

TROISIÈME THÈME

**Personne, culture et droits**



**État de droit et droits fondamentaux :  
de la théorie à la pratique**  
**Réflexions sur l'esprit de justice**

PAR

**YADH BEN ACHOUR**

PROFESSEUR, FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES  
POLITIQUES ET SOCIALES DE TUNIS

Nous lisons dans le dictionnaire Quillet de la langue française : « Pratique : 1/ nom féminin. Application des règles et des principes d'un art ou d'une science par opposition à la théorie... Exécution par opposition à la simple conception, en parlant de projets, de plans. *Ce projet est difficile dans la pratique...* Cette vertu est d'une pratique difficile. Méthode, procédé, manière de faire certaines choses. *Cette pratique n'est pas sans danger.* Expérience, habitude des choses : *avoir la pratique des affaires.* 2/ Adj. Qui tend, qui conduit à l'action, à la réalisation ; se dit par opposition à théorique et à spéculatif. Leçon de morale pratique, qui ne s'arrête pas à la pure spéculation, qui agit, qui réalise. *C'est un homme pratique* ».

La pratique relève donc du domaine de l'action, la théorie relève de la pensée, avec leurs multiples catégories. Mais on sait, depuis Kant, que même si toute connaissance ne dérive pas directement de l'expérience (il en est ainsi de la connaissance *a priori*) et n'est donc pas empirique, toute connaissance commence cependant avec l'expérience et aucune connaissance ne précède l'expérience, l'habitude des choses, l'action et l'échange par opposition à la théorie, la spéculation, le projet. Dans les sciences morales et politiques, tout projet est en acte et toute action procède d'une référence, d'une théorie. *L'a priori* et *l'a posteriori* sont bien plus imbriqués que dans les sciences exactes et toute pensée, toute spéculation, en sciences morales et politiques, est, en soi, projetée vers l'action. La théorie, ici, est pratique, par nature. On peut vérifier cela à propos de n'importe quel thème moral, juridique ou politique, comme celui de l'État de droit et des droits fondamentaux de la personne. Il suffit de porter la réflexion sur les questions simples suivantes : sur quoi ou sur quel fondement repose la théorie des droits fondamentaux ? Comment peut-on les justifier ? Comment peut-on les admettre ? Au nom de quoi peut-on les revendiquer ? Les réponses effectives ou possibles à ce type de question montrent qu'il s'agit en fait de théorie pour une pratique.

Dans l'opinion savante, ou médiatique, comme dans l'opinion courante, l'État de droit est indissociable des droits fondamentaux et des libertés, appelés communément les droits de l'Homme. Ces derniers relèvent de l'ordre des fins, l'État de droit, de l'ordre des moyens. Il a un caractère utilitaire. Il est destiné à la mise en œuvre. C'est, pour reprendre l'expression du professeur J.-Y. Morin, « une panoplie de techniques juridiques et d'institutions dont l'objet est de fournir des garanties réelles à l'individu aux prises avec les détenteurs du pouvoir » (1), ou encore « un ordre juridique effectif permettant le contrôle du pouvoir et, partant, la protection des droits de l'Homme » (2). Tout discours sur l'État de droit nécessite obligatoirement la présentation d'un catalogue de droits et d'un catalogue de techniques juridiques (principe de légalité, droits de la défense, contrôle de constitutionnalité, habeas corpus...) et met en relation le pouvoir et l'individu par le médium du droit. Cette relation est particulière dans l'État de droit. Elle ne peut être que de type démocratique, fruit de la discussion qui seule fonde le droit légitime. J. Habermas écrit : « Ce qui rend l'exercice du pouvoir politique légitime n'est pas la forme juridique en tant que telle, mais seulement le respect du droit légitimement édicté » (3), c'est-à-dire le droit édicté selon une procédure qui engendre la légitimité, c'est-à-dire encore une procédure basée sur la représentation et la discussion publique (4), conformément à l'éthique de la discussion.

Pour Habermas, le principe démocratique est au cœur d'un système de droits moderne fondé sur :

- a) « des droits fondamentaux » équivalant à l'étendue la plus large possible de libertés subjectives égales pour tous. Ce qui exige :
- b) « des droits fondamentaux » résultant du « statut de membre dans une association volontaire de sociétaires juridiques »;
- c) « des droits fondamentaux » résultant de l'égalité des droits et de la protection juridique individuelle;
- d) « des droits fondamentaux » à participer aux processus de formation de l'opinion à travers lesquels s'instaure un droit légitime (5); et
- e) des droits fondamentaux sociaux.

Par là, Habermas reprend à sa manière toute la politique occidentale du contrat social représentée par Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, etc., qui débouche directement sur la théorie de l'État de droit (6). Ce dernier,

(1) J.-Y. MORIN, « L'État de droit, émergence d'un principe du droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tome 254, 1995, Nijhoff, p. 34.

(2) *Ibid.*, p. 36.

(3) J. HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Gallimard, 1997, p. 153.

(4) *Ibid.*, p. 153.

(5) Sur a) b) c) et d), voir HABERMAS, *op. cit.*, 139 et 140.

(6) « Sur les droits de l'Homme dans la philosophie occidentale moderne », voir L. PONTON, *Philosophie et droits de l'Homme de Kant à Lévinas*, préf. G. Hottot, J. Vrin, 1991

comme nous le disions, est un catalogue de droits fondamentaux : droits subjectifs primordiaux, droit d'appartenance citoyenne, droit à la protection individuelle et au recours judiciaire ou autres selon le principe du tiers-impartial (Kojève).

La question est donc pour nous de nous arrêter à ce flux incessant entre la théorie et la pratique dans la formulation de cette moralité qui tourne autour de l'État de droit et des droits fondamentaux.

## I.

Les sciences du droit et de l'équité me semblent découler d'une histoire du mal dans l'évolution humaine. C'est le travail du négatif dans la société qui provoque l'éclosion, puis le développement du droit et de l'équité qui, dans le domaine de l'organisation politique, aboutissent à ce qu'on appelle aujourd'hui l'État de droit. C'est la prise de conscience, puis l'autopréservation contre le mal, qui pousse l'homme à élaborer ces sciences du droit et de l'équité. L'esprit de justice, avec toutes les théories, se forme à partir de ces prémisses, c'est-à-dire qu'il est indissociable d'une histoire du mal.

Dans notre domaine, l'histoire du mal se concentre autour de la dépossession. Cette dernière peut revêtir des formes difficiles à recenser. Elle peut toucher le corps humain ou les biens, c'est-à-dire les choses, les sentiments, les êtres mêmes qui font partie de ce qu'une personne considère comme son patrimoine. Le patrimoine au sens le plus général et non pas au sens des juristes peut, en effet, être matériel, affectif, historique, familial.

L'atteinte au corps provoque la souffrance la plus directe et la plus intolérable. Elle peut toucher l'instinct de survie. La mise à mort provoquée par la violence ou autrement est une dépossession, avant terme, du bien le plus inestimable pour le sujet qui est sa propre vie. La blessure, la torture, le travail forcé, la marche forcée, la privation d'air, de nourriture ou d'hygiène sont des atteintes au corps vivant, à sa santé, à son épanouissement instinctif. Ils provoquent la douleur qui est une forme de dépossession, expression suprême et perception suprême de l'atroce et de l'intolérable, c'est-à-dire du mal.

L'atteinte aux biens, deuxième forme de dépossession, dépasse les biens au sens strict (les choses monnayables). Elle peut toucher les biens immatériels (l'honneur, la dignité, les souvenirs) ou même les êtres. Ces derniers, bien que ne pouvant plus faire, dans la moralité publique moderne, l'objet d'appropriation au même titre que les choses, font partie de ce qu'on pourrait appeler le patrimoine moral et affectif.

La guerre, la domination, l'esclavage, la violence, la torture, le génocide sont toutes des formes de dépossession et l'esprit de justice se forme à partir de leurs ténèbres. C'est donc à partir de l'expérience du mal que se forme

l'esprit de justice et ses différents systèmes de pensée. Et c'est par des suites ininterrompues de révoltes, de sacrifices et d'éclats de pensée qu'est secouée l'habitude du mal et sa légitimité; car le mal construit ses propres arguments, ses légendes, sa mythologie, sa poésie, son héroïsme. Il existe une esthétique et une logique du mal que l'esprit de justice combat et démasque perpétuellement et depuis toujours, en capitalisant ses succès et en surmontant ses échecs. Le cannibalisme, l'esclavage, la servitude, les traitements corporels douloureux, la violence à l'égard de la femme et de l'enfant, la conquête, ont eu de leur côté la force des coutumes, des mœurs, des textes sacrés, du droit, des symboles et des valeurs. Ils ont leur propre légitimité. Pourquoi régressent-ils? Mais surtout, comment peut-on distinguer la bonne et la mauvaise légitimité? Qu'est-ce qui permet à la logique de l'indignation d'être sûre d'elle-même et de son bon droit? Qu'est-ce qui nous permet de dire qu'elle est un développement de l'esprit de justice et qu'il existe un bon droit et un mauvais droit?

Avant de répondre à ces questions regardons un instant les porteurs de ce fardeau que nous appelons l'esprit de justice, et qui procède d'une « logique de l'indignation » selon l'expression d'A. Camus (7).

## II.

Les porteurs de cette « logique de l'indignation » sont nombreux. Il peut s'agir d'une belle âme, résistant par l'action ou la pensée, à l'acceptation du mal et au compromis. Le prophète, le sage, le saint, le martyr travaillent en ce sens. Ce sont eux qui brisent le joug de la paresse mentale qui fait accepter le mal comme « le mal nécessaire ». Ils éveillent la conscience endormie par des actions sublimes, des pensées nouvelles, des sacrifices exemplaires, des lois réformatrices. Leur « politique » est d'alléger la souffrance, de prôner l'égalité, de clamer la liberté, de réformer les institutions. Ils produisent pour cela des textes de sagesse, du droit nouveau, des principes d'équité, de charité. Parfois, ils fondent des États. Ce fut le cas de Moïse et de Mahomet.

Il peut s'agir également de philosophes, de poètes, de narrateurs, d'écrivains, d'artistes, jetant, chacun avec ses propres outils, les bases d'une critique sociale puis proposant des modèles moraux, politiques et juridiques nouveaux, de justice et d'harmonie entre les humains dans une « confrontation désespérée entre l'interrogation humaine et le silence du monde » (8). La théorie rompt ici avec la pratique et entend la diriger. Il peut s'agir enfin du révolté qui décide de se délester du fardeau de la souffrance, de libérer sa condition personnelle et celle de ses semblables de la domination, de la

(7) A. CAMUS, *L'Homme révolté*, Gallimard, 1951, coll. folio essai, p. 82.

(8) *Ibid.*, p. 18.

douleur, de la honte, de la peur, de la faim, du dénuement. Le révolté ne veut plus donner aux autres et à soi-même le spectacle de son infériorité. Le gladiateur, l'esclave, le serf, le paysan, l'ouvrier, le colonisé, le sans-logis, le sans-travail, l'apatride en sont autant de figures. Mais la révolte, même si elle est animée par des motivations subjectives, n'en reste pas là. Elle n'est pas d'essence égoïste et ne vise pas exclusivement le mieux-être matériel. La révolte agite l'opinion : celle du dominé et celle du dominateur, dans le sens du développement de la justice. « Le passage au droit est manifesté dans la révolte » écrit Camus (9). Autrement dit, la révolte révèle, accentue le fossé entre la théorie et la pratique et participe, par ce fait, à leur rapprochement. Elle dérange le vécu quotidien et le remet en cause, au nom d'un droit nouveau ou renaissant. Dans le révolté, le fait et le droit se mêlent et se combattent mais dans la logique du révolté le droit doit triompher.

Le prophète, le sage, le saint, le philosophe, le révolté se situent donc au-dessus de leur temps. Une théorie historiciste du droit oublie que l'esprit de justice se forme, historiquement, au-dessus de l'histoire. La logique de l'indignation ne regarde pas horizontalement, mais porte les yeux vers le ciel, même sans Dieu. Et Léo Strauss, dans sa critique de l'historicisme, a raison de dire que la découverte de la notion de nature est la réalisation d'une virtualité humaine qui est trans-historique, trans-sociale, trans-morale et trans-religieuse (10). Ils sont porteurs d'avenir. Ils font avancer l'esprit de justice en établissant de nouveaux critères, pas aussi nouveaux qu'on le pense d'ailleurs, puisqu'il s'agit de nouveaux mots pour dire les trois mêmes choses : intégrité, égalité, liberté. L'ensemble des droits fondamentaux consiste à réclamer l'une ou l'autre, ou les trois en même temps, car ils vont ensemble.

L'intégrité est la condition de la dignité et du reste des droits. L'égalité regroupe des droits aussi divers que la participation électorale, l'égalité devant la loi, le service public, les charges publiques et l'impôt, les droits sociaux. Tandis que la liberté englobe l'intégrité physique, la lutte contre l'oppression, la liberté de conscience, de circulation, d'association, de réunion, la protection de l'intimité et de la vie privée, le secret de la correspondance, la liberté du domicile, etc. Ces trois droits forment la matière des droits fondamentaux. Le reste est affaire de moyens : séparation des pouvoirs, droit au recours, modes de scrutin, etc. Une théorie de la justice publique est d'une simplicité remarquable.

En résumé, l'esprit de justice existe :

- a) par la présence du négatif et du mal dans l'histoire ;
- b) par le fait que des hommes remarquables en prennent conscience, le définissent comme étant le mal, le condamnent et, à ce titre, le théorise ;

(9) *Ibid.*, p. 29.

(10) L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Flammarion, Champs, 1986, p. 90.

- c) par la politisation de la question, c'est-à-dire le fait que la propagation de l'esprit de justice se réalise dans le collectif, par voie de mobilisation et de militantisme, c'est-à-dire par retour nécessaire à la pratique; et  
 d) par la répétition constante, mais toujours renouvelée, des trois thèmes majeurs d'où découle tout le reste.

Mais il demeure une énigme dont il faut trouver la clef. Comment cette prise de conscience, cet éveil à l'esprit de justice est-il rendu possible? Comment peut-il se définir comme esprit de justice? Qu'est-ce qui lui permet de définir le mal et son contraire? Sont-ce des choix arbitraires? Sont-ils guidés par l'intérêt? Sont-ils des renversements de conditions sociales faisant du dominé, le dominateur?

### III.

La réponse à ces questions est des plus complexes. En fait, il existe autant de réponses que de convictions. Les philosophes, les prophètes, les sages ont apporté leurs contributions respectives, les plus importantes étant : Dieu, la nature et l'unité du genre humain, la convention sociale, l'utilité sociale, le bien commun, le bonheur, l'esprit des ancêtres. La diversité de ces réponses, bien loin de nous conduire au relativisme historiciste ou empirique, nous montre que, avec des théories différentes, la pensée poursuit le même but : libérer l'homme des pesanteurs qui l'enchaînent et l'aliènent, lui indiquer les chemins différents du bien. Ces chemins ont une même et unique source : la négation du négatif.

La source d'où jaillit l'esprit de justice est en effet la perception que tout homme peut avoir directement de la douleur, de la misère et de l'humiliation. Chacun, par l'expérience directe ou par la réflexion, peut saisir, dans toute son étendue, l'effet du mal. Il le saisit par rapport à lui-même puis, par extrapolation, par rapport à ses semblables. C'est en envisageant la situation d'une victime quelconque, à travers sa propre expérience ou sa propre spéculation, qu'une personne est prise de pitié, de charité, de miséricorde, de compassion pour autrui. Il suffit pour cela de s'intéresser à autrui, c'est-à-dire de sortir de l'enfermement dans l'égoïsme aveugle et absolu, pour se placer dans la condition de l'autre et rejeter cette condition parce qu'on la rejette pour soi-même. Sortir de soi, par la pensée, est bien un attribut spécifique à l'humain. Quitter sa gangue est la condition d'éclosion de l'esprit de justice. C'est à partir d'elle que s'est constitué le principe moral le plus universellement admis : « Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fit ». « Le mal, qui éprouvait un seul homme devient peste collective. Dans l'épreuve quotidienne qui est la nôtre, la révolte joue le même rôle que le « cogito » dans l'ordre de la pensée : elle est la première évidence. Mais cette évidence tire l'individu de sa solitude. Elle est un lieu commun

qui fonde sur tous les hommes la première valeur. Je me révolte, donc nous sommes » (11).

Ce processus peut jouer entre les nations. L'effet de contagion de l'esprit de justice est patent entre les nations. Il est faux de dire qu'une nation vit exclusivement de ses propres traditions et de son patrimoine historique. Les idées circulent à travers le monde, autre manière de dire que le développement du droit, de la liberté et de l'égalité est trans-historique, c'est-à-dire universel par nature. Il suffit de poser le concept d'humanité. Ce concept posé, toute nation peut donner aux autres et en recevoir. Tout est de savoir sortir de son propre cercle. Si une nouvelle conquête est acquise dans une culture donnée, cela ne lui interdit en rien d'inspirer d'autres expériences, c'est-à-dire de devenir pour elles une théorie nouvelle de la justice. Si l'excision a pour elle la force de la consécration coutumière et la légitimité tirée des mœurs, elle n'en est pas moins en train de perdre une grande partie de sa légitimité, d'abord par le cri de révolte des victimes (celle, par exemple de Nawal Saoudaoui), mais ensuite par l'effet de contagion du principe d'intégrité. L'humanité s'améliore en se connaissant mieux. Le colonialisme, par exemple, qui se situe dans le cycle de la dépossession, a donné aux peuples colonisés les instruments éthiques de leur propre libération. Un même fait peut donc générer à la fois les forces qui le conserveront et les forces morales et intellectuelles nouvelles qui le détruiront. Le négatif s'anéantit par lui-même dans ce cas. Si la philosophie systématique des droits de l'homme prend ses racines dans la tradition chrétienne, thomiste, protestante, dans l'école du droit naturel, dans le concept hobbesien d'état de nature, dans le contrat rousseauiste, dans les expériences américaine et française des droits, l'expérience de la justice pour l'homme égal et libre est universelle. Paul Ricœur affirme justement : « À toute époque et dans toute culture, une plainte, un cri, un proverbe, une chanson, un conte, un traité de sagesse ont dit le message : si le concept des droits de l'homme n'est pas universel, il n'y en a pas moins chez tous les hommes, dans toutes les cultures, le besoin, l'attente, le sens de ces droits. L'exigence a toujours été que quelque chose est dû à l'être humain du seul fait qu'il est humain » (12).

La systématisation théorique se construit par la suite, sur ce socle de la perception de la souffrance et la fuite, instinctive d'abord, et réfléchie par la suite devant le mal. L'histoire nous prouve que les systématisations théoriques, le discours sur la justice, la liberté, l'égalité ont connu leurs grandes étapes d'élaboration par suite de périodes cruciales de barbarie ou d'oppression. L'apparition de l'école du droit naturel est directement liée à la colonisation de l'Amérique et à ses excès. L'aggravation de l'esclavage aux États-Unis a provoqué le mouvement abolitionniste. L'indépendantisme provient

(11) A. CAMUS, *op. cit.*, p. 38.

(12) P. RICŒUR, « Pour l'être humain du seul fait qu'il est humain », in *Enjeux des droits de l'homme*, UNESCO, Paris 1988, p. 236, cité par Lionel Ponton, *op. cit.*, p. 20.

de la domination coloniale et c'est dans la déclaration d'indépendance américaine que nous lisons : « Nous tenons pour évidentes ces vérités, que tous les hommes naissent égaux, qu'ils ont été investis par leur créateur de certains droits inaliénables parmi lesquels sont les droits à la vie, la liberté et la recherche du bonheur ». Ce sont les traditions nobiliaires et élitistes qui, encore une fois en conjonction avec d'autres causes économiques et sociales, ont provoqué la Révolution et la Déclaration de 1789, déclaration de l'égalité et de liberté. C'est la systématisation de la barbarie nazie qui a donné naissance à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, dont les deux principes essentiels sont la liberté et l'égalité. C'est le colonialisme qui a fait émerger le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, principe clé de la Charte des Nations Unies. Ce sont les excès de la guerre qui ont été à l'origine du droit humanitaire, et du droit pénal international sur le crime de guerre. Ce sont les génocides au Rwanda et en Yougoslavie qui ont participé au développement de ce même droit et à la création de la Cour pénale internationale en juillet 1999. C'est la chute du communisme occidental en 1989 qui a revigoré la théorie de l'État de droit, au niveau mondial.

#### IV.

Le développement de l'esprit de justice n'est jamais définitivement acquis. Il ne suffit pas d'un faisceau de lumière pour abolir la nuit, ni d'une déclaration pour refaire le monde, ni d'un traité multilatéral général pour discipliner les désirs et les pulsions, les fausses craintes, et les intérêts immédiats. Le réel bouge difficilement et lentement, et la validité des sciences du droit et de l'équité est constamment remise en cause, au nom de la pratique. E. Burke a été parmi ceux qui ont, comme le rappelle Léo Strauss, « défendu la sagesse pratique contre les empiétements de la science théorique » et déprécié cette dernière au profit de la science du réel, du traditionnel, du psychique, du temporel, du compromis, des penchants et des préjugés, des habitudes. Les sciences du droit et de l'équité n'ont pas suffisamment les pieds sur terre. Quant à la science politique, elle est « politique » donc, par nécessité, science du réel et du compromis, donc science pratique.

La proclamation ou la convention juridique entre les nations, les systèmes de moralité publique, les sciences du droit et de l'équité sont des événements d'une importance capitale. Ce sont des prises de conscience, des moments forts dans le développement d'une opinion publique plus éclairée, des occasions propices à la mobilisation et au militantisme. Cela alimente la littérature savante et sa diffusion, le journalisme et la parole médiatique, l'enseignement, la discussion publique et privée. Mais, évidemment, rien n'est gagné. L'esprit de justice est un constant rappel des mêmes vérités, contre les mêmes récidives. Ses conquêtes sont là marquant l'histoire, suscitant la honte, la clandestinité ou le mensonge parmi ceux qui ne le respectent pas. Il transforme un droit ancien reconnu et visible en un fait caché

et secret. Il est jalonné de promesses tenues, comme l'abolition générale de l'esclavage, du servage et des castes. Il prend à cœur aujourd'hui le sort de la femme et de l'enfant. Il lutte âprement pour des libertés publiques plus étendues. Mais il est lourdement gêné par les pratiques sociales dont les ressorts essentiels sont constitués par le jeu des intérêts et du vouloir dominer. Il est confronté à la pratique de la dépossession.

Le développement incontestable de l'esprit de justice n'empêche pas l'oubli et la répétition des malheurs. L'idée du « mal » en tant qu'essentiel à la condition humaine, que la vie est un tissu de diableries et que la victoire seule compte, que la raison du plus fort est toujours la meilleure, toutes ces idées colportées par le sens commun, jettent sur l'esprit du juste le voile de la dérision, de la naïveté ou même de la débilité. « Le loup l'emporte et puis le mange, sans autre forme de procès » ; et dans le meilleur des cas le procès est tronqué. Si telle est la loi de la vie, comment croire en l'esprit de justice ? Composons avec le fort, l'hypocrite, le riche, le rusé, le majoritaire, et cessons de croire aux illusions. Une très grande partie de l'opinion est nourrie de cette littérature d'après laquelle l'esprit de justice est un idéalisme sans lendemains, car il dédaigne le sens pratique, c'est-à-dire l'efficacité. Trop de choses, en effet, vont à l'encontre des trois grands principes de l'esprit de justice que sont l'intégrité, la liberté et l'égalité : la nature des choses réelles, l'inégalité naturelle des dons, le destin, la prescience de Dieu, le fait accompli, la tradition, la difficulté et même l'impossibilité du projet qui exigerait un peuple de dieux ou d'anges.

Parmi les obstacles les plus communément opposés à l'esprit de justice, libertaire et égalitaire, figure en priorité l'argument de l'ordre social, qu'il est dangereux de perturber la stabilité de l'État, la tranquillité publique. Il est vrai qu'aucune liberté ne peut s'instaurer dans l'anarchie et que l'ordre est la première liberté. Cet argument, d'ordre pratique, peut malheureusement devenir un alibi. Le principe majoritaire qui a pour lui la légitimité démocratique est également avancé, en général pour rejeter le droit des minorités. À caractère juridique, le principe majoritaire peut connaître cependant deux déviations : l'abus de droit d'un côté et la manipulation de l'autre. Enfin les droits de l'Homme se voient parfois opposer les droits communautaires, qu'ils soient à caractère religieux ou culturels. Les arguments du sacré et de l'authenticité entrent ici en jeu. Le mondain, dit-on, ne peut prévaloir contre le divin et l'opinion étrangère ne peut s'imposer à la culture et à la tradition. Il faut évoquer également l'argument, utilisé massivement, d'après lequel les libertés individuelles restent formelles et constituent donc une version de l'injustice, si elles ne sont pas précédées des droits sociaux réels. Or ces derniers, dépendent des conditions économiques. Le développement d'abord, les libertés ensuite. Le problème des libertés, dans cette logique, doit donc être ajourné au profit de l'ordre, du développement et de la constitution de l'esprit civique propice.

Tout cela explique les lenteurs si décourageantes qui accompagnent la formation et les conquêtes de l'esprit de justice. La pratique ne lâche pas prise. Les sciences de l'équité et du droit ne sont pas sans entraves. Elles doivent continuer à marcher dans les ténèbres d'où elles ont émergé.

Mais malgré cela, leur supériorité morale et intellectuelle est incontestable. L'esprit de justice avance lentement mais ne régresse pas. Par ailleurs, il avance à découvert, confiant en lui-même. Il agit par proclamations publiques, sans honte, ni clandestinité. Il se déclare ouvertement par Déclaration, Charte, Constitution. Il se développe dans l'enthousiasme. L'oppression, la tyrannie, la discrimination ont pour eux la seule force du fait accompli, c'est-à-dire de la seule pratique. Ils avancent dans le noir, n'osent se déclarer, se parent de faux semblants. Ils peuvent avoir des forces considérables, mais peu ou pas d'enthousiasme. S'il existe des déclarations de droits de l'homme, des apologies de l'État de droit, on ne verra pas de déclarations enflammées pour l'injustice, la discrimination ou la tyrannie. On peut embriquer les foules, leur mentir pour les mettre au service de l'oppression. Il manquera la conviction profonde. On peut, comme nous le disions, construire des arguments pour convaincre, une mythologie, de l'héroïsme au service de l'injustice. Le III<sup>e</sup> Reich a beaucoup œuvré pour cela. Le régime de l'apartheid, les régimes communistes ont fait de même, à un moindre degré. Mais tout être raisonnable agissant sans crainte et librement sait distinguer la propagande et la proclamation d'idéaux. La supériorité d'attirance de l'esprit de justice, libre et égalitaire peut d'ailleurs être démontrée empiriquement. Mettez côte à côte deux États A et B, et supposez que l'État A remplit les conditions d'un État de droit réel, authentique et que B est un État tyrannique. Si vous ouvrez les frontières, l'État B se videra. La seule manière de conserver la population sur son territoire est de contrôler ou de fermer hermétiquement les frontières. Les hommes répondent sans difficulté à l'appel de la liberté. Il y va de leur dignité et même de leur intérêt. L'esprit de justice est contagieux.

## V.

Précisément, contre la contagion de l'État de droit, les ruses de la tyrannie sont nombreuses. Nous avons déjà évoqué les arguments de l'ordre, du principe majoritaire, du révélé et du culturel, du développement. Tous ces recours peuvent servir de simples alibis au service de la dictature, avec ses techniques policières, monopartisanes, ses mécanismes d'embrigadement, d'asservissement de la justice, de manipulations diverses des processus électoraux, etc. L'art de gouverner, en dictature, est basé sur le ressort de la crainte et l'esprit inquiet alors que l'État de droit repose sur la tranquillité d'esprit du citoyen et non l'inquiétude du sujet. Et c'est Montesquieu qui a donné de la liberté dans l'État de droit la meilleure définition : « La liberté

politique, consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté » (13). Si nous ajoutons à cela l'autre idée de Montesquieu selon laquelle dans un État, c'est-à-dire « dans une société où il y a des lois », « la liberté est le droit de faire ce que les lois permettent » (14), nous avons les deux antagonismes fondamentaux entre l'État de droit et le simple pouvoir politique qui tend toujours vers l'excès de pouvoir, donc vers la tyrannie. Le premier est que l'un gouverne par les lois et d'autres par la volonté pure. Le deuxième est que l'un gouverne par la crainte et le mépris et l'autre par l'adhésion et la reconnaissance. Dans le despotisme, la volonté (avec ses inconstances) tient lieu de loi. Tout l'État de droit tient en ceci : empêcher par tous les moyens institutionnels la volonté naturelle de gouverner, autrement dit empêcher ce que Ibn Khaldoun appelait le « gouvernement naturel » qui est celui des passions. La loi est bien la raison, libérée du désir, selon Aristote.

Autre ruse du despotisme : vouer un culte apparent à l'État de droit, ses principes et même ses mécanismes en le vidant de toute effectivité. Ici s'instaure une béance entre la théorie et la pratique, mais cette fois-ci la béance ne provient pas de la différence intrinsèque d'identité entre la théorie et la pratique, mais de la mauvaise foi, car cette béance, on la provoque, on la connaît, on s'en sert sans la reconnaître. C'est le règne du mensonge qui s'instaure.

Dans plusieurs pays aujourd'hui l'État de droit reçoit une consécration inconditionnelle. Le discours officiel, la propagande, la constitution, les textes juridiques, les réseaux médiatiques contribuent à ce culte de l'État de droit. Même les mécanismes sont là : contrôle de la constitutionnalité des lois par des cours ou des instances consultatives, contrôle de la légalité des décisions administratives par des tribunaux ordinaires ou spéciaux, existence d'institutions conciliatoires, comme l'Ombudsman scandinave ou le Médiateur français, tout contribue à former cette image de marque, ce label de bonne conduite à destination interne et externe. La Constitution, les lois et même la jurisprudence représentent le code de l'État de droit, son Texte.

L'enquête pratique, sur le réel visible et le réel invisible, conduit à des résultats étonnamment contraires au Texte de l'État de droit. Ces résultats tournent autour des points suivants :

- La primauté de la volonté individuelle, arbitraire ou vengeresse du chef et l'acceptation comme un fait d'évidence que cette volonté fait loi et se trouve placée au-dessus des autres lois. Du coup, nous retombons dans l'indétermination du gouvernement naturel. Ma liberté est toujours suspendue au hasard des circonstances. Je n'obéis plus à des lois connues d'avance mais à des volontés mystérieuses. Or, comme le souligne Guy

(13) MONTESQUIEU. *Œuvres complètes*. II, La Pléiade, 1951, p. 431.

(14) *Ibid.*, p. 395.

Haarscher, « dans un État de droit, il est nécessaire que, avant d'agir, le gouverné (le justiciable) sache où passe la frontière du licite et de l'illécite » (15), et que « le principe fondamental de tout État de droit est sans doute purement formel : *pacta sunt servanda* » (16), ce qui veut dire que le passé lie le pouvoir et que le citoyen ne vit pas dans des segments de présent, sans liens, donc sans sécurité. Le temps de la dictature est un temps décousu, celui de l'État de droit est cousu du même fil.

- L'existence de pratiques policières incontrôlées et la valorisation de la fonction policière au sein de l'État. Une nouvelle séparation des pouvoirs voit le jour entre l'administration policière et l'administration civile et cette dernière se trouve assujettie à la police.
- L'existence d'un monopartisme de soutien et de propagande massive avec, comme salut d'honneur à l'État de droit, la présence figurative de quelques partis d'opposition sans substance totalement soumis aux ordres du pouvoir.
- La transformation du député fonctionnarisé et docile, dont le vote est connu d'avance.
- La transformation du juge en homme lige, en particulier dans les procès à caractère politique.
- La transformation du fonctionnaire en agent au service d'une entreprise domestique; ces transformations ont lieu par les deux voies classiques de la peur et de la chosification des consciences (opacité des rémunérations, emplois fonctionnels, décorations, formes invisibles de la corruption). Ce sont là les ressorts de l'État mamelouk.
- L'adoption de lois libérales qui n'auront pas de lendemains.
- La manipulation du sentiment religieux à des fins politiques, ce qui contribue à rigidifier la société dans le communautarisme culturaliste opposé à l'esprit civique qui doit sous-tendre l'État de droit. Par là, l'État raccroche la société à ses valeurs anciennes ou à ses archaïsmes.
- Les tentatives pour asservir la classe des intellectuels (et en particulier les juristes).

L'État de droit est à la fois celui du droit, d'un certain droit, pas de n'importe lequel, et celui de la sincérité. Il ne doit pas y avoir de scission radicale entre sa théorie et sa pratique; autrement, il devient l'État du mensonge. Or le mensonge est, avec la crainte, le ressort du gouvernement naturel, et le gouvernement naturel est ce qu'il y a de plus éloigné de l'État de droit. L'un forme des sujets, l'autre des citoyens.

\*   \*  
\*

(15) G. HAARSCHER, *Philosophe des droits de l'homme*, Ed. univ. Bruxelles, 1993, p. 25.

(16) *Ibid.*, p. 27.

# Raison islamique, raison d'État et pratique des droits fondamentaux

PAR

HASSAN ABDELHAMID

MAÎTRE DE CONFÉRENCES À LE FACULTÉ DE DROIT  
UNIVERSITÉ D'AIN CHAMS (LE CAIRE, ÉGYPTE)

L'influence d'un système de pensée sur un autre peut affecter le point de départ ou la visée, la méthode, ou le contenu du système récepteur, aussi bien conjointement que séparément. L'influence a le plus de profondeur quand elle affecte le point de départ ou la visée; le moins, quand elle demeure limitée au contenu matériel sur lequel, ou grâce auquel, s'exerce l'activité du système récepteur (1). D'autre part, le point de départ ou la visée d'un système de pensée détermine le choix des problèmes à traiter et les types de solution jugées acceptables.

L'expérience historique du contact entre la raison islamique et la raison grecque nous montre bien que l'influence hellénique n'affecta en aucune manière le point de départ ou la visée de la pensée islamique (2). Mais, en revanche, elle affecta considérablement la méthode. La Raison islamique réceptrice a gardé les postulats de base de l'Islam à l'abri de toute critique, sauf de caractère technique. Elle a accepté beaucoup des doctrines de Platon et d'Aristote, mais aucune de leurs prémisses ontologiques, de sorte que les théorèmes fondés sur celles-ci ne pouvaient dans leur ensemble jouer un rôle effectif dans le développement de l'Islam (3). De cette expérience histo-

(1) G.E. VON GRUNEBaum, *L'identité culturelle de l'Islam*, traduit par R. STUVERAS, Paris, Gallimard, Coll. « Tel », 1973, p. 7. Où il dit aussi : « le point du départ d'un système de pensée est difficile à distinguer des postulats qui sont implicitement supposés par sa visée ».

(2) Qui constitue les postulats ou les prémisses de la Raison islamique. Selon ces postulats, le point de départ de toute réflexion sur la vie et sur le monde est d'accéder à la félicité éternelle en obéissant aux commandements du Seigneur, parmi lesquels l'obligation de croire à certaines vérités révélées, qui ne tombent pas nécessairement sous le contrôle de la raison. Il ne saurait exister une nature autonome, dont le concept restreindrait la toute — puissance du Seigneur. Par l'intermédiaire de Ses prophètes, Dieu a communiqué à l'homme les vérités essentielles, c'est-à-dire les vérités qu'il a besoin de connaître pour gagner le Paradis. Ainsi la mission de la raison humaine est essentiellement d'explicitier le sens des connaissances acquises, et non pas de découvrir des domaines inconnus. Ce sont les postulats fondamentaux de la Raison Islamique. Voir, M. FAHRİ, *Histoire de la philosophie islamique*, Traduit en arabe par K. AL-YAZGY, Beyrouth, 1974, pp. 9 et s.

(3) Le développement dans l'Islam ne peut s'envisager que dans le sens technique; mais, au niveau des postulats ou des prémisses, il n'y a pas de développement possible.

rique, il résulte une sorte de Raison qu'on pourra nommer « Raison syncrétique » (4) qui constitue notre héritage de l'époque de la décadence musulmane. Ce type de Raison, ajouté à la raison d'État évoquée chaque fois qu'on demande l'application des droits fondamentaux (I), peut nous expliquer la manière par laquelle notre société pratique les droits fondamentaux (II). L'histoire de l'expérience de l'influence grecque se répète et nous devons chercher une solution qui peut prendre la forme d'un projet autochtone (conclusion).

### I. — RAISON ISLAMIQUE, RAISON D'ÉTAT

Sous le terme « Raison », nous proposons d'entendre deux séries de phénomènes : d'une part, l'ensemble des procédés qui reçoivent communément cette appellation ; de l'autre, les conditions intellectuelles et psychologiques qui rendent possible l'application d'un procédé donné (5). Une Raison se définit donc par « les procédés usuels pour forger des concepts et atteindre des résultats, que l'on a éprouvés comme probants et satisfaisants ; elle reflète la mesure dans laquelle la pensée reste liée à la parole et docile au déroulement des associations » (6). Donc le terme Raison signifie, pour nous, la méthodologie de la connaissance, et la vision du monde qui fonde cette méthodologie. C'est un système de connaissance complet.

Dans ce sens, la pensée, islamique a connu trois types de Raison qui constituent trois étapes successives dans son histoire : Raison exégétique, Raison gnostique et Raison démonstrative. Trois manières de penser l'objet dans l'histoire musulmane.

La Raison exégétique constitue la première étape de la Raison islamique (7). C'est l'étape arabo-musulmane authentique, où le « mot », ou plutôt

(4) « Syncrétisme » et non pas « éclectisme », car nous entendons par ce terme la réunion factice d'idées ou de thèses d'origine disparate qui ne paraissent compatibles que parce qu'elles ne sont pas clairement conçues. L'éclectisme, par contre, signifie la réunion de thèses conciliables empruntées à différents systèmes de philosophie, et qui sont juxtaposées, en négligeant purement et simplement les parties non conciliables de ces systèmes. Voir A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 16<sup>e</sup> éd., 1988, pp. 258 et s. (article *Eclectisme*) et pp. 1087 et s. (article *Syncrétisme*). Par le terme « Raison syncrétique », nous entendons donc la Raison résultant de la combinaison entre des idées incompatibles de trois raisons distinctes par nature : Raison exégétique, Raison gnostique, Raison démonstrative. C'est un simple assemblage des éléments de chacune sans totalité. Voir, *infra*, pp. 10 et s.

(5) Dans le même sens, voir, Mohamed ABED ELGABRI, *Critique de la Raison arabe*, T. 2, (en arabe), Centre des études de l'Union arabe, Beyrouth, 5<sup>e</sup> édition, 1996, pp. 555 et s.

(6) G.E. VON GRUNEBaum, *op. cit.*, p. 9.

(7) En général, la Raison exégétique a connu deux divisions : la première concerne « les lois de l'interprétation du discours » ; la deuxième concerne « les conditions de la production du discours ». La première est connue depuis l'époque du Prophète, tandis que la deuxième n'est apparue qu'avec la science de « Kalâm » et l'apparition des partis politiques (Al-Fraq'). Voir : Mohamed ABED ELGABRI, *op. cit.*, pp. 20 et s., Mohamed FOAD SZKIN, *Histoire de l'héritage*

son étymologie, est supposé révéler la nature de l'objet qu'il désigne; et par suite, l'analogie (en tant qu'elle est ressemblance établie par l'imagination entre deux ou plusieurs objets de pensée essentiellement différents) devient le procédé principal du raisonnement.

Ce type de Raison constitue une manière, non seulement de raisonnement mais aussi de voir le Monde. Le fondement de cette raison se trouve dans deux principes complémentaires : le principe de la séparation et celui de la probabilité (8). D'une part, l'existence des choses dans le monde est une existence indépendante; cela signifie l'absence de relation, de dépendance entre plusieurs choses, indépendance de deux phénomènes, de deux événements. C'est la loi de l'indépendance des parties. Les rapports entre les choses (les phénomènes, les événements) sont donc des rapports de voisinage. C'est ainsi, d'autre part, qu'il n'existe pas de rapports de voisinage. C'est ainsi, d'autre part, qu'il n'existe pas de rapports de causalité entre les choses (phénomènes, ou événements). Le principe (ou la loi) de la causalité, selon lequel tout phénomène a une cause est absent. Le déroulement des événements revient à l'« habitude » (9). Ce déroulement peut ne pas arriver, car rien n'empêche l'interruption de l'« habitude ». Le miracle, en tant qu'interruption dans le mode d'action coutumier de Dieu, demeure une éventualité incontestée et souvent rencontrée. Le sacrifice du principe de la causalité a été adopté pour confirmer la toute-puissance du Seigneur, capable d'intervenir dans le monde dans chaque instant. La nature n'est donc pas autonome (10).

Selon la philosophie de la Raison exégétique, le texte révélé constitue la base de toute réflexion; les mots sont l'origine de tout sens. Ainsi le procédé principal de la connaissance sera l'analogie (11). La Raison exégétique recourt à l'analogie (*Qiyâs*) qui devait être la forme typique de déduction dans le monde arabo-musulman. Quel est donc le statut épistémologique de l'analogie dans cette Raison exégétique? (12)

*arabe*, le Caire, Organisation égyptienne générale du livre, 1977, t. 1, pp. 43 et s. Sur l'histoire du discours arabe, voir : TAHA HUSSEIN, « Le discours arabe d'Al-Ghazali à Abed El-Kahir », in *Abo Al-Farag Kodâma IBN A'Fai*, Beyrouth, Librairie scientifique, 1980, pp. 14 et s.

(8) « Sur l'explication de ces deux principes et la recherche de leur origine », voir Mohamed ABED ELGABRI, *op. cit.*, pp. 239 et s.

(9) Ou plutôt au mode d'action coutumier de Dieu.

(10) Car une nature autonome restreindrait la toute-puissance de Dieu.

(11) Avant l'utilisation de l'analogie, la commentaire et l'interprétation constituaient les véritables tâches de l'esprit. Mais comme on s'aperçut bientôt que ni le texte du Coran ne celui de la tradition prophétique ne suffiraient par eux-mêmes à régler chaque détail de la vie de la communauté, on recourut à l'analogie, *Qiyâs*.

(12) Sur la naissance de l'analogie et son organisation chez les Musulmans. Voir : ALI SAMI EL-NASHAR, *Les méthodes chez les penseurs musulmans et la découverte de la méthodologie scientifique dans le monde musulman*, Beyrouth, Dar Al-Nahda Al-arabia, 3<sup>e</sup> éd., 1984, pp. 79 et s.; E. TYAN, « Méthodologie et sources du droit en Islam », *Studia Islamica*, 1959, pp. 79-109; Ch. CHEHATA, « Logique juridique et droit musulman », *Studia Islamica*, 1965, pp. 5-25.

Tout d'abord, l'analogie (*Qiyâs*) n'est pas le syllogisme d'Aristote. Qu'est-ce donc que l'analogie utilisée par la Raison exégétique musulmane ? SAFI'Î, fondateur de la science des *Usul al-fiqh*, nous dit, dans son livre *al-Risâla*, que : « Tout ordre donné par Dieu ou par son Envoyé et qui porte son évidence, soit en lui-même, soit dans d'autres ordres de Dieu ou de son Envoyé, est donné pour quelque raison. Si un cas, (ajoute-t-il), pour lequel il n'y a pas de texte particulier se présente, il doit avoir le même jugement que pour un cas déjà tranché à condition qu'il lui soit semblable » (13). C'est ainsi que l'essence de l'analogie se trouve dans la ressemblance établie par l'imagination entre deux ou plusieurs objets de pensée essentiellement différents. L'analogie n'est pas le raisonnement déductif destiné à établir la vérité d'une proposition à partir de prémisses considérées comme vraies, elle est le raisonnement concluant en vertu d'une ressemblance entre les objets sur lesquels on raisonne. Celui qui pratique l'analogie (*l'usuliste*) n'invente pas un nouveau jugement, il ne fait que donner au *far'* cas-branche, le jugement d'*al-asl*, cas-principe, en se basant sur ce qu'il découvre de la ressemblance entre les deux cas. Cette ressemblance justifie l'application du jugement du cas-principe sur le cas-branche. Cette application trouve sa justification donc dans la croyance de celui qui fait l'analogie (*l'usuliste*) ; sa croyance que le jugement d'*al-asl* est justifié par un caractère déterminé, qui est la raison motivant ce jugement, et que cette raison existe dans le *far'*. C'est donc une justification probable et non pas une justification démonstrative ; c'est la croyance de l'usuliste par rapport à la raison d'être du jugement et à l'existence de cette raison dans le *far'*.

Le raisonnement par analogie est utilisé dans toutes les sciences arabomusulmanes. Le passage du connu à l'inconnu, du jugement du cas-principe (*asl*) au jugement du cas-branche (*far'*) constitue l'essence de l'analogie (14). L'élément principal de ce raisonnement est celui qui montre la res-

(13) SAFI'Î. *Al-Risâla*, le Caire, Mustafa Muhammad, sans date, p. 136.

(14) Par ailleurs, il existe plusieurs divisions de l'analogie en tant que forme du raisonnement. *Al-Amidi*, par exemple, conçoit cinq divisions possibles du raisonnement analogique. Parmi lesquelles, nous citerons seulement la division de l'analogie selon la raison motivant le jugement (*Al-illa*). Le *Qiyas* (l'analogie) se divise ainsi en trois formes de raisonnement : a) selon que cette raison se trouve dans le cas-branche (*far'*), à un degré plus fort que dans le cas-principe (*asl*) ; b) selon qu'elle se trouve à égalité entre les deux cas ; c) selon que cette raison se trouve à un degré inférieur dans le cas-branche par rapport au cas-principe. Voir, *Al-Amidi, al-Ihkam fi usul al-ahkam*, vol. III, p. 95. A la marge de la théorie du raisonnement analogique ou dans sa prolongation, les Usulistes traitent de l'argument *a contrario* (*dalil al-hitab*). C'est ainsi que le *Qiyas* se divise, selon quelques juristes, en l'argument par analogie, appelé cette fois *Qiyas al-tard* (raisonnement par concordance) et l'argument *a contrario* appelé *Qiyas al-aks* (raisonnement par le contraire). Mais cette division est fondée sur une autre qui part de ce qui est sous-entendu par opposition à ce qui est dit expressément dans un texte. Ils divisent ensuite ce qui est sous-entendu en deux sortes : ce qui est sous-entendu par conformité (*mafhum al-muwafqa*) qui est l'argument par analogie, et ce qui est sous — entendu par contrariété (*mafhum al-mukhalafa*) qui est l'argument *a contrario* (*dalil al-hitab*). Celui-ci

semblance entre le cas-principe et le cas-branche; c'est, en fait, la raison motivant le jugement (*al-illa*) (15). *L'usuliste* ne s'intéresse ni au cas-principe, ni à son jugement en soi, mais à la raison motivant ce jugement; il ne s'intéresse pas au cas-branche en soi, mais à l'existence de cette raison en lui. Mais, que signifie la raison motivant un jugement? Est-ce que chaque jugement doit être justifié par des raisons? Les jugements de Dieu, en tant qu'ils sont des actions, doivent-ils être justifiés? Si la réponse est positive, cela sera contre la liberté absolue de Dieu; et si la réponse est négative, cela signifiera que les actions de Dieu sont sans ordre; c'est-à-dire anarchiques. La solution de ces problèmes se trouve dans le domaine de la philosophie musulmane (*Kalâm*) (16).

De toute façon, la fonction de la justification ne dépasse pas le domaine de la ressemblance et le rapprochement. La nécessité existante est une nécessité linguistique (philologique) qui n'a rien à voir avec la nécessité logique dans laquelle la conclusion vient obligatoirement des prémisses, de telle manière qu'elle ne peut pas être autre chose (17). Mais la nécessité linguistique (dans l'analogie) n'est pas obligatoire car la raison motivant le jugement n'est pas donnée, elle est recherchée par l'usuliste. Elle est donc probable.

Le raisonnement par analogie comme procédé principal de la Raison exégétique reflète la vision du Monde donnée par cette Raison ou plutôt qui doit être justifiée par cette Raison. L'analogie est toujours un effort pour lier une partie (un objet) à l'autre, cela reflète le principe de la séparation et celui de la probabilité (18). La Raison exégétique, typiquement arabomusulmane, est donc une raison qui reflète une vision du monde. Cette vision refuse la loi de la causalité et la nécessité logique obligatoire; par contre, elle est fondée sur les deux principes de la séparation et de la probabilité. Elle n'admet pas la Nature autonome, car celle-ci est soumise à l'in-

consiste « à attribuer l'opposé du jugement de ce qui est dit *expressis verbis* dans un texte à ce qui est passé sous silence, à condition que le texte de la loi contienne une restriction à laquelle le jugement en question se trouve lié ». Voir : Hassan ABDEL RAHMAN, *La logique des raisonnements juridique*, Université du Koweït, 1988, p. 92.

(15) L'analogie exégétique contient, en général, quatre éléments : le cas-principe (*al-asl*) le cas-branche (*al-far'*), le jugement du cas-principe (*al-hokm*), la raison motivant ce jugement (*al-illa*).

(16) C'est, en fait, le problème de la liberté humaine et sa possibilité de créer ses actions.

(17) Le syllogisme logique est une opération par laquelle, du rapport de deux termes avec un même troisième appelé moyen terme, on conclut à leur rapport mutuel. Par exemple : tout homme est mortel (majeure), Or, je suis un homme (mineure), donc, je suis mortel (conclusion obligatoire).

(18) Ces deux principes trouvent leur fondement dans la théorie *Ash'arite* de « l'indivisibilité de la matière ou 'atomisme' ». Une fois admis que la matière est indivisible, on aboutit à l'affirmation du principe transcendant qui donne à cette matière et à tous les êtres composés, leur détermination et leur spécification. L'univers tout entier est ainsi maintenu d'instant en instant par la Main divine toute-puissante. C'est ainsi que la causalité n'existe pas. Il n'existe que la séparation entre les matières et la probabilité.

tervention permanente de Dieu tout-puissant. L'analogie est une manière de rapprocher ce qui est séparé.

La Raison gnostique (*soufiste*) (19) constitue la deuxième étape de la Raison islamique. Cette raison était une réaction contre la Raison exégétique; c'est-à-dire contre l'autorité des « mots ». C'était donc une recherche des sens cachés derrière les mots en considérant que les mots sont des « symboles ». Le soufisme musulman trouve ses origines historiques dans le système de la connaissance du monde hellénistique qui existait avant l'Islam. Ce système était une réaction contre la pensée démonstrative d'Aristote. Le mot utilisé dans ce monde était la « gnose » qui vient du terme grec « *gnosis* ». Dans le monde chrétien, ce courant de pensée est connu sous le nom de « gnosticisme » (20).

Pour le gnostique, la connaissance véritable commence avec une illumination de l'âme par une lumière vectoriale. L'âme s'y découvre en sa réalité effective. Connaître, c'est devenir ou redevenir pleinement une âme. La première étape de la connaissance soufiste est donc la reconnaissance de soi, la connaissance de l'âme. Par la connaissance, l'homme devient une âme pure (*noûs*), il sera un des pneumatiques, il se sépare des psychiques et des charnels. La connaissance soufiste se distingue de la science en tant qu'elle est une connaissance des « essences » (*Batin*), tandis que la science est une connaissance des « apparences » (*Zahir*).

La Raison gnostique (soufiste) est une raison qui reconnaît l'expérience personnelle comme le seul moyen de la connaissance vraie (21). Le procédé de connaissance n'est ni l'expérience scientifique, ni la démonstration logique, il est la « révélation directe » (*al-kashf*) sans intermédiaire, sans justification, sans démonstration. La connaissance soufiste est acquise quand l'homme redevient pleinement une âme. Le couple apparence / caché (*Zahir* / *Batin*) amène le soufiste à une explication symbolique du monde. La vérité n'est ni religieuse, ni philosophique, ni scientifique, elle est plutôt « mythique ». La connaissance soufiste est une connaissance ésotérique; elle ne peut pas ou ne doit pas être vulgarisée.

(19) Sur la « gnose » en général, voir : H-CH. PUECH, *En quête de la gnose*, Paris, Gallimard, 1978, surtout vol. I; et sur la gnose musulmane ou le *soufisme*, voir H. CORBIN, *Histoire de la philosophie islamique*, Paris, Gallimard, coll. « Folio-essais », 1986, surtout pp. 391 et s.; CH. JAMBET, *La logique des Orientaux*, Paris, Editions du Seuil, coll. « L'ordre philosophique », 1983. Les bibliographies en langue arabe sont abondantes.

(20) Sur le gnosticisme chrétien, voir notre livre : H. ABDELHAMID, « Les Religions du Livre et le langage des droits fondamentaux », T. I (*Les traditions juridiques religieuses*), T. II (*Le Christianisme*), Le Caire, Dar El Nahda el-Arabia, 1998, pp. 85 et s.

(21) Sur cette affirmation et la négation des autres moyens de connaissance, voir AL-GAZALI, *Al — monkiz min al — dalal Wal — musil ila zi al — za wal galal*, Beyrouth, Dar Al — andalose, sans date.

Cette Raison a gagné du terrain dans le monde musulman malgré la réaction défavorable de la part du pouvoir (soit politique ou religieux). Elle est devenue une partie composante de la Raison islamique.

La troisième étape de la Raison islamique est celle de la « Raison démonstrative » (22). Une démonstration est une déduction destinée à prouver la vérité de sa conclusion en s'appuyant sur des prémisses reconnues ou admises comme vraies. Il semble, selon André Lalande, que la démonstration suppose la vérité déjà connue, tandis que la déduction fait trouver ou retrouver la vérité en s'appuyant sur les raisons en vertu desquelles nous la connaissons, ou même en vertu desquelles elle existe (23). La Raison démonstrative est un système de connaissance qui a pris sa place dans le monde arabo-musulman à côté de la Raison exégétique et de la Raison soufiste (24). Elle trouve son origine dans la logique d'Aristote. La transmission de la philosophie grecque au monde arabe a participé à l'existence de la Raison démonstrative arabo-musulmane (25).

La Raison démonstrative d'Aristote est un système complet de connaissance; c'est-à-dire qu'il contient ontologie et méthodologie; métaphysique, physique et logique. Lors de sa transmission au monde arabo-musulman, ce monde lui aussi avait son système complet de connaissance : c'est la Raison exégétique. La problématique concernait donc la manière par laquelle les philosophes de l'Islam devaient organiser le rapport entre ces deux Raisons : exégétique (autochtone) et démonstrative (étrangère). Les philosophes musulmans, à partir d'*Al-Kindî* (26), ont fait trop des efforts pour intégrer la Raison démonstrative dans le patrimoine intellectuel du monde musulman. En effet, le philosophe musulman *Al-Fârâbî* (27) était le premier qui

(22) Celle qui a résulté du contact avec la pensée grecque, surtout d'Aristote. Voir : ABDURRAHMAN BADAWI, *La transmission de la philosophie grecque au monde arabe*, Paris, J. Vrin, 1968.

(23) A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., article *Démonstration*, pp. 215 et s.

(24) Dans ce sens, voir Mohamed ABED ELGABRI, op. cit., pp. 383 et s.

(25) Sur les rapports entre la logique d'Aristote et la Raison démonstrative musulmane, voir, à titre d'exemple . A.A. BEN CHOAÏB, « L'argumentation juridique en droit musulman », *Revue du monde musulman*, 1909, pp. 69-86, I. MADKOUR, *L'organon d'Aristote dans le monde arabe*, Paris, Les Presses Modernes, 1934; F. JADAANE, *L'influence du stoïcisme sur la pensée musulmane*, Beyrouth, Dar El-Masreq, 1968; EL-NASHAR, « Les méthodes chez les penseurs musulmans... », op. cit., R. ARMALDEZ, *Grammaire et théologie chez IBN HAZM*, Paris, VRIN, 1956; H. HANAFI, *Les méthodes d'exégèse*, le Caire, 1965.

(26) Abû Yûsof IBN Ishaq Al-Kindî, avait le surnom honorifique de « philosophe des Arabes ». Voir son livre : « Le traité sur la philosophie première », in *Messages d'Al-Kindî*, 2<sup>e</sup> éd., Le Caire, Dar al-Fikr al-arabi, 1978.

(27) Abû Nasr Mohammad IBN Moham IBN Tarkhân IBN Uzalagh Al-Fârâbî Il semble que le sentiment profond d'Al-Fârâbî procéda de cette idée que la sagesse avait commencé par exister chez les Chaldéens en Mésopotamie; de là, elle s'était transférée en Egypte, puis en Grèce, où elle avait été mise à temps par écrit, — et que lui incombait, à lui, la tâche de ramener cette sagesse dans le pays qui avait été son foyer. Pour lui, voir surtout : *Les commentaires sur le corpus aristotélicien Kitâb al-Horof*, Beyrouth, Dar al-Mashriq, 1970; « *Ihsâ' al-olûm* »,

a fait une refondation complète de la Raison exégétique (autochtone) sur la Raison démonstrative (étrangère). Il a commencé par la refondation du rapport entre le mot et le sens, entre la logique et la grammaire, et puis entre la philosophie et la religion; c'est-à-dire entre la Raison et la Révélation. Cette refondation des rapports était, en même temps, une fondation de la logique d'Aristote dans la culture arabo-musulmane (28).

Par suite, *Al-Gazâlî* regardait la logique d'Aristote en tant qu'elle est une pure « méthode » (29). C'est ainsi que la logique d'Aristote est utilisée à l'intérieur de la Raison exégétique autochtone. La logique d'Aristote est devenue un moyen pour refonder la science des *Usul al-fiqh* et la philosophie *d'al-Kalâm*. C'est donc la prise de contact avec la pensée grecque qui introduit dans l'arsenal intellectuel de l'Islam l'authentique syllogisme en trois propositions, comme un nouvel outil d'élaboration d'une théologie et d'une philosophie. Le passage de l'analogie autochtone au syllogisme aristotélicien est lié aux besoins réels de la culture musulmane. Parmi les composantes de l'héritage grec, seules exercèrent une action celles qui répondaient à un besoin et pouvaient s'intégrer sans trop de confusion à l'édifice de la pensée cosmique du monde musulman. La pensée grecque fut considérée seulement comme un cadre formel de mise en ordre propre à l'Islam. La transmission de la Raison démonstrative ne toucha pas le point de départ ni d'arrivée de la pensée musulmane. Les conceptions grecques de la causalité et celle d'une nature autonome régie par des lois intemporelles ne s'imposèrent pas. La division entre les sciences autochtones (théologie philologie... etc.) et les sciences étrangères (philosophie, sciences de la nature) n'a jamais été abandonnée.

Ainsi, les philosophes hellénisants du monde islamique, du IX<sup>e</sup> au XII<sup>e</sup> siècles, acceptèrent beaucoup des doctrines de Platon et d'Aristote, mais aucune de leurs prémisses ontologiques, les prémisses demeurant toujours autochtones. Les postulats de base de l'Islam (Révélation, Tradition, méthodes de leur utilisation légale et doctrinale, indissolublement) étaient à l'abri de toute critique, sauf de caractère technique, ce qui détermina un certain formalisme dans le traitement et la transmission des domaines essentiels de la connaissance (cependant, il ne faut pas oublier que le monde musulman a connu un autre projet construit sur la Raison démonstrative,

(classification des sciences), le Caire, Al-Anglo Al-masria 1968; « Al-Tanbia alâ sabil al-sa' da » (le *Livre de l'atteinte à la félicité*), Beyrouth, Dar al-Mashriq, 1970.

(28) Dans ce sens, voir, Mohamed ABED ELGABRI, *op. cit.*, pp. 418 et s.

(29) L'effort particulier que GAZÂLÎ a déployé pour appliquer la logique grecque au droit musulman est attesté par le nombre d'ouvrages dans lesquels il traite de cette question. Présentée déjà dans ses livres philosophiques (voir : *maqasid al-falasifa*, éd. Par sulayman Dunyâ, le Caire, Dar al-ma'arif, 1961; *al-Qistas al-mustaqâm*, éd. de Beyrouth, 1959), accentuée dans ses ouvrages de logique (voir : Mihakk al-nazar, Ed. Beyrouth, 1966; *Mi'yar al-'il*, éd. par sulayman Dunyâ, le Caire, Dar al — ma arif, 1961), la syllogistique d'Aristote et des stoiciens fait enfin partie de son *Mustasfâ*, Le Caire, 1937, ouvrage de méthodologie juridique.

même pour les prémisses, à savoir le projet de *IBN HAZM* et *IBN Rushed Averroès*, mais ce projet ne constituait pas le projet officiel du monde musulman).

De cet expérience historique du contact de la Raison exégétique autochtone avec la Raison démonstrative grecque, nous pourrions dégager, au moins, deux observations :

La raison typiquement arabo-musulmane est exégétique. La raison démonstrative d'Aristote est devenue, dans le monde musulman, une pure méthode (elle est, de plus, une science étrangère à plein titre) au service de la vision islamique du monde, des prémisses musulmanes. Dans la culture musulmane, le but de la raison démonstrative est devenu la défense de la religion. C'est ainsi que le mélange entre les trois types de Raison (exégétique, gnostique et démonstrative) a donné une sorte de Raison « syncrétiste » qui prend forme dans la doctrine de *Gazâlî*. Cette doctrine syncrétiste de *Gazâlî* concrétise bien le moment de la crise dans l'histoire de la pensée musulmane.

Cette Raison syncrétiste est devenue le type de la Raison islamique héritée de ce moment de crise. Elle s'intéresse aux mots plus qu'aux conceptions, elle ne pense qu'à partir d'un cas – principe qui reflète l'autorité des ancêtres, elle utilise les autres cultures pour se justifier et elle ne vise jamais un examen critique de ses prémisses. Enfin elle se croit universelle. Cette Raison syncrétiste constitue un héritage lourd qui conditionne la manière de la réception et de l'application des droits fondamentaux.

D'autre part, nous constatons l'existence d'un projet autochtone. Le sentiment de l'intelligentsia de la haute période abbasside d'être les maîtres de leur destin n'était nullement affaibli par la conscience qu'ils empruntaient aux autres peuples ce qu'ils avaient de meilleur. Puisque les emprunts ne ruinaient ni leur liberté d'action ni leur confiance en soi, le caractère d'importation d'une grande part des progrès accomplis ne détermina aucun choc émotionnel. Les emprunts sont donc faits en vue d'un projet autochtone, pour dépasser des problèmes autochtones, à partir de la culture autochtone. C'est, en effet, ce projet autochtone qui nous manque actuellement par rapports aux droits fondamentaux.

À côté de la Raison islamique, la raison d'État est souvent un prétexte évoqué pour retarder ou supprimer la pratique des droits de l'homme. Jusqu'à quel point est-il permis à un homme d'État de faire une entorse à la loi morale dans l'intérêt de la politique ? (30) Selon Machiavel, la politique

(30) La question est posée en Italie dans une des périodes les plus tristes de l'histoire. C'était l'époque où, dans d'autres parties de l'Europe, la théorie moderne de l'État prenait forme, en abordant sous un angle nouveau le problème du pouvoir; et la notion de souveraineté, qui devait jouer un rôle important dans la théorie juridique et politique, trouvait enfin, après une période d'incubation, une formulation définitive. C'était aussi l'époque au cours de laquelle fut passionnément débattu le problème de l'autorité, en partant d'un point de vue nouveau, de

a ses propres lois, souvent opposées à la loi morale, lois qui doivent être connues et présentes à l'esprit de tous ceux qui gouvernent. Le bien de l'État semble parfois être considéré comme le bien suprême. L'État poursuit ses propres fins, crée ses propres lois, et il n'est pas soumis au jugement de la moralité courante (31).

À la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, la conception de la « raison d'État » était une conception importante. Qu'était exactement cette raison d'État ? Les auteurs politiques de l'époque ne l'utilisent pas tout à fait dans le même sens (32). Un l'utilise en opposition délibérée au « droit civil », en insinuant par là que les dirigeants des États étaient au-dessus de la loi. Un autre dit qu'il existe deux genres de raison d'État : la vraie et la fausse. La vraie raison d'État est simplement la prudence politique, alors que la fausse est la poursuite de l'intérêt propre. Un troisième soutient qu'une action pouvait être décrite comme ayant été accomplie pour des raisons d'État chaque fois qu'elle avait contribué à la conservation de la forme particulière de gouvernement alors en vigueur. Ainsi, c'est par raison d'État que le Grand Turc tue ses frères lorsqu'il devient sultan, parce que le despotisme turc exige l'élimination de possibles compétiteurs pour le gouvernement suprême (33).

L'intention des auteurs va vers la distinction fondamentale entre théorie et pratique, plutôt que celle entre légal et illégal, ou entre vraie ou fausse raison d'État (34). C'étaient les auteurs opposés à la raison d'État qui faisaient la distinction entre deux genres de raison d'État, la « vraie » ou « bonne » d'un côté, la « fausse » ou « diabolique », de l'autre. La bonne raison d'État était « celle qui était au service du bien commun », ou « celle qui était limitée par la justice, la piété, la loi de Dieu et ainsi de suite » ; alors que

même que naquirent toutes sortes de théories, souvent carrément contradictoires, exposées pour expliquer l'obligation politique. Cette question était une réaction face aux « maximes iniques » de Machiavel. Voir : A. PASSERIN D'ENTREVES, *La notion de l'État*, traduit par J.R. WEILAND, Paris, Sirey, coll. « Philosophie politique », 1969, pp. 55 et s.

(31) Machiavel est ainsi le premier à voir la politique comme un jeu de passions et d'intérêts animant des forces opposées. Et l'on remarque que dans *Le Prince* il ne s'adresse jamais à la sagesse du prince, mais exclusivement à ses intérêts. Le tyran est un homme à l'esprit confus et qui méconnaît ses intérêts. Le prince sage est un homme qui entend bien ses intérêts. Voir : MACHIAVEL, *Le Prince*, trad. Y. LEVY, Paris, Garnier-Flammarion, 1992, « Introduction », p. 19.

(32) Sur les conceptions multiples de la Raison d'État à cette époque, voir P. BURKE, « L'influence de Tacite, le scepticisme et la raison d'État », in *Histoire de la pensée politique moderne*, Sous la dir. de J.H. BURMS, trad. J. MENARD et C. SUTTO, Paris, P.U.F., 1997, pp. 435 et s.

(33) Sur toutes ces conceptions, voir P. BURKE, *op. cit.*, pp. 436-437.

(34) La notion d'État selon Machiavel et ses premiers interprètes était une conception réaliste, elle ne contenait aucune idée métaphysique. Machiavel et ses premiers interprètes ne se préoccupaient pas du droit, mais de la force ; ils étaient parfaitement conscients de ce que l'un ne découle pas nécessairement de l'autre. Selon eux, la politique a ses propres lois, souvent opposées à la loi morale et ces lois doivent être connues et présentes à l'esprit de tous ceux qui gouvernent

la mauvaise raison d'État était « celle qui était au service du dirigeant en tant qu'individu », ou « celle qui acceptait la rupture des traités et même l'assassinat politique ». La juste frontière entre ces deux raison d'État était difficile à marquer (35).

Dans notre société actuelle, sous prétexte d'une raison d'État, la pratique des droits fondamentaux ne trouve plus de place. Il suffit de dire que l'état d'urgence est déclaré depuis 1967, et chaque fois qu'on en demande la suppression, la raison d'État est évoquée. S'agit-il de la bonne raison d'État ou de la mauvaise ? S'agit-il de la raison d'État ou de celle des dirigeants d'État ? Cette Raison, ajoutée à la Raison islamique syncrétiste conditionne la pratique des droits fondamentaux.

## II. - PRATIQUE ACTUELLE DES DROITS FONDAMENTAUX

En effet, le contact moderne de la Raison islamique avec la Raison occidentale rencontre des problèmes. Les élites musulmanes visaient non pas à accomplir des virtualités ou à faire fructifier un héritage, mais à éliminer ce que leur paraissait une infériorité par rapport à l'Occident. Cette infériorité les blessait surtout dans le domaine politique. Le problème n'était donc pas de savoir ce qu'il fallait adopter, et de quelle source ; le problème n'est pas envisagé à partir du monde autochtone mais à partir du monde étranger. D'autre part, la tendance des élites était de donner à ce qui vient du dehors l'apparence d'un produit autochtone, chaque fois que possible (36). Cette tendance à s'appropriier les résultats de la Modernité en aussi grand nombre que possible, en les présentant comme des développements autochtones, fait obstacle à une bonne compréhension de la Modernité et de ses exigences et à la construction d'une théorie autochtone.

C'est ainsi que le Musulman moderniste s'est efforcé d'adopter la pratique européenne sans accepter la théorie, les réalités humaines ou l'attitude à l'égard du monde qui les fondent. La conséquence usuelle en est que seul un mince filet de la théorie européenne et un reflet de la pratique européenne trouve accès dans la société musulmane. Par là on constate la dichotomie

(35) Plusieurs auteurs politiques de l'époque condamnaient tout simplement la raison d'État, tel le poète Francisco QUEVEDO, qui soutenait que le plus grand maître de cet art était Ponce Pilate qui avait condamné le Christ précisément pour cette raison. Voir, P. BURKE, *op. cit.*, p. 437.

(36) Souvent un emprunt est vu comme le recouvrement d'un cadeau fait à l'Occident bien des siècles auparavant, avec peut-être une altération de son caractère musulman originel. Ou encore, on en trouve dans le Livre saint l'esquisse ou même la prescription. Ou bien on le tient pour un développement légitime et logique des principes musulmans de base, correctement interprétés!

entre pensée et action, la confusion de l'apparence et de l'être. Les effets de la modernisation restent partiels et très superficiels (37).

La Raison syncrétiste héritée du moment de crise de la pensée musulmane et la raison du système politique jouent un rôle principal dans la pratique des droits fondamentaux. Accepter la forme et non pas le contenu, le méthode et non pas l'ontologie; la raison syncrétiste nous fait vivre des pratiques sans vision, des détails sans fondement, des formes sans contenu, des images sans réalité! Et vient ensuite le rôle de la raison du système politique qui vide ces images complètement de leur sens.

La Raison syncrétiste a bien joué son rôle à partir de l'Acte de l'acceptation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966, et signé par l'Égypte le 4 août 1967. Selon la décision du Président de la République arabe d'Égypte n° 536 en 1981 (*Journal Officiel*, n° 15, en 15 avril 1982), l'Égypte a accepté ce traité en prenant en considération les jugements du droit musulman, la *Shari'a*, et la non-opposition entre elle et ce traité. Cette limitation reflète bien la Raison syncrétiste et en même temps la raison du système politique. L'acceptation du Pacte international à condition de sa non-opposition avec les règles de la *Shari'a* a donné l'occasion à des interprétations très paradoxales qui sont toutes acceptées.

Tous les textes élaborés par les Musulmans concernant les droits de l'homme (38) ont en commun qu'ils rappellent souvent, en leur préambule, l'universelle souveraineté de Dieu et la grandeur de l'homme. *ALLÂH* a donc des droits et l'homme a des devoirs envers lui, qui deviennent des droits envers ses semblables. La volonté de Dieu, manifestée et transmise aux hommes par le Coran et la Sunna, puis concrétisée et précisée par la loi religieuse, constitue donc la justification fondamentale de ces devoirs et de ces droits : ce faisant, ils en reçoivent leur caractère universel et normatif. À la place donc de la nature humaine comme fondement des droits de l'Homme se trouve la volonté de Dieu. L'homme reste toujours hétéronome et non pas autonome. Les prémisses de la religion sont donc maintenues.

D'autre part, l'acceptation conditionnée du Pacte international a donné l'occasion à des opinions contradictoires sur la possibilité d'appliquer les textes de ce Pacte directement par les tribunaux nationaux. Selon l'article 151 de la Constitution permanente de 1971, « le Président de la République conclut les traités et les communique à l'Assemblée du Peuple,-

(37) Sur la réception du langage juridique moderne en Egypte, voir notre article : « Tradition, Renaissance et droit dans la société égyptienne moderne », in *Actes des 1<sup>o</sup> journées scientifiques du Réseau Droits fondamentaux de l'AUFELF-UREF*, sous la direction du Pr. J.-Y. Morin, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 181-201.

(38) A titre d'exemple, la Déclaration des Droits de l'homme de l'Organisation de la Conférence Islamique, adoptée au Caire le 5 août 1990 par la Conférence de ministres des affaires étrangères de l'O.C.I.

accompagnés d'un exposé adéquat. Les traités ont force de loi après leur conclusion, leur ratification et leur publication selon les règles établies... ». Malgré cette clarté du texte constitutionnel, la Haute Cour Constitutionnelle juge que « La Déclaration internationale des droits de l'homme qui est signée par l'Égypte *n'est qu'une simple recommandation non obligatoire* pour l'autorité législative. Ainsi cette autorité peut promulguer des lois qui vont contre cette Déclaration » (39). Et la seule fois où un tribunal a bien appliqué le texte de l'article 151 de la Constitution en disant que « Les traités internationaux conclus selon les textes constitutionnels et publiés dans le Journal Officiel selon les règles établies ont force de loi et doivent être respectés et appliqués par les tribunaux » (40), le pouvoir exécutif a utilisé la loi d'urgence pour refuser ce jugement. Or, le Pacte international des droits de l'homme n'a pas de force juridique en Égypte; il n'est qu'une simple recommandation non obligatoire pour l'autorité législative. Cette autorité peut toujours promulguer des lois qui le vident de tout sens; et c'est cela qui est arrivé depuis la signature du Pacte.

D'autre part, dans l'acte de proclamation de la Constitution égyptienne, il est dit : « Nous, les masses du peuple d'Égypte, prenons l'engagement de déployer tous nos efforts pour assurer... *Quatrièmement* : La liberté de l'Homme Égyptien, en partant de cette vérité que la dignité de l'homme et de l'Humanité est le phare qui a éclairé et guidé l'Humanité dans sa grande évolution vers la réalisation de son idéal suprême... ». La Déclaration des droits de l'Homme de l'Organisation de la Conférence Islamique a affirmé dans son article premier, le principe d'égalité de tous les hommes en « dignité », en « responsabilités fondamentales » et en « obligations ». Que signifie ce principe de « dignité » dans la Raison syncrétiste ?

Tout d'abord, le principe de la dignité constitue dans le langage moderne des droits fondamentaux son principe fondateur. Au niveau international comme au niveau national, les dispositions juridiques font expressément référence à la notion de « dignité humaine » (41). Les droits et libertés de

(39) Jugement N° 7, 2° année judiciaire, le 1° mars 1975.

(40) Il s'agit d'un jugement du tribunal du Caire Nord, Azbakia, N° 121 en 16 avril 1987 concernant le droit de la grève qui constitue un crime en Egypte selon l'article 124 du Code pénal. Ce jugement a décidé que l'article 124 est supprimé automatiquement par les textes du Pacte international. C'est ce que le pouvoir d'urgence n'a pas accepté!

(41) Citons notamment, au niveau international, la Déclaration Universelle des droits de l'homme des Nations — Unies du 10 décembre 1948 (« dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine », préambule); la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme du 30 avril 1948 (« Tous les hommes naissent... égaux du point de vue de leur dignité », préambule); la Déclaration des libertés et droits fondamentaux adoptée par le Parlement européen le 12 avril 1989 (« la dignité humaine est inviolable », art. 1). De même, de nombreuses constitutions, au niveau national, proclament que « la dignité de l'être humain est intangible » (Art. 1, loi fondamentale allemande du 23 mai 1949) ou que « la dignité de la personne est le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale » (Art. 10, Constitution du Royaume d'Espagne du

l'être humain sont jugés fondamentaux parce qu'ils puisent leur source directe dans le principe de dignité (Préambule de la Déclaration Universelle des droits de l'homme des Nations Unies du 10 décembre 1948) (42). En effet, l'idée d'une dignité essentielle est étroitement liée à l'avènement de la notion moderne de personne. C'est l'Humanité de l'homme qui devient ainsi le véritable sujet de la dignité : « Ce que Saint Thomas d'Aquin pouvait légitimement affirmer de la dignité de l'essence divine, devient, appliqué à l'homme, la dignité de l'Humanité en soi, de l'idée d'homme substantialisée à la façon des Idées platoniciennes » (43). Donc la dignité humaine repose sur l'unité radicale de l'Humanité. L'homme tient sa dignité de l'appartenance au genre humain, de sa participation à l'Humanité comme concept subsistant par soi.

Il semble que cette conception de la dignité n'existe pas dans la culture juridique égyptienne. Dans cette culture, il n'existe pas *Une* dignité, mais plutôt *des* dignités. Il s'agit ici d'une notion plurielle. Les dignités, dans le sens pluriel, sont liées à une position sociale, à un statut occupé par telle ou telle personne. On parle encore de rang (social) ou de position (sociale). La dignité de l'un n'est pas nécessairement la dignité de l'autre. La dignité joue ainsi une fonction sociale extérieure; elle est existentielle et non pas essentielle car dans la culture héritée, on ne s'intéresse pas à l'être en soi, mais à la façon d'être dans la réalité. L'être suit l'agir, l'essence prolonge l'existence (et non pas l'inverse). De défaillances dans l'action ou l'existence d'une personne, il est licite d'en induire la disqualification totale de son être ou de son essence (44).

La personne humaine kantienne existant en soi et pour soi, autonome et non pas hétéronome n'existe pas dans notre culture. C'est vrai que l'homme a une dignité particulière, mais cela en raison de ce que, mieux que les autres créatures visibles, il participe de l'absolue dignité de Dieu. L'homme ne tient pas sa dignité de l'appartenance au genre humain, de sa participation à l'Humanité comme concept subsistant par soi. Il la tient de sa participation de l'absolue dignité de Dieu. Donc, une dignité humaine en soi n'existe pas.

Or, l'Homme avec un « H » majuscule n'existe pas. Il existe des hommes multiples : l'homme masculin, l'homme féminin, l'homme musulman,

27 décembre 1978). Sur ces textes et sur des autres, voir, A. SERIAUX, « La dignité humaine, principe universel du droit », *Acta philosophica*, vol. 6, 1997, fasc. 2, pp. 289-301.

(42) Où il a été dit : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

(43) A. SERIAUX, *op. cit.*, p. 296.

(44) La pratique actuelle de ces conceptions est claire, surtout dans les administrations de l'État. Loin des textes du droit, la pratique montre bien la culture populaire. Et c'est cette culture qui détermine les sens des textes juridiques.

l'homme chrétien, l'homme riche, l'homme pauvre, l'homme ignoré, l'homme célèbre..., et chacun a sa dignité. La dignité de la femme, par exemple, n'est pas celle de l'homme. Cela apparaît bien dans les textes de la loi des Statuts personnels n° 25 de l'année 1929, modifiée par la loi n° 100 de l'année 1985. De même, dans la loi de la Nationalité n° 26 de l'année 1975. Le statut juridique de la femme est encore médiocre. Cela apparaît aussi dans le décret du Ministre de l'intérieur n° 63 de l'année 1959 qui ne donne pas à la femme le droit d'avoir un passeport sans l'accord préalable et écrit de son époux (ou de son père si elle n'est pas encore majeure). Dans le crime d'adultère, l'homme est soumis à une peine beaucoup plus faible que celle de la femme; et si l'homme tire sur la femme pendant l'acte de l'adultère, il sera soumis à une peine qui ne dépasse pas les six mois de prison, mais pour la femme, c'est une crime de droit commun (articles 274, 277, 237 de code pénal). La multiplicité des dignités est rencontrée plus dans les coutumes « stables » des organes de l'État qui appliquent les lois, et dans la culture populaire.

Suivant le Pacte international des droits de l'homme, la Constitution égyptienne affirme la liberté d'expression et la liberté de la croyance : « La liberté d'opinion est garantie. Toute personne a le droit d'exprimer son opinion et de la propager par la parole, par écrit, par l'image ou par tout autre moyen d'expression dans les limites de la loi... » (art. 47); « la liberté de presse, de l'impression, de l'édition et des moyens d'information est garantie. La censure des journaux est interdite... » (article 48); « L'État garantit la liberté de croyance et la liberté de l'exercice du culte » (article 46). Cependant, la technique législative vide ces principes constitutionnels de leur sens. Il existe de multiples lois et décrets ministériels qui les laissent sans intérêt pratique. Nous citons, à titre d'exemples, les crimes d'expression dans le Code pénal n° 58 de l'année 1937 : art. 86 ajouté par la loi 97/ 1992; art. 174 : art. 98; art. 102; art. 161; art. 171; 174; 176; 177; 178; 179; 187; 188; 189-190; 191; 192; 193; 194; 195. De même les crimes d'expression dans la loi n° 33 de l'année 1978 concernant « la protection du front intérieur et de la paix sociale » : interdiction des opinions opposés au système politique démocratique et social (en place); la création d'une nouvelle fonction publique qui est nommée « le Procureur général socialiste ». Ce procureur a la charge de protéger le front intérieur (dans le sens politique).

Dans la loi n° 95 de l'année 1980, concernant la protection des « valeurs », le législateur a inventé une sorte de responsabilité politique à côté de la responsabilité pénale. Selon cette loi, si l'opinion de quelqu'un contient un déni des religions monothéistes, ou une invitation aux gens à réagir contre les valeurs religieuses, il sera frappé par une peine « politique » à côté de la peine pénale : par exemple, l'interdiction d'être élu dans un conseil populaire, l'interdiction de créer une parti politique, l'interdiction d'être nommé aux fonctions publiques.

Dans les lois n° 20 de l'année 1936 concernant l'impression, n° 148 de l'année 1980, concernant la presse et n° 40 de l'année 1977 concernant les partis politiques, il existe plusieurs conditions imposées à la liberté d'impression et à celle de la presse. La liberté de presse est donnée seulement aux partis politiques et aux personnes morales. Les individus n'ont pas cette liberté. Le Haut Conseil de la presse est l'autorité supérieure responsable de contrôle des journaux. Il donne les licences (même pour les journaux locaux et très médiocres). Le pouvoir du Haut Conseil de la presse sur les journalistes et les institutions de presse est un vrai pouvoir de tutelle. D'autre part, les conseils généraux des institutions de la presse nationale sont nommés par l'Assemblée Consultative.

Dans la loi n° 38 de l'année 1992, le droit d'auteur est bien contrôlé. Cette loi donne à l'autorité administrative le droit de contrôler la production artistique et littéraire depuis leur naissance. De même, la censure des travaux artistiques et cinématographiques est organisée par la loi n° 430 de l'année 1955. Dans le même sens, le décret du ministre de la culture n° 350 de l'année 1970 détermine le rôle de l'Institution générale de la censure artistique dans la contrôle des artistes en Égypte et à l'étranger : le censure est pratiquée sur le titre et le contenu des œuvres artistiques.

Dans le même sens, des interdictions sont imposées aussi à la liberté d'expression des étudiants à l'Université comme dans les écoles. La loi n° 85 de l'année 1949, concernant le maintien de l'ordre dans les établissements scolaires, interdit aux étudiants l'organisation de manifestations et de réunions. Elle interdit aussi l'acte d'invitation à une manifestation ou à une réunion. La loi n° 49 de l'année 1972, concernant l'organisation des universités, interdit la grève, la participation aux manifestations, l'expression de toutes sortes... Enfin, ce que nous avons dit par rapport à la presse et à l'impression, pourrait être dit, avec une plus forte raison, par rapport à la radio, à la télévision et au cinéma.

La liberté d'expression est un exemple clair pour montrer les effets de la Raison syncrétiste et de la raison d'État dans la pratique des droits fondamentaux. Cette liberté est rattachée à celle de la croyance, qui se trouve aussi, à plus forte raison, vidée de tout son sens. Par exemple, la loi n° 103 de l'année 1961, qui organise l'Institution d'*Al-Azhar*, a créé l'Institut des Recherches Islamiques. Tandis que cette loi ne donne pas à l'Institut le droit d'interdire ou d'exproprier les livres et tandis que la loi n° 20 de l'année 1936, qui organise l'impression, donne ce droit au Conseil des Ministres, l'Institut des Recherches Islamique pratique l'expropriation des livres. À titre d'exemple, l'Administration des recherches et de la traduction de l'Institut a décidé, en février 1988, d'exproprier quelques livres exposés à la Foire Internationale du Livre au Caire. De même, sa décision du 7 janvier 1992 concernant l'expropriation des Cinq livres contenant des idées qui tou-

chent les prémisses de l'Islam (45). La censure pratiquée par l'Institut reflète bien la Raison syncrétiste. La pensée moderne ne peut pas toucher aux prémisses autochtones; elle est au service de ces prémisses et n'a pas à les critiquer.

Dans notre réflexion, nous devons nous arrêter là, car si la première génération des droits de l'Homme ne trouve pas d'application correcte, la deuxième et la troisième ne trouveront pas de place. Et si on nous dit que l'État doit commencer par l'économique et le social pour mieux assurer les droits et libertés fondamentaux, il lui appartiendra de nous prouver ce qu'il dit (46).

\*

Raison syncrétiste héritée du moment de la décadence de la pensée musulmane, raison d'État, à maintes reprises évoquées par le système politique en place, absence d'un projet autochtone en vue de l'intégration du langage moderne du droit, voilà les facteurs principaux d'une pratique marginale des droits fondamentaux. Il ne suffit pas de proclamer un droit pour qu'il devienne réalité et qu'il soit respecté par tous, il faut avoir les moyens de sa mise en œuvre et surtout la volonté de le faire.

Par ailleurs, il nous semble que la condition principale d'une pratique correcte des droits fondamentaux est d'avoir un type l'homme « révolté », un homme qui sait dire « non », un homme qui résiste à l'oppression, qui revendique ses droits et qui exige leur application. Ce type d'homme n'existe pas chez nous. Dans notre culture, l'homme n'est pas préparé à devenir un citoyen, il n'est qu'un simple « sujet » (*Ra'ya*). La Raison musulmane syncrétiste a engendré deux phénomènes contradictoires : la faculté laissée au chef de mener à sa guise une conduite arbitraire et opposée à l'idéal musulman, le manque d'empressement, parmi le public, à approuver les actes particuliers d'un pouvoir dont la conduite en elle-même ne suscite pas d'objections, et par suite la fréquence des soulèvements et des insurrections; et une disposition remarquable à accepter le gouvernement de facto. Détenir l'autorité apparaît comme une sorte de statut (*hukem*) dont Dieu a pourvu un individu particulier!

Enfin, les droits fondamentaux constituent un système complet de pensée, sa pratique est liée à ses prémisses. Si la Raison musulmane dans son expérience historique n'a pas accepté les prémisses de la Raison grecque, est-ce qu'elle pourra accepter les prémisses de la Raison moderne? C'est là où réside toute la question. L'intégration des prémisses de la Raison

(45) Sur ces décisions et autres, voir, le rapport de l'Organisation Egyptienne des Droits de l'Homme sur la liberté d'expression, en 27 juin 1990.

(46) Il n'y aura pas de développement économique et social sans libertés, sans respect de la vie humaine. La réforme politique est une condition nécessaire de la réforme économique et non pas l'inverse!

moderne constitue la condition préalable de la pratique correcte des droits fondamentaux.

\* \*  
\*

## De la pratique à la théorie des droits fondamentaux : diversité culturelle et droits universels

PAR

HENRI R. PALLARD

PROFESSEUR TITULAIRE, DÉPARTEMENT DE DROIT ET JUSTICE  
UNIVERSITÉ LAURENTIENNE, SUDBURY (ONTARIO) CANADA

Une étude des divers domaines des droits fondamentaux, dans leurs dimensions thématiques, historiques et géographiques, révèle que leur signification et leur étendue ne sont pas constantes mais sujettes à des fluctuations. La mise en œuvre des droits dits de la première génération – la liberté et l'égalité – date du XVIII<sup>e</sup> siècle. Ces droits visent la protection de l'individu contre l'ingérence de l'État et leur réalisation nécessite des limites aux pouvoirs de l'État. Les droits de la deuxième génération – par exemple l'éducation et le logement – datent du XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles et sont des revendications pour des services de l'État auquel il faudra reconnaître de plus grands pouvoirs afin d'assurer leur prestation. L'apparition des droits s'est faite de façon très inégale d'un pays à l'autre, même en Occident, leur lieu d'origine.

Non seulement retrouvons-nous une diversité dans la pratique quotidienne des droits fondamentaux – leur interprétation variant dans le temps et l'espace – mais une diversité tout aussi grande dans leur justification théorique (1). Si la multitude des pratiques culturelles soulèvent des difficultés pour la justification empirique ou matérielle des droits fondamentaux, le grand nombre de théories couvrant une gamme de fondements – du jusnaturalisme au sociologisme juridique – et faisant appel à une gamme de méthodologies – idéaliste, ontologique, positiviste – laisse plusieurs sceptiques devant la possibilité qu'une approche théorique puisse fournir une réponse quelconque. La théorie des droits fondamentaux serait, selon certains, sans conséquence pour la pratique des droits fondamentaux.

La théorie est-elle en mesure de fournir des appuis à la réalisation des droits fondamentaux sur le terrain? Quelle est la contribution éventuelle d'une approche théorique au problème de la mise en œuvre des droits fondamentaux? Et comment une étude théorique des droits fondamentaux peut-elle nous aider à surmonter l'opposition entre l'exigence du respect de la

(1) Voir Guy HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, 3<sup>e</sup> éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1991.

diversité culturelle et de l'idéal de l'universalité des droits fondamentaux ? C'est sur ces questions que nous allons nous pencher au cours de ce travail.

Dans un premier temps, nous allons examiner comment la distinction public/privé oriente le raisonnement de la Cour suprême du Canada (2) lorsqu'elle est appelée à interpréter certaines dispositions de la Charte canadienne des droits et des libertés (3) et à les appliquer au domaine commercial. Il en ressortira que cette interprétation de la Charte prônée par la Cour ne va pas de soi. Nous verrons qu'une idéologie se cache dans la distinction public/privé, qu'elle oriente l'interprétation de la Charte et que ni l'idéologie ni l'interprétation qui en découle ne s'imposent à l'exclusion de toute autre.

Dans la deuxième partie de ce travail, nous dresserons les balises d'une approche déconstructive à une herméneutique des droits fondamentaux afin de démontrer que l'apport de la théorie à la pratique des droits fondamentaux n'est pas de l'ordre d'une détermination *a priori* de leur contenu, de leur étendue ou de leur application car cela relève plutôt d'une démarche idéologique. D'abord, le paradigme d'interprétation de la communauté détermine les limites de l'acceptable ou de l'inacceptable dans l'interprétation des droits fondamentaux et il est lui-même contingent, sujet à des fluctuations et des modifications dans sa structure de signification. Ensuite, des variations dans les valeurs et les croyances des différentes communautés donnent lieu à des variations dans le paradigme d'interprétation utilisé par ces communautés.

Il en résulte que l'apport de la théorie est beaucoup plus restreint mais plus fondamental que certains ne le voudraient car grâce à cette théorie, nous sommes en mesure de cerner les conditions de la possibilité de penser les droits fondamentaux et d'identifier des moyens pour réaliser ces conditions qui rendent possible la mise en œuvre de la conception occidentale des droits de la personne. Il en ressortira que la pensée des droits fondamentaux se fait en fonction d'un paradigme fondateur qui détermine leur interprétation et que l'éducation universelle et le développement économique sont les moyens auxquels nous devons avoir recours pour mettre en place ce nouveau paradigme fondateur. En fin de compte, l'existence et l'effectivité des droits fondamentaux dépendent de l'action politique.

(2) Nous utiliserons désormais l'expression « la Cour » lorsque nous parlons de la Cour suprême du Canada et « la Charte » pour la Charte canadienne des droits et des libertés.

(3) *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B, Lois révisées du Canada (L.R.C) (1985), Appendice II; *Canada Act 1982 (Loi de 1982 sur le Canada)*, 1982, Ch. 11, (Royaume-Uni). Pour une introduction à la Charte, voir Michel GIROUX, « La Charte canadienne des droits et libertés », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1992, Paris, pp. 366-406

## I. – LA PRATIQUE

A. – *La distinction public/privé*

La distinction public/privé fait partie du discours politique de la Modernité. L'apparition du domaine public coïncide avec l'avènement de l'état-nation et du concept de la souveraineté aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles (4). L'idée d'un domaine privé est un mouvement contraire qui s'exprime dans les théories de droits naturels qui cherchent à limiter le pouvoir de l'État. Il faudra toutefois attendre le XIX<sup>e</sup> siècle avant que la distinction public/privé se dessine dans toute sa clarté et développe toute sa portée. Cette distinction est fondamentale au libéralisme classique et en est le paradigme fondateur; elle sert à démarquer les domaines qu'il faut protéger de l'ingérence de l'état, c'est-à-dire ceux relevant de la liberté individuelle, des domaines où l'État peut agir (5). Selon le libéralisme, l'État peut seulement intervenir dans les domaines où son activité ne touche pas l'individu dans son intégrité.

Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.* (6), la Cour adopta la distinction public/privé pour justifier sa démarche. La Cour était appelée à se prononcer sur l'étendue de la protection que la Charte accorde à la liberté d'expression. Purolator Courrier Inc. avait institué un « lock-out » contre ses employés. Le syndicat croyait que Dolphin Delivery Ltd. était un allié de Purolator et voulait faire du piquetage devant l'établissement de Dolphin. Dolphin a obtenu une injonction en première instance interdisant au syndicat de faire du piquetage secondaire devant ses établissements. La question en litige – à savoir si le piquetage secondaire est une forme d'expression protégée par la Charte – soulevait des questions fondamentales sur l'étendue de la liberté d'expression garantie par la Charte : la Charte s'appliquait-elle au droit privé et à la common law ? La Cour en a conclu que la Charte s'applique à la common law dans la mesure où la common law touche l'état. Cependant, la liberté de piquetage n'était pas protégée par la Charte car elle relevait du domaine privé (7).

En ayant recours à la distinction public/privé, la Cour reprenait les outils analytiques du libéralisme pour renforcer le paradigme idéologique fondateur dans son interprétation de la Charte sans toutefois remettre en question

(4) Voir Morton J. HORWITZ, « The History of the Public/Private Distinction », 130 (1982), *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 1423-1428.

(5) Cf. les propos du juge Laforest, *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3, *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada (R.C.S.)*, p. 262 : « Seul le gouvernement a besoin de se voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers »

(6) [1986] 2, *R.C.S.*, p. 573.

(7) La Charte s'appliquait au domaine public, c'est-à-dire à ce qui touche l'activité de l'état. Elle aurait pu s'appliquer si la mesure de droit privé contestée avait pris la forme d'une disposition législative.

le bien-fondé des concepts sur lesquels se fondait son analyse. Or la distinction public/privé ne va pas de soi et son adoption présuppose déjà certains résultats et en exclut d'autres. Au niveau théorique, cette distinction conçoit les deux sphères comme des entités objectives, en soi, existant indépendamment de la réalité humaine. A vrai dire, cette conception du monde selon la logique de la distinction public/privé est une construction de la pensée libérale; elle est sans véritable fondement et elle est construite pour desservir les intérêts de l'idéologie dominante.

Déjà au début du XX<sup>e</sup> siècle, le réalisme juridique avait mis en question le bien fondé de la distinction public/privé. Plusieurs théoriciens (8) se sont acharnés à tirer au clair les prémisses derrière la distinction et à démontrer qu'elles desservaient l'idéologie dominante privilégiant les intérêts conservateurs de l'époque. Ils rejetèrent l'idée que les règles du droit privé décrivaient l'action d'une main invisible qui garantissait la neutralité du droit privé. Ils démontrèrent que tout le droit avait une nature coercitive et des conséquences distributives. Ils en arrivaient alors à la conclusion que tout le droit privé ne pouvait être compris que comme une délégation du pouvoir public à des individus et que l'on pouvait seulement justifier cette délégation du pouvoir et le droit privé par des considérations d'ordre politique.

Selon le réalisme juridique, l'attribution d'un certain domaine d'action à l'état ou à l'individu n'était possible que parce que l'on avait déjà défini ces deux sphères. La sphère de l'État peut être perçue comme une sphère où l'on refuse de reconnaître, en fonction de l'idéologie dominante, la priorité de l'individu. Cette distinction public/privé doit sa logique à l'idéologie du libéralisme et de l'individualisme. Elle donne une superstructure à la discussion en lui imposant des concepts analytiques, tels qu'individu, propriété ou obligation; elle en détermine les résultats en répartissant les pouvoirs entre le domaine public et le domaine privé. En orientant la discussion dans certaines voies, elle privilégie certains arguments et favorise certaines conclusions consonantes avec le libéralisme et l'individualisme qui sont à son origine. La distinction public/privé n'est pas un concept neutre dont la valeur et la signification existent en soi et indépendamment du monde dont il est tributaire. C'est le libéralisme et l'individualisme qui rendent à la distinction public/privé sa force et cette distinction renforce la conception libérale et individualiste du monde. La distinction public/privé est un élément essentiel à la façon dont le libéralisme occidental perçoit le monde et elle y est coextensive. La distinction et l'idéologie qui l'engendre sont dans une dépendance réciproque. La distinction encadre la discussion, en détermine les paramètres, préconise certaines solutions et en tient d'autres à l'écart. Donc, nous pouvons dire que la distinction public/privé ne va pas de soi, elle

(8) Voir par exemple Morris COHEN, « Property and Sovereignty », 13 (1927) *Cornell Law Quarterly*, 8; Morris COHEN, « The Basis of Contract », 46 (1933), *Harvard Law Review*, 553; et Roscoe POUND, « Liberty of Contract », 18 (1909) *Yale Law Journal*, 454.

présuppose une architecture idéologique et elle se meut dans les formes que celle-ci lui impose; elle n'est pas une donnée nécessaire, mais contingente sur son idéologie maîtresse.

Or cette analyse sera reprise par Allan Hutchinson (9) et appliquée à la jurisprudence de la Cour portant sur la Charte. Il démontre que le refus de la Cour d'intervenir dans le domaine du droit privé est mal fondé car le droit privé n'a pas d'existence autonome, il existe en vertu du droit public et il peut et doit donc être soumis au contrôle de l'état. Il n'y a que des pouvoirs publics, et les pouvoirs privés sont des pouvoirs publics que les individus exercent par la grâce de l'état. Le privé n'existerait pas. C'est dire que chaque fois que l'on invoque la distinction public/privé pour justifier ou refuser l'intervention de l'état dans un domaine quelconque, il y a un appel à l'idéologie pour justifier l'action de l'état. Selon cette conception, les pouvoirs privés sont des pouvoirs délégués aux individus par l'état.

Si nous acceptons qu'il faille rejeter le bien-fondé de la distinction public/privé, par contre nous refusons d'accorder une primauté quelconque au droit public sur le droit privé, tel que semble le faire Hutchinson. On peut prendre le point de vue opposé et procéder à rebours et voir dans cette création de la catégorie du public, l'exercice de pouvoirs individuels par d'autres individus afin de promouvoir leurs intérêts, ceux du pouvoir ou de la classe dominante. Selon Rousseau, les individus créent l'état et le droit public par une entente collective (10); on devrait alors accorder la priorité au droit privé. De ce point de vue, les pouvoirs sont tous des pouvoirs individuels et il n'y a pas de pouvoirs publics, les pouvoirs publics étant des pouvoirs individuels dont leur droit d'exercice a été transmis à d'autres individus qui, on dit, exercent des fonctions publiques. Le public n'existerait pas. Donc, la réduction du droit public au droit privé ne peut pas servir de fondement à une certaine approche aux droits fondamentaux car nous pouvons soit réduire le droit public au droit privé comme Rousseau, soit réduire le droit privé au droit public comme Hutchinson.

Il ne faut pas donner à l'argument du réalisme juridique une plus grande portée qu'elle n'en a. L'argument des réalistes est de l'ordre d'une déconstruction de la légitimation des conclusions auxquelles la distinction public/privé aboutit; Hutchinson transforme cet argument en prémisse idéologique sans toutefois la remettre en question. Cette prémisse doit lui permettre d'instituer un nouveau paradigme d'interprétation pour les droits fondamentaux où dominant les individus et non les relations de pouvoirs. Mais nous avons vu que la qualification d'un phénomène en tant que privé ou public est tout aussi contingente que la distinction elle-même. Il n'est aucu-

(9) *Waiting for Coraf : A Critique of Law and Rights*, University of Toronto Press, Toronto, 1995, pp. 123-153

(10) *Du Contrat social*, Livre I, Ch. VI.

nement nécessaire, même à l'intérieur du libéralisme, qu'un certain pouvoir soit un pouvoir public et non un pouvoir privé et qu'un tel autre soit public et non privé. Il n'y a aucune priorité du public sur le privé ni du privé sur le public.

Dans un cas comme dans l'autre, le recours à la distinction public/privé est une technique de légitimation et de justification. Il justifie un résultat en démontrant que le résultat découle obligatoirement de cette distinction tandis qu'en réalité la distinction n'est aucunement obligatoire, mais contingente, et doit son existence à des présupposés idéologiques que l'on ne questionne pas. La distinction public/privé a une signification indéterminée qui se prête à une multitude d'utilisations et, en tant que telle, est incapable de placer un genre d'activité dans le domaine privé protégé par la Charte ou dans le domaine public et sujet aux obligations imposées par la Charte. Il faut plutôt aller au-delà de ces catégories pour bien comprendre pourquoi il est impossible de dépasser l'idéologie constitutive du paradigme fondateur qui détermine la portée et l'étendue des droits fondamentaux.

#### B. – *Les corporations*

Dans *Dolphin Delivery*, nous voyons la Cour interpréter la Charte selon le paradigme fondateur du libéralisme sans jamais le remettre en question; son analyse se comprend à partir de ses valeurs. Cela se reproduit dans l'arrêt *Ford* (11), où la Cour est appelée à décider si les droits garantis par la Charte s'appliquent aussi aux corporations. Afin de sauvegarder le caractère francophone du Québec, le gouvernement de cette province avait adopté une loi rendant obligatoire l'affichage commercial en français et l'interdisant dans une autre langue que le français. Selon la Cour, une corporation est un individu et jouit des droits et libertés garantis par la Charte, en l'occurrence la liberté d'expression qui est garantie par l'article 8. Les limites sur la langue de la publicité commerciale sont alors déclarées inconstitutionnelles (12).

C'est la distinction public/privé qui rend possible ce raisonnement (13); elle permet de concevoir la corporation comme un individu, une entité relevant du domaine privé dont les activités doivent être protégées de l'ingérence de l'état. Or cette conception de la corporation est très récente et notre conception de sa nature et de sa vocation s'est transformée au cours des deux derniers siècles. Les anciennes entreprises commerciales, telles que la Compagnie de la Baie d'Hudson ou la East India Trading Company, déte-

(11) *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2, *R.C.S.*, p. 712.

(12) Toujours selon la Cour, on pouvait avoir recours à l'article 1 pour légitimer une disposition exigeant que l'on utilise le français en tout affichage et qu'on lui accorde une place prééminente sur les autres langues.

(13) Allan HUTCHINSON, *op. cit.*

naient un monopole de l'état; elles étaient conçues comme des entités dépendant de l'état et existant pour promouvoir ses objectifs politiques. Les nouvelles entreprises commerciales qui voient le jour au XIX<sup>e</sup> siècle (14) seront de plus en plus perçues comme des entités autonomes et comme des individus au titre de personnes morales. Et l'on justifiera l'autonomie de ces nouvelles corporations – des entités économiques – vis-à-vis de l'État en ayant recours à la distinction public/privé que l'on justifiera à son tour par le concept du marché – un concept économique.

Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, on était parvenu à légitimer le concept du marché en faisant jouer la distinction public/privé (15). Selon la théorie économique classique, le marché existe indépendamment de l'État et ses activités sont naturellement réglementées par une main invisible. Le marché est donc du ressort du domaine privé et l'État doit justifier son intervention dans le marché afin de perturber le moins possible son bon fonctionnement. Le rôle de l'État doit se limiter à assurer une égalité formelle entre les joueurs et à les laisser libre de poursuivre leurs objectifs. D'après cette conception des choses, l'activité économique et le droit commercial relèvent du domaine privé. Les corporations font partie du domaine privé et elles en tirent des conséquences très avantageuses; au nom de la liberté et de l'égalité, elles parviennent à limiter le contrôle étatique des rapports commerciaux, manœuvre considérée comme une intrusion dangereuse dans le domaine des rapports privés (16).

La volonté des tribunaux de concevoir les corporations comme des individus disposant d'une autonomie et d'une existence distincte (17) culmine par une interprétation de l'expression « chacun » dans la Charte comme comprenant les corporations, leur permettant ainsi de bénéficier des droits et libertés garantis par la Charte (18). En étendant l'application de la Charte aux entités commerciales, la Cour ne faisait qu'appliquer la doctrine de l'égalité des individus – la Cour ayant déjà conçu les corporations comme des individus – et cela devait conduire à la protection constitutionnelle du

(14) Au Canada, les premières lois créant les corporations de type moderne datent du mi-XIX<sup>e</sup> siècle.

(15) Voir Karl POLANYI, *La Grande transformation. Aux Origines politiques et économiques de notre temps*, trad. par Catherine MALAMOUR, Éditions Gallimard, 1983.

(16) Voir Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5<sup>e</sup> éd., New York, N.Y., Aspen Law and Business, 1998. Le mouvement droit et économie voit dans l'activité du marché le mécanisme régulateur qui détermine la démarcation de l'activité publique — ce domaine où l'état peut légitimement intervenir pour réglementer les comportements des individus — de l'activité privée — ce domaine où l'ingérence de l'état dans la vie privée est interdite. Le concept de marché — et ses éléments corollaires de liberté, égalité et individualité — est pris comme une donnée naturelle et, en vertu de cette donnée naturelle, le mouvement droit et économie croit pouvoir déterminer l'activité légitime et illégitime de l'état.

(17) *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, [1897], *Appeal Cases* (Royaume-Uni), p. 619 (Chambre des Lords).

(18) *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2, *R.C.S.*, p. 145.

discours commercial. Les entités idéales, créées en vertu de dispositions législatives et elles-mêmes des produits de la pensée économique, deviennent titulaires de droits au même titre que les personnes physiques. La logique libérale venait ainsi desservir les intérêts du pouvoir économique dominant.

En plaçant les corporations sur le même pied que les personnes, la Cour oublie qu'elles sont inégales, celles-là possédant un pouvoir économique leur conférant un très grand poids politique. Aujourd'hui, parmi les cents entités économiques les plus importantes, il y a plus de corporations que d'états. Au mieux, la distinction public/privé peut seulement reproduire plus ou moins bien l'agencement des institutions politiques et juridiques d'une société et d'une économie constituées d'unités dont la taille est relativement petite. Il devient de plus en plus difficile de faire la distinction entre le pouvoir privé et le pouvoir public au fur et à mesure que le pouvoir économique se concentre dans des entreprises commerciales de plus en plus grandes (19).

La distinction public/privé est non seulement un outil que l'on utilise pour analyser les problèmes que l'on doit résoudre dans l'application des droits de la personne, mais aussi un outil qui va privilégier des solutions plus favorables aux pouvoirs économiques et politiques dominants. La neutralité dont se targue le libéralisme lui permet de mieux faire accepter les résultats auxquels il aboutit en leur donnant un vernis d'objectivité et de nécessité. La distinction public/privé facilite une explication et justification des inégalités comme le résultat des choix libres des individus et non des actions de l'état, oubliant que c'est l'état qui légitime ces inégalités. Et l'interprétation des droits de la personne se fait en tenant pour acquis ces inégalités. Le libéralisme se limite à une égalité formelle — un traitement égal par l'administration et la législature selon l'article 15 de la Charte — et ne revendique jamais une égalité des conditions sociales individuelles.

Les corporations sont créées conformément à des lois qui rendent leur existence juridique possible et leur existence juridique continue n'est possible qu'aussi longtemps que le droit le permette (20). Les activités des corporations et les effets qu'elles ont sur le milieu socio-économique sont ainsi rendus possibles par le droit. Il devient alors difficile de maintenir l'idée que la corporation relève du droit privé; en effet, elle doit son autonomie « privée » à la bienveillance du droit « public ». La distinction public/privé agit comme un bouclier qui protège les corporations et qui fait obstacle à un questionnement en profondeur sur les corporations en tant que titulaires de droits (21). Puisque les corporations sont titulaires de droits constitutionnels

(19) Et le pouvoir aujourd'hui met progressivement en place des institutions supranationales, telles que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), pour faire valoir des droits « privés » sur des entités « publiques », les États.

(20) Par exemple, *Loi sur les corporations canadiennes*, L.R.C. (1985), Ch. C-44.

(21) Voir par exemple, *La Reine. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985], R.C.S., p. 295, où la Cour reconnaît des droits — des garanties juridiques en matière pénale — à une corporation.

au même titre que les citoyens, tout questionnement sur leur inégalité économique, ainsi que sur la réalité des rapports dominants/dominés, se trouve effectivement escamoté. La distinction public/privé au cœur d'une conception libérale des droits de la personne appuie une égalité formelle au prix d'une égalité de fond et le maintien de la structure dominant/dominé, des relations de pouvoir traditionnelles.

### C. - *L'expression commerciale*

Dans l'arrêt *Ford*, la Cour a reconnu que la Charte protège l'expression commerciale. Elle a jugé que la langue n'est pas tout simplement un moyen d'expression mais aussi un moyen par lequel un peuple exprime son identité culturelle et par lequel une personne exprime son individualité (22). Quant à l'expression commerciale, elle permet aux individus de faire des choix éclairés dans le domaine économique, un aspect important dans la réalisation de sa personne et de son autonomie (23). Selon la Cour, la langue joue un rôle de premier ordre dans la constitution de la personnalité et dans l'exercice du libre choix et doit alors jouir d'une protection constitutionnelle. Elle accorde ensuite cette même protection constitutionnelle à l'expression commerciale.

Or l'expression commerciale n'est pas constitutive de la personnalité humaine (24). Elle l'est vraisemblablement pour la corporation dans une économie de marché. Puisqu'on a déjà reconnu que la corporation est une espèce des individus bénéficiant des droits inscrits dans la Charte, on peut brouiller la différence capitale qui existe entre l'expression commerciale et l'expression individuelle, traiter celle-là comme une sous-espèce de celle-ci et lui reconnaître la protection accordée par la Charte. L'élévation de l'expression commerciale au niveau d'un droit fondamental s'inscrit dans la logique public/privé qui conçoit la corporation comme relevant du domaine privé et donc digne de la protection du droit contre l'ingérence de l'état.

Dans *Irwin Toy* (25), la Cour s'est fortement appuyée sur son raisonnement utilisé antérieurement dans la cause *Ford*. Elle réaffirme son soutien envers la liberté d'expression comme élément indispensable dans une société libre et démocratique, une valeur fondamentale pour l'individu et la société. Si d'un souffle elle proclame que la liberté d'expression est « tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu » (26), elle oublie par contre qu'une corporation n'est pas un être humain mais seulement une création de l'activité juridique humaine. Si la

(22) *Ford*, *ibid.*, p. 748

(23) *Ibid.*, p. 767.

(24) Allan HUTCHINSON, *op. cit.*

(25) *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1, *R.C.S.*, p. 927.

(26) *Ibid.*, p. 969, citant *Switzman c. Elbling*, [1957], *R.C.S.*, p. 306 (le juge Rand).

liberté d'expression est nécessaire pour l'« enrichissement et l'épanouissement personnels » en tant que fin en soi ou autre (27), l'« enrichissement et l'épanouissement » de la corporation est uniquement d'ordre économique (28). La confusion de deux entités distinctes sous la rubrique d'individu rend possible l'oubli de leurs différences et justifie l'attribution de qualités propres à la personne humaine à un construit de l'activité humaine.

Selon la théorie libérale des droits, la dignité de la personne humaine exige qu'une sphère d'activité soit protégée contre l'ingérence de l'état. Afin de déterminer ces domaines où l'état peut intervenir, le libéralisme imagine une distinction entre le public et le privé; désormais, on contrôlera rigoureusement l'action de l'état lorsqu'elle touche le domaine privé. Tombent sous la rubrique du privé le marché et les corporations et derechef ils bénéficient des droits libéraux. Mais la distinction public/privé reproduit le paradigme fondateur qui privilégie une certaine conception du monde et les intérêts qui en profitent. Et la pratique elle-même nous conduit à remettre en question la possibilité d'un fondement absolu ou nécessaire aux droits fondamentaux.

## II. — LA THÉORIE

Notre approche à la pratique des droits fondamentaux cherche à déconstruire la structure d'une certaine pratique contingente des droits fondamentaux afin de retrouver les éléments composant leur signification. Or il appert qu'il n'y a aucune nécessité dans ces éléments; ils reproduisent le rapport de force traditionnel. La découverte de liens entre l'interprétation juridique du contenu des droits fondamentaux et les intérêts économiques du groupe politique dominant doit nous appeler à rejeter nos façons trop faciles de penser le monde. Quelles sont les conséquences de cette approche à la pratique pour la théorie des droits fondamentaux ?

L'herméneutique des droits fondamentaux est contingente sur une série de facteurs qui déterminent leur signification. Afin de comprendre pourquoi une interprétation s'impose, nous devons dévoiler l'archéologie des concepts explicatifs des droits fondamentaux dont l'explication semble aller de soi. Mais si l'herméneutique des droits fondamentaux ne connaît pas de contrainte en soi ou objective, sommes-nous libres de leur donner n'importe quelle interprétation que nous voulons ? Leur sens et leur étendue dépendraient-ils uniquement de la subjectivité ? Les droits fondamentaux voudraient-ils dire tout simplement ce que n'importe qui peut vouloir qu'ils disent ? L'exercice herméneutique connaît-elle des limites ?

(27) *Ibid.*, p. 979.

(28) Par contre, la Cour reconnaissait que la corporation ne pouvait pas se prévaloir des libertés prévues à l'article 7 de la Charte sur le droit à la vie, la liberté et la sécurité de la personne.

Il faut reconnaître que l'exercice herméneutique n'a jamais lieu dans un vide; il se produit toujours dans un contexte qui est déterminé par la communauté (29). Ce contexte est composé de données sociales, politiques et économiques entre autres qui ensemble forment le paradigme d'interprétation de la communauté. Si l'auteur d'une nouvelle interprétation veut qu'elle soit acceptée, elle doit se situer dans un contexte que la communauté puisse accepter ou puisse éventuellement être convaincue d'accepter en vertu d'une modification à son paradigme d'interprétation ou d'un nouveau paradigme; sinon l'interprétation proposée sera rejetée. C'est la communauté qui détermine le contexte à l'intérieur duquel l'interprétation éventuelle aura lieu, qui détermine le sens et la portée des droits fondamentaux. Et c'est cela qui s'est produit dans l'interprétation de la Charte. Le paradigme fondateur du libéralisme qui s'exprime à travers la distinction public/privé a déterminé les limites de l'interprétation possible de ces droits. Les limites de l'interprétation ne se trouvent pas dans la nature des droits fondamentaux – ils n'en ont pas – mais dans la communauté. Ce n'est pas par référence à un objet transcendant que l'on peut déterminer si une interprétation est valide ou non (30). Ce n'est que par référence à un paradigme d'interprétation. Au pire nous pouvons seulement dire qu'une interprétation n'a pas réussi à nous persuader pour certaines raisons en fonction du paradigme d'interprétation à l'intérieur duquel nous fonctionnons.

Il en va de même pour les droits de la personne et ce qui constitue une interprétation valide de leur étendue. Lorsque nous nous demandons si une situation particulière tombe sous le coup d'un droit, nous ne pouvons pas le dire de façon objective ou apodictique. Une justification peut être plus ou moins persuasive, plus ou moins acceptable. Une interprétation acceptable à un moment par la communauté peut se voir rejeter plus tard au fur et à mesure que ces valeurs évoluent au gré des circonstances. Et une interprétation des droits de la personne peut être acceptable dans une communauté et inacceptable dans une autre car les paradigmes qui déterminent les limites de l'acceptable dans l'interprétation diffèrent dans l'une et l'autre communauté. La conversation de ces deux communautés se fonde sur des bases et des valeurs différentes. En effet, le paradigme d'interprétation est contingent et variera de communauté en communauté en fonction de ses valeurs et de ses croyances.

(29) Voir Stanley FISH, *Doing What Comes Naturally : Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Duke University Press, Durham N.C., 1989; et *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1980.

(30) Sur l'impossibilité de trouver un fondement absolu pour les droits fondamentaux, voir notre texte « Personne, culture et droits : Polyphonie, harmonie et dissonance », in *Les Droits fondamentaux dans le monde francophone*, Jacques-Yvan Morin (dir.), Éditions Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 121-135.

La signification des droits est elle-même contingente et ne peut être déterminée de façon absolue; elle dépend de la communauté. Des variations dans leur signification à l'intérieur de la communauté est toujours possible et diverses personnes peuvent entretenir des positions différentes sur leur étendue. C'est le débat ou la conversation qui caractérise l'étendue de la signification des droits, et ce débat peut avoir lieu à deux niveaux, soit à l'intérieur du paradigme d'interprétation, soit à l'extérieur du paradigme d'interprétation. Dans le premier cas, le débat porte sur une modification aux droits de la personne dont le paradigme d'interprétation peut s'accommoder; dans le deuxième cas, il porte sur le paradigme d'interprétation lui-même – soit sur sa modification, soit sur son remplacement par un nouveau paradigme – afin de lui permettre de légitimer une nouvelle interprétation des droits de la personne et de s'appliquer à des situations qui tombaient en dehors de son domaine d'application.

Selon cette approche aux droits de la personne, leur étendue dépend plutôt de la communauté et du paradigme d'interprétation auquel elle a recours, consciemment ou inconsciemment, pour déterminer leur application. Donc, lorsqu'un débat surgit sur l'application éventuelle des droits de la personne à une situation particulière, il faut avoir recours aux outils de la rhétorique. Il y a de multiples communautés qui participent à ce débat, la communauté pouvant être, par exemple, soit une communauté de spécialistes en droit, soit une communauté ayant un intérêt particulier dans la solution éventuelle adoptée, soit la communauté sociale et politique formant le pays, soit une communauté internationale. Il faut connaître les paramètres du discours de la communauté et maîtriser les différents registres – technique, juridique, social, politique, économique – dans lesquels le discours a lieu. La conversation à l'intérieur d'une communauté particulière n'a pas de limite en soi; elle est déterminée par la communauté et ses participants connaissent les limites de la conversation, le contexte à l'intérieur duquel leur discours a un sens pour les autres membres de la communauté. Dans le cas d'un différend, c'est ce contexte et ces limites qui forment les arguments qu'ils utilisent et qui déterminent leur degré de validité et de légitimité. Les communautés ne sont pas des vases clos mais des vases qui communiquent entre eux et les structures de signification qui fonctionnent dans une communauté peuvent avoir des effets réciproques les uns sur les autres (31). Des transformations dans le paradigme d'interprétation d'une communauté peuvent avoir des effets profonds sur ceux utilisés par les autres communautés. Ainsi le paradigme d'interprétation de la communauté peut influencer sur celui de la profession juridique et le conduire à se remettre en question et se modifier.

(31) Voir YADH BEN ACHOUR, *Normes, foi et loi, en particulier dans l'Islam*, Cérés Production, Tunis, 1993, et *Politique, religion et droit dans le monde arabe*, Cérés Production, Tunis, 1992.

Or se prononcer sur le caractère acceptable d'un argument lors d'un différend n'est pas une question de logique pure; l'argument s'insère dans le cadre d'une structure de normes et de valeurs et leur fait appel. Il n'y a pas un argument qui est vrai ou faux en tant que tel et la qualification du raisonnement comme vrai ou faux a plutôt une valeur rhétorique en fonction d'un paradigme d'interprétation; c'est un appel à accepter ou rejeter un mode de raisonnement, un discours particulier, et cette technique fait partie des outils de persuasion auxquels l'auteur a recours afin de convaincre son auditoire, les autres membres de la communauté, de la validité de son argument. En effet, la mise en jeu de l'arsenal de la rhétorique a comme objectif la persuasion. L'argument sera efficace – c'est-à-dire accepté – en fonction de sa valeur persuasive auprès de la communauté à laquelle il s'adresse. Et l'acte de persuasion a pour objet d'élargir, de restreindre ou de modifier le paradigme d'interprétation auquel on a recours pour décider de la validité d'un argument. L'assimilation du paradigme d'interprétation et son utilisation acceptable résulte lui-même d'un processus de socialisation où l'on apprend les limites de l'acceptable (32).

Un appel aux droits de la personne se déconstruit dans un acte de rhétorique et se révèle ainsi comme relevant plutôt de la politique que de la logique juridique. Du point de vue du droit, les outils de la discipline juridique sont utilisés pour démontrer objectivement auprès de la communauté le bien fondé de la solution préconisée. Mais à un niveau irréfléchi, il appert que ces outils ont plutôt une fonction politique; ils sont utilisés pour dévaloriser les arguments qui s'opposent à l'interprétation proposée et pour faire valoir un paradigme d'interprétation qui légitime l'utilisation des outils de la technique juridique pour la fin préconisée. Au plus profond de lui-même, l'herméneutique juridique se révèle être de l'ordre de la politique, la mise en place d'une structure de valeurs et de leur interprétation pour gérer la vie en commun de la *polis*. En fin de compte, elle se légitime en fonction de son succès éventuel, dans la mesure où elle réussit à se faire accepter par les autres membres de la communauté et de devenir le nouveau paradigme d'interprétation. Elle est persuasive si elle est acceptée et si elle réussit à promouvoir et implanter le but qu'elle recherche (33).

Le paradigme d'interprétation qui sort vainqueur de cet exercice reflète des rapports de pouvoir entre les dominants et les dominés. La plupart du

(32) La Faculté de droit est une institution qui socialise les étudiants et étudiantes dans le contexte herméneutique juridique d'un État. L'étudiant réussit ses études dans la mesure où il comprend les limites tracées par le paradigme d'interprétation utilisé par le système juridique de son État et peut reproduire le paradigme lors de ses examens. Cf. Michel FOUCAULT, *L'Ordre du discours*, Gallimard, Paris, 1971.

(33) Tel est le cas des homosexuels. Avec le temps, leurs arguments ont réussi à convaincre la communauté, ou certains joueurs clefs, d'étendre la portée du paradigme d'interprétation et ainsi se sont vu reconnaître un droit à la différence par la réinterprétation du concept d'égalité. Voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1. R.C.S., p. 493.

temps, ce sont les intérêts de la classe dominante qui prédominent dans la détermination de l'interprétation acceptable. L'interprétation des droits de la personne n'est pas une activité qui est découpée des rapports de pouvoir, même si les intérêts de la classe dominante ne sortent pas toujours vainqueurs de l'épreuve herméneutique. L'appel aux droits de la personne qui a caractérisé les Révolutions américaine (1776) et française (1789) servait aussi à promouvoir les intérêts de la nouvelle bourgeoisie commerçante en sauvegardant leur propriété et leur liberté et en favorisant la mise en place d'un système de gouvernement sensible à leurs objectifs économiques. En effet, le régime capitaliste n'est pas étranger à une certaine forme des droits de la personne, celle prônant la liberté et l'individualité formelle. La théorie veut que la main invisible du marché libre détermine l'échange des biens et des services ; par l'opération de ce marché efficace, les parties peuvent déterminer le meilleur prix pour l'achat et la vente de leurs biens et services. Cette efficacité n'est possible que si les parties peuvent connaître l'état du marché et communiquer librement entre elles. Ainsi une revendication pour la liberté de l'expression au nom de l'autonomie individuelle peut plutôt servir les intérêts de l'ordre économique. La notion de l'égalité individuelle dessert aussi très bien cet ordre économique lui permettant d'utiliser la rhétorique de l'égalité comme un bouclier contre des interventions éventuelles d'autres joueurs qui cherchent à limiter son pouvoir.

### III. – UNIVERSALITÉ ET DIVERSITÉ

Comment alors, devant la diversité culturelle et le relativisme des idéologies, pouvons-nous espérer parvenir à établir la suprématie des droits fondamentaux ? Il faut d'abord bien cibler son objectif qui n'est pas nécessairement la mise en place de l'idéologie des droits fondamentaux. Il faut plutôt se pencher sur le paradigme fondateur d'une société particulière et se demander ce qui, dans une perspective culturelle, légitime le refus des droits fondamentaux. Ensuite, il faut travailler pour miner ces structures de pensées traditionnelles. Or celles-ci sont soutenues par l'éducation – le processus de socialisation qui inculque les valeurs traditionnelles – et par l'économie – les facteurs qui déterminent l'existence matérielle d'une société particulière.

L'exhortation de respecter la conception occidentale des droits fondamentaux est sans portée dans une société qui ne possède pas une conception libérale du monde. Comment alors instituer les droits de la personne dans un monde plurivoque ? Le discours des droits de la personne n'est pas un discours transformateur sur le terrain ; les transformations éventuelles ne peuvent s'opérer et s'intégrer au système de valeurs qu'à partir d'autres changements. Il faut d'abord penser à l'éducation car celle-ci fournit les outils pour libérer les individus des structures de pensées qui caractérisent leur processus de socialisation et définissent leur culture. L'éducation rend

possible l'acquisition d'une nouvelle raison autonome, source de la vérité et possibilité de la séparation de la religion et de l'état. Cette transformation dans le mode de concevoir les structures de signification du monde par l'éducation devra s'opérer sur plusieurs générations. L'implantation des droits fondamentaux est le fruit d'un long travail qui a elle-même exigé plusieurs siècles en Occident.

Il faut aussi miser sur l'économie et le développement économique des sociétés. Le développement économique est un puissant outil de transformation matérielle des rapports sociaux; il permet la transformation des rapports traditionnels avec son travail, le produit de son travail, sa famille et sa communauté. Le développement économique va faciliter l'implantation d'un nouveau régime de rapports entre les individus où la conception occidentale des droits de la personne pourra devenir un facteur dans l'interprétation de la nature même de ces rapports.

L'éducation peut faciliter la modification des structures de l'existence intellectuelle, et le développement économique la modification des structures de l'existence matérielle. Ce ne sont pas les deux seuls facteurs, mais ce sont parmi les plus importants car avec le temps ils ont le pouvoir de donner de nouvelles orientations à une société. Et ces nouvelles orientations ne s'imposent pas du jour au lendemain; il a fallu une période de plus de 500 ans pour que l'Occident se forme à l'idéologie des droits de la personne, et il l'a fait en commençant avec certains outils nécessaires – par exemple l'autonomie de l'individu et de la raison, la possibilité théorique de la séparation de l'état et de la religion – déjà en place. Le drame des pays du Sud c'est qu'ils doivent faire leur propre apprentissage des droits de la personne sous les feux braqués de l'Occident et dans une période de temps limité. Ils sont appelés à vivre, à l'intérieur de quelques générations seulement, des modifications profondes dans leur conception du monde avec toutes les perturbations que cela comporte.

La mise en œuvre des droits fondamentaux résulte en fin de compte d'une action politique car ils doivent leur existence à la revendication. La reconnaissance de la diversité culturelle et de la relativité de l'idéologie des droits fondamentaux ne signifie pas pour autant que l'Occident doit alors se taire devant leur violation. Précisément parce que les droits fondamentaux ressortent de l'action politique, il importe que l'on relève ces instances de violation, que l'on en parle et en discute, car les droits fondamentaux sont une nouvelle conception des rapports humains qui ne cadre pas avec les structures héritées du passé et la conversation est un des moyens d'éducation et de transformation des rapports de force traditionnels.

Pour conclure, la théorie joue un apport de base dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. Elle nous permet de comprendre les valeurs en jeu dans l'adoption de certaines solutions plutôt que d'autres et comment ces solutions ne sont aucunement nécessaires mais peuvent être comprises

comme renforçant les rapports dominant/dominé existants. Poussant plus loin l'exercice de déconstruction, la théorie nous permet de comprendre pourquoi la relativité des droits fondamentaux s'insère dans une perspective herméneutique du monde et de la connaissance. Enfin, la théorie nous permet de repérer les éléments constitutifs d'une vision herméneutique particulière, d'identifier comment ils fonctionnent, et de cibler des activités qui conduiront à leur mise en œuvre. Ou de façon plus prosaïque, l'approche théorique (34) nous permet de mieux comprendre l'échec de l'idéologie des droits fondamentaux devant le fait de la diversité culturelle tout en nous fournissant les armes pour gagner le combat sur le terrain politique, là où il compte.

\*

\* \*

(34) Nous présumons que, d'un point de vue épistémologique, la théorie est possible.

**Le droit dans le monde indigène :  
quelle importance ?  
Théorie occidentale et pratique mélanésienne**

PAR

IAN FRASER

PROFESSEUR, ÉCOLE DE DROIT  
UNIVERSITÉ DU PACIFIQUE DU SUD

I. – LÀ OÙ LE DROIT NE CONNAÎT PAS  
LA POLITIQUE

Pourquoi est-il si difficile d'enseigner la théorie du droit occidentale dans un contexte mélanésien (1) ? Cette question, qui constitue le thème de cet exposé, par sa réponse appelle deux autres thèmes. La coutume – l'on dit *kastam* – constitue un pluralisme juridique singulièrement mélanésien ; et, avec le droit formel, la coutume produit un dualisme juridique singulièrement mélanésien.

À la différence de ce qui se produit en Occident, nous n'avons pas vraiment affaire à une pluralité de croyances ou de valeurs, mais plutôt de fidélités ou d'affinités. Le pluralisme se forme à partir de l'acceptation de ces multiples affinités à l'intérieur d'un cadre formel gouvernemental partagé au niveau national. Quant au dualisme, il se situe entre les systèmes de droit rattachés à toutes les affinités, d'une part, et le droit rattaché à ce cadre national, d'autre part.

Il est question donc du lien entre ces deux qualités, le dualisme et le pluralisme. La *lingua franca* de la Papouasie Nouvelle-Guinée, le pijen (ou *Tok Pisin*, en pisin), est de fait un créole soutenu d'un vocabulaire en grande

(1) Je généralise de la Papouasie-Nouvelle-Guinée à la Mélanésie. La PNG se situe au nord de l'Australie, au sud-est de l'Indonésie, au bord du domaine pacifique des peuples mélanésiens. Environ un tiers des Mélanésiens vivent ailleurs : dans la moitié occidentale de l'île de la Nouvelle-Guinée, jadis la Papouasie de l'Ouest et maintenant l'Irian Jaya, occupée par l'Indonésie ; dans les pays-îlots des Iles de Solomon, le Vanuatu, et la Nouvelle-Calédonie ainsi que le Fiji. Ces divers endroits possédaient des cultures semblables au moment du contact européen, sauf le Fiji, mélanésien en termes ethniques mais polynésien en termes culturels.

Aujourd'hui les généralisations culturelles de la PNG sont plus ou moins justifiées pour les Solomons et le Vanuatu, les deux héritiers du colonialisme d'expression anglaise et doués d'une variété de populations autochtones – la PNG avec sa population de quatre millions compte environ 700 langues indigènes, à peu près la moitié du total des langues indigènes du monde ; mais les 100 000 personnes du Vanuatu parlent 100 langues différentes.

partie anglais et d'un mélange des grammaires de la Nouvelle-Guinée. Dans cette langue, il n'y a qu'une préposition apte à dire à la fois « à » et « de » (ainsi que « vers » et « sur ») : *long*. Dualisme *long* pluralisme, voilà la théorie mélanésienne du droit.

L'enseignement d'un cours en philosophie du droit à l'Université de la Papouasie Nouvelle-Guinée fut à l'origine de cette réflexion. Sa faculté de droit offre une licence en droit (LL.B.) avec un cursus standard en common law qui convient à un régime juridique dont les institutions et les lois sont modelées sur l'Australie (Queensland), l'ancienne métropole coloniale. Son régime juridique se distingue formellement de l'Australie – de la tradition de la common law entière – par une constitution, adoptée lors de son accession à l'indépendance en 1975 ; mais la Constitution adopte expressément la common law de l'Angleterre comme le droit commun de la PNG (sujet aux conditions discutées ci-dessous).

Le cours avait une orientation assez orthodoxe : la supposée autonomie du droit vis-à-vis des forces sociales et politiques. En fonction de ce pivot intellectuel autour duquel l'enseignement s'articulait, le cours, comme prévu, a déconstruit les grandes écoles de la philosophie du droit retrouvées dans toute source moderne : le droit naturel, le positivisme juridique, le marxisme, le droit et l'économie, le réalisme juridique et les héritiers de la déconstruction, les *critical legal studies* et le féminisme. Leurs penseurs entretenaient des doutes sur l'autonomie des décisions et des règles juridiques face au restant de la société ; chaque école semblait marquer un point duquel on pouvait cerner le droit de la PNG (2).

Les différents points de vue sont valables, mais je doute que la déconstruction ait jeté beaucoup de lumière sur la situation du droit en Mélanésie.

La philosophie occidentale du droit veut permettre au lecteur – quelle que soit sa conclusion quant au vrai degré d'autonomie du droit – de saisir la présence du social dans le juridique. Le droit est-il en partie universel, en partie civil, l'une décrétée du ciel et l'autre légiférée par des préférences humaines *éphémères* ? Les normes juridiques devraient-elles être évaluées seulement selon leurs propres termes, de sorte qu'une mauvaise loi puisse être loi *valide* ? Est-ce que l'égalité face à la loi transforme les individus en produit de base comme le fait le marché du travail, les deux au service du *capital* ? Les décisions judiciaires rationalisent-elles simplement des résultats *économiquement efficaces* prévisibles ? Enfin, le droit est-il plus que la

(2) L'héritage de la philosophie du droit occidental, tel qu'enseigné par la tradition anglo-américaine (*jurisprudence*), formait mon cadre théorique. Je cherchais à le présenter de façon à permettre une comparaison utile entre lui, le *kastam* mélanésien et le système juridique de la PNG actuelle. L'autonomie du droit vis-à-vis de la moralité, des sciences économiques, de la politique et de la rhétorique était à l'étude. Nous nous demandions si le droit était vraiment distinct de ces autres forces et entreprises – comme nous le prétendons tous les jours avec tant de sincérité – et quels rapports il entretenait avec elles. Ce fil d'or relie Socrate à Foucault.

politique et l'administration portant des toges – pouvons-nous même parler de règles ou de droits contraignant nos choix ?

Cependant, imaginez-vous que vous n'avez jamais considéré le droit comme autonome, indépendant, distinct et que, étant donné votre droit, cela est tout à fait raisonnable. Selon vous (et ce raisonnablement), la seule sorte de droit qui semble être autonome, indépendant, distinct, est le droit occidental, le type même de droit dont ces philosophes essaient de rendre clair l'aspect politique, économique, etc. Voilà la situation de la PNG.

La distinction droit/politique, le genre de symbiose (ou d'« autonomie relative ») qui fonde la philosophie juridique occidentale, s'est refait une unité et une identité en PNG qui ne sont aucunement problématiques. Le droit se distingue de la politique lorsque le terme « droit » signifie le droit formel ; le droit n'est qu'un aspect de la politique lorsque le terme signifie le *kastam*. Comment cela s'est-il produit ?

## II. – ACTIVISTES EN FAVEUR DU POSITIVISME

Il faudrait peut-être plutôt dire : comment cela se maintient-il ? Le maintien actif de ce dualisme semble faire partie d'une politique délibérée de la part des juges de la PNG. Le positivisme qui, soi-disant, caractérise cet ordre judiciaire a fondé plusieurs critiques. L'on reproche aux tribunaux leur adhésion à la jurisprudence étrangère, leur manque d'imagination en appliquant des règles d'interprétation statutaire orthodoxes, leur refus d'intégrer la *kastam* – généralement, devant leur hésitation à relever le rôle créateur dans le nouveau monde de la jurisprudence mélanésienne que leur donne assez clairement la Constitution de l'indépendance de 1975 (3) – d'où ressort une contradiction logique qui caractérise la critique.

Il est vrai que la Constitution ordonne aux cours de forger du droit nouveau au delà du droit colonial et de la common law d'outre-mer, et de le faire avec imagination. D'une manière soigneuse, pour ne pas dire obsessionnelle, elle décrit, d'abord, comment les juges devraient produire le droit qu'ils sont censés produire et, ensuite, elle présente un ensemble de droits et de pouvoirs réparateurs étrangers à la common law. Si l'on devait appliquer la Constitution telle qu'écrite, elle ne pourrait que promouvoir la création d'un droit libéré de la jurisprudence héritée.

Selon la hiérarchie des lois présentées, après la Constitution elle-même et la législation, la *kastam* est la source la plus élevée du droit. Conçue de façon dynamique, elle est définie comme les coutumes et les pratiques des autochtones quant au sujet en question, à un moment et dans un lieu donnés, n'im-

(3) Notamment, et clairement, par Jean ZORN, « Common Law, Jurisprudence and the Customary Law », dans R. JAMES et I. FRASER (dir.), *Legal Issues in a Developing Society*, UPNG, Port Moresby, 1992, p. 103.

porte que la coutume ou la pratique n'ait pas toujours existé. L'on adopte la common law d'Angleterre telle qu'elle existait au moment de l'indépendance, soit le 16 septembre 1975, mais elle devient sujette à la *kastam* ainsi qu'à une évaluation judiciaire de son applicabilité et de sa commodité pour le pays. La même évaluation s'applique à la *kastam*. Prévoyant les situations où ni la common law ni la *kastam* n'offre une solution applicable et convenable, on décrit ensuite soigneusement un pouvoir judiciaire créateur de droit. De ces trois sources un jet commun, appelé *the underlying law* (un néologisme au sens de « droit fondamental »), doit traverser les cours supérieures comme un droit coutumier propre à la PNG (4).

Mais insister sur ces points, c'est insister que la magistrature critiquée adopte une interprétation particulière, c'est déplorer un corps de jurisprudence pour infidélité au texte législatif. Enfin c'est reprocher aux cours finalement de ne pas être positivistes. Elles n'appliquent pas la loi constitutionnelle telle que rédigée. Par ce reproche le positiviste s'oppose au réaliste.

Les cours sont en effet positivistes mais dans un autre sens. La théorie « déclaratoire » de la common law, la notion que la common law ne change jamais, qu'elle est plutôt déclarée (indiquée) plus clairement avec chaque décision, est affirmée sans gêne – une naïveté superficielle maintenant rare

(4) Ces dispositions sont détachées du corps même de la Constitution et se retrouvent dans des Annexes parce qu'elles attribuent au Parlement le devoir primaire de créer le droit, y compris notamment une politique au sujet de l'intégration de la *kastam* dans le droit fondamental. En particulier, les Annexes devraient guider les tribunaux jusqu'à ce que le Parlement légifère sur l'intégration de la *kastam* (art. 20(2), *Constitution de l'État indépendant de la Papouasie-Nouvelle-Guinée*, ch. 1). Le Parlement n'a pris aucune mesure à cet égard.

Selon l'Annexe 2.1, « la coutume est adoptée, et sera appliquée et imposée, en tant qu'élément du droit fondamental », conformément à la législation nationale et dans la mesure où elle n'est pas irréconciliable avec les principes généraux de l'humanité. Cette disposition renvoie au test de l'irréconciliabilité retrouvé dans la Loi portant sur la reconnaissance des coutumes indigènes. Or cette loi, adoptée lors de l'ère coloniale, est adoptée comme législation de l'État indépendant, mais sans le terme « indigène ».

Selon l'Annexe 2.2, « les principes et les règles qui formaient, juste avant le jour de l'Indépendance les principes et les règles [*sic*] de la common law et de l'*equity* de l'Angleterre sont adoptés, et seront appliqués et imposés en tant que droit fondamental, sauf si, et dans la mesure où, [ils contredisent la législation nationale ou sont inapplicables ou ne sont pas propres au pays, ou] dans leur application à toute matière particulière ils sont contraires à la coutume telle qu'adoptée ». Même lors d'une lecture *a contrario* exigeant une définition du terme « principe » (fourni à l'Annexe 1.6), il est clair que la priorité est accordée à la coutume.

Selon l'Annexe 2.3, qui donne un ensemble de sources acceptables, les tribunaux doivent créer du nouveau droit dans les cas où « il semble n'y avoir aucune règle de droit qui est applicable et propice ».

La déclaration des droits couvre les grands sujets habituels et comprend une formule complexe pour l'évaluation de toute législation qui empiéterait sur ces droits. Or la Constitution ne s'arrête pas là, ces droits étant justiciables entre individus et non seulement comme des réclamations contre l'état. Elle continue en donnant aux juges un pouvoir discrétionnaire de suspendre des lois et de bloquer des actions administratives au nom de « la justice », créant de nouveaux recours lorsque cela convient.

ailleurs. Par exemple, le problème des règles de droit anglais qui ont été modifiées à la suite d'arrêts anglais depuis la date d'adoption est traité en distinguant les arrêts qui « remplacent » l'ancienne règle de ceux qui la corrigent. Si selon la décision anglaise l'ancien précédent était « erroné », c'est la nouvelle décision qui doit être considérée maintenant comme apte pour adoption par la PNG, selon la Constitution (5). Cette approche étaye une tendance d'« adhérence servile » à la jurisprudence étrangère (6).

Plus fondamentalement, le positiviste ne traite que le droit de l'État comme étant du vrai droit. Il en est ainsi chez les tribunaux de la PNG, malgré la Constitution, comme le précise Jean Zorn. En effet, pour les fins de la preuve, la coutume ne fait pas partie du droit national. Comme tout droit étranger, on doit la prouver comme question de fait. D'ailleurs dans l'arrêt de la Cour suprême enchâssant cette doctrine, le juge en chef Kidu suggéra que pour l'adoption en tant que droit fondamental sous l'Annexe 2.2, on doit prouver que l'on puisse retrouver la coutume dans « au moins la majorité des dix-neuf provinces ». Pour sa part, le juge Kapi déclara qu'avant de pouvoir adopter une coutume sur une question d'ordre général, elle doit être « commune à toutes les sociétés partout au pays » (7). On accepte depuis ces exigences de preuve et de quasi-universalité, ce qui rend la common law beaucoup plus accessible que la *kastam* aux juges et au barreau.

Mais le positivisme a un autre sens, tout aussi fondamental. Non seulement doit-on limiter le droit aux énoncés positifs, mais le rôle judiciaire doit se limiter à l'application de ces énoncés juridiques. (Le positivisme s'accorde beaucoup mieux du droit civil que de la common law, bien entendu.) Zorn déplore le modèle d'interprétation mécanique employé par les cours de la PNG avec la Constitution, mais l'on pourrait dire qu'aucun positiviste, mécanique (ou servile) à n'importe quel degré, ne pourrait lire l'Annexe 2 de la Constitution comme mettant sur un pied d'égalité la coutume et la common law. L'Annexe déclare que la common law est sujette à la coutume. Les égaliser, c'est tout aussi imaginaire qu'inventer un droit à l'avorte-

(5) *State v Pokia*, [1980] *PNG Law Reports* (dorénavant *PNGLR*) p. 97, le juge Kapi, siégeant lors de sa première année en tant que premier juge né en PNG. En tant que juge en chef associé et au nom d'une majorité de la Cour suprême, Kapi a renchéri; l'Annexe 2.2 emprunte de l'Angleterre « les principes purs du droit fait par les juges », *Mount Kare Holdings and Dibusa v. Akipe et al and PNG*, [1992], *PNGLR*, p. 60.

(6) Le terme cité a été utilisé par le juge en chef Amet, alors juge puisné, dans une critique de la jurisprudence de la PNG dans *Kekedo v. BP(PNG) Ltd.*, [1988-1989] *PNGLR*, p. 122.

(7) *SC Ref. No.4 of 1980 : In re Michael Somare*, [1981] *PNGLR*, p. 265 (*Somare*), pp. 272 et 288. Le juge Miles, de la majorité, semble d'accord avec Kapi (voir la note ci-dessous). Kapi et lui ont pris soin de préciser que « l'analogie » avec la coutume est une source autorisée du droit d'après l'Annexe 2.3, pour créer du droit fondamental et, qu'à cette fin, les restrictions retrouvées à l'Annexe 2.2 ne sauraient s'appliquer à la coutume (*Somare*, pp. 292 et 304). Mais depuis, Kapi lui-même, notamment dans l'arrêt *Resena* (voir la note 8, *infra*), semble avoir oublié cela.

ment – l'invention la plus célèbre de la Cour suprême des États-Unis – qualifié de décision intime personnelle, bénéficiant de la protection de la vie privée, dans le cadre du droit (textuel) à la « liberté ». Pourtant telle est l'approche générale des cours de la PNG : la common law et la coutume « existent côte à côte... le système double » (8).

On a raison de dire que les cours n'ont pas accepté le défi qui leur a été confié par les auteurs de la Constitution, qu'elles ont cherché la certitude avec la même fixité que des juges de tradition positiviste. Pourtant dans le contexte juridique de la PNG, c'est décrier l'activisme juridique. Les juges qu'ils soient les expatriés des années 70 ou les autochtones depuis ont refusé le rôle qu'impose une simple lecture de la Constitution.

Le défi que les juges ont relevé est de leur propre création : ils maintiennent une vision du droit vidée de toute trace politique, y compris la politique particulièrement controversée et hardie qui – d'après une simple lecture – fait partie de leur mandat constitutionnel. Ils n'intègrent pas la coutume dans la common law. Ils ne tirent pas des droits constitutionnels des normes de justice de fond et de politique équilibrée. Ils font peu pour développer une jurisprudence distinctive, mélanésienne ou autre, sur la base des injonctions de la Constitution de rendre la justice ou dans l'exercice de leur juridiction de droit fondamental. Mais ils ne pourraient pas prendre ces mesures sans accepter le visage et la responsabilité politique notoires dans les décisions de la Cour suprême américaine – même avec la légitimité, incontestable aux yeux des positivistes, accordée par les termes de la Constitution de la PNG.

Au lieu de cela, ils réussissent un exploit qui échappe à leurs modèles coloniaux : un rôle actif dans la politique de leur pays qui toutefois n'est pas vu comme « politique ».

(8) *Madaha Resena v. PNG* [1991] *PNGLR*, p. 180 (le juge en chef associé Kapi). Ainsi des parties – ou des demandeurs, s'ils ont une *kastam* reconnaissable peuvent en faire la preuve – ont un choix entre deux ensembles discrets de causes d'actions et de recours. Il y a une subtilité : la common law est telle qu'adoptée sous l'Annexe 2.2, filtrée pour des contradictions avec la *kastam*.

Le juge Amet n'était pas d'accord avec Kapi dans *Resena*, mais le troisième juge de ce banc de la Cour suprême, le juge Los, a accepté le double système pour l'instant ; les cours n'étaient pas en mesure de prendre une décision sur une question si importante qui n'était pas encore « bien arrêtée ». Le jugement du juge Los reconnaît les conséquences d'une simple lecture de l'Annexe 2 : « En Papouasie-Nouvelle-Guinée, la coutume devrait-elle régir chaque aspect de la vie, que ce soit du domaine des affaires ou du domaine du social, non couvert par la législation ? Et quelle coutume ? ».

Le juge Miles avait soutenu qu'on ne devait pas appliquer l'Annexe telle qu'écrite, épuisant la *kastam* avant même de considérer la common law, parce que cela imposerait « une lourde tâche sur les juges et les avocats qu'ils pourraient difficilement accomplir étant donné leur formation et leur expérience serait difficile de décharger », *Somare, supra*, pp. 303-304.

## III. – LA POLITIQUE ET LE DROIT FORMEL

Ce qui rend possible cet exploit est la qualité des institutions juridiques que même le critique le plus pénétrant du formalisme juridique doit concéder comme aspect autonome du droit : sa forme. Même dans cette culture avec sa tradition de masques, les perruques des juges, qu'ils portent toujours, sont un déguisement efficace.

La common law a donné aux sociétés de la PNG leur système juridique entier, leur barreau et la forme de leur législation (y compris la Constitution). « Introduit » (*introduced*) est le terme habituel utilisé pour décrire ces structures, et ainsi que la jurisprudence et les principes du droit qui leur sont apparentés (9). D'ailleurs, ils viennent de l'étranger. Mais souvent dans cette discussion, l'expression « formel » décrit le mieux ces structures car ce terme souligne leur signification fonctionnelle plutôt que leur provenance. Les institutions juridiques – barreau, banc, législation – maintiennent leur identité en tant que telles sans égard à la matière juridique qu'elles produisent, et sans égard à l'utilisation dont en fait les autres institutions sociales.

L'importance de cet aspect du système juridique réside dans son contraste au système *politique* national, également « introduit ». Le système politique a aussi une provenance étrangère, mais fonctionnellement sa signification dépend plutôt de sa matière. Ce qu'il produit, comme politique et, en effet, comme droit détermine la perception populaire dont on en a. Le système politique formel ne peut fonctionner sans la participation de gens à l'extérieur du système formel et ceux-ci ne sont pas obligés d'accepter les bornes originales des termes « introduits ».

Rien dans le système parlementaire n'empêche les électeurs d'ignorer les propositions législatives, ou ne contraint les candidats d'en faire, ou identifie les parlementaires aux partis politiques ou ces derniers avec leurs politiques. Rien, en effet, n'exige que la législature légifère. Le seul véritable arbitre du système politique parlementaire est l'électorat, et il se situe à l'extérieur du système en tant que tel. S'il ne réagit pas aux campagnes électorales, aux étiquettes et aux programmes partisans, ou aux bilans législatifs, leur rôle dépend que ces choses sont appelées à jouer dans le système dépérissent. Mais sans elles, il devient difficile de reconnaître le système politique comme celui qui a été introduit ; et ces dispositifs se sont fanés en PNG.

Lors des élections nationales les scrutins reflètent les affiliations tribales, voire même familiales, ou encore les effets promesses des transferts directs

(9) Le terme officiel serait « adopté ». Nous parlons de l'« introduction » plutôt que de la « réception » de la common law car le pouvoir colonial a introduit le droit ; la population autochtone ne l'a jamais reçue. La common law est demeurée aussi « exotique » qu'un animal importé.

de richesse plutôt que des lois. Les partis (et la plupart des candidats qui réussissent y sont affiliés) ne sont associées à des préférences idéologiques ou, d'une manière claire, ethniques; les députés restent rarement affiliés à un parti particulier pour plus de quelques années d'une carrière qui est généralement courte – à peu près la moitié des députés perdant leurs places lors d'une élection.

La scène parlementaire, gouvernements faits et défaits entre les élections plutôt que par les élections, ressemble à celle de plusieurs pays européens, mais ce sur une base électorale britannique plutôt que proportionnelle. Il est rare donc de l'appui pour un candidat (il y a deux femmes parmi les 107 hommes au parlement) frôle la majorité des voix de sa circonscription; plusieurs (une vingtaine en fait) ont reçu moins de 10 % des voix dans un scrutin local. Le député indépendant ou de périphérie ici ne représente pas 5 ou 10 % des voix nationales, comme ce serait le cas dans un système proportionnel ailleurs; il représente plutôt 5 ou 10 % des voix d'une localité qui ne se sont pas inspirées d'un programme législatif quelconque. Il incarne les espoirs de quelques milliers de gens pour des services. Lorsqu'il y a une douzaine ou une vingtaine d'adversaires de taille dans une circonscription, le candidat chanceux n'a pas besoin de l'organisation et de la promotion que lui offrait un parti politique, son rôle clé ailleurs. Notons que plus de 70 % de l'électorat est illettré, et peu de la population rurale (80 %) a un accès même occasionnel à la radio.

Les dispositifs introduits chez les tribunaux ne se sont pas étioles à un tel point. Le système juridique exige peu de participation de joueurs extérieurs, et ce dont il a besoin peut être admis strictement en fonction des exigences du système. En effet les exigences seules pourraient suffire. Proposition générale au sujet de la common law n'importe où – dans son essence, la common law est formelle – mais il est assez évident que cette forme suffit pour maintenir le caractère « l'introduit » du système juridique de la PNG. Et cela maintient la distinction entre le droit et la politique. Le litige et le *lobbying* en PNG ne sont pas les isomorphes tels qu'ils apparaissent dans leur pays d'origine.

Les sujets de discussion populaires et fréquents ne se reflètent pas dans le droit, voire au degré auquel ressortent dans la politique formelle. Il n'y a aucune jurisprudence sur la discrimination ethnique, très peu sur le statut des femmes (aucune dans un contexte urbain). Une décennie mesures de sécurité interne musclées contre une révolte dans la province de Bougainville a laissé très peu de traces juridiques. (Le gouvernement a récemment déclaré une amnistie qui couvre tout acte commis pendant ce conflit.) Les droits créés par la Constitution demeurent presque inconnus. Il y a des sujets controversés qui ont un profil juridique : la corruption politique, la mauvaise conduite électorale, l'abus de pouvoir par la police, la punition des criminels. Mais notons que ceux-ci concernent spécifiquement l'opération

des systèmes politiques et juridiques « introduits » en tant que tels – le Parlement, les élections, la police, les prisons. Ils ne touchent pas les interactions et les tendances sociales.

Une grande partie de cette disjonction du droit de la politique est héritée. L'évolution du droit en PNG a été canalisée par le manque – distinctif à l'échelle mondiale – de « droits constitutionnels », de mandats retrouvés chez ses prédécesseurs institutionnels en Angleterre et en Australie. Mais beaucoup résulte de développements de l'après-Indépendance, et ces développements sont largement tributaires de l'activité judiciaire.

Dans l'État indépendant, le droit formel a peu de lien organique à la politique formelle. Le droit de la PNG, exception faite de la Constitution, n'est généralement pas littéralement le produit du système politique de la PNG. Ceci s'applique même aux lois : la législation réussit à peine à faire le lien entre la distinction droit/politique. Les lois actuelles se composent surtout de la législation coloniale adoptée qui, à son tour, a été simplement reprise des lois australiennes (y compris, notamment, le Code pénal). L'innovation dans la jurisprudence, lorsqu'elle se produit, s'inspire de l'exemple étranger, et les cours reconnaissent ses origines extra-territoriales. La Constitution a fait l'objet de discussion par l'élite et d'une grande consultation auprès du peuple il y a une génération, mais elle n'a jamais été soumise au vote populaire par voie référendaire ou par élection (*stricto sensu*, la Constitution a produit le système politique actuel). D'ailleurs, peu de gens, environ 20 %, parlent la langue dans laquelle toutes les lois sont rédigées, encore moins de gens peuvent la lire, et très peu peuvent trouver une loi pour la lire. Les liens entre le droit, la loi ou jurisprudence et la politique actuelle dans l'imagination populaire sont nécessairement limités en vertu de leurs dispositifs formels les plus fondamentaux : d'abord, la loi est écrite; ensuite, elle est écrite en anglais (10).

Le système judiciaire de la PNG joue un rôle important dans la politique nationale et s'intègre à la société politique, malgré l'origine *deus ex machina* de la majeure partie du droit, son libretto. Mais son rôle, généralement, ne porte pas sur l'examen des produits du Parlement; les tribunaux relèvent rarement le défi rhétorique de montrer leur désaccord sur des questions de politique pour des raisons apolitiques.

Les tribunaux contrôlent les hommes politiques plutôt que leurs politiques. Régler des élections contestées, décider des points de procédure parlementaire, instruire des accusations criminelles ou quasi criminelles contre

(10) Cf. (naturellement) la Bible est disponible en Tok Pisin, ainsi qu'en un nombre croissant de langues indigènes. Il se peut fort bien qu'on n'ait pas pu rédiger la Constitution dite autochtone en Tok Pisin, surtout dans le bref intervalle au début des années 70 entre les discussions sérieuses de l'indépendance et sa réalisation, mais il n'y a aucune raison technique qui explique pourquoi le gouvernement n'a pas pu publier une traduction au cours des deux dernières décennies. La traduction en Tok Pisin a été réalisée par un prêtre missionnaire.

des politiciens et des fonctionnaires, constituent le contact le plus évident des tribunaux avec le système politique. Ces tâches sont éminemment juridiques et elles se rapportent au droit dans son sens le plus technique et dans sa fonction la plus distante à l'égard du peuple. La question d'un quorum valide pour un vote de confiance du parlement dans un premier ministre nouvellement désigné est d'un ordre différent, par exemple, de l'accès des femmes à l'avortement ou du financement des écoles. Par-dessus le marché, dans ces tâches, les normes juridiques « introduites » (exotiques) – les normes du système politique formel et du droit pénal – s'opposent clairement aux valeurs locales et très politiques.

La dichotomie se manifeste jusqu'aux niveaux locaux de la politique. Les conflits parmi les gens du village et même l'élite, même s'ils sont conçus d'abord comme des questions juridiques, font rarement l'objet d'un recours devant les cours supérieures – ou, plus au point, l'objet d'une plainte à son avocat. Le droit introduit influence l'évolution des normes populaires; presque personne n'ignore l'existence de la sanction criminelle pour la violence et le vol. Mais le théâtre de l'épreuve juridique déterminant la sanction, ou la disposition judiciaire des conflits civils locaux, influence très peu ces normes populaires. Les étudiants sans exception signalent l'ignorance totale chez les laïques de la signification de la preuve (et ce même parmi les personnes qui ont assisté à un procès), pour ne rien dire, par exemple, de la présomption d'innocence. Les étudiants eux-mêmes trouvent opaque le lien entre responsabilité et faute.

La police est l'institution du système juridique formel la plus manifeste dans la vie du village et de la ville. Les cours y sont inévitablement associées, bien entendu, mais trois dispositifs réduisent leur participation au minimum. Les policiers infligent couramment la sanction coercitive sans participation judiciaire (c'est en grande partie leur rôle dans la communauté); la cour par ses jugements se dissocie de cette conduite (11); et les procès se préoccupent surtout de la crédibilité des témoins et des peines, à l'exclusion presque totale des énoncés qui établissent ou clarifient des normes juridiques (12).

(11) Pendant une période et en vertu de la Constitution, les arrêts ordonnaient l'exclusion de la preuve obtenue par des moyens interdits; il y en a eu au moins une douzaine au cours des années 80, beaucoup moins au cours des années 70 et 90. La plupart des décisions ne sont pas publiées, mais voir *State v. Joseph Maino*, [1977] *PNGLR*, p. 216, et *State v. Evertius and Kundi*, [1985] *PNGLR*, p. 109. Plus récemment, on a assisté à un flux d'actions civiles pour des abus de pouvoir par la police; les demandeurs ont obtenu des dommages-intérêts de l'État sous une juridiction-mixte de délit et de droit constitutionnel. Voir par exemple, *Helen Jack v. Karani and PNG*, [1992] *PNGLR*, p. 391 (attentat), et *Komaip Trading v. Waugulo and PNG*, [1995] *PNGLR*, p. 165 (incendie de magasin).

(12) Le droit pénal de la PNG se base sur le Code pénal, un vrai code comme celui de la France. Il provoque beaucoup moins d'approches originales que la doctrine pénale de la common law, un droit jurisprudentiel où il n'y a pas un tel code.

La Cour du village est l'élément du système juridique proprement dit qui se rapproche le plus de la politique locale. Les Cours de village sont un ensemble de tribunaux auxquels la loi a confié une juridiction coutumière (définitive) ainsi que certains pouvoirs « introduits » ; elles retrouvent leur personnel parmi les notables locaux plutôt que chez les avocats et tirent leur autorité de la Constitution. On prévoyait qu'elles soutiennent la *kastam* – c'est-à-dire l'unité du droit et de la politique (et du droit et de la moralité, et ainsi de suite). En vertu d'une décision de la Cour suprême, leurs décisions doivent se conformer aux exigences de la justice naturelle bien qu'elles ne puissent pas faire l'objet d'un appel devant le système formel.

Ces cours font preuve d'une prééminence dans les villages et même les villes, en dépit d'un financement irrégulier et insatisfaisant. Elles se distinguent tout particulièrement des assemblées de village qu'elles ont en pratique remplacées, grâce à l'introduction à ce niveau des sanctions propres aux cours supérieures ; elles n'ont pas mis en place un hybride conceptuel des deux espèces de droit (13). L'existence même de Cours de village témoigne de la dichotomie entre « les tribunaux » et le « droit » d'un côté et les institutions et la teneur normative de la *kastam* de l'autre, même lorsque les premiers sont mis explicitement au service de cette dernière.

L'école de droit (il n'y en a qu'une) souligne l'impératif constitutionnel de combiner les deux sources du droit, la *kastam* et la *common law* surtout au début de la carrière étudiante (14). Mais dans le contexte le message manque de cohérence, devant faire face à des obstacles à plusieurs niveaux.

Premièrement au niveau du cursus, l'impossibilité en pratique d'intégrer la *kastam* semble se durcir dans la même sorte de principe arbitraire que l'impossibilité de mettre en œuvre une justice vraiment individualisée dans la tradition éducative de la *common law*. Tout comme les étudiants ailleurs apprennent que le besoin de la « certitude » doit malheureusement compromettre l'équité, que le droit doit être assez ferme pour servir de guide au citoyen responsable, les étudiants en PNG apprennent que le l'« inaccessibilité » de la *kastam* doit compromettre le but louable d'un système juridique indigène. Autrement dit, et cela est vraisemblable, il est plus facile de connaître les arrêts de la Cour de la Chancellerie rendue le siècle dernier en Angleterre que de connaître la manière dont vivent les gens aujourd'hui à

(13) La Cour suprême a fixé la règle selon laquelle les cours supérieures n'entendraient d'appels provenant des jugements des Cours de village – autrement dit, elle refuse de les intégrer complètement au système formel de justice – dans *S.C. Ref. No.2 of 1989, Re the Village Courts Act*, [1988-89] *PNGLR*, p. 491.

(14) On retrouve cette attitude surtout dans les cours de première année, tous obligatoires et de nature plus abstraite : Introduction au droit, Droit constitutionnel, et Droit coutumier lui-même. La *kastam* peut également faire l'objet d'une attention considérable, si l'enseignant le veut, dans les cours de Droit des biens, Délits, Droit de la famille, et Philosophie de droit (tous obligatoires).

l'extérieur de l'université. L'isolement du droit formel est soigneusement entretenu pour le rendre ainsi.

En deuxième lieu, l'environnement universitaire reproduit la même distinction qui recouvre la politique courante et les tribunaux. L'entreprise intellectuelle qui recouvre la bibliothèque, la salle de classe et la chambre en résidence est insérée dans une société sur le campus où la division politique est invariablement ethnique, où la politique se fait par la confrontation sans égard à la structure formelle raffinée du syndicat étudiant, et tout se passe dans l'ombre de la menace de la violence (surtout pour les femmes, ce qui rend leur participation illusoire (15)). La promesse du droit introduit d'imposer la stabilité, la rationalité et la discipline est séduisante dans la mesure où ce droit demeure distinct. Notons que l'étudiant typique en droit n'est qu'un étudiant en droit, étant venu directement du lycée; il n'étudie que cette promesse séduisante.

Troisièmement, il y a l'environnement professionnel prévu. Les avocats de la PNG constituent « l'accès à la justice » de leurs parents (*wantoks*) du village, remplaçant l'assistance judiciaire qu'aucun gouvernement ne pourrait subventionner (16). Les *wantoks*, gens d'une langue donnée (*one-talk*), n'ont guère les moyens pour se payer des avocats « étrangers », même s'ils leur faisaient confiance. (Le concept de famille en Mélanésie a quelque chose de la notion occidentale de nation.) Mais cette justice est elle-même perçue comme étrangère. Les soixante-quinze esprits de ma classe de *Jurisprudence* étaient des plus attentifs lorsque je suggérais qu'une réforme du système juridique se basant sur (une lecture littérale de) la Constitution aurait probablement comme conséquence un diplôme en droit qu'aucun barreau australien n'accepterait. Il n'incarnerait plus la common law partagée par tous les pays d'expression anglaise. Il représenterait un phénomène culturel à la fois indigène et moderne. Or l'Australie reste le standard : ni comme tel, ni comme l'Occident, mais simplement comme la qualité. De la teneur des règles juridiques aux honoraires des avocats, la pratique « au Sud » constitue l'expertise.

(15) Le statut réel des femmes rend plus perceptible l'aspect particulier des normes introduites. Les étudiantes et les étudiants actifs au niveau politique n'avaient assuré que leurs collègues n'écouterait simplement pas une femme comme « leader ». Pendant quatre ans de présence assidue aux réunions ouvertes du syndicat étudiant, j'ai vu une femme parler peut-être deux fois – exception faite lors des élections aux postes réservés aux femmes, et même là, pas toujours.

(16) Une économie de subsistance caractérise la vie dans les villages et peu de villageois peuvent s'acquitter des honoraires habituels d'un avocat. C'est seulement comme service rendu par un *wantok*, peut-être par l'intermédiaire de relations éloignées, qu'une personne ordinaire peut espérer accéder aux services d'un avocat. Il n'est pas non plus question d'un programme quelconque universel d'aide juridique dans le cadre du système juridique existant. Plus de trois millions de gens habitent des villages éloignés de toute ville, dans une situation de communication précaire avec le reste du pays.

L'on pourrait dire la même chose à l'égard de maintes autres vocations introduites (et à l'égard de plusieurs autres pays qui sont petits dans leur contexte) (17). Mais peu d'entre elles embrassent la politique. Les espoirs des universitaires et des auteurs de la Constitution d'intégrer la *kastam* au droit se transforment facilement en un compromis professionnel; cette transformation constitue un trait profond de la vie publique en PNG et la fissure correspondante est toute aussi profonde.

#### IV. – LA POLITIQUE ET LE DROIT DE LA KASTAM

Que les liens entre le droit et la politique ainsi que la moralité, la science économique et la rhétorique ne soient pas rompus dans l'ordre coutumier mélanésien est un cliché. Au niveau de la théorie du droit, nous devons mettre l'accent sur l'aspect sociologique de ces liens. D'abord, la tradition constitue un fait social vivant; ensuite, la nature de l'autorité et l'idée que quelqu'un a droit à quelque chose sont les qualités particulières qui maintiennent le plus activement cette unité des ordres différents : juridique, moral, économique entre autres.

Les ordres coutumiers maintiennent toute leur force traditionnelle, même chez l'élite universitaire, par leurs prétentions normatives et dans les relations sociales concrètes. La solidarité à l'échelle de la famille, appelée *wantokism* (soutenant ses parents), est omniprésente et est sincèrement décriée là où elle se trouve en conflit, à l'échelle nationale, avec la norme d'égalité introduite. Cependant, sa valeur pratique est implicite sous un gouvernement qui n'assure ni la sécurité sociale ni la sécurité physique (18).

Même comme exercice intellectuel, il reste difficile de concevoir sérieusement la notion de l'égalité des sexes en Mélanésie, sauf au sens de l'importance égale du rôle des deux sexes dans un groupe. (La plupart des étudiants s'attendent à ce que l'achat de la femme fasse partie de leur mariage et, dans la plupart de leurs villages, on ne se gêne pas d'en parler tout simplement ainsi.) L'individualisme philosophique du droit des obligations et

(17) La PNG se distingue des autres pays asiatiques en voie de développement de nombreuses façons, entre autres par rapport à la proximité de l'ancien pouvoir colonial, proximité tant sociale que géographique. L'indépendance n'a eu aucun effet sur l'intimité des liens entretenus avec l'Australie. Les services et les exportations australiennes, les écoles résidentielles et les universités, les émissions de télévision, les occasions d'investissement, les associations professionnelles sont tous très proches, quelles que soit les politiques de la PNG. Ils représentent et représenteront toujours une solution de rechange propice et familière à leurs institutions analogues indigènes.

(18) La réussite intellectuelle dans les domaines occidentaux ne vient pas contredire ces propos; c'est, après tout, l'appui des *wantoks* qui, en règle générale, permet aux étudiants des milieux ruraux d'aller à l'école secondaire (le lycée), les permettant par la suite d'accéder à l'université.

de la doctrine pénale – avec ses notions de faute et de mesure de la perte ou du mal comme effets sur une personne individuelle – porte ainsi sur son visage ses origines étrangères. Pour la *kastam*, le fond de la responsabilité est la causalité, et en Mélanésie les accidents n'existent pas; quant à l'indemnisation, la sanction non-violente universelle, elle est payée et reçue par le groupe. La critique des droits opère des virages inattendus quand le modèle de la propriété dont on dispose est de nature collective (même si un droit appartient à quelqu'un, son exercice exige que d'autres soient consultés).

Plus profondément encore, au niveau intuitif, on comprend la mission du droit sous n'importe quelle forme – même en ce qui a trait aux législations manifestement réformistes – comme étant l'harmonie sociale. Cette mission fonctionne avec la nature du droit de quelqu'un à quelque chose, que ce soit à la propriété ou à l'immunité, qui est notoirement communautaire. Il faut souligner qu'il ne s'agit pas simplement d'une proposition doctrinale, une base pour quantifier l'indemnisation ou pour fixer les droits de propriété. On le ressent encore de façon profondément intuitive. Chaque perte ou préjudice est la perte ou le préjudice d'une communauté, que celle-ci soit une famille ou une tribu qui compte des milliers de familles. Une mort n'est pas la perte d'une vie autant que la perte d'une personne – une femme ouvrière, un homme guerrier, un membre de « l'élite » touchant un salaire.

Pourtant, la réponse n'est pas une réparation de la perte au sens de remplacer ce qui a été perdu (l'indemnité de la common law), mais plutôt d'assouvir la réaction de la communauté.

L'indemnisation est le terme universel, en anglais et en pisin, pour décrire les paiements qu'un groupe lésé exige d'après la *kastam* du malfaiteur; mais ce terme ne convient pas. Il est facile d'oublier la différence de principe qui existe entre le fait de rendre les gens contents et de leur donner ce qu'ils méritent (19). Ainsi toute affaire juridique est aussi littéralement une affaire sociale – donc politique manifestement, non pas implicitement ou en dernière analyse.

De même, en général, la mission des chefs, à tout niveau, est l'harmonie. La direction est la prévention des conflits. Le droit et la politique tous les deux ne servent pas à diriger le « développement », mais plutôt à s'y ajuster.

(19) Ces paiements ne constituent pas une indemnité mais plutôt un genre de traité. On détermine le *quantum*, non pas en se référant à la perte du « demandeur », mais en se référant à la restauration des bon rapports entre les « parties ». Cette différence au niveau du principe – exception faite de l'identité collective des parties et du fait que les paiements sont négociés plutôt qu'ordonnés – affaiblit l'analogie avec l'indemnisation connue en common law et en droit civil. La bonne analogie porterait sur les règlements à l'amiable; le litige, en tant qu'arme motivant la négociation, correspond à l'arme, la vendetta ou le « combat tribal ». Faire une distinction rigoureuse entre ce genre de droit et la politique exige une conception machiavélique d'une politique sans normes.

Car l'autorité dans le contexte coutumier – notoirement encore – est consensuelle. L'on ne doit entretenir aucune illusion au sujet de la nature de ce « consensus » : il s'oppose non seulement à la décision majoritaire mais aussi à l'unanimité (20). Mais la politique ne peut pas se cacher dans un système juridique où la sanction primaire est la coercition psychologique plutôt que physique, et où les sanctions physiques sont de toute façon infligées par les membres ou les chefs de la communauté plutôt que par des spécialistes.

#### V. – LA POLITIQUE : L'ADOPTION PAR L'ADAPTATION

Si un point de vue « activiste-positiviste » caractérise le système formel et si tout le contrôle social est unifié sous la *kastam*, le résultat en PNG n'est pas la vision binoculaire. L'on prend plutôt un point de vue ou l'autre. Si en discutant une question juridique dans un contexte on soulève l'autre, la réponse est une discussion entièrement nouvelle ou bien on hausse les épaules (21). Ceci s'est formalisé dans la théorie apparemment courante à la Cour suprême selon laquelle la PNG a littéralement un double système de *kastam* et de common law (22). Seule la loi statutaire est obligatoire et universelle.

Dans un sens cela résulte de l'indépendance du système formel. Il stimule le développement d'une expertise dans la manipulation des institutions et des concepts étrangers que les rôles actifs de corps littéralement étrangers viennent renforcer. Il reste trois juges expatriés sur la douzaine de la Cour nationale et de la Cour suprême, et plusieurs avocats au public et une grande partie du barreau privé, comme individus et cabinets, sont Australiens. En effet le droit formel a été présenté, mais il n'est pas tout à fait de la famille.

Le gouvernement comme administration, d'autre part, est *tambu* : personne ne se souvient de son introduction sauf dans le sens le plus abs-

(20) Il y a une tradition marquée de respect pour l'autorité en PNG. Les écrits de beaucoup d'étudiants provenant du pays de « l'égalitarisme mélanésien » de l'anthropologie classique soulignent le fait que le mot du chef ou des aînés fait la loi.

(21) Le mariage multiple est l'exemple le plus commun. La bigamie est interdite par l'article 360 du Code pénal. La polygamie, phénomène assez commun dans plusieurs sociétés en PNG, est légale : l'article 55(2) de la *Loi portant sur le mariage* rend les mariages coutumiers valables pour toute fin juridique. Donc pour les fins du Code pénal... ? On hausse les épaules. Il y a des condamnations pour la bigamie quand le premier mariage est statutaire, mais il ne semble n'y avoir eu aucune poursuite quand le premier mariage est coutumier.

(22) *Resena*, n° 7 *supra*. La question n'est pas tout simplement hypothétique, bien que la Cour suprême n'y soit pas revenue depuis 1993. Comme nous l'avons déjà remarqué, seulement un des trois avis dans *Resena* a soutenu que cette approche était simplement correcte. Et la dissidence du juge Amet était véhémement.

trait (23). Pourtant il est tout aussi d'origine étrangère que les cours (même beaucoup de son personnel sont des expatriés). Mais notons exactement comment l'administration est étrangère.

Bernard Narakobi a décrit l'État moderne installé en Mélanésie comme ayant « le pistolet et la chaise électrique dans une main et le stylo dans l'autre » (24). Valable comme figure de style (disons une corde sinon cette chaise), cette expression identifie correctement le monopole étatique de la violence comme un phénomène étranger à la Mélanésie traditionnelle. Mais ce monopole n'a toujours été qu'un simple concept; chose certaine, il n'existe pas maintenant. Le gouvernement actuel en PNG n'est pas un pouvoir centralisé et irrésistible que quiconque sur les îles aurait pu s'imaginer avant le contact européen, une sorte de pouvoir – le Leviathan – soit tyrannique soit bureaucratique, qui plane au-dessus de toute discussion de philosophie juridique (ou politique) occidentale. Les étudiants en PNG dans un cours de *Jurisprudence* ne connaissent guère une telle menace, ou idéal, en fonction de leur expérience.

La nature de la puissance policière en PNG ne se déconstruit pas par la discipline, les ressources, l'omniprésence et la surveillance que dénote le concept du « monopole de la force ». La force policière, c'est la force des armes, tout simplement. Dans les villages, elle est littéralement militaire : la police fonctionne sur la base de barrages de route et d'incursions punitives (activités qui sont sans aucun doute illégales). Les criminels qu'ils cherchent à réprimer tendent à opérer sur précisément la même base, particulièrement quand le crime lui-même est d'ordre militaire (le combat tribal, de retour aux Highlands). Le bras coercitif de l'état est « une autre troupe ». Il connaît plus ou moins de succès, en différents temps et lieu, mais réussies ou non, ses techniques ne se distinguent pas radicalement de la violence non-étatique (25).

(23) *Tambu* : bon ami; littéralement, beau-frère/père/fils, belle-sœur/mère/fille.

(24) B. NARAKOBI, *Lo bilong yumi yet* (Notre propre droit), Melanesian Institute, 1989, p. 81.

(25) On attribue habituellement la faiblesse de la police, dont ce comportement n'est qu'un symptôme, à l'insuffisance de la formation et de l'équipement ainsi que, parfois, à sa tradition paramilitaire – cette dernière faisant partie de son héritage colonial. Par exemple, les policiers habitent des casernes ou des bases et non parmi les gens dont ils maintiennent l'ordre. Mais leur nombre restreint explique une grande partie de leurs difficultés. La police n'a connu aucune augmentation de ses effectifs depuis l'indépendance et compte toujours environ 5 000 membres. Il n'y a pas de police municipale ou de garde civile; ces 5000 sont les responsables de l'ordre chez une population de 4 000 000. Voir Sinclair DINNEN, « Restorative Justice in Papua New Guinea », (1997) 25, *International Journal of the Sociology of Law*, p. 247.

Port Moresby, la capitale, connaît notoirement un taux de criminalité très élevé. Environ 600 policiers en service actif sont affectés à la capitale qui a une population d'au moins 300 000; c'est-à-dire que seulement 200 travaillent à un moment donné. On croit difficilement que n'importe quel gouvernement de la PNG, colonial ou indépendant, a vraiment voulu que la police rende un service efficace à la majorité de la population ou du pays.

C'est la signification économique de l'État qui le caractérise comme quelque chose de provenance étrangère. Jadis le Chef était quiconque s'était attiré assez d'appui, par des gestes de générosité, par des démonstrations de courage et par l'appel du sang, et il était marqué du privilège de redistribuer le produit du peuple au peuple. De nos jours, il est l'homme qui recueille son électorat essentiellement par les vieilles méthodes – qui a le privilège distinctif de distribuer la richesse provenant de l'extérieur.

Elle n'arrive pas toujours vraiment de l'extérieur : mais que ce soit l'aide des gouvernements et des ONG étrangères, les revenus provenant de la vente de ressources naturelles, ou un crédit du gouvernement fondé sur ces ressources, le peuple ne détenait jamais cette richesse en tant que telle dans ses mains. (L'impôt sur le revenu ne constitue pas une grande partie du revenu du gouvernement – il s'agit surtout de l'impôt à la source retenu sur le salaire des employés du gouvernement – et jusqu'en 1999, il n'y avait aucune taxe nationale à la vente ou de grande envergure.) Le gouvernement a comme fonction primordiale de créer la richesse. Ce rôle ne se réduit ni à la canalisation traditionnelle de la richesse existante ni à l'impôt dicté par un gouvernement représentatif dans la tradition occidentale.

Donc, les questions de politique et de législation lors des élections importent peu. Les parlementaires ne sont pas des représentants dans le sens de Westminster, ni tout à fait des gouverneurs comme le comprend l'État ou même les chefs, mais des *leaders* au sens mélanésien. (Notons que ce mot anglais, que même le français emprunte, est d'application universelle en PNG pour décrire les puissants de la politique; la Constitution inclut un code de responsabilité qui s'applique uniquement aux « *Leaders* ».) Le gouvernement est l'exécutif, et sa politique porte surtout sur les déboursements de fonds, soit directement, soit par le don d'emplois. (D'où le caractère indispensable des prétendus « Fonds de développement électoraux », des sommes remises aux députés parlementaires pour dépenser essentiellement à leur discrétion – le député est un administrateur avant d'être un législateur.) La tension entre cette réalité matérielle et les formes d'un système parlementaire et bureaucratique engendre en grande partie la façon dont la politique traite le droit formel.

Or les moyens que l'on doit mettre en œuvre pour parvenir à la direction d'une telle entreprise ne diffèrent guère de ceux employés dans le cadre du système traditionnel. Voir à ce que tout aille bien chez les « gars », s'assurant que les fidèles se présentent aux urnes et faire acte de présence aux funérailles, le « droit » se trouve loin de ces activités (26).

(26) Là où les parlements sont indigènes, nous retrouvons autrefois la même politique. Le clientélisme et le népotisme ont joué un rôle clé dans l'évolution des grands partis politiques dans la plupart des démocraties occidentales. Or la plupart des critiques du développement politique en PNG oublient cela, à leur grand dam. Dans le budget de 1999, le « Fonds de développement électoral » mettait à la disposition de chaque député – à sa disposition discrétionnaire

Certes, il y a un élément juridique mêlé à cette politique, mais il est presque entièrement d'ordre coutumier – « faire acte de présence aux funérailles » comprend des obligations et un protocole considérablement complexes.

## VI. – E PLURIBUS DUO

Il y a un pluralisme propre à la PNG. Ce n'est pas le pluralisme libéral glorifié et condamné par différents courants de la philosophie juridique traditionnelle de l'Occident – ce n'est pas l'acceptation de l'idée que la société se compose de nœuds de personnes conscientes de leurs intérêts ou opinions opposés. Cela ne résume pas la société de la PNG, du moins d'une manière évidente. Le pluralisme de la PNG se réduit à deux aspects qui correspondent à l'intérêt et à l'opinion.

Le premier est un genre de pluralisme de classe, le côté matériel du *wantokism*. Les gens liés par des intérêts de classe, de façon objective, dirigent de fait leurs moyens matériels vers la coopération avec des gens dont les intérêts s'opposent. Les « sans-culottes » (l'on devrait plutôt dire les « sans-souliers ») ne tournent pas tout simplement leur regard respectueux vers les « élites » – ces deux termes sont omniprésents – ils recherchent également des services. Et les élites répondent à ces attentes. Il ne s'agit pas d'amour, bien qu'il soit pertinent (et répandu). Leurs rapports tiennent autant de l'assurance réciproque que du sentiment de camaraderie. Les assistants bons-à-tout-faire et la possibilité de retrouver un foyer au village (qui comprend les moyens de subsistance) sont des biens pour les personnes de l'élite, même au sens le plus grossier du terme.

La seconde est la règle universelle de la *kastam* – sa juridiction est personnelle. Les règles coutumières applicables à une personne sont celles de son peuple, c'est-à-dire de son village. Nous pouvons caractériser un nombre assez important de divergences sérieuses de point de vue chez les habitants des villes et dans la conduite des affaires nationales – les divergences entraînent comme conséquence des normes de comportement incompatibles – comme des coutumes contrastantes n'exigeant *aucune résolution* (27). Les contextes sociaux séparés détermineront les normes auxquelles on choisira

*légitime* – une somme s'élevant à 1,5 million K (plus de 600 000 \$US à la fin de 1998, soit environ 450 000 à l'automne de 1999). Le nouveau gouvernement qui est entré au pouvoir en juillet 1999, surtout en réaction contre ce genre de vénalité, n'a pas touché aux FDE et discute même publiquement de la possibilité de l'augmenter.

(27) Cf. comment les grands FDE obviennent à la nécessité de parvenir à un consensus au Parlement sur la façon de dépenser les deniers publics.

de se conformer. La division du pays en 19 provinces qui reflètent les distinctions ethniques de façon aussi précise que possible facilite la tâche (28).

À la différence du « multiculturalisme » occidental, il n'y a aucun besoin d'arrondir les coins de formes normatives maladroitement, de sorte que tout le monde puisse s'adapter à une vie commune déterminée par les formes uniques d'un régime juridique général de comportement social. (Il n'y a aucune affaire juridique correspondant au port du voile islamique par les écolières musulmanes en France ou aux lois régissant les achats le dimanche au Canada). Un tel régime n'existe guère. Le droit de partie générale n'essaie pas de guider la conduite au-delà du Code pénal (c'est-à-dire, d'interdire les actes trouvés intolérables par la *common law* de 1897). Le droit qui guide la conduite en détail s'applique uniquement aux rapports à l'intérieur de son groupe coutumier.

Sur ce pluralisme le pays fonde un dualisme juridique, où nous retrouvons côte à côte le régime de la *common law* et les régimes de droit coutumier. Le modèle évident, bien que jamais invoqué, est le système colonial, prévoyant des régimes séparés, l'un consacré aux expatriés (surtout ceux dits Européens) et l'autre dédié aux autochtones, tout en permettant à ces derniers l'accès au régime introduit à condition qu'ils utilisent un rite chrétien, qu'ils aient obtenu une éducation formelle ou qu'ils aient un emploi dans l'économie de l'argent (29). Maintenant, on dit modernisé, non pas civilisé; voilà ce qui a changé. Tout comme le système colonial a fermé les yeux sur la venue de l'indépendance, le système indépendant actuel évite la grande question d'un droit mélanésien cohérent.

Or il ne faut pas voir un apartheid camouflé dans ce dualisme. Très peu de gens sont en mesure d'utiliser le régime de la *common law* – mais la plupart des gens ont un *wantok* parmi ces favorisés. Cela est important eu égard à l'aspect matériel du pluralisme en PNG. Vu la manière dont l'opinion caractérise ce pluralisme, le régime juridique accompli introduit bien sa tâche de droit formel en raison de sa qualité étrangère soigneusement maintenue. Comme la langue anglaise, n'importe ses heurts avec la culture et la situation générale du pays, il est neutre parmi les diverses cultures locales.

(28) Ainsi les organisations étudiantes formelles à l'UPNG, même si elles utilisent le nom des provinces pour leur étiquette, se définissent grossièrement par appartenance ethnique. La direction du syndicat étudiant consulte le corps étudiant sur les grandes questions politiques – la grève, par exemple – selon le même principe.

(29) Voir Peter FITZPATRICK, *Law and State in Papua New Guinea*, 1980. Le juge en chef associé Kapi dans *Resena*, n° 7, *supra*, fait référence au double régime du mariage et du statut des personnes – d'origine coloniale – comme manifestation d'un dualisme plus général en PNG. L'on peut se marier, se séparer de l'époux, adopter des enfants, transmettre de la propriété, selon sa coutume; ou l'on peut faire ces choses « selon la loi » (c'est-à-dire d'après les règles jadis australiennes). Cette faculté de choix est nécessairement réservée aux citoyens indigènes, car la coutume est sensée leur donner, à eux seuls, cette faculté. Kapi dans *Resena* y voit un genre de liberté accordée par la Constitution.

Les traditions de la philosophie du droit occidentale, basées sur la négation de l'identité du droit et de la politique, ne résonnent pas en Mélanésie. L'élément informel, dynamique et culturel de l'ordre juridique est suffisamment formalisé ici, comme *kastam*, pour être à la fois droit et politique. Le droit introduit, si ses liens avec le système politique formel enraciné sont assez étroitement articulés pour survivre, est assez distant des relations sociales pour être droit pur.

\* \*  
\*

## Les droits fondamentaux : de l'être-en-soi à l'être-en-relation

PAR

STAMATIOS TZITZIS

DIRECTEUR DE RECHERCHE AU CNRS  
PRÉSIDENT DE L'ÉQUIPE INTERNATIONALE  
INDISCIPLINAIRE DE PHILOSOPHIE PÉNALE  
INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE PARIS  
UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)

Dans le cadre des travaux de notre équipe *Personne, culture et droits* (1), effectués sur les droits fondamentaux (2), nous avons cherché à établir, dans un premier temps, l'ontologie des droits fondamentaux comme participant des droits de l'homme. Nous nous sommes ensuite livrés à la description des droits de l'homme servant de fondement au droit humanitaire. À ce moment, il s'est avéré nécessaire de procéder à une sémiologie, surtout des termes « humanité », « dignité », « droit personnel », vocables de proue dans l'univers des droits de l'homme.

Dans un troisième temps enfin, nous avons essayé de décrire les « métamorphoses sociales » des droits de l'homme, effet de leur polysémie, ce qui nous a permis d'approfondir davantage leurs nuances. Ainsi avons-nous voulu démythifier les droits de l'homme et dresser le portrait de l'individu qui en est porteur. Ce fut alors l'occasion de présenter notre conception du *prosôpon* : la personne comme siège de l'intuition du juste qui est à la base de la genèse des droits fondamentaux. D'où l'apparition du *droit prosopologique*.

Pour effectuer le passage du niveau conceptuel des droits fondamentaux à leur mise en application, c'est-à-dire pour faciliter la réalisation de leur prescriptions, il est d'actualité de développer un discours sémantique autour des « droits fondamentaux » à partir d'un fondement rationnel, conformément à l'esprit postmoderne ; celui-ci fait preuve d'un humanisme marqué par des valeurs démocratiques. Aujourd'hui, la philosophie des droits fondamentaux verse plutôt dans un cosmopolitisme laïc que dans un universa-

(1) Du réseau *Droits fondamentaux* de l'Agence Universitaire de la Francophonie.

(2) « Droits de l'homme et droit humanitaire », *Droits Fondamentaux et Spécificités Culturelles*, H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), Paris, L'Harmattan, coll. Horizons du Droit, 1997, pp. 41-62 ; « Les droits de l'homme entre le *mythos* et le *logos* », *Les Droits fondamentaux*, J.-Y. MORIN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 203-222.

lisme idéal, tributaire de colorations théologiques (3). Le premier, en tant que phénomène historique est plus réaliste que le deuxième qui effleure un idéalisme atemporel.

Le cosmopolitisme considère, au-delà des spécificités nationales et des déterminations éthiques, les individus dans leurs qualités d'êtres agissants dans le monde. Les rapports intersubjectifs traduisent donc les relations concrètes des hommes envisagés comme des agents sociaux, porteurs de valeurs politico-sociales qui tirent leur sens de la dignité humaine. Dans cette perspective, les droits fondamentaux désignent, certes, les droits propres à l'espèce humaine; sans incarner toutefois des propriétés intrinsèques, telle une prétendue nature légiférante de l'homme.

Les droits fondamentaux témoignent plutôt du fond de valeurs propres à l'homme qui composent sa dignité. Par elle, l'être humain acquiert son statut privilégié dans l'être; par elle, il dépasse la condition de sa transparence existentielle. Car il contient une densité ontologique qui le pousse vers une transcendance mystique. Cet adjectif tire son origine du terme grec *D mysticos* : secret; il implique donc ce qui n'est pas éclairci, l'inexplicable mais aussi l'inexpliqué. Il implique une métaphysique qui renferme les secrets de l'être et les possibilités de son dévoilement (4). Seul l'homme a le souci d'explorer le labyrinthe qui va jusqu'à ses origines, seul l'homme cherche à éclairer le mystère de sa nature. Est-il de semence divine, ressemblance à Dieu, ou vient-il du chaos, enfant d'une nature matérialiste qui, dans son éternel mouvement, l'a engendré?

Dans l'une et dans l'autre de ces hypothèses, les droits fondamentaux se révèlent gardiens de la dignité humaine qui érige l'homme non seulement comme fin de l'être, mais encore et surtout comme demiurge d'histoire, c'est-à-dire artisan du devenir. Comme tel, il se distingue par son *prosôpon*, son visage dont le regard peut trahir le fond de son âme. En d'autres termes, les droits fondamentaux témoignent de la personnalité de l'homme. Ils ne sont pas seulement de simples droits de l'homme ou de l'individu, au sens générique des termes.

Dans cette entreprise, il faudrait chercher la rationalité des droits fondamentaux en fonction de l'actualité des valeurs qui les embrassent et les font

(3) Comme c'était le cas de l'École du droit naturel moderne. Voir J.-B. VALLET DE GOYTISOLO, « Panoràmica introductoria al derecho natural hispanico », *Anales de la Fundacio'n Francisco Eli'as de Tejada*, IV, 1998, pp. 17-34 et notamment la partie II, pp. 23 et s.

(4) Ainsi le *mysticos* se rapporte aux mystères; cf. SOPHOCLE, *Oedipe à Colone*, 1049; HÉRODOTE, *Histoires*, 8, 65. Ce terme concerne également les cérémonies des mystères, cf. GÉGOIRE DE NAZIANZE, 2, 404.

promouvoir, en des périodes historiques précises (5), ainsi qu'en fonction de leurs rapports avec le droit objectif en vigueur. En cas de conflit entre droit objectif et droits fondamentaux, il conviendrait d'envisager les compromis à faire entre un droit impersonnel qui cherche à établir un juste partage et les absolus des exigences personnelles que ces droits subjectifs incarnent.

D'abord et avant tout, il faut s'appesantir sur l'idée de dignité humaine qui est très souvent présentée comme fondation, voire comme matrice des droits de l'homme (6).

### I. — LA DIGNITÉ HUMAINE : DIGNITÉ EXISTENTIELLE, DIGNITÉ PERSONNELLE

Les textes internationaux qui font mention de la dignité humaine ne précisent pas son contenu. La dignité humaine est en général évoquée sous forme axiomatique en vue de renforcer une décision prise en faveur d'un traitement favorable à l'homme, surtout lorsqu'il est gravement menacé dans son intégrité physique ou mentale. Ainsi la peine de mort est-elle supprimée comme incompatible avec la dignité humaine. Celle-ci résume ici l'humanité de l'Homme en ce qu'il est homme, indépendamment des contingences socioculturelles qui l'érigent en individualité, en personne porteuse du poids de sa propre histoire. Or la dignité humaine soutient avec conséquence l'universalisme des droits de l'homme. Pourtant son office ne s'arrête pas là. Plus qu'une qualité intrinsèque de l'humanité de l'homme, elle sert de justification à toute réclamation, de la part de personnes défavorisées, à la jouissance des biens essentiels dont bénéficient la plupart des gens. Or la dignité humaine joue un rôle d'arbitre dans les manifestations phénoménologiques des hommes. Il n'empêche d'ailleurs qu'elle représente le point de référence ontologique de ce qui est permis ou interdit à l'homme en tant qu'unité idéale de son espèce, c'est-à-dire au-delà même de sa dimension d'*acteur dans le monde*.

L'idée de dignité humaine comprend, à notre sentiment, deux volets : l'existentiel et le personnel. Le premier assure l'irréductibilité de la personne

(5) Nous nous situons donc à l'opposé de ces courants de pensée qui tirent les droits fondamentaux de la raison subjective. Pour eux, la réalité est confrontée aux principes découverts par la pensée (tels les droits individuels, inhérents à la nature humaine et inaliénables). Très souvent ces principes irréalistes se trouvent en contradiction avec la condition humaine participant de la Réalité. Il s'avère donc nécessaire, pour montrer la validité de ces principes, de construire la réalité à partir d'eux. Pour nous, en revanche, on construit les principes en fonction de la réalité, à partir de la réalité, selon les règles fondamentales de la dialectique. Cf. K. MARX et F. ENGELS, *Etudes Philosophiques*, Paris, Editions Sociales, 1974, pp. 162-163.

(6) Cf., V. GASPARINI CASARI, « La tutela giuridica dei diritti dell' 'uomo' », *Esperienza Giuridica e Secolarizzazione*, a cura di D. CASTELLANO e G. CORDINI, *Facoltà di Scienze Politiche dell' Università di Pavia*, Guiffrè, Milano 1994, pp. 265-273 et notamment, p. 270.

en tant qu'être humain. L'homme *est* comme existence *dans* le monde, indépendamment des perceptions subjectives des autres. Nous entendons par là que sa réalité ontologique s'affirme au-delà des représentations des autres agents rationnels. La conséquence en est qu'aucune idéologie ne peut justifier la négation de l'être de l'homme (7).

La dignité existentielle relève donc de l'ontologie. Elle recèle le statut privilégié de la nature humaine de pouvoir se modeler et se façonner selon sa liberté de choix (8). Or la dignité existentielle a comme point de départ l'élan de l'homme pour sortir de l'état primitif du règne animal. Il peut passer de l'état de barbarie à l'état de la culture, celui de la *paideia*. L'homme, grâce à sa dignité existentielle, peut racheter son côté bestial par la culture (9). Pico della Mirandola faisait allusion à cette dignité lorsqu'il il écrivait, dans un langage imagé, que Dieu, ayant placé l'homme au milieu du monde lui adressa les paroles suivantes : « Si nous ne t'avons donné... ni une place déterminée, ni un aspect qui te soit propre, ni aucun don particulier, c'est afin que la place, l'aspect, les dons que toi-même aurais souhaités, tu les aies et les possèdes selon ton vœu, à ton idée... Si nous ne t'avons fait ni céleste ni terrestre, ni mortel ni immortel, c'est afin que, doté pour ainsi dire du pouvoir arbitral... tu te donnes la forme qui aurait eu ta préférence » (10).

Ainsi son irréductibilité ne provient-elle pas seulement du fait qu'il est considéré comme une fin en soi, mais aussi parce que l'homme *est* densité ontologique, intériorité. Celle-ci traduit une volonté pour un pouvoir-savoir qui fait d'un destin inéluctable, une source de création.

C'est par sa création que l'homme met au défi les lois de la nécessité et s'efforce d'acquérir une spiritualité transcendante. En effet, la fin est un *télos*, le point culminant (11) d'un être qui s'achève et se réalise. La fin marque l'accomplissement de sa finitude, une finitude qui ne s'ouvre pourtant pas à la transcendance (12). Grâce aux forces latentes de son intériorité, l'homme est apte à donner une forme à la matière et lui insuffler un sens spirituel. Il peut donc marquer le néant par sa plénitude ontologique. Or tout élément négatif de la limitation humaine peut prendre un nouveau souffle par la personne en état extatique. Le *péras* de la condition humaine s'ouvre alors vers la transcendance de l'*apeiron*.

(7) Telle est l'idéologie des nazis concernant le peuple juif.

(8) Voir P. GRENET, *Le Thomisme*, coll. Que sais-Je?, P.U.F., Paris, 1960, p. 89.

(9) Cf. GRACIAN, *L'homme de Cour*, Mille et une Nuits, Paris, 1997, p. 58.

(10) *De la Dignité de l'Homme*, traduit et présenté par Y. Hersant, Paris, Editions de l'Éclat, 1993, pp. 7-9.

(11) Cf. HOMÈRE, *Iliade*, 13, 378; ESCHYLE, *Prométhée*, 13.

(12) Mais l'homme, comme le souligne Kierkegaard, « est une synthèse d'infini et de fini, de temporel et d'éternel, de liberté et de nécessité ». *Miettes Philosophiques. Le Concept de l'Angoisse. Traité Du Désespoir*, Paris, Tel/Gallimard, 1990, p. 352.

En revanche, la dignité personnelle, confondue très souvent avec la dignité existentielle, se rapporte à la condition humaine installée dans un ordre sociopolitique. Elle concerne une existence historique car elle témoigne de l'*agôn* (lutte) de l'homme, doté d'une volonté créatrice, contre la passivité et intéresse davantage la philosophie du droit.

Dans cette lignée, la dignité personnelle est celle qui fait de l'individu anonyme une personne éponyme.

Je deviens éponyme face au visage du prochain qui engage ma responsabilité personnelle (13) faisant suite à la responsabilité existentielle. Mais cette responsabilité est réelle, à savoir qu'elle implique une obligation absolue de respecter l'autre en tant que *prosôpon-personne* concrète qui est intégrée dans son entourage social. C'est pourquoi elle renferme deux déterminations cruciales de l'être ; le pour-soi (le principe de l'identité) et le rapport-à-l'autre (principe de solidarité). L'un ne contredit pas l'autre. Le rapport-à-l'autre ne renvoie pas à une notion absolue de l'en-soi, comme d'une existence propre. Il montre que l'en-soi qui le priverait n'est pas plié sur lui-même, mais que le rapport-à-l'autre dévoile la spécificité de l'en-soi (14).

Ainsi considérée, la dignité personnelle est à la base de la personnalité qui imprime les qualités de l'homme dans l'éternité du devenir. C'est elle qui révèle la personne comme ange bienfaiteur ou démon destructeur. Cette dignité dénote alors le « prix » (au sens figuré du mot, donc le degré d'estime, et encore l'appréciation objective) de l'individu sur l'échelle des valeurs sociohistoriques qui embrassent son existence. Elle est fondée sur le mérite ; donc, elle suppose des rapports bilatéraux.

La dignité personnelle concerne dès lors les relations intersubjectives dans une société démocratique où la justice est définie en relation avec autrui (*schêsis pros hétéron*) (15). L'*hétéros*, autrui, est l'autre concret, c'est-à-dire le prochain (16), celui qui se présente comme créancier (17) demandant le sien ; mais en le demandant, il reconnaît en même temps ma relation avec lui, et, par là, les éventuels devoirs qu'il a envers moi. Dans ce jeu de rôles on est à la fois créancier et débiteur. Autrement dit, la dignité personnelle suppose un régime de droit objectif et de droits fondamentaux qui ne sauraient s'affirmer de façon unilatérale. Ils doivent être exercés à partir de la réciprocité des échanges protégés par le droit formel. La dignité personnelle traduit

(13) Personnel en tant qu'homme éponyme porteur de devoirs. Ainsi la responsabilité envers le prochain se dévoile comme un devoir fondamental de l'existence individuelle dans la plénitude de son être.

(14) HEGEL, *Science de la Logique*, Paris, Aubier, 1969, pp. 116-117.

(15) ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, 1129, b, 26 ; cf. P. FERREIRA DA CUNHA, *Mysteria Iuris*, Porto, Legis Editoria, 1999, p. 161.

(16) Voir note 30.

(17) Cf., F. D'AGOSTINO, « Il carattere interpersonale del Diritto », *Il Diritto Come Problema Teologico*, Torino, Recta Ratio/Giaparelli, 1997, pp. 43-61 et notamment p. 50.

alors une reconnaissance justifiée de la personne respectueuse, dans ses manifestations, de ses devoirs fondamentaux ; ce qui légitime son pouvoir de réclamer le respect de ses droits personnels.

Elle est évaluée selon le combat personnel que l'homme engage dans cet ordre ; elle est *prosopologique* (propre à la personne : existence-densité ontologique-conscience). Le *prosôpon* signifie à la fois visage et personne ; ce qui renvoie à sa personnalité qui se distingue par des exploits qui lui sont propres, s'imprimant ainsi sur le devenir historique.

## II. – L'INDIVIDU, LE SUJET, LE PROSÔPON

L'individu désigne l'être humain dans sa solitude (18) ; le sujet annonce le renvoi au soi comme porteur d'obligations du droit positif ; il est plutôt débiteur. Étymologiquement parlant, il représente une unité singulière et indivisible, alors que les droits fondamentaux renvoient à une présentation personnelle de l'homme, c'est-à-dire à une créature qui s'impose beaucoup plus que comme un simple phénomène dans l'histoire, car il constitue une partie substantielle de l'être (19). Il est une manifestation de l'être qui se substantialise, jouissant d'une liberté de choix créatrice ; il devient *prosôpon*.

Le *prosôpon*, contrairement à la conception de l'homme chez Shopenhauer, est plus qu'une volonté. D'ailleurs, il ne se réduit pas à une raison incarnée, incapable d'atteindre les noumènes qui inspirent le Bien et le Beau ; il n'a donc pas seulement une liberté arbitraire (20) de créer, par ses impératifs, les valeurs du monde. La personne est aussi intuition, imagination créatrice. Unamuno remarque à ce propos : « La raison annihile, et l'imagination intègre ou totalise » (21). Le *prosôpon* est le principe fondamental de la vie personnifiée qui proteste contre le scientisme de la raison. Car une de ses racines plonge dans l'irrationnel où l'amour est l'acte suprême de la Foi. Le *prosôpon* implique une *homiôsis tô théô* (22), comme le soutient Platon. Pour nous alors, précisons-le, il ne s'agit pas d'un simple Dieu-concept, principe apersonnel. Le *prosôpon* participe à cet Infini Personnel qui se confond avec l'Amour Incarné pour l'homme et qui, par là, donne une dimension métaphysique ou finaliste à l'être. Il est donc

(18) Cf. T. HOBBS, *Léviathan*, Ch. 14 ; J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur L'Origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Garnier-Flammarion, 1984, pp. 170 et s.

(19) E. LEVINAS, *Liberté et Commandement*, Paris, Biblio/Essais, 1999, p. 49.

(20) L'homme n'est pas absolument libre de choisir ce qu'il faut faire ou ce qu'il faut vouloir. Nous sommes de l'avis de Libnitz lorsqu'il soutient que : « on n'est pas maître absolu de sa volonté, pour la changer sur-le-champ, sans se servir de quelque moyen ou adresse pour cela ». *Essais de Théodicée*, Paris, GF-Flammarion, 1969, p. 378.

(21) M. DE UNAMUNO, *Le Sentiment Tragique de la Vie*, Paris, Folio/Essais, 1997, p. 196.

(22) Cf., PLATON, *Théétète*, 176 b. Or la fuite (d'ici-bas) consiste à se rendre, dans la mesure du possible, semblable à la divinité.

conscience de soi et des autres (23) qui trouve sa plénitude dans l'infini de la transcendance (24). Cette personne a donc peu de rapport avec la personne sartrienne qui, vide de toute essence, se recherche dans ses péripéties, tentant de conquérir le monde au moyen d'une raison totalisante.

La densité ontologique de cette personne ne vient pas en effet des besoins. Elle tire sa vigueur des nécessités finalistes de l'être même dont les multiples visages (*prosôpa*) acquièrent un sens du pouvoir dénominateur de l'être en tant que personnalité spirituelle (25).

L'individu et le sujet n'annoncent pas en effet la totalité de l'existence comme étant le « Même de l'Autre » (26). C'est la personne qui inaugure l'altérité, à travers la démarche qui lui permet de se connaître elle-même : *gnôthîn s'eauton*. Cet effort de connaissance pousse à l'ouverture vers l'autre; ce qui empêche le Moi de s'enfermer en lui-même et de devenir, en ignorant l'autre, tyrannique et surhumain. Cette ouverture confirme les droits fondamentaux comme résultant des relations réciproques entre individus, selon l'art dialectique de la distribution du mien et du sien. Ainsi ces droits ne sauraient se déployer dans un monde où seul règne un moi sans partage équitable avec l'autre, sans réalité historique ni sociale. Un « pour-moi » légitime, qui ne heurte donc pas un ordre juridique démocratique, doit être en même temps un « moi pour l'altérité », l'autre n'étant pas un rival, comme Hobbes l'a présenté (27). Il représente davantage la complémentarité du moi qui s'exprime (28). A notre sentiment, il n'y a point de droit sans parole dialectique (29). Le monologue s'oppose à toute sorte de droit puisque ce dernier se développe dans la relation à autrui.

La maxime *Gnôthi s'eauton* signale dès lors la présence de la dignité humaine. Se connaître ontologiquement, c'est re-connaître l'autre, l'apparenter à mon image ontologique. D'où le *devoir* de re-connaître l'Autre comme étant de la même substance que ma propre existence. En même temps, pourtant, la re-connaissance de l'autre m'aide à établir mes spécifi-

(23) M. DE UNAMUNO, *op. cit.*, p. 194.

(24) La transcendance est un élan à la fois vers l'infini et vers l'autre, celui qui a le même visage (*prosôpon*) que moi.

(25) Au fond, la dignité humaine remonte à un Être suprême, Créateur de l'être, qui est *prosôpon* dont l'homme, seul, est à son image. C'est là que réside la supériorité particulière de l'homme en tant qu'étant de la création. En revanche, si l'on admet que l'homme est un enfant de la matière comme les autres étants, son statut privilégié s'affaiblit sensiblement. Seule une référence au Transcendant garantit l'irréductibilité de la personne humaine.

(26) Par cette expression, nous entendons notamment le regard qui nous est commun et qui trahit une densité ontologique portée vers la transcendance. C'est un des traits fondamentaux du *prosôpon*.

(27) T. HOBBS, *op. cit.*, Ch. 15, p. 204.

(28) J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 194-195 et 203.

(29) E. LEVINAS, *op. cit.*, p. 71.

cités par rapport à lui, donc à me re-connaître et me distinguer comme unité impossible d'être redoublée.

Dans ce rapport du moi à l'autre, le moi surgit non pas comme un « être-en-soi » et « pour-soi », mais comme un être en-relation-à-autrui. La reconnaissance de ma personne est une condition *sine qua non* de la non-aliénation de la personne de l'autre, car la personne aliénée n'est pas une véritable personne (30). Or cette connaissance entraîne un engagement envers l'autre, engagement traduit en termes de responsabilité assumée envers autrui; *l'autre* qui devient, dans son approche intersubjective, le *prochain* (31). Et cette responsabilité comporte des devoirs envers cet autre dont le plus fondamental est, en tant que dignité incarnée, le respect de son intégrité. Cette responsabilité marque la connaissance du moi comme une re-connaissance de l'autre à travers le moi.

Cette responsabilité découle de la dignité humaine chargée de devoirs « perpétuels » envers l'être humain dans sa qualité de personne. Perpétuels au sens qu'ils ne disparaissent pas immédiatement après la mort de l'homme. La personne, dans l'absence du corps, est présente comme *mémoire dans le monde*. Et cette mémoire fait l'objet d'une protection juridique. La réhabilitation *post mortem* en cas d'erreur judiciaire en est un exemple des plus caractéristiques.

Il serait donc opportun de voir dans la personne, non seulement un porteur de droits, mais surtout et encore un débiteur de devoirs individuels qui sous-tendent son comportement en tant qu'unité complexe, à savoir historique, culturelle et sociopolitique. Les droits fondamentaux impliquent, certes, une volonté revendicatrice, au nom de la protection personnelle, mais supposent, dans chaque exploit, la non-aliénation de la personne de l'autre. Ce qui met en jeu l'acceptation des devoirs envers l'autre en même temps que la proclamation des droits subjectifs.

Or ces considérations nous inclinent à considérer que les droits fondamentaux sont plus que des droits subjectifs. Car le sujet est anonyme (32); il

(30) *Ibid.*, p. 42.

(31) L'autre est celui qui a le même visage ontologique (*prosôpon*) que moi. C'est « Lui » qui reflète mon image dans son regard comme semblable au sien. Or très justement E. MOUNIER, *Le Personnalisme*, Paris, Que Sais-Je? 16<sup>e</sup> éd. 1995, p. 33, affirme : « Le premier mouvement qui révèle un être humain dans la petite enfance est un mouvement vers autrui ». En revanche, le prochain, c'est « toi » l'homme concret auquel je suis confronté et dont l'interpellation me concerne; impliquant par là ma responsabilité. Car je suis lié avec lui dans les relations existentielles. Or le choix du prochain n'est point subjectif; il est objectif. Je ne peux aucunement changer sa réalité unique et irréductible. Cf. K. BARTH, *Ethique*, v. II, Paris, PUF/Théologiques, 1998, pp. 135-137; pour un avis différent, E. LEVINAS, *De Dieu qui vient à l'idée*, Paris, Vrin, 1992, pp. 132-133.

(32) Le sujet renvoie presque toujours à la finitude de l'existence; Il empêche de penser l'être de l'homme comme enclin à l'infini, à l'illimité de l'être. Cf. E. ROSSINI, *Introduction à la Philosophie*, Bière, Bordeaux, 1992, pp. 84-85.

évoque plus l'idée d'assujettissement qu'une liberté créatrice dont est doté l'être humain. L'assujettissement implique l'aliénation, et l'homme est ontologiquement inaliénable. Or les termes « droits subjectifs » ne suffisent pas pour couvrir entièrement la nature humaine dans son élan créatif. Finalistes, ils annoncent le défensif d'un être menacé. Le droit a alors tendance à être confondu avec le pouvoir d'une volonté d'agir. L'homme n'est pas seulement acteur, à l'instar des autres êtres animés qui sont guidés par les caprices de la nature. Il est aussi démiurge, responsable donc des événements qui se déroulent sur la scène de l'être. Ainsi ses droits fondamentaux révèlent-ils une responsabilité qu'il a envers ses semblables. Ce que le terme « personne » implique nécessairement.

### III. – DROITS FONDAMENTAUX ET RÉALITÉ EXISTENTIELLE

Les droits fondamentaux témoignent de la confrontation d'une personne à l'autre (33). Dans cette conception, les devoirs personnels ne renvoient pas obligatoirement à la sujétion, mais au déploiement d'une personnalité qui cherche son identité et ses spécificités dans le visage de l'autre.

Or considérés *in abstracto*, dans les perspectives d'un universalisme ontologique, les droits fondamentaux ne sauraient concerner une personne *agissant dans le monde*. Ils nécessitent une insertion dans l'espace temporel révélant les valeurs qu'ils véhiculent. Car cette détermination est régie par les lois causales (physiques et sociales) qui définissent l'individu *changeant* dans les mouvements de l'ordre étatique. En supprimant cette position, les droits fondamentaux deviennent de pures idées, correspondant à l'idée de l'Homme, à un homme sans individualité concrète, à un sujet connaissant pur.

Évitons donc de broser le tableau de droits fondamentaux conçus *in abstracto*, à savoir au – delà de toute réalité sociohistorique et de les *poser* ensuite dans le devenir politicossocial en *proclamant qu'ils* viennent de la nature de l'homme, du sujet-homme. Car, au fond, il ne s'agirait pas d'un droit subjectif en tant que droit rapporté à un sujet réel. Il serait plutôt question de l'Idée, de la Forme éternelle de droit, d'un droit subjectif désincarné, dans sa pure « objectivité » (34). En d'autres termes, il s'agirait de droits fondamentaux surréalistes (35) ayant trait à l'univers des sujets connaissants purs, affranchis de l'humanité de l'homme existant. La plupart

(33) E. LEVINAS, *op. cit.*, p. 48.

(34) Objectivité entendue au sens kantien; ce que l'entendement, à partir de l'expérience des sens, établit comme un objet du penser.

(35) En ce sens qu'ils sont incapables de suivre l'évolution de l'ordre socio-politique des choses.

du temps, ces idées aboutissent tantôt au rationalisme kantien (36) (ce n'est point la pensée, croyons-nous, qui est à la base de la réalité (37)), tantôt à l'idéalisme hégélien (il lui est souvent impossible de s'adapter à la finitude humaine) (38). L'homme n'est pas seulement raison mais encore intuition et surtout sentiment. Les droits fondamentaux existent comme condition réelle et non pas comme Idées qui se projettent dans le monde.

Les droits fondamentaux ne s'imposent pas à la vie. Ils sont *dans* la vie, enracinés dans les rapports de l'homme à ses semblables. La philosophie des droits fondamentaux est foncièrement existentialiste.

Ainsi, au lieu de présenter les droits fondamentaux comme inhérents à la nature humaine, comme enracinés à l'être de l'homme, nous préférons souligner leur présence à l'enracinement de l'homme dans son milieu naturel. « Chaque être humain, observe la philosophe Simone Weil, a besoin d'avoir de multiples racines. Il a besoin de recevoir la presque totalité de sa vie morale, intellectuelle, spirituelle, par l'intermédiaire des milieux dont il a fait naturellement partie » (39). Ainsi la personne, dans sa réalité, possède un passé indélébile par sa participation à une communauté historique dont il est apte à conserver le patrimoine culturel et qui forme sa conscience morale (40).

Il faut alors envisager les droits fondamentaux de la personne au-delà de la métaphysique qui les présente comme inhérents à la nature humaine. Pour leur mise en pratique, ils doivent signaler des exigences d'actualité propres à la personne de l'homme, exigences sociales, politiques, éthiques bien déterminées. En fait, c'est à travers les choses et les êtres dans leur phénoménologie historique que les droits fondamentaux peuvent s'avérer opérationnels. Leur actualité ne doit pas être séparée de l'existence humaine dans sa réalité concrète. C'est dire qu'ils apparaissent dans des relations qui lient des objets à des sujets et que, par là, ils sont subordonnés à certaines conditions. Il devient alors clair qu'en tant que droits juridiques, ils ne sau-

(36) L'idéalisme allemand, de Kant à Hegel, observe E. BETTI est « le mettre-en-valeur du subjectivisme », entendant par là « la déduction du monde du je »; voir « Revisione critica di Kant », *Diritto, Metodo, Ermeneutica*, Milano, Guiffre, 1991, pp. 451-457 et notamment p. 453. En effet, le je kantien s'impose axiomatiquement dans le monde, les rapports avec l'autre sont loin d'être fondés sur la dialectique des échanges réciproques. E. KANT, *Métaphysique Des Mœurs. Première Partie, Doctrine Du Droit*, Paris, Vrin, 1986, pp. 98-99.

(37) Cf. S. KIERKERGAARD, *Post-Scriptum aux miettes philosophiques*, Paris, Tel/Gallimard, 1989, p. 212 : « Conclure de la pensée à l'existence est ainsi une contradiction, car la pensée au contraire retire l'existence de la réalité et pense celle-ci en la supprimant et en la transposant en possibilité ».

(38) Cf., K. MARX, *Critique de l'État Hégélien*, Paris, 10/18, 1976, pp. 60-61.

(39) S. WEIL, *L'Enracinement*, Paris, Folio/Essais, 1997, p. 62.

(40) Nous souscrivons ainsi à la thèse de M. DUVERGER, *Sociologie de la Politique*, Paris-Thèmes/Sciences Politiques, 1973, p. 129, qui soutient : « Toute culture tend au consensus, c'est-à-dire à l'acceptation par l'ensemble des membres de la collectivité des normes et des valeurs qui fondent les rôles et modèles de comportement ».

raient être inconditionnés : avoir la qualité de principes absolus. L'inconditionné échappe à la mesure du temps et à la taille humaine. Et les droits fondamentaux apparaissent pour satisfaire aux besoins vitaux des hommes dans leur finitude historique (41).

#### IV. – DROITS FONDAMENTAUX ET HISTOIRE

Ces conditions font surgir les valeurs non seulement idéales et universelles que renferment les droits fondamentaux mais encore celles qui sont consécutives à l'enracinement de l'homme dans son milieu. Les contextes social et politique sont ici de première importance. Ils renvoient alors à la personne – totalité de l'existence – *dans* le monde, à l'homme éponyme, *agissant* avec son passé qui l'enracine dans le présent et qui le prépare pour l'avenir. Or les droits fondamentaux appliqués dans le présent ne sauraient faire abstraction du passé. En d'autres termes, l'exercice de ces droits « subjectifs » doit être subordonné au respect de la dimension historique de l'homme concret.

Les droits fondamentaux doivent alors être envisagés à partir de la nécessité d'être exercés dans le cadre d'une justice qui attribue le mien et le sien fondés sur la réciprocité des échanges. Ceux-ci ont, certes, trait à l'existence individuelle; ils ne se désintéressent néanmoins pas de l'ordre collectif, à savoir du groupe historique qui est à la base de la formation de l'identité personnelle. Le droit, comme phénomène juridique, appartient à l'histoire et c'est à travers le devenir historique qu'il s'active et évolue.

Dans cette perspective, les relations envers autrui forment un champs d'activité qui engage la présence des droits fondamentaux de la personne. Or les exercer ne pourrait donc se faire que par rapport au respect des droits fondamentaux de l'autre; ce respect qui représente une *obligation inconditionnelle* comme fondement-fondation de la justice. Si l'on cherche un absolu dans la dimension idéale de la justice, c'est l'obligation de reconnaître l'*autre* et le *prochain* (42) ou son semblable dans la totalité de son être, d'où émanent non seulement des droits mais aussi et, répétons-le, surtout des devoirs. Cette obligation, lorsqu'elle descend dans le domaine des faits et des contingences, donne naissance aux devoirs subjectifs qui rendent opérants les droits fondamentaux comme droits individuels. Or, c'est dans ce cas que ces derniers doivent être toujours liés à certaines conditions esquissées par les devoirs respectifs (43).

Cela nous amène à changer d'optique dans la considération des droits fondamentaux en tant que *droits de* et *droits à*. D'ordinaire, un *droit de* ou à

(41) Cf., S. WEIL, *op. cit.*, p. 15.

(42) Pour la distinction entre l'autre et le prochain, voir note n° 31.

(43) Cf. S. WEIL, *op. cit.*, p. 10.

est censé traduire une exigence, une revendication ou un pouvoir légitime sur une chose, dirigé par la volonté du moi en tant que sujet de droit. Notre vision est tout autre. Un droit fondamental est issu du devoir d'accomplir toutes les conditions qui assurent sa reconnaissance et la certitude de son application dans la personne d'autrui. Un droit fondamental désigné comme droit personnel ne se rapporte pas directement à mon individualité comme un acquis personnel à revendiquer ou dont je puis disposer, mais comme une propriété commune à moi et, au prochain, voire à l'autre que je dois respecter pour pouvoir exiger ce droit au nom de notre égalité ontologique. Si cette condition n'est pas respectée, aucun droit fondamental ne pourra être légitimement revendiqué.

Prenons comme exemple caractéristique le droit à l'intégrité humaine, ou mieux le droit à la vie que l'on évoque d'habitude pour souligner l'incompatibilité de la peine de mort avec la dignité humaine. On éprouve de l'horreur envers les partisans du suprême supplice, en soulignant que ce droit ne doit être en aucun cas violé. Or cette horreur est dirigée vers une autre direction pour nous. Nous pensons à la monstruosité de l'acte supprimant une existence humaine, à l'irrespect de son inviolabilité par l'auteur. C'est le mépris de l'assassin envers les lois de l'être qui inspire une horreur sacrée et demande réparation selon les principes équitables des échanges réciproques.

À présenter les droits fondamentaux sous la voile de l'absolu universel, on risquerait d'aboutir à une dérive fâcheuse pour l'humanité. En effet, il est fort probable que cette sorte d'idéalisme surréaliste dégrade les applications de ces droits au point qu'il devienne trop difficile de distinguer le débiteur et le créancier, voire le coupable et l'innocent. Comme Henri Lepage le souligne, « La société se transforme en labyrinthe et mensonge collectif » (44).

De plus, évitons d'employer, pour les désigner, les termes de « droits individuels » (la personne est plus que l'individu), et de « droits naturels » (la nature de l'homme est dotée de pulsions, d'instincts, d'inclinations; est-il donc pertinent d'appeler tous ceux-là « droits »?). En effet, l'éthique juridique ne pourrait être exprimée que par la conscience. Tout droit contient un minimum de moralité qui est le fruit de la conscience personnelle.

De cette manière, les droits fondamentaux doivent être interprétés comme des droits qui, au lieu de *provenir* de l'homme en soi (l'Homme), lui *reviennent* directement en tant qu'être éponyme, donc comme « la personne qui ». Sous cet angle, la personne ne doit être conçue ni comme un moyen ni comme une fin, car il est possible de se servir de l'homme-fin pour l'asservir. On peut, tout en affirmant l'existence humaine, la supprimer comme une fin « inférieure » sacrifiée au profit d'une autre fin jugée supérieure. À

(44) Cf. « 'Vrai' ou faux droits de l'homme », *EURO 92 Analyses*, n° 3, décembre 1998, p. 3.

notre sentiment, l'homme *est* (45) : et dans ce cas, tenter de porter atteinte à ses droits fondamentaux équivaut à vouloir nier l'Être (46). Ainsi « le droit à la vie » peut être contesté en tant que « droit à » car de même que l'on peut se voir attribuer un droit, de même on peut également en être privé (47).

\*

Afin de réaliser une mise en place efficace des droits fondamentaux dans l'ordre social, il conviendrait de les considérer moins comme des droits relevant d'une humanité générale qui se veut ontologiquement universelle, donc atemporelle et uniforme, que comme des droits tributaires des spécificités culturelles de chaque peuple qui s'exprime dans son propre langage juridique. Dans cette direction, les droits fondamentaux doivent être considérés comme attributs de l'être de l'homme mettant à l'abri la densité ontologique de chaque idiosyncrasie personnelle.

Il devient alors impératif que les droits fondamentaux traduisent le fond (la densité ontologique) de la personne qui, dans toutes ses manifestations, garantit le respect de l'intégrité de l'autre, du prochain, du semblable. Dans cette perspective, les droits fondamentaux doivent être validés par un droit objectif qui reconnaisse sans aucune ambiguïté l'inviolabilité de la dignité personnelle.

\* \*  
\*

(45) Cet « est » ne pose pas seulement et absolument la personne dans l'être. Comme le remarque très pertinemment Sergio CORTA, « La dualité structurelle esthétique que l'homme *est* détermine le je en tant qu'*étant-en-relation*, non seulement sur le plan empirique (comme il est prouvé par les sciences), mais aussi sur le plan ontologique » ; voir *Le Droit dans l'existence*, Bordeaux, Bière, 1996, pp. 53-54. Il faut ajouter que l'homme, comme étant-en-relation ou pour-la-relation, n'implique pas uniquement que l'homme « est un être fini et limité » comme le veut Dominico Campanale, *Il Diritto della Filosofia E La Filosofia Del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 88. La relation-à-l'autre révèle un *prosôpon* enclin à l'Infini, doté d'une dignité humaine, puisqu'elle reflète de l'Être Dignitaire, de l'Un Personnel, dans son mystère ontologique.

(46) Il est fondamental de reconnaître la qualité du *prosôpon* tel que nous l'avons développé pour légitimer les droits fondamentaux et pour ne pas tomber dans les pièges ni du fascisme, qui dénie toute valeur à la personne humaine en tant que telle, ni du marxisme, hostile à la transcendance de la personne et à l'indépendance de ces droits à l'égard du devenir historique, ni enfin du positivisme qui ne reconnaît qu'un droit formel, omniprésent, seul capable de valider les droits personnels ; cf. J. RIVERO, *Les Libertés publiques, 1. Les Droits de l'Homme*, Paris, Thémis/Droit, 4<sup>e</sup> éd. 1978, p. 122.

(47) A ce propos, cf. R. ANDORNO, *La Distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 34 : « certains partisans des droits des animaux n'hésitent pas parfois à préférer ceux-ci aux êtres humains les plus faibles (nouveau-nés, vieillards séniles), à qui ils refusent le droits à la vie ».



## Des droits de la personne au droit des personnes : de la théorie à la pratique

PAR

FRANÇOIS VALLANÇON

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)

Chaque fois qu'éclate un scandale politico-financier, comme en France, ou politico-érotique, comme aux États-Unis, et que la justice s'en mêle, beaucoup de gens, partisans jaloux par ailleurs de « l'État de droit », se mettent à craindre un « gouvernement des juges ». Oserai-je le dire ? J'appelle de mes vœux un tel gouvernement. Mais peut-être ne s'entend-on pas sur ce que c'est que le gouvernement, ni sur ce que c'est que le juge ?

Le gouvernement, selon une certaine constitution, celle de la Cinquième République, serait cela qui « détermine et conduit la politique de la nation » (1). Ce serait cela qui fait, ou fait faire les lois. Ce serait cela qui assure le cadre théorique – les « lois-cadres » n'étaient presque qu'une redondance – à l'intérieur duquel prendront place les décrets, les arrêtés, les règlements.

Les juges, selon la même constitution, seraient ceux qui, sans être soumis au gouvernement – « indépendance de la magistrature » oblige – appliquent ou font appliquer les lois. Les juges ne feraient rien d'autre que passer, faire passer du général au particulier, du théorique au pratique.

Cette *summa divisio*, cette belle séparation des pouvoirs a depuis longtemps volé en éclats, peut-être parce qu'on avait oublié qu'il y a théorie et théorie, pratique et pratique. Il y a, en effet, deux manières, et deux manières opposées, de concevoir la théorie, et donc aussi le gouvernement. De même, il y a deux façons, et deux façons contraires, d'envisager la pratique, et donc aussi le métier du juge.

Examiner successivement, sur l'exemple de la personne, la théorie dans ses deux versions, et la pratique dans ses deux manifestations, pourrait nous aider à apercevoir comment l'une des théories est susceptible de rejoindre l'autre des pratiques, pour le plus grand bénéfice de la personne, laquelle est pour le moment écartelée entre la théorie, qui se conjugue au plus-que-parfait, et la pratique qui relève, au mieux, du futur, et au pire, du conditionnel : en théorie, toute personne est sacrée ; en pratique, on en revient, aux

(1) Article 20 de la Constitution de 1958.

deux extrémités de la vie humaine, au vieux *jus vitae necisque* (2) des Romains.

### I. – PERSONNE ET DROIT EN THÉORIE

Il y a la théorie qui signifie voir avec les yeux de chair, pour concevoir avec les yeux de l'esprit, du cœur – « On ne voit bien qu'avec le cœur » dit le Petit Prince. Et il y a la théorie qui signifie concevoir sans le moindre recours aux yeux du corps, ni aux yeux du cœur. On ne voit bien ici qu'avec la raison. Dans le premier cas, la personne est l'esprit qui voit grâce au corps et au cœur, elle est un tout vivant qui voit et qui est vu selon le corps et selon le cœur et selon l'esprit. C'est le *zoon politicon* d'Aristote. Dans le second cas, la personne est l'esprit qui se conçoit lui-même et se construit indépendamment du corps et du cœur. C'est une forme pure, que rien de corporel ni de sensible n'atteint. C'est la personne constituée selon les canons de la raison, selon l'anthropologie. C'est l'*eidōs autonomicos* de Kant. *Brevitatis causa*, nous ne parlerons que de personne et droit dans la théorie d'Aristote.

Stamatios Tzitzis (3) a consacré un mémorable ouvrage, sans parler de celui de Jean-Marc Trigeaud (4), à montrer qu'il n'y avait pas dans la pensée grecque, et surtout pas dans la pensée d'Aristote, de personne au sens moderne, au sens du personnalisme. Il y a seulement le *prosopon*. Et celui-ci porte le masque qu'un acteur revêt au théâtre, pour qu'il soit bien vu, identifié, des spectateurs, pour que sa personnalité disparaisse derrière son rôle. L'être de l'homme demeure inaccessible dans son fond. Seul est vu son apparaître dans sa forme. Le *prosopon* est ce qui dévoile et en même temps voile son être, ce qui permet de voir le visible et de concevoir l'invisible.

Ce passage du visible à l'invisible est possible parce que le *prosopon* est vu au théâtre, est vu dans la lumière du *theos-theos*, *theatron*, *theoria*, tous ces mots renvoient à la même racine. Le *prosopon* n'est pas la source de la vue, ni de la lumière. Il est ce qui vient à la lumière, ce qui reçoit la lumière pour être vu des spectateurs, eux-mêmes baignés dans cette lumière. Sans le *theos*, sans le *theatron*, il n'y aurait nulle chose susceptible d'être vue, il n'y aurait nul *anthropos*, capable de voir, puisque *anthropos* signifie celui qui regarde et voit en haut. Sans le *theos*, il n'y aurait nulle théorie.

(2) On trouve seulement dans Cicéron, *De Domo sua ad pontifices*, 77, « *vitae necisque potestatem habere* », que certains traduisent par « avoir le droit de vie et de mort ». Mais, selon Michel VILLEY, c'est à tort qu'on passe du « pouvoir, *potestas* », au « droit, *jus* ».

(3) *Qu'est ce que la personne?* Paris, Armand Colin, 1999.

(4) *Persona ou la justice au double visage*, Studio editoriale di cultura, Gênes, 1990.

Par conséquent, *ignoti nulla cupido* (5) – on ne désire que ce qu'on voit – il n'y aurait nul attrait des hommes les uns pour les autres, ou des hommes à l'égard des choses. Il n'y aurait pas de distinction entre les choses selon le bien dont elles sont grosses, et pas de distinction entre les hommes selon les choses dont ils s'occupent ou qu'ils détruisent. Le droit n'aurait plus la possibilité de montrer, de faire voir ce que chaque homme fait de chaque chose dans chaque cité, dans ce grand théâtre qu'est toute cité. Il ferait voir – *theorein* – non les hommes situés chacun à sa place, en fonction des choses situées à leur place respective, mais l'homme abstrait occupant partout la même et unique place abstraite, c'est-à-dire toute la place, le lieu dont le centre est partout et la circonférence, nulle part : utopie, panthéisme, athéisme, tous plus ou moins équivalents.

Éprouver de l'attrait, c'est aimer; opérer des distinctions, c'est partager; mettre sur le théâtre, c'est montrer. Aimer, partager, montrer, tels sont les caractères du *prosopon* et du droit dans la théorie d'Aristote. Expliquons-les en quelques mots.

#### A. – *Aimer*

« Aimer, boire et chanter », c'est bien sûr une valse de Strauss. Mais c'est aussi une suite de verbes transitifs, grâce auxquels est signifié qu'un homme seul, cela n'existe pas, qu'un individu isolé, c'est-à-dire coupé de toute espèce de relations, cela n'existe pas et ne peut pas exister. Aimer, c'est aimer quelqu'un ou quelque chose. Boire, c'est boire un verre, ou plutôt ce qu'il y a de vin dans un verre. Chanter, c'est énoncer des paroles sur une musique comme expression d'un cœur qui a été touché par un autre cœur, et veut lui rendre la pareille.

Dans le théâtre grec, et cela se retrouve dans la théorie d'Aristote, l'amour se dit *eros*, et souvent *agapé*. Or, étymologie fantaisiste ou pas, il n'y a pas d'*agapé* possible sans *agathon*, sans bien à aimer. Il n'y a pas d'amour possible, si ce n'est à cause d'un bien qui est aimable, si ce n'est à cause du bien qui, en tout être, est cela qui le rend attirant, et si ce n'est en vue d'un bien, en vue d'augmenter le premier attrait. De manière que ne cesse pas le courant qui va de l'amant à la chose aimée, et de la chose aimée à de nouveaux amants.

Il n'y a là rien de romantique, si l'on voulait entendre par romantique la rencontre sentimentale, fugace et stérile de deux êtres que le hasard a rapprochés, et que le hasard s'empressera d'éloigner. Il n'y a là rien de somatique, si l'on pensait à un simple contact charnel, ou à la seule union des sexes, qu'une démangeaison simultanée aurait fait se joindre, et que la cessation de cette démangeaison ferait se disjoindre.

(5) Ovide, *Ars amatoria*, 3, 397.

Pour le théâtre grec et pour Aristote, la liaison entre celui qui aime et cela qui est aimé est l'attestation qu'avant qu'il y ait des vivants comme le sont les hommes, et au milieu de ces vivants que sont les hommes, il y a la vie de laquelle tous reçoivent et la vie en plénitude à laquelle tous tendent.

Selon cette théorie d'Aristote, l'homme n'est pas vu indépendamment de son milieu, indépendamment du temps, indépendamment de l'espace, indépendamment du mouvement. Il est vu plongé dans son milieu, en tant que celui-ci est condition de son entrée dans la vie, et de sa croissance, et de son perfectionnement. Il est vu précédé de beaucoup de choses, auxquelles il est appelé à succéder, et suivi de beaucoup de choses auxquelles il est appelé à transmettre un héritage. Il naît, il vit, il grandit, il meurt dans une famille, et en ce sens la famille, l'*oikos*, l'économie, est naturelle. De même, *mutatis mutandis*, il naît, il vit, il grandit, il meurt dans une cité, et en ce sens la cité, la *polis* est naturelle. Espace limité, délimité, à l'intérieur duquel il tient un rôle – *prosopon* – et à l'extérieur duquel il n'en a pas, ou pas encore. Sa famille n'est rien d'autre que le cadre du bien qu'il reçoit et qu'il fait, en petit – le bien privé. Sa cité n'est rien d'autre que le cadre du bien qu'il reçoit et qu'il fait, en grand – le bien public.

Cette théorie d'Aristote n'a rien d'original, et n'a rien d'étranger à la vie juridique. Elle n'est pas originale, car elle recueille une tradition philosophique, et elle prépare une construction juridique. La tradition philosophique remonte, en effet, à l'invention même du mot philosophie par Pythagore, dont on sait qu'honoré par ses concitoyens du titre de « sage » il aurait répondu : « Dieu seul est sage ! Je ne suis, moi pauvre mortel, qu'un amoureux de la sagesse. » N'est-ce pas une manière de dire qu'un homme qui ne sait pas ce que c'est qu'aimer ne mérite pas vraiment le nom d'homme, et qu'un homme qui aimerait autre chose que la sagesse, autre chose que ce qu'il y a de bien, de parfait, d'accompli dans les choses et dans les hommes qui l'entourent, ressemblerait fort à un « animal dépravé » ? Si l'*anthropos* ne perce pas sous le *prosopon*, le *prosopon* et l'*anthropos* disparaissent en même temps, ou changent de sens.

Cette tradition philosophique, Aristote l'a enrichie et, ce faisant, il a préparé la construction juridique des Romains. Ceux-ci, de l'avis général, ont inventé le droit, au moins comme discipline scientifique, comme théorie, et ont explicitement défini le droit comme un *ars boni et aequi* (6). Qu'est-ce qu'un *ars*, si ce n'est la rencontre d'un homme avec les choses, ou avec les autres hommes, l'attrait consenti de ce qu'il y a de bien dans l'homme, pour ce qu'il y a de bien dans les choses ou les autres hommes ? Qu'est-ce que le *bonum*, si ce n'est le résultat de cette rencontre, si ce n'est l'œuvre, le chef d'œuvre auquel sont parvenus des amoureux de la justice, comme on dit des enfants qu'ils sont le résultat de l'œuvre de chair ? Qu'est-ce que l'*aequum*,

(6) *Digeste*, I, 1, 1, citant Celse.

si ce n'est la condition de mesure, faute de laquelle le plus fort détruirait le plus faible, ou le plus récent abolirait le plus ancien, et grâce à laquelle le plus fort est au service du plus faible sans se renier, tandis que le modérément fort profite et du plus fort et du plus faible, tout en leur communiquant sa modération ? Témoin le mariage, où le plus fort, l'homme, n'écrase pas le plus faible, l'enfant, et où la femme, sans être opprimée comme épouse non plus qu'oppressive comme mère, est cause et effet de mesure dans toute la maison.

Dans ces conditions, aimer ne peut guère signifier que partager. *Bonum sui diffusivum est*, diront à ce sujet les scolastiques. Mais que signifie partager ?

### B. — Partager

Comme le verbe « aimer », le verbe « partager » est un verbe transitif, qui appelle un complément d'objet direct. On partage des choses. Mais il faut dire plus, et même beaucoup plus. On partage des choses extérieures, des choses détachables et de celui qui est l'auteur du partage, et de ceux qui en sont les destinataires. On partage des choses susceptibles d'être divisées, c'est-à-dire des choses qui forment un tout, un ensemble, un *holos*, avant d'être des parties. On partage à condition qu'il y ait pluralité d'attributaires, au moins deux entre lesquelles les choses seront partagées, ce qui serait impossible si ces attributaires n'étaient considérés d'abord comme une totalité à l'intérieur de laquelle la qualité d'attributaire peut leur être limitativement accordée.

Extériorité et altérité, de ces deux caractères du droit, Aristote a fait la théorie, et le sens qu'il leur a donné retentit sur la signification du mot « chose », *pragma, res*, et du mot « personne », *prosopon, zoon politikon*. Ce sont là rien moins que des évidences ou des tautologies, contrairement à ce qu'une lecture rapide pourrait donner à penser.

Quand on dit que le droit partage des choses, on veut faire observer qu'il ne partage pas des idées, des songes ou des personnes. Mais chacun de ces termes n'a de sens que par différenciation d'avec celui qui le précède ou qui le suit. Quoi qu'en ait dit Descartes, la réponse à la question « Qu'est-ce qu'une chose ? » ne relève pas de l'évidence. Il a eu beau diviser le monde entre *res cogitans* d'un côté, et *res extensa* de l'autre, et faire comme si on ne pouvait pas remonter au-delà de ces évidences, la chose, la *res*, a gardé son mystère. La preuve en est que, trois siècles plus tard, la même question s'imposera à l'attention de Heidegger, sans qu'on puisse assurer que la réponse ne laisse plus rien à désirer.

La théorie des choses chez Aristote prépare la théorie de ce qui n'est pas de l'ordre des choses, le *prosopon*, ou *zoon politikon*. Et surtout, comme la chose se dit en grec *pragma*, et que ce substantif vient du verbe *prattein*,

faire, mais faire intransitif, par opposition à *poiein* qui est un faire transitif, la théorie de la chose vient de la pratique et y renvoie. Ainsi, ne nous étonnerons-nous pas de constater bientôt que la théorie du *zoon politikon*, du *prosopon*, vient aussi de la pratique et y renvoie.

Mais il ne suffit pas de dire que le juge partage les choses, il faut ajouter qu'il partage les choses extérieures. Et cela n'est possible que grâce à une double limitation. Si l'on considère, en effet, les choses extérieures comme des choses intérieures, comme le prolongement ou l'attribut nécessaire des choses intérieures, alors les choses extérieures ne seront pas le résultat d'une distribution, mais la déduction quantitative d'un élément qualitatif. Et comme on ne peut pas vous ôter une partie de votre beauté pour la donner à autrui sans vous détruire, vous défendrez votre avoir aussi énergiquement que vous défendriez votre vie. Attaquer votre propriété sera comme attaquer votre personne.

Tout au contraire, si on distingue bien les choses intérieures, qui sont vous, des choses extérieures, qui sont à vous, on peut partager celles-ci sans vous arracher celles-là, on peut vous priver de celles-ci, sans porter atteinte à votre existence ou à votre essence ? Et même, on ne peut partager les choses extérieures, c'est la seconde limitation, que si on les considère comme un tout fini, à l'intérieur duquel se rencontreront des parties, et des parties plus ou moins grosses, c'est-à-dire plus ou moins semblables au tout. Que si l'on envisage seulement les choses sans limitation de quantité, indéfinies, alors on peut les accumuler sur telle ou telle tête, sans que le droit fournisse la moindre raison de s'arrêter. Le droit se voit à l'inverse enrôlé au service de l'entassement indéfini de choses extérieures au profit d'un homme, ou de quelques hommes.

Or, si la notion de limite et de totalité est essentielle pour comprendre ce qu'est l'extériorité dans la théorie aristotélicienne de la distribution, elle ne l'est pas moins pour comprendre ce qu'est l'altérité dans cette même théorie.

Quand on lit chez Aristote, en droit romain, chez les scolastiques, que le droit est une chose relative à autrui – *jus est ad alterum* – on peut être tenté d'entendre « l'autre » comme ce qui est à côté de moi, ou qui se différencie localement de moi. Mais « l'autre » n'est alors qu'un « moi-bis », un moi juxtaposé, et si cet *alter ego* ne diffère pas davantage de l'*ego*, le partage est vite fait : la même chose absolument pour tous. On se borne à une égalité rigoureusement arithmétique. Tandis que si « l'autre », au lieu d'être référé à moi, est rapporté, comme je le suis moi-même, au tout qui nous constitue comme parties, et nous confère rang, place, situation, alors « les autres » ne sont pas « l'enfer », comme autant de moi(s) multipliés ou additionnés, les « autres » sont ce dont j'ai besoin pour trouver ma place dans un ensemble dont nous faisons tous partie.

Alors, et alors seulement, un partage est possible, soit une attribution de telles et telles parties, égales et inégales dans l'ensemble des choses, à telles et telles parties semblables et différentes d'une totalité humaine relative, qu'on appelle cité ou *polis*. On descend du *zoon politicon* au *zoon oeconomicon*, et du *zoon oeconomicon* au *zoon monasticon*. Et comme il n'y a pas deux *zoon politicon*, *zoa politica*, exactement identiques, les parts qu'ils reçoivent ne sont pas identiques. Ce qui relève de l'égalité, ce ne sont pas les choses, ce ne sont pas les hommes, c'est le partage, et cette égalité de partage est une égalité géométrique. Grâce à quoi les partages de droit ne dissimulent les pires injustices de fait, ils montrent quels sont les hommes les plus justes, et quels sont les moins justes, quels sont les partages qui méritent ce nom, et quels sont ceux qui l'usurpent.

### C. – *Montrer*

« Montrez-moi vos papiers! » dit le fonctionnaire de police au passant suspect. Le passant a beau exhiber ses papiers, il ne montre rien. Le policier lui demande d'éclairer par des mots ce qui est beaucoup plus que des mots. Toutes les tromperies sont possibles. « *Ecce homo!* » (7) dit Pilate en montrant Jésus à la foule. Pilate montre quelque chose, quelqu'un, un homme, l'homme, à un ensemble d'autres hommes qui regardent sans voir, ou qui voient sans comprendre.

Le verbe grec *deiknumi*, qui signifie montrer du doigt, est l'une des étymologies vraisemblables du substantif *dikaion* qui veut dire droit, l'autre étant *dikha*, qui partage, qui est partagé en deux. Ce verbe est, comme les verbes précédents aimer, partager, un verbe transitif, dont le sens est incompréhensible si on le prive de son objet – ce que je montre – de son sujet – c'est moi qui le montre – de ses destinataires – je mets cet objet sous vos yeux – sans parler d'autres considérations sur la fin poursuivie et sur les moyens employés pour montrer.

Ce petit verbe de rien du tout, passe-partout, négligeable tant il paraît simple, mérite cependant toute notre attention, dans la mesure où il entre dans la composition de tous les termes de droit sans exception. Se tromper sur la théorie du montrer, c'est se tromper sur le *deiknumi*. Or, c'est de là qu'est venu le verbe latin *dicere*, et de là l'expression si caractéristique de *jurisdictio*. S'entendre sur ce que signifie dire, c'est se préparer à s'entendre sur ce que signifie, en théorie, *jurisdictio*. Ce n'est rien moins qu'un préalable, dont la portée s'étend d'un côté sur les hommes qui disent, non moins que sur ceux qui écoutent, et d'un autre côté sur les choses qui sont dites, autant que sur les circonstances qui en accompagnent l'expression.

Il y a tant d'hommes qui parlent pour ne rien dire que c'est presque une provocation que d'oser définir l'homme par la parole. Les Grecs, qui l'ont

(7) *Nouveau Testament*, « *Évangile selon St Jean* », 19, 5.

fait, n'étaient pas dupes, puisqu'ils ajoutaient aussitôt que les Hellènes parlent tandis que les autres bredouillent, en barbares qu'ils sont. Plus près de nous, Jules Renard a repris la même idée, lorsqu'il a écrit : « Tous les poètes ont balbutié, seul Victor Hugo a parlé ! » C'est excessif, sans doute, mais significatif et cela suffit pour commencer à comprendre qu'un homme ne dit quelque chose que si, mieux que ses contemporains ou prédécesseurs, il montre quelque chose. Un homme ne parle que s'il parle mieux que les autres, à savoir si, relativement à l'ensemble des « diseurs » de la cité à laquelle tous appartiennent, il montre, il fait voir, mieux qu'on ne verrait sans lui. Et ce mieux serait impossible à apprécier si ceux qui l'écoutent ou le regardent n'étaient pas, relativement à ceux qui n'écoutent pas ou ne regardent pas, favorisés.

Parlons un instant grec pour que les barbares ne puissent pas comprendre, ou parce que les barbares ne veulent pas comprendre. Un *zoon logikon*, que ce soit celui qui émet une parole, que ce soit celui qui recueille une parole, est nécessairement et toujours un *zoon politikon*. Dans un ensemble d'hommes, il y a toujours ceux qui ont quelque chose à dire, ceux qui n'ont rien à dire, ceux qui feraient mieux de se taire (8), ceux dont le silence serait si coupable ou si désastreux que les pierres mêmes parleraient. L'homme qui parle, qui dit, qui montre, est semblable à une acropole, c'est-à-dire à la partie éminente d'une cité, qui s'adresse à d'autres parties, sinon éminentes, du moins saillantes, de cette même cité. L'homme qui écoute n'est pas tout le monde, mais celui-là seulement qui prête attention à ce qu'on lui dit et qui veut bien l'entendre.

Un homme parle, un homme montre, cela signifie de toute nécessité qu'il le fait mieux que les autres. Un homme écoute, un homme regarde, cela signifie aussi nécessairement qu'il le fait mieux que les autres, et le fait mieux grâce à celui qu'il a écouté, grâce à cela qui lui a été dit, montré. Certains hommes, de préférence à certains autres, montrent. Certains hommes, de préférence à certains autres, voient ce qui leur est montré. C'est une égalité – tous sont hommes – et une inégalité – ils le sont plus ou moins. Et ils sont plus ou moins hommes, non pas en ce sens qu'il y aurait des « surhommes » et des « sous-hommes », ineptie qu'il était réservé à quelques « philosophes » modernes de proférer explicitement ou implicitement, mais en ce sens que certains savent mieux que d'autres quoi dire, quand le dire, et comment.

Savoir quoi dire est, dans la vie courante, relativement aisé. Mais, précisément, c'est montrer telle chose plutôt que telle autre, c'est attirer l'attention sur la diseuse de bonne aventure et détourner l'attention de sa servante

(8) *Ancien Testament*, « Écclésiastique », 3, 1 : « Il y a un temps pour tout... un temps pour se taire, et un temps pour parler ».

qui vous gruge (9). Dire, montrer, c'est dire et montrer du bien, du mieux, sauf à confondre vérité et mensonge, don et dol. Mais on sait qui a intérêt à les confondre. La chose qu'on dit, qu'on montre, ne mérite pas d'être dite, d'être montrée si, par le mieux qui est en elle, elle ne fait pas se communiquer et s'augmenter réciproquement le bien de celui qui parle et le bien de celui qui écoute. On ne montre pas n'importe quoi à n'importe qui. On ne montre pas un agneau à un loup, non plus qu'un fromage à un renard.

Illimitée, la prétendue liberté d'expression cause autant de morts qu'elle sauve de vivants. Relative, mais relative au bien de ceux qui en usent, elle est presque sans prix. Encore faut-il préciser qu'il y a un temps pour se taire non moins qu'un temps pour parler, un temps pour montrer, et un temps pour ne pas livrer au public. Bien sûr, c'est dans la Bible et ce n'est pas dans nos codes ou nos constitutions pour lesquels plus un homme parle, s'exprime, vote, mieux c'est. Mais si l'impatience et la précipitation sont toujours condamnables, comme on le voit par l'exemple de Prométhée – celui dont les pensées vont plus vite que son ombre – que dire de l'intempérance du législateur, si ce n'est qu'elle aggrave les méfaits de celle des juges ou des justiciables ?

Quant à la manière de montrer, c'est peu de dire que, comme la façon de donner, elle vaut mieux que ce qu'on donne ou que ce qu'on montre. Il y a mille moyens de montrer, de donner à voir, l'écrit n'étant pas, et de loin, le plus élégant. Il y a ceux qui, comme Louis XIV (10), se contentent de « montrer (...) le chemin des grâces » pour qu'aussitôt on s'empresse de le suivre. Et, au plus bas, il y a ceux qui s'épuisent à amonceler les textes toujours plus détaillés et à renforcer les sanctions sans parvenir à éclairer quiconque à la lumière de la justice, attendu qu'ils l'étouffent sous leurs textes et sous leurs sanctions.

Certes, il n'y a pas à proprement parler de théorie de la personne chez Aristote, mais il y a tout ce qu'il faut pour « voir », *théorein*, qu'un homme n'est presque rien sans les multiples relations dont il est le bénéficiaire puis l'auteur, et que le droit n'est presque rien que le point d'orgue où s'équilibrent entre elles, comme autant d'ondes sonores, toutes ces relations. Il n'y a pas de théorie des droits fondamentaux de la personne. Il y a une théorie du droit des membres les plus importants de la cité. Il y a une théorie du droit civil au sens du *dikaion politikon* grec, ou du *ius civile* romain, en tant que celui-ci est au fondement du droit des personnes.

(9) « La bonne aventure », tableau de Georges de La Tour au Metropolitan Museum of Modern Art (N.Y.), qui, comme tant de peintres, a traité le thème de la diseuse de bonne aventure, vieille, laide et pauvre s'adressant à un jeune et beau prince.

(10) *Mémoires pour l'année 1662*, éd. Jean Longnon, Paris, Plon, 1933, p. 130 : « Il suffit de montrer, par quelques paroles et par quelques exemples, le chemin des grâces, et vous verrez qu'on se pressera bientôt à le prendre ».

Si on ne trouve pas, en Grèce, de théories de la personne comme de nos jours en France, on trouve, par contre, une théorie des personnes très diverses, parce que vues, autant que faire se peut, à la place qui est la leur, à la bonne place, en train de faire ou de laisser faire ce qui, pour elles, est le mieux. Ce n'est pas une théorie isolée de la pratique, c'est une théorie de la pratique, une vue des pratiques les meilleures, des personnes les plus en vue, et les plus dignes de l'être.

La théorie est alors si bien encadrée par la pratique qu'elle n'est autre chose que le passage d'une pratique quelconque à une pratique bonne, ou si l'on préfère, la porte par laquelle on ne sort de ce qu'il y a de bien dans une pratique que pour entrer dans ce qu'il y a de meilleur, d'excellent, de parfait. Et de même que toute la philosophie pourrait bien n'être que le chemin qui conduit du « vivre » au « vivre bien » de Socrate, de même toute la théorie pourrait n'être que la voie qui, de la *praxis*, mène à l'*eupraxis*.

## II. – PERSONNE ET DROIT EN PRATIQUE

Il y a la pratique qui est au commencement et à l'achèvement de la théorie : *primum vivere, deinde philosophari*. En conséquence, on ne philosophe pas pour s'abstenir de vivre, ou pour se justifier de vivre comme on veut, on philosophe pour vivre bien, pour vivre le mieux possible, *eu zein* selon la leçon de Socrate. La théorie vient de la pratique, et reconduit vers elle, mais uniquement en ce sens qu'elle vient de ce qu'il y a de bon dans cette pratique et vise, à partir de ce bon, ce qu'il y a de meilleur accessible à cette pratique, ainsi que le dit expressément Aristote au début de l'Éthique à Nicomaque et au début de la Politique.

Et puis, à l'opposé, il y a la pratique qui ne doit rien à la théorie, et qui ne permet pas de la contrôler ou de la corriger. Cette pratique n'est ni éclairée par la théorie, ni éclairante pour la théorie. Elle est séparée de cette dernière par un abîme infranchissable. Elle relève de « l'être », tandis que l'autre ressortit au « devoir-être ». Elle est un fait, ni bon ni mauvais, insusceptible par conséquent d'un mieux. C'est ce que dit Kant, dans la mesure où il sépare le *quid ius* du *quid juris*, et le juriste-philosophe du juriste-fonctionnaire. Comme dans la première partie, pour faire bref, nous ne parlerons que d'Aristote et du droit romain.

Si l'homme est par nature – *phusei* – un animal politique, il s'ensuit que le droit politique ou civil a pour fondement la nature ou le droit naturel. En conséquence, le droit des personnes a pour fondement le droit politique, au sens classique.

Le premier cadre de référence de toute espèce de droit est la nature, le cosmos, l'ensemble des vivants : le droit naturel est l'ensemble des relations et des équilibres grâce auxquels les vivants se renouvellent, se rejoignent et

se séparent pour le plus grand bien de tous. Rien de plus pratique, parce que rien de plus vivant. Cet ensemble est aussi vaste que le cosmos, mais aussi vague, le plus souvent harmonieux, mais quelquefois monstrueux. Il appelle un cadre de référence plus restreint, plus net, qui le prolonge et parfois le contredit.

Le second cadre de référence est le droit civil, le droit politique, *jus civile* des Romains, ou *dikaion politikon* des Grecs, qui ramène et resserre à une cité les liens naturels que l'humanité entière connaît déjà. Il précise le droit naturel, il le localise, et de temps en temps le contredit. Droit politique, au sens classique, plutôt que droit positif, au sens moderne, pour autant que celui-ci est fait de textes, toujours un peu éloignés de la pratique – la fameuse effectivité – tandis que celui-là est fait de toutes les répartitions et de tous les échanges qui sont la vie même de la cité. Le problème de leur application ne se pose pas, puisque les textes, quand il en faut, viennent de ce qui a déjà réussi en pratique.

Le dernier cadre de référence, qui s'inscrit à l'intérieur des deux autres, est le statut des personnes, en tant qu'elles sont parties de la nature, parties de la cité, plus ou moins actives. Il y a ce qui est commun à tous les hommes – ce que les Romains appellent le *jus gentium* (11) – il y a ce qui est commun à tous les membres d'une cité, et à eux seulement – ce que les Romains nomment le *jus civile* (12) – et il y a ce qui détermine la place des différentes espèces d'acteurs dans cette cité – ce que les Romains désignent par l'expression de *jus parsonarum* (13).

Ce droit des personnes n'est pas déclaratif, comme si c'était l'analogue de quelque « Déclaration des droits de l'Homme », celle de 1789 ou celle de 1948, et n'ajoutait rien à la nature, au droit naturel moderne. Ce droit des personnes n'est pas constitutif, créateur ou producteur d'un état des personnes, qui ne devrait rien à la condition humaine. Ce droit des personnes est relatif, mais relatif à ce qui n'est pas relatif, le bien et l'équilibre du cosmos, le bien et l'équilibre de la cité, le bien et l'équilibre des parties les plus infimes de chaque cité. S'il est vrai que ce droit est partage des choses extérieures entre acteurs d'une même vie civile, et échange subséquent de celles-là entre ceux-ci, et correction permanente d'éventuels déséquilibres, il y a lieu d'indiquer d'abord ce que sont ces choses, objets d'attributions et d'échanges et de restitutions, puis ce que sont ces personnes entre lesquelles de telles relations se nouent, et enfin ce que sont ces relations mêmes, tant de personne à chose que de personne à personne.

(11) *Digeste*, I, 1, 1.

(12) *Digeste*, I, 1, 1.

(13) GAIUS, *Institutes*, I, 3, 1.

*Res, personae, actiones*, c'est l'antique division romaine (14), modifiée pour les besoins de la cause, et précision faite que si la personne est comme le trait d'union entre les choses et les actions, elle est moins une essence théorique qu'une espèce pratique.

### 1. *Res*

Tout ce qui n'est pas vers est prose, nous le savons depuis Monsieur Jourdain. Tout ce qui n'est pas *persona* est *res*, et tout ce qui n'est pas *res* est *persona*. L'homme n'est pas une chose, et la chose n'est pas un homme. On sait combien nos contemporains sont choqués de voir qu'en droit romain – dérivé d'Aristote – l'esclave, qui est un homme, est traité non comme une personne, mais comme une chose. Cela invite à nous demander si nous comprenons bien le sens que les Romains donnaient à ce mot *res*. Car la *res*, c'est tout et rien. C'est tout ce qui est « réellement » autour des hommes, et ce n'est rien, rien de spécifique, et le mot français « rien » vient précisément du mot latin *res*. Même aujourd'hui, où l'on s'offusquerait de traiter une personne comme une chose, on ne peut s'empêcher d'acquiescer à la réalité – *res* – de la personne. Il y a donc bel et bien besoin d'une élucidation.

Si l'on consent à se contenter d'approximations successives, on peut dire qu'est qualifié de *res* tout ce qui fait face à l'homme, tout ce dont il s'occupe, tout ce qui appelle et permet sa *praxis* autant que sa *poïésis*, tout ce qui peut être objet de connaissance, arrêter son regard, capter et retenir son attention. Est *res* tout objet en tant qu'il se distingue d'un sujet, de plusieurs sujets auxquels il sert de référence commune, et non seulement tout objet visible, mais aussi tout objet invisible, spirituel autant que corporel.

Les *res*, en ce sens, ne sont pas des éléments d'un monde lisse, comme chez Leibniz. Elles sont au contraire ce qui a du relief, un haut et un bas, un centre et une périphérie. Les *res* ne sont pas non plus des objets isolés, fermés, monades sans portes ni fenêtres, dirait Leibniz. Ce sont des réseaux de relations, de nœuds qu'on ne peut pas trancher, comme Alexandre, le nœud gordien. Les *res*, parce que la nature a horreur du vide, ne sont pas rien, mais quelquefois moins que rien à l'égard du plein qui les remplit, contre-jour de celles que le soleil éclaire, lumière en grandeur négative, pour parler comme Kant. Choses publiques, choses privées, choses de l'ombre, ou contraire des choses, examinons successivement ces trois aspects dans la mesure où ils retentissent sur le sens de la personne, des personnes qui auront à les utiliser.

Si les choses – *res* – n'ont pas de relief, si on les considère comme plates, la moindre inégalité entre les personnes est indépendante de ces *res*; toute inégalité est irréaliste, c'est-à-dire injuste, impossible à fonder en réalité. L'en-

(14) Le texte latin porte : « omne autem jus, quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones », GAIUS, *Institutes*, I, 1, 8, et JUSTINIEN, *Institutes*, I, 2, 12.

nui, c'est qu'on peut en dire autant de l'égalité. Tout dépend du point de départ, irréel évidemment, c'est-à-dire de l'*a priori*. On s'oblige ensuite à vouloir appliquer cet *a priori*, soit l'égalité de toutes les personnes, soit leur inégalité, mais c'est en pure perte. Jamais l'*a priori* ne peut rejoindre l'expérience, c'est-à-dire la pratique.

Tout au contraire, si les choses – *res* – ont de la hauteur et de la profondeur, sont les unes plus élevées que les autres, ou moins élevées, elles communiquent aux personnes qui les regardent ou s'en occupent de cette élévation ou de cet abaissement. Rien n'empêche alors qu'il y ait des *res divinae* au-dessus des *res humanae*, et qui servent à celles-ci de référence, d'orientation et de mesure. C'est bien pourquoi les Romains, s'inspirant d'Aristote, assurent que leur jurisprudence est d'abord la connaissance des choses divines et humaines : « *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justis atque injustis scientia* » (15). Le point de mire de toute l'humanité, c'est la divinité; celui, en conséquence, de telle cité, c'est telle divinité. C'est – on l'a dit – l'acropole de toute cité. C'est le principe de toute communauté des hommes, c'est le principe de telle communauté qui tend au bien parfait de tels hommes, et qui a nom telle cité – Athènes, Rome. Ces choses divines ne sont propres à nulle personne. Elles sont communes à toutes les personnes. Elles sont au fondement de toutes les personnes. Elles sont extra-personnelles, hors-commerce, comme le sont, un peu au-dessous, ces choses qui viennent des hommes mais touchent de si près aux choses qu'elles leur empruntent ce caractère d'être insusceptibles de répartition ou d'échange.

Il y a les choses saintes – de droit divin, *divini juris* – et il y a les choses publiques – de droit humain, *humani juris*. Dans les choses saintes, il y a des degrés, puisqu'il y a les *res sacrae*, les *res religiosas*, et les *res sanctae*. Cela nous étonne beaucoup, nous qui sommes persuadés d'avoir, depuis longtemps et définitivement, laïcisé tout le droit. Mais le moyen d'avoir des droits fondamentaux, s'ils n'ont pas de fondement au-dessus des hommes, si leur lumière n'éclaire pas d'en haut les hommes et ne les baigne pas, indépendamment de ce qu'ils peuvent ou veulent? Sont divins, ou sacrés, ou religieux, ou saints, tous les droits auxquels les hommes ne peuvent pas ou ne veulent pas toucher. Dans le Digeste, c'est ce qui concerne la Trinité. Dans le Code Civil, c'est ce qui concerne la propriété. Faut-il vraiment chercher le veau d'or?

Dans les choses publiques aussi il y a des degrés, puisqu'il y a du relief. Il y a les choses les plus communes, les plus proches du cœur de la cité, les plus essentielles à sa vie, les plus semblables aux choses divines et, comme elles, intouchables ou presque – *quodammodo divini juris sunt* (16), disent les

(15) *Digeste*, I, 1, 10.

(16) JUSTINIEN, *Institutes*, II, 1, 10.

Romains. Elles sont profanes – *res profanae*, *res profani juris* (17). Elles sont sur le seuil du temple, elles ne sont pas dans le temple. Peut-être n'est-il pas inopportun de préciser, par manière de réciprocité, que les *res humani juris*, ne sont pas sécularisées, pas laïcisées, comme si les hommes pouvaient, à volonté, donner du sens aux choses ou le leur retirer, comme si les hommes étaient source exclusive de tout sens, ou de tout droit, ou de toute justice, ainsi que le prétend la forme extrême du positivisme juridique.

Les *res humanae juris* sont *profanae*, elles ne sont pas dans le temple, et donc elles ont leur spécificité, mais elles sont devant la porte du temple, comme pour y inviter à y entrer le moment venu. Elles sont publiques, parce qu'elles n'appartiennent à nulle personne privée, elles sont communes parce que toutes les personnes privées en reçoivent quelque participation, elles sont à révéler, parce qu'elles touchent au divin. La *res publica* à Rome ressemble, pour l'essentiel, à la *politeia*, la République de Platon, et à la *politeia*, la cité d'Aristote. Elle est l'antonyme presque complet de la République française, et du droit public français, dont le principe le plus fondamental est le refus de toute espèce de culte public – en dehors de celui qu'elle se rend à elle-même.

Au-dessous des *res divini juris*, à l'intérieur des *res humanae juris*, mais au-dessous des *res publicae*, ou *communes*, il y a les *res privatae*. Ce sont toutes les choses susceptibles d'être attribuées à des personnes privées, d'être échangées, transformées, bref d'être l'objet des relations humaines, sans autre limite que l'ingéniosité de celles-ci, étant sauve bien sûr la supériorité des choses de droit public, et des choses de droit divin, autrement dit étant sauf le respect de l'égalité géométrique dans les répartitions et de l'égalité arithmétique dans les échanges.

Au-dessous encore, au plus bas de l'échelle des choses, l'ombre, l'obscurité, ces choses qui viennent de l'injustice ou qui la favorisent, le meurtre, le vol, le mensonge... Ce que très significativement les Romains appellent les *sanctiones*, et nous, le droit pénal.

Or, que seraient toutes ces choses divines, humaines, publiques, privées, pénales, sans des hommes pour en profiter ou en pâtir? Comment se pourrait-il que les choses étant si diverses, et cependant unes, comment se pourrait-il que les personnes qui s'en occupent, les reçoivent ou les constituent, ne soient pas elles-mêmes diverses et unes tout à la fois?

## 2. *Personae*

Elle était dans toutes les têtes bien faites et dans tous les dictionnaires bien faits, il y a donc très longtemps, la définition qu'avait donnée Boèce

(17) Cf. C. ACCARIAS, *Précis de droit Romain*, Tome I, Paris, Librairie Pichon, 1886, p. 483.

de la personne : « substance individuelle de nature rationnelle (18) ». C'est une définition philosophique, qui a rendu les plus grands services aux élaborations théologiques concernant les trois personnes divines de la Trinité chrétienne. Cette définition n'est pas juridique, et pourrait même induire en erreur les juristes, s'ils l'appliquaient sans correction au droit romain où il est beaucoup question du droit des personnes. Pour nous qui croyons que tout homme est une personne, et toute personne, un homme, il est incompréhensible que les fondateurs du droit aient pu priver de personnalité les *servi* – traduisons (mal) les esclaves – qui sont pourtant des hommes comme les autres. Notre embarras s'accroît lorsque nous constatons que, selon les textes canoniques du droit romain, tous les hommes sans exception naissent libres – en droit naturel – et que, contrairement au droit naturel, le droit civil de Rome a privé certains hommes de liberté, leur refusant le caractère de personnes.

Il est tentant d'envoyer au diable les juriconsultes romains, comme le font trop de juristes. Il est plus conforme à la réputation multi-séculaire du droit romain de chercher à savoir la part de vérité, ou de justice, qui se cache derrière cette apparence de déni de justice.

Commençons par rappeler que le mot « personne » est venu du théâtre grec, où il signifie masque, et puis rôle. C'est à la fois un vêtement qui cache et qui révèle, et un statut particulier, qui est de faire tenir quelqu'un à une place déterminée pour le bon déroulement et l'heureux succès de la pièce. Il n'y a là nul obstacle à ce qu'il y ait distance entre l'essence – de l'homme – et son apparence – personnelle. Mais il y aurait non sens à vouloir confondre toutes les personnes entre elles, ce qui conduirait à leur confier à toutes le même et unique rôle. Ce ne serait plus une pièce du théâtre antique, mais un *one man show* moderne.

Cela aide à comprendre que Rome, ayant fait passer le mot « personne » des planches au forum, de la représentation théâtrale à la vie courante ou pratique dans tous ses aspects juridiques, n'a vu aucun inconvénient à dissocier, quand c'était nécessaire ou convenable, l'homme de la personne, la condition humaine de la situation personnelle. Autrement dit, rien ne s'oppose à ce que la personne soit, en théorie, absolument identique chez tous les hommes de tous les temps, et, en pratique, fort différente. Autre est la conception philosophique de la personne, autre en est la conception juridique.

En droit, la personne est un statut, c'est-à-dire un cadre qui fait tenir debout – *stare* – un homme, parce que cette station lui est naturelle ; qui le met en rapport avec les choses divines s'il est déjà bien élevé, c'est-à-dire s'il s'en est déjà bien occupé ; qui le met en rapport avec les choses privées

(18) « *Persona est rationalis naturae individua substantia* », *De Duabus Naturis*, Chap. III, P.L. 64, 1343.

si, arrivant tout juste à se maintenir debout, il a besoin d'appui pour ne pas tomber; qui le met en rapport avec les choses pénibles, pénales, s'il est tombé, s'il se vautre, et menace quiconque est à sa portée. Gardiens du temple, familiers du forum, gibier de potence, cela pourrait faire une tripartition des personnes. Ce n'est pas celle qu'a retenue Rome. Le statut des personnes, à Rome, est double dans son principe : il y a les *liberi*, ou hommes libres, et les *servi*, ou serviteurs. Mais la première catégorie se subdivise en deux, parce qu'il y a les hommes libres de naissance, et les hommes libres, libérés plutôt, par affranchissement. Au total, il y a bien trois espèces de *personae*, les *liberi*, *ingenui*, les *libertini*, et les *servi* (19).

Pourquoi Rome a-t-elle conservé jusqu'au bout ces trois catégories de personnes? Quelle justification y voyait-elle? Pourquoi l'Ancienne France, qui a peu à peu supprimé les deux dernières catégories, a-t-elle en quelque sorte subdivisé la première en trois nouvelles, les fameux trois états, ou trois ordres : clergé, noblesse et tiers-état? Pourquoi nous-mêmes, aujourd'hui, qui nous flattons d'avoir enfin réussi là où nos aïeux avaient échoué, c'est-à-dire d'avoir réduit à un statut un et indivisible la totalité des personnes, ce que nous appelons les droits fondamentaux de la personne, pourquoi connaissons-nous, malgré cela, des personnes qui commandent, des personnes qui sont commandées, des personnes qui sont emprisonnées?

Est-ce fatalité que cette tripartition? Ou est-ce juridicité?

On se gardera bien de dirimer un débat où les plus savants s'affrontent. On se contentera de mettre en rapport les personnes avec les choses, puisque c'est pour cela qu'on les appelle des personnes. Et on s'assurera qu'à chaque degré de choses peut correspondre un degré de personnes : non un degré d'humanité, mais un degré de personnalité, c'est-à-dire une place plus ou moins importante dans la marche de la cité, voire de toute l'humanité.

Si, en haut de l'échelle des choses, il y a le divin, le sacré, et si ce divin est ce qu'il y a de plus essentiel à l'humanité comme à la cité, il n'est pas étonnant que les hommes qui ont la garde soient choisis avec le maximum de précautions, et soient protégés avec le plus grand luxe de garanties. Il est juste qu'ils soient plus récompensés, s'ils font bien ce qu'ils ont à faire, comme il serait juste qu'ils soient davantage punis dans le cas contraire.

Si, tout près du divin, il y a l'ensemble des choses publiques, la *res publica*, qui est presque aussi essentielle à la cité, qui est le cœur de la cité, il serait inconvenant que les hommes qui s'en occupent ne soient pas mieux traités, en droit, que ceux qui ne s'occupent que de leurs petites affaires. Il serait déplacé que ceux qui ont déserté, ou malmené la chose publique, ne soient sanctionnés à proportion de leurs méfaits.

Si, en bas, dans le marais des combinaisons intéressées et particulières, l'immense majorité des hommes trouve son compte, ne serait-il pas injuste

(19) GAIUS, *Institutes*, I, 3, 9-10.

autant qu'inutile de leur conférer un statut dont ils tireraient profit, tant qu'on les laisse faire, au grand dam de la chose publique ? Encore n'est-il pas parlé de ces hommes qui ne font rien, mais défont, parasites et destructeurs des choses divines et humaines, prédateurs de tout ce que les autres, et spécialement leurs pères, ont péniblement bâti, constitué, embelli, voleurs et violents de tout acabit.

Dans la mesure où la personne est ce qui est capable de recevoir du bien et de le restituer, de l'augmenter, celle qui en a reçu de grands et en a rendu de plus grands encore est grande. Mais cette grandeur dépend avant tout de sa place par rapport au droit divin et au droit public. La personne qui a seulement reçu du bien commun, et qui le redonne tel quel, est une personne du commun, ni plus ni moins. La personne qui ne saurait être que menaçante, si elle n'est menacée, n'a pas, n'a plus sa place endroit. Il ne tient qu'à elle de la retrouver. Il y a de grandes choses : les hommes qui les ont faites, ou qui les ont défendues, appartiennent à un certain ordre de grandeur. Ce sont les personnes publiques, les plus fondamentales en droit. Il y a de petites choses : les hommes qui s'en satisfont sans les abîmer appartiennent à l'ordre du médiocre, *aurea mediocritas* (20), du Français moyen. Ce sont les personnes privées, les plus nombreuses en droit. Il y a des choses horribles et honteuses : les hommes qui les ont commises ne sont presque plus des personnes. Le droit les abandonne parce qu'elles ont abandonné le droit.

Ainsi, le fondement de l'unité des personnes n'est pas dans les personnes, non plus que le fondement de leur diversité. Ce serait bien théorique. Il est dans le bien qu'elles font ou ne font pas, dans la grandeur ou la petitesse des biens qu'elles procurent, conservent ou détruisent. Voilà qui est pratique. C'est dire que sans l'action, et l'action bonne, la personne n'est pas quelque chose de fondamental, mais quelque chose de creux.

### 3. *Actiones*

Tous les chemins du droit mènent à Rome, c'est bien connu. Et tous les chemins du droit en repartent. Il est temps de quitter la lettre, mais non l'esprit, du droit romain. Les actions, en effet, dont il va être dorénavant question, ne s'apparentent que de loin au texte du Digeste ou de Gaius. Elles ne concernent pas le déroulement du procès, mais plutôt son principe : ce qui fait qu'un procès peut être entamé, poursuivi, et prendre fin lorsqu'une injustice a été corrigée, lorsque justice a été faite ; ce qui fait qu'un procès peut être évité, et le plus souvent est inutile, lorsque chaque personne, à sa place et à son tour, agit justement et utilement.

Il y a de la grandeur et de la petitesse et de l'ombre dans les choses. Il y a de la noblesse et de la bassesse et de la noirceur dans les personnes. Il

(20) HORACE, *Odes*, II, 10, 5.

y a de la magnanimité, il y a de la médiocrité, il y a de la méchanceté dans les actions. Sans entrer dans les détails, qui nous conduiraient inévitablement à des querelles de textes et nous éloigneraient de la pratique au lieu de nous y tenir, tirons d'Aristote, et du Livre V de *l'Éthique à Nicomaque* ces trois propositions, qui contiennent trois formes d'action.

Qui donne, mérite. Qui reçoit, doit. Qui arraisonne, sera arraisonné. On en conviendra. Tout cela, en droit, est fondamental. Tout cela est pratique. C'est à croire que les droits les plus fondamentaux sont aussi les plus pratiques. Expliquons-nous.

Qui donne, mérite.

La personne n'est pas quelque chose d'inactif, de neutre, ou d'indifférent. La personne est cela qui donne, qui est capable de donner, et qui donne du bien, et seulement du bien. Qui donne du bien, mérite du bien, un bien équivalent. Qui donne de grands biens, mérite d'en recevoir de même importance. Qui est capable de donner, et de donner magnifiquement, mérite d'être traité semblablement. Il y aurait injustice à ne pas redonner à qui vous a donné, à redonner chichement quand on vous a donné largement, à remercier par une insulte ou une indifférence qui vous a honoré de sa libéralité. Ce n'est pas à dire que si vous recevez un million de francs, vous devrez rendre un million de francs, car alors le don s'annulerait. Le don n'est pas d'abord affaire d'argent, mais attitude spirituelle. Quand on donne un bien corporel à quelqu'un d'autre, c'est le résultat d'une volonté bonne. Tout cadeau est d'essence spirituelle. C'est pourquoi aussi tout remerciement est d'essence spirituelle. Tout don ne relève pas du droit politique, ou positif, mais relève au moins du droit naturel.

Par conséquent, qui vous donne mérite un remerciement d'abord spirituel. Et ce remerciement peut trouver sa traduction juridique dans des honneurs, dans des amitiés, dans des richesses. Enlevez les honneurs et les amitiés du droit, que cependant les Grecs et les Romains mettaient aux deux premières places des biens que le droit répartit, il ne vous restera que les richesses. Le don deviendra une sottise, puisque ce sera toujours une perte sèche.

Comment savoir à qui donner ? demandera-t-on. Comment savoir que telle personne est capable de donner, que telle autre est capable de donner beaucoup, que telle autre est incapable de donner ? L'unique moyen, et il est incertain, c'est d'avoir connaissance de ce que ces personnes ont déjà fait dans le passé avec ce qu'elles avaient reçu, ou comment ont fait leurs ancêtres, si leurs ancêtres leur servent de modèles. Ce sur quoi on s'appuie alors pour fixer le statut de ces personnes, ce n'est pas une théorie, ce n'est pas la pratique de demain, c'est la pratique, ou plutôt *l'eupraxis* d'hier. Là-dessus, le droit peut établir une présomption. On ne peut pas espérer certitude plus grande. Qui a donné peut recevoir, parce qu'on ne donne jamais qu'après avoir reçu. Ce serait assurément folie ou injustice que d'attribuer

tous les mérites à quelque personne que ce soit, avant qu'elle ait rien donné, avant qu'on sache même si elle est capable de donner, et capable de recevoir.

Qui reçoit, doit.

Qu'avons-nous que nous n'ayons reçu ? C'est dans saint Paul, mais c'est dans la vie. Nous commençons tous, sans exception, par recevoir le plus grand des dons naturels, l'être, et nous le recevons sans l'avoir demandé. Nous naissons, dit Dante, sous le régime de la dette. « Comment rendre au Seigneur tout le bien qu'il m'a fait ? » (21) s'interroge le psalmiste. La réponse est dans le droit romain : par la piété, au sens classique de *pietas*. Comment restituer un peu de la dette contractée à l'égard des parents dont on a reçu la vie ? La réponse est dans le droit romain : par les honneurs, en premier lieu, par l'amour, en second lieu, par les biens matériels, en troisième lieu.

Qui a reçu beaucoup, doit beaucoup. Si le don est spirituel d'abord, la dette et le remboursement de la dette sont spirituels d'abord. Étant l'expression d'une justice, ils sont juridiques et donc aussi certains dans leur principe que difficiles à mesurer dans leurs modalités. Du moins peut et doit servir de modèle celui qui, ayant beaucoup reçu, a beaucoup redonné, et encore plus celui qui a redonné davantage, celui qui a fait valoir, sans limiter son remboursement à ce qu'il avait reçu. Parce qu'il sait que, si excès il y a dans sa générosité, cela profitera à ceux qui ont moins reçu.

Ceux qui ont moins reçu, ont aussi moins à redonner. Mais s'ils voient que les mieux lotis ne lésinent pas sur la gratitude, et par là se grandissent, tout en grandissant et leurs propres bienfaiteurs et leurs bénéficiaires, eux-mêmes seront poussés à en faire autant. Les personnes qui ont reçu peu de choses, et qui rendent peu de choses, sans plus, comme celles qui, ayant reçu beaucoup, rendent la même chose, sans intérêt, resteront à leur place, elles ne monteront pas. Seules monteront, du droit privé au droit public, du droit public au droit divin, les personnes qui, soit en haut, soit en bas, ont fait un peu plus que ce qu'elles devaient.

Il n'est personne qui n'ait rien reçu. Mais il est des personnes ingrates qui se font gloire de ne rien devoir à personne, qui croient que tout leur est dû. Personnes qui, par raison démonstrative, pensent avoir depuis leur naissance et jusqu'à leur mort tous les droits, c'est-à-dire toutes les créances. Elles ont beau dire que ce sont là des droits fondamentaux, c'est plutôt le fondement théorique de toutes leurs ingratitude, ou de leurs injustices pratiques. C'est moins du droit que de l'arraisonnement, au sens heideggerien.

Qui arraisonne, sera arraisonné.

(21) *Ancien Testament*, « Psaumes », 115, 12.

Les personnes qui prétendent n'avoir rien reçu, ou n'ont rien du tout, ou ont volé ce qu'elles ont. Les personnes qui prétendent garder pour elles seules ce qu'on leur a donné, volent ceux qui leur ont donné, et ceux à cause desquels il leur a été donné. Elles doivent restitution, ou redistribution. Qui-conque prend ou garde sans raison doit rendre avec raison.

Il y a les personnes qui arraisonnent les biens les plus élevés, les choses de *divini juris*. Leur vol est d'une telle gravité, leur injustice est si noire, qu'on ne saurait trop sévèrement les punir, je ne dis pas les massacrer ou les torturer cruellement, mais les punir juridiquement, c'est-à-dire leur faire rendre l'intégralité de ce qu'ils ont dérobé. Il y a des crimes contre la divinité, qui appellent un châtement sans fin. Prométhée en sait quelque chose.

Il y a des personnes qui arraisonnent les biens un peu moins élevés, les choses de *humani juris*. L'attentat est moindre, mais c'est un crime contre l'humanité, ou contre la cité. Il enrôle la *res publica* au service de la *res privata*. C'est un renversement. S'il existait de par le monde une république qui fût livrée aux intérêts des particuliers, ce serait évidemment une « caverne de brigands », comme l'appelle saint Augustin.

Il y a les personnes qui s'arraisonnent entre elles. C'est fréquent, c'est banal, même si c'est fâcheux. On peut punir ceux qui s'y emploient, non pas tous car presque tous sont injustes à ce bas degré, mais les plus menaçants pour la chose publique. Et ainsi peut-on espérer que le lampiste sera puni moins sévèrement que le sacrilège, et que la peine infligée à celui-ci détournera celui-là de tomber de mal en pis.

\*

Quand j'ai dit que, pour un peu, j'appellerais de mes vœux un gouvernement des juges, on pense bien que je ne prétendais canoniser le Procureur Starr, ou recommencer l'affaire du sang contaminé. J'ai renoué avec une tradition antique et solennelle, celle d'Israël, où le juge était roi, et le roi, juge; tradition continuée, comme on sait, par l'ancienne France, où les magistrats, pourtant fort indépendants, convenaient que toute justice émane du roi.

J'ai voulu, concrètement, indiquer qu'à prétendre séparer les juges du gouvernement, et le gouvernement des juges, en théorie, on aboutit, en pratique, tantôt à soumettre ceux-ci à celui-là, tantôt à soumettre celui-là à ceux-ci. C'est une double forme d'injustice, car toujours le pouvoir le plus fort écrase le pouvoir le plus faible, et le provoque à la revanche. Pour y porter remède, j'ai tâché de montrer qu'il ne suffirait pas de doter les éventuelles victimes de droits fondamentaux, ou de tous les droit possibles, car on ferait durer une iniquité, en la rendant supportable, voire désirable. Car qui ne désire avoir tous les droits ?

J'ai tâché de montrer un chemin, ouvert depuis longtemps par Aristote en théorie, et par les Romains en pratique. Si cela fut pratiqué hier, c'est

que c'était possible. Si cela a été possible, cela le demeure aujourd'hui. Ce chemin, c'est celui qui part d'une pratique, où ne sont appelées « personnes » que les hommes qui ont déjà accompli suffisamment de *bonum* et d'*aequum* pour mériter ce nom, qui est le nom commun juridique de la plupart des hommes, mais non pas de tous, car il y a des criminels. Ce chemin continue par une théorie qui fait voir cette pratique, c'est-à-dire en montre la beauté, et invite à l'embellir encore. Ce chemin débouche sur une autre pratique, une *eupraxis*, en ce sens qu'on y voit principalement ceux qui accomplissent le bien et l'égal avec une espèce de perfection, ce qui en fait le modèle des autres hommes.

Rois – *servitores justitiae* – prêtres – *sacerdotes justitiae* – prophètes – *jurisdictio* – ils ne sont pas des surhommes, ou des fonctionnaires de l'État, ils sont simplement des hommes plus justes que les autres, et qui méritent, en propre, le nom de personne. C'est relatif, mais ce n'est pas trompeur. Et dans ce monde sublunaire, c'est plus sûr. Ainsi, on évite le divorce entre ceux qui ont le mot de « justice » plein la bouche – en théorie – mais ne font rien, et ceux qui n'en parlent guère, mais finalement l'accomplissent en pratique. Et on comble la béance intellectuelle de ceux qui, en théorie, ont foi dans « la dignité infinie de la personne humaine », et, en pratique, la livrent sans défense aux maîtres-chanteurs de l'opinion, pourvu qu'ils apparaissent élus démocratiquement.

Pour faire comprendre cette unité de la théorie et de la pratique, de l'art de gouverner et de l'art de juger, les Anciens avaient un mot : *Si recte facies, rex eris. Si non recte, non eris*. Généralisons : *Si peraeque et perfecte agis, persona eris* (22).

\* \*  
\*

#### ÉLÉMENTS BIBLIOGRAPHIQUES

- Michel VILLEY, *Le droit romain*, Paris, P.U.F, 1979, 7<sup>e</sup> éd., Que Sais-je ? n° 195.  
 Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrétien, 1975.  
 Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F, 1983.  
 Michel VILLEY, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, P.U.F, 1987.

\* \*  
\*

(22) En tant que de besoin, voici notre traduction : « Si tu fais droitement, tu seras roi ; sinon, tu ne le seras pas ; si tu agis parfaitement et justement, tu seras une personne ».



**Le droit à l'éducation au Portugal :  
gratuité et discrimination positive  
La dialectique théorie-pratique  
et les droits fondamentaux**

PAR

**PAULO FERREIRA DA CUNHA**

PROFESSEUR DE SCIENCES JURIDIQUES PUBLIQUES  
UNIVERSITÉ DE MINHO  
ET PROFESSEUR DE SCIENCES POLITIQUES  
UNIVERSITÉ PORTUGALENSE

« *De facto, ao contrário do que pretendia uma radical metodologia liberal, a teoria não se opõe à técnica, sobretudo num domínio como o do Direito, em que mesmo aquilo que é técnica – técnica jurídica – é, em primeiro lugar, um conceito.* »

Francisco Lucas PIRES (1)

**I. – HYPOTHÈSES, MÉTHODOLOGIE**

**A. – *Theoria et praxis***

La distinction entre la théorie et la pratique (*theoria* et *praxis*) sert des fins philosophiques et idéologiques très concrètes ; elle conduit aussi la *vox populi* à se méfier de la théorie et à exalter la pratique. Or la théorie et la pratique ne forment pas une véritable opposition (2).

Selon certaines perspectives de la société, et même (éventuellement du moins) dans quelques sciences, notamment les sciences naturelles, la vision naïve qui divise et qui oppose théorie et pratique convient à merveille ; dans

(1) « En effet, contrairement à ce que voulait une méthodologie libérale radicale, la théorie ne s'oppose pas à la technique, surtout dans un domaine comme celui du droit, où même ce qui est technique — technique juridique — est tout d'abord un concept », *Teoria da Constituição de 1976. A transição dualista*, Coimbra, éd. de l'auteur, 1988.

(2) Même dans la pensée grecque ancienne, l'opposition ne se trouvait pas entre la théorie et la pratique mais entre *theoria* et *esthesis*. Voir les premières pages de Paul DE MAN, *The Resistance to Theory*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1989. Sur les conséquences de ce rapport en ce qui concerne la philosophie du droit, cf. notre « Direito Natural e Teoria da Justiça. Deontologia, Terminologia e Sistematização », in *Lições de Filosofia Jurídica. Natureza & Arte do Direito*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 22 et s.

d'autres domaines de la réalité et des *epistemai*, la dichotomie théorie/pratique semble entraîner beaucoup de problèmes. Que l'on considère d'entrée de jeu un exemple extrême. Au sein des sciences mathématiques pures, où peut-on trouver une théorie sans pratique, ou une pratique dépourvue de théorie? Et il ne faut pas dire que les mathématiques pures sont pure théorie, puisqu'il s'agit des mathématiques appliquées de leur pratique de la théorie.

Dans le domaine du droit, un problème semblable (*mutatis mutandis*, évidemment) se pose. Dans le cas de plusieurs problèmes juridiques, la théorie sert de pratique et la pratique fonctionne comme théorie. La méthode juridique est conceptuelle, et il n'y a pas de méthodologie sans philosophie. Dans le droit, même la technique est conceptuelle (3).

D'ailleurs, même sous le plan de la dialectique pensée/action, bon nombre de gens affirment – selon des brocards qui deviennent classiques – que sans théorie on ne peut pas avoir de pratique et que la meilleure pratique est une bonne théorie. Cela contredit le « vitalisme » immédiat courant selon lequel la bonne et la seule théorie valide serait, précisément, une bonne pratique.

Même la pensée marxiste (qui de nos jours renaît subtilement, surtout dans les cercles universitaires) est troublée par cette distinction et semble polysémique, même ambiguë devant elle. Si le pragmatisme (*hoc sensu*) des thèses de Marx sur Feuerbach nous incite à modifier le monde au lieu de le penser, Lénine lui-même, peu suspect de quiétisme, ne considère-t-il pas que sans théorie révolutionnaire il n'y a pas de mouvement révolutionnaire?

#### B. – *Théorie, pratique et droit*

Dans le domaine des droits fondamentaux, l'avatar historique semble, quelquefois du moins, donner un exemple de ce mélange de théorie et pratique. Si l'on examine les différentes sources conceptuelles ou hypothétiques du droit, c'est-à-dire la loi, la doctrine et la jurisprudence, on verra qu'il est souvent difficile de distinguer, dans leurs relations réciproques, la théorie de la pratique.

Bien entendu, si l'on considère comme étant *pratique* seule l'action sociale, le travail en plein soleil, on pourra alors céder à la tentation de considérer toutes les sources du droit comme étant du simple droit dans les livres (*law in the books*) ou, au moins, toute la loi et toute la doctrine comme des entités uniquement théoriques. Mais on sait que le juge fait aussi de la doctrine, s'il ne fait pas également quelques lois (selon l'expression « *made some myself* » du célèbre juge américain), ou (selon certains auteurs) même toutes les lois, en fin de compte (4).

(3) Cf. Francisco Lucas PIRES, *op. cit.*

(4) Cf. Friedrich MUELLER, *Juristische Methodik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, trad. par Olivier JUANJAN, *Discours de la méthode juridique*, Paris, P.U.F., 1996.

Nous pensons que toutes les sources du droit pourraient être considérées, du moins en partie, comme étant, de plein droit, de vrais éléments du droit en action (*law in action*). Cela n'empêche pas pour autant leur admission aussi (dans d'autres cas, pour d'autres fins, selon d'autres perspectives) au rang du *droit dans les livres*. La distinction entre ce qui est droit en action et droit dans les livres (bref, la différence entre droit pratique et droit théorique) suppose quelques nuances : il ne s'agit pas d'un partage préalable, mais d'un phénomène beaucoup plus subtil.

Nous retrouvons – nous semble-t-il – un exemple de cette distinction dans la chronique des événements (constitutionnels, jurisprudentiels, légaux, doctrinaux, etc.) portant sur le droit à l'éducation au Portugal, plus particulièrement, à partir de 1974, l'année du coup d'État qui a mis fin au régime dit de l'État Nouveau instauré 48 ans auparavant, et par après lorsque la situation économique se complique. En empruntant cette ligne d'analyse du droit, nous pouvons nous appuyer sur des exemples concrets. Même si la protection constitutionnelle ibérique actuelle doit, en grande partie, sa forme au paradigme du constitutionnalisme moderne, notamment français, le constitutionnalisme ibérique ne peut être limité à l'importation de concepts.

Au contraire des constitutionnalismes plus ou moins proclamatoires privilégiés par l'historiographie et les médias dominants au niveau international, notamment en Angleterre, aux États-Unis et en France (5), les racines du constitutionnalisme portugais traditionnel et ibérique sont liées à une très nette affirmation des droits, des pouvoirs et de la protection de la personne. Et cela se produit au temps des Conciles de Tolède, bien avant la *Magna Carta* anglaise, quelques siècles auparavant (6). Peu de gens se souviennent que – au moment où quelques pays de l'Europe qui se vantent aujourd'hui de leur ancienneté démocratique faisaient encore des sacrifices humains aux dieux du panthéon indo-européen – dans la péninsule ibérique, le pouvoir des rois faisait déjà l'objet d'un contrôle, et la monarchie était issue d'un pacte conditionnel : *rex eris si reacta facies, si non facies non eris* (7). Tu es roi si tu fais droitement... si tu ne le fais pas, tu cesseras de l'être. Et on

(5) Cf. notre *Mito e Constitucionalismo. Perspectiva conceitual e histórica*, Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. XXXIII, Coimbra, 1990.

(6) Bernardino Bravo LIRA, « Derechos Políticos y Civiles en España, Portugal y America Latina. Apuntes para una Historia por hacer », in *Revista de Derecho Público*, n° 39-40, Universidad de Chile, Chile, 1986, pp. 73-112; et *Poder y respeto a las personas en Iberoamerica. Siglos XVI a XX*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1989.

(7) Cf., entre autres, Teixeira DE PASCOAES, *Arte de Ser português*, Assírio e Alvim, 1991, surtout pp. 78-79.

a effectivement déposé quelques rois, par exemple Philippe III, qui se sont révélés être incompetents ou des tyrans (8).

C. – *Méthodologie :*  
*l'histoire et la chronique*

Dans ce travail, nous utiliserons la démarche de la chronique et non de l'histoire proprement dite, car nous considérons, comme Benedetto Croce (9), que la première est un récit explicatif, ou comme le dit Walsh (10) une *plain narrative*, tandis que la seconde est une *significant narrative*. Ainsi, nous laisserons les fruits (dont peut-être quelques fruits secs) de notre recherche au travail interprétatif ultérieur de chaque lecteur. Cela comporte évidemment des risques, des dangers, car la signification des faits s'inscrira dans l'horizon herméneutique de chaque récepteur du message. Et les données seront lues et intégrées au système de signification respectif de chaque lecteur. Cela veut dire aussi que les faits sont plurivoques ou équivoques, si l'on veut. Polysémiques, ils le sont toujours.

Cette polysémie entraîne cependant une ambiguïté qui existe toujours, et les interprétations elles-mêmes n'échappent point, bien entendu, à cette ambiguïté. C'est pourquoi l'insistance sur cette « débilite » cognitive n'est pas compensatrice, la polysémie étant la multi-signification, qu'il est impossible d'éliminer, d'une donnée évidente.

Notre but actuel n'est pas de montrer, sous un aspect particulier et très concret, ni les vicissitudes de l'effectivité et de l'ineffectivité (11) du droit, ni le drame paradoxal d'un chassé-croisé entre la théorie et la pratique; nous n'avons pas cédé à la tentation de pénétrer dans la forêt des interprétations ou de nous livrer à l'abîme des commentaires sur les faits.

Mais même cette précaution s'est avérée insuffisante et ne permet pas d'éviter le subjectivisme (12). On sait bien que, dans une certaine mesure, on n'y échappe jamais. Tout d'abord, le choix même des faits le prouve. Ce n'est que suite à un filtrage (la démarche qui consiste à choisir dans le réel ceci et cela, désormais considérés comme des faits) que les faits parviennent

(8) Cf. notre texte, « La Restauration portugaise et sa théorie constitutionnelle », in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 27 (1998).

(9) Benedetto CROCE, *Teoria e storia della storiografia*, 1916, trad. fr., *Théorie et histoire de l'historiographie*, Genève, Droz, 1968, Ch. 1.

(10) William Henry WALSH, *An Introduction to Philosophy of History*, nouv. éd., Londres, Hutchinson, 1953, p. 13.

(11) Ayant toujours présente l'inspiration du travail véritablement fondateur de Jean Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *L'Année Sociologique*, 3<sup>e</sup> série, Paris, P.U.F., 1957-1958, pp. 3 et s., aujourd'hui dans *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1988.

(12) On se souvient bien des études de Max Weber, et, plus près de nous, de Gunnar Myrdal et de Karl Popper, entre autres.

à notre conscience; c'est une démarche qui n'est pas du tout innocente. La confirmation des faits et la construction des récits à partir de ces faits, tout cela est loin d'être objectif. On peut se demander en outre si les choses (ou les objets) purement objectives existent vraiment.

Et d'ailleurs le fondateur de l'historiographie nationale portugaise a été le *chroniqueur* Fernão Lopes. Sa *Chronique de D. João I* est un chef-d'œuvre d'action et de sagesse : « on doit se laisser guider dans ce travail par le désir d'écrire la vérité sans aucun autre mélange » (13). Quel projet pour notre temps, pour notre situation psychologique, politique et herméneutique!

## II. – SOCIO-CHRONIQUE : CONTEXTES, MOTIVATIONS, ANTÉCÉDENTS

### A. – *Université et société*

Au Portugal, la quête d'ascension sociale, et même la quête de la « noblesse », semble être un trait caractéristique. Dans la péninsule ibérique, nous dit Antero de Quental (14), les rangs de la noblesse étaient beaucoup plus vastes qu'ailleurs, résultat de la reconquête chrétienne, qui s'était prolongée temporellement à travers des siècles, jusqu'à une époque tardive (en effet, jusqu'à la fin du XV<sup>e</sup> siècle, en Espagne). Nicolas Clénard, un humaniste brabantin qui a enseigné à l'Université de Coimbra au XVI<sup>e</sup> siècle, s'étonne et se moque des sacrifices des nobles déchus qui cherchent à maintenir l'apparence de leur statut social. Il proclame en termes incisifs que cette société se réduit à la noblesse : selon lui, tous les Portugais seraient des nobles ou ils voudraient bien l'être (15).

Pendant le règne du libéralisme au XIX<sup>e</sup> siècle, un dicton populaire, recueilli et immortalisé par l'écrivain Almeida Garrett, posait le problème de la concession arbitraire de titres de noblesse à de riches bourgeois : « Fuis, chien, puisqu'on te fait baron. Mais pour où (répond le chien), puisqu'on me fait vicomte ? » Après la chute de la monarchie constitutionnelle (le 5 octobre 1910), ce désir de noblesse a graduellement fait la place au désir de porter un titre universitaire. L'importance accordée au statut social acquis par les moyens de l'instruction s'est accru. Le titre de « docteur » s'est aussi démocratisé et s'est vu attribué dans le traitement social quotidien à toute personne qui avait terminé l'équivalent d'une maîtrise (*licenciatura* –

(13) Fernão LOPER, *Crónica del Rei Dom João I da Boa Memória*, Lisbonne, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1977, Première Partie, Prologue, p. 2.

(14) Antero DE QUENTAL, *Causas da decadência dos povos peninsulares*, 6<sup>e</sup> éd., Lisbonne, Ulmeiro, 1994.

(15) Gonçalves CEREJEIRA, *O Renascimento em Portugal. I. Clénard e a sociedade Portuguesa*, 4<sup>e</sup> éd. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1974; *II. Clénard, o Humanismo e a Reforma*, nouvelle éd., Coimbra, Coimbra Editora, 1975.

quatre à cinq années d'études universitaires), et quelquefois même seulement une licence (trois années d'études universitaires). Toujours est-il qu'à partir d'un certain moment, ce titre s'est lui aussi substitué aux titres de noblesse.

Après l'instauration de l'État nouveau (1926-1974), qui a réussi à établir une certaine paix entre les monarchistes et les républicains (les premiers ayant un certain espoir de voir restaurer la monarchie après la mort de Salazar), les titres républicains (universitaires) et monarchiques (nobiliaires) ont coexisté au niveau du traitement social, non officiel. Il en est ainsi encore aujourd'hui. Même dans les médias, le comte devient M. le comte, le marquis M. le marquis; l'ingénieur et même le professeur de lycée deviennent alors M. l'ingénieur et M. le docteur (même si ce dernier n'est que titulaire d'une licence). Et tout cela se faisait en marge du fait que l'ordre juridique avait aboli les titres de noblesse.

#### B. – *Société et éducation au Portugal après le 25 avril 1974*

La période qui suit la chute du régime de Salazar/Caetano (l'État Nouveau) en avril 1974 se fait naturellement l'écho de très fortes expectatives d'ascension sociale de la part de la population. Puisque l'on avait cessé d'attribuer des titres de noblesse depuis deux générations (cela étant, bien entendu, contraire à la démocratisation et républicanisation en cours), l'attention s'est concentrée sur les moyens de l'éducation, surtout sur l'université.

En 1974, l'université portugaise, produisait ces êtres presque mythiques, ces « docteurs », ces « ingénieurs », qui jouissaient d'une grande considération sociale et qui n'avaient presque jamais de problèmes d'emploi. Il faut dire que le Portugal avait, à cette époque, très peu d'universités, et que, malgré l'inexistence d'un *numerus clausus* et la diminution des frais de scolarité, les élèves qui voulaient et pouvaient y entrer étaient peu nombreux. L'université était une sorte de « temple du savoir » : une société fermée (mais pas juridiquement fermée), élitiste, de très haute qualité en plusieurs domaines, mais ayant un nombre dérisoire d'étudiants et disposant d'un budget ridicule en comparaison aux grandes universités de l'Europe et de l'Amérique. Bien sûr, la situation s'était modifiée un peu au cours des années soixante, mais les données statistiques faisaient toujours état d'un très grand décalage par rapport aux pays économiquement plus avancés.

On comprend bien qu'on ait forcé les portes du temple sacré pendant une révolution qui a raté de peu la transformation du Portugal, ce Cuba de l'Europe. L'abolition de l'examen d'admission à l'université et les approbations administratives des étudiants déjà admis (des mesures prises presque immédiatement par le nouveau gouvernement après le 25 avril 1974) ont énormément changé l'horizon des expectatives.

La qualité de tout l'enseignement se dégrade rapidement ; de nouveaux instituteurs et professeurs pour tous les niveaux sont formés en masse et un manque inévitable de préparation et un laxisme caractérise l'enseignement qu'ils dispensent. C'est la fin de l'enseignement technique professionnel et, en conséquence, la transformation de tout le système de l'enseignement secondaire : les lycées, maintenant appelés « écoles secondaires », sont complètement disqualifiés en ce qui concerne la préparation des jeunes aux métiers industriels ou commerciaux, et les lycéens n'ont aucune autre sortie que l'entrée à l'université (16).

Auparavant, l'université n'avait même pas besoin d'opérer une sélection très rigoureuse à l'entrée, car la grande majorité des candidats potentiels avait déjà fait l'objet d'une très bonne sélectionnée au lycée, sinon avant cela. Par cette prétendue « unification » de l'enseignement secondaire (en effet, il s'agissait d'une simple abolition des écoles techniques, accompagnée d'une énorme chute du nombre d'étudiants inscrits au niveau général), le chemin vers l'entrée à l'université devenait accessible à tous. Et il ne faut pas s'étonner de voir que tous voulaient dorénavant tenter leur chance ou (faisant preuve d'une nouvelle attitude) exercer un « droit » qu'ils sentaient leur appartenir : le « droit » non seulement d'avoir accès à l'université mais aussi d'obtenir tous les diplômes. Cela conduira à la création de grandes cohortes de candidats.

La turbulence révolutionnaire a entraîné une première mesure, en réalité palliative : entre l'enseignement secondaire et l'université, on crée une année de « service civique ». Les étudiants quittent la ville pour accompagner les militaires en campagnes d'alphabétisation (ou de politisation) et pour participer à beaucoup d'autres activités prétendument vouées à une liaison plus intime entre l'école et la « vie ». Mais les protestations se multiplient, et l'efficacité du système est faible, son seul but (au-delà de l'idéologisation) étant de retarder l'entrée à l'université d'un an. Ainsi, le service civique se substitue à une année scolaire avec des cours télédiffusés et des examens finals. Finalement, on intègre cette année à la fin de l'école secondaire. Première réussite de la démocratisation, l'entrée à l'université s'éloigne ainsi d'un an de plus pour tout le monde.

La révolution créera aussi, et pour la première fois, les *numeri clausi* dans les universités. Le prolongement du secondaire ne suffisait pas à dissuader les écoliers de frapper à la porte de l'enseignement supérieur, évidemment, puisque le chômage les attendait autrement. Cependant, une grande partie des professeurs avaient été illégalement et parfois brutalement expulsés des universités. Quelques-uns, partant en exil, ont trouvé place dans des universités étrangères, surtout au Brésil, mais aussi en Europe et aux États-Unis.

(16) Sur la situation scolaire en général, voir Maria FILOMENA MÓNICA, *Os Filhos de Rouseau. Ensaio sobre os Exames*, Relógio d'Água, 1997.

Ils seront tous ou presque tous réintégrés après la période la plus fébrile de la révolution.

Entre-temps, les semences d'un enseignement supérieur privé sont lancées. Tout aidait l'entreprise. Car la pression sociale est grande, et les universités publiques n'ont plus de place pour les masses anxieuses d'obtenir leur charte de noblesse (ou, plus simplement, son passeport à l'emploi) : le diplôme. On crée un nouveau dicton : le diplôme (universitaire) est la nouvelle charrue.

À la fin de l'évolution, c'est-à-dire de nos jours, les diplômes de licence ne sont presque plus demandés par la majorité des gens : ils ne valent rien. Les diplômes de maîtrise sont complètement inutiles dans les carrières de lettres et d'enseignement en général, et le chômage afflige aussi, brutalement, les juristes. Même le D.E.A. et le Master (*Mestrado*) se banalisent, et finalement les doctorats (sauf les doctorats de Lettres et de Droit, bastions quand même attaqués par plusieurs détours et voies sinueuses) sont à la mode et ne signifient presque rien.

Adieu, rêves de noblesse ! Adieu, rêves d'emploi !

### III. – ÉTUDE DE CAS

#### A. – *Gratuité de l'enseignement et discrimination positive*

Les programmes des partis politiques développeront des théories pour répondre à cette demande sociale massive, et cette activité de théorisation pourra être vue, selon une certaine perspective, comme une « pratique » sociale. Mais ces théories, qui atteindront leur sommet quand les projets de constitution seront présentés à l'assemblée constituante, ne sont-elles pas aussi une pratique politique, visant la mise en œuvre des idéaux sociaux mentionnés plus haut ?

Il faut retenir deux éléments de cette théorie pratique. Le premier est l'idée de la gratuité de l'enseignement universitaire, du moins comme un programme à poursuivre. Il s'agit, en fin de compte, d'une idée plus théorique que pratique, car l'enseignement universitaire (en raison de l'inflation et de la stabilité des frais d'inscription) était presque gratuit.

Le second élément est le désir de renverser l'élitisme social de l'université en introduisant le principe de discrimination positive (17) pour « les travail-

(17) Sur la discrimination positive en général (et sur des sujets connexes), particulièrement au Portugal, cf. nos travaux : « Em defesa dos Cânones », in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martinez*, Coimbra, Almedina, sous presse ; « Do fim dos Cânones ao fim do Direito. Os Quatro Cavaleiros », *Lições de Filosofia Jurídica. Natureza & arte do Direito*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 217 et s. ; « Razão dogmática, razão canónica, razão dialéctica.

leurs et les fils de travailleurs ». Sur proposition du parti communiste, néanmoins acceptée par la grande majorité des députés, on insère dans le texte final de la Constitution la consécration d'un système d'enseignement progressivement gratuit et le privilège de l'entrée à l'université pour « les travailleurs et les fils des travailleurs ».

### B. — *Analyse des textes constitutionnels*

L'article le plus important du texte constitutionnel résume ainsi les tâches de l'État (art. 74, al. 3) :

- a) « Assurer l'enseignement de base gratuit ». Ce texte va encore plus loin que le projet du parti communiste, car l'universalité de cet enseignement est expressément affirmée, et on y ajoute la gratuité.
- b) « Créer un système public d'éducation préscolaire ». Cet énoncé suit exactement les termes proposés par le parti communiste.
- c) « Garantir l'éducation permanente et éliminer l'analphabétisme ». Cet énoncé est aussi un des objectifs visés par le projet du parti communiste.
- d) « Garantir à tous les citoyens, selon leurs capacités, l'accès aux degrés les plus hauts de l'enseignement, de la recherche scientifique et de la création artistique ». Cet alinéa reproduit presque *ipsis verbis* l'alinéa b du numéro 5 de l'article 38 du projet du parti socialiste. Dans le texte définitif disparaît l'expression « en égalité d'opportunités », remplacée par « selon leurs capacités », changement significatif qui rend possible les discriminations positives.
- e) « Établir progressivement la gratuité de tous les degrés d'enseignement ». Cette disposition provient, certes, du projet du parti socialiste (article 38, numéro 5, alinéa b). Mais si, dans le texte d'origine, la prescription était modérée par la subordination de l'objectif aux « possibilités », dans ce nouveau texte définitif, cette nuance ne pose plus de problèmes, et nous n'avons que l'adverbe « progressivement » pour modérer l'application de la logique normative.
- f) « Établir la liaison de l'enseignement avec les activités productives et sociales ». Cette disposition provient du projet du parti communiste.
- g) « Stimuler la formation de cadres scientifiques et techniques issus des classes ouvrières ». Cet alinéa figure aussi dans le projet du parti communiste.

On remarque une autre dimension de la question : le texte proposé par le parti communiste sur l'accès à l'université a été adopté, moyennant quelques retouches stylistiques. Ainsi, selon l'article 76 de la Constitution : « L'accès à l'université doit prendre en considération les besoins du pays

pour des cadres qualifiés et stimuler et favoriser l'entrée des travailleurs et des fils des classes de travailleurs (*classes trabalhadoras*) ».

C. — *Évolution :*  
*herméneutique parlementaire, pratiques juridiques*

Bien entendu, les députés n'étaient pas tous d'accord sur le concept de « travailleur », certains y voyant une dénotation marxiste (comme dans le sens d'un exploité de la plus-value, un salarié) et d'autres qui, tout simplement, identifiaient « travailleur » avec tous ceux qui réalisent une activité, tous ceux « qui travaillent » (18). Aucune mesure n'a été prise par après pour rendre effective la prescription constitutionnelle de discrimination positive. Les examens *ad hoc*, par exemple, étant adressés aux personnes âgées de plus de 25 ans, sont des examens de culture générale, qui n'ont rien à voir avec le travail ou l'ascendance des candidats.

Entre-temps, on vint à considérer les universités comme étant autonomes et d'autres discriminations ont été spécifiquement et réglementairement mises en œuvre : on n'acceptait que des fils de diplomates, des athlètes, des étudiants des anciens territoires d'outre-mer, etc. Les seuls fils de travailleurs éventuellement protégés d'une façon effective semblent être les fils de fonctionnaires des universités et les fils d'émigrés. Ces discriminations sont des pratiques, certes, mais qui ont naturellement impliqué, à un moment préalable, la mise en œuvre d'une théorie. Sachant que les places sont limitées, la décision d'admettre une personne de telle ou telle condition sociale est toujours le fruit d'une vision du monde.

D. — *Textes et réalités :*  
*la Constitution, la doctrine et la loi*

Après l'approbation de la Constitution, la doctrine a repris le message essentiel du texte. Les constitutionnalistes ont suivi, en général (19), le légis-

(18) Les déclarations, soit de la part du Parti socialiste (dans une perspective marxiste), soit du Parti populaire démocratique (aujourd'hui le Parti social démocratique), portant sur la question d'accorder à *tous ceux qui travaillent* le statut de *travailleur* sont très intéressantes. Le représentant du Parti socialiste affirme notamment : « En effet, pour nous, le concept de classe des travailleurs exclut tous les exploiters de la plus-value, qu'ils soient petits ou moyens exploiters de la plus-value du travail des autres. Nous constatons effectivement que, d'après le concept du PPD, exploiter la plus-value peut être une forme de travail seulement parce que celui qui exploite passe huit, dix, ou quatorze heures dans son entreprise ». Cf. Reinaldo CALDEIRA et Maria DO CÉU SILVA, *Constituição Política da República Portuguesa 1976. Projectos, votações e posições dos partidos*, LX, Bertrand, 1976, p. 491.

(19) Il y a eu des exceptions, bien sûr. La plus remarquable nous semble être celle de Soares Martinez, *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, Lisbonne, Verbo, 1978 (il s'agit d'une Constitution annotée). Dans le domaine de la stimulation à la formation des cadres scientifiques et techniques issus de la classe des travailleurs, l'auteur considère qu'il s'agit « d'une violation en plus de la Constitution au principe de l'égalité entre les citoyens suggéré par l'ar-

lateur constitutionnel. La doctrine a suivi la loi. La loi est devenue la théorie d'une pratique interprétative doctrinale qui l'a suivie. Mais la doctrine est aussi devenue une théorie pour les juristes théoriques. La doctrine est savante et quelquefois (trop souvent selon l'avis des « pratiques » qui prétendraient détenir un monopole sur l'adéquation et selon l'avis des utopistes qui aimeraient interdire toute interprétation) elle est même pragmatique. Et cela dérive de son caractère jurisprudentiel (20). Si, d'une part, elle approfondit l'esprit de la loi et en dégage des conséquences logiques ou subtiles, d'autre part, elle comprend quelquefois mieux les futures difficultés pratiques et elle ouvre des fenêtres sur l'avenir

Il serait intéressant d'analyser sous cette lumière le texte doctrinal portugais le plus canonique, le plus connu, le plus utilisé : la Constitution annotée par Gomes Canotilho et Vital Moreira, deux professeurs de l'Université de Coimbra (21). S'il est vrai qu'ils critiquent les théories psychologues identifiant les « capacités » au « savoir acquis » ou au « mérite », préférant le sens de « capacité d'apprentissage » (22), s'ils critiquent aussi l'idée de « formation professionnelle des travailleurs », exigeant pour la stimulation de la formation de cadres d'origine ouvrière des mesures « de discrimination positive » (23), et s'ils considèrent même que la gratuité de l'enseignement « ne correspond pas seulement à l'absence de frais » mais aussi à la gratuité du « matériel scolaire, [de l']alimentation et [du] transport » (24), ils admettraient quand même l'éventualité d'une augmentation des frais de scolarité si elle s'accompagne d'une augmentation des exemptions pour ceux qui en ont réellement besoin.

ticle 13 » (commentaire à l'alinéa g du numéro 3 de l'article 74). Cf. *ibid.*, p. 124. Même si l'auteur ne considère pas la possibilité, cela pourrait peut-être constituer une de ces normes constitutionnelles inconstitutionnelles dont parle Otto BACHOFF, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, trad. par José Manuel CARDOSO DA COSTA, Coimbra, Atlântida, 1977.

En ce qui concerne l'article 76 portant sur la discrimination positive des travailleurs, il faut d'abord souligner l'existence du même problème de violation de l'article 13. Mais pas seulement cela. L'auteur affirme notamment : « l'instruction, surtout celle de niveau supérieur, pour qu'elle se situe dans le plan qui est raisonnablement le sien, ne peut pas se borner à un régime à temps partiel mais doit être un régime d'occupation intégrale. Par conséquent, les 'travailleurs' dont la réelle capacité le justifie devront être orientés *intégralement* pour les études qu'ils préfèrent et pour lesquels ils sont jugés capables ». C'est toute une autre conception, tout un autre langage.

(20) Cf. L. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosh, éd. de 1979, surtout p. 561; Francisco ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977, 4<sup>e</sup> glose, n° 2.3.5; Francisco PUY MUÑOZ, *O Valor da Xurisprudencia Galega*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 1985, surtout pp. 20 et s.

(21) J.J. GOMES CANOTILHO et Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1978.

(22) *Ibid.*, p. 18 (IX).

(23) *Ibid.*, p. 183 (XII).

(24) *Ibid.*, p. 182 (X) et 181 (VI).

La formulation est ici très importante car cette admissibilité d'une augmentation semble être une dernière solution : « Cet alinéa (3/e) non seulement demande la gratuité progressive de l'enseignement, mais elle empêche surtout l'augmentation des frais, du moins en termes réels (sauf, éventuellement, si l'augmentation est compensée par l'augmentation des exemptions pour ceux qui en ont le plus besoin) » (25).

Le commentaire de l'article 76 fait aussi allusion à la discrimination positive en faveur des travailleurs (26). Il considère, entre autres choses, que les classifications scolaires discriminent, dans la pratique, contre les travailleurs (27). Il voit aussi dans la Constitution l'obligation d'imposer un *numerus clausus* soit pour les écoles publiques, soit pour les écoles privées, garantissant la dite discrimination positive au profit des travailleurs tel que l'exige le respect du principe de l'égalité à l'article 13 f (28).

Cependant, il y a toujours la réalité constitutionnelle ou la constitution réelle. La même annotation de Gomes Canotilho et Vital Moreira se termine ainsi : « On peut dire qu'aucune de ces exigences constitutionnelles n'est respectée dans le régime établi par le Décret-Loi 397/77 et par la *Portaria* 634-A/77 du 4 octobre qui l'a réglementé » (29).

Les universités privées, qui se sont entre-temps multipliées (30), ont dans l'ensemble du système garanti l'entrée à l'université à tous ceux qui en ont les moyens (31) (le problème ne persistant que pour quelques cours monopolisés par l'État, comme c'est le cas, pour le moment, de la médecine (32)).

(25) *Ibid.*, p. 182 (X). Texte portugais : « Esta alínea não só requer a progressiva gratuidade do ensino, como, sobretudo, impede que sejam aumentadas, pelo menos em termos reais, as propinas (salvo, eventualmente, se o aumento for compensado pelo aumento de isenções para os mais carenciados) ». L'annotation de la dernière édition (*ibid.*, 1993) semble continuer dans le même sens. L'idée la plus nette est celle de l'existence d'une imposition constitutionnelle permanente, mais progressive. Il y a des priorités, mais il y a aussi des disponibilités. Enfin, « ces priorités justifieront une concordance pratique entre le système social d'exemption de frais (de scolarité et de l'attribution de bourses d'étude) et l'actualisation des frais dans l'enseignement supérieur ». (p. 74, IX).

(26) *Ibid.*, p. 185 (II).

(27) *Ibid.*, p. 186 (II).

(28) *Ibid.*

(29) *Ibid.*

(30) De la première Université Libre, avec des branches à Porto et à Lisbonne, qui depuis a cessé son activité, on est passé à l'existence de plusieurs universités, quelques-unes ayant plusieurs branches dans le pays : l'Université Portucalense Infante D Henrique (à Porto), l'Université Autónoma de Lisboa Luís de Camões (à Lisbonne), l'Université Lusitane, l'Université Moderne, l'Université Lusophone d'Humanités et de Technologies, l'Université Fernando Pessoa, l'Université Indépendante, l'Université Atlantique...

(31) Les frais sont d'ailleurs beaucoup plus modérés que les frais usuels des universités privées d'autres pays.

(32) Pour la première fois s'annonce un cours privé de médecine dans une nouvelle université privée située à Coimbra : il s'agit de l'Université Vasco da Gama, qui a présenté son dossier au Ministère de l'Éducation.

Les frais des universités publiques ont augmenté vertigineusement, ce qui a provoqué des manifestations de la part des étudiants qui ont fait trembler le Ministère de l'éducation, mais, en fin de compte ces manifestations sont demeurées sans véritable succès. Rien de spécial et de visible n'est apparu entre-temps pour favoriser les travailleurs et les fils des travailleurs.

E. – Révisionnismes :

*mutations politiques, sociales et scolaires,  
révisions constitutionnelles, opinion, jurisprudence*

Entre-temps, les vents politiques ont changé (il en va de même, dans une large mesure, de la société et son paradigme fondateur (33)), et la Constitution a été revue plusieurs fois. Et l'article sur la discrimination positive pour les travailleurs et les fils des travailleurs est disparu finalement. La pratique d'omission constitutionnelle (34) devenait théorie.

Devant une situation générale de révisionnisme, la doctrine et les *opinion makers* commencent à défendre les frais dans les universités publiques, et non pas la gratuité qui demeure dans le texte de la Constitution. Quant à la Cour constitutionnelle, elle aussi finit (non sans plusieurs vœux contraires) par adopter la même théorie, laissant ainsi la voie libre à l'augmentation des frais désormais considérés comme constitutionnels (35). L'augmentation a été, cependant, une sorte de pratique de la théorie doctrinale et des éditorialistes, de ceux qui travaillaient aux médias, qui défendaient la solution prise par le gouvernement.

Dernièrement, les *numeri clausi* pour l'université ont beaucoup augmenté, mettant en grand danger les universités privées (les postes de leurs professeurs, l'avenir de leurs étudiants, le prestige de leurs anciens étudiants qui ont déjà accédé au marché du travail). Pour une population d'environ 10 000 000 habitants, le nombre de places d'entrée disponibles dans l'enseignement public en 1999/2000 s'élevait à environ 60 000. Certes, ce n'est pas tout le monde qui a pu y entrer. Mais quelques universités privées, elles aussi assujetties à des *numeri clausi* imposés par le gouvernement, ont encore beaucoup de places disponibles. Même dans quelques institutions de l'enseignement supérieur public, il reste toujours des places vides.

(33) On pourra encore le voir dans le Préambule de la Constitution. Mais selon une vision sociologique immédiate, il semblera dépassé à plusieurs égards. Il semble ainsi que la révolution n'a pas su garder sa mémoire. Sur le Préambule de la Constitution, cf. notre *Mito e Ideologias. Em torno do Preâmbulo da Constituição*, Vértice, Lisboa, 1988.

(34) La Constitution portugaise de 1976 prévoyait (et elle la prévoit encore) la figure de l'inconstitutionnalité par omission : article actuel 283. Mais la déclaration de cette inconstitutionnalité a des effets un peu platoniques. Et on ne voit pas très bien comment cela pourrait se passer autrement sans porter atteinte au principe (théorie) et à la pratique de la séparation des pouvoirs, qui est, avec les droits fondamentaux, un des piliers du constitutionnalisme moderne.

(35) « Acórdão » n° 148/94 du 8 février de la Cour constitutionnelle portugaise.

Ainsi une autre question théorique et pratique se pose : comment rendre compatibles la reconnaissance constitutionnelle de l'enseignement privé et la double concurrence de l'enseignement public. La situation pose un problème parce que les frais de l'enseignement supérieur privé ne sont pas subventionnés, et parce que le système public grandit énormément. On ne fait pas attention aux ressources humaines (parfois même logistiques) et l'on exige que les professeurs en service acceptent des charges surhumaines, dans un combat qui semble prêter plus attention à l'« idéologie » qu'au bien commun.

Il s'agirait ainsi d'une politique pratique qui pourrait avoir comme toile de fond des préjugés idéologiques favorables à l'étatisme scolaire (36). Et l'idéologie est accompagnée, semble-t-il, de jalousie, car une coïncidence intéressante se vérifie : les premiers héros de la croisade contre l'enseignement privé n'ont jamais été invités à y donner des cours. Ainsi tout l'enseignement est défavorisé (37).

On a même établi des normes restrictives sur le cumul de fonctions dans l'enseignement public et dans l'enseignement privé (écartant, sans raison visible, l'université catholique, dont les professeurs semblent avoir un horaire souple). Mais ce n'est pas tout : on peut être avocat ou médecin à plein temps pourvu qu'on reste à temps intégral à l'université publique (perdant ainsi un tiers du salaire, en raison de « l'exclusivité »), mais on ne peut pas être professeur dans une université privée sans faire face à la bureaucratie afin d'obtenir les plusieurs autorisations nécessaires. Impossible de n'être que professeur à temps partiel (pas plus que deux heures par semaine, en général). La volonté de dissuasion est évidente.

Tout cela nous semble dans certains cas illégal, dans d'autres inconstitutionnel. Mais il s'agit là d'un autre problème.

\*

Ainsi, *théorie* et *pratique* sont si étroitement liées qu'on a du mal à séparer les deux concepts, du moins au sein de la production et de la vie du Droit. Les aspects théoriques et les aspects pratiques ressemblent aux spirales de l'ADN : deux cordons pour une seule échelle. La réalité, qu'elle soit théorique ou pratique, a, du moins dans le droit, des aspects flottants, qui peuvent appartenir tantôt à l'un tantôt à l'autre.

La « force normative des faits » et la force des enjeux politiques dans les décisions constitutionnelles à tous les niveaux ne sont pas exclusifs à un pays quelconque. Les juristes (méritent-ils encore ce nom ?) suivent souvent, soit les vents politiques du moment, soit les convenances économiques, soit

(36) Pour une vision actuelle du rôle de l'État dans l'éducation, voir José Manuel MOREIRA, « A Educação do Estado e o temor por Jerusalém », in *Nova Cidania*, n° 2, 1999, pp. 32 et s.

(37) Cf. Mark A. GILLMAN, *Envy as a Retarding Force in Science*, Aldershot, Brookfield, USA, Avebury, 1996.

les préjugés des groupes activistes, soit la mentalité des *media* : il s'agit du positivisme, du sociologisme, et surtout d'un complexe d'infériorité vis-à-vis des autres pôles de la juridiction, de la pensée, ou de la vie.

Et pourtant (nous sommes maintenant loin de la simple chronique), les juristes devraient agir autrement. C'est ce qu'un juriste, Francisco Puy dit dans cette belle langue de Galice : « É que un xurista B e por tal quérone ter B é basicamente o defensor dunha causa. E non dunha causa qualquera. Mais sempre das causas que estean en perigo de se perder, ou mesmo xa perdidas » (38).

Pendant, il y a des Juristes et des juristes. Permettons-nous un petit détour. Quand on voit les décisions de la Cour suprême du Canada portant sur l'application ou non de la Charte canadienne des droits et libertés, notamment dans la cause *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, qui se basent sur la spécieuse distinction entre public et privé (39), nous comprenons bien que la réalité (disons la pratique) a une énorme influence sur la théorie. A l'intérieur d'autres horizons herméneutiques, on parle d'inversion du syllogisme judiciaire. Mais il est vrai que même le choix des pratiques inspiratrices des théories s'inscrit dans des cosmovisions qui découlent des mythes et des paradigmes fondateurs.

Faut-il encore parler de théorie et de pratique? Nous devrions plutôt déconstruire cette dichotomie. Quels intérêts, quelle argumentation, quelle cosmovision peut-elle servir? La synthèse de Bergson nous revient à l'esprit. Comme lui, nous ne pouvons que défendre leur coexistence, deux parties qui forment un tout : « l'Homme intégral est celui qui agit en tant qu'homme de pensée, et pense en tant qu'homme d'action ».

\* \*  
\*

(38) « C'est qu'un juriste, et pour tel je veux me prendre, est fondamentalement le défenseur d'une cause. Non pas d'une cause quelconque. Mais toujours des causes qui sont en danger de devenir perdues, ou qui sont déjà perdues ». Francisco PUY MUÑOZ, *O Valor da Xurisprudencia Galega*, *op. cit.*, p. 11.

(39) Cf. la sagesse de l'interprétation à ce propos dans le texte d'Henri PALLARD, « De la pratique à la théorie des droits fondamentaux. Diversité culturelle et droits universels », qui paraît dans ce volume.

