyenneté à la plupart des Africains qui n'ont pas connaissance des lois en vigueur car ne parlant pas les langues officielles de leurs États respectifs. Au niveau de la légitimité, c'est le principe de la légitimité politique qui fonde l'organisation sociale. Cette organisation repose sur une association d'individus formant une communauté de citoyens appelée État ou État-nation. La citoyenneté est un instrument politique qui sert à gérer la diversité des individus issus de communautés ethnolinguistiques plurielles. Les Africains appartiennent à des États qui sont des entités reconnues sur le plan international, dotées de gouvernements ayant le pouvoir de conférer la nationalité ou le droit de résidence sur le territoire de l'État. Or, ces Africains issus d'ethnies diverses ne peuvent se déposséder de leurs praxis ethnolinguistiques. Les Africains parlant les langues vernaculaires ou certaines langues véhiculaires africaines, officiellement reconnues langues nationales dans les constitutions africaines, ne peuvent exercer véritablement leurs droits politiques du fait de leur méconnaissance des lois de l'État. Ces langues confinent les citoyens africains dans

---

[44] L'insécurité juridique ici est définie sous l'angle sociolinguistique. En droit, c'est une notion essentielle qui touche davantage les individus, les entreprises, les contribuables, les logiciels libres, etc. Pour certains auteurs comme X., Lagarde dans « Insécurité juridique : vrais et faux remèdes », in *Sociétal*, n°40, pp. 47-50, la diversité et la multiplicité des textes et sources juridiques créent l'insécurité juridique. Pour d'autres, entre le droit international et le droit interne, l'insécurité juridique naît de la non remise en cause de la suprématie de la constitution.

[45] En France, à une époque, parler français était synonyme de citoyenneté.

[46] Lire Diki-Kidiri, M., « Multilinguisme et politiques linguistiques en Afrique », in *Actes de colloque International, Développement durable : Leçons et perspectives*, Ouagadougou, 2004 ; J.-M., Klinkenberg, *La langue et le citoyen : pour une autre politique de la langue française*, Paris, PUF, 2003.

[47] Lire également Edéma, A. B., « Qu'est ce que le linguiste peut apporter au droit en Afrique », in *Actes de colloque International, Développement durable : Leçons et perspectives*, Ouagadougou, 2004 ; S., Visciano, « Individu, Droit à la langue et droit de l'homme : le développement durable face aux multiculturalismes », in *Actes de colloque International, Développement durable : Leçons et perspectives*, Ouagadougou, 2004 ; P., Encrevé, « A propos des droits linguistiques de l'homme et du citoyen », in*Conférence EHESS*, Paris, 2005.

des « forteresses » communautaires avec leurs droits coutumiers respectifs. Car, elles sont les supports d'expression d'une citoyenneté ethnique (partage d'une langue, d'une histoire, d'un droit coutumier et d'une culture). De nos jours, on parle de citoyenneté particulière ou de seconde classe versus citoyenneté moderne ou universelle qui est, à la fois, un reniement de la citoyenneté africaine et une remise en place d'une échelle de valeurs juridiques par les langues coloniales, gages de l'allégeance citoyenne.

L'AMÉNAGEMENT JURILINGUISTIQUE

Le droit, au cours des siècles, a subi, selon bien des auteurs[48], un aménagement jurilinguistique essentiellement par l'écrit. Car, l'écrit a un rôle de préservation (le système de la peccia), de publication (gloses, commentaria, journal officiel, factum, plaidoyers d'orateurs, etc.) et de proclamation (la grosse). L'écrit, bien qu'étant la clé de voûte du droit officiel, ouvre la voie au savoir juridique. A telle enseigne que le langage de droit est un langage de fous[49]. En Afrique noire, l'écrit est l'apanage des langues coloniales parlées en moyenne par 10 % de la population africaine. Plus de 90 % des africains utilisent les langues africaines, langues de tradition orale[50].

L'aménagement jurilinguistique consistera à gérer les rapports droit-langue tant à l'oral qu'à l'écrit[51], d'une part au niveau onomasiologique (du contenu à l'expression) de manière à restituer l'ontologie des mondes de droit ou les systèmes logiques en présence, d'autre part au niveau sémasiologique (de l'expression au contenu) pour cerner la fonction lexicale des termes juridiques. Il paraît exiger de la sorte deux outils méthodologiques essentiels : l'aménagement juridique et l'aménagement linguistique.

L'aménagement juridique

Dans le contexte africain, l'aménagement juridique se présente comme un outil heuristique, non pas de contournement des droits locaux ou du droit officiel en application, mais d'érection d'un espace juridique réel où tout locuteur pourra jouir de ses droits sans injustice ni discrimination selon la voie orale ou écrite. Edéma[52], par exemple, définit cet espace comme « *[…] un ensemble de lois attribuant des fonctions hiérarchisées à chaque type de langues du pays.* ». C'est une définition qui semble cautionner la hiérarchie classique des droits en Afrique (le droit officiel dominant les droits locaux), discriminer certaines langues africaines selon les fonctions occupées dans la société et créer des inégalités juridiques à partir de la langue d'un locuteur donné.

---

[48] Lire aussi Melot, D., (Dir.), *Production et usages de l'écrit juridique en France du Moyen-âge à nos jours*, Genève, Droz, 2005 ; M. Bombart, « Culture écrite, culture juridique », in *Acta Fabula*, vol. 1, n°1, 2006, [http:/www.fabula.org/revue/document1161.php], consulté le 10 déc. 2006.

[49] Edéma, A. B., *op. cit*.

[50] *Idem*.

[51] Dossou, F. C., « Ecriture et oralité dans la transmission du savoir », in Hountondji, P. (Dir.), *Les savoirs endogènes*, Paris-Dakar, Karthala/CODESRIA, 1994, pp. 257-269. Cet auteur rejette la mystification de l'écriture dans la transmission du savoir en général en Afrique.

[52] Edéma, A. B., *op cit*, p. 47.

L'aménagement juridique reviendra d'abord à saisir les rapports droit-langue au regard du savoir juridique propre aux systèmes ontologiques des communautés linguistiques en présence, ensuite à identifier les savoir-faire juridiques relatifs aux usages institutionnels divers tels la morale, la religion, la politique, l'économie, etc., enfin à délimiter les différents discours juridiques représentatifs des situations juridiques telles le discours législatif, judiciaire, administratif, etc. Partant du principe du *ubi societas ibi jus*, l'aménagement juridique s'en tiendra aux relevés et à la comparaison des particularismes juridiques et des situations juridiques (pénal, civil, public, privé, des affaires, etc.) d'une communauté linguistique donnée. Dans le relevé des particularismes juridiques, Edema[53] met en garde en ces termes : *« […] il y a des termes ou des notions qui ne sont pas transposables tels quels d'un côté comme de l'autre. Ainsi, par exemple, la notion de demi-frère n'est pas concevable dans la culture négro-africaine. Les termes de beau-père ou de beau-frère n'ont pas la même étendue en français et dans les langues africaines. […] Ainsi le mot mbanda du lingala peut désigner soit une rivale (dite en français locale coépouse dans un foyer polygame), soit des belles-sœurs ou des beaux-frères, soit encore des rivaux*. ». Dans la comparaison des situations juridiques, Kouamé[54], par exemple, montre que le droit en baoulé, ordre social indiquant la qualité morale, la conduite à tenir, est rendu *mla* voulant dire la coutume, les règles, le système des règles. On aura ainsi : *anannganman mla* « droit naturel », *ndesa mla* « droit positif », *fotule mla* « droit pénal », *juman mla* « droit du travail », *aata mla* « droit commercial », etc. Toutes ces situations juridiques sécrètent des discours conventionnels aux configurations pragmatico-énonciatives (connecteurs logiques, réseaux argumentatifs, etc.) et aux contours parémiologiques (proverbes, expressions figées, adages, etc.). Par exemple, la notion de personne neutre (*on* ou *quiconque* en français) de l'ancrage énonciatif est, en baoulé, *be*. Ainsi, on peut avoir sous une forme proverbiale *be di aja ben in sin* voulant dire « on n'hérite que des parents maternels ».

■ L'aménagement linguistique

L'aménagement linguistique concerne la préparation des langues africaines à devenir des langues fonctionnelles et utiles dans le domaine du droit. Selon bien des auteurs, deux niveaux d'aménagement sont incontournables : l'aménagement du statut et l'aménagement du corpus[55].

L'aménagement du statut des langues africaines est fondé sur les fonctions sociolinguistiques. Selon Diki-kidiri[56], tous les pays africains possèdent au moins deux types de langue : des langues de base (vernaculaire) ou de masse (véhiculaire) et une ou deux langue(s) de crête (officielle). Chaque individu, en réalité, fait face à ces deux types de langues dans ses activités sociales. Leur utilisation conviviale consacrera la langue officielle comme langue d'ouverture, de droit moderne et de relations internationales et la langue de base comme langue d'intégration et d'identité nationales. Ces deux langues seront alors utilisées dans les situations

---

[53] Edéma, A. B., *op. cit.* p. 48.

[54] Kouamé, K., *op. cit*., p. 203-204.

[55] Lire R., Chaudenson, *Grille d'analyse des situations linguistiques*, [http://www.odf.auf.org/documents/pdf/grille_lafdef.pdf], (consulté le 07/09/2004) ; J.-L. Calvet, *Le marché aux langues. Les effets linguistiques de la mondialisation*. Paris, Plon, 2002.

[56] M., Diki-Kidiri, op cit.

juridiques diverses pour éviter l'exclusion arbitraire des citoyens africains et la confiscation de leur liberté d'expression. L'État, de ce fait, aura à garantir et à assurer l'épanouissement des citoyens africains par l'usage effectif de ces deux langues. Le multilinguisme convivial d'État, ensemble de bilinguismes conviviaux, doit être applicable dans les pays ayant choisi le multilinguisme officiel.

L'aménagement du corpus s'effectue d'ordinaire selon deux approches : l'approche classique et l'approche moderne ou récente. Selon l'approche classique, les langues africaines semblent vivre simultanément deux révolutions : la révolution scientifique et la révolution graphique. La révolution scientifique consiste à continuer la description des langues africaines sur les 1600 langues non encore décrites. La révolution graphique, malgré les situations orthographiques diverses et divergentes, recommande le passage de l'oral à l'écrit. Selon l'approche récente, les langues africaines doivent être revisitées par les activités de la terminologie culturelle et de traduction. La terminologie culturelle se penchera sur la création des termes culturellement intégrés et utilisables dans des situations juridiques diverses comme le droit civil, le droit pénal, le droit public, etc. La traduction, en tant que mode d'appropriation du savoir juridique, aidera à des lectures convergente et transversale des droits européens à partir des concepts propres aux langues africaines. Elle facilitera ainsi l'accès à l'information juridique pour tout citoyen africain.

CONCLUSION

Les cultures juridiques en Afrique sont des réalités sociolinguistiques « têtues » qui doivent être envisagées sous un nouveau jour mettant en évidence l'importance de la jurilinguistique. De ce point de vue, une configuration jurilinguistique des États africains s'impose, la thèse de l'adaptabilité[57] aidant. Selon cette thèse, les systèmes de droit (droit civiliste, droit coutumier, *common law*) s'intégreraient aux situations sociolinguistiques diverses et dynamiques pour réduire l'écart considérable entre les gouvernants et les gouvernés ou entre les besoins des citoyens et les réponses institutionnelles. L'adaptabilité donnerait ainsi l'occasion de décomplexer les citoyens africains face aux diverses sources de droit et de décomplexifier leurs situations juridiques.

Les langues vernaculaires africaines, par exemple, ne font qu'exacerber les droits coutumiers qui seraient plus longs et difficiles à modifier. Elles semblent autoriser d'emblée des repliements ontologiques, des remises en cause permanentes des situations juridiques en cours dans les États africains, des transferts de sens « insolites » dans les pratiques juridiques diverses, des violences légales récursives.

Les langues véhiculaires africaines, quant à elles, dont les usages sont prépondérants dans l'économie informelle[58] suscitée par l'urbanisation croissante des États africains s'accommoderaient au *common law*, système juridique fondé non pas sur

[57] B., Deffans, « Introduction : Le droit comme facteur de développement économique », in *Mondes en Développement* Vol.33-2005/1, n°129.

[58] C. de Miras, « L'informel : un mode d'emploi », in Lautier, B. et al., *L'État et l'informel*, Paris, l'Harmattan, 1991. L'économie informelle, selon Miras est « *[…] un acte économique marchand qui échappe aux normes légales, en matière fiscale, sociale, juridique […]* » p.117.

les lois écrites et publiées mais sur la prééminence de la jurisprudence (décisions orales et/ou contradictoires rendues par les juges dans les différents tribunaux[59]). Les acteurs économiques africains parlant pour la plupart les langues véhiculaires (dioula, lingala, swahili, wolof, etc.) ont communément une vision manichéenne de la langue officielle écrite, langue de fiscalisation, d'imposition, de juridiction, etc., entachée de méfiance, de défiance, de suspicion, car *summun jus, summa injuria*. Les langues véhiculaires apparaissent ainsi comme supports des échanges économiques bénéficiant de la légitimité des actions économiques et de l'opinion publique à cause de leur efficacité dans les relations commerciales (marchés, rues, gares, etc.), de leur sensibilité aux signaux du marché (fluctuation des prix par rapport aux choix des langues), de leur affranchissement aux contraintes de la parole écrite, etc.

Les langues occidentales, d'ordinaire langues officielles des États africains, s'accordent naturellement au droit civiliste. Elles favoriseraient la mise en place d'institutions juridiques « rigides » renforçant et préservant le pouvoir des États africains ou de l'élite africaine et la dissémination des universaux juridiques tels que la bonne gouvernance, les droits de l'homme, la liberté, la justice, la démocratie, l'État de droit, etc.

Bibliographie

Aarnio, A., *Le rationnel comme raisonnable. La justification du droit*, Paris, L.G.D.J., 1992, 333p.

Alliot, M, « Anthropologie et juristique (sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit) », in *Bulletin de liaison de LAJP n°6,* janvier 1983, pp. 83-117.

Alliot, M, « L'acculturation juridique », in Poirier, J. (dir.), *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, 1968, pp. 1180-1236.

Arkhwright, E. & Delamarre M., *Citoyenneté et vie démocratique*, Paris, La Documentation française, 2005, 192p.

Badié, B., *L'État importé*, Paris, Fayard, 1992, 334p.

Bayard, J.-F., *L'État en Afrique. La politique du ventre*, Paris, Fayard, 1989, 438p.

Boni, T., « La citoyenneté à l'épreuve de l'économique et du politique », in Kouvouama, A. et Cochart-Coste, D. (Dir.), *Modernités transversales : citoyenneté, politique et religion*, Paris, PAARI, 2003, pp.11-35.

Bombart, M., « Culture écrite, culture juridique », in *Acta Fabula*, vol1, n°1, 2006, [http:/www.fabula.org/revue/document1161.php], consulté le 10 déc. 2006.

Bourdieu, P., *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, 243p.

Bourcier, D. et Mackay, P. (dir.), *Lire le droit. Langue texte et cognition*, Paris, LGDJ, 1992, 486p.

Broohm, O. N., « États-nations et citoyenneté : enjeux africains dans le contexte actuel de la mondialisation », in *La Revue du CAMES*, série B, Vol 006, N° 1-2, 2004, pp. 1-10.

Calvet, J.-L., *Le marché aux langues. Les effets linguistiques de la mondialisation*, Paris, Plon, 2002, 220p.

Calvet, J.-L., *Pour une écologie des langues*, Paris, Plon, 1999, 304p.

Carbonnier, J., *La sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004, 2eme édition, 416p.

Chaudenson, R., *Grille d'analyse des situations linguistiques*, in [http://www.odf.auf.org/documents/pdf/grille_lafdef.pdf], consulté le 07/09/2004.

Deffans, B., « Introduction : Le droit comme facteur de développement économique », in *Mondes en Développement* Vol.33-2005/1-n°129, pp. 7-11.

[59] De nos jours, on enregistre, dans les tribunaux africains, un nombre considérable de décisions de justice relatives au secteur informel.

Dégny Séguy, R., « De l'amour de la loi extranéenne ou la loi en Afrique », in Boulad-Ayoub, J. et al. (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques,* Sillery et Paris, Presses de l'université de Laval et l'Harmattan, 1996, pp. 453-454.

Diki-Kidiri, M., « Multilinguisme et politiques linguistiques en Afrique », in *Actes de colloque International, Développement durable : Leçons et perspectives*, Ouagadougou, 2004, pp. 27-36.

Diki-Kidiri, M., « Terminologie et diversité culturelle », in *RIFAL*, n°21, 2000, pp. 5-6.

Do-Nascimento, J. et al. (Dir.), *La renaissance africaine et sa prospective*, Paris, Paari, 2001, 349p.

Dossou, F. C., « Écriture et oralité dans la transmission du savoir », in Hountondji, P. (Dir.), *Les savoirs endogènes*, Paris-Dakar, Karthala/CODESRIA, 1994, pp. 257-269.

Edéma, A. B., «Qu'est ce que le linguiste peut apporter au droit en Afrique », in *Actes de colloque International, Développement durable : Leçons et perspectives*, Ouagadougou, 2004, pp. 45-54.

Encrevé, P., « A propos des droits linguistiques de l'homme et du citoyen », in *Conférence EHESS*, Paris, EHESS, 5 nov. 2005, pp. 1-8.

GEMDEV (éd.), *Les avatars de l'État en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, 338p.

Grimes, B. F. (éd), *Ethnologue. Language, in the world*. Dallas-Texas, SIL, 1996, [http:/www.sil.org/ethnologue], consulté le 20 avril 2004.

Hagège, G., *L'homme de paroles*, Paris, Folio, 1986, 406p.

Klinkenberg, J.-M., *La langue et le citoyen : pour une autre politique de la langue française*, Paris, PUF, 2003, 196p.

Kouamé, K., *Le discours juridique du baoulé. Analyse sociolinguistique*, Thèse de doctorat unique, Université de Cocody-Abidjan, 2005, 422p.

Kouvouama, A., *Modernité africaine. Les figures du politique et du religieux*, Paris, PAARI, 2002, 188p.

Kouvouama, A., « Citoyenneté, ethnicité et ethnocentrisme : les enjeux de la démocratie en Afrique », in Yengo, P. (Dir.), *Identité et démocratie*, Paris, L'Harmattan/Association Rupture, 1997, pp. 269-281.

Kuruk, P., « Le droit coutumier africain et la protection du folklore », in *Bulletin du droit d'auteu*r, Vol XXXVI, N°2, 2002, pp. 4-35.

Lagarde, X., « Insécurité juridique : vrais et faux remèdes », in *Sociétal*, n°40, 2003, pp. 47-50

Lajoie, A. et al., « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », in *Les cahiers de droit*, vol. 39, n°4 déc. 1998, pp. 681-716.

Legrand, P., « Sur l'analyse différentielle de juriscultures », in *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire,* Société de Législation Comparée, 2000, pp. 217-335.

Legrand, P., *Le droit comparé*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1999, 128p.

Le Roy, E., « La culture du pluralisme juridique est-elle soluble dans la criminologie ? Un point de vue anthropologique », in *Table ronde*, Besançon, AFC, 1998.

Martin, R., *Langage et « croyance »*, Bruxelles, Mardaga, 1985, 189p.

Matala-Tala, L., « Unilinguisme ou multilinguisme official en droit comparé : le cas de certains pays africains », in *Actes de colloque, Rennes*, [http:/www.droitconstitutionnel.org/ColloqueRennes/Matala-Tala/Matala-Tala.doc], consulté le 16 déc. 2006.

Melot, D. (Dir.), *Production et usages de l'écrit juridique en France du Moyen-âge à nos jours*, Genève, Droz, 2005.

Memel-Fotê, H. et al., « L'État-civil de l'État en Afrique », in *Bulletin du CODESRIA*, 1 et 2, 1999, pp. 42-50.

Miras, C. de, « L'informel : un mode d'emploi », in Lautier, B. et al., *L'État et l'informel*, Paris, l'Harmattan, 1991, pp. 77-141.

Mounin, G., *Clefs pour la linguistique*, Paris, 10/18, 2000, 173p.

Ngugi Wa, T., "African Languages and Global culture in the Twenty-first Century", in Cherly, B. et al. (ed.), *African Visions : Literacy Images, Political Change, and Social Struggle in Contemporary Africa*, Hosfra, Hofstra University Press, 2000.

Ossete, E.-A., « La traduction en langues congolaises de la constitution du 15 mars 1992 : étude d'expérience », in *Penser la francophonie. Concepts, actions et outils linguistiques*, 2005, pp. 121-131.

Plançon, C., « Culture juridique. Approches comparatistes Québec-Sénégal », in Bisanwa, B. et Tétu, M., *Francophonie en Amérique*, Actes de colloque, Québec, CIDEF-AFI, 2005, pp. 221-234.

Rouland, N., *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, coll. sciences humaines, 1991, 318p.

Rouland, N., *Anthropologie juridique,* Paris, PUF, 1988, 496p.

Schnapper, D., *Qu'est ce que la citoyenneté ?*. Paris, Folio, 2004, 320p.

Tempels, P., *La philosophie bantoue*, Paris, Présence africaine, 1949.

Vanderlinden, J., « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique. », in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1993-2, pp. 573-583.

Verna, G., « Légalité-légitimité : les pièges du Tiers monde », in Xardel, D. et Gauthey, F., *Management interculturel : modes et modèles*, Paris, Economica, 1991.

Visciano, S., « Individu, Droit à la langue et droit de l'homme : le développement durable face aux multiculturalismes », in *Actes de colloque International, Développement durable : Leçons et perspectives*, Ouagadougou, 2002, pp. 107-113.

Weber, M., *Sociologie du droi*t, Paris, PUF, 1986.

POUR UNE GÉNÉALOGIE DE LA QUESTION DES DROITS DE L'HOMME

Marcelo Raffin
Professeur et chercheur à l'Université de Buenos Aires.
Docteur en philosophie, Université de Paris 8.
Courriel : raffinmarcelo@yahoo.com

Revue ASPECTS, n° 1 - 2008, pages 133-140

« *Nous ne sommes ici que des hommes privés*
qui n'ont d'autre titre à parler, et à parler ensemble,
qu'une certaine difficulté commune à supporter ce qui se passe. »
Michel Foucault,
Face aux gouvernements, les droits de l'homme

Résumé : Dans cet article, on soutient que les droits de l'homme sont le produit culturel d'une nouvelle configuration du sujet occidental élevé à la fiction de catégorie universelle. Cette opération de réappropriation historique ou généalogie des droits de l'homme renvoie forcément au problème du fondement et amène aux limites du modèle et au-delà : le début et la fin de l'histoire, les idées sur la vie humaine, la production du sujet et, sous le masque d'une prétendue universalité, la partialité culturelle. Ainsi, le fondement des droits de l'homme apparaît comme un vide toujours à remplir et la recherche des fondements possibles n'a aucune importance si elle n'est pas accompagnée de l'évaluation des conditions, des moyens et des situations dans lesquelles tel ou tel droit peut être réalisé effectivement et la vie peut se déployer en liberté. C'est seulement de cette manière, comme exercice politique explicite, que les droits de l'homme ne pourront jamais devenir une arme hypocrite de la domination et de l'oppression, de la répression et de la violence, en somme, de l'uniformisation culturelle universelle.

UN ACQUIS : LA MODERNITÉ

Les droits de l'homme sont l'une des inventions les plus frappantes et les plus paradoxales de la modernité. Inutile de retracer des généalogies préalables car ils arrivent avec le monde moderne, celui de la bourgeoisie, de la maîtrise de la nature, de l'espoir du progrès et du bonheur d'une société faite à l'échelle humaine, du présent historique, de la domination et de la circulation du capital. Ils font partie d'un bagage où s'entremêlent d'autres nouveautés comme l'État, l'histoire des Anciens opposée à une histoire présente et déjà classique des « Modernes », la division des fonctions du travail et les limites sans frontières de l'action humaine. Tout essai antérieur n'a été qu'un effort dépaysé d'une oeuvre qui n'était pas encore commencée, une anticipation ratée dans l'ordre des choses, un non sens dans la logique illogique des temps et des affaires humaines. Peut-être pourrait-on

découvrir un certain lien, un espoir ou une remémoration en forme d'anamnèse, chez les Grecs classiques, les stoïciens ou les épicuriens, entre autres.

Il est clair cependant que les droits de l'homme ont rempli, à la naissance de la modernité, une fonction de légitimation des nouvelles formes de vie bourgeoises ; ils en sont un corrélat, un acquis et une arme. Mais il est indéniable en même temps, qu'ils ont ouvert une double voie révolutionnaire, ou plutôt, une seconde brèche de révolution qui n'était pas prévue à un premier moment : celle qui attaque les rêves non accomplis du monde bourgeois. Ces deux images sont tributaires d'une philosophie anthropologique créant un sujet qui reproduit (avec certaines différences) un modèle individualiste, souverain et à une raison universelle lui permettant l'action par la volonté et à travers la conscience morale. Cette subjectivité ainsi conçue dans la sphère de l'éthique, est propulsée vers l'univers juridique. Mais le discours éthique – fournissant les composantes du discours juridique – cache une volonté de pouvoir qui le révèle comme discours politique : il traduit les idées de ceux qui ont construit le monde moderne. Il s'agit, *grosso modo* et avec quelques exceptions, d'Européens masculins, majeurs, blancs, bourgeois et donc propriétaires. C'est de là qu'au début, toutes les autres formes humaines, n'entrant pas dans les étroites limites du sujet moderne ainsi défini, aient été oubliées, ignorées et passées sous silence comme des « exclusions » de sa définition. Le panorama ouvert par ce paradigme n'a pas suivi une seule logique : de multiples branches sont apparues, se sont combinées, entremêlées, maintenues fidèles aux origines, ou bien, elles ont poussé les présupposés à l'extrême, et les ont contrariés et critiqués de manière incontournable.

Tous les côtés du mécanisme nous amènent au même point : l'idée des droits de l'homme concerne le sujet, s'appuie sur lui et l'apprivoise ou (faudrait-il le dire mieux ?), plutôt vice versa.[1] Les assises et le *substratum* des droits de l'homme s'appuient donc sur une certaine construction du sujet en tant qu'axe du monde moderne. Sans les bouleversements et les modifications de la modernité, des bouleversements et des modifications qualitatifs dans l'histoire de la culture occidentale et ensuite mondiale (bref, de « l'histoire de l'humanité »), les droits de l'homme n'auraient pas pu apparaître. Ils ont nécessité du sujet, de sa création, de son idée et de sa matérialité. En ce sens, peu importe s'il s'agit du sujet en tant qu'espèce ou en tant qu'individu : il s'agit tout d'abord, et c'est ce qui compte, du sujet en tant que pilier d'un nouvel espace temporel que l'on appelle modernité.[2] Ensuite, les distinctions sont possibles, tel que le fait également Marx, par exemple, mais on ne peut pas perdre de vue l'acteur nouveau : l'homme générique comme sujet générique et individualisé, en un mot, le sujet comme acteur central d'un même drame.

Par conséquent, si on ne comprend pas le rapport fondamental entre cette forme politique et culturelle que sont les droits de l'homme et la notion de sujet en tant que produit de certaines relations de pouvoir, rapport historiquement connoté, on risque de rater la logique d'une certaine formation socio-historique comme la nôtre. Les droits de l'homme sont apparus historiquement comme dépendants d'une certaine ou de certaines philosophies du sujet. Un rapport qui présuppose et qui

---

[1] Je ne partage donc pas la thèse soutenue par Blandine Barret-Kriegel selon laquelle la philosophie du sujet n'est pas la source des droits de l'homme, ou plutôt, je devrais dire, je m'oppose à la manière dont elle utilise les termes et dont elle présente les arguments dans cette relation. Cf. BARRET-KRIEGEL, Blandine, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris : Quadrige/P.U.F., 1989.

[2] C'est cela ce que je signifie lorsque je conteste l'affirmation de Barret-Kriegel.

amène à une métaphysique en passant par une philosophie politique ou, à l'inverse, une philosophie politique qui s'appuie sur une métaphysique et, bien entendu, sur une anthropologie philosophique.

De ce point de vue, les droits de l'homme apparaissent, de surcroît, comme un dispositif de la modernité, désignant un sujet particulier et une subjectivité particulière. Si les formes du sujet, et leurs vérités, définissent les droits de l'homme, il n'est pas moins vrai que ceux-ci, à leur tour, s'entremêlant aux théories du sujet, redessinent les images et les pratiques qui les ont constitués.

Insister sur le rapport intime entre le sujet et les droits de l'homme comme clé d'accès à une problématique de la vie active ou pratique – voire contemporaine – dans l'espace de la modernité, ne doit pas brouiller la compréhension de la logique de ce rapport fondamental comme nécessaire. Le problème ne réside pas dans la reconnaissance d'une relation historique, mais dans l'assomption qui fait que par le biais du besoin de fondement des droits de l'homme on est également obligé de trouver un fondement au sujet.

L'invention des droits de l'homme n'a pas été une forme vide. Ce que l'on peut constater c'est qu'ils sont apparus, se sont déployés historiquement et vivent encore aujourd'hui, comme une praxis, c'est-à-dire, comme une pratique mais également comme un noyau mobile d'idées légitimant les pratiques. C'est au sens le plus classique dans la tradition théorique du marxisme, que l'on peut trouver les bases pour une conceptualisation de la praxis, et c'est là justement où l'on peut trouver une base théorique pour l'objet droits de l'homme en tant que figure de l'horizon politico-culturel de la modernité.

On peut dire, par conséquent, que les droits de l'homme comprennent, en relation dialectique, aussi bien une théorie (une explication, une compréhension, une théorisation, mais également, bien sûr, une dimension normative et une herméneutique) qu'une pratique (des procédures, des mécanismes de protection, d'exigibilité et de réalisation effective, des dispositifs d'application, en même temps que des pratiques judiciaires et *grosso modo* de tout type d'opérateur juridique) et vice versa.

Mais les droits de l'homme constituent une réalité très large. Ils sont beaucoup plus qu'une praxis, un dispositif, une arme, ou une idée force. Ce que l'on constate à l'heure actuelle et de plus en plus, c'est qu'ils sont devenus une donnée de la société mondiale, qui implique la défense, la croyance et le soutien d'une série de valeurs.[3] À vrai dire, la notion même des droits de l'homme possède nécessairement un caractère « cosmopolite » en raison de leur vocation et de leur nature universelles, ce qui se traduit par leur contenu renvoyant à une valeur de dignité et d'autonomie qui vaut pour toute l'humanité et par leur mode de garantie dans la mesure où les droits invocables par tout individu en tant que tel devraient être exigibles partout. Avec la création de la catégorie des « droits de l'homme » comme

[3] En ce sens, cf. la notion de « culture des droits de l'homme » d'Eduardo Rabossi qu'il identifie au « phénomène » nouveau à caractère juridique, politique et moral, ayant lieu dans le monde du second après-guerre, in RABOSSI, Eduardo, *El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico*, in SOBREVILLA, D. (compilador), *El derecho, la política y la ética*, México : Siglo XXI, 1991 ; et la réception et l'élaboration de ces notions chez Rorty dans RORTY, Richard, *Human Rights, Rationality, and Sentimentality*, in SHUTE, Stephen and HURLEY, Susan (editors), *On Human Rights*, *The Oxford Amnesty Lectures 1993*, New York : Basic Books, 1993.

N.B. : Si la citation n'appartient pas à un ouvrage publié en langue française, la traduction correspond à l'auteur.

« droits humains » au niveau international, il y a eu un renversement de concepts et la création de nouvelles formes de relations politico-juridiques.

Dans l'univers du système juridique moderne – système général de légitimation de la société bourgeoise –, l'individu et la propriété occupent la place centrale et structurante dans le cadre de la société civile et de l'État. Et ceci par l'opération cruciale qui conçoit la nouvelle physionomie humaine aux temps modernes : le nouvel axe de la vie est l'homme et son individualité, le cosmos fragmenté dans de multiples monades, le sujet avec sa raison et sa volonté. En effet, l'apparition et la consécration de ce nouveau monde exigent la création d'une réflexion sur l'homme et d'une individualité qui, comme telle, n'avait jamais eu lieu. Cette invention de l'homme le produit, entre autres choses, comme un être capable de construire son propre monde et de se construire soi-même, c'est-à-dire, de dominer sa propre existence. Dans cette configuration, outre la raison, la volonté et l'action, il aura des protections et des préventions aux possibilités de l'agir qui seront consacrées comme des droits. La révolution du sujet kantien produit un sujet universel possédant des droits qui dérivent des principes mêmes de la liberté pure. Chez Kant, on assiste à un moment fondamental de la pensée du droit moderne : un moment ontologique et paradigmatique puisque c'est à partir de son modèle que vont s'élaborer tous les autres. Modèle anthropologique et non seulement éthico-juridique. Paradigme métaphysique puisque politique.

En somme, les droits de l'homme sont donc le produit culturel d'une nouvelle configuration du sujet occidental élevé à la fiction de catégorie universelle. Cette opération de réappropriation historique des droits de l'homme renvoie forcément au problème du fondement et nous amène, sans le vouloir, comme la spirale d'un labyrinthe, jusqu'aux limites du modèle et au-delà : le début et la fin de l'histoire, les idées sur la vie humaine, la production du sujet et sous le masque d'une prétendue universalité, la partialité culturelle.

HISTORIQUE DES DROITS DE L' HOMME

Les droits de l'homme sont issus de processus socio-historiques différents, qui ont eu lieu à des moments différents du cours de la modernité.[4] Ces processus ont produit des dimensions et des aspects certains et précis de l'objet considéré.

Il y a eu un premier élan, une première puissance qui donne origine à ce que l'on appelle la vague du droit naturel moderne, du libéralisme et du constitutionnalisme classique et social. Il s'agit d'un grand mouvement qui englobe aussi bien des variables politiques que culturelles et symboliques et qui se traduit par des dispositifs juridico-politiques concrets. C'est un mouvement qui se produit à l'intérieur des États-nations en formation, qui aboutit aux révolutions politiques bourgeoises, qui accompagne leur déploiement mais qui les dépasse pour devenir également le compa-

[4] Pourrait-on encore et pourtant soutenir une idée des droits de l'homme avant la modernité ? Les manifestations et les formes préalables ne constituent pas vraiment de droits de l'homme mais des idées et des pratiques (dont le dialogue entre Antigone et Créon au sujet des lois immuables et éternelles des dieux qui sont au-delà des lois humaines, le *logos* universel notamment chez les stoïciens, qui régit la nature comme une loi de l'harmonie cosmique, l'oecuménisme du christianisme et le jusnaturalisme d'origine divine des scolastiques) qui serviront de terreau, qui fourniront le sol ou, pour le dire juridiquement, qui joueront comme des antécédents d'une réalité qui se fera telle aux 17e et 18e siècles sous la forme des « libertés publiques » et des « droits de l'homme ».

gnon de route du développement du capital. Et c'est par ce biais, par le travers de l'internationalisation du monde bourgeois, par le processus d'interconnexion du monde sous des liens impérialistes, sous l'égide de l'Occident (ou plutôt, de certaines puissances occidentales, qui organisent le monde selon un certain arrangement, selon la construction de rapports de forces et de divisions), que les droits de l'homme apparaissent sur un plan international. Réalité nationale mais aussi réalité internationale, les droits de l'homme commencent à développer des rapports, des liens, des idées et des mécanismes qui relient l'une et l'autre dimension, sans pouvoir faire marche arrière, et qui créent, par là même, une nouvelle dimension, un nouveau processus et une nouvelle réalité : l'espace de la mondialisation.

En effet, pendant les dernières années, on a pu constater un développement et un élargissement considérables du domaine des droits de l'homme aux frontières toujours diffuses et ouvertes, dans leur dialectique international-national, à travers l'accentuation du processus de la mondialisation. Il est vrai que de nouveaux espaces ont été ouverts entrecroisant des pratiques, des domaines de savoir, des objets, tel que le droit international pénal, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés ou l'action décisive des O.N.G. et des ainsi appelés « nouveaux » mouvements sociaux. Les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ainsi que l'instauration de la Cour pénale internationale, entre autres (dont de nouveaux instruments internationaux et de nouveaux mécanismes de protection, des expériences judiciaires et des commissions de la vérité, avec tout le bagage de notions, de dispositifs et de pratiques qu'ils impliquent), constituent des apports indéniables à la praxis des droits de l'homme.

Toutes ces modifications permettent de constater que sur la scène mondiale, et non seulement déjà internationale, un changement s'opère à l'égard de la perception et de la viabilité des droits de l'homme. Cette nouvelle dimension qu'ont acquis les droits de l'homme dans les dernières années, s'exprime de préférence par le fait qu'ils constituent, à l'heure actuelle, un noyau fort de croyances, d'idées et de pratiques, dans lesquelles on peut distinguer :

. une prise de conscience au niveau « planétaire » de la valorisation positive des droits de l'homme ;

. un engagement de défense et de réalisation effective ;

. une internationalisation des instances de protection et d'exigibilité ; et notamment,

. l'instauration des droits de l'homme comme une catégorie visible sur l'horizon culturel des sociétés actuelles.

En essayant de résumer de manière peut-être trop réductrice les différentes idées qui ont pourvu le support théorico-pratique aux droits de l'homme, on peut dire qu'ils ont généralement été traités par la pensée politico-juridique comme un ensemble d'attributs se dégageant de la propre nature humaine et ayant besoin d'une instance politique formelle pour être effectifs, soit un État soit des instances internationales. Cette définition mêle une position qui trouve la racine des droits dans l'ontologie humaine même, ce qui fait à sa condition, à son statut ontologique et à son régime de vie, à une autre qui reconnaît, en même temps, la nécessité d'une prise de pouvoir dans leur réalisation sous la forme d'un acte politique.

L'ILLUSION DU FONDEMENT

Face à cette conceptualisation qui est faite en lignes générales un peu partout sur la planète, le questionnement de l'enjeu philosophique et culturel apparaît tout de suite : comment peut-on concilier l'universalisme de ces droits et la diversité des formes humaines, comment faire vivre le conflit et la tension propres au monde humain ? Comment trouver un fondement plausible aux droits de l'homme ?

Le fait même de parler de droits de l'homme nous place déjà sur un plan d'universalité car leur notion implique déjà, en elle-même – comme on l'a souligné –, une certaine notion d'« humanité ». Mais les différentes formes de vie dans une même société et dans des sociétés différentes, ainsi que les opérations d'inclusion et d'exclusion exercées par le pouvoir définissant les relations humaines, nous montrent et démontrent la nécessité de nous en tenir également au caractère conflictuel et varié des êtres humains. Ces idées, qui ont été formulées, entre autres images, sous le nom métaphorique d'« apories de la modernité », se traduisent par le paradoxe de concilier le différent et le même, l'universalisme et le particularisme, dans un même point, dans une même entité : l'être. Comment prétendre autrement s'il s'agit de nous-mêmes ?

Par conséquent, et puisqu'on essaye de déchiffrer cet objet vénéré et redouté que sont les droits de l'homme, ne faudrait-il pas reconnaître qu'il n'y en a point de fondement absolu ? Ou plutôt, ne faudrait-il pas renoncer à l'idée d'un fondement dernier et unique et accéder à la multiplicité de fondements et mieux que cela, à l'absence de fondement ? On a envie de rappeler Hegel lorsqu'il disait que le centre a toujours été vide. Il n'y a pas un fondement mais plusieurs.

Norberto Bobbio signale à cet égard dans son essai *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, qu'il faudrait échapper aux enchantements de « l'illusion du fondement absolu » des droits de l'homme. Cette illusion veut qu'à force d'accumuler et d'évaluer des raisons et des arguments, on finisse par en trouver l'irrésistible, auquel personne ne pourrait refuser de donner l'adhésion.[5] Mais Bobbio s'occupe rapidement de démonter et d'effacer cette illusion car il nous explique qu'elle n'est plus possible aujourd'hui : « chaque recherche du fondement absolu est, à son tour, infondée. »[6] Et contre cette illusion, il soulève quatre difficultés. La première dérive du fait que « droits de l'homme » est une expression très vague. Les droits de l'homme constituent, d'ailleurs, une classe variable – comme le démontre l'histoire de ces derniers siècles – et hétérogène. Enfin, il remarque la fameuse antinomie centrale et cruciale à la théorie et à la pratique des droits de l'homme par laquelle on voit écarter les droits invoqués par les mêmes sujets dans les catégories séparées de civils et politiques, d'un côté, et économiques, sociaux et culturels, de l'autre. Mais, tout compte fait, la nature de l'homme – la généreuse et complaisante nature humaine –, a démontré être très fragile comme fondement absolu des « droits irrésistibles ».

Alors, plutôt que concevoir les droits de l'homme comme quelque chose qui est donnée une fois pour toutes, comme un objet fixe et dont on cherche le fondement ultime ou absolu, leur quintessence, on pourrait peut-être les penser comme quel-

---

[5] Cf. BOBBIO, Norberto, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi, 1997, p. 6.

[6] *Ibidem*, p. 7.

que chose qui se fait, qui se construit et qui est construite lors de l'histoire, au coeur même de la trame des relations sociales, dans la complexité des relations humaines. Les droits de l'homme comme un « phénomène », comme un « événement », et plus particulièrement, comme un événement au sens foucaldien[7], et expressément, comme un acte politique. Se poser la question des droits de l'homme comme phénomène et comme événement politique nous place devant la nécessité de décrire et d'évaluer des événements historiquement donnés et offre la possibilité d'élaborer une proposition théorique utile pour leur pratique effective.[8] S'engager dans une telle position fraye la voie au refus de tout essai d'essentialisme et, par conséquent, de tout fondationalisme absolu des droits de l'homme et, par ce biais, du sujet.

Il ne faut donc pas sombrer dans l'illusion et dans le mirage de trouver le fondement absolu – entreprise sublime mais désespérée – mais, plutôt, avoir le courage et la bravoure de commencer à reconnaître qu'une chose telle comme le fondement absolu n'existe point, même si les conséquences peuvent être non seulement décevantes mais surtout désespérantes, déchirantes et fâcheuses, pour un certain nombre d'entre nous. Il faut finalement se décider à reconnaître que derrière le masque du fondement supposé éternel, intemporel et universel, il n'y a que le vide humain essayant de se déguiser en absolu à tout prix. Cette substance, cette méduse, ce trou dans la conscience, n'est autre qu'un être ou que plusieurs êtres qui cherchent à s'inventer, à imposer ou à maintenir leur domination et leur pouvoir. L'absolu et son fondement ou plutôt, le fondement absolu, ne sont jamais innocents, ni purs ni transparents. Ce sont le dessein et la forme d'un certain pouvoir.

On pourrait dire, par conséquent, que les droits de l'homme (d'ailleurs, comme le droit considéré en tant que tel), sont le produit des luttes, des conquêtes, des oublis et des hasards des relations de pouvoir et de domination. Dans l'espace de la modernité, cette étincelle qui jaillit du choc des épées, a lieu comme partie de la logique du monde du capital. Mais dans cette *Kampfplatz*, les droits de l'homme sont en même temps un exercice politique, une prise de position, une stratégie et un acte de résistance.

Cela dit, il ne faut pas croire non plus que le fondement tout court, la fondation ou la matrice d'une entreprise politique n'existe pas. Il ne faut pas confondre le fondement d'un certain ordre avec le fondement absolu. Des idées, il y en aura toujours, tant que cette forme humaine que l'on connaît continue d'exister. Il ne faudrait donc pas renoncer à la tâche toujours nécessaire et protectrice de la recherche, la proposition, l'imposition ou la construction du fondement. Plus que le fondement des droits de l'homme, il faudrait plutôt admettre que l'on peut proposer plusieurs fondements possibles aux droits de l'homme car leur fondement, il faut le dire une fois encore, ne traverse pas les âges mais il n'est que l'invention d'un temps précis qui est le nôtre. La transcendance n'est que l'aspiration de notre volonté de puissance.

---

[7] Michel Foucault conçoit l'événement comme un noyau de relations de pouvoir à partir d'une provenance (*Herkunft*) et d'une émergence (*Entstehung*). Cf. FOUCAULT, Michel, *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*, in *Dits et écrits II 1970-1975*, Paris : Gallimard, 1994, p. 136 et suivantes.

[8] Cf. RABOSSI, Eduardo, *Cómo teorizar acerca de los derechos humanos. Algunas notas críticas*, en PIERINI, Alicia (coordinadora), *Pensamiento crítico sobre derechos humanos*, Buenos Aires : EUDEBA, 1996, p. 36.

Le fait de dévoiler la mort du fondement absolu, du dieu qui se cachait transfiguré sous l'aspect du sujet éthéré et inaltérable des droits de l'homme, exige donc l'obligation d'insister sur le fondement. La force de la reconstruction du paysage humain une fois qu'on a abattu les décors, nous permet de renaître à un monde construit à la mesure de nos rêves et de nos désirs. Seulement lorsqu'on renaît après le deuil du vide, peut-on recommencer et refonder la vie. Voici donc le point essentiel de cette idée et de cette pratique, de cet objet de la modernité et de cette rareté des temps : ce dont il s'agit quand on traite des droits de l'homme c'est de la vie et des manières de la vivre, des idées que l'on associe à elle et de ses modes de production et de reproduction. La vie et ses alentours, la vie et le temps, la vie et les vies possibles. Voilà pourquoi il faut reconnaître qu'il y a plutôt des fondements et non plus seulement un fondement, voilà pourquoi on parle de renonciation à l'absolu, car il enferme et limite, et voilà pourquoi il faut enfin parler de la nécessité d'imaginer le fondement comme un non fondement, comme une assurance ou une affirmation de valeurs « arbitrairement » choisies, comme une multiplicité de fondements. Mais un tel développement pour cette invention, que l'on appelle droits de l'homme, héritée ainsi, est-il vraiment possible ?

Un nom, ou probablement deux, devraient être cités, parmi d'autres, pour présenter de manière plus honnête ma composition du problème : Friedrich Nietzsche et Michel Foucault, qui me semblent être ceux qui ont mieux posé le problème de la mort de l'absolu et du vide humain mais également de la refondation de la vie et d'un univers mobile. La notion nietzschéenne de la « volonté de pouvoir » (*« Wille zur Macht »*) est celle qui sert mieux à reconstruire un fondement variable et multiple de la théorie et de la pratique des droits de l'homme, puisqu'elle présuppose également un fondement mobile et multiple pour l'être humain. Comme le disait Foucault à propos de l'analyse de la formation du sujet moderne, « chez Nietzsche, on trouve effectivement un type de discours qui fait l'analyse historique de la formation du sujet lui-même, l'analyse historique de la naissance d'un certain type de savoir – sans jamais admettre la préexistence d'un sujet de connaissance. »[9] Foucault, pour sa part, élabore clairement la production historique du sujet, « un sujet qui n'est pas donné définitivement, qui n'est pas ce à partir de quoi la vérité arrive à l'histoire, mais [...] qui se constitue à l'intérieur même de l'histoire, et qui est à chaque instant fondé et refondé par l'histoire »[10] ; un sujet qui n'est, en définitive, que la résultante des relations de pouvoir et qui porte une certaine notion de vérité liée uniquement à elles.

Révolution permanente, multiplicité vive, changement continu, voilà la vie qui explose à chaque seconde et à chaque illusion. La recherche des fondements possibles des droits de l'homme n'aura aucune importance si elle n'est pas accompagnée de l'évaluation des conditions, des moyens et des situations dans lesquelles tel ou tel droit peut être réalisé effectivement et la vie peut se déployer librement. C'est seulement de cette manière, comme exercice politique explicite, que les droits de l'homme ne pourront jamais se constituer en une arme hypocrite de la domination et de l'oppression, de la répression et de la violence, en somme, de l'uniformisation culturelle universelle.

---

[9] FOUCAULT, Michel, *La vérité et les formes juridiques*, in *Dits et écrits II 1970-1975*, *op. cit.*, p. 542.

[10] *Ibidem*, 540.

LA RELATION DES DROITS AUX DEVOIRS : APPROCHE INTERCULTURELLE

Dany Rondeau
Groupe de recherche Ethos, Université du Québec à Rimouski, Canada
Courriel dany_rondeau@uqar.qc.ca

Revue ASPECTS, n° 1 - 2008, pages 141-166

Résumé : Ce texte analyse la relation des droits aux devoirs dans la visée d'une éthique interculturelle de reconnaissance de l'autre. Il présente d'abord la nature de la relation des droits aux devoirs dans la pensée moderne afin de cerner la place réduite qu'y occupent les devoirs et les raisons qui expliquent la priorité accordée aux droits. Il se penche ensuite sur la relation des droits aux devoirs dans les sociétés traditionnelles et communautaires ainsi que dans la pensée islamique, afin de comprendre la prééminence accordée aux devoirs et surtout ce qui lui donne sens. Finalement, l'article met en perspective ces deux lectures pour tenter l'esquisse d'une relation des droits aux devoirs, dans les sociétés libérales, significative du point de vue d'une éthique interculturelle. Cette esquisse propose d'accompagner la reconnaissance juridique des droits d'une éthique sociale et politique qui retourne à l'esprit originel des droits : la responsabilité et le souci à l'égard d'autrui.

Mots-clés : droits, devoirs, interculturel, reconnaissance, islamisme, sociétés traditionnelles, responsabilité, éthique.

INTRODUCTION

Dans sa théorie de la reconnaissance[1], Axel Honneth fonde les bases d'une éthique politique ou d'une morale sociale sur les attentes sociales de reconnaissance que développent les individus à travers la socialisation. Selon lui, ces attentes constituent des « invariants anthropologiques » ; elles se retrouveraient dans toute société, quelle qu'elle soit, mais leur contenu dépendrait « du type d'intégration sociale propre à une société[2] ». Pour cette raison, Honneth considère qu'une éthique politique (ou une morale sociale) doit « partir d'une évaluation des relations de reconnaissance qui sont garanties socialement à un moment donné. Ce qu'il y a de juste ou de bon dans une société se mesure à sa capacité à assurer les conditions de la reconnaissance réciproque qui permettent à la formation de l'identité personnelle – et donc à la réalisation de soi de l'individu – de s'accomplir de façon satisfaisante[3] ».

---

[1] Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Cerf, 2000 et *La société du mépris*, Paris, La Découverte, 2006.

[2] Axel Honneth, « La théorie de la reconnaissance : une esquisse » dans *De la reconnaissance. Don, identité et estime de soi*, Revue du Mauss, n° 23, 2004, p.135. Stéphane Haber, qui traduit cet article, remarque en note de bas de page que ce texte ajoute un certain relativisme à l'analyse des modèles de la reconnaissance effectuée dans *La lutte pour la reconnaissance*, en la situant par rapport à des sociétés données.

[3] *Ibid*., p.134.

Dans les états de droit modernes, les droits et libertés répondent à ce critère. Ils assurent la reconnaissance réciproque et l'intégration sociale sur le plan moral et juridique de la vie en société. Mais il est clair que dans les sociétés qui ne partagent pas les postulats de l'individualisme juridique moderne - et même postmoderne -, la reconnaissance réciproque repose sur d'autres contenus et d'autres types d'intégration sociale, tels que la capacité des membres de la communauté à s'acquitter de leurs devoirs et de leurs obligations. Comment alors envisager la reconnaissance réciproque dans la perspective plus globale des relations interculturelles où cette reconnaissance doit s'opérer entre personnes, communautés ou sociétés dont les contenus de la reconnaissance et les types d'intégration sociale diffèrent souvent de manière radicale?

Ce texte analyse la relation des droits aux devoirs dans la visée d'une éthique interculturelle de reconnaissance de l'autre ; l'autre comme culture autre (les enjeux de la reconnaissance sur le plan international) ou l'autre comme appartenant à une autre culture (les enjeux de la reconnaissance à l'intérieur des états multiculturels). Il part des principes d'une approche interculturelle qui postule que la reconnaissance de l'autre requiert ce que Raimundo Panikkar appelle une herméneutique diatopique, c'est-à-dire une compréhension de l'autre qui passe par l'autre, par la manière dont il se conçoit, et par la manière dont il comprend et interprète le monde. La reconnaissance de l'autre implique également de reconnaître que les autres visions du monde possèdent une valeur de vérité, même si elles reposent sur des mythes culturels et même si les raisons qui supportent leurs prétentions à la vérité demeurent cachées de l'extérieur. Finalement, dans une perspective interculturelle, elle suppose une reconnaissance de la valeur de la diversité des expériences historiques particulières et des univers de signification qu'elles ont engendrés[4].

Le but de ce texte est d'abord de mieux comprendre la tension entre droits et devoirs dans le discours de la pensée libérale moderne, dans laquelle la notion de devoirs demeure peu documentée. Pourquoi? Quelle place y tient malgré tout ce concept? Quel sens détient-il par rapport aux droits? Cette analyse vise également à clarifier le sens et la portée des devoirs dans l'ethos des sociétés où la notion de devoirs est première, et à cerner dans quelle relation cette notion de devoir s'inscrit par rapport à celle de droits. Après avoir identifié quelques traits généraux de l'organisation sociale et communautaire qui caractérisent les sociétés traditionnelles et qui expliquent l'importance qu'elles accordent aux devoirs, nous nous pencherons sur la place des devoirs et des droits dans la pensée islamique et dans l'islam. Pourquoi ce choix? D'abord pour une raison pratique : parmi les pensées « autres », c'est celle que nous avons le plus étudiée. Ensuite, en raison de l'importance que prend la dimension religieuse de l'appartenance culturelle dans la réflexion autour des politiques de la reconnaissance, entre autres dans certaines sociétés comme le Québec ou la France. Finalement, parce que depuis le 11 septembre 2001, il nous apparaît fondamental de mieux apprendre à connaître l'islam, à la fois comme culture et comme religion, afin de faire la part des choses entre ce qui relève de la manipulation politique et clanique, et ce qui ressort véritablement d'une religion et de la foi de plus d'un milliard de personnes.

---

[4] Voir Dany Rondeau, « Une éthique pour un monde global » dans André Duhamel et André Lacroix (dir.), *Éthique et espace politique mondial*, Montréal, Liber, 2004, p.17 à 48.

L'approche interculturelle déployée ici est reconstructive. Il s'agira de résumer en quelque sorte le parcours narratif et argumentatif qui donne priorité aux droits dans la pensée libérale et aux devoirs dans d'autres sociétés, dans le but de comprendre ce qui fonde respectivement cette priorité et d'amorcer un dialogue interculturel. Puis, la dernière partie de ce texte tente de repenser la relation des droits aux devoirs dans les sociétés modernes occidentales, d'une façon qui s'accorde davantage aux autres perspectives, sans pour autant sacrifier les idéaux de la pensée libérale. Mais pourquoi – comme je l'ai entendu souvent – est-ce toujours à nous de nous adapter? Autrement dit, pourquoi cette perspective à sens unique? Parce qu'il ne nous revient pas de décider à la place des autres sociétés et groupes culturels comment ils doivent penser ou repenser le rapport entre droits et devoirs. Dans une éthique interculturelle fondée sur le dialogue, c'est à eux de faire pour eux ce travail de critique intraculturelle[5], si l'on veut qu'il soit porteur de sens. De notre côté, c'est précisément ce travail qui fait l'objet de la dernière partie de notre texte.

LA PENSÉE LIBÉRALE MODERNE

Les devoirs dans la pensée libérale

Dans un sens très général, « devoir » renvoie à « tout acte ou toute conduite considérés comme s'imposant moralement ou légalement à l'individu indépendamment de ses inclinations ou antipathies personnelles[6] ». La distinction entre « moralement » et « légalement » est ici assez importante. La relation des droits et des devoirs dans le discours de l'Occident moderne est en effet fortement influencée par le droit ; ce qui n'est pas le cas dans les autres discours où elle est davantage marquée par un va-et-vient entre la morale et le droit. Ce qui ne signifie pas pour autant que la dimension morale du concept de devoir n'ait aucune importance dans le discours occidental moderne. Une abondante littérature sur cette question témoigne du contraire. Du néolibéralisme, qui n'accorde pratiquement aucune place aux devoirs, au communautarisme qui les tient pour aussi importants que les droits, en passant par un certain libéralisme qui va même jusqu'à tenter de réconcilier les intérêts communautaires et culturels avec les droits individuels, le débat sur la place des devoirs est loin d'être clos. Le juriste onusien Fatsah Ouguergouz considère d'ailleurs que la théorie des droits de l'homme contient implicitement une théorie des devoirs.

> Et à ce propos, il ne faut, en effet, pas oublier que le droit interne prescrit traditionnellement à l'individu - et sanctionne pénalement - de nombreux devoirs, comme, par exemple, ceux de s'abstenir de tuer son semblable, de le séquestrer arbitrairement, de pénétrer chez lui sans son assentiment, de le diffamer, de le voler, de lui infliger des violences ou de l'asservir. À ces devoirs de l'individu correspondent en fait autant de droits des autres individus : droit à la vie, à la liberté,

---

[5] Ce travail est d'ailleurs amorcé depuis quelques décennies, entre autre avec les écrits du Soudanais Mahmoud Mohamed Taha, pendu pour hérésie en 1985 par le président Numeiri, et de son élève et héritier de sa pensée, le juriste Abdullahi Ahmed An-Na'im. De Taha, voir *The Second Message of Islam*, New York, Syracuse University Press, 1987. De An-Na'im: *Toward an Islamic Reformation. Civil Liberties, Human Rights and International Law*. New York, Syracuse University Press, 1990.

[6] Erica-Irene A. Daes, *Les devoirs de l'individu envers la communauté et les limitations des droits et libertés de l'homme en vertu de l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Contribution à l'étude de la liberté garantie à l'individu par la loi,* New York, Nations unies, 1983, p.40.

> à la protection du domicile ou de l'honneur, de la propriété, ou encore droit à ne pas être torturé ou tenu en servitude.
>
> […] Il faudrait être aveugle pour ne pas voir les nombreux devoirs qui constituent la trame de fond du tissu juridique de nos sociétés contemporaines[7].

Il serait donc faux de prétendre que la notion de devoirs est complètement absente de la conception moderne des droits. L'histoire des droits depuis 1789 témoigne de l'effort de penseurs républicains tels que Pufendorf, Rousseau, Mazzini, l'Abbé Grégoire et d'autres pour faire admettre la complémentarité des droits et des devoirs. Le républicanisme a mis l'accent sur la notion des devoirs de citoyenneté qu'exige un réel état démocratique. Le courant communautarien insiste également sur l'importance des devoirs pour vivre en société. Ces courants s'appuient sur une anthropologie philosophique particulière : la nature sociale de l'être humain. C'est cette nature et ses exigences que reflète et prend en compte l'article 29.1 de la Déclaration universelle de 1948. Cet article dispose que « L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible. » Dans cet article, la communauté se présente comme la condition de l'épanouissement de la personne. L'article 29, seul article de la déclaration à porter sur les devoirs, montre bien « qu'il était impossible de rédiger une déclaration des droits sans proclamer les devoirs qui découlent du concept de liberté et qui rendent possible l'établissement d'une société pacifique et démocratique. Faute d'une telle disposition, toute liberté serait susceptible de conduire à l'anarchie et à la tyrannie[8] ». Pour les mêmes raisons, le cinquième alinéa du préambule des Pactes internationaux reconnaît aussi des devoirs de l'individu envers autrui et envers sa collectivité : « Prenant en considération le fait que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte ».

Plusieurs constitutions d'états modernes comportent une ou des références explicites aux devoirs de l'individu. C'est le cas des constitutions de l'Italie, de l'Espagne, du Portugal, de la Finlande, de la Grèce, de la Turquie et du Japon et de la loi fondamentale de la République fédérale allemande[9]. Au niveau régional, la fameuse Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, adoptée à Bogota en mai 1948, mentionne deux fois et demie plus de droits que de devoirs. Cependant, son préambule, qui consacre aux devoirs cinq de ses six paragraphes, est très explicite sur leur importance :

> L'accomplissement du devoir de chacun est une condition préalable au droit de tous. Droits et devoirs se complètent corrélativement, dans toutes les activités sociales et politiques de l'homme. Si les droits exaltent la liberté individuelle, les devoirs expriment la dignité de cette liberté[10].

Peut-on conclure, pour autant, que la notion de devoirs possède une importance aussi grande que celle des droits? Dans quelle mesure les pays signataires de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et des Pactes internatio-

---

[7] Fatsah Ouguergouz, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, p.237.

[8] Erica-Irene A. Daes, *op.cit.*, p.19.

[9] Les devoirs les plus fréquemment mentionnés dans les constitutions nationales sont le service militaire, l'obligation de porter assistance à personne en danger, de notifier aux autorités les infractions graves portées à sa connaissance, d'impôt et de taxation, et le devoir des parents à l'égard des enfants.

[10] Paragraphe 2 du préambule de la Déclaration de Bogota.

naux sont-ils sensibles à l'idée de devoirs? Aucun devoir ne figure dans les constitutions de l'Autriche, de la Barbade, de la Bolivie, de l'Équateur, d'Israël, du Luxembourg, de la Suède et de bien d'autres pays. Le gouvernement de l'Équateur s'en défend en disant que l'inscription de devoirs est inutile puisque ceux-ci découlent des droits[11]. En outre, une minorité des devoirs énoncés s'exprime véritablement sous la forme de devoirs. L'insistance des états américains sur les devoirs, dans la Déclaration de Bogota, sera démentie par la Convention américaine relative aux droits de l'homme signée le 22 novembre 1969 à San Jose, Costa Rica, qui ne consacre qu'un seul article aux devoirs des personnes. Dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, les devoirs font l'objet d'un article unique. Force est d'admettre que dans la majorité des pays occidentaux, la conception libérale des droits s'est imposée dans les constitutions et législations et qu'elle laisse bien peu de place aux devoirs.

La primauté des droits

L'inscription de droits de l'être humain dans des documents et dans le droit positif tire son origine de la philosophie politique du droit naturel moderne. L'hypothèse ou la fiction d'un « état de nature » permet de faire valoir les biens, tendances ou intérêts fondamentaux (vie, liberté, égalité et propriété) de l'être humain dans l'état de nature, et dont la vie en société, en dépit des obligations qu'elle entraîne à l'égard d'autrui, ne devrait pas le priver. Ces intérêts fondamentaux deviennent en société des droits qui ne sont attachés à aucune condition, à aucun devoir. Parce que naturels et antérieurs à la vie en société, ils sont inconditionnels et inaliénables. Le droit naturel moderne débouche ainsi sur une philosophie individualiste et contractualiste[12]. D'origine conventionnelle, la société de son côté n'a pas de fondement naturel. C'est un accord rationnel entre les individus qui fonde l'autorité politique, dont la finalité est de protéger les droits individuels. L'origine naturelle et première des droits place ainsi au second plan les devoirs qui ne sont qu'un moyen de garantir les droits, et qui en découlent[13].

L'émergence progressive des droits est donc liée à la lente formation de la personne et du sujet[14]. L'anthropologie philosophique de la modernité qui insiste sur la raison et le sujet comme fondement des normes et des valeurs ouvre la voie à un processus d'émancipation de l'être humain qui passe par les droits et non les devoirs. C'est cet esprit qui anime la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, totalement muette sur les devoirs en dépit du préambule qui énonce que le but de la Déclaration est de rappeler à tous les membres du corps social leurs droits *et* leurs devoirs. Car le contractualisme de la conception libérale repose explicitement sur des devoirs. En effet, « la théorie du contrat social est fortement 'productrice' de devoirs. Les hommes 'en entrant en société' conservent, certes, quelques droits naturels (liberté individuelle, droit de pro-

---

[11] Erica-Irene A. Daes, *op.cit.*, p.22-32.

[12] « [L]e pouvoir, on se le rappelle, sera dit légitime s'il respecte un certain nombre de prérogatives accordées à l'individu *comme tel*. En d'autres termes, l'individu, avec ses droits, constitue le but de l'association politique, ce qui relie la conception des droits de l'homme à l'idée d'un pouvoir basé sur le *contrat social* ». Guy Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, quatrième édition revue, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1993, p.13.

[13] Un philosophe chinois rappelle de manière concise cette évidence: « The primacy of natural right over duty is obvious, as there is no equivalent "natural duty," but only duties derived from rights ». Qianfan Zhang, « The Idea of Human Dignity in Classical Chinese Philosophy: a Reconstruction of Confucianism », *Journal of Chinese Philosophy*, vol.27, n° 3, 2000, p.317.

[14] Yves Madiot, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.113.

priété). Mais ils seront surtout soumis à des devoirs qui sont ceux de la vie en société[15] ». Néanmoins, le modèle politique engendré par le contractualisme n'acquiert de sens que par la volonté des sujets d'être ensemble. Il s'agit d'une modification radicale dans la façon d'envisager l'autorité politique (comme issue de la volonté des individus) et le rapport de l'individu à l'autorité (l'individu se soumet à des lois auxquelles il a librement consenti). Ainsi, l'individualisme social et juridique et les droits prennent le pas sur les devoirs de la vie en société. Même si ces derniers constituent une nécessité, ils demeurent implicites. C'est sans doute pourquoi les textes constitutionnels qui jalonnent l'histoire du développement de la pensée libérale témoignent de « l'absence d'une véritable réflexion sur les devoirs […]. Cette constatation n'est d'ailleurs pas une surprise. Cette conception, centrée sur l'individu et sur ses droits, ne peut que délaisser une notion qui s'analyse en une contrainte et non en une libération[16] ».

Dans l'esprit de plusieurs penseurs, les droits et plus particulièrement la liberté impliquent néanmoins une réciprocité qui transforme le droit en un devoir de respecter le même droit chez autrui. Cette idée, clairement énoncée dans l'article 4 de la Déclaration de 1789, fait de la liberté de l'autre une limite à la liberté du sujet, un devoir qui incombe à l'individu : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits[17] ». La réciprocité des droits et des devoirs constituerait ainsi la thèse principale de la pensée libérale. Le droit de A, à la liberté d'expression par exemple, entraîne le devoir de B de ne pas faire obstacle au droit de A de s'exprimer. Si pour A, ce droit n'implique en soi aucun devoir, le même droit de B entraînera pour A un devoir. Ainsi, le droit et le devoir se définissent par rapport au même objet : la liberté d'expression de A, mais dans des sujets différents. Et, en effet, les droits ne pourraient jamais être exercés correctement s'ils n'étaient pas aussi reconnus par des personnes qui en font leurs devoirs[18].

Par ailleurs, la corrélation entre droits et devoirs pourrait également être argumentée par le caractère relationnel des droits de l'être humain. Selon Leslie Ruth Shapard, les droits mettent en relation l'individu et l'État. Les droits de l'être humain sont fondés dans certains besoins particuliers et le passage du besoin au droit suppose qu'une obligation de satisfaire ce besoin incombe à quelqu'un d'autre. Ce qui fonde le droit ce n'est pas le besoin comme tel, mais la relation entre un être qui possède une caractéristique humaine naturelle universelle - le besoin en question - et quelqu'un d'autre qui détient les moyens de le satisfaire. Le droit ne peut

---

[15] *Ibid*., p.127.

[16] *Ibid*., p.129.

[17] Dans *Justice et Charité* (1848), Victor Cousin explique la signification de cette doctrine classique de la réciprocité des droits et des devoirs: « Le devoir que j'ai de vous respecter est mon droit à votre respect ; et réciproquement, vos devoirs envers moi sont mes droits sur vous. Ni vous ni moi n'avons d'autre droit l'un sur l'autre que le devoir mutuel de nous respecter tous les deux. […] Qu'est-ce, en effet, on ne saurait trop se le répéter à soi-même et aux autres, qu'est-ce que mon droit à votre respect sinon le devoir que vous avez de me respecter parce que je suis un être libre? Mais vous-même, vous êtes un être libre, et le fondement de mon droit et de votre devoir devient pour vous le fondement d'un droit égal, et en moi d'un devoir égal ». Cité par Daniel Colard, « Le principe de l'indivisibilité des droits et des devoirs de l'homme » dans P. Meyer-Bisch et J.P. Durand (dir.), *Les devoirs de l'homme. De la réciprocité dans les droits de l'homme*, Actes du Ve colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme tenu à l'Université Fribourg, Suisse, en 1987, parus dans *Le Supplément. Revue d'éthique et de théologie morale*, n° 168, 1989, p.23.

[18] Fathali M. Moghaddam et al., «Toward a Cultural Theory of Duties », *Culture and Psychology*, vol.6, n° 3, 2000, p.276.

être fondé simplement dans le besoin lui-même[19]. Ce quelqu'un d'autre est l'État. Pour cette raison, les droits des individus correspondent aux devoirs de l'État. Par ailleurs, l'État n'ayant pas besoin de la même protection contre les particuliers, il ne possède pas de droits qui entraîneraient des devoirs pour les individus.

C'est toutefois pour une raison beaucoup plus pragmatique que les droits priment les devoirs dans la pensée libérale : le pouvoir dont dispose l'État et qui se traduit par le monopole de l'exercice légitime de la force. L'histoire du vingtième siècle, marquée par les totalitarismes et les crimes contre l'humanité, montre l'importance de baliser juridiquement les rapports entre l'État et le citoyen, d'encadrer ce pouvoir de l'État. Les droits ont donc pour fonction de protéger l'individu et ses droits contre un pouvoir arbitraire ou capricieux, et d'assurer la moralité de l'État[20]. L'urgence d'imposer un garde-fou au pouvoir mène en effet à la protection des droits des individus et non aux devoirs. « L'histoire enseigne qu'une telle protection est indispensable tandis qu'aucune nécessité impérative n'exige que l'État soit protégé contre les particuliers[21] ». Martin et Nickel reconnaissent aussi que les états sont les premiers destinataires des droits de l'être humain, mais ils considèrent que les individus en sont les seconds destinataires ; ils ont donc comme devoir de promouvoir les droits de l'être humain lorsqu'ils sont en position de le faire[22]. Ce devoir découle toutefois de la prépondérance des droits. Comme le souligne Donnelly, les droits de l'être humain, tels qu'ils ont été compris jusqu'à présent, reposent sur une conception de la personne dotée de droits inaliénables, tournés contre la société et, principalement, contre l'État ; droits qui lui confèrent priorité sur les intérêts et buts collectifs[23].

Le glissement de la moralité au droit qui s'est opéré progressivement dans les sociétés occidentales modernes constitue un autre facteur qui explique non seulement la prépondérance des droits, mais l'effacement presque total des devoirs ou encore leur récupération par le langage des droits. Les devoirs ne sont plus une dimension de la moralité interpersonnelle, mais une manière d'exercer ses droits. Interrogés sur ce qu'ils considèrent être leur devoir le plus important, de jeunes Américains répondent : Réussir à l'école ; m'accomplir ; mettre mes talents à profit. Sunil Bahtia considère que cette manière de concevoir les devoirs reprend le langage et les exigences des droits : leur devoir consiste à exercer leurs droits[24]. C'est aussi l'opinion de Carole Smith qui soutient que la prolifération du langage des droits tend à remplacer la relation entre droits et devoirs par les seuls droits ; ce qui contribue à marginaliser le rôle des obligations dans les affaires humaines, à négliger les responsabilités et à affaiblir le souci à l'égard d'autrui[25]. En outre, les sociétés libérales sont de plus en plus caractérisées par une pluralité des ordres de valeurs. Et « le pluralisme (même s'il est parfois artificiel) tend à réduire la dose des devoirs imposés aux individus »[26].

---

[19] Leslie Ruth Shapard, *Human rights, Universality, and Governments*, Thèse de doctorat. Knoxville: Université du Tenessee, 1998, p.61.

[20] Sir John Laws, « Beyond Rights », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.23, n° 2, 2003, p.265-280.

[21] Erica-Irene A. Daes, *op.cit.*, p.17.

[22] R. Martin et J.W. Nickel, *op.cit.*, p.178.

[23] Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and in Practice*, Ithaca and London: Cornell University Press, 1989, p.145.

[24] Sunil Bahtia, « Can We Return to the Concept of Duty in a Culture of Rights ? Implications for Morality and Identity », *Culture and Psychology*, vol.6, n° 3, 2000, p.310.

[25] Carole Smith, « The Sequestration of Experience : Rights Talk and Moral Thinking in 'late modernity' », *Sociology*, vol.36, n° 1, 2002, p.50.

[26] Yves Madiot, *op.cit.*, p.134.

D'autres facteurs expliquent encore la priorité des droits. C'est le cas de l'économie de marché qui va de pair avec une certaine conception de l'être humain mettant l'accent sur l'autonomie et la liberté. Les impératifs économiques et l'idéologie néolibérale qui les fonde estompent les devoirs et contribuent à répandre l'idée que « moins d'État » devient synonyme de « plus de liberté ». La critique néolibérale nie également la légitimité des droits de deuxième génération, ceux qui correspondent aux devoirs de l'État[27]. Il en résulte un renforcement des droits individuels au détriment des devoirs de l'individu, en même temps qu'une remise en question des droits sociaux et économiques, c'est-à-dire des devoirs à la charge de l'État. Par conséquent, les devoirs de solidarité tendent à disparaître, de même que les autres devoirs qu'ils soient individuels ou collectifs.

Finalement, dans les sociétés libérales, la liberté est sans cesse menacée par des « doctrines et des courants liberticides » : freudisme, marxisme, structuralismes[28]. Les régimes totalitaires, par l'utilisation qu'ils en ont faite, ont contribué à dénigrer « le thème des devoirs de l'homme [qui] n'est certainement pas porteur politiquement - pour ne pas dire plus : il suscite au mieux la réserve et l'esquive, au pire l'ironie et le mépris[29] ». En ce sens, l'encerclement des droits et de la liberté par les devoirs justifie qu'on s'inquiète davantage des premiers que des seconds[30].

En résumé, dans la pensée libérale, les devoirs sont surtout des devoirs négatifs qui se présentent comme la contrepartie des droits et libertés des autres individus. Ils visent à prévenir l'anarchie et l'annihilation de la liberté elle-même ; ce sont des interdictions de faire ce qui peut empêcher la jouissance légitime des droits et libertés. La liberté de l'individu, dans cette conception, demeure la valeur fondamentale : « chaque fois qu'il y a conflit entre la liberté personnelle de l'individu et d'autres droits et intérêts, c'est la liberté de l'individu qui l'emporte[31] ».

Cependant, la place et l'importance des devoirs ne sont pas, de toute évidence, fixées à tout jamais. La relation des droits aux devoirs serait marquée dans l'Occident moderne par une dialectique qui oppose les deux notions pour mieux les réunir ensuite. Les droits de première génération correspondent à l'émergence de droits contre l'oppression d'un système qui ne reconnaissait que des devoirs. Avec la seconde génération de droits, réapparaît la notion de devoirs. Il ne s'agit pas de devoirs qui s'adressent à l'individu, mais à l'État ; ils sont nécessaires pour que les droits formels de première génération deviennent des droits réels. Finalement, l'émergence des « droits de l'homme » sur le plan international entraîne une nouvelle génération de droits qui impliquent une solidarité de « tous les acteurs du jeu social[32] » et qui appellent des devoirs de la part des états, non des individus. D'une part parce que la marge de manœuvre des individus est extrêmement réduite lorsqu'il s'agit des droits de solidarité, des droits culturels et des droits des peuples, et d'autre part parce que la déresponsabilisation des individus dans les sociétés occidentales modernes entraîne le transfert à la charge de l'État de la presque totalité

---

[27] *Ibid.*, p.142-143.

[28] *Ibid.*, p.115.

[29] Daniel Colard, *op.cit.*, p.17.

[30] Yves Madiot, *op.cit.* , p.120.

[31] Erica-Irene A. Daes, *op.cit.*, p.iv.

[32] Daniel Colard, *op. cit.,* p.21.

des obligations[33]. Une certaine sensibilisation des individus et, il faut bien le dire, une incompétence des états à s'acquitter de ces devoirs à l'égard des autres peuples, ramènent toutefois dans le giron de l'agir individuel les devoirs qui correspondent aux droits de troisième génération[34]. En outre, les discussions autour d'une quatrième génération de droits (les droits non anthropocentriques) et le renouvellement de l'éthique contemporaine jouent sur la détermination des devoirs dans la conception libérale[35].

Ainsi, le parcours du développement conceptuel des droits, de la première à la troisième génération, montre une tangente nette entre un système marqué à l'origine par des droits fondamentaux négatifs attachés uniquement à l'individu, et un système à tendance un peu plus solidaire dans lequel l'individu est mis en relation avec les autres êtres humains, présents et futurs, ainsi qu'avec son environnement. Ce parcours rapproche la conception moderne des droits des conceptions plus traditionnelles. Cependant, le noyau dur de la conception moderne demeure les droits fondamentaux inconditionnels et inaliénables, auxquels s'associent de plus en plus des devoirs, mais des devoirs dont le statut reste secondaire par rapport aux droits. On peut penser que la conception occidentale moderne devra sans doute « procéder à une pondération, à un réajustement ou à une correction des droits par les devoirs ». Mais on ne peut imposer des devoirs par décret. « Pour être respectés, ceux-ci doivent être compris et consentis librement[36] ».

SOCIÉTÉS « NON MODERNES » ET DEVOIRS

Le concept de droits de l'être humain tel qu'on le trouve dans la pensée libérale est une notion exogène aux sociétés d'Afrique, d'Asie et du Moyen-Orient[37]. Il ne fait pas *a priori* partie de l'univers conceptuel de ces sociétés, traditionnellement plus préoccupées par l'harmonie et le bien de la collectivité. C'est sous la pression des pays occidentaux qu'il s'impose à elles, mais il demeure pensé en relation étroite avec les devoirs. Ces sociétés sont dites traditionnelles au sens où le passé et les traditions jouent un rôle important dans l'identité des groupes. Ce sont aussi des sociétés communautaires parce que la communauté est première et que l'identité des personnes se définit en fonction du rôle et du statut occupés dans la commu-

---

[33] Simone Goyard-Fabre, « La dérive des droits fondamentaux » dans Guy Lafrance (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, p.61-71.

[34] Il faut cependant noter que dans la conception libérale des droits la reconnaissance des droits de troisième génération comme droits de l'être humain est contestée. Pour Rivero, cela contribue à banaliser tous les droits de l'être humain. Comme les droits de troisième génération ne peuvent pas être garantis de la même manière que les autres, ils demeurent un idéal moral dont le flou rejaillit sur la notion même de droits. Jean Rivero, « De nouveaux droits de l'homme », *Revue des sciences morales et politiques*, n° 4, 1982, p.673-686.

[35] En effet, « des orientations nouvelles, telles la promotion de l'écologie et la défense de l'environnement provoquent un renouvellement de la réflexion ». Pour Claude Lévi-Strauss (Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale sur les libertés, *Doc. parl.*, 1977 ; n° 3455, tome III, p.182), le fondement de la liberté ne doit pas être cherché dans l'homme, mais dans la reconnaissance de l'homme en tant qu'être vivant. À ce titre, les droits de l'homme trouvent leur limite « naturelle » dans les droits des autres espèces vivantes et l'homme « perd ses droits dès que ceux-ci mettent en danger l'existence d'une autre espèce en tant que telle ». Dans le même sens, « protéger les droits des générations futures aboutit à charger de devoirs les générations actuelles ». Yves Madiot, *op. cit.,* p.134.

[36] Daniel Colard, *op. cit.,* p.26.

[37] En Amérique latine, c'est sans doute en grande partie sous l'impulsion de la théologie de la libération que se développe l'idée de droits et libertés. Elle ne semble pas toutefois avoir remplacé les liens communautaires ; peut-être parce que la pensée libertaire qui accompagne l'économie de marché fait face à un socialisme durable.

nauté. Hormis ces deux caractéristiques importantes, elles partagent – dans leur grande diversité – un même état : elles existent comme négation. Elles sont dites « non » modernes, « non » occidentales, « non » industrialisées.

Par ailleurs, ces sociétés sont également en mutation et en rupture avec l'organisation traditionnelle et communautaire qui prévalait avant les indépendances. Le modèle politique à l'occidental, fondé sur la démocratie et l'idée de nation, s'adapte plus ou moins bien là où les notions d'ethnie et de clans continuent de prévaloir[38]. Aussi, l'organisation traditionnelle et communautaire continue-t-elle parallèlement d'exister en dehors des grands centres et dans certains quartiers urbains. On assiste ainsi à une dichotomie importante entre l'exercice réel d'une participation politique - au sens classique du terme - par des individus rassemblés en communautés, et le modèle de participation politique plus distanciée des grands ensembles, requis par la forme de l'État nation. La problématique de la relation des droits aux devoirs s'en trouvera complexifiée.

Prééminence des devoirs dans les sociétés communautaires

C'est peut-être cette oscillation forcée entre tradition et modernité qui donne à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples son caractère hybride. Bien qu'on puisse penser que « le concept communautaire des droits de l'homme est la marque de la Charte africaine[39] », il serait plus juste de dire - sans toutefois nier cette particularité - que celle-ci constitue un effort pour concilier les normes internationales de protection des droits de l'être humain avec une conception des droits et des devoirs plus respectueuse de la réalité africaine[40]. Il en résulte un texte original qui tente d'intégrer les trois générations de droits, mais sur lequel l'influence de la conception occidentale moderne demeure forte.

Les articles 27, 28 et 29 de la Charte africaine, qui traitent des devoirs des individus, comptent onze paragraphes et forment un chapitre entier du document. En ceci, le document « est très révélateur de la place que notre instrument entend accorder au concept ».

> La Charte Africaine semble ainsi exprimer une autre caractéristique de la conception africaine des droits de l'homme qui trouverait son fondement dans la nature des modes d'organisation sociale de l'Afrique traditionnelle dont on a vu qu'ils reposaient sur une structure communautaire ; ceux-ci excluaient, par conséquent, tout individualisme exacerbé et plaçaient la personne humaine au centre de tout un faisceau de droits et d'obligations. C'est donc à la lumière de ce trait de civili-

---

[38] C'est ce que rappelle Bernard Debré dans l'analyse qu'il fait du génocide rwandais : « Jamais la France ne s'est demandé si la démocratie pouvait avoir une 'légitimité' variable selon les pays et les coutumes… Cet aveuglement a conduit à des absurdités criminelles. Dans un sens il s'agit de véritable dictature du prolétariat qui, à la mode africaine, s'écrit dictature de l'ethnie la plus nombreuse ». Et aussi : « cet idéal de la démocratie n'est applicable que si les notions d'ethnie ou de clan ont disparu au profit de l'idée de nation sinon la démocratie ne se résume qu'à la dictature de l'ethnie majoritaire ». Bernard Debré, *La véritable histoire des génocides rwandais*, Paris, Jean-Claude Gawsewitch Éditeur, 2006, p.88 et p.193. Je ne considère pas ce jugement comme condescendant. Il me semble au contraire qu'il est réaliste et prend en compte un trait culturel important, ignoré des politiques occidentalistes, qui constitue une cause des échecs de démocratisation. Il permet en tout cas de comprendre en bonne partie les raisons qui expliquent la récurrence des conflits autant dans la région des Grands Lacs (Ouganda, Rwanda, Burundi, République démocratique du Congo) qu'en Afrique centrale (République centrafricaine, Congo-Brazzaville, Gabon, Angola, Soudan, Tchad, etc.) depuis les indépendances, si ce n'est dans presque toute l'Afrique subsaharienne. De même, la guerre en Irak camoufle une guerre civile qui oppose là aussi des groupes ethniques ou confessionnels : sunnites, shiites, kurdes.

[39] Tunguru Huaraka, « Les fondements des droits de l'homme en Afrique » dans A. Lapeyre, F. de Tinguy et K. Vasak (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p.244.

[40] Fatsah Ouguergouz, *op.cit.*, p.xxvi.

> sation qu'il faut apprécier la place privilégiée accordée aux devoirs de l'individu dans la Charte Africaine et l'affirmation de leur lien dialectique avec ses droits et libertés[41].

Le rapport de présentation de l'avant-projet de la Charte justifiait cette importance accordée aux devoirs par le fait que « La conception d'un individu à la fois totalement libre et totalement irresponsable et en même temps opposé à la société, n'est pas conforme à la philosophie africaine[42] ». Celle-ci véhicule plutôt une anthropologie communautaire : l'être humain naît d'un groupe, il vit dans une communauté et lui appartient. Dans les sociétés communautaires, africaines et autres, l'idée d'un être humain dissocié de sa communauté est difficile à concevoir. La communauté est naturelle et nécessaire ; elle n'est pas ce contre quoi il faut protéger l'individu, mais bien ce qui le protège. Par conséquent, les droits ne peuvent être pensés comme antérieurs à la communauté, ou comme inaliénables. Leur caractère principal réside dans leur liaison indéfectible avec les devoirs. Par exemple, dans « les traditions, la culture et la civilisation africaine, les intérêts de la communauté ne sont pas en conflit avec les droits et les devoirs de l'individu. Les deux sortes d'intérêts et de devoirs sont interconnectées et ordinairement, se renforcent mutuellement. Dans la société traditionnelle africaine, la notion de droits de l'homme est bicéphale dans la conception et dans l'application[43] ». Par ailleurs, le respect dû à une personne dépendra de la manière dont elle s'acquitte de ses devoirs. En raison de l'importance première du groupe, l'ordre social et la justice ne reposent pas sur les droits des individus, mais sur leurs obligations. Le but de la justice ne consiste pas à renforcer les droits, mais à favoriser un règlement des litiges qui ne soit pas préjudiciable à la cohésion du groupe[44]. Dans plusieurs sociétés communautaires, la justice, dans sa forme traditionnelle, a d'ailleurs comme finalité la réconciliation des parties ou la médiation, plutôt que l'application de règles rigides qui divisent la communauté entre bons et méchants[45].

Il existe donc une dynamique entre l'individu et la société que reflète la dialectique entre les droits et les devoirs de l'individu d'une part, et le devoir de la communauté à l'égard de l'individu d'autre part. Cette harmonisation des droits et des devoirs, des intérêts du groupe et de ceux de l'individu, forme, selon Tunguru Huaraka, la fibre morale de la société : « la participation à la vie de la communauté est un devoir et une obligation qui, en même temps, génère pour l'individu droits et devoirs[46] ». La valeur de l'individu repose sur sa participation à la vie collective et son engagement envers les fins de sa communauté. En s'acquittant de ses devoirs,

---

[41] *Ibid*., p.233.

[42] *Réunion des experts pour l'élaboration d'un avant-projet de Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Dakar, 28 novembre/8 décembre 1979, Doc. O.U.A., CAB/LEG/67/3/Rev., p.2. Cité par Fatsah Ouguergouz, *op.cit*., p.234.

[43] Tunguru Huaraka, *op.cit*., p.239.

[44] Surya Prakash Sinha, « Human Rights: A Non-Western Viewpoint », *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale*, vol.67, 1981, p.85.

[45] Hallie Ludsin, « Cultural Denial : What South Africa's Treatment of Witchcraft Says for the Future of Its Customary Law », *Berkeley Journal of International Law*, vol.21, n° 6, 2003, p.70. Il existe une abondante littérature sur les formes de justice traditionnelle et leur ancrage communautaire. Voir entre autre : Albert W. Dzur et Susan M. Olson, « The Value of Community Participation in Restorative Justice », *Journal of Social Philosophy*, vol. 35, n° 1, 2004, p. 91-107 ; Peter Uvin , « Les tribunaux *gacaca* du Rwanda », dans D. Bloomfield, T. Barnes et L. Huyse (dir.), *La réconciliation après un conflit violent : un manuel*, Stockholm, IDEA, 2004, p. 146-153 ; Aneta Wierzynska « Consolidating Democracy Through Transitional Justice : Rwanda's Gacaca Courts », *New York University Law Review*, vol. 79, n° 5, 2004, p.1934-1969 ; Gerry Johstone, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debate*s, Willan Publiching, 2002.

[46] Tunguru Huaraka, *op. cit.,* p.240.

l'individu affirme son appartenance à la communauté et c'est cette appartenance qui lui confère une dignité. La dignité et la valeur reposent d'ailleurs sur le fait qu'on est fils ou fille de..., petit-fils ou petite-fille de..., cousin, frère ou sœur de..., du clan de..., comme en témoignent souvent les noms dans certaines sociétés africaines et arabes. Celui qui ne s'acquitte pas de ses devoirs à la satisfaction de la communauté pourra être ostracisé et perdre sa dignité. En ce sens, les devoirs expriment et symbolisent la dignité humaine. Ce faisceau de relations peut entraîner des obligations particulières, par exemple, à l'égard des aînés, considérés comme les plus au fait du passé et des traditions. Ainsi, dans les sociétés africaines, les relations à l'intérieur de la famille s'organisent autour de quatre principes : le respect, la réserve, la responsabilité et la réciprocité[47]. Ces principes situent la personne par rapport aux autres et orientent forcément la conception des droits et des devoirs.

Cette organisation ne signifie pas pour autant que l'individu n'a en soi aucune valeur. Les sociétés traditionnelles accordent une grande valeur à l'être humain, comme elles en accordent à la nature et à tout ce qui rend la vie possible. Mais pas une plus grande. L'être humain possède des droits, mais non des droits qui le placeraient de manière absolue au-dessus de tout. Il possède surtout des devoirs envers ce qui le rend existant. Par conséquent, les droits découlent des devoirs.

■ Prééminence des devoirs dans les traditions religieuses

Dans certaines sociétés traditionnelles, la religion joue un rôle d'organisation communautaire, sociale et politique important. La communauté ou l'ensemble de la société repose alors sur une éthique sociale dérivée de sources religieuses. La relation entre droits et devoirs en découle également et, comme dans les sociétés communautaires, les devoirs y tiennent une place prioritaire. Philosophie ou religion, le confucianisme enseigne ainsi que les droits individuels découlent du devoir universel de respect de la dignité humaine[48]. La morale confucéenne, tournée vers le devoir de devenir humain, conçoit cet accomplissement non pas uniquement en rapport à soi, mais en relation avec autrui, dans la famille, dans la société, au sein de l'état, dans la communauté globale. Dépassant le cadre de l'appartenance communautaire, la visée confucéenne est anthropocosmique ; c'est-à-dire qu'elle est tournée vers la communication entre soi et la communauté, vers l'harmonie entre l'espèce humaine et la nature, et vers l'harmonie entre l'humanité et les cieux[49].

L'hindouisme, pour sa part, associe la notion de devoir (*dharma*) à l'ordre du monde. Il s'accompagne d'une organisation sociale stratifiée et hiérarchisée dans laquelle les personnes n'ont ni les mêmes devoirs ni la même valeur en raison de leurs actions passées (*karma*). Cette stratification réduit la portée et la possibilité des droits[50]. Par ailleurs, dans le judaïsme, les dix commandements établissent des devoirs desquels sont tirés des droits : « […] 'tu ne tueras pas' implique le droit à la

---

[47] Niara Sudarkasa, « African and Afro-American Family Structure: A Comparison » dans *Black Scholar*, vol.11, nov.-déc. 1980, p.50. Cité dans Josiah A. M. Cobbah, « African Values and the Human Rights Debate: An african Perspective », *Human Rights Quarterly*, vol.9, n° 3, 1987, p.321.

[48] Qianfan Zhang, *op.cit*., p.316.

[49] Fred Dallmayr, « 'Asian Values' and Global Human Rights », *Philosophy East & West*, vol.52, n° 2, 2002, p.179-180.

[50] Emma Tomalin, « Religion and a Rights-based Approach to Development », *Progress in Development Studies*, vol.6, n° 2, 2006, p.100.

vie de tout homme ; 'tu ne voleras pas', suppose le droit à la propriété, 'tu aimeras l'étranger comme toi-même' oblige à reconnaître le droit à la dignité de tout homme. Dès la Genèse, il apparaît que le droit à la vie de l'homme est référé à la Loi, au commandement : dès qu'il naît (sic) au monde, Adam reçoit l'obligation de 'croître et de multiplier', donc de *donner* la vie, de maîtriser et civiliser la nature, donc *d'assurer* le droit à la vie (Genèse, I, 28)[51] ». Même chose dans l'islam. Les devoirs du croyant envers Dieu entraînent des droits pour le croyant. « Signifiant soumission, obéissance à Allah, le Seigneur de l'Univers, la loi de l'Islam affirme d'abord les droits de Dieu sur la créature, c'est-à-dire les devoirs de celle-ci envers Lui, avant d'envisager les devoirs de l'homme envers lui-même. À ces devoirs prescrits correspondent les droits correspondants : les premiers des droits, les seuls indiscutables parce que non octroyés sont les *droits de Dieu*[52] ». Dans l'ensemble des religions, concevoir des droits indépendamment des devoirs est incohérent[53]. Les droits constituent ainsi soit une forme de rétribution pour s'être acquitté correctement de ses devoirs, soit ils sont donnés à l'être humain par Dieu et supposent une forme de retour.

Les droits dans la pensée islamique et dans l'islamisme

L'islamisme ou islam politique, qui connaît une résurgence dans les pays musulmans depuis les années 1970, rassemble des penseurs de nationalités différentes qui partent tous du constat que les idéologies politiques et économiques occidentales ont échoué à construire un monde meilleur et surtout plus juste. Pour eux, l'alternative réside dans la création d'un état authentiquement islamique. Ce que signifie « authentiquement islamique » varie toutefois d'un penseur à un autre. Parmi les islamistes les plus influents, certains ont adopté une approche réformiste, tels que l'Iranien Ali Shariati et le Soudanais Mahmoud Mohamed Taha, alors que d'autres ont prêché un islam beaucoup plus rigoriste. C'est le cas du Pakistanais Sayyid Abul A'la Mawdudi, de l'Égyptien Sayyid Qutb et de l'Iranien Ruhullah Musavi Khomeini. Sur le plan politique et juridique, l'influence des seconds a été beaucoup plus importante, on le sait, que celle des penseurs réformistes. Ainsi, comprendre la relation des droits aux devoirs dans l'islam nécessite un détour par l'islamisme, puisque l'islamisme « présente un modèle d'organisation politique et juridique véhiculant une vision particulière du droit et de l'État ce qui est déterminant pour le statut et la place accordée aux droits de l'homme dans une société donnée. En deuxième lieu, parce qu'au sein de cette théorie générale il existe une position exprimée en termes plus précis sur les droits de l'homme, ou sinon, sur les sujets qui se situent dans les zones de conflit entre ces droits et la Charia[54] ».

---

[51] Jean-Marc Chouraqui, « Des devoirs aux droits de l'homme: une perspective juive » dans A. Lapeyre, F. de Tinguy et K. Vasak (dir.), *op.cit.*, p.81.

[52] Robert Santucci, « Le regard de l'Islam » dans Emmanuel Hirsch (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Paris, Librairie des Libertés, 1984, p.169.

[53] Emma Tomalin, *op.cit.*, p.100.

[54] Vida Amirmokri, *L'Islam et les droits de l'homme. L'islamisme, le droit international et le modernisme islamique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, p.8. Nous nous limiterons ici à la vision particulière du droit et des droits véhiculée par l'islamisme. En ce qui concerne les « sujets qui se situent dans les zones de conflit entre ces droits et la Charia » nous en avons déjà traité ailleurs ; voir à ce sujet Dany Rondeau, *Prolégomènes à une éthique globale interculturelle*, thèse de doctorat, Université Laval, 2001.

La vision particulière du droit et des droits véhiculée par l'islamisme ne se trouve pas dans les constitutions nationales des pays musulmans qui ne font mention des devoirs ni plus ni moins que les constitutions des pays occidentaux ou les documents internationaux. On la trouve davantage dans la Déclaration islamique universelle des droits de l'homme[55], texte d'origine privée élaboré par des juristes et érudits musulmans[56], et qui a, pour le monde islamique, la même valeur que de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 pour les pays occidentaux. La Déclaration islamique n'est pas un document juridique, mais un guide pour instaurer l'ordre islamique et « dissiper des esprits de nombre de gens la confusion et les méprises causées par la propagation de notions mensongères et fallacieuses sur l'Islam[57] ». Dès l'introduction, le document est clair sur la nature des droits de l'homme que veut promouvoir cette lecture de l'Islam.

> Les droits de l'homme dans l'Islam ne sont ni un don d'un roi ou d'un gouvernant, ni une décision d'un pouvoir local ou d'une organisation internationale, mais bien des droits contraignants en raison de leur force divine, ne supportant ni suppression, ni abrogation, ni invalidation, ni violation, ni renonciation.
>
> Le document relatif aux droits de l'homme dans l'Islam que nous annonçons aujourd'hui est le fruit d'un effort sincère et fidèle d'une bonne élite parmi les grands penseurs du monde musulman et les dirigeants des mouvements islamiques. Ceux-ci se sont élevés au-dessus de la situation actuelle avec ses considérations de temps, de lieu et de personnes propres à un milieu ou un peuple. Ce document est de ce fait, grâce à l'appui de Dieu, une expression exacte et complète des droits de l'homme issus du Livre de Dieu et de la Sunnah de son Messager [Mahomet], prière et salut de Dieu sur lui[58].

Deux choses sont à retenir de ce préambule : a) seule la volonté divine constitue la source légitime du droit, et b) les droits sont contraignants. C'est pourquoi l'expression des droits prend principalement la forme d'obligations et d'interdictions : le sang humain est sacré et ne doit pas être répandu inutilement ; il n'est pas permis d'opprimer les femmes, les enfants et les vieillards, les malades ou les blessés ; l'honneur et la chasteté des femmes doivent être respectés ; celui qui a faim doit être nourri ; celui qui est nu doit être vêtu, et le blessé et le malade doivent être soignés[59]. Plusieurs penseurs islamistes, dans leur désir de prouver que l'islam énonce des droits, traduisent les devoirs en droit. Ainsi, l'interdiction de tuer devient le droit à la protection ; le devoir du gouvernant d'établir la justice est un droit à la justice ; le devoir de ne pas maintenir injustement quelqu'un en esclavage serait le droit à la liberté ; les droits économiques seraient la véritable signification du devoir de gagner sa vie et de celui d'aider ceux qui sont dans le besoin ;

---

[55]Abdelfattah Amor, « La place de l'Islam dans les constitutions des états arabes. Modèle théorique et réalité juridique » dans Gérard Conac et Abdelfattah Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1994, p.24.

[56] Fatsah Ouguergouz, op.cit., p.382. Il existe des différences importantes et significatives entre la version arabe originale et la version française publiée par le Conseil islamique, d'ailleurs plus sommaire. Aldeeb Abu Sahlieh souligne que les auteurs de la Déclaration ne s'expliquent pas sur les raisons pour lesquelles la traduction française n'est pas intégrale (*Les Musulmans face aux droits de l'homme*, Bochum, Winkler, 1994, p.481). Pour cette analyse, nous nous référons à la traduction littérale de la version arabe produite par Maurice Borrmans, parue dans *Islamochristiana*, n° 9, 1983, p.121-140, et reproduite par Aldeeb Abu-Sahlieh, (op.cit., p.486-496).

[57]Introduction à la première Déclaration (1980) faite par Salem Azzam, Secrétaire général du Conseil islamique, et reproduite dans Aldeeb Abu-Sahlieh, *op.cit*., p.472.

[58] Introduction à la deuxième Déclaration (1981) faite par Salem Azzam, Secrétaire général du Conseil islamique, et reproduite dans Aldeeb Abu-Sahlieh, *op.cit*., p.486.

[59] Sayyid Abul A'la Mawdudi, *Human rights in Islam*, Leicester: The Islamic Foundation, 1980, p.12.

l'obligation de dire la vérité serait le droit à la liberté d'expression[60].

Comme le remarque Donnelly, « contrairement à la corrélation entre droits et devoirs dans la pensée libérale, le droit ici ne correspond pas à une obligation d'autrui, mais à une obligation de celui qui possède le droit[61] ». Mais comme la priorité va aux droits de Dieu, les devoirs des êtres humains envers Dieu passent en premier, puis viennent les devoirs envers autrui, qui font également partie des droits de Dieu. « La notion de 'Droits de Dieu' découle naturellement de la vision islamique de la condition humaine. Le Coran définit l'Homme comme une *créature de Dieu* : une créature appartenant en totalité à Dieu, et n'ayant de pouvoir ni sur son origine, ni sur son destin terrestre, ni sur ses fins dernières. Dans un tel contexte, parler des 'Droits de l'Homme' n'est-ce pas une façon métaphorique de parler des 'Droits de Dieu'? Lorsqu'on tient la vie pour un don de Dieu, on conçoit aisément que Dieu ait un 'droit' sur le destin de cette vie[62] ».

Ce droit de Dieu sur l'existence créée fonde les devoirs fondamentaux et premiers du croyant : avoir foi en Dieu, se soumettre à sa volonté et chercher à lui plaire, lui obéir et l'adorer. « Ces droits et ces obligations ont la précédence sur tous les autres droits ; en tant que tels ils doivent être accomplis même au détriment d'autres droits et devoirs[63] ». Si la personne créée appartient au Créateur, l'être humain ne peut disposer de soi à sa guise : « l'Islam inculque à l'homme que sa propre personne, son propre corps possède certains droits et qu'il lui incombe de les satisfaire de son mieux selon les moyens suggérés par le *Chari'ah*[64] ». D'où ce que Mawdudi appelle des droits personnels : l'interdiction de faire usage « de toutes les choses qui sont nuisibles à l'existence physique, mentale et morale de l'homme […] la consommation du sang, des drogues, de la viande de porc, des oiseaux de proie et des animaux venimeux, des cadavres » ; l'obligation de se vêtir de manière digne et décente, de « travailler pour gagner sa vie », de ne pas être oisif ni paresseux. L'homme doit contrôler ses désirs sexuels et les satisfaire dans le mariage. Il doit « jouir des plaisirs légitimes de la vie » mais « rester pieux et ferme au milieu des problèmes de la vie[65] ». Dans la perspective de Mawdudi, les droits sont un moyen et non l'antécédent des obligations[66].

---

[60] Khalid M. Ishaque, « Human Rights in Islamic Law », *Review of International Commission of Jurists*, vol.12, 1974, p.30-39. cité dans Jack Donnelly, « Human rights and Human dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights » dans *The American Political Science Review*, vol.76, n° 2, 1982, p.306 ; Mohamed Berween, « The fundamental Human Rights: An Islamic Perspective », *The International Journal Of Human Rights*, vol.6, n° 1, 2002, p.61-78.

[61] Jack Donnelly, « Human rights and Human dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights », *The American Political Science Review*, vol.76, n° 2, 1982, p.306-307.

[62] Ali Merad, « Droit de Dieu, droit de l'homme en Islam » dans *Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures*, Actes du 1er colloque interuniversitaire, Fribourg, 1982. Fribourg Suisse, Éditions universitaires, 1984, p.131-132.

[63] « God's wishes are superior to anything else ». Sayyid Abul A'la Mawdudi, *Comprendre l'Islam*, Paris, I.I.F.S.O, 1980, p.145-146.

[64] *Ibid*., p.151.

[65] *Ibid*., p.150.

[66] « Human rights are a function and not the antecedent of human obligations. (…) the faithful acknowledge the rights of God by fulfilling these obligations and being obedient. The realization of human rights is linked closely with respecting the rights of God ». Mahmood Monshipoori, *Islamism, Secularism and Human Rights in the Middle East*, Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1998, p.72.

Le sens des devoirs dans l'islam

Même si nous mettions de côté la lecture intégriste et littérale de l'islam que font Mawdudi et d'autres islamistes, il faudrait reconnaître qu'il est difficile de tirer de la lettre du Coran des droits autonomes, c'est-à-dire des droits qui ne seraient pas des corollaires des devoirs, puisque, comme la plupart des textes religieux, le Coran répond à la question : qu'est ce qui *doit* et ne *doit* pas être fait?[67] Mais un autre facteur, peut-être plus important, explique la préséance accordée aux devoirs : l'importance accordée dans l'islam à la justice sociale. Or, cette justice repose sur l'harmonisation des rapports des individus entre eux à l'intérieur de la communauté. Deux conséquences : premièrement, la communauté inclut le dirigeant, elle ne s'y oppose pas ; par conséquent, les devoirs et les intérêts des dirigeants sont les mêmes que ceux de tous les membres de la communauté. Deuxièmement, les devoirs doivent être premiers par rapport aux droits.

Le lieu de la communauté, c'est-à-dire celui des relations qu'entretiennent les individus entre eux, est le lieu véritable des droits de l'être humain. Dans sa relation à Dieu, l'individu n'a que des devoirs. Dans la communauté, les droits découlent de la visée de justice sociale qui demande à chacun de s'acquitter de ses devoirs envers tous, du respect de chacun envers chacun. Pour cette raison, les obligations morales envers autrui priment les droits[68] et les fondent. Le droit dépend du devoir envers autrui. « Dans cette optique, *le devoir de l'individu prime son droit*. La qualité sociale par excellence est collective plutôt qu'interindividuelle […] L'antithèse traditionnelle de la philosophie occidentale opposant l'intérêt individuel au bien commun est donc théoriquement absente de la pensée sociale islamique. Placé dans un contexte d'engagement solidaire, l'individu est soumis à des obligations très précises : respect de la personne et du bien d'autrui, loyauté, justice et honnêteté, patience et courtoisie[69] ». L'éthique islamique assure ainsi indirectement la défense des droits à travers les obligations qui favorisent la justice sociale. Ces obligations s'imposent aussi au gouvernant. Il n'y a donc pas, dans l'univers conceptuel de l'islam, de rupture ou d'opposition entre l'individu et l'État qui requerrait des droits que la personne peut revendiquer contre l'État. Protéger l'individu contre l'État c'est vouloir le protéger contre Dieu[70].

Dans la pensée libérale occidentale, les droits de l'être humain appartiennent à l'être humain en vertu de droits naturels. Ces droits ne vont pas à l'encontre de sa volonté libre ; au contraire, ils contribuent à la préserver. Droits et liberté sont intimement liés. Les droits de première génération garantissent l'exercice de libertés négatives et les droits de seconde génération veulent produire les conditions minimales et substantielles nécessaires à la jouissance des libertés négatives. L'être humain, libre et autonome, est en soi une fin.

Dans l'islam, la nature religieuse du droit fait que la valeur de l'être humain se tra-

---

[67] Azim Nanji, « The Ethical Tradition in Islam » dans Azim Nanji (dir.), *The Muslim Almanac*, Gale Research Inc., 1996, p.205.

[68] Mahmood Monshipoori, *op. cit.,* p.19.

[69] Marcel A. Boisard, « Les droits de l'homme en Islam » dans Emmanuel Hirsch (dir.), *op.cit.*, p.133.

[70] « Rather than constructing doctrines or proposing institutions designed to curb the powers of the ruler or to protect the individual from the ruler's oppression, Islamic legal thought long concentrated on defining the theoretical duties of believers, including rulers, *vis-à-vis* God. According to the prevailing perspective, rulers had the obligation to rule according to shari'ah law ; their subjects were to obey them unless ordered to do something constituting a sin. The development of institutions that could place real curb on ruler's despotism or make them accountable to those ruled was neglected ; rebellion was commonly proposed as the remedy of tyranny». Ann Elizabeth Mayer, « Human rights » dans John L. Esposito (dir.), *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, Oxford : Oxford Univerity Press, 1995.

duit par des commandements, des obligations, des devoirs. Le lien entre droits et liberté est inexistant. Les droits de l'être humain ont pour fonction de préserver ce qui a été créé. C'est en tant que créature que l'être humain possède des droits, et non en tant que sujet. Les droits sont ainsi des devoirs envers ce qui appartient à Dieu. Dans l'islam, les droits sont donc doublement conditionnels : comme effectivité d'une condition qui repose sur le croyant et comme résultat d'une action qui repose sur autrui. Le croyant possède des droits prescrits par Dieu dans la mesure où il répond à la condition de remplir ses obligations religieuses. Il possède aussi des droits du fait qu'autrui a des obligations envers lui. Il n'a pas de droits autonomes, du seul fait d'être humain. Ses droits dérivent de son rapport à Dieu et découlent de la responsabilité d'autrui. Le droit est toujours second par rapport au devoir.

En outre, le sens de l'éthique coranique réside dans sa fin qui consiste à instaurer la justice dans le monde. Or, pour réaliser cette fin, l'islam n'emprunte pas en premier lieu la voie négative qui consiste à dégager une aire de liberté autour de l'individu, car cette voie est contraire au caractère communautaire des rapports humains. L'islam a plutôt choisi la voie positive des obligations qui contraignent l'individu en l'obligeant à bien agir. En d'autres mots, si on compare l'esprit de l'islam à celui de la pensée libérale, on peut dire que l'islam aborde le problème de l'injustice par l'autre extrémité. Plutôt que de protéger celui qui est lésé, il contraint celui qui a la possibilité de léser et l'oblige à agir de manière juste. Devant le constat de la violation de la dignité humaine, alors que l'Occident moderne rappelle les droits, l'islam rappelle les devoirs. C'est là le sens de l'obligation coranique qui consiste à commander le bien et à interdire le blâmable.

REPENSER LA RELATION DES DROITS ET DES DEVOIRS DANS UNE PERSPECTIVE INTERCULTURELLE

Dans la pensée libérale, l'individu possède des droits du seul fait d'être humain. Dans les sociétés traditionnelles et communautaires, il possède des devoirs du seul fait d'être ; c'est-à-dire des devoirs à l'égard de ce qui le fait être, lui donne ou lui assure l'existence : Dieu, la communauté, la nature. Dans le premier cas, l'être humain est sujet de droits inconditionnels et inaliénables, antérieurs à tout ce qui fait naître les devoirs. Dans l'autre, lui incombent des devoirs inconditionnels et inaliénables, et s'il possède des droits, ceux-ci sont conditionnels aux devoirs. Ils peuvent donc lui être niés si les devoirs ne sont pas accomplis. Dans les deux cas, une certaine rhétorique veut montrer que droits et devoirs sont corrélatifs. Le discours libéral prétend que les droits contiennent implicitement des devoirs, et les positions plus traditionnelles que des droits sont contenus dans l'énoncé des obligations et des interdictions. De part et d'autre, on invente une partie de l'équation qui ne se trouve pas nécessairement impliquée par le premier terme.

Il y a néanmoins une forme de corrélation. Dans la pensée libérale, on l'a dit, le droit et le devoir corollaire - celui de respecter le droit - portent sur le même objet, mais ne relèvent pas du même sujet. Par exemple, le droit d'un citoyen de s'exprimer librement entraîne, pour l'État d'abord et pour les autres citoyens ensuite, le devoir de ne rien faire qui puisse empêcher le titulaire du droit d'exprimer ses idées ou ses convictions. Et celui-ci n'est obligé à aucun devoir pour jouir de

ce droit. Cependant, il a le devoir lui-même de respecter le même droit à autrui. Il s'agit d'un devoir négatif, d'abstention, de non-intervention. Dans les conceptions traditionnelles, la corrélation est inversée. Droits et devoirs sont dans le même sujet (la personne) mais par rapport à un objet différent : les devoirs envers Dieu, la communauté ou la nature garantissent les droits. Cependant, bien qu'il y ait corrélation dans les deux cas, celle-ci ne signifie pas que droits et devoirs sont équivalents. Dans les conceptions traditionnelles, les devoirs sont autonomes, c'est-à-dire qu'ils « ne constituent pas le corollaire direct des droits et libertés reconnus à autrui[71] » ; ils sont premiers et impliquent généralement une action positive de la part de celui qui a le devoir. Alors que dans la conception occidentale moderne, ce sont les droits qui sont premiers et autonomes. Le devoir corollaire n'existe que par implication logique.

Comment réconcilier ces deux conceptions de la relation des droits et des devoirs? S'agit-il d'espérer de la part des sociétés religieuses ou traditionnelles et communautaires une diminution des devoirs et une augmentation des droits? Faut-il au contraire repenser les principes libéraux afin de réduire les droits et augmenter les devoirs?

La voie d'une déclaration universelle des devoirs

Plusieurs penseurs considèrent que le déséquilibre entre droits et devoirs dans la pensée libérale appelle une réaffirmation des devoirs. Dans cette veine, Karel Vasak, ancien directeur de la Division des droits de l'homme et de la paix à l'UNESCO, considère « qu'il importe de donner un contenu précis aux devoirs de l'homme dans toutes leurs dimensions, pour mieux souligner le lien nécessaire entre droits et devoirs de l'homme[72] » ; il propose en ce sens une déclaration des devoirs de l'homme qui serait « une synthèse des devoirs figurant dans les constitutions et les instruments internationaux, dans le but d'identifier un devoir de l'homme si possible avec la même précision qu'un droit de l'homme. Le but est de conférer aux droits une assise plus réaliste, et surtout de porter l'attention sur le fait que tous les individus sont responsables dans une relation de solidarité particulièrement mise en évidence dans les droits de l'homme de la troisième génération[73] ».

Vasak reconnaît que les droits renvoient implicitement à des devoirs, mais parce que ces devoirs découlent des droits, ils demeurent conditionnels aux droits. Une déclaration de devoirs autonomes permettrait, selon lui, de rétablir l'équilibre entre les droits et les devoirs et de mieux fonder les premiers[74]. Cependant, l'articulation conceptuelle qu'il propose des droits et des devoirs ne règle pas la question de la nature de ces devoirs. S'agit-il de devoirs juridiques? Cette question est centrale, car il est évident qu'une conception qui accorderait aux devoirs le même poids juridique qu'aux droits, menaçant par là la substance des droits, trouverait difficilement l'assentiment des sociétés concernées.

---

[71] Fatsah Ouguergouz, *op. cit.,* p. 242.

[72] Karel Vasak, « Proposition pour une déclaration universelle des devoirs de l'homme » dans P. Meyer-Bisch et J.P. Durand (dir.), *op.cit*., p.14.

[73] *Ibid*., p.13.

[74] Vasak propose une déclaration qui comprendrait six séries de devoirs: devoirs envers soi-même, envers la famille, envers les autres, envers l'environnement naturel et culturel, envers la communauté nationale et finalement envers la communauté internationale.

Jean Rivero pense, pour sa part, qu'équilibrer les droits par une déclaration des devoirs constitue un moyen dangereux et inutile. Dangereux, parce que cela engendre une confusion entre l'ordre juridique des droits et l'ordre moral des devoirs. Les droits et les devoirs ne dépendent pas du même ordre. « La mise en parallèle des droits et des devoirs de l'homme semble ignorer qu'il y a, entre les uns et les autres, une différence de nature fondamentale : droits et devoirs se situent dans deux univers différents[75] ». Même si des revendications morales sont à l'origine des droits, ceux-ci tirent leur force de leur organisation juridique. Quant aux devoirs, ils relèvent de l'éthique et de la liberté du sujet. C'est la conscience morale qui pose devant nous des devoirs, c'est-à-dire des actes que nous savons devoir accomplir si nous voulons bien agir. La notion de devoir requiert la possibilité du choix sans que ce choix soit orienté par la crainte de sanctions légales. « Pour qu'il en soit autrement, pour que l'inexécution d'un devoir appelle une sanction organisée, il faut que le devoir quitte le domaine de l'éthique, et que la loi l'érige en *obligation*, le faisant entrer par-là dans l'ordre juridique[76] », comme c'est le cas par exemple dans la pensée islamique. Lorsqu'ils entrent dans la sphère juridique, les devoirs s'opposent aux droits et libertés et assombrissent leur protection. C'est d'ailleurs l'objection soulevée par Fatsah Ouguergouz contre certains devoirs inscrits dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Pour lui, il y a un danger que, par exemple, les devoirs de l'individu envers sa communauté nationale puissent être interprétés de manière à entraver la liberté de circulation ; tout comme le devoir de travailler pourrait justifier le travail forcé. Plus particulièrement, Ouguergouz montre comment les devoirs inscrits à l'article 29 de la Charte africaine « peut facilement légaliser de nombreuses atteintes » à la liberté d'association[77]. Dans toute forme d'organisation politique existe le risque que des devoirs ayant une force équivalente aux droits soient interprétés de manière à limiter les droits.

Non seulement dangereuse, la déclaration des devoirs proposée par Vasak est également inutile pour deux raisons. D'abord, certains devoirs sont inclus dans la seule affirmation des droits, et d'autres devoirs correspondent déjà à des obligations juridiques. C'est le cas du devoir de payer ses impôts. Il n'est donc pas utile de les inscrire dans une déclaration des devoirs. Des devoirs, difficilement « légalisables » en tant qu'obligations, possèdent une effectivité à travers le droit correspondant. C'est le cas du devoir de traiter ses semblables sans discrimination qui possède une force légale dans le droit d'être traité sans discrimination, droit dont le non-respect entraîne une sanction. C'est aussi le cas de la plupart des devoirs que Paul Roubier appelle devoirs généraux et qui sont issus des principes généraux du droit[78].

Par ailleurs, peu de devoirs peuvent devenir des obligations légales tangibles. Comment faire une obligation légale du devoir de bienveillance à l'égard d'autrui? Du devoir d'entretenir avec ses semblables des relations qui permettent à chacun et à tous de former et de développer sa personnalité et de promouvoir, sauvegar-

---

[75] Jean Rivero, « Droits, Devoirs: un faux diptyque » dans J-F de Raymond (dir.), *Les enjeux des droits de l'homme*, Paris, Larousse, 1988, p.178.

[76] *Ibidem*.

[77] Fatsah Ouguergouz, *op.cit.*, p.377.

[78] Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p.111. Le devoir de ne pas causer de dommage injustement à autrui et le devoir de ne pas s'enrichir sans cause juridique aux dépens d'autrui, sont les deux exemples que donne Roubier de ces devoirs généraux.

der et renforcer le respect et la tolérance réciproques? Du devoir de respecter l'environnement et de mettre ses connaissances au service de sa préservation? Du devoir de respecter la culture? Du devoir de solidarité et d'entraide? Et du devoir de faire connaître les droits de l'homme et de contribuer au maintien de la paix[79]? Ces devoirs et bien d'autres encore relèvent de la morale et de la conscience individuelle. Ils ont des contours trop flous pour devenir objet du droit.

Autrement dit, les devoirs relèvent essentiellement de la volonté du sujet. C'est ce que reconnaît Roubier en limitant les devoirs généraux aux « devoirs juridiques, imposés par la règle de droit et qui sont en quelque sorte conformes à la justice naturelle, mais non pas des devoirs moraux dont l'exécution est abandonnée à la libre volonté du sujet[80] ». Le devoir appelle une forme de contrainte interne qui diffère de la contrainte externe qu'est l'obligation juridique, laquelle ne laisse pas de choix au sujet[81]. Par conséquent, la notion de devoir est plus vaste que celle de droit : « la morale peut formuler des exigences plus étendues que le droit, et c'est vrai même pour la morale sociale, c'est-à-dire la morale qui doit présider aux rapports entre les êtres humains, laquelle est la plus rapprochée du droit. La morale sociale peut créer des devoirs de bienveillance, d'assistance ou de charité, qui dépassent incontestablement ce que le droit peut sanctionner au titre des voirs[82] ».

Ainsi, si les devoirs « légalisables » sont déjà des obligations juridiques et si les autres devoirs n'ont de substance que comme devoirs moraux, le déséquilibre entre les droits et les devoirs ne retire aucun bénéfice d'une déclaration des devoirs qui ne sert dès lors à rien. Et le problème de savoir comment rétablir l'équilibre entre les deux sans mettre en péril la liberté acquise au cours de longues luttes demeure entier.

Équilibrer les droits par des responsabilités

S'il semble difficile « d'identifier un devoir de l'homme (…) avec la même précision qu'un droit de l'homme », il apparaît néanmoins nécessaire « de porter l'attention sur le fait que tous les individus sont responsables dans une relation de té[83] ». La piste que nous cherchons devrait donc montrer l'importance de réhabiliter l'éthique au sein du politique ; de tirer de la diversité des ordres moraux en présence dans les sociétés pluralistes une éthique politique plutôt que de lui substituer le droit. Le droit fait de l'individu un sujet centré sur lui-même[84], incapable de se tourner vers l'autre dans l'exercice de son droit. L'omniprésence du droit dans les sociétés libérales règle en effet les rapports sociaux sur le mode de l'abstention. Le droit protège les individus et contraint l'État ou autrui à s'abstenir d'agir de manière à léser l'individu. Mais il ne le contraint pas à agir lorsqu'une intervention

---

[79] Il s'agit de quelques devoirs puisés dans une liste des principaux devoirs de l'individu envers la communauté et envers autrui que Erica-Irene A. Daes tire de divers instruments internationaux (op.cit., p.55-60).

[80] Paul Roubier, *op. cit.,* p. 111.

[81] C'est précisément la position défendue, entre autre, par Sir John Laws, op.cit., p.265 : « Whereas duties are primarily a moral construct, rights are primarily a legal construct. There is an important distinction between the language appropriate for inter-personal morals, and the language appropriate for the morals of the State ».

[82] Paul Roubier, *op. cit.,* p.100.

[83] Karel Vasak, *op.cit.*, p.13.

[84] « Rights are self-centred, duties other-centred », Sir John Laws, *op.cit.*, p.265.

est nécessaire. En ce sens, il ne présuppose pas un souci à l'égard de l'autre[85].

Pourtant, ce souci à l'égard d'autrui est, à l'origine, implicite dans la notion de droits de l'être humain. Les droits traduisent dans le langage éthique et juridique de la rationalité moderne la dignité et la valeur de l'être humain. Dans l'esprit des penseurs modernes, cette dignité et cette valeur reposent sur la capacité du sujet à s'émanciper ; donc sur l'autonomie et la liberté. Il est clair que cette liberté qui fonde la dignité est une liberté responsable, c'est-à-dire une capacité de faire des choix en regard de valeurs et en regard des incidences de ces choix sur autrui. Sans ce rapport de la liberté humaine à autrui, l'être humain n'a aucune dignité. En d'autres termes, liberté et responsabilité sont inséparables et font de l'être humain un être moral, qui se soucie de la nature de son agir par rapport à autrui. Le sens des droits de l'être humain réside dans ce tout insécable. C'est cette liberté responsable que veulent protéger les droits de l'être humain. On peut donc dire que les droits protègent à la fois la liberté *et* la responsabilité.

Or, la garantie du droit réside en dehors du sujet et celui-ci n'a directement aucun contrôle sur elle. Par contre, la garantie du devoir ou de la responsabilité dépend de la bonne volonté du sujet. L'éthique peut ainsi s'assurer des seconds, mais non du droit comme tel qui requiert un ensemble de contraintes et d'obligations. Pour cette raison, alors que le renforcement des droits exige un travail sur le plan politique et juridique, le renforcement des devoirs requiert un effort sur le plan de la morale et de l'éthique. Dans certaines sociétés, la religion et l'éducation jouent un rôle important dans l'intériorisation des devoirs qui en viennent à acquérir la force d'un droit absolu. C'est peut-être cet aspect d'intériorisation de ce qui a de la valeur qu'il faut réanimer dans nos sociétés, sans compromettre pour autant la pensée critique et l'ouverture à l'égard du pluralisme. Pour réconcilier la perspective du droit et de l'éthique, il faudrait arriver à concevoir que tel droit qui m'appartient et qui est en même temps devoir pour tous les autres, est aussi un devoir que j'ai envers tous les autres qui possèdent le même droit. Ainsi, le droit et le devoir deviennent dans la même personne par rapport au même objet, indirectement par réciprocité. C'est donc dans la conscience de cette réciprocité que les droits deviennent responsabilités. Cette relation du droit au devoir permet de conjuguer l'inaliénabilité des droits avec une conscience aiguë des devoirs et des responsabilités - au sens de l'esprit de réciprocité impliqué par l'idée de droits de l'être humain ; tout en maintenant ces devoirs et responsabilités dans l'ordre moral du choix afin de laisser intacte la liberté qui fonde les droits et qui donne sa valeur aux devoirs. Les devoirs consentis librement seront plus opérants que les obligations légales. En d'autres termes, le contrôle interne exercé par l'éthique est non seulement plus efficace à long terme que le contrôle externe du droit, mais aussi plus légitime, autant dans le cadre d'une éthique fondée sur l'autonomie du sujet, que dans celui d'une morale religieuse qui, parce qu'elle compte que le croyant fasse siens les préceptes éthiques de sa foi, qu'il les intègre et y adhère authentiquement, peut aussi se présenter comme une morale autonome. De cette manière, la liberté fondée sur la responsabilité devient liberté absolue. Elle ne doit pas être contrainte par des obligations légales, sans quoi on contraint cela même qui reconnaît les devoirs et les obligations et qui rend possible la liberté des droits. Une

[85] À l'exception de l'obligation de porter assistance à personne en danger. Depuis une dizaine d'année on constate également un accroissement des obligations positives à l'intérieur du droit de la famille. Ce n'est cependant pas le cas dans les autres branches du droit.

forte intériorisation de l'esprit – plutôt que de la lettre - de devoirs moraux, autonomes, laisse intacte la liberté humaine, absolue. Celle-ci n'a pas besoin d'être contrainte, elle se contraint elle-même. Les devoirs s'imposent d'eux-mêmes à la conscience et sont choisis librement. Il y a donc synthèse entre les obligations morales et la liberté.

L'avenue n'est pas nouvelle. C'est celle de Kant et elle a déjà suscité beaucoup de critiques parce qu'elle néglige la difficile question de la motivation morale. En outre, l'éthique kantienne, plus préoccupée du fondement des normes, ignore la complexité des problèmes moraux. Comme le souligne Habermas, « Kant n'a pas mené à bien le passage à la morale autonome de façon suffisamment conséquente. Il a présenté l'impératif catégorique comme étant une réponse à la question concrète « Que dois-je faire? », et n'a pas suffisamment mis en évidence le fait que s'orienter vers des problèmes de fondation signifiait en même temps une stricte séparation entre les questions de fondation de normes et celles de leur application. […] Nous ne pouvons *d'un seul coup* fonder des normes et justifier des actions concrètes. […] La connaissance de normes valides ne suffit pas à savoir comment l'on doit se décider dans une situation *déterminée*. Les discussions d'application exigent d'autres informations et d'autres principes que les discussions de tion[86] ».

L'idéalisme de Kant est en effet une limite à son éthique et un obstacle pour la recherche d'une éthique interculturelle. Aussi faut-il réfléchir à la manière de réveiller la conscience des devoirs et le sentiment de la responsabilité. La question pratique est importante et difficile : comment faire concrètement pour que les devoirs envers autrui, la famille, soi-même, l'environnement culturel et naturel, la communauté nationale et internationale ne soient pas que des énoncés théoriques mais qu'ils trouvent écho dans la société? Comment donner aux devoirs une force morale équivalente à la force juridique des droits sans les traduire par des obligations juridiques qui amenuiseraient encore plus le champ de l'éthique?

La question pratique et politique

Le pluralisme culturel et moral des sociétés libérales oblige les sociétés modernes à une morale minimale qui estompe les devoirs imposés aux individus, et dont un des caractères majeurs est le respect et la tolérance à l'égard de la diversité des formes de croyances et de valeurs. Ce phénomène se traduit par un rétrécissement au minimum de l'espace moral public de manière à ce que, sur les questions morales, l'accord ne porte plus que sur le plus petit dénominateur commun. Ainsi, plus il y a de diversité dans nos sociétés, moins il y a de devoirs et plus nous avons besoin du droit et des droits. La pluralité des ordres moraux oblige les états libéraux qui veulent conserver une certaine harmonie sociale à observer une neutralité presque totale sur le plan des conceptions du bien. En évacuant toutes les morales de la sphère publique, on affaiblit les obligations et responsabilités individuelles et interpersonnelles que l'on remplace par le droit, supposé neutre par rapport à ces différentes conceptions du bien. Et cet affaiblissement des responsabilités individuelles mine les liens sociaux et les rapports d'entraide, de collaboration et de solidarité à l'intérieur de la société civile.

---

[86] Jürgen Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Éditions du Cerf, 1992, p.88.

La question du renforcement des devoirs et des responsabilités appelle un développement plus important que ce que nous avons convenu de faire dans ce texte. Mais nous pouvons déjà entrevoir que la solution passe nécessairement par une éducation citoyenne et à l'éthique, ainsi que par une sensibilisation aux valeurs du vivre ensemble[87]. Cette éducation, en plus de promouvoir les droits, doit aussi susciter une réflexion sur les responsabilités qui trop souvent sont tenues pour implicites et évidentes. Quelles sont les conditions d'une éthique et d'une éducation citoyenne qui conjuguent liberté avec responsabilité? D'où peut venir la motivation en ce sens du sujet autonome ? Aucune motivation autre que celle de vouloir bien agir afin de ne pas nuire, que celle de ne pas vouloir pour autrui ce qu'on ne voudrait pas pour soi - règle d'or de la morale sous tous les cieux ; ce qui implique non seulement le respect négatif, mais la bienveillance, le souci à l'égard d'autrui. Cette motivation ne peut être cultivée que par une éducation éthique et politique ancrée dans une réalité où la réflexion sur les responsabilités, sur les obligations réciproques répond à des exigences concrètes de reconnaissance. Les « devoirs » n'acquièrent de sens que dans une organisation sociale et politique qui sollicite et exige la participation des membres de la communauté, non seulement lors des scrutins en vue d'élire les gouvernants, mais pour tous les types de décisions ayant trait à l'éducation, aux choix sociaux, à la définition des priorités, aux choix économiques, etc. Une organisation politique décentralisée qui rapproche les centres décisionnels des citoyens et qui s'appuie démocratiquement sur des petits ensembles. La participation citoyenne devient une nécessité et interpelle le sens du devoir[88].

Bref, il importe de raviver le sens moral des responsabilités en créant une situation globale qui le sollicite et qui oblige le sujet moral à y recourir. Cette situation globale exige de ramener les décisions à la base, là où les valeurs peuvent encore se discuter ; et là où les différentes conceptions du bien pourront se rencontrer et dialoguer. C'est à un tel modèle politique qui rapatrie l'éthique au cœur du politique qu'appelle une relation équilibrée des droits autonomes aux devoirs autonomes. Les devoirs/responsabilités obligent l'individu, à travers sa participation socio-politique, à se prendre en main et par là à accroître sa liberté, plutôt que d'attendre que cette dernière vienne du respect d'autrui ou de la protection de l'État. Cette liberté du sujet moral, absolue dans la mesure où elle n'a de limites que celles qu'elle se pose librement, s'oppose à la liberté nihiliste de l'individu qui n'admet aucune limite et qui revendique toujours plus de droit(s). Le renforcement des devoirs ne fera pas disparaître les conflits de droits - c'est le rôle du droit de les arbitrer. Mais il permettra d'enrayer la dérive individualiste du seul recours au(x) droit(s).

■ CONCLUSION

Le modèle sur lequel débouche notre solution est tripartite : sur le plan juridique, il suppose des droits individuels autonomes et inconditionnels dont la finalité est

[87] Au Québec, ce type d'éducation semble d'autant plus important que l'on achève de remplacer l'enseignement moral et religieux par un programme d'éthique et de culture religieuse.

[88] On a des exemples d'une telle participation citoyenne à l'échelle internationale dans les Forums sociaux mondiaux et, à l'échelle locale, dans les conférences de citoyens, conférences de consensus et forums hybrides.

néanmoins morale. Sur le plan moral, il requiert des devoirs individuels autonomes et tout aussi inconditionnels, des responsabilités. Et sur le plan politique, il implique une organisation participative et communautaire dans laquelle les individus exercent leur liberté et la garantissent en prenant en charge leur coexistence. Il ne s'agit pas ici d'imposer des obligations légales, mais de réveiller une certaine dimension de la moralité humaine. Il n'est pas question de dire à l'individu ce qu'il est obligé de faire, mais de développer les conditions pour qu'il se sente la responsabilité d'agir en tenant compte d'autrui. Pour qu'il se sente la responsabilité d'agir, plutôt que de se désengager. Le réveil de cette responsabilité demande de ramener l'éthique et la discussion morale au sein du politique. L'important dans cette discussion, à notre avis, n'est pas le résultat, mais le processus, les échanges de points de vue qu'elle entraîne, le dialogue. Le dialogue, en effet, découvre les choix moraux qui s'offrent à une conscience morale responsable et la nourrit. Dans une société pluraliste, il lui ouvre une perspective critique. C'est de cette manière que le pluralisme enrichit notre perception et notre conception des problèmes moraux humains, que ces problèmes se posent à l'intérieur des sociétés ou sur le plan plus global et interculturel.

Ce modèle peut-il espérer obtenir, au terme d'un dialogue, l'assentiment des autres cultures ? De manière plus précise : les droits de l'être humain et la liberté individuelle qu'ils garantissent peuvent-ils trouver une place en leur sein ? Peuvent-ils devenir des droits garantis, par exemple, sur la base d'un droit musulman et/ou dans le cadre d'une constitution islamique? Sur cette question, on ne peut, pour l'instant, que spéculer. Comme le dit Boaventura de Sousa Santos, ce n'est pas à nous qu'il revient « de juger la validité spécifique de cette proposition au sein de la culture islamique[89] ». Néanmoins, si l'idéologie des droits de l'être humain se transforme et s'accompagne d'un sens aigu des responsabilités et des devoirs, plusieurs des reproches adressés à la pensée libérale des droits ne tiendront plus. La réflexion diatopique que nous présentons ici agit précisément sur ce contre quoi fusent les critiques à l'égard de l'Occident moderne : son incapacité à réconcilier les désirs individuels avec les besoins des personnes et ceux de la communauté, c'est-à-dire le désir d'une liberté individuelle absolue et le besoin pour une justice sociale totale.

La responsabilité dépend de notre capacité à reconnaître l'humanité commune que l'on partage avec l'autre et qui donne sens à la règle morale universelle : ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas que l'on te fasse. En ce sens, la pensée libérale des droits a fait beaucoup. En attachant l'idée de droits à celle d'humanité plutôt qu'à celle de citoyen, elle a donné une extension nouvelle à l'idée d'« autrui » visée par la règle morale universelle. Cet autrui est devenu tout être humain sans distinction de race, de genre, de religion, de nationalité, de classe sociale, etc., et non seulement celui qui appartenait à un groupe privilégié. Cependant, l'individualisme libéral a contribué à oblitérer cette dimension interpersonnelle des droits en isolant le sujet individuel au centre de la pensée des droits. L'accent sur les droits en même temps que sur les responsabilités à l'égard d'autrui (celui d'aujourd'hui et celui de demain) vise à réaliser la fin qui est celle des droits de l'être humain : la liberté *et* la justice, sans laquelle cette liberté n'est en fait qu'un privilège pour quelques-uns.

---

[89] Boaventura de Sousa Santos, « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme » dans *Droit et Société*, n° 35, 1997, p.93.

BIBLIOGRAPHIE

Amirmokri, V., *L'Islam et les droits de l'homme. L'islamisme, le droit international et le modernisme islamique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, 184 p.

An-Na'im, A. A., *Toward an Islamic Reformation. Civil Liberties, Human Rights and International Law*, New York, Syracuse University Press, 1990, 253 p.

Bhatia, S., « Can We Return to the Concept of Duty in a Culture of Rights ? Implications for Morality and Identity », in *Culture and Psychology*, vol. 6, n° 3, 2000, pp. 303-314.

Cobbah, J. A. M., « African Values and the Human Rights Debate : An African Perspective », in *Human Rights Quarterly*, vol. 9, n° 3, 1987, pp. 309-331.

Conac, G., Amor, A. (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Paris, Economica, 1994, 97 p.

Daes, E.-I. A, Les devoirs de l'individu envers la communauté et les limitations des droits et libertés de l'homme en vertu de l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Contribution à l'étude de la liberté garantie à l'individu par la loi, New York, Nations unies, 1983, 224 p.

Dallmayr, F., « 'Asian Values' and Global Human Rights », in *Philosophy East & West*, vol. 52, n° 2, 2002, pp. 173-189.

Raymond, J.-F. (dir.), *Les enjeux des droits de l'homme*, Paris, Larousse, 1988, 257 p.

de Sousa Santos, B., « Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme », in *Droit et Société*, n° 35, 1997, pp. 79-96.

Debré, B., *La véritable histoire des génocides rwandais*, Paris, Jean-Claude Gawsewitch Éditeur, 2006, 206 p.

Donnelly, J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1989, 295 p.

Donnelly, J., « Human rights and Human dignity : An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights », in *The American Political Science Review*, vol. 76, n° 2, 1982, pp. 303-316.

Haarscher, G., *Philosophie des droits de l'homme*, quatrième édition revue, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1993, 163 p.

Habermas, J., *De l'éthique de la discussion*, Paris, Éditions du Cerf, 1992, 202 p.

Hirsch, E. (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Paris, Librairie des Libertés, 1984, 246 p.

Honneth, A., *La société du mépris*, Paris, La Découverte, 2006, 349 p.

Honneth, A., *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Cerf, 2000, 232 p.

Honneth, A., « La théorie de la reconnaissance : une esquisse », in *De la reconnaissance. Don, identité et estime de soi, Revue du Mauss*, no 23, 2004, pp. 133-136.

Lafrance, G. (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, 322 p.

Lapeyre, A., de Tinguy, F., Vasak, K. (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 3 volumes.

Laws, J. (Sir), « Beyond Rights », in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, n° 2, 2003, pp. 265-280.

Ludsin, H., « Cultural Denial : What South Africa's Treatment of Witchcraft Says for the Future of Its Customary Law », in *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, n° 6, 2003, pp. 62-110.

Madiot, Y., *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 264 p.

Mawdudi, S. A. A., *Comprendre l'Islam*, Paris, I.I.F.S.O, 1980, 171 p.

Mawdudi, S. A. A., *Human rights in Islam*, Leicester, The Islamic Foundation, 1980, 40 p.

Mayer, A.E., « Human rights », in Esposito, J.L. (dir.), *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, Oxford, Oxford Univerity Press, 1995, 4 vol.

Meyer-Bisch, P., Durand, J.P. (dir.), *Les devoirs de l'homme. De la réciprocité dans les droits de l'homme*, Actes du Ve colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme tenu à l'Université Fribourg, Suisse, en 1987, parus dans Le Supplément. Revue d'éthique et de théologie morale, n° 168, 1989, 174 p.

Moghaddam, F. M., Slocum, N., Finkel, N., Mor, T., Harré, R., «Toward a Cultural Theory of Duties », in *Culture and Psychology*, vol. 6, n° 3, 2000, pp. 275-302.

Mohamed Berween, « The fundamental Human Rights : An Islamic Perspective », in *The International Journal Of Human Rights*, vol. 6, n° 1, 2002, p. 61-78.

Monshipoori, M., *Islamism, Secularism and Human Rights in the Middle East*, Boulder and London, Lynne Rienner Publishers, 1998, 259 p.

Nanji, A., « The Ethical Tradition in Islam », in Nanji, A (dir.), *The Muslim Almanac*, Detroit, Gale Research, 1996, pp. 205-211.

Ouguergouz, F., *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, 479 p.

Rivero, J., « De nouveaux droits de l'homme », in *Revue des sciences morales et politiques*, n° 14, 1982, pp. 673-686.

Rondeau, D., « Une éthique pour un monde global », in Duhamel, A., Lacroix, A. (dir.), *Éthique et espace politique mondial, Montréal*, Liber, 2004, pp.17-48.

Rondeau, D., Prolégomènes à une éthique globale interculturelle, thèse de doctorat, Québec, Université Laval, 2001, 461 p.

Roubier, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, 451 p.

Shapard, L. R., Human rights, Universality, and Governments, Thèse de doctorat. Knoxville, Université du Tenessee, 1998, 230 p.

Sinha, S. P., « Human Rights : A Non-Western Viewpoint », in *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale*, vol. 67, 1981, pp. 76-90.

Smith, C., « The Sequestration of Experience : Rights Talk and Moral Thinking in 'late modernity' », in *Sociology,* vol. 36, n° 1, 2002, pp. 43-66.

Taha, M. M., *The Second Message of Islam*, New York, Syracuse University Press, 1987, 178 p.

Tomalin, E., « Religion and a Rights-based Approach to Development », in *Progress in Development Studies*, vol. 6, n° 2, 2006, pp. 93-108.

Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures, Actes du 1er colloque interuniversitaire, Fribourg, 1982. Fribourg, Éditions universitaires, 1984, 221 p.

Zhang, Q., « The Idea of Human Dignity in Classical Chinese Philosophy : a Reconstruction of Confucianism », in *Journal Of Chinese Philosophy*, vol. 27, n° 3, 2000, pp. 299-330.

RECENSIONS

Parutions :

EXISTE-T-IL UNE CULTURE JURIDIQUE FRANCOPHONE ?

ouvrage collectif sous la direction de Monsieur Henry Roussillon, Président de la Conférence internationale des facultés de droit ayant en commun l'usage du français (CIFDUF), Presses de l'Université de Toulouse 1 sciences sociales2007, Toulouse, France, ISBN : 978–2–915699-46-3, Prix : 30 euros

Extrait du rapport de synthèse de Monsieur Francis Delpérée, professeur, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain.

Le grand Hauriou a écrit : « L'institution, c'est la culture concrétisée ». En d'autres termes, chaque État est l'expression d'une culture. Il en est la traduction. Il en est la forme institutionnalisée. Cette culture, c'est notamment une culture juridique.

Ce qui est une manière de dire qu'il n'y probablement pas « une » culture juridique francophone, qu'il y a des cultures juridiques francophones. Les uns et les autres, nous ne sommes pas les « clones » d'une culture uniforme ou unifiée, nous sommes les cousins qui pratiquons, chacun à notre manière, la culture francophone.

Ce qui est aussi une manière de dire que, s'il y a une Francophonie internationale, c'est qu'il y a une culture juridique francophone internationale. Et pas l'inverse. La Francophonie internationale ne crée pas notre culture. Elle la révèle. Elle la traduit. Elle la concrétise. Et le plus important peut-être, elle peut servir à sa transmission à travers les frontières et à travers les générations.

La vie de la Francophonie est tributaire de la préservation de la culture juridique qui est la notre et de la possibilité qu'elle aura de s'adapter au monde changeant dans lequel nous vivons.

Critiques :

L'HOMME DES DROITS DE L'HOMME ET LES STATUES DE GIACOMETTI

A propos de *La peau des mots – Réflexions sur la question éthique. Conversations avec Dominique-Antoine Grisoni* de Jean-Toussaint Desanti, Editions du Seuil, collection L'ordre philosophique, 2004, Paris, France, ISBN : 2-02-066197-7, Prix : 15 euros

Parus sous le titre *La peau des mots*, les entretiens engagés par D.-A. Grisoni et J.-T. Desanti après plusieurs conversations antérieures (*Réflexions sur le temps*[1] et *Philosophie : un rêve de flambeur*[2]) prennent pour cible la question éthique. Peut-être plus encore que dans d'autres livres, la pensée de J.-T. Desanti s'y efforce de percer et de mettre au jour le secret des connexions sous lesquelles des sujets accèdent à ce qu'ils effectuent dans la forme d'un savoir, d'une représentation ou d'une modalité d'existence. Cette mise au jour n'épargne pas un travail tranquille et méthodique de destruction. Elle exige d'apercevoir comme des platitudes et de mettre en miettes nombre d'entités rencontrées en chemin que nous voudrions croire substantielles afin de placer en elles notre confiance, notre pensée et notre agir. Du même mouvement, cette investigation exige et permet de nous défaire d'un ensemble de solidarités factices et en dernier ressort désastreuses qui vont avec. L'objet retenu par *La peau des mots* pour ce travail est les droits de l'homme. Résistant et membre du parti communiste français, J.-T. Desanti a été toute sa vie un combattant offensif contre toutes les oppressions et injustices que notre époque tend à regrouper sous le nom d'atteintes aux droits de l'homme. Sans la moindre hésitation. Et dans le prolongement de cet engagement en vérité radical il introduit l'entretien avec D.-A. Grisoni en ces termes : « Imaginons que tu me demandes si je suis prêt à me battre pour les droits de l'homme. D'instinct, je te répondrai : "Certainement ! C'est même aujourd'hui la cause la plus exigeante." »[3] Ce n'est pas encore dire, cependant, que le regroupement de ces combats comme lutte contre les atteintes aux droits de l'homme repose sur un concept ou une expression bien formée. La conjonction qui ajointe au mot de droit celui d'homme est plutôt tout sauf claire. Elle justifie, dans un ton socratique spontanément retrouvé par ces entretiens, un patient examen. Et elle requiert de frayer une traversée particulière entre la philosophie, le droit et la pensée juridique, les cultures enfin.

Par un premier trait, la démarche entreprise en ce livre par J.-T. Desanti rompt en effet avec une tradition de critique philosophique et politique du droit, bien connue, celle d'abord qui, dans sa forme marxiste, démontrait que les droits prétendument « universels » n'étaient que les droits des propriétaires qui avaient été cachés dans cet universel et donc une machine d'illusion au service des possédants, puis celle, précisée en particulier par Hannah Arendt ou Giorgio Agamben, qui révélait dans les droits prétendument humains une conscience de soi exclusive que prenaient d'eux-mêmes divers possédants d'un statut de citoyens et donc leur appartenance à une souveraineté rejetant hors d'elle-même la vie nue des exclus. Sans évoquer cette tradition, le livre de J.-T. Desanti passe silencieusement dans un autre espace de pensée. La critique du droit des propriétaires ou du droit des citoyens reposait au fond sur la possibilité d'opposer aux constructions juridiques la réalité d'hommes historiques saisis dans l'évidence du partage inégal des richesses et des libertés. La réflexion de J.-T. Desanti prend en quelque sorte le chemin inverse. Elle met en suspens ce que les mots d'homme, d'humain ou d'humanité suscitent aussitôt de représentation à laquelle nous accolons non sans une emphase douteuse des propriétés, des qualités, des rôles ontologiques et historiques, des valeurs et finalement des droits. Elle tourne toute son attention vers l'effectivité

---

[1] Desanti, J.-T., *Réflexions sur le temps*, *Variations philosophiques 1*, Conversations avec D. – A. Grisoni, éditions Grasset, Paris, 1992.

[2] Desanti, J.-T., *Philosophie : un rêve de flambeur, Variations philosophiques 2*, Conversations avec D. – A. Grisoni, éditions Grasset, 1999.

[3] Desanti, J.-T., *La peau des mots*, Seuil, Paris, 2004, p. 25.

du discours juridique et les règles sous lesquelles il opère afin d'identifier les points dans lesquels il détermine et convoque la manifestation selon sa lettre de quelque chose que nous puissions appeler homme.

Cela peut encore se dire ainsi. Les droits de l'homme ne se laissent pas rencontrer dans le champ du droit naturel. Relisant les *Institutiones* de Justinien (533), J.-T. Desanti rappelle que « le droit naturel est ce que la nature a enseigné à tous les être vivants (…) qu'ils naissent dans le ciel, sur la terre et dans la mer »[4]. Ce droit, qui exprime la volonté de vivre, qui en accorde à chaque créature le lot, la puissance et la liberté, n'empêche aucune d'entre elles de l'accomplir jusque dans la forme d'un crime aux yeux des lois. À l'inverse, il peut par exemple arriver à un droit des personnes de définir un statut *contra naturam* pour un sujet, ainsi qu'il arrive dans le cas du statut juridique de l'esclave. J.-T. Desanti analyse longuement cet écart, dans lequel se saisit proprement le juridique, à partir de l'article des *Institutiones* commentant l'abrogation de la loi *Fufia Caninia* qui réglementait l'affranchissement des esclaves par testament. Incontestablement cette abrogation par laquelle furent élargies dans la société romaine les possibilités d'affranchissement des esclaves rencontra leurs désirs d'émancipation. Elle noua aussi secrètement, comme le suggère D.-A. Grisoni[5], avec le ressort par lequel la société romaine, libérant l'esclave, se libérait elle-même. Au lieu néanmoins de le faire par droit naturel, ce qui aurait requis de libérer tous les esclaves, d'abolir le droit des personnes ainsi que le droit pénal et d'instituer comme règle civile l'exercice vivant de la violence, elle argumenta, entre autres considérations, en reconnaissant la liberté comme un bien et en jugeant sous ce rapport la loi qu'elle abrogeait « assez inhumaine » (*satis inhumanum*). En un tel point, dès lors, surgit effectivement que quelque chose de l' « homme » pouvait et pourra encore à l'avenir s'ajointer à « droit ». Ce n'est pas cependant sur le mode d'une identification compacte entre l'un et l'autre, du renforcement obscur de cette identification dans une croyance aux droits de l'homme ni de son insertion éthique et politique dans les affaires collectives du monde. Cette jonction s'opère, du moins dans sa vérité, selon d'autres voies. S'effectuant dans l'espace qui subsiste entre le droit et les lois, par lequel des lois peuvent être abrogées ou modifiées sans que pour autant le droit cesse d'être lui-même et en lui-même, elle complète la légalité inscrite dans le corps et la lettre du droit d'une marge jurisprudentielle qui accompagne la volonté ferme et permanente du droit d'une orientation prenant en vue qu'il convienne aux hommes. Une telle visée, telle que J.-T. Desanti la reconstitue minutieusement à partir des expressions transmises par les *Institutiones* de Justinien, se déploie en combinant au moins trois plans : un plan d'observation et d'expérience éclairée des affaires humaines et éventuellement divines qui double le droit d'une culture juridique ; un plan que la philosophie nomme ordinairement un arrière-monde et qui se présente dans le cas comme un état de droit anticipé dans la figure duquel le droit s'emporte lui-même dans la temporalité d'un avenir ; enfin, et c'est le point décisif, un plan de référence oblique qui confie à des maximes juridiques de définir cet état de droit en balayant un spectre ouvert de significations sans jamais se fixer définitivement sur aucun élément. Cette indétermination, pour J.-T. Desanti, n'est nullement un défaut de pensée, mais le lieu d'effectuation de l'exigence d'établir une relation entre le droit positif et un certain

---

[4] *Institutiones* I, 1, 1 et J.-T- Desanti, *op. cit.* p. 40.

[5] *Ibidem*, p. 58.

degré d'accointance de sa mise en œuvre jurisprudentielle avec l'arrière-monde d'une culture humaine ou divine, et donc le mode sur lequel le droit se voit prescrire de ne pas oublier les hommes et de continuer à chercher ce que « humanité » veut dire. Au prix de ce flou plutôt que dans la contradiction entre les conditions faites aux hommes et leurs droits de nature peuvent juridiquement s'inventer les moyens d'une affirmation flottante concernant esclaves et hommes libres et posant fermement et conjointement, bien que dissymétriquement, que la liberté est un bien et que s'y opposer est assez inhumain.

Parvenu à ce point, les conversations entre J-T. Desanti et D.-A. Grisoni s'engagent dans une deuxième élucidation. Prenant appui sur la célèbre phrase de Térence, qui résume en effet tout le développement précédent en énonçant : « Je suis homme, et rien de ce qui est humain, je le tiens pour m'être étranger »[6], J.-.T. Desanti part à la recherche de l'inquiétude qui s'ouvre avec cette parole et contraint le droit lui-même à « raconter des histoires d'hommes ». Par une violente aporie ces conversations, interrompues par la mort, ne délivreront pas le livre qu'elles rédigeaient pour cette enquête. Dans cette note de lecture on s'arrêtera alors à deux indications ou images. Si le sens du mot « homme », d'abord, ne saurait faire l'objet d'aucune définition ni rigoureuse ni soutenable par une énumération de ses propriétés réelles qu'on pourrait lui rapporter comme à quelque entité substantielle, alors s'orienter vers ce sens consiste à chercher à le configurer comme Alberto Giacometti s'efforçait de donner formes vraies à la marche d'hommes en marche : en enlevant toujours plus de substance. Cela consiste à se tenir au bord d'un évanouissement, au bord d'un complet évidement, en même temps que sous la contrainte qui m'atteste, cette fois véridiquement, ce qui doit demeurer. Un tel endroit, capable à cette condition et au prix de ce travail d'accueillir des manifestations cette fois rigoureuses et ultimement soutenables de quelque chose « de l'homme », se laisse décrire pour J.-T. Desanti depuis un double pôle : celui d'un côté d'un corps en écart (un homme qui marche) tel qu'il fait apparaître pour lui-même et pour d'autres vivants liés à lui par un voisinage sensible l'espace d'un entre-corps par lequel lui-même et ces autres s'ouvrent à un sens absent et à son inquiétude (qu'est-ce que marcher ? vers quoi marcher ? etc.) ; celui de l'autre côté d'un paysage culturel (l'ensemble des façons de marcher) que cette inquiétude sans point fixé d'avance fait traverser à un sujet pour qu'il effectue à son tour mais selon les prescriptions propres du champ concerné (la marche) le système de fonctions signifiantes et d'enchaînements symboliques qui structure cet entre-corps pour des manières de faire, d'être, de se représenter, voire (puisqu'il ne s'agit pas toujours de la marche) de dire. Selon les éléments fournis par une autre image, décrire le lieu du droit et du surgissement de son inquiétude éthique c'est-à-dire de sa convenance aux hommes, se laisse comprendre également depuis la notion que Desanti introduit de « nappe de recouvrement signitif » et depuis les ressemblances que cette notion ne laisserait pas de conserver avec ce que nous expérimentons tous sous le nom de « nappe ». Forme qui institue un espace vide sur une table ou sur un autre support pour qu'ils accueillent les gestes auxquels ainsi recouverts ils peuvent donner lieu, la nappe ne fait pas surgir un vide informe mais, aux yeux de J.-T. Desanti, richement et au moins triplement structuré. Par une nappe, d'abord, se dissimule un support pour que se présente la présentation même (ce pourrait être celle du droit). Par un autre trait la nappe

[6] « Homo sum et nihil humani a me alienum puto », Térence, *Heautontimoroumenos*, et J.-T. Desanti, *Op.cit.*, p. 88.

conserve le support, s'y conforme elle-même dans ses plis tout comme elle y plie ce qu'elle permet qu'on pose sur elle. Par un troisième aspect, enfin, elle fait signe de façon ouverte vers les gestes symboliques pour lesquels elle a été dressée[7]. C'est donc non pas directement mais seulement par une articulation complexe qu'elle permet à du véritablement humain de se nouer aux procédures qu'elle installe. Et c'est comme cette structure qu'elle peut s'offrir, ainsi que nous attendons du droit qu'il s'offre, comme une invitation maintenant une adresse à l'humanité : « Habite là en tant que, selon ses propres formes, cette maison s'offre à ton désir d'habiter »[8].

S. DOUAILLER

Université de Paris 8
Membre du réseau de chercheurs
« L'état de droit saisi par la philosophie »

PHILOSOPHIE, DROIT, RELIGION, Entre l'Orient musulman et l'Occident chrétien. Essai sur le langage juridique de l'Islam.

Hassan ABDELHAMID, Éditions Dar al-Nahda al- Arabia, 2005, Le Caire, Egypte, ISBN : 977-04-9710-X

Dans une société comme la nôtre, qui s'intéresse de moins en moins à ses propres racines historiques et, par la suite, à ses fondements, qui croit trop souvent devoir vivre dans une sorte de « présent perpétuel » – qui s'institue d'une manière volontariste, dans une actualité « pure », – sans le moindre intérêt (théorique comme pratique) pour une ré-(in)stitution fût-elle « passagère », du passé qui l'a rendue possible, on risque malheureusement d'obnubiler la possibilité même de ce « présent », simple actualisation bruyante d'un sens historial « sans contexte » et, par conséquent, « sans histoire ». « Vivre dans le présent » paraît aujourd'hui et pour certains jeunes la preuve d'une lucidité (*i.e.* d'un cynisme) qui fait table rase de l'expérience du passé. C'est ainsi que le processus d'instrumentalisation (*i.e.* de « présentification ») survenu dans le domaine des sciences sociales – celui du droit, en premier lieu – rend presqu'impossible la distance intellectuelle et humaine (spatiale comme temporelle) que tout citoyen moderne, censé être libre, devrait avoir par rapport à son propre statut d'« animal politique ». L'absence systématique de cette distance (*i.e.* de cette liberté) d'expression et d'interprétation – qui tient à notre propre culture fût-elle philosophique, religieuse ou juridique – ne fait que préserver, en fin de compte, un *statu quo* perpétuel qui fait obstacle non seulement à la compréhension du sens du passé mais également à celui du présent. Car, comme la modernité (celle européenne entre autres) nous l'a depuis longtemps démontré, sans passé (ré-fléchi) il n'y a pas d'avenir.

[7] *Ibidem,* p. 135
[8] *Ibidem,* p. 151.

C'est d'autant plus précieux (car enrichissant) – au moins pour nous – si un tel esprit compréhensif et ouvert peut inspirer non seulement (et pour ainsi dire) une réflexion historique et critique sur le passé de notre présent, mais tente, en plus et essentiellement, de « sortir » de sa propre tradition, en l'occurrence musulmane, pour rejoindre une autre tradition, celle qui a amorcé la civilisation moderne occidentale. C'est justement ce que nous propose Hassan Abdelhamid, professeur de philosophie et d'histoire du droit à l'Université d'Aïn Chams, Le Caire : un discours historique raisonné sur le langage juridique de l'Islam[9]. Dans l'introduction de ce volume – rédigé en français et, par conséquent, destiné au monde francophone des juristes et des philosophes – l'auteur se propose d'examiner les principales difficultés d'une telle entreprise. Il constate, tout d'abord, le profond « malentendu » (de principe !) qui marque, aujourd'hui encore, le dialogue entre l'Orient et l'Occident. Car, selon lui, la traduction des principaux concepts juridiques musulmans dans un langage moderne (*i.e.* occidental) n'a fait que creuser, encore plus profondément, la faille qui existait déjà depuis quelques siècles entre ces deux civilisations, nées au bord de la Méditerranée. En effet, toute traduction irréfléchie (*i.e.* qui ignore les principes de l'herméneutique textuelle) semble amorcer une sorte d'acculturation dont le pêché originel reste l'ignorance du contexte culturel et historique dans lequel ces concepts ont été forgés. D'où l'importance d'une telle ré-(in)stitution, opérée (spécialement pour le monde occidental) par quelqu'un qui maîtrise de l'intérieur non seulement la tradition juridique musulmane, mais aussi les principaux outils intellectuels de la modernité (dans une langue qui lui est appropriée).

En fait, dans l'introduction à son volume – courte présentation de ses objectifs – l'auteur montre bien qu'il ne s'agit pas d'un simple problème théorique, mais surtout d'une difficulté pratique d'ordre juridique, politique et anthropologique. Car, selon lui, la « synthèse » quotidienne entre la tradition musulmane et la culture moderne reste encore dans le cadre d'un échec général, celui d'un mimétisme des formes sans contenu, provoquant ainsi une schizophrénie *sui generis*, celle d'un individu et même d'une société qui ont perdu leurs repères traditionnels (*i.e.* musulmans) sans encore entrevoir les azimuts, trop lointains et, par la suite, confus, de la modernité[10]. Pour reprendre dans un autre contexte historique et géographique les mêmes assomptions du livre, une telle situation « dualiste » n'est pas familière seulement au monde musulman, mais (entre autres) à tous les pays de l'Europe de l'Est – post-communistes et (ce qui est beaucoup plus important) post-traditionnels –, qui ont dû s'« adapter », eux aussi et (surtout) très rapidement, aux standards du monde moderne occidental. Autrement dit, les défis bien connus de la transition entre la tradition (fût-elle chrétienne ou musulmane) et la modernité – qui relève d'une actualité… perpétuelle et dont les sous-produits culturels (et non seulement) restent malheureusement le traditionalisme et le modernisme (définis en tant qu'extrêmes de cette même transition) – ne caractérisent pas seulement les relations entre le monde chrétien et le monde musulman, mais tout processus de modernisation – avec ses difficultés plus ou moins inhérentes – qui suppose une reprise réfléchie de la tradition. En fin de compte, la Renaissance « moderne » (pardonnez-nous ce pléonasme !) n'a fait que ré-(in)stituer l'ancienne tradition de l'Antiquité grecque et romaine (ce que jusqu'à un certain moment l'Islam l'avait

[9] Hassan Abdelhamid, *Essai sur le langage juridique de l'Islam*, Dar al-Nahda al-Arabia, Le Caire, 2005.

[10] *Op. cit.*, pp. 8 et 10.

déjà fait lui-même). Ce n'est donc pas cette transition entre les extrêmes qui est schizophrène, mais plutôt leur séparation « intransitive » (*i.e.* « intransigeante »), « abstraite » ou, si l'on préfère, « dogmatique ». Le véritable défi de la modernité occidentale semble avoir été celui de la « foi » (libre ou libérée de toute détermination) dans un avenir qui ne soit plus marqué par le spectre « eschatologique » du dogmatisme.

Après avoir brièvement clarifié les objectifs et la méthode de sa recherche, le professeur Abdelhamid se propose d'analyser cinq des concepts centraux de la tradition juridique (politique, philosophique et religieuse[11]) de l'Islam : le *djihâd* (la « guerre contre l'incroyant »), la protection de la vie contre l'ingénierie génétique, le rôle du commerce dans la civilisation musulmane, le rapport entre le citadin et le bédouin (selon la pensée d'Ibn Khaldûn) et l'homme cosmopolite, tel qu'il a été défini par le soufisme. Ce sont, aussi, les concepts qui inspirent et ordonnent les cinq chapitres du livre[12]. S'agit-il d'une simple restitution des principes juridiques de l'Islam dans une langue et, par conséquent, pour une mentalité européenne ? Pas vraiment, car quoique la langue soit le français, l'articulation et, par conséquent, l'échafaudage théorique du livre restent intimement liés aux critères internes (apparemment autosuffisants) de l'Islam lui-même, c'est-à-dire à la simple cohérence entre les idéaux « eschatologiques » que celui-ci s'est proposé d'atteindre et la réalité historique qu'il a effectivement instaurée[13]. C'est pourquoi, afin de corriger les confusions, toujours possibles, avec le concept de la « guerre sainte », qui avait inspiré les croisades chrétiennes médiévales, l'auteur privilégie et dé-limite l'interprétation du *djihâd*, par exemple, à l'intérieur du même Islam : son origine dans la Révélation musulmane, son rôle en tant que moyen principal d'institution et constitution de la « terre de l'Islam », son universalité (présumée) fondée dans la foi musulmane, ouverte pour toute l'humanité, etc. Le *djihâd* ne serait pas une guerre, mais une « ouverture » – *fath- futûhât* – pour tous ceux qui n'ont pas encore connu l'Islam. Et puisque la « terre de l'Islam » représente un État, l'Islam lui-même deviendra une « religion d'État »[14]. Le professeur Abdelhamid est attentif surtout aux conditions historiques et politiques qui ont inspiré un tel destin « guerrier ». En effet, explique-t-il, la paix – *salam* – et même la fameuse « salutation » qui en découle – *salam 'alaykum* – a une connotation strictement religieuse, et, pour cette raison, elle n'a de sens et, donc, d'effectivité politique et juridique qu'entre les musulmans[15]. A la limite, il n'y a pas de paix – *salam* – dans le monde tant que la terre elle-même ne se confond pas avec l'Islam. Aussi, le monde « des humains » reste-t-il encore et toujours partagé entre la « terre de l'Islam » et celle « de la guerre » (avec, tout de même, une zone intermédiaire, celle « de la trêve)[16].

Dans ce contexte – assez complexe, il faut le dire – l'auteur examine en détail la manière dont l'Islam s'est toujours plié sur les intérêts politiques et militaires de ses fidèles. En effet, la guerre contre les incroyants – qui n'est pas une « guerre

---

[11] On reviendra plus tard sur le sens, plus profond, de la coïncidence systématique (et symptomatique) de ces domaines.

[12] Pour des raisons d'espace, nous nous limiterons à une courte présentation des deux premiers chapitres qui, selon nous, soulèvent les problèmes les plus actuels dans le débat entre l'Orient musulman et l'Occident moderne.

[13] *Op. cit.*, p. 4.

[14] *Ibidem*, p. 22.

[15] *Ibidem*, p. 35.

[16] *Ibidem*, p. 36.

sainte » (quoiqu'elle reste une guerre religieuse !) – était liée, au début, à la survie même de la minorité musulmane ; elle devait assurer, ensuite, la victoire contre les polythéistes « impurs » et soumettre à l'Islam les autres « fidèles » du Livre, les juifs et les chrétiens, pour, enfin, imposer à tous les autres, devenus minoritaires, « la seule et vraie religion ». Au fur et à mesure (et compte tenu des rapports de force), la guerre (initialement) défensive d'une minorité s'est convertie dans une guerre offensive, celle de la majorité. Or, dans cette nouvelle situation, les autres fidèles du Livre, qui constituent une minorité, n'ont pas les mêmes droits guerriers que la minorité musulmane initiale. La raison que l'auteur invoque dans ce contexte consiste dans la différence « ontologique » qui existe entre la paix spirituelle, parce que céleste, et les moyens guerriers, parce que terrestres, qu'on doit toujours et encore utiliser afin d'instaurer la suprématie de l'Islam. C'est, nous dit-il, « une preuve de lucidité pour tout État » qui entend préserver, par tous les moyens, sa propre existence et extension. Mais cette « lucidité » suppose, – on peut le remarquer tout de suite, – une différence tout aussi « ontologique » entre les idéaux purs d'une telle religion et ses propres institutions et pratiques historiques[17]. Seulement, dans ce cas-là, comment comprendre la cohérence interne d'une religion ou d'un système juridique que l'auteur lui-même avait définie comme « un tout, un ensemble qui a ses propres fondements, ses fins, ses principes généraux, ses institutions et moyens adéquats »[18] ?

En d'autres mots : jusqu'où « le contexte historique et politique », plus ou moins aléatoire, qui « accompagne » la naissance d'une religion doit être légitimé « en absolu » par et dans sa propre doctrine, censée toujours être révélée ? S'agit-il, ici, d'une sorte de « commerce » *sui generis* – typiquement musulman (voir surtout le chapitre III du livre) – entre l'histoire et l'eschatologie ? Il nous semble que oui. Or, une telle différence et, donc, tension entre l'eschatologique et l'historique a toujours était observée par et dans la tradition chrétienne, pour laquelle le principe ontologique (et donc moral) qui devait régler les relations entre les humains était finalement : « Aimes ton ennemi ! ». Assumer seulement les moyens – politiques comme militaires – de « ce monde » c'est accepter, en fait, les pratiques qui sont propres à Satan. Jésus-Christ reste lui aussi une hypostase, divine et humaine à la fois, « divisée » entre le créé et l'incréé, entre le César et Dieu, entre l'Église et l'État, etc. Cela veut dire aussi que, tout au long de l'histoire, de nombreux « chrétiens » ont pu invoquer et même pratiquer la violence au nom de la « raison d'État » (contre les États musulmans, par exemple), même si, dans les textes fondateurs de leur tradition – et c'est justement cela (et encore une fois) qui reste dans ce cas-là important –, la violence est toujours et surtout formellement interdite. C'est dire qu'entre les idéaux du christianisme et la pratique historique assumée par certains de ses propres « fidèles », ceux qui n'ont pas observé ces idéaux, il y a toujours eu une contradiction (plus qu'évidente !), et que le « commerce » entre la théorie « pure » et la pratique « impure » a ses propres limites, incontournables. Jésus Christ n'était pas un zélote. Au contraire, son pouvoir résidait (et réside encore) dans sa « faiblesse »[19]. Quand, par exemple, Maxime le Confesseur a appris que les « chrétiens » de l'Afrique du Nord « convertissaient » par le feu et par le sabre les musulmans, il a vivement protesté car, selon lui, ces

[17] *Ibidem*, pp. 62-63.

[18] *Ibidem*, p. 4.

[19] Comme Walter Benjamin allait le remarquer si bien : le lieu de la vraie histoire se situe du côté des opprimés.

faux apôtres versaient, en fait, le sang du… Christ. Une telle attitude, c'est vrai bien singulière, mais pourtant parfaitement conforme (cette fois-ci) aux principes écrits (de l'Ecriture), démontre le simple fait que personne ne peut s'approprier Dieu et que souvent il réside – paradoxalement (parce que « en chiasme ») – dans le camp même de… l'« ennemi ». Or, sans une séparation (de principe) entre l'Église et l'État, il est et il sera toujours difficile, sinon impossible, de distinguer – dans un texte censé être révélé – entre la nécessité de l'eschatologie et la contingence de l'histoire.

Pour finir, juste un mot sur le deuxième thème important que le professeur Abdelhamid a choisi d'examiner dans son dernier livre offert aux lecteurs francophones : les effets juridiques et philosophiques de la procréation artificielle et de l'ingénierie génétique. C'en est, – il faut le reconnaître, – un véritable défi non seulement pour la tradition musulmane mais aussi pour celle qui a autrefois inspiré la modernité occidentale. Pour mieux situer cette problématique dans un cadre social et philosophique approprié, l'auteur met en liaison ces pratiques avec les « principes » d'un « post-modernisme » occidental *sui generis*[20]. Du point de vue juridique (et non seulement !), cela revient à dire que la légitimité disparaît au profit de la légalité[21]. C'est ainsi que, le plus souvent, le « post-modernisme » occidental semble être synonyme avec le relativisme et, surtout, avec ce qui en découle : la perte d'une certaine identité – personnelle, nationale ou religieuse. Plus grave encore, selon l'auteur, le post-modernisme n'est que la conséquence directe de la modernité, qui semble avoir toujours oublié que la juste mesure (pour ainsi dire) de la justice n'est pas humaine, mais divine[22]. Autrement dit, le conflit interne de la modernité, qui est toujours une sorte de « post » par rapport à la tradition, semble être, lui aussi, celui entre la nature et la culture (moderne). C'est la raison pour laquelle l'homme moderne n'est plus un être « naturel ». En effet, il risque de devenir un simple « objet » fabriqué ou, plutôt, re-fabriqué. Or, selon la tradition musulmane, il n'y a qu'une seule justice, celle de Dieu. Pour une telle justice, ajoutons-nous (dans ce même esprit), censée être infaillible, il n'est plus besoin de procès. En fait (et en fin de compte), les manipulations génétiques relèvent de la fin du Monde[23].

Le professeur Abdelhamid croît pouvoir repérer l'apparition de cette nouvelle vision du monde au moment même de la naissance de la conscience moderne de l'Occident, à savoir dans la philosophie de Bacon et de Descartes (le créateur du dualisme moderne). En résumant les effets de cette philosophie, il conclut : « La personne humaine kantienne existant en soi et pour soi, autonome et non pas hétéronome n'existe pas dans la culture musulmane »[24]. Car l'ordre juridique de l'Islam – et la souveraineté (théorique comme pratique) qui lui et propre – sont d'origine divine et non pas humaine (ou, ajoutons-nous, divino-humaine)[25]. L'origine de cette vision « dualiste » sur l'homme et son essence semble être l'ancien concept de « personne », le masque du sujet et non pas le sujet lui-même : « Dans la pensée moderne, la personne est personnage, l'*artifex*, il est personne – *actor* : l'homme n'est personne qu'en étant *actor*. C'est ainsi que le

[20] *Ibidem*, p. 69.

[21] *Ibidem*, p. 66.

[22] *Ibidem*, p. 70.

[23] *Ibidem*, p. 67. Voir aussi le verset 24 de la sourate X du *Coran*.

[24] *Ibidem*, p. 77.

[25] *Ibidem*, p. 74.

droit moderne ignorera la personne en dehors des rôles qu'il lui a prescrits. C'est un refus de l'homme (*homo*) en faveur de la « *persona* »[26]. En plus, il semble que la personne moderne est un être purement abstrait, sans corps, une conscience « pure ». Par conséquent, le fondement occidental du système juridique concerne non pas l'homme en tant que tel mais son simulacre, défini comme acteur. Ce qui, à sont tour, rend l'institution juridique du procès proche du théâtre. Bref : justice et spectacle vont de pair. Et pourtant, on devrait toujours se demander : pourquoi l'Islam n'a-t-il pas connu et développé ces deux institutions ? Pourquoi – en commençant avec le XIIe siècle – le Logos révélé de l'Islam a cessé d'être « mis en jeu » (*i.e.* « interprété », dans les deux sens du mot) sur la scène, fût-elle celle d'un procès ou celle du théâtre ?

En essayant d'amorcer une (modeste) réponse, nous ajouterions que le sens de la *persona* – dont l'origine antique (grecque) et bien plus ancienne que la modernité – ne désigne plus pour un Occidental un simple masque. Deux choses importantes, nous semble-t-il, devraient être rappelées dans ce contexte. La première nous avertit que, selon le même Kant, invoqué par le professeur Abdelhamid, l'être humain est divisé en lui-même entre, d'une part, une conscience de soi et, d'autre part, une conscience transcendantale – l'en-soi de lui-même – qui n'est jamais connue d'une manière directe. Il ne s'agit pas d'une sorte de présence de Dieu à l'intérieur même de l'homme – comme pourrait le croire un musulman – mais d'un « *ana-logos* » de Dieu dans l'homme lui-même. C'est n'est pas seulement Dieu qui est insondable pour l'homme, mais l'homme aussi – pour et en lui-même. Il y a donc – et la théologie chrétienne l'affirme fortement – une sorte d'« apophase » (abîme) propre à l'homme (source de sa propre dignité, affirmée devant Dieu lui-même !) par rapport à laquelle la conscience qu'il est représente une simple variante. Dans un langage kantien, l'identité de notre conscience est donnée dans et par une différence transcendantale, condition de possibilité de sa propre existence. Or, puisque cette identité est une simple représentation (l'unité de notre « propre » être se situe au-delà de nos actes conscients), elle doit être, encore et toujours, mise à l'épreuve et, par conséquent, « mise en jeu »[27]. Car le transcendantal ne peut être donné que dans et par le jeu de ses propres institutions, celui de l'accusation et de la défense s'il s'agit d'un procès. L'Esprit, lui, n'est pas l'apanage d'un sujet : il reste toujours et encore Esprit inter-subjectif, Esprit de la communauté. C'est justement parce que notre jugement est faillible qu'il y aura un Jugement « dernier ». D'où l'importance, dans cette tradition juridique, du refus de la peine de mort. Quant au problème du corps et de sa place dans la conscience et dans la philosophie occidentale, il suffit peut-être de rappeler non seulement l'importance de l'événement de la résurrection dans la constitution de sa foi, mais aussi le « retour » du thème du corps, – divisé lui aussi entre *Leib* et *Körper*, – dans la phénoménologie contemporaine.

Les derniers trois chapitres du livre – où l'auteur nous régale effectivement avec ses excellentes analyses concernant le rôle du commerce dans la société et la religion de l'Islam, l'institution (théologique et historique) de la cité musulmane (avec sa conversion du nomadisme en sédentarisme) et l'esprit cosmopolite (dans le soufisme) – fait le délice du lecteur européen, le plus souvent ignorant de cette

---

[26] *Ibidem*, p. 82.

[27] D'où le sens plus profond qu'on pourrait assigné au post-moderne.

civilisation d'exception sans laquelle le monde « moderne et occidental » ne serait pas ce qu'il est aujourd'hui.

Virgil Ciomoş

Université « Babeş-Bolyai », Cluj, Roumanie
Membre du réseau de chercheurs
« Droits fondamentaux »

ACTUALITÉS DES RÉSEAUX

Il existe actuellement 4 réseaux de chercheurs au sein du Programme thématique *Aspects de l'État de droit et démocratie* :

Réseau Droits fondamentaux
Réseau Droit de la santé
Réseau L'état de droit saisi par la philosophie
Réseau Genre, droits et citoyenneté

Les soutiens développés par ces réseaux s'articulent autour de trois volets : recherche scientifique en réseau, formation à la méthodologie à la recherche scientifique et diffusion et échanges de l'information scientifique. Ces réseaux développent également des actions sur des problématiques transversales qui impliquent une collaboration avec la Conférence internationale des facultés de droit ayant en commun l'usage du français.

Soutien à la recherche en réseau

Réseau L'état de droit saisi par la philosophie

Par le troisième appel à collaboration (2007-2008), le réseau de chercheurs a invité les chercheurs à participer à une action concertée sur le thème « *Démocratie à venir, justice et droit international : revendications de justice et hétérogénéité des sources normatives* ». Les membres du comité de réseau ont procédé en novembre à la sélection de trois projets de recherche en réseau :

> « *Droit(s) contre la loi ?* » : ce projet, dirigé par Madame Anne Kupiec, Centre de Sociologie des pratiques et représentations Politiques de l'Université Paris VII – Denis Diderot (France), associe le Département de philosophie de l'Université d'Antananarivo (Madagascar), le Centre interdisciplinaire de recherche sur la citoyenneté et les minorités de l'Université d'Ottawa (Canada) et l'Instituto Gino Germani de l'Universidad de Buenos Aires (Argentine).

Monsieur Ciprian Mihali, Université de Cluj-Napoca (Roumanie), assure le suivi de cette action de recherche au nom du comité de réseau, courrier électronique : ciprianmihali@yahoo.fr.

> « *État de droit et conflit des sources normatives. L'Europe et les Balkans* » : ce projet, dirigé par Monsieur Dumitru-Corneliu Bîlba, Faculté de philosophie de

l'Université Alexandru Ioan Cuza (Roumanie), associe la Faculté de droit de l'Université Alexandru Ioan Cuza (Roumanie), l'UFR de philosophie de l'Université Charles de Gaulle - Lille 3 (France), la Faculté de philosophie de l'Université de Sofia (Bulgarie), la Faculté de philosophie et l'Institut de philosophie et de théorie sociale de l'Université de Belgrade (Serbie) .

Monsieur Etienne Tassin, Université Paris VII – Denis Diderot (France) assure le suivi de cette action de recherche au nom du comité de réseau,
courrier électronique : etienne.tassin@paris7.jussieu.fr.

« *De la culture du dialogue* » et « *Repenser le politique (démocratie à venir) et le juridique (droit international) à la lumière du concept de frontière* » : ce projet, dirigé conjointement par MM. Hubert Vincent, Université Paris 8 - Vincennes-Saint-Denis. (France) et Georges Ndumba Y'oole L'ifefo, Facultés catholiques de Kinshasa (R.D. Congo), associe le Département de philosophie de l'Université de Yaoundé (Cameroun), le Département de philosophie de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (Sénégal), le Centre d'éducation et d'humanité de l'Université d'État de Rio (Brésil), le Département de philosophie de l'Université nationale de Bogota (Colombie), le Département d'éducation de l'Université de Campinas (Brésil) et le Département de philosophie de l'Université de Dijon (France) .

Monsieur Ernest-Marie Mbonda, Institut catholique de Yaoundé, Faculté de Philosophie, Université catholique d'Afrique centrale (Cameroun), assure le suivi de cette action de recherche au nom du comité de réseau, courrier électronique : mbondaer@yahoo.fr

Réseau Genre, droits et citoyenneté

Les membres du comité de réseau Genre, droits et citoyenneté ont procédé en octobre 2005 à la sélection du 1er appel à collaboration (2006-2007). Les thèmes de recherche étaient les suivants : Genre, cultures et religions - Genre et savoir - Genre et violence. Le comité de réseau a sélectionné un projet de recherche en réseau :

« *Réseau femmes citoyennes : Maghreb - Afrique subsaharienne* » : cette action qui associe le Centre d'études et de recherche sur les femmes de l'Université Sidi Mohamed Ben Abdellah au Centre pour l'étude, la protection, l'aménagement et la Promotion de l'Environnement de l'Université de Ouagadougou, au Département de droit privé fondamental de l'Université Abou-Bekr Belkaid et au Département de droit public de l'Université de Lomé est placée sous la responsabilité scientifique de Madame Marguerite ROLLINDE, Université Paris 8 - Vincennes-Saint-Denis.

Madame Eugénie Aw-Ndiaye, Université Cheikh Anta Diop de Dakar (Sénégal),
assure le suivi de cette action de recherche,
courrier électronique : eugenieraw@hotmail.com.

Réseau Droit de la santé

Les membres du comité de réseau Droit de la santé ont procédé en octobre 2005 à la sélection d'un dossier de candidature dans le cadre du 1er appel à collaboration (2006-2007). Les thèmes de recherche étaient les suivants : accès aux soins,

droits fondamentaux et allocation de ressources – cadre juridique et éthique de la recherche biomédicale - le droit de la santé et ses déterminants culturels, ou « droit de la santé et cultures » - les enjeux de la sécurité sanitaire internationale – la sécurité sanitaire.

> *« La participation des acteurs non étatiques à l'accès aux soins de santé en Afrique : le cas du Cameroun et du Burkina-Faso* » : cette action qui associe l'UFR de sciences de la santé de l'Université de Ouagadougou (Burkina Faso) au Département de droit privé de l'Université de Ngaoundéré (Cameroun) et à la Faculté de médecine de l'Université de Yaoundé I (Cameroun) est placée sous la responsabilité scientifique de Madame Yvette Kalieu Elongo, Département de droit privé de l'Université de Dschang (Cameroun).

Monsieur Mamadou Badji, Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (Sénégal), assure le suivi de cette action de recherche, courrier électronique : mamadou_badji@yahoo.fr

Soutien à la formation à la recherche

Séminaire régional francophone inter-réseaux « Relations internationales », Dakar (Sénégal), 8-15 septembre 2007.

Le Cadre stratégique décennal adopté lors de la 10ème Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement des pays francophones précise que « La Francophonie entend apporter une contribution significative à la promotion de la paix, de la démocratie, et au soutien à l'État de droit et aux droits de l'Homme, en mettant l'accent sur la prévention ». Le développement des relations internationales se caractérise, depuis la fin de la guerre froide, par l'émergence de nouveaux enjeux et de nouveaux acteurs. Ce développement a bouleversé les règles et les pratiques internationales sans que se dégage une nouvelle logique dans le contexte de la mondialisation.

Les séminaires régionaux francophones ont pour objectif de permettre à des étudiants francophones des établissements d'enseignement supérieur membres de l'Agence sélectionnés au sein d'une région de la Francophonie, de mieux appréhender les grandes tendances actuelles des relations internationales à travers l'analyse de leurs évolutions en y intégrant une dimension francophone.

Contact : Monsieur Mamadou BADJI, Faculté des Sciences juridiques et politiques, Université Cheikh Anta Diop (Sénégal),
Courrier électronique : mamadou_badji@yahoo.fr

Informations : Site internet de l'Agence universitaire de la Francophonie

Séminaire régional des doctorants francophones, Yaoundé (Cameroun), 5–10 novembre 2007

Le séminaire régional des doctorants francophones vise à réunir, sur une base régionale, les doctorants francophones en droit ou ayant le droit comme discipline complémentaire, en présence des enseignants responsables de recherche de leur

Université et d'enseignants chargés de formation méthodologique. Le séminaire est organisé par les 4 comités de réseaux de chercheurs du Programme thématique *Aspects de l'État de droit et démocratie* (Réseau Droits fondamentaux, Réseau État de droit saisi par la philosophie, Réseau Droit de la santé, Réseau Genre, droits et citoyenneté*)* en étroite collaboration avec le Bureau régional et la Conférence internationale des facultés de droit ayant en commun l'usage du français.

Contact : Monsieur Ernest-Marie MBONDA, Centre d'études et de recherches sur la justice sociale et politique, Université catholique d'Afrique centrale,
courrier électronique : mbondaer@yahoo.fr

Informations : Site internet de l'Agence universitaire de la Francophonie

diffusion et échanges de l'information scientifique

Il appartient aux réseaux de chercheurs du Programme thématique *Aspects de l'État de droit et démocrati*e d'appuyer ou de soutenir la formation à la recherche individuelle en direction des jeunes chercheurs.

Outils pour la recherche juridique, Méthodologie de la Thèse de Doctorat et du Mémoire de Master en Droit, JAILLARDON Edith et Dominique ROUSSILLON, Éditions des archives contemporaines, ISBN : 978-2-914610-44-5, 26,00 euros.

Commencer une recherche est, pour un(e) jeune diplômé(e) en Droit, un moment intellectuellement très excitant. Mais, sauf à s'exposer à de réels risques d'erreurs, de pertes de temps et d'énergie et, au bout du compte quelquefois, de découragement, il importe d'avoir la formation et l'information qui permettront de se lancer dans les meilleures conditions.

Né d'une longue expérience pédagogique, le présent ouvrage se veut un manuel cherchant à aider les jeunes chercheurs(euses) débutant un mémoire de Master ou une thèse en vue du Doctorat en Droit. L'identification des différentes étapes que requiert toute recherche juridique s'accompagne de conseils, méthodes et suggestions pour une bonne organisation du travail. Ceux-ci concernent aussi bien les moments de la recherche documentaire, réalisée en particulier grâce aux ressources de l'internet, que les phases « intellectuelles » de construction du sujet, de définition de la problématique ou de structuration du plan.

Toute activité de recherche comporte des moments de doute et de remise en cause, il ne s'agit pas de penser qu'ils sont inutiles, mais de se doter des méthodes de travail permettant de les dépasser.

Edith JAILLARDON est Professeure de Droit public à l'Université Lumière-Lyon 2. Doyenne honoraire, directrice du Centre de recherches « Droits, Libertés et Territoires », elle dirige le Master-recherche « Droits de l'Homme », formation alliant les

acquis et les méthodes du Droit, de l'Histoire et de la Philosophie d'où sont issus de nombreux doctorants.

Dominique Roussillon est Maître de conférences de Droit Privé à l'Université des Sciences Sociales-Toulouse 1. Enseignant l'informatique juridique et le Droit de l'Informatique dans diverses formations, elle co-dirige le Master-professionnel « Droit et Systèmes d'Information et Réseaux », formation destinée à donner une double compétence en informatique et en Droit des nouvelles technologies aux étudiants juristes ou gestionnaires.

« Gros plan sur »

Réseau de chercheurs *Droits fondamentaux*

Créé en mai 1993, le réseau de chercheurs *Droits fondamentaux* vise à :

- favoriser la construction d'un espace de recherche francophone, à la fois intra-régional et inter-régional, notamment par une mutualisation des ressources des réseaux avec celles d'autres institutions ou celles d'autres opérateurs ;
- appuyer ou soutenir la recherche en réseau sur des thématiques liées définies dans la programmation quadriennale de l'Agence ;
- appuyer ou soutenir la formation à la recherche individuelle en direction des jeunes chercheurs ;
- développer des instruments au service de la diffusion de l'information scientifique ;
- encourager l'ouverture des réseaux de chercheurs à la communauté scientifique internationale.

Domaines de recherches

Les thèmes de recherche du réseau sont les suivants : universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle - justice, juges et droits fondamentaux - aspects nouveaux de la protection internationale en matière de droits fondamentaux - droit au travail et relations professionnelles - liberté de penser et liberté d'expression - droits fondamentaux et souveraineté des États dans la communauté des États francophones.
La réunion du Comité de réseau de mai 2005 a été l'occasion de définir la thématique du réseau pour le prochain cadre de la programmation quadriennale (2006-2009) : « cultures juridiques et droits de l'Homme dans les pays francophones ».

COMITÉ DE RÉSEAU

Monsieur Hassan ABDELHAMID**,** professeur à la Faculté de Droit de l'Université Ain Chams, a été désigné en juillet 2006 coordonnateur du Réseau Droits fondamentaux. Conformément au Guide de procédures des réseaux de chercheurs,

Monsieur Hassan ABDELHAMID a été désigné pour un mandat de 2 ans non renouvelable.

- Monsieur Hassan ABDELHAMID, Université Ain Chams du Caire (Egypte), Coordonnateur du réseau,
  adresse électronique : yhassan40@hotmail.com ,
- Madame Edith JAILLARDON, Université Lumière-Lyon 2 (France),
  adresse électronique : Edith.Jaillardon@wanadoo.fr,
- Monsieur Virgil CIOMOS, Collège européen, Université « Babes-Bolyai » de Cluj-Napoca (Roumanie),
  adresse électronique : virgil_ciomos@yahoo.com,
- Monsieur Alain Didier OLINGA, Université de Yaoundé, Département de Politique internationale (Cameroun),
  adresse électronique : alainolinga@hotmail.com.

Contact :

Monsieur Hassan ABDELHAMID,
Université Ain Chams du Caire (Egypte), Coordonnateur du réseau,
courrier électronique : yhassan40@hotmail.com
Site internet du réseau : www.df.auf.org

Prix public : 26,00 euros
(prix préférentiel AUF : 18 euros)

ISBN : 978-2-914610-59-9

Agence universitaire de la Francophonie

éditions des archives contemporaines