UNIVERSITÉS FRANCOPHONES

LES DROITS FONDAMENTAUX

- UNIVERSALITÉ ET DIVERSITÉ
- DROIT AU DÉVELOPPEMENT
- DÉMOCRATIE ET ÉTAT DE DROIT
- COMMERCES ILLICITES

Sous la direction
du pr Jacques-Yvan Morin
coordonnateur du réseau
Droits fondamentaux

AUPELF·UREF

as
actualité scientifique

BRUYLANT

LES DROITS FONDAMENTAUX

- Universalité et diversité
- Droit au développement
- Démocratie et État de droit
- Commerces illicites

Actes des 1ères Journées scientifiques du Réseau *Droits fondamentaux* de l'AUPELF-UREF tenues à Tunis du 9 au 12 octobre 1996

AUPELF-UREF – Réseau *Droits fondamentaux*

LES DROITS FONDAMENTAUX

- Universalité et diversité
- Droit au développement
- Démocratie et État de droit
- Commerces illicites

ACTES

des 1ères Journées scientifiques
du Réseau *Droits fondamentaux* de l'AUPELF-UREF

tenues à Tunis du 9 au 12 octobre 1996

---

publiées sous la direction du pr Jacques-Yvan MORIN
coordonnateur du Réseau

BRUYLANT
BRUXELLES
1997

ISBN 2-8027-1024-9

D / 1997 / 0023 / 26

© 1997 Etablissements Emile Bruylant, S.A.
Rue de la Régence 67, 1000 Bruxelles.

Tous droits, même de reproduction d'extraits, de reproduction photomécanique ou de traduction, réservés.

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

La collection *Universités francophones* de l'AUPELF-UREF

La diffusion de l'information scientifique et technique est un facteur essentiel du développement. Aussi dès 1988, l'Agence francophone pour l'enseignement supérieur et la recherche (AUPELF-UREF), mandatée par les Sommets francophones pour produire et diffuser revues et livres scientifiques, a créé la collection *Universités francophones*.

Lieu d'expression de la communauté scientifique de langue française, *Universités francophones* vise à instaurer une collaboration entre enseignants et chercheurs francophones en publiant des ouvrages, coédités avec des éditeurs francophones, et largement diffusés dans les pays du Sud, grâce à une politique tarifaire préférentielle.

Quatre séries composent la collection :

- Les manuels : cette série didactique est le cœur de la collection. Elle s'adresse à un public de deuxième et troisième cycles universitaires et vise à constituer une bibliothèque de référence couvrant les principales disciplines enseignées à l'université. Ces ouvrages sont régulièrement mis à jour.
- Actualité scientifique : dans cette série sont publiés les actes des Journées scientifiques et colloques organisés par les réseaux thématiques de recherche de l'UREF. Le présent ouvrage s'inscrit dans cette série.
- Prospectives francophones : y sont publiés des ouvrages de réflexion donnant l'éclairage de la Francophonie sur les grandes questions contemporaines.
- Savoir plus Université : cette nouvelle série se compose d'ouvrages de synthèse qui font un point précis sur des sujets scientifiques d'actualité.

La collection, en proposant une approche plurielle et singulière de la science, adaptée aux réalités multiples de la Francophonie, entend contribuer à promouvoir la recherche dans l'espace francophone et le plurilinguisme dans la recherche internationale.

Professeur Michel GUILLOU
DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'AUPELF
RECTEUR DE L'UREF

COMITÉ DE RÉSEAU

M. le p[r] Jacques-Yvan MORIN, Coordonnateur, Université de Montréal
M. le doyen Abdelfattah AMOR, Université de Tunis
M. le p[r] Fidèle MENGUE ME ENGOUANG, Université Omar Bongo
M. le p[r] Frédéric SUDRE, Université de Montpellier
M. le p[r] Joe VERHOEVEN, Université Catholique de Louvain

Les Journées scientifiques

COMITÉ D'ORGANISATION

M. le doyen Abdelfattah AMOR, président ;
M. Slim LAGHMANI, directeur du Département de droit public et sciences politiques de la Faculté des Sciences juridiques de Tunis ;
M. Kais SAÏD, directeur du Département de droit public et de sciences politiques de la Faculté de droit de Sousse ;
M. Mustapha MANSOURI, directeur du Département de droit public à la Faculté de droit de Tunis ;
M. Chafik SAÏD, professeur à la Faculté de droit de Tunis ;
M. Rafaâ BEN ACHOUR, professeur à la Faculté des Sciences juridiques de Tunis ;
M[me] Neila CHAÂBANE, assistante ;
M[lle] Salsabil KLIBI, assistante ;
MM. Chawki GADDÈS et Youssef HASSEN, assistants.

Secrétariat du Réseau : M[me] D. COLLIGNON (Montréal)

Bureau européen de l'UREF : M[me] N. HULOT (Paris)

Les Actes

Les textes ont été réunis au secrétariat de la Faculté de droit de l'Université de Montréal sous la direction de M. Jacques-Yvan MORIN, professeur titulaire de droit public, membre corr[t] de l'Institut, coordonnateur du réseau.

C.P. 6128, Succursale Centre-ville, – MONTRÉAL (QUÉBEC), H3C 3J7
Téléphone : (514) 343-6088. Télécopie : (514) 343-2199.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

Mot du Recteur de l'UREF, le p[r] Michel GUILLOU, présenté par M[me] Leila REZK, Directeur de cabinet du Recteur 11

Allocution d'ouverture, par M. Dali JAZI, Ministre de l'Enseignement supérieur de la Tunisie 17

Présentation des thèmes des Journées scientifiques, par le p[r] Jacques-Yvan MORIN, coordonnateur du réseau *Droits fondamentaux* 23

Rapport introductif, par le doyen Abdelfattah AMOR, de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales (Tunis II) 29

Thème I. – Le droit au développement en tant que droit de l'individu

Recherche sur les fondements du « droit au développement de l'être humain » à partir de l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme, par Michel LEVINET, Université de Montpellier I. 43

Droit au développement et dignité humaine, par Bernard Raymond GUIMBO, Université de Yaoundé II 73

Le droit à des conditions matérielles d'existence minimales en tant qu'élément de la dignité humaine (articles 2 et 3 de la CEDH), par Alain Didier OLINGA, Université de Yaoundé II 91

La dignité par le logement : l'article 1[er] du Protocole n° 1 de la CEDH et la lutte contre la précarité, par Samuel PRISO, Université de Montpellier I 105

Thème II. – Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures – Aspects philosophiques des droits fondamentaux

Personne, culture et droits : harmonie, polyphonie et dissonance, par Henri PALLARD, Université Laurentienne 121

Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle, par François VALLANÇON, Université de Paris II 137

Pensées musulmanes et théorie des droits de l'homme, par Slim LAGHMANI, Faculté des Sciences juridiques de Tunis 147

Entre le dogmatisme et l'historicisme : la justification rationnelle des droits fondamentaux, par Thomas GIL, Université de Saint-Gall 157

Nature, raison et révélation dans la philosophie du droit des auteurs sunnites, par Yadh BEN ACHOUR, Faculté des Sciences juridiques de Tunis 163

PAGES

Tradition, Renaissance et droit dans la société égyptienne moderne, par Hassan ABDELHAMID, Université d'Ain Chams (Le Caire) 181

Les droits de l'homme entre le mythos *et le* logos, par Stamatios TZITZIS, Directeur de recherche au CNRS 203

Essai de définition théologique et philosophique de la dignité humaine, par Béatrice MAURER, Université de Montpellier I 223

Thème III. – L'État de droit et la démocratie

La diversité culturelle et les droits fondamentaux : le défi identitaire. Rapport sur les travaux du groupe de recherche, par Salah Eddine BERRAHOU, Université Cadi Ayyad (Marrakech) 255

L'universalisme moderne à l'heure des identités : le défi singulier des peuples autochtones, par Ghislain OTIS et Bjarne MELKEVIK, Université Laval 265

L'Observation générale du Comité des droits de l'homme au sujet de l'Article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par William A. SCHABAS, Université du Québec à Montréal 285

Les difficultés de la démocratisation en Afrique, par Kuassi J.B. MONKOTAN, Université nationale du Bénin 297

L'émergence de la protection et du contrôle des droits fondamentaux en Afrique australe, par Xavier PHILIPPE, Université de Western Cape. 317

Contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux dans les États de droit : convergence des solutions en Occident et idées pour l'Afrique, par Pierre FOUCHER, Université de Moncton 345

Le contrôle judiciaire de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, condition de l'État de droit, par Djonata DJATTO, Université de N'Djaména 371

Thème IV. – Commerces illicites et droits fondamentaux

Aspects juridiques du tourisme sexuel pédophile. Rapport intermédiaire du groupe de recherches, par Pierre D'ARGENT, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain 389

Les aspects internationaux de la traite des êtres humains en vue de l'exploitation de la prostitution, en droit canadien, par J.-Maurice ARBOUR, Université Laval 411

Rapport de synthèse par le p[r] Jacques-Yvan MORIN, coordonnateur du réseau *Droits fondamentaux* 433

MOT DU RECTEUR DE L'UREF

Mot du Recteur de l'UREF, le p[r] Michel GUILLOU

PAR

LEILA REZK

DIRECTEUR DE CABINET DU RECTEUR

Monsieur le Ministre,
Messieurs les Doyens,
Monsieur le Coordonnateur du réseau *Droits fondamentaux*
Mesdames et Messieurs les Professeurs,
Mesdames et Messieurs,

Le professeur Michel Guillou, Directeur général, Recteur de l'AUPELF-UREF, pris par sa lourde charge, m'a demandé de m'exprimer en son nom à l'occasion de cette séance d'ouverture des premières Journées scientifiques du réseau *Droits fondamentaux*.

Ce réseau correspond à l'une des actions que nous avons mises en place pour répondre à la demande des Chefs d'État et de gouvernement ayant le français en partage qui, lors du 4[e] Sommet de la Francophonie à Chaillot, en 1991, déclaraient «Il n'y a pas de développement sans liberté ni de véritable liberté sans développement». On mesure la portée d'une telle déclaration quand on prend en compte l'extrême diversité de la Communauté francophone, qui rassemble en son sein des pays parmi les plus riches mais aussi parmi les plus pauvres de la planète.

Une double exigence résulte de cette déclaration :

– La Francophonie et plus particulièrement les pays du Nord ont une obligation de solidarité à l'endroit de leurs partenaires du Sud pour les aider à mieux engager ce développement dont ils ont tant besoin ;

– La Francophonie et l'ensemble de tous les pays qui la constituent se doivent d'être exemplaires quant au respect de la démocratie et des libertés, qu'elles soient individuelles ou collectives. Cette exemplarité est d'autant plus importante que nous entrons dans un contexte de mondialisation où rien n'échappe à quiconque.

Soyons réalistes, même si des évolutions que l'on peut considérer comme positives se sont fait jour ces dernières années, il me semble que nous sommes encore loin d'une situation que l'on pourrait qualifier de satisfai-

sante en matière de respect des droits de l'homme dans l'ensemble des pays francophones.

Ces Journées sont de ce point de vue très importantes et utiles pour apporter, à partir d'observations objectives, des réponses quant à la situation présente mais aussi quant à l'évolution de ces situations dans les différents États. Elles seront également l'occasion de présenter les résultats des recherches obtenus dans le cadre du Réseau et de les faire connaître à l'ensemble de la communauté internationale.

Je voudrais profiter de l'occasion qui m'est offerte pour signaler deux aspects, outre ces Journées scientifiques, qui me paraissent particulièrement significatifs dans les activités de votre réseau :

– C'est tout d'abord le travail important que le p[r] Jacques-Yvan Morin a engagé sur les Constitutions des pays francophones en mettant l'accent sur les articles en relation directe avec les droits fondamentaux, leur analyse critique et comparative. Ce travail sera certainement, pour l'ensemble des juristes et plus particulièrement les publicistes, un outil très apprécié. Une édition de ce travail sous forme de disque compact (DC MEF) en permettrait, de toute évidence, une utilisation très appropriée et viendrait enrichir la bibliothèque de contenus disponibles sur REFER, l'INTERNET francophone.

– C'est ensuite la réalisation d'un ensemble structuré de 14 vidéo-cassettes qui seront diffusées par TV5 dans le cadre de notre programme UNISAT (Université par satellite) et à laquelle ont participé de nombreux universitaires de différents pays francophones. Grâce à cet outil, une formation diplômante, délivrée par les université de Nantes et Paris X-Nanterre, se met actuellement en place. Cent trente-quatre candidatures venant de 23 pays du Sud se sont manifestées à ce jour.

Enfin, notre action dans le domaine des droits fondamentaux, ne se limite pas au seul Réseau. Je signalerai les bourses d'excellence qui permettent à de jeunes chercheurs ayant soutenu leur thèse de réaliser un stage post-doctoral auprès d'une université francophone de leur choix et le Fonds francophone de la recherche, pour lequel trois jeunes équipes ont été sélectionnées à l'issue du premier appel à collaboration, dont celle du doyen Ben Achour.

La récente réunion du bureau de la Conférence des Ministres francophones de l'enseignement supérieur et de la recherche (CONFEMER) s'est félicitée du travail accompli par l'AUPELF-UREF dans le domaine de la recherche. Nombre de pays, parmi lesquels des pays du Sud, soutiennent financièrement le Fonds francophone de la recherche, et la Tunisie, qui a particulièrement apprécié la qualité de la sélection effectuée et le suivi des actions retenues, s'est engagée à compléter les moyens mis à disposition par l'AUPELF-UREF auprès de ses laboratoires. Il s'agit là pour nous d'un encouragement pour aller plus loin et je peux vous annoncer le lancement prochain d'un nouvel appel à collaboration dans le cadre de ce Fonds.

Qu'il me soit permis, au nom du Recteur, Michel Guillou, de présenter mes plus vifs remerciements aux autorités tunisiennes pour leur accueil toujours très chaleureux ainsi qu'aux organisateurs de ces Journées scientifiques, en particulier les p[rs] Jacques-Yvan Morin et Abdelfattah Amor, qui ont déployé tant d'énergie pour leur assurer tout le succès qu'elles méritent.

L'AUPELF-UREF souhaite plein succès aux travaux de son réseau *Droits fondamentaux*.

ALLOCUTION D'OUVERTURE

Allocution d'ouverture

PAR

DALI JAZI

MINISTRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR (TUNISIE)

Messieurs les Ambassadeurs,

Monsieur le Recteur de l'Université des réseaux d'expression française,

Monsieur le Coordonnateur du réseau *Droits fondamentaux*,

Monsieur le Doyen, Président du Comité d'organisation des Journées scientifiques,

Monsieur le Doyen de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales,

Chers Collègues, Mesdames, Messieurs,

Il m'est particulièrement agréable d'assister à la séance inaugurale des premières Journées scientifiques du réseau *Droits fondamentaux*, organisées par l'UREF en collaboration avec l'Université de Tunis.

Je saisis cette occasion pour rendre hommage à l'AUPELF-UREF. La coopération instaurée entre elles et les universités tunisiennes témoigne d'un même souci de qualité de l'enseignement et de développement de la recherche universitaire. Une coopération qui procède d'une même volonté de modernité et répond à notre souhait de voir se développer une culture basée sur des choix de civilisation communs.

Au nombre de ces choix, la question des droits de l'homme occupe une place primordiale. Aussi, ai-je le plaisir de remercier le Comité du réseau *Droits fondamentaux* d'avoir choisi la Tunisie pour tenir vos assises.

Je voudrais également rendre hommage à l'Association tunisienne de droit constitutionnel, qui a toujours su concourir par ses activités au développement de la culture juridique dans notre pays.

*
* *

La Tunisie accorde aujourd'hui une place privilégiée à la question des droits de l'homme dans toutes ses dimensions. Notre législation a beaucoup évolué. Le Président de la République est soucieux de voir les droits de l'homme et les libertés publiques respectés. Depuis le premier jour de son accession à la magistrature suprême, le 7 novembre 1987, le Président Ben

Ali n'a cessé d'affirmer ses convictions et ses choix politiques : respect des droits de l'homme, tolérance, démocratie, modernité.

Aussi est-il tout à fait naturel que nos réformes de l'enseignement visent à inculquer à notre jeunesse des principes de nature à promouvoir la culture des droits de l'homme et à favoriser durablement l'avénement d'une société démocratique.

Permettez-moi de rappeler ce qu'a déclaré le Président Ben Ali, le 17 juillet 1996, à l'occasion de la Journée du Savoir :

> « Les droits de l'homme étant au premier rang de nos valeurs humaines et éthiques et de nos choix politiques et éducatifs, nous nous sommes employés à en diffuser la culture et à en souligner l'importance, en procédant de la manière graduelle que commandent les techniques pédagogiques propres à chacun des divers cycles de l'enseignement. Dans le but de consolider les résultats que nous avons enregistrés dans ce domaine, nous avons créé, cette année, la Commission nationale d'enseignement des droits de l'homme, en lui assignant pour mission l'évaluation des réalisations accomplies et la formulation de nouvelles approches destinées à enraciner les principes des droits de l'homme dans l'esprit de nos jeunes et à les diffuser dans leurs rangs, sur la plus grande échelle, dans les divers cycles de l'enseignement.
>
> Nous préconisons que cette culture fasse partie intégrante de la formation universitaire, au moyen de son inclusion dans les programmes officiels des divers établissements d'enseignement supérieur, et notamment dans les facultés de sciences juridiques, humaines et sociales, les facultés de médecine et de sciences fondamentales et les écoles de formation d'ingénieurs. »

*
* *

Les thèmes arrêtés pour ces premières Journées scientifiques présentent l'intérêt de poser les problèmes concrets que la question des droits de l'homme soulève en cette fin de siècle ainsi que de mettre en exergue les défis nouveaux auxquels les droits de l'homme sont confrontés.

Les droits fondamentaux ont cessé d'être le discours distinctif d'un bloc idéologique ou politique ; ou encore l'apanage d'une culture. Le fait est qu'ils se sont universalisés mais, en s'universalisant, ils ont été confrontés à la diversité des cultures. Et, sans doute, à cet égard, les droits de l'homme doivent être repensés. L'entreprise n'est, certes, pas aisée dans la mesure où on ne choisit pas la solution facile de l'élimination de l'un des termes du débat : l'Universalité des droits de l'homme ou la spécificité culturelle. Si l'on admet à la fois l'universalité de la valeur « droits de l'homme » et la réalité incontournable des « spécificités culturelles », il reste à trancher une question délicate : faut-il déduire l'universalité de la valeur droits de l'homme de sa présence dans toutes les cultures ou faut-il juger les cultures à l'aune d'une théorie donnée des droits de l'homme ? Aucune de ces deux attitudes n'est totalement satisfaisante. La première peut aboutir à un relativisme dangereux. La deuxième peut mener à une inacceptable hiérarchisation des cultures. C'est là, me semble-t-il, une question d'importance qui

sera au cœur de vos débats sur le thème de l'universalité des droits de l'homme et la diversité culturelle.

Mais la question culturelle, malgré l'importance particulière qu'elle revêt depuis quelques années, ne doit pas occulter le niveau économique. Le « droit au développement » – en tant que droit de l'homme – reste encore à l'échelle du monde un pur devoir être. Dans ce domaine également, les simplifications abusives sont à éviter. Le droit au développement est, d'abord, une question que l'homme se pose dans son individualité ; c'est ensuite une question que toute société se pose à elle-même ; c'est enfin une question qui interpelle l'humanité. C'est peut-être même une question qui définit l'humanité, qui donne à ce concept une consistance réelle. Et c'est cette dernière détermination qui justifie l'expression « droits de solidarités ». Mais, malheureusement, à tous ces égards, les réponses sont encore loin d'être à la mesure des espoirs. Cela est peut-être dû au fait que l'humanité est encore étouffée par l'égoïsme des nations, masqué par l'écran des États. Il semble cependant que cet écran étatique, sans disparaître, s'amincit de plus en plus. D'opaque, il devient de plus en plus transparent. C'est peut-être dû à l'universalisation en cours d'un modèle étatique fondé sur l'État de droit, la démocratie et les droits fondamentaux. Certes, au-delà du discours politique, beaucoup reste à faire de ce point de vue. Et des voix discordantes se font encore entendre. Mais il n'en demeure pas moins que le lien établi par la Déclaration universelle des droits de l'homme entre la démocratie, l'État de droit et les droits de l'homme s'affirme de plus en plus comme un credo universel. À cet égard, deux faits sont révélateurs : d'une part, la multiplication de par le monde des cours constitutionnelles garantes à la fois des droits fondamentaux et de la soumission de l'État au droit et, d'autre part, le net recul du monopartisme. À ces deux égards, le chemin n'est pas encore totalement parcouru mais on peut, aujourd'hui, raisonnablement penser qu'il est, malgré les écueils, incontournable. Et ces écueils sont essentiellement au nombre de deux : la possibilité d'utiliser la démocratie contre la démocratie et la mutation du pluralisme politique en pluralisme ethnique. Contre ces deux dangers, il n'existe en définitive qu'une seule protection : la constitution d'une société civile.

*
* *

Tout se mondialise : l'économie, les normes et les valeurs. Malheureusement, le crime et le terrorisme aussi.

Les crimes transfrontières et notamment les commerces illicites se multiplient, posent des défis nouveaux aux États et constituent des menaces nouvelles aux droits de l'homme. Commerce d'armes, de stupéfiants, trafic d'organes, traite des blanches ou même des enfants, le crime s'incruste dans les failles d'une économie mondiale ouverte, d'un réseau de communication

complexe et difficilement contrôlable. Le crime s'est d'ores et déjà adapté à un monde nouveau, parfois mieux, plus vite et plus efficacement que certains États.

Le terrorisme, sous quelque couvert idéologique que ce soit, n'a jamais disparu. Et si les idéologies révolutionnaires semblent être aujourd'hui en déclin, le terrorisme devient, de plus en plus, l'expression des fanatismes religieux.

Face à ces défis nouveaux, la réplique tarde à venir et elle ne peut provenir que de la coopération multiforme des États par l'élaboration de normes coercitives appropriées ; par une action concrète commune ; par une volonté politique sans faille même si, parfois, elle doit s'exprimer aux dépens de certains réflexes hérités d'une conception classique de la souveraineté.

Telles sont les principales questions qui ont occupé vos recherches ces dernières années. Elles sont cruciales. Et c'est pour nous, au cours des ces Journées scientifiques, l'occasion d'écouter vos réflexions et peut-être même vos premières réponses. Vous comprendrez donc l'intérêt avec lequel je prendrai connaissance de vos travaux.

*
* *

La question du respect des droits fondamentaux de la personne humaine est intimement liée à l'existence même de l'homme. Son évolution historique a été lente ou accélérée ; a connu des progrès et a essuyé des revers. Pour l'essentiel, le respect des droits de l'homme s'est développé avec et grâce aux progrès réalisés par l'homme. Aussi faudrait-il, en toute circonstance et en tout lieu, agir pour le progrès du respect des droits de l'homme.

Si l'universalité des droits de l'homme n'est pas en cause, elle ne doit pas servir pour autant à jeter l'anathème sur les uns, tout comme la spécificité culturelle ne doit pas servir d'alibi pour les autres. La mise en perspective historique seule pourrait permettre d'évaluer les progrès réalisés.

PRÉSENTATION DES THÈMES DES JOURNÉES SCIENTIFIQUES

Présentation des thèmes des Journées scientifiques

PAR

JACQUES-YVAN MORIN

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL
COORDONNATEUR DU RÉSEAU *DROITS FONDAMENTAUX*

Il me paraît significatif que Pic de la Mirandole, ce modèle pérenne de l'intellectuel occidental, commence son célèbre discours *De hominis dignitate*, de 1486, par une référence à la pensée musulmane : « J'ai lu dans les écrits des Arabes, écrit-il, que le Sarrasin Abdallah, comme on lui demandait quel spectacle lui paraissait le plus digne d'admiration sur cette sorte de scène qu'est le monde, répondit qu'il n'y avait rien à ses yeux de plus admirable que l'homme ».

Voilà une réflexion que nous pourrions placer en exergue à ces Journées de Tunis, consacrées aux droits fondamentaux et donc, au fond des choses, à la dignité humaine. Dans ce *magnum miraculum hominis*, ce qu'il y a de plus admirable, ce qui fait l'homme générique – « Adam » –, selon Pico, ce qui fait la *dignitas* de l'homme, c'est l'exercice de la liberté. La tradition avait plutôt misé sur l'intellectualité, la raison ; la Renaissance lui substitue la liberté, qui en découle. C'est parce que l'homme a la capacité d'être libre en esprit qu'il a droit au respect et, pourrions-nous ajouter, que sa dignité est celle de tous les hommes et leur confère des droits inaliénables.

Pic de la Mirandole ne fait pas qu'ouvrir le débat sur les fondements philosophiques de la dignité humaine, au sujet desquels nous entendrons des communications au cours de ces Journées ; il propose à son époque une manière de confrontation pacifique entre la philosophie grecque, l'enseignement des Arabes, celui des théologiens latins et même celui des sages de la Kabbale. Dans sa quête de la « paix philosophique », il s'interroge : qu'est-ce qui unit les hommes au sein même de l'altérité ou, dirions-nous, de la diversité ? Est-il possible de dépasser les contradictions dans une unité qui les transcende ? Aujourd'hui, les cultures et les doctrines sont plus nombreuses, mais notre objectif pourrait être celui de Pico : atteindre une *concordia* fondamentale. Mais comment y arriver ?

Au grand colloque sur les droits fondamentaux organisé à Maurice par l'AUPELF-UREF, en 1993, le p[r] Etienne LeRoy, du Laboratoire d'anthropologie juridique de l'Université de Paris, soutenait que l'universalité des

droits de l'homme ne pouvait être construite qu'en tant qu'expression de la « rencontre de toutes les cultures » et non en tant que produit d'*une* tradition, celle de l'Occident par exemple. Telle était, selon notre collègue, la seule manière de dénouer la crise qui était apparue quelques mois auparavent à la Conférence de Vienne, où l'universalisme s'était heurté aux revendications, asiatiques notamment, en faveur des particularismes nationaux ou régionaux et des diverses traditions culturelles et religieuses. Cette « interculture des droits de l'homme » ne pouvait se réaliser que dans la rencontre de tous autour du thème des droits fondamentaux, dans un dialogue ouvert et approfondi en vue de « l'enrichissement universaliste des divers modèles de comportements ».

C'est dans cet esprit que, à la suite des résolutions adoptées sur le thème des droits fondamentaux par les Sommets des chefs d'État et de gouvernement de la Communauté francophone, en 1991, l'AUPELF-UREF a inscrit ce thème dans le cadre de ses réseaux de recherche partagée. C'est également en ayant à l'esprit ce grand débat sur l'universalité des droits de l'homme que le Comité de réseau a choisi le thème des droits fondamentaux en regard de la diversité des cultures. C'est encore en songeant au nécessaire dialogue des cultures que nous avons privilégié les projets qui faisaient appel à des universitaires et chercheurs du Sud comme du Nord et que nous tenons ces premières Journées scientifiques à Tunis, entre le Nord et le Sud.

À cette diversité, nous consacrerons quatre communications sur la douzaine que nous entendrons : celles de MM. Abdelhamid, Pallard, Berrahou, Otis et Melkevik. Les deux premières abordent la question sous l'angle philosophique : notre raison peut-elle accéder à une vérité universelle ? Pouvons-nous atteindre dans le domaine qui nous intéresse une connaissance apodictique ? Existe-t-il une nature humaine, une unité métaphysique de l'homme pouvant fonder des valeurs objectives ou celle-ci est-elle contingente, diverse, insaisissable, entraînant par voie de conséquence la relativité des valeurs, donc des droits ? Est-il possible d'assurer l'universalité tout en respectant les spécificités culturelles ? Celles-ci ne sont-elles pas également contingentes ? Ne sommes-nous pas là devant deux aspects de la nature humaine qui se trouvent en tension dialectique ?

Les deux communications suivantes traiteront de la question du droit à l'identité, si cruciale au regard des minorités. La problématique est ici inversée en quelque sorte : alors que d'aucuns se demandent si la diversité ne réduit pas à néant l'universalité des droits de l'homme, la question devient celle-ci : existe-t-il un droit à la diversité ? Le maintien de l'identité fait-il partie des droits fondamentaux ? Et si tel est le cas, au nom du respect de tous les aspects de la personne, jusqu'où s'étend ce droit ? S'agit-il d'un absolu ?

Autre question à l'ordre du jour : le droit au développement, affirmé par l'Assemblée générale des Nations Unies depuis 1986, peut-il être considéré

comme un droit individuel ? Constitue-t-il une dimension essentielle des droits civils et politiques ? Ce sont MM. Levinet et Guimbo qui traiteront de ce sujet, qu'ils aborderont après le rapport introductif de M. le doyen Amor. Nous passerons ensuite aux questions d'ordre philosophique annoncées plus haut.

Demain, nos collègues Schabas et Monkotan nous inviteront à réfléchir sur les rapports entre la démocratie et les droits fondamentaux. Jusqu'où va le droit du citoyen de participer aux affaires publiques de son pays, de voter et d'être élu ? On sait que l'article 25 du Pacte onusien de 1966 n'est pas là-dessus d'une bien grande clarté : que sont les « restrictions » raisonnables qu'il autorise ? Les récentes observations générales du Comité des droits de l'homme, si utiles d'habitude, nous aident-elles à saisir la portée des obligations acceptées par les États à cet égard ?

Nous aborderons ensuite l'État de droit, autre aspect majeur des droits fondamentaux puisqu'il comprend les divers moyens, techniques ou procédures que l'État met à la disposition des individus qui revendiquent le respect de leurs droits. L'effectivité des droits et libertés tient à leur justiciabilité. Celle-ci, à son tour, dépend d'une panoplie de recours, l'*habeas corpus* par exemple. Parmi ceux-ci, le recours par excellence est le contrôle de constitutionnalité fondé sur les droits fondamentaux. M. Foucher soulignera les convergences que l'on trouve de plus en plus entre les jurisprudences des États qui pratiquent le contrôle de constitutionnalité. Ces convergences indiquent-elles l'émergence d'une sorte de *jus commune* des cours constitutionnelles, qui pointerait dans la direction de l'universalité des techniques de protection ? M. Djatto nous entretiendra ensuite d'un exemple concret : le contrôle de constitutionnalité au Tchad.

MM. d'Argent et Arbour nous inviteront par la suite à les suivre dans l'un des recoins les plus obscurs des droits fondamentaux : les commerces qui ont pour objet la personne humaine : traite des personnes, prostitution, proxénétisme, tourisme sexuel. Nous sommes peu habitués à considérer ces thèmes comme étant rattachés aux droits individuels ; pourtant, c'est bien la dignité de la personne qui est en cause.

Les liens entre ces commerces et la conception classique des droits de l'homme, selon laquelle le pouvoir étatique doit être limité et la liberté individuelle protégée, ne sautent pas aux yeux. Le commerce des personnes et celui de la drogue, par exemple, ne font-ils pas appel à une certaine conception de la « liberté » – celle de se prostituer ou de se droguer – et la lutte contre ces trafics n'exige-t-elle pas une intervention accrue de l'État et le renforcement des normes internationales ? La liberté du renard dans le poulailler doit-elle trouver des limites ? À quelle conception des droits fondamentaux faut-il faire appel pour y inclure la protection des personnes les plus vulnérables de nos sociétés ? On sent bien que c'est la dignité fondamentale des personnes qui est en cause, mais encore faut-il expliciter le fon-

dement du droit à la protection étatique et internationale. Des événements récents, mettant en cause des pédophiles, montrent qu'il y a urgence de penser et d'agir dans ce domaine. MM. d'Argent et Arbour nous y inviteront, le premier traitant des aspects juridiques du tourisme sexuel pédophile et le second examinant la législation et la jurisprudence canadienne à la lumière des normes internationales portant sur la traite des êtres humains en vue de l'exploitation de la prostitution.

On le voit, nos débats vont illustrer les innombrables aspects des droits et libertés. M^me^ Rezk a annoncé officiellement la formation à distance que l'AUPELF-UREF a demandé à notre Comité de réseau d'organiser dans le cadre d'UNISAT et de TV-5. Cette formation de niveau troisième cycle s'adresse à toute personne titulaire d'une maîtrise en droit ou d'un diplôme équivalent et a été conçue pour répondre aux besoins du Nord et du Sud. Elle est constituée de 14 modules audiovisuels accompagnés d'une documentation écrite, animés par une cinquantaine de spécialistes des droits fondamentaux et de l'État de droit. Elle sera sanctionnée par un diplôme interuniversitaire (D.I.U.) auquel seront associés les Universités de Paris X et de Nantes. La diffusion sur TV-5 doit commencer dans quelques jours, le 23 octobre, et s'étalera sur 14 semaines, jusqu'au 22 janvier. Quelque 130 dossiers de candidature ont été reçus, parmi lesquels une trentaine seront retenus pour recevoir cette formation diplômante gratuitement. On pourra également s'y inscrire comme auditeur libre ou recherchant une formation professionnelle.

Parmi les universitaires qui y participent, quelques-uns sont parmi nous. On pourra les entendre sur magnétoscope. Les leçons sont données notamment M. le doyen Amor, qui traite de la liberté religieuse. J'en profite pour le remercier, ainsi que les autres membres du Comité d'organisation tunisien, pour l'accueil qu'ils nous ont réservé dans leur magnifique pays. La qualité de cet accueil nous fait une obligation de faire apparaître dans nos travaux l'importance que les juristes de notre époque accordent à cette inépuisable source de normes que constitue la dignité de l'homme.

RAPPORT INTRODUCTIF

Rapport introductif

PAR

ABDELFATTAH AMOR

DOYEN HONORAIRE
DE LA FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES DE TUNIS
PRÉSIDENT DE L'ACADÉMIE INTERNATIONALE
DE DROIT CONSTITUTIONNEL (TUNISIE)

Les droits fondamentaux, droits à géométrie variable ? La tentation de verser dans ce type d'appréciation est grande. Tellement les imprécisions sont fréquentes, les approximations nombreuses, les malentendus entretenus, les paradoxes continus, l'instrumentalisation courante. *A priori*, il n'y a, pourtant, pas lieu à controverse.

Étymologiquement, ce qui est fondamental, c'est ce qui sert de base, de fondement. En d'autres termes ce qui est fondamental, c'est ce qui est essentiel et sur lequel s'appuie tout le reste. C'est ainsi que l'on parle des fondements de l'État, de la société, d'une doctrine. L'évocation du fondamental équivaut donc à celle de l'origine, du point de départ, de ce qui soutient l'ensemble de l'édifice.

Cette limpidité étymologique n'a pas fait obstacle, notamment depuis l'émergence et le développement de la protection constitutionnelle des droits et libertés, à l'apparition d'ambiguïtés et d'équivoques, rendant, en conséquence, les limites des droits fondamentaux indéterminées et leur contenu fonction du souffle qu'ils reçoivent.

Fondamental, mais quoi de plus fondamental que les droits de l'homme – ou si l'on veut de la personne – tous les droits de tous les hommes, chaque droit de tout homme. Dès lors, pourquoi cette dissociation droits fondamentaux-droits de l'homme. Les droits de l'homme seraient-ils réductibles, pour des considérations techniques ou juridiques, aux seuls droits constitutionnellement protégés ou aux droits dont la violation peut faire l'objet d'une sanction effective ? Est-ce à ce prix qu'ils deviennent fondamentaux, déclassant par là même les autres droits comme si l'existence d'un droit, l'existence du Droit, était fonction de la seule sanction qui, plus est, doit être constitutionnelle ?

Les droits fondamentaux seraient-ils des droits à raisonance plutôt idéologique, qui permettrait de dire avec Klaus Schlaich [1] qu'ils « ne sont plus uniquement les limites à la puissance étatique » ; ils sont une partie de la base de légitimation de l'État ; ils déterminent ses devoirs et rendent possible un processus démocratique. L'État de droit, l'État social et la démocratie... sont liés entre eux par les droits fondamentaux.

Les droits fondamentaux seraient-ils, uniquement, les droits de l'homme d'inspiration libérale, tels que consacrés, notamment, par la Déclaration d'indépendance américaine, la Déclaration de 1789 en France ou le Pacte fondamental de 1857 en Tunisie ? ou engloberaient-ils également les droits économiques et sociaux, dont l'émergence avait commencé au cours de la deuxième moitié du XIX^{e} siècle et dont la consolidation avait fait suite, surtout, à la Deuxième Guerre mondiale ? *Quid* alors des droits de la troisième génération dont notamment le droit au développement et le droit à un environnement sain et équilibré ?

Ce qui est certain, c'est que la notion de droits fondamentaux n'est véritablement, c'est-à-dire formellement, consacrée en tant que telle que dans peu de pays, dont notamment l'Allemagne, où la Constitution (la Loi fondamentale de 1949) subordonne le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire aux droits fondamentaux. On notera que des constitutions de pays à grande tradition libérale, comme la France, ne recourent pas, formellement, à la notion de droits fondamentaux. Souvent des textes de droit interne et de droit international recourent aux notions de droits fondamentaux et de libertés fondamentales, sans les accompagner, nécessairement, pour autant, d'un mécanisme de protection et encore moins d'un mécanisme de protection juridictionnelle.

Peut-être qu'il n'y a pas lieu, finalement, de surestimer le poids des constructions doctrinales et d'amplifier la contribution des « faiseurs de systèmes », même si l'effort s'inscrit dans une préoccupation de « convalescence » ou dans une recherche de « jouvence ». En somme, il n'y a pas lieu d'être prisonnier d'une terminologie technique précise, la précision, ici, parce que réductrice, peut être, parfois, source d'erreur ou de contingence, et finalement obstacle à la conceptualisation et à la généralisation.

Les droits fondamentaux sont, bien évidemment, des droits de l'homme. Cependant, ce n'est pas parce qu'un droit de l'homme est constitutionnellement protégé qu'il devient, substantiellement, plus fondamental que celui qui ne l'est pas, excluant, par là même, de la catégorie des droits fondamentaux les droits qui ne sont pas constitutionnellement protégés ou les frappant d'une déconsidération qui en ferait des sous-droits de l'homme. Cette

1. « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Tribunal constitutionnel allemand », dans *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Paris, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p. 107.

manière de voir peut être lourde de conséquences dans les pays qui n'assurent pas de protection constitutionnelle des droits et libertés, ou ne l'assurent pas pleinement. Si l'on admettait, en outre, que les droits fondamentaux seraient plus spécialement encore les droits protégés par une juridiction constitutionnelle, que ces droits soient énoncés ou non par la constitution, on finirait par situer les droits fondamentaux dans un espace fort réduit où prévaut une conception finalement bien discutable, parce que plutôt contingente dans l'espace et le temps.

Ce qui est incontestable, c'est que le noyau dur des droits fondamentaux d'inspiration libérale – bien que non réductible au seul libéralisme du XVIII[e] siècle – est et demeure le noyau dur des droits de l'homme, quels que soient la nature et le degré de protection qui l'entoure.

Les droits fondamentaux ne peuvent pas être réductibles, non plus, aux droits qui concernent la condition individuelle de l'homme, tellement il est vrai que condition individuelle et condition collective sont et demeurent indissociables, tant sur le plan interne que sur le plan externe. Les droits économiques et sociaux, dont le régime de protection est très variable, ne sont pas moins fondamentaux que les autres et sont éligibles à la même condition.

S'agissant des droits dits nouveaux ou de troisième génération, bien que leur juridicité ne soit pas toujours établie ou reconnue et que le problème de leur protection ne se pose même pas parfois, leur évacuation de l'espace réservé aux droits de l'homme, en général, et aux droits fondamentaux, en particulier, semble de moins en moins envisageable.

Si des difficultés se posent, aujourd'hui, quant à la délimitation des droits fondamentaux, c'est parce que l'effort de conceptualisation n'a pas tenu compte de la variété des situations juridiques et politiques, malgré l'unité du concept de droits de l'homme, unité qui se trouve, finalement, indirectement mise en cause par l'effet de la logique de hiérarchisation qu'elle subit et de la logique de séparabilité et de non-interdépendance qui lui est appliquée.

En observant de près l'évolution historique des droits de l'homme depuis l'apparition des religions et notamment depuis le XVIII[e] siècle, on ne peut pas ne pas relever les luttes dont ils furent les enjeux, les contradictions auxquelles ils eurent à faire face, mais surtout la dynamique permanente qui les a soutenus. Le mouvement auquel les droits de l'homme ont été soumis ne s'est jamais arrêté. Totalement tout au moins. C'est dire que les contradictions n'ont jamais été totalement résolues, que les progrès en matière de droits de l'homme proviennent de sédimentations successives, l'épaisseur de chaque couche de sédiments variant en fonction des circonstances historiques particulières qui l'ont engendrée. C'est dire, aussi, que les droits de l'homme ne peuvent pas ne pas être conjugués dans le temps, ne pas composer avec lui. Ils constituent un phénomène qui obéit à une logique

processuelle. Indissociables de la dynamique de la vie sociale, ils sont le siège d'une confrontation permanente entre de multiples contradictions : entre le réel et l'idéal, l'individuel et le collectif, le constant et le variable, l'universel et le spécifique, l'abstrait et le concret, l'effectif et le fictif, l'interne et l'externe, le juridique et le politique, l'idéologique et l'éthique, la contradiction cardinale entre l'autorité et la liberté restant toujours présente de manière manifeste ou latente.

Déjà au niveau des religions, la confrontation entre ce qui est posé et ce qui est imposé témoigne de la recherche d'un confort à assises contradictoires, qui consacre un équilibre, une synthèse, nécessairement provisoire, par ailleurs, entre soumission et libre arbitre.

Lorsque les grands textes des droits de l'homme ont été établis, la contradiction entre l'énoncé et le vécu n'a pas disparu pour autant. La Déclaration française de 1789 n'a pas fait obstacle à la persistance de l'esclavage jusqu'en 1848. Les différents textes américains de la deuxième moitié du XVIII[e] n'empêcheront pas la soumission des hommes de couleur à des conditions inférieures qui ne commenceront à changer, lentement, qu'à la suite de la Guerre de sécession, dans un premier temps, et du mouvement pour les droits civiques dans un second. D'un autre côté, les grands principes de l'Europe libérale au XIX[e] siècle s'accommoderont facilement de l'idéologie et de la pratique de la colonisation, avant qu'ils ne soient, par un retournement de l'histoire, mobilisés contre le colonialisme lui-même.

Les droits économiques et sociaux n'ont pas modifié du jour au lendemain la condition économique et sociale de l'individu et il serait, par ailleurs, fort à propos de rappeler que la portée de ces droits demeure, jusque-là, fort relative, laissant parfois la voie largement ouverte à l'exclusion et à la misère.

Les droits de la troisième génération, dont notamment le droit au développement, sont encore au centre d'une véritable confrontation idéologique, politique et juridique. Sont-ils des droits de l'homme ou des droits d'une humanité que le droit ignore encore ou sont-ils plutôt des droits des peuples menaçant les droits de l'homme de noyautage, voire même de dissolution, tellement la notion de peuple demeure idéologiquement marquée et en définitive difficilement acceptable, même par résignation et sous bénéfice d'inventaire ? En somme tout se passe comme si la force qui avait conduit à l'énoncé des droits de la troisième génération n'est pas encore suffisante pour leur assurer la juridicité appropriée et encore moins l'effectivité.

Au total, un mouvement continu qui ne se caractérise pas toujours par sa linéarité ou sa cohérence. Cela n'a pas fait obstacle au développement des droits de l'homme par l'énoncé de textes de plus en plus nombreux, de plus en plus variés, inégalement opérationnels mais qui, par leur simple énoncé, alimentent un discours d'opposabilité juridique, politique ou éthique et

constituent un terme de référence susceptible d'être rappelé. Il en a été ainsi tant en droit interne qu'en droit international.

En droit interne, jamais le discours sur des droits de l'homme n'a été autant propagé. Jamais, dans l'histoire, les droits de l'homme n'ont été autant énoncés et reconnus. Dans les pays les plus divers. Sur les bases idéologiques les plus contradictoires. Dans les contextes politiques et culturels les plus différents. Les constitutions sont devenues, presque partout, les bréviaires des droits de l'homme au point de paraître constituer des chartes de liberté beaucoup plus que des statuts d'autorité.

À l'échelle internationale, la liste des conventions, déclarations et autres textes de droit international relatifs aux droits de l'homme est particulièrement longue et touche les domaines les plus divers. Il suffit de rappeler à cet égard que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ont, chacun, fait l'objet, au 30 septembre 1995, de 132 ratifications ou adhésions. On notera également, et à titre de simple illustration, que la Convention sur les droits de l'enfant a, au 1er juillet 1995, bénéficié de 176 ratifications ou adhésions [2].

Le droit international des droits de l'homme n'épargne plus les questions traditionnellement considérées comme relevant essentiellement de la compétence nationale aux termes de l'article 2, § 7, de la Charte des Nations Unies.

Les élections, parce que de plus en plus considérées aujourd'hui comme relevant des droits de l'homme, retiennent de plus en plus l'attention de la communauté internationale. La Conférence de Vienne de 1993 avait indiqué que « l'accent doit être mis spécialement sur les mesures propres à contribuer à la création et au renforcement d'institutions ayant des activités en rapport avec les droits de l'homme, au renforcement d'une société civile pluraliste et à la protection des groupes qui ont été rendus vulnérables. À ce propos, l'assistance apportée aux gouvernements qui le demandent pour la tenue d'élections libres et régulières, notamment l'assistance concernant les aspects des élections touchant les droits de l'homme et l'information du public sur le processus électoral, revêt une importance particulière » [3]. Le Centre pour les droits de l'homme des Nations Unies fournit depuis 1990 l'assistance électorale à de nombreux pays, en application des « principes internationaux relatifs aux droits de l'homme concernant les élections » [4].

2. Cf. entre autres : *Les Nations Unies et les droits de l'homme, 1945-1995*, Publication des Nations Unies, vol. VII, ISBN 92-1-200175-0 ; *La Charte internationale des droits de l'homme*, Centre pour les droits de l'homme, Genève, juin 1996, ISBN 1014-5605.

3. *Déclaration et programme d'action de Vienne*, juin 1993, Nations Unies, New York, 1993, Partie II, paragraphe 67.

4. Cf. la publication du Centre pour les droits de l'homme intitulée *Droits de l'homme et élections*, N.U., New York et Genève, 1994, ISBN 92-1-254114-3.

Plus généralement, il a été considéré que « la démocratie, le développement et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont interdépendants et se renforcent mutuellement » et que « la communauté internationale devrait s'employer à renforcer et promouvoir la démocratie, le développement et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le monde entier ».

D'un autre côté les mécanismes conventionnels et non conventionnels de protection des droits de l'homme ne cessent de se multiplier, tant à l'échelle universelle qu'à l'échelle régionale. Par ailleurs, l'espace des droits de l'homme ne cesse de se développer par l'extension des espaces traditionnels ou la conquête de nouveaux espaces. Les technologies nouvelles, qu'elles concernent l'informatique, la communication, la recherche biologique ou la santé de manière générale, posent des problèmes nouveaux qui interpellent le droit des droits de l'homme.

Le développement des activités illicites et, plus généralement, de la criminalité interne et internationale – qui porte, notamment, sur le trafic de drogue, l'enlèvement et la prostitution d'enfants, la prise d'otage et le terrorisme ainsi que l'espionnage industriel et informatique –, annoncent des évolutions ou, au moins, de nouvelles équations dans le domaine des droits de l'homme, lesquelles ne sont pas moins importantes que celles qui concernent les minorités ou que posent avec de plus en plus d'insistance la condition des immigrés ou l'inadéquation entre une circulation des marchandises de plus en plus libre et une circulation des personnes entre le Nord et le Sud de plus en plus conditionnée.

Cette évolution sur les plans normatif et institutionnel – tout autant que l'extension des espaces des droits de l'homme – n'a pas été accompagnée d'une évolution conséquente sur le plan des faits. Les violations des droits de l'homme constituent des phénomènes quotidiens, insuffisamment sanctionnés et cela presque partout, y compris dans les États à tradition libérale. S'il en est ainsi, c'est parce que l'évolution des droits de l'homme obéit à une dynamique que sous-tendent des contradictions multiples et il n'est peut-être pas dans la nature des choses d'envisager dans ce domaine, à moins de verser dans l'idéalisme, une quelconque perfection, ou situation définitivement acquise. Les droits de l'homme sont au centre d'une revendication toujours renouvelée, dont le degré de satisfaction demeure tributaire du degré de soutien qui l'accompagne et l'entoure. On ne s'étonnera pas, dès lors, de la juridicisation différenciée des droits de l'homme et de la succession des compromis qui caractérisent l'évolution de leur statut sans que cela mette en cause leur substance.

Le même phénomène peut être observé au niveau de la doctrine, qui ne peut pas ne pas saisir les sous-bassements et les enjeux politiques des débats entretenus autour des droits de l'homme que, par ailleurs, les travaux pré-

paratoires de la Conférence de Vienne ont mis particulièrement en relief [5]. Une certaine doctrine ira plus loin en recourant, comme M. Bettati, à la notion de droit d'ingérence ou même de devoir d'ingérence.

Dans le cadre de ce débat doctrinal qui ne cesse de se développer, on notera que le Secrétaire général des Nations Unies, M. Boutros-Ghali, a élaboré une conception des droits de l'homme en rapport avec l'idée qu'il se fait de la souveraineté des États. Il appelle en conséquence à la mise sur pied de nouvelles constructions juridiques. À l'ouverture de la Conférence de Vienne, il a souligné que les droits de l'homme « abolissent la distinction traditionnelle entre l'ordre interne et l'ordre international ». Ils sont, dit-il, « créateurs d'une perméabilité juridique nouvelle. Il s'agit donc de ne les considérer, ni sous l'angle de la souveraineté absolue, ni sous celui de l'ingérence politique. Mais, au contraire, il faut comprendre que les droits de l'homme impliquent la collaboration et la coordination des États et des organisations internationales ». Il estime, en conséquence, que l'État devrait être le meilleur garant des droits de l'homme. C'est à l'État que la communauté internationale devrait, à titre principal *déléguer* le soin d'assurer la protection des individus. Et M. Boutros-Ghali d'ajouter : « la question de l'action internationale doit se poser lorsque les États se révèlent *indignes* de cette mission, lorsqu'ils contreviennent aux principes fondamentaux de la Charte et lorsque, loin d'etre les protecteurs de la personne humaine, ils en deviennent les bourreaux ». Allant jusqu'au bout de son raisonnement, il estime que dans de telles circonstances, c'est à la communauté internationale de prendre le relai des États défaillants : « Il y a là une construction juridique et institutionnelle qui n'a rien de choquant et qui ne me semble pas attentatoire à la conception moderne que nous avons de la souveraineté [...] Lorsque la souveraineté devient l'ultime argument invoqué par les régimes autoritaires pour porter atteinte aux droits et libertés, des hommes, des femmes, des enfants, à l'abri des regards, alors – je le dis gravement –, cette souveraineté-là est déjà condamnée par l'Histoire » [6].

Le débat sur les droits de l'homme dans leurs rapports avec la souveraineté témoigne de la difficulté de concilier les termes d'une contradiction fondamentale qui ne peut être pleinement assurée ou assumée tellement il est vrai qu'un État trop jaloux de sa souveraineté peut avoir tendance à ignorer les droits de l'homme et que des droits de l'homme mobilisés contre la

5. Sur les controverses doctrinales portant sur la nature et la portée des droits de l'homme et notamment sur ceux de la troisième génération, voir notre étude sur les droits de l'homme de la troisième génération, *RTD*, 1986, pp. 13-65. Une bibliographie significative est en outre indiquée dans notre étude portant sur le droit au développement publiée dans les actes du Colloque de Maurice, *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la Communauté francophone*, AUPELF-UREF, Montréal, 1994, pp. 107 et s.

6. « Discours du Secrétaire général, prononcé à l'ouverture de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme », Vienne, 14 juin 1993, A/CONF, 157/22, dans *Les Nations Unies et les droits de l'homme, 1945-1995*, N.U., 1995, p. 445.

souveraineté peuvent, dans certaines circonstances, servir de simples alibis à la domination et à l'asservissement. L'espace des droits de l'homme n'est pas toujours un espace de vertu ou d'innocence. Il n'est pas, non plus, nécessairement celui de la modération ou des nuances. La confrontation de l'universel et du spécifique en matière de droits de l'homme en fournit une illustration supplémentaire.

Étudiant « les droits fondamentaux entre l'universalité et les spécificités culturelles et religieuses », Yadh Ben Achour relève une « grande ambiguïté, pour ne pas dire », dit-il, « un climat d'hypocrisie ». Il note que « souvent, pour bloquer la protection des droits, on a recours à l'argument de l'impérialisme culturel et politique. Ce dernier devient un alibi pour les meilleures tyrannies possibles ». Les cultures, ajoute-t-il, ont droit au respect car « l'identité culturelle est constitutive de la dignité de l'homme. L'une ne va pas sans l'autre. » et Yadh Ben Achour de se demander : « les droits fondamentaux devraient-ils s'arrêter aux frontières de l'identité culturelle ? » Sa réponse est qu'il faut éviter l'abus d'identité. Par ce biais, on pourrait asseoir l'universalité des droits fondamentaux.

Ce qui semble être certain, c'est que les droits de l'homme, dans l'expression qu'ils ont pu avoir du XVIII[e] siècle à la première moitié du XX[e], ont été marqués beaucoup plus par l'apport de la civilisation judéo-chrétienne et par la philosophie juridique et politique occidentale que par celui d'autres civilisations ou philosophies, ce qui, par ailleurs, n'exclut ni rencontres, ni convergences. Ce qui semble être, également certain, c'est que l'universalité transite aujourd'hui par l'Assemblée générale des Nations Unies et par d'autres institutions internationales à caractère universel. Les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ne sont pas la simple expression d'une domination d'un groupe d'États sur le reste du monde. Ils traduisent, sous des formes variables, avec une clarté variable, mais également avec une portée variable, le consensus des États à un moment déterminé de l'histoire. À examiner la diversité des questions sur lesquelles s'est exercée l'activité normative des Nations Unies, notamment, on ne peut pas s'empêcher de relever l'affirmation et l'approfondissement progressif de la notion d'universalité. C'est dire avec M. Boutros-Ghali que « si les clivages idéologiques et les inégalités économiques restent la réalité de notre société internationale, ils ne sauraient constituer des entraves au caractère universel des droits de l'homme » [7].

En fait, le débat sur l'universalité et la spécificité des droits de l'homme est, souvent, soutenu par des préoccupations ou des attitudes d'instrumentalisation politique ou idéologique. L'universel peut être utilisé comme véhicule d'un particularisme qui entend dominer et exclure les autres particularismes. Le spécifique peut servir d'alibi pour justifier l'injustifiable. Ce sont

7. *Id.*, p. 444.

les États autoritaires qui décrètent, souvent, l'opposition entre le spécifique et l'universel. Les victimes des violations des droits de l'homme, dans quelque pays que ce soit, ne sont pas plus soulagées par la levée de l'étendard de la spécificité.

L'universalité n'est pas constituée par l'addition ou l'exclusion des particularismes. Elle est la synthèse, la résultante de l'homme enraciné dans sa culture et de l'homme enraciné dans sa nature, étant entendu que nature et culture participent, toutes les deux, à la dignité humaine... Tout excès conduisant à son contraire, l'excès de nature ramène à la culture, l'excès de culture ramène à la nature. La recherche de l'équilibre dynamique entre l'une et l'autre semble être une constante dont témoignent tant l'histoire que l'actualité.

Je souhaiterais, en conclusion de ce rapport introductif, formuler deux observations finales.

Première observation : Les droits fondamentaux, c'est-à-dire finalement les droits de l'homme, demeurent subordonnés, quant à leur consolidation ou à leur promotion, à la consolidation et à la promotion de la démocratie et du développement. L'histoire nous enseigne que, de manière générale, l'action pour la promotion des droits de l'homme a été, d'une part, une action pour l'instauration, la consolidation et la promotion de la démocratie en tant qu'expression des droits de l'homme sur le plan politique, et d'autre part une action tendant à contenir et à résorber l'extrême pauvreté et à favoriser le droit des individus et des peuples à un minimum de bien-être économique, social et culturel en tant qu'expression des droits de l'homme et de solidarité entre les hommes sur le plan économique, social et culturel. C'est dire, comme l'avait relevé la Conférence de Vienne, que « la démocratie, le développement et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont interdépendants et se renforcent mutuellement » et que « tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés ». Cela revient à dire que toute dissociation des éléments de cette trilogie, tout autant que toute sélectivité dans ce domaine, est de nature à favoriser la réduction des droits de l'homme à un discours à consistance et à portée variables, pouvant aller jusqu'au discours du rejet, de l'esquive, de l'alibi ou du refuge.

Deuxième observation : L'énoncé des droits de l'homme, sous ou sans la pression, ne conduit pas nécessairement à leur intériorisation ou à leur effectivité. L'intériorisation des droits de l'homme exige l'éducation aux droits de l'homme, éducation qui s'intègre dans le cadre de la culture des droits de l'homme. La contribution des juges dans l'établissement et la sauvegarde de la culture des droits de l'homme peut être fort importante et même essentielle dans certaines circonstances. Les équilibres dynamiques que le juge peut être appelé à réaliser confèrent à sa fonction un caractère pédagogique dont les effets vont au delà du présent, participant ainsi à la culture

des droits de l'homme. En effet, la culture des droits de l'homme ne se décrète pas. Elle s'acquiert de manière progressive par des initiatives, des actions et des idées qui s'inscrivent dans la durée et qui, tout en composant avec le temps, ne le conjuguent pas au passé et encore moins au passé simple.

PREMIER THÈME

Le droit au développement en tant que droit de l'individu

Recherche sur les fondements du « droit au développement de l'être humain » à partir de l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme

PAR

MICHEL LEVINET

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER I (FRANCE)

> « *Les malheureux sont les puissances de la terre ; ils ont le droit de parler en maîtres aux gouvernements qui les négligent.* »
>
> Saint-Just, Discours sur les personnes incarcérées, Convention nationale, 8 ventôse, an II (26 février 1794) [1]

Le présent rapport trouve son origine dans la confrontation des lectures critiques des modèles régionaux de protection des droits de l'homme à laquelle se sont livrés les membres du groupe coordonné par le Professeur F. Sudre, notamment lors du colloque organisé, du 9 au 11 novembre 1994, par l'équipe de Yaoundé (*Droits de l'homme en Afrique centrale*) [2] et du séminaire tenu à Montpellier le 7 mai 1995 [3]. Au cours de ces rencontres, l'accent a été mis sur la difficulté d'établir la juridicité du droit au développement en tant que droit de l'homme ainsi que sur la préoccupation commune relative au concept de développement entendu comme élément des droits indivi-

1. SAINT-JUST, *Œuvres complètes*, Éd. G. Lebovici, 1984, p. 705.

2. *Droits de l'homme en Afrique centrale. Colloque régional de Yaoundé (9-11 nov. 1994)*, U.C.A.C./Khartala, 1996 (M. LEVINET, « Lecture critique du 'modèle européen' de protection des droits de l'homme », pp. 13-29 ; P.-G. POUGOUÉ, « Lecture de la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples », pp. 31-45).

3. Interventions de L. SINDJOUN (« Rapport sur les activités du groupe de recherche 'Droits de l'homme' de l'Université catholique d'Afrique centrale »), W. SCHABAS (« L'universalité et le système interaméricain ») et N. BACCOUCHE (« Les droits de l'homme à travers la Déclaration des droits de l'homme de l'Organisation de la Conférence Islamique »).

duels proclamés. On s'est donc orienté vers la recherche des moyens de concrétiser le « droit au développement de l'être humain en tant que droit individuel », à savoir le droit pour chacun de disposer de conditions matérielles d'existence décentes, compatibles avec la dignité de la personne humaine ou encore de vivre dans des conditions conformes à la dignité de l'être humain.

Dans l'étude qui suit, on exposera l'objet de la recherche (I) avant de présenter les résultats auxquels on est parvenu, en privilégiant cet instrument habituellement présenté comme le système le plus performant en matière de garantie internationale des droits de l'homme qu'est la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) (II-III).

I. – L'objet de la recherche

Elle vise à réintroduire la dimension du développement au cœur même des droits civils (ceux qui sont inhérents à la personne) et politiques (ceux qui permettent de participer à la vie publique). Il s'agit d'envisager le droit au développement de l'être humain comme droit individuel en proposant une lecture modernisée du corpus des droits de l'homme, autrement dit, en mettant au jour les devoirs sociaux qu'implique une protection effective des droits civils et politiques, et de vérifier si les instruments qui reconnaissent de tels droits peuvent servir à garantir des situations matérielles décentes à des personnes vivant dans des situations de grande précarité. Cette investigation tendant à rendre le droit au développement justiciable, en lui donnant la dimension d'un droit individuel dont le débiteur serait l'État, ne doit pas être mal comprise. Il n'est pas question de méconnaître le fait que la responsabilité du développement des peuples (le droit au développement entendu au sens habituel du terme) relève d'une autre logique et fait appel à d'autres processus, en particulier à la coopération internationale en vertu des dispositions mêmes de la Charte des Nations Unies (art. 55-56). Le projet consiste, en relativisant la distinction traditionnelle entre droits civils et politiques, d'une part, et droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part, de tenter de sortir de l'impasse dans laquelle se trouve le droit au développement notamment dans des situations de grande pauvreté qui constituent un véritable déni de l'ensemble des droits de l'homme. Pareille approche privilégie le concept de dignité de la personne humaine, matrice des droits de l'homme et vise à exploiter les potentialités d'élargissement du champ d'application de certains droits protégés par la CEDH et ses protocoles additionnels lorsque l'exercice de ces droits est compromis par une situation de grande précarité alors même que ces textes ne semblent pas autoriser une telle lecture.

A. – *L'aporie du droit au développement*

Le droit au développement, consacré dans les instruments internationaux pertinents [4], est « un droit universel et inaliénable qui fait partie intégrante des droits fondamentaux de la personne humaine » (Déclaration adoptée par la Conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme, réunie à Vienne du 14 au 25 juin 1993) [5]. Supposant « la pleine réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » (*Déclaration sur le droit au développement*, Ass. Gén. des N.U., rés. 41/128, 4 déc. 1986, art. 2), il apparaît à la fois comme un droit individuel et un droit collectif [6]. Quand bien même il est présenté comme « l'alpha et l'omega des droits de l'homme », « moyen et fin de ceux-ci » [7], cette nature composite, qui conduit à se demander s'il s'agit d'un droit de la personne ou d'un droit de l'État, ne va pas sans susciter de nombreuses interrogations, en particulier quant à sa juridicité et, partant, à la possibilité d'en réclamer l'application [8]. Le doute provient du fait que l'on se trouve face à « un concept global qui correspond davantage à un objectif qu'à un droit précis à défendre » qui « mobilise tous les acteurs de la société internationale, l'individu, l'État, les organisations internationales et les organisations non gouvernementales » [9], autrement dit « un droit prospectif » à l'effectivité problématique « en raison d'abord de son vaste contenu qui est en quelque sorte la synthèse des autres droits fondamentaux, et en second lieu de son appartenance à la catégorie des droits de solidarité sur lesquels les États hésitent à s'engager » [10].

4. Pour la première fois par la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples du 26 juin 1981 (P.-G. POUGOUÉ, *op. cit.*). Voir aussi : F. OUGOUERGOUZ, *La Charte africaine des Droits de l'homme et des Peuples. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, P.U.F., 1993.

5. I, § 10, dans *R.U.D.H.*, 1994, pp. 228-229.

6. « Le droit au développement est le droit inaliénable de l'homme, en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés et de bénéficier de ce développement » (rés. 41/128, art. 1, § 1). Voir également K. M'BAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Ed. Pédone, 1992 : « Le droit au développement est la prérogative reconnue à chaque Peuple et à chaque individu de pouvoir satisfaire ses besoins en accord avec ses aspirations dans toute la mesure que permet la jouissance équitable des biens et services produits par la communauté », p. 203. Du même auteur, voir aussi : « Le droit au développement en droit international », *Mélanges Lachs*, M. Nijhoff, 1984, pp. 163-178.

7. M. BEDJAOUI, dans « Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste », *Actes du Colloque de Strasbourg* (17-19 avril 1989), Conseil de l'Europe/N.P. Engel, 1990, p. 40.

8. *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque international de Port-Louis, 29 sept.-1er oct. 1993, Éd. AUPELF-UREF, Montréal, 1994 (A. AMOR, « Le droit de l'homme au développement », pp. 107-116 ; M. FLORY, « L'accès aux droits fondamentaux : le développement », pp. 133-141).

9. M. FLORY, *op. cit.*, p. 133.

10. *Ibid.*, p. 135.

B. – *Précarité et droits de l'homme*

Le droit au développement a pour objet « une vie décente pour tous » [11] et recouvre donc, selon la forte formule de Mohammed Bedjaoui, le « droit légitime à une part équitable du bien-être économique du monde » [12]. L'intérêt d'y voir un droit justiciable est d'autant plus grand que se pérennisent voire se développent les situations de grande pauvreté [13], non seulement dans les pays en développement mais aussi dans les sociétés développées [14]. Dans les sociétés européennes, la multiplication des facteurs de précarité et le déchirement croissant du tissu social qui en résulte provoquent une marginalisation (dénuement, humiliations quotidiennes, illétrisme, endettement, occupation de logements vétustes et insalubres, interruption des fournitures d'eau, d'électricité...) constitutive d'une violation des droits de l'homme tant il est vrai que « les exclusions sociales constituent de véritables trous dans le tissu des droits de l'homme » [15]. Que valent, en effet, dans ces conditions, le droit à la vie et au respect de la vie familiale, le droit à l'instruc-

11. Voir H. DE DECKER, « Droits de l'homme et droit au développement : concurrence ou complémentarité ? », dans *Droits de l'homme en Afrique centrale, Colloque régional de Yaoundé (9-11 nov. 1994)*, U.C.A.C./Khartala, 1996, pp. 203-222. La résolution 41/128 inclut dans le droit au développement « l'égalité des chances de tous dans l'accès aux ressources de base, à l'éducation, aux services de santé, à l'alimentation, au logement, à l'emploi et à une répartition équitable du revenu » (art. 1, § 8).

12. *Op. cit.*, p. 40.

13. Sur la définition des concepts de pauvreté et de précarité : J. FIERENS, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Éd. Bruylant, 1992, pp. 15-41. Voir aussi : S. PAUGAM (dir.), *L'exclusion. L'état des savoirs*, Éd. La Découverte, 1996. La nécessité impérieuse de lutter contre les risques d'implosion sociale liés à la pauvreté a été particulièrement présente lors des travaux du 1er Sommet mondial des Nations Unies sur le Développement social, tenu à Copenhague, du 6 au 12 mars 1995 (*Déclaration et Programme d'action*, La Documentation française, Actualité Internationale, 15 juin 1995).

14. L. LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Éd. Bruylant/Éd. de l'Université de Bruxelles, 1995, pp. 4-25 et 146-150. La France n'a pas échappé à ce phénomène. Le rapport annuel du Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (C.R.E.D.O.C.), « L'état de la France », publié le 25 mai 1995, note une forte augmentation des situations de pauvreté : 13 millions de personnes vivent grâce aux minima sociaux constitués par l'allocation de solidarité, le RMI, le minimum vieillesse. (Voir également : S. PAUGAM, J.-P. ZOYEM et J.-M. CHARBONNEL, *Précarité et risques d'exclusion en France*, Documents du C.E.R.C. (Centre d'études des revenus et des coûts), n° 109, La Doc. fr., 1994.) Le thème de la « fracture sociale » a joué un rôle non négligeable dans la campagne de J. Chirac pour l'élection présidentielle de mai 1995 et le gouvernement Juppé comporte un ministère de l'intégration et de la lutte contre l'exclusion. Par ailleurs, l'action des associations de défense du droit au logement des plus démunis a permis la redécouverte de l'ordonnance du 11 octobre 1945 autorisant la réquisition des logements vacants (*J.O.R.F.*, 19 octobre 1945, pp. 6646-6651).

15. Parlement européen, Résolution sur la lutte contre la pauvreté dans la Communauté européenne du 16 septembre 1988 (citée par P.-H. IMBERT, « Droits des Pauvres, Pauvre(s) Droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *R.D.P.*, 1989, p. 740, note 3).

tion, à la libre expression et plus généralement la citoyenneté ? La Conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 1993) a été l'occasion solennelle de le rappeler : la précarité empêche l'exercice des droits fondamentaux [16]. Un tel rappel, qui renvoie aux prémices mêmes de la proclamation internationale des droits de l'homme (art. 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme), implique une attention particulière à la promotion et à la protection des droits des personnes vulnérables [17] et donc la reconnaissance d'un droit à un niveau de vie suffisant [18] comme l'ont réaffirmé ces dernières années aussi bien le Conseil de l'Europe [19] que la Communauté européenne [20], afin que les intéressés disposent de moyens minimaux d'existence [21].

C. – *La remise en cause de la dévalorisation des droits économiques, sociaux et culturels*

Ce contexte de « nouvelle pauvreté » oblige à « repenser les droits de l'homme » [22] en relativisant la distinction bien connue droits civils et politi-

16. « L'extrême pauvreté généralisée s'oppose à la jouissance pleine et effective des droits de l'homme » (*Déclaration et programme d'action de Vienne*, 25 juin 1993, I, § 14, *R.U.D.H.*, 1994, p. 229). Un constat du même ordre est effectué par le Parlement européen dans son rapport annuel sur les droits de l'homme : l'extension de la pauvreté « limite, de fait, l'exercice des droits fondamentaux » (résolution du 11 mars 1993, « Le respect des droits de l'homme dans la Communauté européenne », *R.U.D.H.*, 1994, pp. 316-322, § 23). Le rapport présenté devant le Conseil économique et social français par le Père Joseph WRÉSINSKI, fondateur d'A.T.D. Quart Monde, s'inscrit dans un pareille perspective : « La précarité est l'absence d'une ou plusieurs des sécurités notamment celle de l'emploi, permettant aux personnes et familles [...] de jouir de leurs droits fondamentaux » (« Grande pauvreté et précarité économique et sociale », Avis et rapport au Conseil économique et social, adoptés les 10 et 11 février 1987, *J.O.R.F.* du 28 février 1987, p. 6).

17. *Déclaration et programme d'action de Vienne*, 25 juin 1993, I, §§ 24-25.

18. L. LAMARCHE, *op. cit.*, pp. 333-449. Sur le débat relatif à l'idée d'un revenu alloué au citoyen sans contrepartie (« revenu de citoyenneté »/« revenu d'existence »), voir « Vers un revenu minimum inconditionnel ? », *La revue du M.A.U.S.S.*, n° 7, 1er semestre 1996, Éd. La Découverte (les articles de A. CAILLÉ, J.-M. FERRY, Y. BRESSON).

19. L'Assemblée parlementaire a recommandé au Comité des ministres « d'inviter les États membres à définir le niveau de revenu minimal acceptable correspondant dans les sociétés industrielles à la satisfaction des besoins fondamentaux et à en garantir la perception » (Recommandation 893 (1980) du 24 avril 1980 relative à la pauvreté en Europe, § I. iii, citée par P.-H. IMBERT, *op. cit.*, pp. 763-764).

20. Dans sa recommandation du 24 juin 1992, le Conseil des ministres consacre la nécessité de « reconnaître aux plus démunis, dans le cadre d'une politique globale et cohérente de soutien à leur insertion, un droit à des ressources suffisantes, stables et prévisibles » (*J.O.C.E.*, L 245, 26 août 1992, p. 46). L'Accord sur la politique sociale, annexé au Traité de Maastricht, inscrit la « lutte contre les exclusions » parmi les objectifs de l'Union européenne (art. 1).

21. A. EIDE, *Le droit à une alimentation suffisante en tant que droit de l'homme*, Genève, Nations Unies, Centre pour les droits de l'homme, 1989, E/CN.4/Sub.2/1987/23.

22. P. LEUPRECHT, « Le Conseil de l'Europe et l'avenir des droits économiques et sociaux », dans F. MATSCHER (dir.), *La mise en œuvre des droits économiques et sociaux. Aspects nationaux, internationaux et droit comparé*, N.P. Engel, 1991, p. 9.

ques/droits économiques, sociaux et culturels. La distinction a été discutée [23] dans la mesure où, relevant d'une volonté de secondariser les droits économiques et sociaux [24], elle serait de nature à « renforcer l'idée selon laquelle leur violation est moins grave que celle des droits civils et politiques » [25]. Cette « dévalorisation normative » [26] dont souffrent les droits économiques et sociaux de la personne méconnaît l'interdépendance et l'indivisibilité des divers droits [27] et, partant, néglige le fait que la dimension socio-économique des droits garantis est indispensable à l'équilibre même des droits fondamentaux. La plénitude des droits et libertés de l'être humain n'est, en effet, possible « que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits civils et politiques, aussi bien que de ses droits économiques, sociaux et culturels, sont créées » (Pactes des Nations Unies de 1966, Préambule, 3e considérant) [28].

Évidemment, il ne saurait être question d'oublier que les droits économiques et sociaux appellent une réglementation et des prestations de la part des autorités publiques (notamment sous la forme de politiques de justice et de garantie sociales à l'instar de la loi-cadre contre l'exclusion, actuellement en préparation en France [29]), variables, comme l'indiquent les instruments internationaux les concernant (D.U.D.H., art. 22 ; P.I.D.E.S.C., art. 2), en fonction du degré de développement du pays concerné et relevant d'autres instruments de protection et de mécanismes spécifiques de vérification des engagements étatiques (ex. de la Charte sociale européenne de

23. P.-H. IMBERT, *op. cit.*, pp. 741-746.

24. « Présentés comme n'étant pas inhérents à la personne humaine, ils seraient beaucoup plus des objectifs à atteindre que des droits à respecter » (*ibid.*, p. 745).

25. *Ibid*, p. 746.

26. L. LAMARCHE, *op. cit.*, p. 14. (sur le débat relatif à leur juridicité, voir pp. 134-144). Voir aussi : M.-P. DESWARTE, « Droits sociaux et État de droit », *R.D.P.*, 1995, pp. 951-985.

27. « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés » (et doivent être traités par la communauté internationale) « sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance » (*Déclaration et Programme d'action de Vienne*, 25 juin 1993, I, § 5).

28. Pareille formulation se retrouve dans la Convention américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969 : « Réitérant que, aux termes de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'homme libre, à l'abri de la peur et de la misère, ne peut se réaliser que grâce à la création de conditions qui permettent à chaque personne de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels aussi bien que de ses droits civils et politiques » (Préambule, 4e consid.).

29. Le Rapport FRAGONARD (« Propositions pour un plan de lutte contre la pauvreté et l'exclusion ») demandé par le Premier ministre pour servir de base à l'élaboration du projet de loi d'orientation contre la pauvreté et l'exclusion sociale a été remis le 20 octobre 1995 (*Le Monde*, 21-22 janvier 1996). Toutefois, la nécessité de concilier la volonté de cohésion sociale et les écueils budgétaires est à l'origine de nombreux retards et hésitations dans la mise au point de ce projet de loi (*Le Monde*, 25 mai et 23 juillet 1996). Un avant-projet de loi d'orientation « de renforcement de la cohésion sociale » a toutefois été rendu public le 30 septembre 1996 (*Le Monde*, 1er octobre 1996).

Turin du 18 octobre 1961). Un tel constat n'invalide pourtant pas l'objet d'une recherche qui entend démontrer que la pauvreté « constitue non seulement un déni des droits économiques, sociaux et culturels mais aussi une violation des droits civils et politiques » [30].

Les autorités publiques, en particulier le législateur, ne disposent d'ailleurs pas d'une totale liberté lorsqu'ils interviennent dans la mise en œuvre des droits économiques et sociaux. Le juge constitutionnel peut les rappeler à leurs obligations en censurant tout dispositif de nature à réduire les garanties légales d'un principe constitutionnel. On reconnaît là le principe de l'« effet cliquet anti-retour », si fécond dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Ce dernier admet en effet que le Parlement puisse modifier, compléter ou abroger des dispositions en vigueur mais sous réserve d'y substituer un régime de protection au moins équivalent. Il est ainsi conduit à se demander si les mesures retenues sont susceptibles de permettre la réalisation des objectifs de valeur constitutionnelle inhérents aux droits et libertés [31]. L'« effet cliquet anti-retour » joue aussi bien pour les droits économiques et sociaux que pour les droits civils et politiques. À l'encontre de la position défendue par le gouvernement [32], le juge français a eu l'occasion de le préciser dans sa décision du 19 janvier 1995 (94-359 DC, *Loi relative à la diversité de l'habitat*) [33] où il qualifie « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent d'objectif de valeur constitutionnelle » [34].

D. – *La dignité de la personne humaine : matrice des droits de l'homme*

Cette approche découle du caractère fondamental de la dignité de la personne humaine dont l'extrême pauvreté et l'exclusion sociale constituent une violation (Déclaration et Programme d'action de Vienne, 25 juin 1993, I. 25). Le « principe de morale universelle du respect dû à la dignité

30. P.-H. IMBERT, *op. cit.*, p. 748.

31. 86-217 DC, 18 sept. 1986, *Liberté de communication*, *Rec. de jurisp. const.* (*R.J.C.*) I, pp. 282-294 (Le Conseil censure l'insuffisance des moyens retenus par la loi sur la liberté de communication pour limiter la concentration dans l'audiovisuel). Voir également : B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Rev. fr. dr. cons.*, 21-1995, pp. 47-77.

32. Dans ses observations en défense, celui-ci prétendait qu'il se limitait à la protection des libertés fondamentales et qu'il était « contestable de transposer le raisonnement du 'cliquet' à un 'droit au logement' qui n'est pas expressément consacré par les textes constitutionnels » (*JORF*, 21 janvier 1995, p. 1169).

33. *JORF*, 21 janvier 1995, p. 1166.

34. D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1994-1995 », *R.D.P.*, 1996, pp. 41-42 ; P. GAÏA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel (1er avril-30 juin 1995) », *Rev. fr. dr. cons.*, 23-1995, pp. 582-584.

humaine » [35] se trouve, on le sait, au fondement des textes reconnaissant les droits de l'homme. Ce caractère de « référence ontologique » [36] des droits de l'homme est rappelé par les instruments internationaux majeurs, notamment par la Déclaration universelle (DUDH) du 10 décembre 1948 (le 1er considérant de son préambule se réfère à « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ») et le Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966, lequel indique clairement que tous les droits qu'il contient « découlent de la dignité inhérente à la personne humaine » (préambule, 2e considérant) [37]. Les textes constitutionnels [38] s'inspirent des mêmes considérations en consacrant la dignité de l'être humain en tant que valeur éminente de l'ordre juridique national et en imposant aux autorités publiques l'obligation d'adopter les mesures à même d'en assurer la protection. Le juge constitutionnel peut ainsi être amené à vérifier si le législateur a correctement mis en œuvre une telle prescription. C'est le cas notamment du juge français qui, en dégageant le principe à valeur constitutionnelle de « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation » dans sa décision du 27 juillet 1994 relative aux lois de bioéthique, a mis au jour

35. A. VERDROSS, « La dignité de la personne humaine, base des droits de l'homme », *Osterreichische Zeitschrift fur offentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31, nos 3-4, 1980, p. 272.

36. P. MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Éd. universitaires, Fribourg, 1992, pp. 44-45.

37. Le principe VII du « Décalogue » d'Helsinki indique également que les États « favorisent et encouragent l'exercice effectif des libertés et droits civils, politiques, économiques, sociaux, culturels et autres qui découlent tous de la dignité inhérente à la personne humaine et qui sont essentiels à son épanouissement libre et intégral ». Le titre VIII (Droits de l'homme garantis par l'Union) du projet de Constitution de l'Union européenne, adopté par le Parlement européen le 10 février 1994, précise que la dignité humaine « comprend notamment le droit fondamental de la personne à des ressources et prestations suffisantes pour elle-même et sa famille » (C. GOUAUD, « Le projet de Constitution européenne », *Rev. fr. dr. cons.*, 22, 1995, pp. 287-319).

38. « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi... » « Il appartient à la République d'écarter les obstacles d'ordre économique et social, qui, limitant en fait la liberté et l'égalité des citoyens, empêchent le plein développement de la personne humaine... » (art. 3, al. 1 et 2 de la Constitution italienne) ; « La dignité de la personne humaine est sacrée. Tous les agents de la puissance publique ont l'obligation absolue de la respecter et de la protéger » (art. 1, § 1 de la Constitution allemande). L'article 23 de la Constitution belge, issu de la loi du 31 janvier 1994, consacre le droit de chacun « de mener une vie conforme à la dignité humaine » et renvoie à la loi et au décret pour la mise en œuvre des droits qui en découlent, à savoir notamment le droit à une rémunération équitable, à un logement décent et à l'épanouissement culturel et social (voir J. FIERENS, « L'article 23 de la Constitution. Une arme contre la misère ? », *Droit et Quart Monde*, n° 3, juin 1994, pp. 3-15). Le corpus constitutionnel français ne comporte pas de disposition visant explicitement la dignité humaine, ce qui n'a pas empêché le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 1994 relative aux lois de bioéthique, de faire accéder au rang de principe à valeur constitutionnelle le principe de la « sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation » (94-343/344 DC, *Lois de bioéthique*, consid. 2, *Rec.*, p. 100) (L. FAVOREU, *Rev. fr. dr. cons.*, 20, 1994, pp. 799-811 ; D. ROUSSEAU, *R.D.P.*, 1995, pp. 54-58).

un principe qui, au-delà des sciences de la vie, « pourra désormais être invoqué dans bien d'autres circonstances » et « apporte de plus un fondement constitutionnel à toute loi apportant des moyens convenables d'existence à ceux qui en sont démunis » [39].

E. – *Les limites de la Convention européenne des droits de l'homme*

Il peut sembler plutôt paradoxal de solliciter un texte aussi largement étranger *a priori* au droit au développement de l'être humain ainsi entendu que la CEDH. D'autant plus, qu'en dépit des invitations faites dans ce sens, en particulier par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe [40], et alors que rien ne s'y opposait vraiment [41], l'insertion de droits économiques et sociaux dans la Convention de 1950 n'a pu aboutir.

La CEDH ne méconnaît pas certains droits et libertés à connotation économico-sociale : droit de toute personne au respect de ses biens (art. 1 du Protocole 1) ; interdiction du travail forcé ou obligatoire (art. 4) ; liberté syndicale (art. 11) ; droit à l'instruction (art. 2 du Protocole 1). Cependant,

39. F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et l'assistance médicale à la procréation », *R.D.P.*, 1994, p. 1657. Dans le même sens : H. OBERDORFF, « La dignité de la personne humaine face aux progrès médicaux », dans *Mélanges Peiser*, Presses Univ. de Grenoble, 1995, p. 386. La décision du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, illustre tout à fait cette prévision : s'appuyant sur le principe mis en évidence dans la décision du 27 juillet 1994 ainsi que sur ceux des droits de la famille (10e alinéa du préambule de 1946) et de la sécurité matérielle (al. 11), il en déduit que « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle » (94-359 DC, *JORF*, 21 janv. 1995, p. 1166).

40. La recommandation 838 (1978) du 27 septembre 1978, relative à l'élargissement du camp d'application de la CEDH (texte dans P.-H. IMBERT, *op. cit.*, pp. 757-758) insiste sur l'urgence de l'examen de la question de savoir « quels droits fondamentaux de caractère économique, social ou culturel pourraient être incorporés dans la Convention, sans toutefois affaiblir la crédibilité du système existant » (11e), ce qui suppose un droit « fondamental et généralement reconnu », susceptible de « se prêter à une formulation suffisamment précise pour entraîner des obligations juridiques de la part de l'État, plutôt que de fixer simplement une norme générale » (12e). Elle énonce, par ailleurs, les droits répondant à ces conditions, notamment « le droit à un niveau de vie adéquat en cas de chômage involontaire » (13e). Dans sa recommandation 893 (1980) du 24 avril 1980, relative à la pauvreté en Europe (texte dans P.-H. IMBERT, *ibid.*, pp. 763-764), l'Assemblée demande au Comité des ministres « de donner à l'individu le droit à certaines prestations et facilités dans le domaine de la politique sociale, en incorporant dans les instruments normatifs du Conseil de l'Europe, tels que la CEDH et la Charte sociale, le droit à des ressources minimales régulières, le droit à un logement décent et le droit à la formation professionnelle » (II, viii). Voir également la Déclaration sur les droits de l'homme du Comité des ministres (27 avril 1978) : préambule, consid. 6 et dispositif, II (texte reproduit par P.-H. IMBERT, *op. cit.*, pp. 756-757).

41. R. RYSSDAL, « The protection of social and economic rights and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », dans F. MATSCHER (dir.), *La mise en œuvre des droits économiques et sociaux. Aspects nationaux, internationaux et droit comparé*, N.P. Engel, 1991, p. 2.

elle concerne avant tout les droits civils et politiques [42]. Abordant les droits de l'homme dans une perspective individualiste, elle semble ignorer autant les droits économiques, sociaux et culturels que les droits des collectivités ainsi que, contrairement à d'autres instruments internationaux (D.U.D.H., art. 29, § 1 ; Convention américaine des droits de l'homme, CADH, art. 32), les devoirs de l'homme. Cette prédilection pour les droits civils et politiques s'explique par le fait qu'il s'agirait des droits et libertés les plus clairement justiciables correspondant au concept de « droits fondamentaux » dégagé par les constitutions et les juridictions constitutionnelles [43]. Plutôt conçus comme des « droits-créances », les droits économiques et sociaux appelleraient des mécanismes de protection distincts de ceux garantissant les droits civils et politiques (ainsi la Charte sociale européenne, instrument conventionnel dépourvu d'effet direct en droit interne et comportant un système d'adhésion « à la carte », prévoit-elle un mécanisme de contrôle non-juridictionnel).

La jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme confirme leur marginalité en écartant les requêtes invoquant des droits non expressément prévus par la CEDH : droit au travail, droit d'exercer une profession déterminée, droit de ne pas être licencié de son emploi, droit de recevoir une rémunération suffisante, droit au logement, droit aux allocations familiales, droit à un niveau de vie suffisant [44].

II. – Résultats de la recherche

L'analyse projetée repose notamment sur les possibilités d'inclusion des situations de précarité dans le champ d'application de certains droits protégés par la CEDH et ses protocoles additionnels. Elle s'appuie sur les tra-

42. G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 277 ; F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, P.U.F., 3e éd., 1994, p. 86-87. Voir aussi : J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, § 71 (« seuls ont été garantis les droits essentiels et les libertés fondamentales qui sont définis et consacrés, après une longue expérience, par tous les régimes démocratiques »).

43. Pour le juge constitutionnel allemand, les droits fondamentaux sont « d'abord des droits individuels, des droits de l'homme et des droits civils qui ont pour but de protéger une sphère secrète de la liberté humaine particulièrement menacée » (M.L. Pavia, « Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *Les Petites Affiches*, 6 mai 1994, p. 7.). La Loi fondamentale du 24 mai 1949 précise par ailleurs que les droits civils ne peuvent être affectés dans leur substance par une révision constitutionnelle. De même, en Espagne, les droits économiques et sociaux ne sont pas protégés par la procédure d'*amparo*.

44. A.-D. Olinga, « Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Convention européenne des droits de l'homme. Les maillons faibles d'une belle chaîne », *Cahiers de l'IDEDH*, 4, 1995, Université de Montpellier I, p. 62.

vaux des auteurs [45] qui se prononcent dans ce sens, au nom du principe de l'interprétation évolutive de la Convention et afin de la rendre accessible à des considérations de justice sociale.

Certes, aucune disposition du système conventionnel ne garantit un quelconque droit de bénéficier d'un minimum de moyens matériels d'existence et il n'appartient pas, *a priori*, aux organes de Strasbourg de consacrer des droits non inclus dans celui-ci. Néanmoins, soucieux de donner le maximum d'effectivité aux droits et libertés reconnus, ils n'en privilégient pas moins une interprétation téléologique et évolutive de la Convention au détriment de sa lecture exégétique. Ce qui les conduit à recourir à diverses techniques prétoriennes (mécanisme de la « protection par ricochet », principe de l'« effet horizontal », technique des « obligations positives ») auxquelles il n'est pas interdit de penser quand on entend fonder le droit au développement de l'être humain sur la CEDH.

A. – *Le principe de l'interprétation évolutive*

La Commission et la Cour européennes des droits de l'homme n'interprètent pas de façon figée le traité dont elles doivent assurer le respect. Au contraire, elles le considèrent comme « un instrument vivant » qui « doit s'interpréter à lumière des conditions d'aujourd'hui » (*Marckx*, 13 juin 1979, § 58 ; *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, § 26). Il leur paraît indispensable de « garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme avec les conditions actuelles » (*Inze*, 28 oct. 1987, § 41 ; *Cossey*, 27 sept. 1990, § 35). Cette lecture progressiste, dictée par le souci de tenir compte des évolutions que connaissent les États parties, est particulièrement légitime lorsqu'une véritable communauté de vues existe en leur sein, comme c'est manifestement le cas en matière de lutte contre l'exclusion sociale. Elle permet de rappeler que l'objet de la CEDH est « de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs » (*Airey c. Irlande*, § 24) [46]. Une telle approche pourrait autoriser, en leur donnant une interprétation moins étroite, la mobilisation d'un certain nombre de dispositions conventionnelles au service du droit au développement de l'être humain.

45. P.-H. IMBERT, « Droits des Pauvres et Pauvre(s) Droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *R.D.P.*, 1989, pp. 739-766 ; F. SUDRE, « La première décision 'quart-monde' de la Commission européenne des droits de l'homme : une 'bavure' dans une jurisprudence dynamique / Affaire Van Volsem », *R.U.D.H.*, 1990, pp. 349-353 ; F. SUDRE, « Misère et Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, n° 3, 1994, Université de Montpellier I, pp. 113-124 ; J. FIERENS, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Éd. Bruylant, 1992 ; A.D. OLINGA, *op. cit.*, pp. 52-78.

46. « La Convention a pour rôle et son interprétation pour objet de rendre efficace la protection de l'individu » (*Golder*, 1er juin 1973, rapport de la Commission, série B, vol. 16, p. 40).

C'est ainsi que l'alinéa 1 de l'article 2 (« Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi ») pourrait être compris de manière extensive. Premier des droits de l'homme, le droit à la vie est habituellement compris comme le droit de ne pas être tué ou arbitrairement privé de sa vie, autrement dit comme « le droit de n'être pas mort » [47]. Mais, peut-on le réduire à cette dimension ? Ne peut-on admettre qu'il inclut également le droit de voir sa vie ne pas être mise en cause par un état d'extrême détresse, « le droit de vivre, le droit de voir sa vie ne pas être précarisée et mise en péril, le droit de ne pas se retrouver dans une situation telle que la mort apparaisse comme l'horizon inévitable » [48] ?

La pauvreté et l'exclusion sociale peuvent, de même, conduire à des situations constitutives d'un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention. On sait que selon la substantielle jurisprudence des organes de la CEDH [49], pour relever de l'article 3, le mauvais traitement en cause « doit atteindre un minimum de gravité » dont l'appréciation « relative par essence... dépend de l'ensemble des données de la cause » (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, § 162 ; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juill. 1989, § 100), le « traitement dégradant » étant, par ailleurs, celui qui humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience » (*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, §§ 29 et 32), qui abaisse l'individu « à ses propres yeux » (*Patel*, déc. Comm., 10 oct. 1970) [50]. La Commission, face à des situations fort diverses, a étendu la protection de l'article 3 « à des secteurs de la vie sociale sans aucun lien avec une quelconque activité repressive » [51]. A été ainsi développée une jurisprudence dynamique qui, allant dans le sens d'un élargissement de son champ de protection, a su préserver cette disposition de l'anachronisme auquel pouvait la condamner le contexte particulier de 1950 (référence aux atrocités nazies). Dans ces conditions, comme l'a fort justement relevé Pierre-Henri Imbert, « est-il vraiment utopique de penser que si un châtiment corporel dans une école (l'auteur pense à l'affaire *Tyrer* dans laquelle était en cause la peine judiciaire de la fustigation dans l'île de Man) est considéré comme un traitement dégradant, il devrait pouvoir en être de même pour la situation de celui qui 'vit' dans un bidonville ? » [52] N'atteint-on pas, dans ce cas, le

47. J. Velu et R. Ergec, *op. cit.*, p. 174.

48. A.D. Olinga, *op. cit.*, p. 75.

49. F. Sudre, « Commentaire de l'article 3 », dans *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, E. Decaux, P.-H. Imbert, L.E. Pettiti (dir.), Economica, 1995., pp. 155-175. Du même auteur : « La notion de 'peines et traitements inhumains ou dégradants' dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.G.D.I.P.*, 1984, pp. 825-889.

50. Req. n° 4403/70, *Ann.*, 1970, p. 929.

51. F. Sudre, « Commentaire de l'article 3 », *op. cit.*, p. 164.

52. *Op. cit.*, p. 746.

niveau d'avilissement ou d'humiliation requis par les organes de Strasbourg ?

L'article 8 de la Convention (« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ») peut également être concerné. Du fait de leur généralité et de leur relative indétermination [53], les notions de « vie privée », de « vie familiale » et de « domicile » peuvent connaître un vaste champ d'application. Ici aussi, les organes de la CEDH se sont attachés à développer une interprétation particulièrement dynamique de ce droit « afin de définir les exigences actuelles du respect de la vie privée et familiale, en tenant compte à la fois de l'évolution des mœurs et des nécessités sociales » [54].

La jurisprudence européenne interprète très largement la notion de droit au respect de la vie privée. Celle-ci recouvre non seulement le droit au secret de la vie privée (droit de vivre à l'abri des regards étrangers) mais englobe également celui « d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité » (*X. c. Islande*, déc. Comm., 18 mai 1976) [55] et, plus généralement, le « droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables » (*Niemetz*, 16 déc. 1992, § 29). La vie privée n'exclut donc pas les activités professionnelles. La garantie apportée par l'article 8 comporte donc « une indéniable dimension économique et sociale dès lors qu'elle s'étend à la vie professionnelle et à la vie en société de l'individu » [56]. Dans ces conditions, quand la misère est la conséquence de la privation d'activité professionnelle, ne provoque-t-elle pas une exclusion sociale mettant en cause le droit au respect de la vie privée ? De même, lorsque, du fait de sa situation précaire, l'individu se trouve dans l'impossibilité d'établir des rapports avec les autres ? Alors que la CEDH n'y fait pas de référence, à l'inverse du PIDCP (art. 24) et de la CADH (art. 18), La Cour n'en a pas moins affirmé que l'article 8 visait bien le droit au nom, considérant que « moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie

53. Ce caractère contingent a été reconnu par la Cour qui a estimé « ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de 'vie privée' comme celle de domicile » (*Niemetz*, 16 déc. 1992, § 29). La Commission a montré davantage d'audace dans son rapport sur l'affaire *June Buckley c. Royaume-Uni* (impossibilité pour la requérante de vivre avec sa famille dans des caravanes sur son propre terrain et de suivre le mode de vie traditionnel des Tsiganes) en estimant que « la notion de 'domicile' au sens de l'article 8 ne se limite pas au domicile légalement occupé ou établi, mais qu''il s'agit d'un concept autonome qui ne dépend pas d'une qualification en droit interne' » (11 janvier 1995, § 63).

54. F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F., 2e éd., 1995, p. 206.

55. Req. n° 6825/74, *D.R.*, 5, p. 88.

56. F. SUDRE, « Misère et Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, n° 3, 1994, Université de Montpellier I, p. 123.

privée et familiale de celle-ci » (*Burghartz c. Suisse*, 22 fév. 1994, § 24 ; *Stjerna c. Finlande*, 25 nov. 1994, § 37). Par ailleurs, elle a admis que la notion de vie privée incluait le droit au respect de l'intégrité physique et morale de la personne (*X et Y c. Pays-Bas*, 26 fév. 1985, § 22) et pouvait octroyer une « protection plus ample que celle de l'article 3 » (*Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, 25 mars 1993, § 36). La sollicitation de l'article 8 en vue de la consécration du droit au développement de l'être humain ne semble pas, dès lors, inaccessible.

Le droit au respect du domicile implique *a priori* la possession d'un domicile et ne paraît pas concerner le droit de se voir attribuer un logement décent. Mais, un minimum d'espace vital n'est-il pas indispensable à l'intimité de la vie privée ? À l'instar de la sécurité matérielle, le domicile, inhérent à la sécurité et au bien-être de la l'individu (*Gillow*, 2 nov. 1986, § 55), ne représente-t-il pas un élément conditionnant la sauvegarde de la vie familiale ? N'est-il pas « vain et sans doute choquant de parler de vie familiale à qui ne dispose pas d'un logement suffisant ou des moyens de nourrir et de soigner ses enfants » [57] ? Une expulsion consécutive à une hausse excessive des loyers ne constitue-t-elle pas une atteinte au respect du domicile voire de la vie privée et familiale d'une personne précarisée qui, en raison de l'état du marché immobilier, se trouve dans l'impossibilité de se reloger dans un logement décent ? La Cour de Strasbourg a admis l'existence d'un lien entre vie privée et familiale, d'une part, et domicile, d'autre part. Certains caractères de ce dernier peuvent avoir, selon elle, des incidences sur la vie privée et/ou familiale : il en va ainsi lorsque le domicile est affecté par les nuisances sonores d'un aéroport (*Powell et Rayner*, 21 fév. 1990, § 40) ou par des émanations nauséabondes provenant d'une station d'épuration défectueuse de résidus de tannerie (*Lopez Ostra c. Espagne*, 9 déc. 1994). Dans cette dernière affaire, le juge européen a estimé que « des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressé » (§ 51). Ces décisions ne doivent cependant pas être surévaluées dans la mesure où il s'agissait, sous réserve que les nuisances en cause atteignent un degré suffisant de gravité, moins de consacrer le droit à un logement décent pour des personnes en situation d'exclusion que de reconnaître que la jouissance effective de son logement nécessite un minimum de calme et un environnement non pollué.

La présence d'un état de précarité peut mettre en cause le droit de se marier et de fonder une famille garanti par l'article 12 de la CEDH. Celui-ci n'est-il pas atteint quand des conditions d'existence peuvent inciter les inté-

57. J. FIERENS, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Éd. Bruylant, 1992, p. 84.

ressés à une décision d'I.V.G. ? Enfin, rien n'interdit de solliciter les dispositions de l'article 1er du Protocole 1 en prenant en considération le caractère primordial du logement comme besoin social fondamental. Une interprétation compréhensive de la notion d'intérêt général peut alors justifier les restrictions à la propriété privée que constituent les mesures d'urgence en vue de la protection de locataires démunis ?

B. – *Le mécanisme de la « protection par ricochet »*

Il s'agit d'une technique [58] utilisée pour étendre, au profit de personnes particulièrement vulnérables (étrangers, détenus), la protection d'une disposition conventionnelle à des droits non expressément consacrés par la Convention. Ainsi, alors que la Convention ne garantit nullement le droit de ne pas être extradé ou expulsé, une mesure d'éloignement d'un étranger est-elle susceptible de constituer une violation de l'article 3 si elle a pour effet de renvoyer l'intéressé dans un pays où il court le risque de subir un traitement inhumain (*Soering*, 7 juill. 1989, § 85) ou une violation de l'article 8 en raison de ses conséquences perturbatrices pour sa vie familiale (*Moustaquim*, 18 fév. 1991 ; *Beldjoudi*, 26 mars 1992 ; *Nasri*, 13 juill. 1995). Dans ce cas, l'atteinte à un droit non explicitement protégé va constituer « par ricochet » une violation d'un droit reconnu. Le mécanisme, qui permet de ne pas conclure à l'incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec le texte européen, vient en combler les lacunes en permettant aux organes de la CEDH de faire émerger « des droits dérivés de la Convention, non garantis comme tels par celle-ci mais bénéficiant de sa protection indirecte par attraction d'un autre droit garanti » [59].

L'article 3 pourrait légitimer le droit de bénéficier des biens de première nécessité. Serait-il, en effet, impensable de considérer que « des conditions de vie misérables sont susceptibles de constituer un traitement dégradant alors que la Convention ne garantit aucun droit à un logement suffisant ? [60] » De même, une décision relative à une suppression d'emploi ne porte-t-elle pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale ou du domicile protégé par l'article 8 alors que la Convention ne consacre pas le droit à l'emploi, d'autant plus que la Cour a reconnu qu'« une menace de renvoi impliquant (pour l'intéressé) la perte de ses moyens d'existence constitue une forme très grave de contrainte » (*Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 55) ?

58. G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, pp. 84-85 et 304 ss. ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F., 2e éd., 1995, §§ 179-185.

59. F. SUDRE, « Extradition et peine de mort : arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989 », *R.G.D.I.P.*, 1990, pp. 108-111.

60. F. SUDRE, « Misère et CEDH », *op. cit.*, p. 117.

C. – *L'« effet horizontal » de la Convention*

L'engagement souscrit par les États parties couvre également les éventuelles violations commises par des tiers (*Young, James et Webster*, 13 août 1981, § 49). Au nom de l'effectivité des droits reconnus par la Convention, la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme ont été amenés à préciser que celle-ci s'appliquait dans les rapports interindividuels. Dans ce sens, l'article 8 implique « l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux » (*X. et Y. c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23). Étendue aux situations de détresse matérielle, cette « efficacité horizontale » [61] de la CEDH contraindrait donc les autorités publiques à protéger l'individu contre les agissements des particuliers qui en sont à l'origine.

D. – *Les obligations positives*

Mais la technique à privilégier devrait être surtout celle des « obligations positives » [62], sans la prise en compte desquelles les droits reconnus par la Convention s'avéreraient illusoires. Les obligations qui pèsent sur l'État sont, en effet, de deux sortes : d'une part, il doit s'abstenir de commettre certaines ingérences dans l'exercice des droits consacrés par la CEDH ; d'autre part, il doit « adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu » (*Lopez Ostra*, préc., § 51). À côté d'obligations négatives (qui correspondent à des ingérences prohibées ou « actives »), existent des obligations positives qui découlent d'ingérences demandées ou « passives ». Dans cette hypothèse, la violation résulte soit d'une défaillance de l'État dans le champ de sa responsabilité (inertie, carence coupables) constitutive en elle-même d'une atteinte au droit protégé soit d'une négligence favorisant l'immixtion d'un tiers dans son exercice. Les carences imputables à l'État ne se limitent pas aux carences d'ordre normatif. Elles peuvent aussi être d'ordre matériel puisqu'un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique » (*Airey*, 9 oct. 1979, § 25).

Cette obligation positive ne procède pas de l'arbitraire de la Cour de Strasbourg : elle est simplement mise au jour par un juge qui « se limite à contrôler le développement logique d'un droit inscrit dans la Convention, afin d'en assurer le caractère concret » [63]. Elle est non seulement inhérente à chaque droit retenu mais peut aussi être rattachée à l'engagement général souscrit au titre de l'article 1 (« Les Hautes Parties contractantes reconnais-

61. F. SUDRE, *Droit international et euorpéen des droits de l'homme*, P.U.F., 2e éd., 1995, § 134.

62. F. SUDRE, « Les obligations 'positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1995, pp. 363-384.

63. F. SUDRE, *op. cit.*, p. 369.

sent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ») [64]. La notion d'obligations positives est d'autant plus pertinente qu'on la retrouve, plus ou moins explicitement, dans la jurisprudence des cours constitutionnelles de certains États membres du Conseil de l'Europe relative à la mise en œuvre tant des droits économiques et sociaux que des droits civils et politiques. Ainsi, le juge allemand (arrêt du 25 nov. 1992), se fondant sur « une conception concrète de la liberté (la possibilité effective de pouvoir vivre correctement) », estime-t-il que la liberté générale d'agir, garantie par l'article 2.1 de la Loi fondamentale, oblige le Parlement fédéral à soustraire à l'impôt sur le revenu tout revenu correspondant au minimum vital [65].

Sans prétendre qu'elle constitue le fondement d'un devoir général de combattre les situations d'injustice, la théorie des obligations positives implique que l'État arrête les mesures appropriées dans le but de concrétiser les droits de l'homme, notamment des mesures de caractère économique et social. Elle a le mérite de relativiser la conviction naïve qui consiste à croire que « l'économie de marché et la liberté économique seraient la condition à la fois nécessaire et suffisante de la liberté tout court et de la jouissance des droits de l'homme » [66]. Elle comporte néanmoins, s'agissant du droit au développement de l'être humain, une double limite. D'une part, si les États doivent adopter les dispositions à même de rendre effectifs les droits et libertés proclamés, ils « jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention » (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, 28 mai 1985, § 67). D'autre part, se pose la question de l'imputabilité des situations de précarité. À qui faudrait-il attribuer la responsabilité de ces situations de détresse ? Comment déterminer le seuil en deçà duquel il y aurait inaction fautive des autorités publiques compétentes ? Certes, par son administration, sa justice, sa force publique, l'État peut avoir contribuer à la création ou à la persistance d'une situation de précarité (par exemple par l'aval donné à une expulsion du logement). Mais le problème ne se présente pas toujours de cette façon. Ainsi, si la misère réunit objectivement les éléments d'une condition dégra-

64. F. SUDRE évoque ici une « inhérence tous azimuts » (*ibid.*, p. 368). Une approche similaire se retrouve dans l'attitude du Comité des droits de l'homme des Nations Unies à l'égard de l'article 2 du PIDCP : l'obligation d'adopter des mesures spécifiques afin que toutes les personnes relevant de la juridiction des États parties puissent jouir de leurs droits « vaut pour tous les droits énoncés dans le Pacte » (Obs. gén. 3, 13e sess., 1981, HRI/GEN/1/*Rev.* 1, p. 5).

65. M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993 », *R.D.P.*, 1995, p. 337. Voir de même . A. WEBER, « L'État social et les droits sociaux en RFA », *Rev. fr. dr. cons.*, 24, 1995, pp. 677-693.

66. P. LEUPRECHT, « Le Conseil de l'Europe et l'avenir des droits économiques et sociaux », dans F. MATSCHER (dir.), *La mise en œuvre des droits économiques et sociaux. Aspects nationaux, internationaux et droit comparé*, N.P. Engel, 1991, p. 7.

dante, encore faut-il établir que cette situation de fait résulte d'une action délibérée de la puissance publique car le constat d'une violation de l'article 3 de la CEDH suppose en principe l'existence d'un acte délibéré infligeant à l'individu un traitement inhumain (lequel suppose « des souffrances intentionnellement provoquées et en tout cas des traitements occasionnés par la volonté des personnes et non simplement par les circonstances », *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, § 167) ou dégradant (lequel implique la volonté d'humilier) [67]. Lorsque le Conseil constitutionnel français qualifie la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent d'objectif de valeur constitutionnelle (déc. préc., 19 janv. 1995), cela ne conduit nullement à la reconnaissance d'un recours individuel accessible aux intéressés dans la mesure où « le droit à la dignité est conçu comme la source d'une obligation positive qui repose sur l'ensemble de la collectivité (devoir de solidarité) » [68].

E. – *Obligations positives et droit à la vie*

Le respect de la vie fait-il peser sur les États l'obligation d'adopter les mesures permettant de sauvegarder la vie : revenu minimal, droit à des ressources alimentaires, conditions décentes de logement ? L'interprétation traditionnelle du droit défini par l'article 2 privilégie, on le sait, une conception négative dissociant du droit à la vie proprement dit le droit (économique et social) à des conditions d'existence décentes. Le droit garanti y est appréhendé comme visant pour l'essentiel l'interdiction faite à l'État de donner la mort, autrement dit comme se rapportant aux « privations de la vie » et non aux « menaces à la vie » [69]. Une telle approche semble critiquable dans la mesure où elle occulte la dimension économique et sociale que comporte un droit qui ne saurait se limiter à la privation arbitraire de la vie : la survie issue d'une situation de détresse matérielle n'est pas la vie [70].

67. L.-E. Pettiti, « Misère, violation des droits de l'homme et Europe aujourd'hui », *Revue Quart Monde*, 1994, n° 151, pp. 12-13.

68. F. Zitouni, « Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis », *Les Petites Affiches*, 12 janvier 1996, p. 18.

69. J. Velu et R. Ergec, *op. cit.*, p. 174.

70. « Il serait temps de se rappeler qu'au cœur de la philosophie des droits de l'homme, il y a la notion de dignité et que le premier des droits est le droit à la vie. Mais la survie n'est pas la vie. Seule mérite son nom une vie dans la dignité, pour soi et ses enfants » (P.-H. Imbert, *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste, Actes du colloque de Strasbourg*, 17-19 avril 1989, Conseil de l'Europe / Éd. N.P. Engel, 1990, p. 175). Voir dans le même sens et du même auteur : « Droits des Pauvres », *op. cit.*, p. 747.

F. – *Obligations positives et droit au respect de la vie privée et familiale*

L'article 8 de la CEDH, qui comporte une rédaction différente de celle de l'article 23.1 du PIDCP (« La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État »), induit-il des mesures positives afin d'assurer le maximum d'effectivité à la vie familiale lorsqu'une situation de précarité vient la compromettre, en particulier quand de mauvaises conditions de vie peuvent conduire l'autorité publique, au nom de la protection de leur santé, à décider du placement des enfants des intéressés ? À cet égard, les organes de la Convention ont développé une jurisprudence assez contraignante en indiquant que les États contractants avaient l'obligation de prendre les dispositions nécessaires pour sauvegarder la possibilité de l'enfant de vivre dans sa famille et « d'agir de manière à permettre le développement normal [des] rapports entre parents et enfants » (*Marckx*, 13 juin 1979, § 45) [71]. L'État doit adopter des mesures de manière à permettre au lien constitutif de la vie familiale de se développer en accordant « une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille » (*Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 oct. 1994, § 32 ; *Keagan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 50), ce qui peut impliquer l'édiction d'une législation autorisant le père naturel de combattre une présomption de paternité du père légal (*Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 40). La vie familiale supposant, pour un parent et son enfant, d'« être ensemble », son respect commande, par ailleurs, des dispositions propres à la réunion du parent et de l'enfant placé (*Eriksson*, 22 juin 1989 ; *Margareta et Roger Andersson*, 25 février 1992 ; *Rieme*, 22 avril 1992 ; *Olsson (n° 2)*, 27 nov. 1992 ; *Hokkanen*, 23 sept. 1994).

G. – *Obligations positives et droit au respect du domicile*

L'utilisation de la théorie des obligations positives en vue de la consécration du droit à un logement suffisant [72] n'est pas chose aisée. Deux articles

71. « Dans une société démocratique, seules des raisons extrêmement graves peuvent justifier la rupture des liens familiaux existants » (*X. et Y. c. RFA*, req. n° 8059/77, déc. 3 oct. 1978, *D.R.*, 15, p. 210). Dans cette affaire (une jeune fille gravement malade vivant au sein d'un ménage endetté, dans un logement sale, non chauffé et non éclairé, avait fait l'objet d'une mesure de placement), la Commission considère que, s'il est primordial de maintenir l'enfant dans sa famille, en l'espèce, la situation était exceptionnelle et justifiait le placement de l'enfant.

72. Ce droit, reconnu par l'article 11, § 1 du PIDESC, implique, selon le Comité des droits économiques et sociaux de l'O.N.U., la réunion de divers facteurs, qu'il présente comme autant d'éléments du droit lui-même : sécurité légale de l'occupation ; existence de services, matériaux, équipements et infrastructures essentiels à la sécurité, la santé, au confort et à la nutrition ; protection des locataires contre les loyers excessifs ; habitabilité ; proximité des divers services, absence d'environnement pollué ; respect du milieu culturel (Obs. gén. 4, 6e sess., 1991, § 8, HRI/GEN/1/*Rev.* 1, pp. 60-62). Sur cet aspect, voir aussi : *Le droit à un logement convenable*,

peuvent pourtant être sollicités : l'article 8 (droit de chacun au respect de son domicile) et l'article 1er du Protocole 1 (privation de la propriété pour cause d'utilité publique et droit des États de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général). L'effectivité du premier, qui suppose la possession d'un domicile, semble nécessiter que l'État mette en œuvre les moyens de nature à en assurer la protection (cf. *supra*, § 20). Quant au second, il légitime les diverses solutions auxquelles ont recours les autorités publiques pour faire face aux situations sociales difficiles : réquisitions de logements inoccupés, mesures de lutte contre la spéculation immobilière, obligation imposée aux propriétaires de conserver le logement en bon état d'habitabilité.

III. – Éléments pour la poursuite de la recherche

On s'est efforcé de le démontrer, la CEDH n'est pas dépourvue de potentialités susceptibles de fonder le droit au développement de l'être humain. L'analyse de la jurisprudence de ses organes de protection répond-elle aux espoirs placés dans ses dispositions ? Le bilan est, jusqu'à présent, plutôt décevant comme le regrettent les partisans d'une lecture progressiste du texte de 1950 [73].

Ce constat ne signifie pas que la Cour ne prend pas en considération la dimension socio-économique des droits conventionnels. Au contraire, elle admet, comme elle l'a clairement indiqué dans une affaire irlandaise relative au droit d'accès à un tribunal, les « prolongements d'ordre économique et social » de nombreux droits civils et politiques (*Airey*, 9 octobre 1979) [74]. En

Nations Unies, Centre pour les droits de l'homme, Genève, Fiche d'information n° 21, 1996 et *L'éviction forcée et les droits de l'homme*, Fiche d'information n° 25, 1996.

73. « Il faut toutefois déplorer que le rôle moteur des organes de Strasbourg fasse tout à coup défaut quand il faudrait sanctionner des situations de misère, notamment par le biais de la protection du droit à la vie ou de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants » (J. Fierens, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruylant, 1992, p. 418). Un constat comparable est fait par F. Sudre, après la décision de la Commission dans l'affaire *Van Volsem c. Belgique* · « la pauvreté se situe hors le droit européen des droits de l'homme » (« La première décision 'quart-monde' de la Commission européenne des droits de l'homme : une 'bavure' dans une jurisprudence dynamique / Affaire Van Volsem », *R.U.D.H.*, 1990, p. 349).

74. « La Cour n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances. D'un autre côté, la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui..., et à l'intérieur de son champ d'application, elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu. Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique et social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention » (§ 26).

l'espèce, la requérante mettait en avant le fait d'avoir été privée de l'accès à la *High Court* dans une procédure de séparation de corps en raison de la modestie de ses ressources financières. L'État défendeur n'apercevait aucun obstacle susceptible de lui être imputé puisque l'impossibilité d'accéder au tribunal provenait d'elle seule. Le juge européen ne partage pas cette opinion : à ses yeux, pour que le droit d'accès à la justice soit réellement respecté, il ne suffit pas qu'il soit formellement prévu par le droit national, il faut également qu'aucun obstacle substantiel ne vienne entraver sa mise en œuvre, ce qui est manifestement le cas, comme en l'espèce, lorsque des difficultés d'ordre financier viennent l'anéantir.

Cette jurisprudence, prometteuse, ne doit cependant pas prêter à contresens. Il va de soi que la Cour de Strasbourg n'est pas chargée de réécrire la CEDH et, par voie de conséquence, d'y découvrir des droits qui n'y figurent pas. Cette prétention rencontre les limites de l'interprétation dynamique car si « la Convention et les Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, [elle] ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ » (*Johnston et autres c. Irlande*, 18 déc. 1986, § 53, à propos du droit au divorce). Cela ne l'empêche pas de tenir compte des situations susceptibles de faire obstacle à l'exercice des droits formellement reconnus et d'en déduire, le cas échéant, l'existence d'obligations positives d'ordre économique et social pesant sur les autorités publiques : le droit effectif à un procès équitable implique l'organisation d'un système d'assistance judiciaire gratuite (*Artico*, 13 mai 1980) ou d'un système de traduction pour les étrangers (*Öztürk*, 21 février 1984). Un droit économico-social « n'est donc pas exclu du champ d'application de la Convention dès lors qu'il a un lien avec l'un des droits énoncés dans le texte » [75]. Si elle doit concéder que la CEDH ne protège pas les droits économiques et sociaux en tant que tels, elle n'en estime pas moins qu'« éliminer ce que l'on ressent comme des injustices sociales figure parmi les tâches d'un législateur démocratique » (*James et autres*, 21 fév. 1986, § 47).

A. – *Droit au développement de l'être humain et droit à la vie*

Pour les raisons déjà signalées, il est naturel de tenter de rattacher le droit de disposer de conditions décentes d'existence au droit à la vie. Toutefois, en dépit de certaines sollicitations, les organes de la Convention n'ont pas donné suite à cette suggestion. Certes, à l'instar de l'interprétation effectuée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies à propos de l'ar-

75. F. SUDRE, « Misère et Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 116.

ticle 6 du PIDCP [76], la Commission a reconnu, dans l'affaire *Association X. c. Royaume-Uni* que les dispositions de l'article 2 enjoignaient « à l'État non seulement de s'abstenir de donner la mort 'intentionnellement', mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie » [77]. Mais la portée d'une telle solution dépasse-t-elle le contexte de l'espèce, à savoir la protection de la santé ? Une autre requête, jugée irrecevable par la Commission le 4 octobre 1978, incline à en douter : la requérante prétendait que sa fille, gravement invalide, qui s'était vue refuser la délivrance d'une carte médicale lui donnant droit à des soins gratuits et autres avantages sociaux, avait été victime d'une violation de l'article 2 de la Convention. La Commission se refuse à trancher entre les conceptions négative et positive du droit à la vie. Elle relève cependant qu'« à l'époque où les demandes de carte médicale ont été rejetées, le mari de la requérante avait un salaire supérieur à la limite réglementaire de revenu. Une carte médicale a été délivrée à la fille de la requérante en 1968, ainsi que depuis 1972 à ce jour, son cas ayant été considéré comme particulièrement pénible » [78]. Ce qui pourrait autoriser à penser que si le père de la malade avait disposé d'un revenu insuffisant, « le refus de la carte médicale aurait pu être considéré comme une menace du droit à la vie de cette dernière » [79].

Cette jurisprudence reste assez éloignée de celle d'une cour constitutionnelle comme la Cour allemande qui, à partir du caractère sacré de la dignité de la personne humaine inscrit dans l'article 1.1 de la Constitution de 1949, principe applicable aux diverses phases de la vie, y compris à l'être à naître, fait obligation au législateur de prendre des mesures sociales visant à faciliter l'accueil de la vie en devenir en aidant la femme enceinte à garder son enfant (aides financière, matérielle au moyen de crèches et juridiques par l'intermédiaire de règles protectrices en matière de logement, de profession, de crédit, et plus généralement en créant une société accueillante pour les enfants) (arrêt du 28 mai 1993) [80]. Même si le droit international se place davantage dans la perspective de la naissance que de son interruption et fait peser sur les États l'obligation de favoriser l'aboutissement de la grossesse (PIDESC, art. 10.2 ; DUDH, art. 25-2), l'arrêt rendu par la Cour européenne

76. Il estime qu'il s'agit « d'un droit qui ne doit pas être interprété dans un sens restrictif » et dont la protection « exige que les États adoptent des mesures positives », notamment « toutes les mesures possibles pour diminuer la mortalité infantile et pour accroître l'espérance de vie, et en particulier des mesures permettant d'éliminer la malnutrition et les épidémies » (Obs. gén. 5, 16e sess., 1982, §§ 5 et 7, HRI/GEN/1/*Rev.* 1, pp. 7-8).

77. Req. n° 7154/75, *Association X. c. Royaume-Uni*, déc. du 12 juill. 1976, *D.R.*, 14, p. 36 (à propos d'un programme de vaccinations au cours duquel des enfants vaccinés décédèrent ou subirent des dommages durables).

78. *X. c. Irlande*, req. n° 6839/74, *D.R.*, 7, p. 80.

79. A.D. Olinga, *op. cit.*, p. 76-77.

80. M. Fromont, *op. cit.*, pp. 327-334. À noter également que l'article 6.4 de la Loi fondamentale dispose que « Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté ».

des droits de l'homme dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman* (29 oct. 1992) ne permet pas d'escompter que les organes de Strasbourg reprennent à leur compte les orientations du juge de Karlsruhe.

B. – *Droit au développement de l'être humain et droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants*

L'applicabilité de l'article 3 à des conditions de vie non conformes à la dignité humaine n'a guère reçu davantage d'écho de la part des organes européens. La Commission a affirmé qu'il n'y avait pas d'obligation positive à la charge de l'État en la matière [81]. Elle n'a pas vu de traitement dégradant dans des conditions de vie misérables consécutives à une grande pauvreté. L'affaire *Van Volsem c. Belgique* [82] lui en donnait pourtant la possibilité. La requérante, divorcée, dépressive, sans emploi et disposant de ressources réduites, vivait avec ses trois enfants, dont un bébé, dans un logement social fonctionnant entièrement à l'électricité et comportant des défauts de construction à l'origine de surdépenses. N'ayant pu s'acquitter de ses factures d'électricité, elle n'avait pu obtenir le rétablissement de sa fourniture qu'à la suite d'un prêt bancaire destiné à couvrir sa dette. L'intéressée arguait de moyens de pression inhumains, dégradants et contraires à l'article 3 qui « garantit à chacun le droit de bénéficier des biens de première nécessité indispensables à la dignité humaine ». Le moyen soulevé ne convainc pas la Commission qui estime que « dans la présente affaire, la suspension ou les menaces de suspension des fournitures d'électricité n'atteignait pas le niveau d'humiliation ou d'avilissement requis pour qu'il y ait traitement inhumain ou dégradant ». Cette conclusion paraît d'autant plus regrettable que la Commission européenne reconnaît que « des défauts de construction dans lesdites habitations ont entraîné une consommation d'électricité disproportionnée avec les ressources dont disposent les bénéficiaires de logements sociaux », ce qui revient à admettre le caractère inadéquat des logements en cause. La solution de la Commission, outre qu'elle

81. Dans l'affaire *X. c. Autriche*, où elle reprend à son compte les conclusions du délégué du gouvernement : « Si les articles 3 et 8 de la Convention devaient être interprétés comme obligeant les États à s'ingérer activement dans des situations inhumaines ou considérées comme préjudiciables à la vie familiale et à la modifier, cela aurait des conséquences de grande portée. L'État serait alors tenu de prendre des dispositions pour que tous ceux qui vivent dans des conditions inhumaines dans des appartements délabrés ou trop petits pour une famille aient un logement adéquat » (req. n° 5416/72, déc. du 30 mai 1974, *Rec.*, 46, p. 88). Voir de même, dans un contexte différent, sa décision du 16 mai 1977 dans l'affaire *X. c. Belgique*, où elle estime que l'article 3 ne peut être compris comme « imposant aux parties contractantes de prendre des mesures économiques et sociales spécifiques de nature à assurer un minimum vital ou un emploi aux personnes qui, comme le requérant, sont remises en liberté après une période de détention résultant d'une condamnation en matière pénale » (Req. 7697/76, *D.R.*, 9, p. 194).

82. Déc. du 9 mai 1990, *R.U.D.H.*, 1990, pp. 384-385 et note F. SUDRE (pp. 349-353).

ajoute l'exclusion juridique à l'exclusion économique, repose sur une « interprétation figée » qui « risque de fossiliser la Convention, oubliant qu'aux termes mêmes de son Préambule, il s'agit non seulement d'assurer la sauvegarde mais aussi le développement des droits de l'homme » dans une affaire où n'était pas en cause la reconnaissance d'un « droit quelconque à l'électricité ou au chauffage » mais où il était question « de constater que l'exercice de certains droits garantis par la Convention est susceptible d'être menacé par la pauvreté » [83]. Cette lecture restrictive de l'article 3 de la CEDH a été confirmée dans l'affaire *Lopez Ostra c. Espagne* (préc.) où la Cour a refusé de considérer que le fait de vivre au contact d'émanations nauséabondes provenant d'une station d'épuration défectueuse de résidus de tannerie pouvait constituer un traitement dégradant (« Les conditions dans lesquelles la requérante et sa famille vécurent pendant quelques années furent certainement très difficiles, mais elles ne constituent pas un traitement dégradant au sens de l'article 3 », § 60).

C. – *Droit au développement de l'être humain et droit au respect de la vie privée et de la vie familiale*

La jurisprudence européenne ne manifeste pas beaucoup plus de compréhension quand les requêtes se fondent sur les dispositions de l'article 8. Certes, le juge de Strasbourg prend acte, dans l'affaire *Marckx*, à propos du domaine des successions et des libéralités, de la dimension socio-économique de la vie familiale, laquelle « ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel, par exemple dans la sphère de l'éducation des enfants » mais « englobe aussi des intérêts matériels » [84]. De même, dans l'affaire *Powell et Rayner*, la Cour affirme que l'État devait prendre les mesures propres à rendre acceptables les nuisances sonores provoquées par les avions afin de protéger les personnes vivant à proximité d'un aéroport (21 fév. 1990, §§ 17-24 et 43) et la Commission donne comme exemple de moyen de nature à y parvenir l'octroi d'une subvention pour isolation phonique.

Les organes de la CEDH s'interdisent d'aller au-delà et refusent de dégager un droit non expressément inscrit dans le texte européen. Ainsi, à la demande d'un réfugié de la RDA qui se plaignait de ses conditions d'existence, en particulier du refus des autorités municipales de lui procurer un

83. F. SUDRE, *op. cit.*, pp. 349-351. La Commission évoque rapidement, par ailleurs, le problème de l'imputabilité à l'État défendeur de la décision de couper la fourniture d'électricité prise par la société distributrice, en l'occurrence une intercommunale mixte regroupant des personnes de droit public et des personnes de droit privé : « la question peut se poser de savoir si la suspension de fournitures d'électricité peut être considérée comme un acte imputable à l'État défendeur ».

84. 13 juin 1979, § 52 (« Le domaine des successions et des libéralités entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale »).

logement convenable, la Commission répond que « le droit à un niveau de vie suffisant et le droit à un logement convenable dont la méconnaissance prétendue constitue l'unique objet de la requête, ne figurent pas, quant à leur principe, parmi lesdits droits et libertés » protégés par la Convention (*X. c. RFA*, déc. du 29 sept. 1956) [85]. Dans une autre affaire allemande, elle rappelle que la disposition de l'article 8 « est surtout négative dans le sens qu'elle protège contre une ingérence injustifiée de l'autorité publique dans la vie familiale mais n'oblige pas l'État à intervenir positivement pour rétablir les conditions de la vie familiale qui ont déjà été dégradées par le fait des intéressés » (*X. c. RFA*, déc. du 19 déc. 1974) [86]. Une formulation similaire se retrouve dans l'affaire *Van Volsem*, alors que la requérante prétendait que l'article 8 « requiert que des moyens minima, notamment matériels, soient assurés aux familles ». Se référant à sa propre position dans l'espèce ci-dessus, la Commission réaffirme que cet article « n'oblige pas l'État à intervenir positivement pour rétablir des conditions de vie familiale dégradées ». À ses yeux, à supposer les faits litigieux véritablement imputables à la Belgique, l'article 8 « n'oblige pas l'État à fournir de l'énergie gratuitement ou à supprimer l'obligation de paiement de dettes relatives à la fourniture d'énergie ».

Un arrêt récent de la Cour apporte un éclairage complémentaire sur les possibilités d'utilisation de l'article 8 de la Convention. L'affaire *Velosa Barreto c. Portugal* (21 nov. 1995) [87] mettait en cause la possession d'un minimum d'espace vital indispensable à l'intimité de la vie privée et familiale. Le requérant, marié et père d'un enfant, ne pouvait récupérer pour s'y loger une maison dont il avait hérité. Se heurtant au refus du juge d'ordonner le départ des locataires qui l'occupaient, il se voyait obligé de vivre avec ses beaux-parents dans une maison exiguë. Il estimait que l'article 8 de la CEDH impliquait que soit reconnu à chaque famille un foyer exclusif, moyen nécessaire à l'épanouissement de sa vie privée et familiale. Il insistait sur les entraves empêchant l'épanouissement de sa vie familiale, mettant particulièrement en exergue les effets négatifs qu'elles provoquaient à l'égard de son fils, privé du bénéfice de l'intimité de ses parents et des frères et sœurs qu'il aurait pu avoir si la famille avait pu disposer d'un logement adéquat. La Cour ne partage pas cette analyse et, contrairement à la Commission [88] qui avait dressé un constat de violation, n'aperçoit pas en l'occurrence d'infraction à l'article 8. Elle admet qu'il génère des obligations posi-

85. Req. n° 159/56, *Ann. I.*, p. 202.

86. Req. n° 6577/74, *D.R.*, 1, p. 91.

87. Note M. LEVINET dans F. SUDRE *et al.*, « Chronique de la jurisprudence de la Cour EDH en 1995 », *R.U.D.H.*, 1996, pp. 18-19.

88. Pour celle-ci, « le requérant se trouv[ait] quotidiennement placé dans une situation, dont l'on peut dire, à tout le moins, ne pas être favorable au développement et à l'épanouissement de sa vie privée et familiale » (rapport du 29 juin 1994, § 49).

tives « notamment celle de veiller au respect de la vie privée et familiale jusque dans les relations interpersonnelles » (§ 23), mais elle rappelle que leur mise en œuvre suppose de « ménager un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts des personnes en cause » (§ 23). C'est la raison pour laquelle elle ne peut recevoir une argumentation aussi radicale et affirme que « le respect effectif de la vie privée et familiale ne peut impliquer l'existence en droit national d'une protection juridique permettant à chaque famille d'avoir un foyer exclusif », ajoutant que ledit respect « ne va pas jusqu'à imposer à l'État de concéder au propriétaire, à sa seule demande et en toute circonstance, le droit de reprendre la maison louée » (§ 24). La restriction litigieuse poursuivait un but légitime, à savoir « la protection sociale des locataires », et par là le bien-être économique du pays et la protection des droits d'autrui (§ 25). Le législateur national pouvait assujettir la résiliation du bail à la preuve par le demandeur du besoin qui était le sien d'habiter la maison réclamée.

Au bout du compte, cette décision n'est décevante qu'à moitié car si la Cour ne consacre pas en tant que tel le droit de chaque famille à un foyer exclusif, elle tient compte de la protection des intérêts des locataires, en tant qu'« objectif légitime de politique sociale » (§ 35), donnée à laquelle elle est de plus en plus sensible comme en témoignent d'autres arrêts rendus au cours de cette année 1995 concernant l'impossibilité prolongée pour des propriétaires de récupérer un appartement en raison de l'existence d'une législation soucieuse des besoins des locataires aux revenus modestes (*Spadea et Scalabrino c. Italie*, 28 sept. 1995, §§ 29 et 36 ; *Scollo c. Italie*, 28 sept. 1995, §§ 28, 30 et 35).

D. – *Droit au développement de l'être humain et restrictions en matière d'exercice du droit de propriété*

Les dispositions de l'article 1^er^ du Protocole 1 s'avèrent finalement les plus prometteuses. Elles autorisent, en effet, des atteintes à la propriété privée au nom de l'intérêt général qui s'attache à des politiques publiques visant la réduction des injustices sociales en matière de logement. Les organes de Strasbourg ne peuvent pas ne pas être sensibles au fait que « les sociétés modernes considèrent le logement comme un besoin primordial » (*James et autres*, 21 fév. 1986, § 47 ; *Mellacher et autres c. Autriche*, 19 déc. 1989, § 45). Il devient dès lors légitime que l'État fasse obstacle à ce que les lois du marché ne créent des situations de pénurie [89]. Un passage éclairant de l'arrêt *James et autres* permet de s'en persuader : « éliminer ce que l'on ressent comme des injustices sociales figure parmi les tâches d'un législateur

89. « La protection des intérêts des locataires dans une situation caractérisée par la pénurie de logement (à bon marché) » constitue « un objectif légitime de politique sociale » (*X. c. Autriche*, req. n° 8003/77, déc. du 3 oct. 1979, *D.R.*, 17, p. 89).

démocratique, où les sociétés modernes considèrent le logement comme un besoin primordial dont on ne saurait abandonner la satisfaction aux forces du marché. La marge d'appréciation va assez loin pour englober une législation destinée à assurer en la matière plus de justice sociale, même quand pareille législation s'immisce dans les relations contractuelles entre particuliers et ne confère aucun avantage direct à l'État ni à la collectivité dans son ensemble » (§ 45). Les autorités étatiques disposent ici d'une « grande latitude pour mener une politique économique et sociale » (*James et autres*, § 46 ; *Mellacher*, § 45). La Cour s'interdit de porter une appréciation sur les mesures adoptées et n'intervient que si le jugement du législateur « se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable » (*Mellacher*, § 45) : l'État peut ainsi « ramener les loyers à un niveau socialement plus acceptable » (*Mellacher*, § 55), réglementer les loyers en fixant un plafond pour que les personnes disposant de revenus modestes puissent trouver à se loger, imposer aux propriétaires de maintenir les locaux en bon état d'habitabilité, limiter le droit de donner congé au locataire voire suspendre pendant 4 ans toute procédure d'expulsion afin de « protéger des locataires à faibles revenus et éviter tout risque de trouble de l'ordre public » (*Spadea et Scalabrino*, § 28) [90].

On le voit, la garantie d'un droit extra-conventionnel conduit à admettre la restriction d'un droit conventionnel. La protection d'un aspect du droit au logement des personnes en situation de précarité, droit non reconnu par la CEDH, passe par la limitation d'un droit fondamental protégé par cette dernière. Ce constat, plutôt paradoxal, tient au fait que « la crise du logement constitue un phénomène quasi-général pour les sociétés modernes » (*Spadea et Scalabrino*, § 36 ; *Scollo*, §§ 28 et 35) et que les États membres du Conseil de l'Europe [91] se dotent progressivement de législations favorisant l'accession des personnes démunies à la propriété ou à la location. La jurisprudence de leurs hautes juridictions confirme l'éminence des intérêts ainsi protégés. Trois décisions permettent de le vérifier. D'abord celle du Tribunal constitutionnel allemand du 26 mai 1993 relative à l'extension du champ d'application de la garantie constitutionnelle de la propriété au droit du locataire sur son logement. Pour le juge allemand, la garantie du droit de propriété, qui a pour objet d'assurer à l'individu une sphère d'autonomie en matière patrimoniale afin qu'il puisse mener une vie indépendante, concerne

90. Toutefois, le propriétaire d'un bien doit pouvoir en recouvrer la jouissance si sa situation personnelle l'exige et le fait pour une administration de ne pas accélérer l'expulsion du locataire peut être constitutive d'une atteinte à son droit de propriété (*Scollo*, § 38-39).

91. L'Union européenne participe de ce mouvement. Le titre VIII (Droits de l'homme garantis par l'Union) du projet de Constitution de l'Union européenne, adopté par le Parlement européen le 10 février 1994, précise que « Toute personne qui, pour des raisons indépendantes de sa volonté, n'est pas en mesure de se loger dignement a droit à l'aide des pouvoirs publics compétents » (13 d) (C. GOUAUD, « Le projet de Constitution européenne », *Rev. fr. dr. cons.*, 22, 1995, p. 318).

également le droit patrimonial du locataire. Il appartient dès lors au législateur de concilier équitablement les droits fondamentaux du propriétaire et du locataire et au juge de faire application de la loi en tenant compte des deux droits antagonistes [92]. Ensuite celle rendue par le Tribunal fédéral suisse le 17 novembre de la même année à propos de la constitutionnalité d'une loi relative à l'expropriation de l'usage (expropriation temporaire) de logements laissés abusivement vides au profit de personnes à revenu modeste dans le cadre d'un marché locatif marqué par la pénurie [93]. La loi en question, adoptée à la suite d'une initiative populaire, prévoyait la réquisition et l'expropriation des logements après qu'ai été donné l'ordre de les relouer « à un loyer abordable ». L'État pouvait ordonner des travaux indispensables à leur salubrité et à leur sécurité (rétablissement de la distribution de l'eau et de l'électricité, pose de serrures, réparation des fenêtres) ou les faire exécuter d'office pour maintenir leur habitabilité. Pour le tribunal, si l'article 31 de la Constitution interdit aux cantons de restreindre la liberté du commerce et de l'industrie par des mesures fondées sur des motifs de politique économique (économie planifiée), il « ne s'oppose en revanche pas aux mesures de politique sociale qui tendent à accroître le bien-être de l'ensemble ou d'une grande partie de la population par l'amélioration des conditions de vie, de santé ou de loisirs » (consid. 2). La loi discutée « répond à un intérêt public suffisamment important pour justifier des restrictions au droit de propriété » (consid. 3). Enfin, celle du Conseil constitutionnel français du 19 janvier 1995 (précitée) à propos d'une loi précisant que la contribution financière communale destinée à la construction de logements sociaux pouvait être utilisée en vue de la réalisation de locaux d'hébergement d'urgence pour les sans-abri ou de terrains pour les gens du voyage [94]. Dans une décision antérieure concernant la législation inaugurant la politique d'aide au logement des plus démunis (Loi Besson du 31 mai 1990 relative à la mise en œuvre du droit au logement) [95], le Conseil avait indiqué, dans une formule prudente, que « promouvoir le logement des personnes défavorisées répond à une exigence d'intérêt national » [96]. Le 19 janvier 1995, il qualifie « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent d'objectif de valeur constitutionnelle » [97]. Quand bien la décision ne se réfère qu'à la possibilité de disposer d'un logement décent et non

92. M. FROMONT, *op. cit.*, pp. 339-341.

93. *Chambre genevoise immobilière c. canton de Genève* (*R.U.D.H.*, 1994, pp. 296-301).

94. 94 DC., *Loi relative à la diversité de l'habitat*, *JORF*, 21 janvier 1995, p. 1166.

95. *JORF*, 2 juin 1990, pp. 6551 et s. L'article 1 de la Loi Quillot du 22 juin 1982 définissait le droit à l'habitat comme un « droit fondamental » qui « s'exerce dans cadre des lois qui le régissent » (*JORF*, 23 juin 1982, pp. 1697 et s).

96. 90-274 DC., 29 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement* (*R.J.C.*, I, pp. 403-404, consid. 13).

97. Sur la portée de cette formulation par rapport à celle utilisée en 1990, voir D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1994-1995 », *R.D.P.*, 1996, pp. 41-42.

à un droit constitutionnel au logement, son apport réside dans « le fait d'avoir inclus les conditions de logement dans les 'formes de dégradation' contraires à la dignité humaine » et d'avoir « admis que l'impossibilité de disposer d'un logement décent constituait une forme de dégradation violant celle-ci » [98].

*
* *

L'observation de la jurisprudence des organes de Strasbourg ne doit pas décourager le juriste. Sans doute, comme l'a reconnu avec lucidité le juge Vilhjalmon dans son opinion dissidente dans l'affaire *Airey*, « on ne peut gagner la guerre contre la pauvreté en interprétant largement » les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. La mise en œuvre du droit au développement de l'être humain, sans lequel il ne saurait y avoir de dignité de la personne, nécessite, à l'évidence, l'énergie de multiples acteurs. Mais les juristes ont leur place dans ce combat. Ils sont appelés à dénoncer « le caractère artificiel de l'opposition faite entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels » [99]. Pour éviter les solutions conduisant à un enfermement, à une stabilisation des situations de précarité, pour aller au-delà d'une « simple gestion de la pauvreté » [100], ils « devront faire preuve d'imagination pour tirer le plus grand parti des textes » [101].

98. F. ZITOUNI, *op. cit.*, p. 18.

99. P.-H. IMBERT, « Droits des Pauvres », *op. cit.*, p. 751.

100. *Ibid.*, p. 747.

101. J. FIERENS, « L'article 23 de la Constitution. Une arme contre la misère ? », *Droit et Quart Monde*, n° 3, juin 1994, p. 6.

Droit au développement et dignité humaine

PAR

BERNARD RAYMOND GUIMBO

UNIVERSITÉ DE YAOUNDÉ II, (CAMEROUN)

« La notion centrale des droits de l'homme est celle de la dignité de la personne humaine » [1]. Cette notion de dignité se voit accorder dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* la préséance sur les droits : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » [2]. Seulement, la Déclaration de 1948 n'en détermine ni la signification, ni le contenu. Tous les instruments juridiques relatifs aux droits de l'homme en font autant.

Ce qu'on peut dire d'emblée, c'est que la notion de dignité de la personne humaine, ou dignité humaine, n'est nullement un concept juridique. Aussi, pour l'appréhender, il faut se référer à la théologie, à la philosophie et à l'anthropologie [3]. C'est ici que réside la difficulté de ce concept. Le champ qu'il couvre est immense, « certes plus précis que le concept de valeur, puisqu'il ne vise apparemment que la valeur spécifique de l'être humain, il peut intervenir dans des contextes linguistiques extrêmement divers, tant dans la société contemporaine que dans l'histoire » [4].

Dans le langage courant, la dignité de la personne humaine correspond « à une certaine conception de soi, qui s'oppose aux actes dégradants dont l'individu lui-même serait responsable, ou dont autrui se rendrait coupable à son égard » [5]. Définie sous cet angle, la dignité appartient plus au domaine moral que philosophique. En effet, « la dignité repose [...] sur deux notions centrales, celle de liberté, donc de son respect, et celle d'égalité, donc de sa reconnaissance » [6].

Toujours dans le sens courant, le terme dignité évoque le respect que mérite une personne pour des qualités qu'elle possède, par attribution ou

1. P.-H. IMBERT, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? », *RDP*, 1989, p. 740.

2. Article 1er, voir aussi le premier considérant du préambule de la Déclaration.

3. Pour une vue d'ensemble, voir J.-M. BREUVART, « Le concept philosophique de dignité humaine », dans *Le Supplément*, n° 191, déc. 1994, p. 99, *Revue d'Éthique et théologie Morale*.

4. J.-M. BREUVART, *ibid.*

5. P. WALLEZ, « La dignité humaine. Un concept à reconstruire ? », *Le Supplément*, n° 191, déc. 1994, p. 11.

6. P. WALLEZ, *ibid.*

par acquisition. Ainsi à cause (ou grâce) à sa nature propre, l'être humain se reconnaît une dignité inhérente, à laquelle sont rattachés certains droits fondamentaux. Cette dignité, selon J. Lacroix, est le caractère de ce qui a valeur de fin et non de moyen. « Tout être humain, quel qu'il soit, possède une dignité propre, inaliénable » au sens non quivoque que Kant a donné à ce terme : « ce qui est au-dessus de tout prix et n'admet nul équivalent, n'ayant pas une valeur relative, mais une valeur absolue » [7]. Ainsi, une chose peut être remplacée, elle a donc un prix, mais la personne humaine, n'ayant pas d'équivalent est au-dessus de tout prix : elle possède la dignité.

Cette considération touche au problème de la relation entre la dignité humaine, considérée en soi, et le droit au développement de l'être humain qui en serait le corollaire. Mais qu'est-ce que le droit au développement et qu'elle en est l'origine ?

Selon M. Keba M'baye, le droit au développement est une « prérogative appartenant à tout homme et à tous les hommes pris collectivement et qui consiste à avoir également droit à la jouissance dans une proportion juste et équitable des biens et services produits par la communauté à laquelle ils appartiennent » [8]. Il se dégage de cette définition que le droit au développement est à la fois un droit individuel et un droit collectif. Ces deux aspects sont inséparables puisque aucun individu ne peut se développer hors d'une communauté humaine et celle-ci à son tour ne se développe que dans la mesure où, du moins dans l'idéal, l'ensemble des individus y participent et en bénéficient.

Sur le plan universel, les organes des Nations Unies ne se sont pas départis de cette vision. Dans la première étude réalisée sur le droit au développement, celui-ci fut appréhendé comme « un droit multidimensionnel » [9]. Les résolutions de l'Assemblée générale reflètent cette conception bien qu'elles semblent privilégier l'aspect individuel. En effet, elles ont, à plusieurs reprises, affirmé que « le droit au développement est un droit de l'homme et que l'égalité des chances en matière de développement est une prérogative des nations aussi bien que des individus qui les constituent » [10].

Cette perception a été reprise par d'autres résolutions. Il en est ainsi de la résolution 41/128, adoptée le 4 décembre 1986 par l'Assemblée générale et portant sur la déclaration du droit au développement, qui met cependant

7. Th. De Koninck, *De la dignité humaine*, PUF, Paris, 1995, p. 11.

8. K. M'baye, « Droits de l'homme et pays en développement », dans *Humanité et droit international, Mélanges René-Jean Dupuy*, éd. A. Pedone, Paris, 1991, p. 220.

9. Sur la question, voir F. Ouguergouz, *La Charte Africaine des Droits de l'homme et des Peuples. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, PUF, Paris, 1993, p. 191.

10. Résolutions 34/36 (# 8) et 35/174 (9e al. du préambule), Étude du Secrétaire général, *Les dimensions régionales et nationales du droit au développement en tant que droit de l'homme*, Nations Unies, Doc. E/CN4/1488, 31 décembre 1981, p. 6 (# 14).

l'accent sur la dimension individuelle du droit au développement. D'après l'article 1er de cette résolution, « le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés et de bénéficier de ce développement ». Son article 2 précise que « l'être humain est le sujet central du développement et doit donc être le participant actif et le bénéficiaire du droit au développement ». Pour F. Ouguergouz, « force est donc de conclure que le droit au développement est ici plutôt conçu comme un droit individuel pouvant s'exercer collectivement » [11].

Au plan régional, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* s'est nettement démarquée de cette approche. Le droit au développement qu'elle consacre est celui des « peuples ». Son article 22 proclame explicitement ce qui suit :

1) Tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité.
2) Les États ont le devoir, séparément ou en coopération, d'assurer l'exercice du droit au développement.

Ici, l'individu ne bénéficie du droit au développement que par ricochet : c'est d'abord et surtout le peuple qui en est le bénéficiaire direct.

L'on ne saurait dire avec certitude qui est à l'origine du concept de droit au développement. On s'accorde généralement à reconnaître cependant que c'est un concept d'origine africaine [12] et que « le premier travail doctrinal de découverte du droit au développement » [13] est le fait du magistrat sénégalais Keba M'baye qui, en 1966, publiait une contribution intitulée « Droit au développement en Afrique francophone de l'Ouest » (voir *Revue sénégalaise de droit*, n° 1). M. K. M'baye devait préciser sa pensée lors d'une leçon donnée en 1972 à l'Institut International des Droits de l'homme intitulée : « Le droit au développement comme droit de l'homme » [14]. Entre temps, la formule « droit au dévelopement » était utilisée dans le cadre des travaux de la Commission « Justice et Paix », à Alger, en 1969, où le Cardinal Duval, Archevêque d'Alger, lançait, le 1er janvier 1969, qu'il fallait « proclamer

11. F. Ouguergouz, *op. cit.*, p. 193.

12. L'expression « droit au développement » a, selon toute vraisemblance, été prononcée pour la première fois, d'après F. Ouguergouz, à Alger, en octobre 1967 lors de la Conférence économique des « 77 » par T. Doudou, Ministre des Affaires Étrangères du Sénégal. Voir F. Ouguergouz, *op. cit.*, p. 190.

13. A. Amor, « Le droit de l'homme au développement », dans Collectif, *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUPELF-UREF, Montréal, 1994, p. 109.

14. Voir le texte de la leçon dans *R.D.H.*, 1972, vol. 2-3, pp. 505-534.

pour le tiers-monde le droit au développement » [15]. Mais à la lecture de certains travaux, on se rend compte que le concept de droit au développement semble avoir été utilisé pour la première fois dans une enceinte internationale, par le représentant du Saint-Siège. L.J. Lebret, à l'occasion de la 1ère Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement, en 1964 : « Dans une humanité solidaire, le droit de tous les peuples au développement devrait être reconnu et respecté » [16].

En somme, il apparaît que l'origine du droit au développement est à la fois chrétienne, mieux catholique, et africaine, ce qui lui donne la connotation d'une revendication d'abord morale et éthique. À l'origine donc, le droit au développement est d'abord perçu comme un droit collectif, mieux un droit de la collectivité. C'est au fil des ans qu'il va devenir également un droit individuel, comme l'attestent les différentes résolutions de l'ONU auxquelles on a fait allusion. C'est de cet aspect individuel qu'il sera essentiellement question dans la suite de cette étude, c'est-à-dire le droit individuel de l'homme au développement. Ce droit au développement de l'être humain a-t-il des rapports avec la dignité inhérente à la personne humaine ? Autrement dit, y a-t-il un lien entre le droit de la personne humaine au développement et la dignité humaine ? Il y a lieu de répondre par l'affirmative. En effet, s'il est vrai que la dignité est affirmée avant tout au niveau de la pensée et de la conscience, elle n'est pas une idée abstraite pour autant. Être spirituel et corporel à la fois, l'être humain ne peut se faire respecter par autrui qu'à travers des actes qui s'exercent comme des libertés, des droits et devoirs reconnus. Ces libertés, droits et devoirs s'expriment nécessairement en termes de culture et d'économie par exemple, au sein d'une communauté humaine.

Dans les lignes qui suivent, nous nous demanderons dans quelle mesure le droit au développement est un droit inhérent à la dignité humaine. Ainsi, l'on montrera, d'une part, que ce droit est fondé sur la reconnaissance de la dignité humaine (I) et, d'autre part, qu'il est garant d'une existence, dans la dignité, de la personne humaine (II).

15. Cf. Commission « Justice et Paix » d'Alger, « Le droit des peuples sous-développés au développement », document annexé à la communication de H. SANSON, « Du droit des peuples sous-développés au développement au droit des hommes et des communautés à être soi, non seulement par soi, mais aussi par les autres », dans R.-J. DUPUY (dir.), *Le droit au développement au plan international*, Colloque, La Haye, 16-18 octobre 1979, Pays-Bas, Sijthoff et Noordhoff, 1980, pp. 217-219.

16. Cité dans Conseil pontifical « Justice et Paix », *Le droit au développement*, Librairie éd. Vaticane, 1991, p. 11. Cf. B. MAURER, « Développement et droits de l'homme : la position du Saint-Siège dans le cadre des Conférences des Nations Unies », dans *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, n° 4, Faculté de Droit et des Sciences Économiques, Université de Montpellier I, 1995, pp. 110-111.

I. – Le droit au développement, droit fondé sur la reconnaissance de la dignité humaine

Dire que le droit au développement est fondé sur la reconnaissance de la dignité humaine c'est s'interroger sur son universalité et partant sur son titulaire. À partir du moment où la *Déclaration universelle des droits de l'homme* pose en son préambule et en son article 1er le principe de « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine », on peut en déduire que tout homme et tous les hommes, où qu'ils se trouvent, en Afrique ou ailleurs, ont droit au développement, surtout lorsqu'il est établi que le fondement des droits de l'homme c'est l'égale dignité [17]. Ainsi, on ne peut définir les droits de l'homme, et partant le droit au développement sans se référer à ce postulat fondamental qu'est la dignité. Le droit se trouve quasiment impuissant à justifier un tel postulat. Pour cette raison, une autre démarche rationnelle est nécessaire. Elle consiste à montrer que le développement est consubstantiel à l'homme (A), et que le droit au développement véhicule l'idée de justice (B).

A. – *Le développement est consubstantiel à l'homme*

L'être humain, par une réflexion à l'intérieur de son existence sur le fondement et le sens de celle-ci, se découvre comme un être à la fois autonome et dépendant par rapport à ce qui n'est pas lui. Partant, la personne humaine est capable de saisir sa destinée, c'est-à-dire de découvrir ce qu'elle doit réaliser pour soi, dans le monde avec les autres, afin d'être authentiquement humaine [18]. Elle est donc un être en développement, en croissance et en progrès, toujours en marche vers sa pleine réalisation.

Cette tension tient de la nature relationnelle que l'homme doit assumer et faire valoir ; de sa puissance créatrice, par laquelle il doit vaincre les contingences matérielles qui l'entourent ; de sa liberté qui le pose comme être autonome, et qui fait qu'il soit responsable de ses actes, sujet et fin de ses activités ; c'est pourquoi il possède une éminente dignité dont se déduisent des prérogatives inviolables [19] quant à l'exercice de son autonomie ; enfin, de sa soif de plénitude qui l'unit à une union transcendante de son être. La notion de développement exprime bien cette tension.

Tel qu'il apparaît, le développement est naturel à l'homme ; il rend compte de ce que l'homme vit dans sa singularité, son dynamisme, sa

17. Voir J. Kis, *L'égale dignité. Essai sur les fondements des droits de l'homme*, Coll. « Esprit/Seuil », Seuil, Paris, 1988, 225 pages.

18. H. De Decker, « Droits de l'homme et droit au développement : concurrence ou complémentarité ? », dans *Actes du Colloque de Yaoundé* (9-11 novembre 1994), *Droits de l'homme en Afrique Centrale*, dir. D. Maugenest et P.-G. Pougoué, éd. UCAC/et KARTHALA/Paris, 1995, p. 208.

19. H. De Decker, *ibid.*

recherche de plénitude vers la transcendance. Le développement résume bien la tension de l'homme vers la plénitude d'être. C'est un développement qui concerne toute personne humaine et toute la personne humaine.

Le développement ne peut donc se réduire à la simple croissance économique. Pour être authentique, il doit être intégral, c'est-à-dire promouvoir tout homme et tout l'homme. Comme l'a fort pertinemment souligné un auteur, « nous n'acceptons pas de séparer l'économique de l'humain, le développement des civilisations où il s'inscrit. Ce qui compte pour nous, c'est l'homme, chaque homme, chaque groupement d'hommes, jusqu'à l'humanité tout entière » [20].

Chaque homme est donc appelé à se développer, car toute vie est vocation. Ainsi, dès la naissance, est donné à tous, en germe, un ensemble d'aptitudes et de qualités à faire fructifier. Doué d'intelligence et de liberté, l'homme est responsable de sa croissance, comme de son salut [21]. Aidé, parfois gêné, par ceux qui l'éduquent, chacun demeure, quelles que soient les influences qui s'exercent sur lui, l'artisan principal de sa réussite ou de son échec : « par le seul effort de son intelligence et de sa volonté, chaque homme peut grandir en humanité, valoir plus, être plus » [22]. Ce développement n'est pas seulement celui d'un seul homme, il est aussi celui de tous les hommes : « chaque homme est membre de la société ; il appartient à l'humanité tout entière. Ce n'est pas seulement tel ou tel homme, mais tous les hommes qui sont appelés à ce développement plénier [...] » [23].

La Charte africaine a, par ricochet, adopté une telle conception [24], tandis que la Déclaration du 4 décembre 1986 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le droit au développement est allée davantage dans ce sens. Elle reconnaît que le développement est un processus global et le situe dans le prolongement normal de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* [25]. C'est dire que « dans la conception de la Charte africaine et de la déclaration de 1986, l'être humain est au centre du développement » [26].

En somme, le besoin de développement est consubstantiel à l'homme. Le droit au développement est nécessairement lié à la destinée de l'homme et

20. L.-J. LEBRET, O.P., *Dynamique concrète du développement*, Paris, Économie et Humanisme, Éd. Ouvriers, 1961, p. 28.

21. G. FILIBECK, *Les droits de l'homme dans l'enseignement de l'Église : de Jean XXIII à Jean-Paul II*, Libreria Editrice Vaticana, 1992, p. 206.

22. *Id.*, p. 206.

23. *Id.*, p. 207.

24. Voir P.-G. POUGOUÉ, « Lecture de la Charte Africaine des Droits de l'homme et des peuples », dans *op. cit., supra*, note 18, p. 40 ; voir aussi le préambule et l'article 22 de la Charte africaine.

25. Voir l'article 1er, § 1 de la Déclaration.

26. P.-G. POUGOUÉ, *op. cit.*, p. 41.

au destin de l'humanité [27] et l'absence du développement éloigne de l'idéal universaliste. Ainsi, « la grande disparité entre les riches et les pauvres est assurément un frein à l'universalisme sans qu'il soit besoin d'évoquer les particularismes culturels » [28].

Le développement dont il s'agit est complexe, il part de la personne et s'élargit à la dimension sociale. Parce qu'il est consubstantiel à l'être humain, il est un véritable droit de l'homme, sans lequel l'égale dignité de la personne humaine n'est que chimère. On n'a pas le droit d'y mettre des freins, car il permet d'humaniser le monde et de réaliser progressivement, dans la justice, les aspects de la plénitude de l'homme.

B. – *Le droit au développement véhicule l'idée de justice*

Par les interactions qu'il impose, le développement doit être envisagé dans la réciprocité, mieux encore dans la multilatéralité. L'homme ne le mène avec succès qu'avec les autres, et ceux-ci ne le mènent qu'avec lui, conformément au principe de l'égale dignité, et donc de justice.

Le mot droit est lié à la justice, qui régit les rapports en société et oblige à rendre à chacun ce qui lui est dû, c'est-à-dire ce à quoi il a droit. Ainsi entendu, le droit au développement est l'objet propre de la justice. Ce droit postule en effet que « le bien commun consiste dans la création de conditions politiques et sociales qui permettent à chacun d'exercer son autonomie, de la manière la plus satisfaisante, sans qu'on lèse la dignité de l'autre » [29]. Ainsi, les êtres humains peuvent percevoir, en vertu d'une connaissance de soi et de l'autre, les exigences fondamentales selon lesquelles ils doivent orienter leur comportement, pour développer l'humanité vers le bonheur. La cohérence d'un tel système suppose que tout membre de la communauté soit considéré comme fondamentalement égal aux autres. Cette égalité ne peut porter que sur ce qui est spécifiquement humain en chacun d'eux, leur autonomie, qui fonde une égale dignité au delà de toute différence, parfois secondaire [30].

Pour K. M'baye, « le relèvement des niveaux de vie, l'instauration d'une justice sociale et l'observation scrupuleuse du principe de l'égalité des hommes, des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, sont la seule

27. Pour K. M'BAYE, le droit au développement « porte en lui non seulement l'idée de progrès économique, mais aussi de progression et de la dignité humaine, de la sécurité, de la justice et de l'équité » ; voir « Le droit au développement », dans R.-J. DUPUY (dir.), *Le droit au développement au plan international*, Colloque, La Haye, 16-18 octobre 1979, Sijthoff et Noordhoff, 1980, p. 281.

28. P.-G. POUGOUÉ, *op. cit.*, p. 42.

29. H. DE DECKER, *op. cit.*, p. 209.

30. Sur la question, J. KIS, *op. cit.*, pp. 109-137.

assurance possible pour la paix et la sécurité internationale » [31]. L'éminent juriste pense que « la base de toute communauté, c'est la reconnaissance et l'obligation de tendre vers la justice sociale. C'est la reconnaissance et l'application du droit au développement, qui seules peuvent constituer à la longue la réconciliation entre sous-développement et droits de l'homme » [32]. Aussi avertit-il : « En divisant l'humanité, la pauvreté risque finalement d'opposer les riches aux pauvres et d'encourager des idéologies extrémistes en provoquant des oppositions farouches et la haine » [33].

Le droit au développement, parce qu'il véhicule l'idée de justice, est susceptible de rétablir l'égalité entre les hommes. Toutefois, si « c'est bien l'homme qui est la finalité profonde de tout droit, il faut répéter inlassablement que le droit au développement n'affranchit pas la collectivité du respect du droit à la différence culturelle, politique, philosophique ou morale [...] » [34].

On distingue généralement la justice générale et la justice particulière ; la justice commutative et la justice distributive ; la justice vindicative ou judiciaire et la justice sociale.

La justice générale ou légale ordonne au bien public les actes des membres de la société. Elle est dite générale parce qu'elle implique la pratique de toutes les vertus, et légale parce qu'elle a pour effet de rendre l'activité humaine conforme à la loi. Elle est le fait des autorités publiques. La justice particulière, quant à elle, fait rendre à chacun ce qui lui est dû suivant une loi d'égalité.

La justice commutative règle les rapports entre personnes privées et fait que les échanges s'accomplissent selon une loi d'égalité arithmétique, sans considération des qualités ou mérites des personnes. Ici, seules les choses échangées entrent en ligne de compte. En cas de violation, la justice commutative entraîne l'obligation de restituer ou de réparer.

La justice distributive, par contre, concerne les rapports de la société avec ses membres. Elle assure une distribution des biens et des charges publics proportionnellement aux mérites et aux capacités de chacun. Elle vise à une égalité, non pas arithmétique, mais géométrique (ou proportionnelle) [35].

31. K. M'BAYE, « Droits de l'homme et pays en développement », dans *Mélanges René-Jean Dupuy*, *op. cit.*, p. 220.

32. K. M'BAYE, *op. cit.*, p. 221.

33. *Id.*, p. 220.

34. G. COHEN-JONATHAN, « René Cassin et la conception des droits de l'homme », *R.D.H.*, 1985, p. 85.

35. Pour le doyen Georges Vedel, « en justice commutative, la dignité, la liberté, l'égalité peuvent faire l'objet de trocs tentants, et qui sait ? matériellement fructueux. En justice distributive, de tels trocs sont infâmes » ; or, observe l'éminent auteur, « toute l'évolution des droits de l'homme, à partir de leur enracinement dans un droit objectif dominant et bornant le contrat social, s'est faite dans un approfondissement et un accroissement des exigences de la justice distributive [...]. L'égalité, au cours des deux siècles, change totalement de sens et dans

La justice vindicative est celle qui est rendue par la justice judiciaire, si l'on peut s'exprimer ainsi. Enfin, la justice sociale concerne les rapports sociaux orientés vers le bien commun. Elle a un triple but : développer les ressources sociales, les répartir par le biais d'institutions compétentes et distribuer aux personnes les rôles qui les font participer à l'œuvre commune. Autrement dit, la justice sociale doit promouvoir la dignité de l'homme, la solidarité et la participation.

En appliquant ces différentes formes de justice au droit au développement, cela revient à faire prendre conscience de ce que le développement est un processus de la personne en relation avec les autres ; c'est vouloir que ce droit soit soumis à la justice commutative pour que la relation d'échanges entre individus se fasse à égalité ou tende vers cette égalité. C'est le situer par rapport à la justice distributive ; c'est aussi le lier à la justice judiciaire. C'est enfin lier ce droit à la justice sociale pour rechercher l'équité dans les relations multiples de l'individu avec les autres ou avec sa communauté, au service du bien commun.

En somme, le droit au développement, véritable enracinement dans l'être même de la personne humaine, formule bien le mouvement générique de celle-ci, en constante recherche de sa plénitude d'être individuel et social. Il doit être organisé et exprimé à tous les niveaux de l'humanité pour assurer à tous les êtres humains cette croisance, ce plus-être vers lequel ils tendent naturellement tous.

II. – Le droit au développement, droit garantissant une existence dans la dignité de la personne humaine

Le droit au développement relève par ces éléments constitutifs des droits de la personne. Il appartient dès lors aux droits subjectifs [36], et fait partie de la troisième génération des droits, c'est-à-dire les droits de solidarité [37]. Il est destiné à satisfaire les besoins tant matériels que non matériels de la personne humaine. Il suppose par conséquent une répartition des chances et des ressources [38].

tous les domaines, s'analyse en une chasse inécessante aux injustices commutatives ». Voir G. Vedel, « Les droits de l'homme : quels droits ? Quel homme ? », dans *Mélanges René-Jean Dupuy*, *op. cit.*, p. 359.

36. Voir M. Flory, « L'accès aux droits fondamentaux : le développement », Collectif, dans *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, *op. cit.*, p. 134.

37. Voir, entre autres, M. Bennouna, *Droit international du développement : Tiers-monde et interpellation du droit international*, Paris, Berger-Levrault, 1983, p. 21 ; K. Vasak, « Les différentes catégories des droits de l'homme », dans A. Lapeyre, F. De Tinguy et K. Vasak (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, vol. 1, Bruyant, Bruxelles, 1990, pp. 303 et s.

38. M. Flory, *Droit International du développement*, PUF, Paris, 1977, p. 171.

D'après l'article 2 al. 1er de la Déclaration du 4 décembre 1986 sur le droit au développement, « l'être humain est le sujet central du développement et doit donc être [...] le bénéficiaire du droit au développement ». L'analyse des éléments constitutifs (A) et de l'objet ultime (B) de ce droit permet d'approfondir cette perception et de voir dans quelle mesure il peut garantir une existence digne à la personne humaine, avec toutes les limites qui sont celles d'un droit dont la mise en œuvre et l'effectivité font problème.

A. – *Les éléments constitutifs du droit au développement garantissent la dignité de l'homme*

Le droit au développement est constitué pour une large part des droits non contestés de l'homme : liberté civile et politique, droit à la vie, égalité (« les hommes naissent libres et égaux en droit ») [39]. Il comprend également le droit à l'alimentation et à la nutrition, le droit à la santé, au logement et à l'éducation. Tous ces droits doivent être assurés indistinctement dans le cadre du respect et de la promotion du droit au développement. C'est donc tout à fait logique que l'article 6 § 2 de la Déclaration du 4 décembre 1986 sur le droit au développement rappelle le principe de l'indivisibilité des droits de l'homme : « Tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales sont indivisibles et interdépendants ; la réalisation, la promotion et la protection des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels doivent bénéficier d'une attention égale et être envisagées avec une égale urgence ». Il en résulte que « l'essence même du droit au développement s'articule autour du respect de tous les droits fondamentaux » [40]. Par exemple, le droit au respect de la vie et à l'intégrité physique implique le rejet des tortures, mais aussi l'obligation de soigner son corps et de se développer physiquement (c'est le droit à la santé), l'obligation à créer des conditions idoines et décentes de vie (c'est le droit au travail et au logement), l'obligation de se former en tant que personne humaine (c'est le droit à l'éducation). Le droit à la sûreté de la personne nécessite la reconnaissance juridique et l'égale protection de tous devant la loi, des juridictions compétentes et honnêtes, le droit à la défense et le respect de la vie privée et familiale.

Tous ces droits civils, politiques, économiques et sociaux sont liés entre eux et se conditionnent mutuellement en vue d'un développement intégral de chaque homme et de tous les hommes. C'est dans ce sens que le préambule de la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le droit au développement appréhende la notion de développement.

39. Voir M. Flory, *loc. cit., supra*, note 36, p. 135 ; voir aussi P.-G. Pougoué, *op. cit.*, p. 41.
40. M. Flory, *op. cit.*, p. 133.

En ce qui concerne en particulier le droit au respect de la vie dans ses effets les plus frappants dans la société africaine que sont le droit à la sûreté de la personne et le droit à être jugé, il s'agit de droits qui contribuent à la qualité de la vie, à savoir le droit au travail, au logement, à la santé, à l'éducation et à la justice. Tous les États ont une obligation fondamentale de les promouvoir par des structures politiques, économiques, sociales et juridiques appropriées qui en garantissent progressivement à l'ensemble des citoyens la jouissance. À titre d'exemple, l'État va garantir le droit à la santé en assurant une santé publique adéquate, en favorisant l'accès de tous aux soins sanitaires et en favorisant l'hygiène publique. Le droit à l'éducation va être garanti par l'organisation de réseaux scolaires sur l'ensemble du territoire national, par la scolarisation primaire obligatoire et l'accès de tous à l'enseignement secondaire et universitaire. Quant au droit au travail, l'État va en garantir la jouissance par le Code du Travail qui assure la protection du travailleur et par la création d'un office de l'emploi. Pour ce qui est du droit au logement, sa jouissance va être garantie à travers une politique d'encouragement à l'investissement immobilier au profit des familles à revenus modestes et par la planification urbaine. Enfin, pour le droit d'accès à la justice, l'État va en garantir la jouissance par une organisation juridictionnelle adaptée, un aménagement approprié des procédures d'accès et un choix judicieux du droit applicable.

Ces conditions matrielles d'existence, participent du droit au développement. Éléments constitutifs de ce droit, elles sont en définitive des droits individuels au développement de la personne. Elles traduisent bien le fait que « le droit au développement a une dimension individuelle (rejoignant ainsi le droit au plein épanouissement de la personnalité implicitement reconnu par l'article 26 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui traite du droit à l'éducation) » [41]. Toutefois, elles montrent aussi que le droit au développement en lui-même n'est rien. Il est un droit individuel précisément grâce aux droits individuels existants qui en sont des éléments constitutifs. Ainsi, la méconnaissance de l'un de ces droits signifierait la négation du droit au développement. Droit tiraillé, il est partout, il est au bout de chaque droit individuel. On s'aperçoit finalement que le droit au développement est un « droit-synthèse » [42], un « droit-somme » [43] ou un « droit-

41. K. VASAK, *op. cit.*, p. 304.

42. *Ibid.*

43. Expression utilisée par R.-J. DUPUY, « Thème et variation sur le droit au développement », dans *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Méthodes d'analyse de droit international, Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 275.

matrice » [44], qui englobe un certain nombre de droits de l'homme déjà reconnus, qu'il dynamiserait et valoriserait [45].

En somme, le droit au développement est constitué du droit de tout homme à son épanouissement plénier. L'épanouissement humain dont il s'agit ne concerne pas uniquement la croissance économique, mais également le progrès de la santé, l'émancipation sociale, la promotion culturelle et religieuse, la participation politique. Ainsi, la dignité humaine s'exprime de manière multiforme, même si le bien-être économique en constitue la base matérielle.

B. – *L'objet du droit au développement : la préservation de la dignité humaine*

Le droit au développement pose le problème de sa finalité. Celle-ci concerne le respect de la dignité de l'homme, puisqu'il est le bénéficiaire du droit au développement. En effet, « acteur central du développement, l'être humain constitue, en dernière analyse, la finalité suprême du développement » [46]. De ce point de vue, le droit au développement « apparaît, et de manière incontestable, comme un droit de l'homme, un droit dont le but est l'amélioration constante du bien-être des individus auxquels il doit assurer l'entier et libre épanouissement » [47]. Mais, formuler un objectif est une chose, l'atteindre en est une autre.

1. *La formulation de l'objet du droit au développement*

Lors de la négociation des Accords de Lomé III, la primauté de l'homme dans la justification, le contenu et la mise en œuvre du droit au développement fut la base de nombreuses interventions [48]. C'est ainsi que dès l'inauguration des négociations, le 6 octobre 1983, le Président de la CEE mettait l'accent sur « le respect de la dignité humaine, le mieux-être et l'épanouissement des capacités des êtres humains » [49], qui devaient être « considérés comme des objectifs conférant au développement son importance et sa signi-

44. Le terme est de M. Bedjaoui, dans *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, 1979. N. Ma-Dounga et E. Totah, pour leur part, parlent de « droit-carrefour » dans un article intitulé « Le droit au développement est-il oui ou non inclu dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme ? », dans F. Massart et C. Roosens (dir.), *Francophonie, CEE et droits fondamentaux*, Louvain-la-Neuve, Académica, 1990, 51, p. 56.

45. K. Vasak, *op. cit.*, p. 305.

46. A. Amor, *op. cit.*, p. 113.

47. A. Amor, *op. cit.*, pp. 113-114.

48. Cf. D. Vignes, « L'homme ACP, acteur et bénéficiaire principal du développement dans Lomé III et IV. Fins humanitaires de la coopération au développement et promotion des droits de l'homme dans un système particulier », dans *Mélanges René-Jean Dupuy, op. cit.*, p. 367.

49. Cité par D. Vignes, *ibid.*

fication » [50]. Cette préoccupation sera consacrée dans la Convention en son article 4, confirmée par la Convention de Lomé IV, signée en décembre 1989 dans laquelle on pouvait lire, en son article 4, que « la Coopération ACP-CEE vise [...] à l'amélioration du bien-être des populations [...], à l'épanouissement des capacités humaines, au respect de la dignité humaine [...] » [51].

Au regard de ce qui précède, peut-on dire, comme M. M'baye, que « c'est la reconnaissance et l'application du droit au développement qui seules peuvent constituer à la longue la réconciliation entre sous-développement et droits de l'homme », surtout que, comme le précise cet auteur, « le droit au développement intègre les droits de l'homme et particulièrement les droits civils et politiques » [52] ? On le peut, mais pas dans l'absolu. En effet, on ne peut pas dire que celui qui a besoin de l'assistance de l'État, mais qui ne la reçoit pas, est vraiment libre. Ainsi, « la dignité humaine n'est pas respectée lorsqu'un État, pour relever le niveau de vie, sacrifie les libertés » [53], car l'essence du droit au développement, pour rejoindre M. M'baye, et pour reprendre M. Flory, « s'articule autour du respect de tous les droits fondamentaux » [54]. Autrement dit, « le développement est une condition nécessaire aux droits individuels » [55], mieux de l'effectivité des droits de l'homme [56].

À l'analyse, ce dont il est question dans le droit au développement, c'est le développement humain intégral, c'est-à-dire le développement de tout homme et de tout l'homme, spécialement des plus pauvres et des plus démunis. Comme le déclare, à juste titre, le pape Jean-Paul II, « parce qu'il a cette dignité humaine incomparable, l'homme ne peut vivre dans des conditions de vie sociale, économique, culturelle et politique infra-humaines » [57]. Il en résulte que « le développement intégral suppose le respect de la dignité humaine qui ne peut se réaliser que dans la justice et la paix » [58]. Pour M. Imbert, « cette notion de dignité doit être le seul point de référence au-delà de cette considération utilitaire, si l'on veut vraiment supprimer les obstacles qui empêchent les droits de l'homme d'être effectivement inaliénables, donc inconditionnels » [59]. Cette suggestion est particulièrement

50. *Ibid.*
51. *Id.*, p. 368.
52. K. M'BAYE, dans *Mélanges René-Jean Dupuy*, *op. cit.*, p. 221.
53. M. FLORY, *op. cit.*, pp. 135-136.
54. *Ibid.*
55. F. SUDRE, dans *Droits de l'homme en Afrique centrale*, *Actes du Colloque de Yaoundé* (9-11 novembre 1994), *op. cit.*, p. 242.
56. M. LEVINET, dans *Droits de l'homme en Afrique centrale*, *ibid.*, p. 241.
57. JEAN-PAUL II, *L'Église en Afrique*, présentation par B. NYOM, L. MPONGO et J. MBARGA de l'Institut Catholique de Yaoundé, éd. du Cerf, Paris, 1995, pp. 66-67.
58. JEAN-PAUL II, *op. cit.*, p. 67.
59. P.-H. IMBERT, *op. cit.* pp. 751-752.

valable pour le droit au développement, droit prospectif par essence, dont la finalité demeure pour l'essentiel un idéal difficile à atteindre.

2. *Le respect de la dignité humaine, un idéal d'accomplissement difficile*

Suffit-il de proclamer un droit pour qu'il devienne réalité et qu'il soit respecté par tous ? Encore faut-il avoir les moyens de sa mise en œuvre, et surtout la volonté de le faire. Le droit au développement fait partie de ces droits de l'homme dont la mise en œuvre et, partant, la finalité sont d'accomplissement difficile. Cela tient à plusieurs facteurs que d'éminents auteurs, pour la plupart adversaires du droit au développement [60], ont, à maintes reprises, évoqués : son acceptation par les États, la détermination exacte de son titulaire, l'identification de celui ou de ceux auxquels il est opposable, enfin la possibilité d'une sanction propre à en assurer le respect. Tout ceci a amené le professeur J. Rivero à adopter une attitude négative vis-à-vis du droit au développement. Pour l'éminent auteur, « l'affirmation d'un droit au développement, tant qu'elle ne s'accompagne pas d'une définition des moyens permettant de rendre effectifs les droits économiques et sociaux déjà reconnus, ne servirait que faiblement la cause, fondamentale pour l'avenir de la planète, de la possibilité pour tous les hommes d'accéder aux conditions permettant le respect et l'épanouissement de leur personnalité » [61].

Au Cameroun, par exemple, l'effectivité des droits, tels le droit au logement, le droit à la santé et le droit à l'éducation (pour ne citer que ceux-là) est davantage un idéal qu'une réalité.

En ce qui concerne, le droit au logement, sa promotion par l'État et son exercice par les citoyens, du moins la majorité, sont très timides. Par la promotion du droit au logement, l'État lutte contre la pauvreté, la misère, les taudis et les bidonvilles. Au Cameroun, certes, l'État est soucieux d'assurer un logement décent à une bonne partie de la population ; toutefois, son action demeure très mitigée, tant au niveau de la conception de la politique du logement qu'au niveau de sa mise en œuvre. La conception de la politique du logement est l'œuvre presque exclusive du pouvoir central. Les municipalités n'y participent que de très loin ; elles sont, en la matière, assujetties à l'État, et la réalité est celle d'un effacement communal. Ici, la

60. Lire, entre autres, R. PELLOUX, « Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification », *RDP*, 1981, pp. 53 et s. ; J. RIVERO, « Déclarations parallèles et nouveaux droits de l'homme », *R.T.D.H.*, n° 4, 1990, p. 324 ; G. HAARSHER, « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *R.T.D.H.*, n° 3, 1990, pp. 234 et s. et, J. RIVERO, « Vers de nouveaux droits de l'homme », dans *Bulletin de l'Assemblée pour la fidélité à la pensée du Président R. Cassin*, mai 1983, p. 15.

61. Conclusion adoptée en 1978 lors de la réunion d'experts organisée par l'UNESCO sur les droits de l'homme, les besoins humains et l'instauration d'un NOEI, 19-23 avril 1978, cité par M. FLORY, *op. cit.*, pp. 134-135.

tutelle de l'État reste très forte ; de plus, les communes camerounaises connaissent une faiblesse financière et une forte dépendance technique vis-à-vis de l'État.

La politique de promotion de l'habitat devrait être traduite dans les faits par un certain nombre d'organismes que l'État a créés ou dans lesquels il a pris des actions. Il s'agit de la Mission d'aménagement et d'équipement des terrains urbains et ruraux (MAETUR), du Crédit Foncier (CFC), organisme financier chargé du financement de la politique de l'habitat au Cameroun, et de la Société immobilière du Cameroun (SIC), chargée de la promotion de l'habitat social selon un système de location et de location-vente. L'examen des diverses réalisations de ces organismes montre que beaucoup reste à faire dans le domaine de l'habitat au Cameroun.

L'exercice du droit au logement est intimement lié à l'accès à la terre et donc à la possession d'une parcelle de terrain pour construire. Au Cameroun, en ville plus qu'en campagne, le problème se pose avec acuité. En effet, pour être bien logé, il faut que l'espace à occuper soit aménagé ou qu'il soit susceptible de l'être. Or, le rythme de croissance de la population urbaine est proportionnellement supérieur aux possibilités d'obtention d'espaces aménagés. Il en résulte que la croissance urbaine n'est pas totalement maîtrisée ; aussi, l'offre de terrains aménagés reste en deçà de la demande.

Cet état de fait pose de sérieux problèmes fonciers qui constituent un obstacle à l'exercice du droit au logement. L'État tente, mais très timidement, et souvent maladroitement, de s'assurer la maîtrise des sols au moyen du droit et de la planification urbaine, pour favoriser un exercice ordonné du droit au logement.

Pour ce qui est du droit à la santé, si l'État a l'obligation d'assurer la santé au nom de tous et pour tous, ce n'est pas toujours le cas dans la réalité. L'obligation pour l'État d'assurer la santé au nom de tous signifie que l'État doit exercer la police sanitaire en s'efforçant de prévenir l'atteinte à la santé, et si l'agression se développe, de prendre des mesures nécessaires pour l'enrayer. En somme, la sauvegarde du droit à la santé dans le cadre de la santé au nom de tous devrait être mise en œuvre par la lutte contre les maladies contagieuses et la recherche de l'immunisation collective, par la vaccination obligatoire. Pour ce qui est de la vaccination obligatoire, par exemple, on est passé, au Cameroun, de l'exigence de vaccination à un libéralisme préjudiciable. Pourtant, le décret n° 68/DF/420 de 1968 impose, en son article 6, l'obligation de vaccination au BCG (Bacille Calmet Guerin) à toute personne âgée de moins de 20 ans.

En ce qui concerne l'obligation pour l'État d'assurer la santé pour tous, la plupart des États, pour l'assurer, adoptent une stratégie qui vise la satisfaction des besoins matériels et une approche en fonction des risques. La satisfaction des besoins matériels concerne le droit aux soins médicaux, le droit à un environnement sain et le droit à l'alimentation. Ces droits sont

aujourd'hui de réalisation difficile au Cameroun, pour des raisons structurelles et conjoncturelles. L'approche en fonction des risques prend en considération la faiblesse des moyens matériels dont dispose la majorité de la population et la nécessité d'assurer une protection accrue aux groupes les plus vulnérables et les plus défavorisés. Au Cameroun, si le Code de travail interdit les travaux insalubres et dangereux aux jeunes enfants en vue de protéger leur santé, la réalité est tout autre.

En ce qui concerne, enfin, le droit à l'éducation, son effectivité pose deux problèmes d'égale importance : un problème d'accès et un problème de qualité de l'éducation. Le Pacte de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels pose un certain nombre d'exigences que l'État doit satisfaire en vue d'assurer aux citoyens le plein exercice du droit à l'éducation :

« *a*) l'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible gratuitement à tous ;

« *b*) l'enseignement secondaire, sous ses différentes formes, y compris l'enseignement secondaire technique et professionnel, doit être généralisé et rendu accessible à tous par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité ;

« *c*) l'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité ;

« *d*) l'éducation de base doit être encouragée ou intensifiée, dans toute la mesure du possible, pour les personnes qui n'ont pas reçu d'instruction primaire ou qui ne l'ont pas reçue jusqu'à son terme ;

« *e*) il faut poursuivre activement le développement du réseau scolaire à tous les échelons, établir un système adéquat de bourses et améliorer de façon continue les conditions matérielles du personnel enseignant » [62].

Bien plus, l'État doit respecter la liberté des parents de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des autorités publiques [63].

Relativement à l'accès à l'éducation, la première série d'exigences du Pacte pose un problème de moyens financiers pour la réalisation des structures d'accueil, tandis que la seconde pose avant tout un problème de politique de l'éducation. Sur l'un et l'autre terrains, le résultat est décevant. Au Cameroun, par exemple, les structures d'accueil sont largement insuffisantes et l'on observe une tendance, voire une tentation, d'uniformisation de la politique d'éducation de la part de l'État qui ne reconnaît pas toujours la spécificité des différents ordres d'enseignement.

La qualité de l'éducation se juge au contenu des enseignements dispensés ainsi qu'au produit qui en sort. Plus de 30 ans après l'indépendance, on peut remarquer qu'au Cameroun, le contenu des programmes n'a pas toujours

62. Article 13, al. 2 du Pacte.
63. Article 13, al. 3 du Pacte.

tenu compte des finalités de la formation, des exigences du marché de l'emploi, encore moins des réalités du pays. Cela n'est pas sans répercussions sur les produits de l'éducation. En effet, les systèmes éducatifs africains et singulièrement celui du Cameroun mettent tellement l'accent sur les questions de discipline que les produits qui en sortent sont, dans l'ensemble, marqués par la recherche du conformisme, loin de tout esprit de liberté, d'initiative, et donc aussi de responsabilité.

Il existe d'autres obstacles qui rendent hypothétique la finalité du droit au développement. On peut citer, entre autres, l'inadaptation aux réalités profondes et aux besoins de la population des pays en développement, les insuffisances conceptuelles et structurelles dans la mise en œuvre des activités de développement ; enfin, et selon le rapport de la Consultation globale sur le droit au développement comme droit de la personne, « la concentration du pouvoir économique et politique dans les pays industrialisés les plus importants et la prise de décision non démocratique dans les institutions internationales économiques, financières et de commerce » [64].

Alors que faire ? Nous pensons, comme l'ont suggérer les professeurs Cot et Pellet, que l'ONU – et l'OUA, au niveau africain – devraient « exiger de leurs membres un respect sincère de l'éminente dignité de la personne humaine et de ses droits fondamentaux, ceux sans lesquels l'homme est avili, ceux dont la violation, flagrante ou larvée, constitue une menace pour la communauté des peuples libres » [65]. Le sort du droit de l'homme au développement en dépend ; faute de quoi, on serait amené à se demander si la dignité humaine a réellement besoin du droit au développement.

64. Voir P. ARSENAULT, « L'effectivité du droit au développement », dans *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, *op. cit.* p. 121.

65. J.-P. COT et A. PELLET, *La Charte des Nations Unies*, Economica, Paris, 1985, p. 14.

Le droit à des conditions matérielles d'existence minimales en tant qu'élément de la dignité humaine (articles 2 et 3 de la CEDH)

PAR

ALAIN DIDIER OLINGA

UNIVERSITÉ DE YAOUNDÉ II (CAMEROUN)

> « *Quelques aumônes que l'on fait à un homme nu dans les rues ne remplissent point les obligations de l'État qui doit à tous les citoyens une subsistance assurée, la nourriture, un vêtement convenable et un genre de vie qui ne soit point trop contraire à la santé* »
>
> MONTESQUIEU *De l'Esprit des lois* livre XXIII, chap. 29.
>
> « *Celui qui le premier a dit que le Gouvernement devait seul à l'indigent des secours de toute espèce et dans tous les âges de la vie a dit une absurdité ; car le produit de toutes les impositions de la République ne suffirait pas pour acquitter cette charge énorme et incalculable* »
>
> Député Delocroy, 2 octobre 1796, propos cité par M.A. BARTHE, « Pauvretés et État-providence », *RIAS*, 1991, 3, p. 186.

La grande pauvreté constitue aujourd'hui l'un des défis majeurs du droit international des droits de l'homme. Elle étale au grand jour les limites de la protection internationale effective des droits de l'homme, pour l'essentiel cantonnée jusqu'ici à la garantie des droits civils et politiques. Les procédures de garantie des droits économiques et sociaux restent, en effet, lacunaires en droit international. Puisqu'il n'est pas certain que ces procédures seront rapidement étoffées, d'une part, et que, d'autre part, la situation des plus démunis ne saurait souffrir de délai, il y a lieu d'envisager les voies et moyens de les faire bénéficier des conditions matérielles d'existence minimales, par une interprétation résolument sociale des dispositions relatives aux droits civils et politiques. Ce volontarisme interprétatif, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, peut emprunter soit la forme de l'obligation positive imposée aux États, soit la forme technique de

la protection dite par ricochet. Le propos de cette note consiste à voir quelle peut être l'utitilité de la protection par ricochet dans la lutte contre la grande pauvreté dans le cadre de la Convention européenne. En d'autres termes, la question est la suivante : la protection par ricochet peut-elle permettre, dans le champ de la Convention de sauvegarde, une garantie efficace des droits sociaux élémentaires des individus et, notamment, garantir aux plus démunis du moment des moyens matériels minimums d'existence, élément de leur dignité ? Cette note est bâtie sur l'hypothèse que le droit, le droit international des droits de l'homme en général et la Convention européenne en particulier, peuvent contribuer à la résorption de la grande pauvreté et que, pour ce qui est de la Convention, la protection par ricochet est un technique parfaitement utilisable dans cette entreprise.

Mais d'abord, qu'est-ce que la protection par ricochet ? Ce terme désigne la rationalisation doctrinale d'une technique jurisprudentielle des organes de la Convention, de la Cour notamment. C'est d'ailleurs, à ce jour, l'une des techniques – la seule ? – d'interprétation attribuées à la Cour qu'elle n'a jamais nommée ou revendiquée dans ses arrêts. En vertu de cette technique, selon une formulation désormais classique, les organes de la Convention peuvent « étendre la protection de certains droits garantis par la Convention à des droits non expressément protégés par elle » [1]. Selon une autre formulation, avec la protection par ricochet il s'agit de « vérifier si l'atteinte à un droit non garanti ou non reconnu n'entraîne pas, 'par ricochet' en quelque sorte, la violation d'une [...] disposition de la Convention » [2]. Il n'est point question ici de s'attarder sur les problèmes théoriques que peuvent poser ces formulations. Il suffit de voir comment les situations de grande détresse matérielle peuvent être examinées sur le terrain de la Convention. Le travail concerne les articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention. Pour que le travail ait quelque rigueur – car des constructions trop hardies risquent d'être douteuses –, on partira toujours du principe qu'il s'agit d'assurer à tous une alimentation quotidienne minimale, un logement qui met à l'abri des intempéries, des soins pour maintenir sa santé, de quoi se vêtir. Il s'agit là d'un minimum incompressible, qui se traduit d'ailleurs en prérogatives juridiques dans des instruments adoptés dans le cadre des Nations Unies (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) ou dans les cadres régionaux (*Charte sociale européenne*, par exemple). Deux aspects seront successivement abordés dans cette étude : l'aspect qui paraît le moins problématique, à savoir l'établissement matériel de la violation par ricochet des articles 2 et 3 de la Convention, du fait des situations de grande détresse matérielle (I) ; puis l'aspect qui paraît plus complexe, à savoir l'imputation

1. F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989, p. 183.
2. G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des Droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 85.

aux Parties contractantes de la violation par ricochet des articles 2 et 3 de la Convention, du fait de l'existence des situations de grande détresse matérielle (II).

I. – L'établissement matériel de la violation par ricochet des articles 2 et 3 de la Convention par les situations de détresse matérielle

Nous analyserons tour à tour la violation par ricochet du droit à la vie, puis la violation par ricochet de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. L'insistance sera mise chaque fois sur les positions au sein de la doctrine et sur les réalités jurisprudentielles, ainsi que les perspectives que ces dernières permettent.

A. – *La violation par ricochet du droit à la vie*

Ce titre en lui-même est déjà problématique. Le droit à la vie n'est-il pas en effet de ceux – le seul probablement – dont la violation ne peut être que directe, ne peut se matérialiser qu'à travers une seule manifestation concrète, la mort ? Les choses paraissent fort simples : ou l'on est vivant, et son droit à la vie n'est pas violé, ou l'on a été tué, et son droit à la vie a déjà été violé. En somme, la violation du droit à la vie ne se concrétiserait que par la privation de la vie. Il faut pourtant sortir de cette opposition facile, qui diminue réellement la portée du droit à la vie (quelle est cette violation d'un droit individuel dont la victime ne pourrait, elle-même, poursuivre l'auteur devant le juge ?), et admettre qu'entre le blanc de la vie et le noir de la mort, il y a des stades critiques, des vies qui n'en sont plus vraiment, des morts ambulantes qui ne veulent pas véritablement s'assumer ou que l'on s'ingénie (par cynisme ou par indifférence) à ne pas voir. Il reste qu'en doctrine la portée du droit à la vie reste discutée, que sur le terrain jurisprudentiel, la position reste hésitante, ce qui est de nature à rendre incertaines les perspectives que l'on peut baliser.

1. *Les divergences doctrinales*

Deux approches s'opposent clairement : l'interprétation restrictive, classique, du droit à la vie, d'une part, l'interprétation dynamique, sociale, d'autre part. Pour la première, défendue par MM. Velu et Ergec notamment, le droit à la vie signifie simplement « le droit de n'être pas mort » [3]. Plus loin, précisant leur position, ces auteurs affirment que « le droit protégé par l'article 2 est la vie physique, de sorte que l'État ne saurait être tenu

3. J. Velu & R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 174.

d'assurer à l'individu une vie décente. [...] La protection assurée par le droit à la vie ne concerne pas les menaces à la vie, mais bien les privations de la vie » [4]. Si l'on devait s'en tenir à cette approche, le droit à la vie ne serait jamais le vecteur d'une prise en compte de la situation des pauvres dans le cadre de la Convention. Tant que la mort se borne, si l'on ose dire, à rôder autour des sans-logis, de ceux qui ne peuvent assurer leur subsistance quotidienne, de ceux qui ne peuvent assumer leurs soins, de ceux qui vont en permanence en haillons, de ceux qui, ayant un logis, y vivent sans énergie, etc., l'article 2 de la Convention n'est pas violé. En soi, si l'on s'en tient à une lecture rigoriste du libellé de l'article 2, cette interprétation n'est pas erronée. Toutefois, au-delà de la récurrente antienne sur le risque du gouvernement des juges, comment ne pas voir que la fixation sur cette interprétation et, partant, le rejet par principe d'une autre qui pourrait être plus favorable aux nécessiteux, à la société tout entière, sont préoccupantes ? Au nom de quel principe juridique peut-on refuser qu'une disposition d'un texte normatif soit interprétée de manière à lui faire produire son effet optimal, qui plus est dans une perspective moralement réconfortante ?

Il y a donc lieu, pour les besoins de cette étude, de préférer une interprétation plus hardie de l'article 2, pour dénoncer et supprimer, sur le terrain des procédures nationales et strasbourgeoises, les situations sociales intolérables. On doit accepter alors que « le droit à la vie est autre chose que le droit de ne pas mourir » [5], que « la survie n'est pas la vie » et que « seule mérite son nom une vie dans la dignité, pour soi et ses enfants » [6]. Dès lors, et comme nous l'avons déjà écrit ailleurs [7], le droit à la vie signifie le droit de vivre, le droit de voir sa vie ne pas être précarisée et mise en péril, le droit de ne pas se retrouver dans une situation telle que la mort apparaisse au quotidien comme l'horizon inévitable. Il faut donc introduire nettement dans la violation du droit à la vie, la menace à la vie, le risque sérieux de mourir du fait de conditions matérielles de vie intenables. Malheureusement, il faut constater qu'à Strasbourg, ça n'est pas l'audace qui prévaut en la matière.

2. *La prudence jurisprudentielle*

En l'absence d'arrêts de la Cour portant spécifiquement sur l'interprétation de l'article 2 de la Convention, la jurisprudence relative à ce droit est essentiellement celle de la Commission européenne des droits de l'homme. Cette jurisprudence est basée sur une considération générale, selon laquelle

4. *Idem*, p. 179.

5. J. FIERENS, *Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 132.

6. P.-H. IMBERT, « Droits des pauvres, pauvre(s) droits(s) », *RDP*, 1989, p. 747.

7. Voir notre étude : « Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH*, n° 4, 1995, p. 75.

« la première phrase de l'article 2 impose à l'État une obligation plus large que celle que contient la deuxième phrase. L'idée que 'le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi' enjoint à l'État non seulement de s'abstenir de donner la mort 'intentionnellement', mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie » [8]. « Prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie », voilà qui est d'une élasticité formidable pour l'étude. Que ne bâtirait-on pas là-dessus ? Il est d'une aveuglante évidence que laisser des personnes, dont nul ne sait comment elles se nourrissent quotidiennement, passer la nuit à la belle étoile, sous les ponts ou sur des vérandas, manquer de soins élémentaires, d'autres privées d'énergie ou de logis par impécuniosité, n'est pas œuvrer à la protection de la vie, est donc une violation du droit à la vie.

Examinons à présent quelques espèces jurisprudentielles pertinentes. La première espèce date du 13 décembre 1971 [9]. La requérante, veuve, était propriétaire avec son fils, d'une maison qui a été vendue aux enchères en 1969. Le nouveau propriétaire a engagé contre elle une procédure d'expulsion en exécution du jugement adjudicatif. La requérante s'était portée garante d'un prêt de 80 000 DM consenti à son fils par le nouveau propriétaire ; le fils ne remboursant pas les intérêts du prêt, la vente aux enchères de la maison devint inévitable. La requérante a présenté plusieurs pétitions pour obtenir un sursis à exécution de la mesure d'expulsion, le temps pour elle de déménager dans un autre logis. Bien que de tels sursis aient été accordés dans un premier temps, mais par la suite généralement refusés, la requérante ne put effectuer son déménagement ; par ailleurs, elle ne versa pas au nouveau propriétaire l' indemnité de privation de jouissance convenue. L'affaire, ayant été portée devant la Cour constitutionnelle fédérale, vint finalement devant la Commission. Entre-temps, l'Office local de la santé publique avait établi qu'il ne pouvait être exclu qu'une expulsion mette la vie de la requérante en danger et qu'en raison de son âge, on ne pouvait plus s'attendre à une amélioration sensible de son état de santé (troubles cardiaques et circulatoires). La requérante allègue une violation de son droit à la vie, vu son état de santé, non seulement une expulsion mettrait sa vie en danger, mais même un départ volontaire était impossible, parce qu'il lui serait fatal. Si la Commission a déclaré la requête recevable, on ne sait pas en revanche quelle décision définitive a été prise à son sujet. L'espèce est néanmoins intéressante. Elle laisse apparaître que le droit à la

8. Req. n° 7154/75, *Association X c. Royaume-Uni*, 12 juillet 1976, *D.R.*, 14, p. 36, à propos d'une campagne de vaccination au cours de laquelle des enfants vaccinés ont subi des dommages graves et durables ou même sont décédés ; Req, n° 17004/90, *H c. Norvège*, 19 mai 1992, *D.R.*, 73, p. 180, à propos d'avortement ; Req, n° 16734/90, 2 septembre 1991, *Laurence Dujardin c. France*, *D.R.*, 72, p. 239, à propos de l'amnistie accordée pour les événements de Nouvelle-Calédonie.

9. Req., n° 5207/71, *X. c. RFA*, *ACEDH*, 1971, n° 14, pp. 699-711.

vie peut être violé en l'absence d'une privation de la vie, mais simplement du fait d'un risque réel que la mort résulte d'une mesure envisagée, fut-elle légale. En l'espèce, il est fort possible que la Commission considère que l'expulsion d'une personne âgée et malade de son lieu de résidence, vu les conséquences qui peuvent en résulter, constitue une menace à la vie, une violation du droit à la vie. Et voilà, dans des cas dramatiques, le droit de ne pas être expulsé de son logis qui est implicitement consacré. La portée de l'espèce, compte tenu de l'insistance mise sur l'état de santé de la requérante, peut cependant s'avérer limitée. Qu'en serait-il, s'agissant de personnes jeunes et en bonne santé ?

La deuxième espèce est du 4 octobre 1978 [10]. La requérante faisait valoir que le refus des autorités de délivrer à sa fille, gravement invalide, une carte médicale qui lui aurait donné droit à des soins gratuits et à d'autres avantages sociaux, constituerait une violation dans le chef de sa fille du droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention. Si, curieusement, la Commission se refuse à préciser à cette occasion les obligations des États en vertu de cette disposition, elle estime qu'« à l'époque où les demandes de carte médicale ont été rejetées, le mari de la requérante avait un salaire supérieur à la limite réglementaire de revenu ». Une carte médicale a été délivrée à la fille de la requérante en 1968, de même depuis 1972, son cas ayant été considéré comme « particulièrement pénible ». Ce propos est intéressant. Il implique d'abord que si le père de la malade n'avait pas disposé d'un revenu suffisant, le refus de la carte médicale aurait pu être considéré comme une menace à la santé de la jeune fille et, donc, comme une menace sérieuse à sa vie. Ainsi, ceux qui vivent sans ressources suffisantes ou sans ressources du tout doivent pouvoir se voir faciliter l'accès gratuit aux soins. Mais la décision souligne le caractère « particulièrement pénible » de la situation de la jeune fille, qui est gravement malade. Toutefois, la décision peut servir pour les cas qui nous préoccupent, qui sont eux aussi pénibles, voire intolérables.

Les tendances contenues dans cette dernière espèce devraient être amplifiées dans la jurisprudence de la Commission et, éventuellement, de la Cour. La notion de menace à la vie doit être exploitée au maximum. Dans un système où la violation du droit à la vie ne peut se matérialiser par la privation intentionnelle de la vie que de manière exceptionnelle, ne faut-il pas considérer que laisser les plus fragiles de la société sans ressources, sans soins, sans logis, est la forme de violation du droit à la vie à prendre en compte ? Voilà qui donnerait à ce droit à la vie tout son effet utile. Les situations décrites ci-dessus sont des violations permanentes et continues du droit à la vie. Car quelle issue autre que la mort peut-on sérieusement envisager lors-

10. Req. n° 6839/74, *X. c. Irlande*, *D.R.*, 7, p. 80.

qu'à l'absence de logement s'ajoute l'incapacité de se faire soigner et l'impossibilité de se nourrir ?

B. – *La violation par ricochet de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants*

Jusqu'à ce jour, le domaine du traitement inhumain ou dégradant, qui embrasse des matières nombreuses, ne couvre pas encore la situation des plus démunis, de ceux qui manquent de moyens matériels minimum d'existence. Peut-on, par la technique du ricochet, la faire rentrer dans le champ d'application de l'article 3, considérer que la misère est une violation de l'article 3 ? La jurisprudence de Strasbourg semble hostile, mais la doctrine se montre offensive sur ce terrain.

1. *Une jurisprudence hostile*

À Strasbourg, on n'a pas encore pensé que le traitement dégradant puisse incorporer les situations de grande détresse matérielle. La jurisprudence de la Commission est bien assise en ce sens. Deux décisions peuvent être invoquées ici. La première, du 16 mai 1977, pose que l'article 3 « ne peut [...] être interprété comme imposant aux Parties contractantes de prendre des mesures économiques et sociales spécifiques de nature à assurer un minimum vital ou un emploi aux personnes qui, comme le requérant, sont remises en liberté après une période de détention résultant d'une condamnation en matière pénale » [11]. Cette position est sans équivoque. L'article 3 n'est pas la base juridique de revendications matérielles, fût-ce pour disposer d'un minimum vital, ne pas en disposer ne constitue donc pas, en soi, un traitement inhumain ou dégradant.

Cette position est réitérée dans la décision du 9 mai 1990, *Van Volsem* [12]. La requérante, divorcée, dépressive, sans emploi et sans ressources (en dehors de la pension alimentaire que lui verse son ex-époux et d'une aide sociale), a à sa charge trois enfants mineurs dont un bébé. Mme Van Volsem habite un logement social fonctionnant à l'électricité. N'ayant pu honorer ses factures d'électricité pendant deux années, la requérante fut mise en demeure de payer puis, n'ayant pu acquitter sa dette, privée d'électricité. La société distributrice, obligée de revenir sur sa décision pendant un moment, sera autorisée par la Cour d'appel de Bruxelles à interrompre sa fourniture jusqu'au règlement total de sa dette par la requérante, ce qui sera fait grâce à un prêt obtenu auprès d'un établissement bancaire. Pour la requérante, l'interruption de son approvisionnement en électricité ainsi que la menace permanente de suspension qui pèse sur elle constituent notamment une violation de l'article 3, « qui garantit à chacun le droit de

11. Req., n° 7697/76, *X. c. Belgique*, *D.R.*, 9, p. 194.
12. Req., n° 1464/89, *RUDH*, 1990, p. 384.

bénéficier des biens de première nécessité indispensables à la dignité humaine ». De l'avis de la Commission, la requête de Mme Van Volsem est manifestement mal fondée, donc irrecevable, au motif que « dans la présente affaire, la suspension ou les menaces de suspension des fournitures d'électricité n'atteignaient pas le niveau d'humiliation ou d'avilissement requis pour qu'il y ait un traitement inhumain ou dégradant » [13]. Il faut espérer que la Commission, devant des cas plus dramatiques que celui de Mme Van Volsem (cas qui sont concevables !) se montrera plus flexible ; c'est en tout cas ce que laisse entendre cette déclaration. Tout espoir n'est donc pas envolé. Il est tout à fait possible à l'avenir que le mécanisme du ricochet puisse servir à la prise en compte de la situation des plus démunis. Il reste que la doctrine s'est montrée fort critique à l'égard de cette décision [14] ; en général, elle se montre fort audacieuse sur cette question.

2. *Une doctrine offensive*

Pour beaucoup d'auteurs, il est clair aujourd'hui que le fait de ne pas disposer de moyens matériels minimums d'existence constitue sans nul doute un traitement sinon inhumain, du moins dégradant. Ce point de vue repose souvent sur une axiologie essentiellement morale. Ainsi, pour M. Imbert, il faut considérer le fait d'habiter un bidonville – et donc, *a fortiori* le fait d'être sans domicile fixe –, comme un traitement inhumain ou dégradant [15], sans que l'on perçoive de la part de l'auteur le processus d'intégration de cette réconfortante position dans le champ du droit, et notamment dans celui de la Convention européenne des droits de l'homme. Un pas est déjà franchi en direction du droit positif avec M. Pettiti, pour qui « une interprétation extensive de l'article 3 s'expliquerait par la modification profonde des rapports sociaux depuis 1950, l'aggravation du fossé entre nantis et pauvres devenant une discrimination aussi grave que la discrimination ethnique » [16]. Du fait de leur situation matérielle intolérable, les pauvres et marginaux subiraient, par rapport aux autres couches sociales, un traitement inhumain ou dégradant, discriminatoire. Naturellement, il s'agirait d'une discrimination de fait, mais puisque l'article 14 ne distingue nullement les discriminations juridiquement organisées et les discriminations résultant de situations de fait, il est possible – mais la mesure de la chose reste à préciser – que l'idée de discrimination puisse jouer. Toutefois, ce qui semble plus pertinent pour des éventuelles actions en justice pour lutter contre la pauvreté sur le fondement de l'article 3, c'est d'établir que la misère réunit les éléments du

13. *Idem, RUDH*, 1990, p. 384.

14. F. SUDRE, « La première décision « quart-monde » de la Commission européenne des droits de l'homme : une « bavure » dans une jurisprudence dynamique », *RUDH*, 1990, p. 349.

15. *Op. cit.*, 1989, p. 746.

16. L.-E. PETTITI, « Pauvreté et Convention européenne des droits de l'homme », dans *Droit Social*, 1991, n° 1, p. 85.

traitement inhumain ou dégradant au sens de la jurisprudence de la Commission et de la Cour. D'où l'intérêt pratique de la démarche entreprise par le p[r] Sudre depuis déjà quelques années. Ce dernier propose d'intégrer la protection contre la pauvreté dans le champ de la Convention en jouant, notamment, sur la souplesse jurisprudentielle de la notion de traitement dégradant. Deux éléments sont intéressants ici. Tout d'abord les plus démunis se trouvent dans un état de profonde humiliation devant autrui et à leurs propres yeux, ce qui peut les pousser à agir contre leur volonté ou leur conscience. Nul ne saurait contester cette donnée d'évidence, à moins de considérer que la pauvreté et la misère enlèvent à celui qui en est victime la conscience même de sa condition et, donc, de son humiliation, ce qui n'est pas moralement acceptable. D'autre part, la gravité de la condition de ceux qui n'ont ni garantie alimentaire quotidienne, ni toit, ni vêtements, ni soins, atteint un niveau d'avilissement sans équivalent, qui devrait commander de l'intégrer dans le champ de l'article 3.

En conclusion, on peut dire que par les notions de menace à la vie et de traitement inhumain ou dégradant, il est possible d'appréhender certaines situations socialement intolérables au regard de la Convention. Toutefois, il faut pouvoir mettre à la charge de l'État ces « violations » parfaitement concevables de la Convention ; d'où l'importance de la question de l'imputation à l'État de la menace à la vie ou du traitement inhumain ou dégradant dont sont victimes les plus démunis, imputation à laquelle il faut maintenant s'intéresser.

II. – La complexe imputation aux États de la violation par ricochet de la Convention du fait des situations de détresse matérielle

L'analyse de la jurisprudence de la Commission et de la Cour relative aux articles 2 et 3 révèle qu'il est difficile, mais non impossible, d'imputer à l'État la condition matérielle précaire des plus démunis. Il se peut d'ailleurs que ce soit sur la question de l'imputation à l'État des situations de détresse matérielle que pourrait buter l'entreprise de protection des plus défavorisés dans le cadre de la Convention. Dans l'affaire *Van Volsem* examinée tantôt, la Commission laisse clairement entendre que s'il avait même été établi que le sort fait à la requérante atteignait le niveau d'avilissement et d'humiliation requis pour qu'il y ait un traitement inhumain ou dégradant, le problème de la responsabilité de l'État restait entier : « la question peut se poser de savoir si la suspension des fournitures d'électricité peut être considérée comme un acte imputable à l'État défendeur » [17]. Malheureusement, la Commission n'a pas abordé cette importante question, n'ayant pas constaté

17. *Op. cit.*, *RUDH*, 1990, p. 384.

l'existence d'un traitement inhumain ou dégradant. Il y a lieu dès lors d'étudier les possibilités théoriques de cette imputation, après en avoir relevé les difficultés.

A. – *Les difficultés de l'imputation*

Ces difficultés sont liées au fait que, pour le droit à la vie comme pour la protection contre les traitements inhumains ou dégradants, la jurisprudence de Strasbourg lie la violation à l'existence d'une action volontairement conduite contre une personne, un acte délibérément posé et qui porte atteinte à la vie d'un individu ou lui inflige un traitement inhumain ou dégradant. Pour les besoins de l'étude, il faut donc établir que l'absence de moyens matériels d'existence constitue une atteinte délibérée à la vie de ceux qui en souffrent, des traitements volontairement infligés afin de les humilier.

1. *La détresse matérielle, menace à la vie intentionnellement organisée ?*

L'article 2 condamne toute mort infligée intentionnellement, en dehors des hypothèses limitativement énumérées au paragraphe 2 de cette disposition. Cela signifie que la privation de la vie intentionnellement opérée par l'État est admise dans certains cas ; cela signifie ensuite que les privations de la vie non intentionnelles qui lui seraient imputées ne sont pas condamnables au regard de l'article 2. C'est ce qui ressort d'une décision de la Commission du 21 mai 1969 : « À supposer que le coup de feu mortel soit parti de l'arme d'un gendarme, l'ensemble des circonstances, telles qu'elles ressortent tant du dossier que des exposés de la requérante elle-même, ne permet nullement de penser que le gendarme aurait eu l'intention de donner la mort, en d'autres termes que la mort aurait été infligée intentionnellement, au sens de l'article 2, § 1 de la Convention ; [...] en conséquence, la Commission ne discerne aucune apparence de violation de l'article 2 de la Convention, de sorte qu'il échet de rejeter la requête pour défaut manifeste de fondement » [18]. Cette interprétation complique singulièrement la tâche : comment imputer à l'État, pour le lui reprocher, de simples menaces à la vie, si sérieuses soient-elles, alors que des privations effectives de la vie, intentionnelles et *a fortiori* non intentionnelles, lui sont pardonnées ? Certes, s'écartant de sa décision de 1969, la Commission estimera dans une autre du 10 juillet 1984 que « les exceptions énumérées au paragraphe 2, notamment, indiquent que cette disposition ne vise pas exclusivement la mort infligée intentionnellement », que « toute autre interprétation serait difficilement compatible avec l'objet et la finalité de la Convention ou avec une interprétation stricte de l'obligation générale de protéger le droit à la vie » [19]. Mais

18. Req., n° 2758/66, *X. c. Belgique*, *ACEDH*, 12, p. 193.
19. Aff. *Kathleen Stewart c. Royaume-Uni*, *D.R.*, 39, p. 181.

la tâche n'est pas pour autant plus facilitée pour ce qui est de la menace à la vie ; car, intentionnelle ou non intentionnelle, l'atteinte à la vie consiste toujours en une privation de la vie. C'est dire que même si la menace à la vie, telle qu'elle a été appréhendée dans cette étude, devait être rattachée à une politique de l'État, ce serait avec peine que, dans le cadre de la Convention, elle serait sanctionnée au regard seulement du non-respect du droit à la vie. Il semble que l'on se trouve là plutôt dans le sillage du traitement inhumain ou dégradant.

2. *La détresse matérielle, condition dégradante constituant un traitement délibérément infligé ?*

Si la misère réunit objectivement les éléments d'une condition dégradante, encore faut-il que cette situation de fait résulte d'une action délibérée de la puissance publique. Or, la jurisprudence relative à la notion de traitement inhumain ou dégradant insiste sur l'aspect intentionnel ; la notion évoque alors « des souffrances intentionnellement provoquées et en tout cas des traitements occasionnés par la volonté des personnes et non simplement par les circonstances » [20]. De même, dans l'appréciation du niveau d'avilissement et d'humiliation atteint par un traitement, la Commission et la Cour ont égard à la volonté d'humilier celui qui fait l'objet du traitement. Est-il possible de récupérer cette notion du « traitement » dégradant pour l'appliquer à la détresse matérielle ? Où se situe l'acte qui éclaire le problème de l'imputabilité ? La jurisprudence semble même renoncer à trouver dans le refus d'aider opposé par la puissance publique, une cause de responsabilité. C'est le sens d'une décision de la Commission du 16 mai 1977, en vertu de laquelle l'article 3 « ne peut [...] être interprété [...] comme imposant aux parties contractantes de prendre des mesures économiques et sociales spécifiques de nature à assurer un minimum vital ou un emploi aux personnes qui, comme le requérant, sont remises en liberté après une période de détention résultant d'une condamnation en matière pénale » [21]. Il est donc à craindre que la situation dégradante des victimes de la misère soit difficilement considérée comme un « traitement ». Reste l'interrogation assez troublante du p[r] Sudre : « Une jurisprudence qui qualifie de traitement dégradant quelques coups de règle appliqués sur les fesses d'un écolier peut-elle sans perdre de sa crédibilité refuser cette qualification à des conditions de vie misérables ? » [22]. Tout le problème se trouve dans la notion de « crédibilité » : assurément, la crédibilité morale d'une telle jurisprudence est discutable ; mais en est-il de même de ce que l'on pourrait appeler sa crédibilité technique ? « Quelques coups de règles appliqués sur les fesses », c'est un acte

20. *Irlande c. Royaume-Uni*, 1[er] janvier 1978, A.25, paragr. 167.
21. Req., n° 7697/76, *X. c. Belgique*, *D.R.*, 9, p. 194.
22. Article cité, *RUDH*, 1990, p. 352.

délibérément posé sur la personne d'un écolier par une autre personne identifiable et qui, par son rattachement juridique et institutionnel à la puissance publique, permet d'imputer à l'État une violation de l'article 3. Il est clair qu'il n'en va pas ainsi des « conditions de vie misérables » en tant que telles. Il faut donc préciser les voies de l'imputation de ces conditions matérielles difficiles à la collectivité.

B. – *Les possibilités d'imputation*

Deux voies sont ici utilisables pour imputer clairement à l'État l'existence de situations de détresse matérielle. D'abord la participation, même indirecte, de la collectivité à l'existence ou à la persistance d'une telle situation, d'un autre côté, le recours à la théorie des obligations positives.

1. *La participation de la puissance publique à l'existence ou à la persistance des situations de détresse matérielle*

L'aval donné par les autorités publiques à une mesure pouvant avoir des conséquences dramatiques sur la vie quotidienne des personnes constituera le fondement le plus solide de l'imputation à l'État partie de la violation de la Convention. Cela sera plus fréquent pour ce qui concerne l'article 3. Une décision interne belge montre que cela n'est nullement abstrait et les organes de contrôle de la Convention devraient s'en inspirer. Il s'agit d'une décision du Tribunal de police de Tubize du 12 mars 1980 ; en vertu de cette décision, « le fait pour un tribunal belge de prononcer le déguerpissement d'une famille de sept personnes, alors que le chef de famille est victime d'un accident de travail et que la mère de famille (5 enfants) est enceinte de sept mois constitue de toute évidence un traitement inhumain d'autant plus que ce déguerpissement est requis pour le 31 mars, soit moins de deux mois avant la parturiente, que le père premier défendeur est en état d'incapacité de travail et que la famille se compose de 5 tout jeunes enfants, que dès lors l'administration de la justice belge ne saurait prêter la main à pareille demande contraire à un engagement international solennellement souscrit par la Belgique » [23]. Si les juges de Strasbourg adoptaient cette analyse, fort peu de décisions semblables à celle prise dans l'affaire *Van Volsem* seraient à enregistrer. En effet, chaque fois que par son administration, sa justice, ou sa force publique, un État partie concourt à l'avènement ou à la persistance d'une situation socialement dramatique, sa responsabilité au regard de l'article 3 sera engagée. Dans l'affaire *Van Volsem* par exemple, il est fort probable que les privations imposées à la requérante sont imputables à l'État, puisque la société distributrice, bien que regroupant des personnes de droit public et de droit privé, constitue une « intercommunale mixte ». Si le traitement inhumain ou dégradant avait été identifié, l'État en aurait

23. *ACEDH*, 1981, n° 24, p. 508.

répondu. Cette orientation, toutefois, ne bénéficierait qu'à ceux qui, ayant déjà un minimum, risquent de le perdre : locataires momentanément insolvables, factures d'eau ou d'énergie impossibles à honorer, etc. Elle ne peut, à elle seule, réintégrer ceux qui vivent pratiquement en marge du tissu social. D'où l'incontournable recours à la notion d'obligation positive.

2. *Le non-accomplissement d'obligations positives*

La collectivité, locale ou nationale, a l'obligation de donner à chacun de ses membres, dans la limite des ressources disponibles, les moyens minimums d'existence, pour préserver leur vie ou leur éviter des situations dégradantes. Il s'agit là d'une obligation qui s'inscrit dans la nécessité d'adapter la Convention à l'évolution de la société, de coller toujours à la préoccupation d'effectivité qui domine son interprétation. Il appartiendra au juge, dans chaque cas, d'apprécier si la carence de la collectivité, compte tenu de ses ressources, est constitutive d'une violation de la Convention. Cependant, les victimes de situations matérielles critiques ne devraient en aucune façon être responsables de leur sort ou de la continuation de celui-ci. Dans une telle hypothèse, la responsabilité de la collectivité est dégagée. C'est la leçon à tirer de la décision de la Commission du 13 décembre 1976. Le requérant, ouvrier spécialisé du bâtiment, est chômeur et perçoit à ce titre des allocations. Une offre d'emploi lui est faite par le service municipal des plantations ; il la rejette, au motif que les emplois de cette nature sont essentiellement destinés aux handicapés. Il est alors privé de ses allocations. Il estime que l'obligation qui lui a été faite d'accepter un emploi auprès du service municipal des plantations a constitué un traitement inhumain et dégradant. Selon la Commission, « qu'un discrédit social soit (par ailleurs) attaché à un emploi précis ainsi que le prétend le requérant, ne suffit pas à faire de l'obligation susmentionnée un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3, dont se seraient rendus coupables les services communaux compétents » [24].

24. Req., n° 7602/76, *X. c. Pays-Bas*, *D.R.*, 7, p. 162.

La dignité par le logement : l'article 1er du Protocole n° 1 de la CEDH et la lutte contre la précarité

PAR

SAMUEL PRISO

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER I (FRANCE)

« Nous n'acceptons pas qu'on considère comme coupables des gens qui occupent des logements vacants pour éviter la maladie, peut-être la mort, à leurs enfants. »

L'Abbé Pierre

La lutte contre la pauvreté est de nos jours une préoccupation majeure. Il apparaît en effet de plus en plus scandaleux qu'un grand nombre de personnes se retrouvent exclues de la jouissance des possibilités qu'offrent chaque jour davantage les progrès techniques et la croissance économique. Les carences des sociétés développées se font de plus en plus jour et amènent à s'interroger sur le but même des progrès réalisés : l'homme se retrouve – enfin ! – au centre du débat : il ne faut en aucune façon porter atteinte à sa dignité.

Cette préoccupation – la dignité de l'homme – apparaît depuis longtemps dans les instruments de protection des droits de l'homme [1]. Pourtant, la recrudescence des situations de grande pauvreté est patente. Et l'on se demande alors si ces instruments sont réellement efficace contre ce fléau. La doctrine s'interroge sur la juridicité réelle des droits économiques et sociaux, et devant le scepticisme qui en ressort, il est important de rechercher si les instruments actuels de protection des droits civils et politiques ne peuvent pas servir à garantir des situations matérielles décentes. C'est à la Convention européenne des droits de l'homme que nous nous intéresserons ici et plus particulièrement à ses protocoles additionnels.

L'examen de ces instruments laisse apparaître, à notre sens, un double souci de prise en compte des situations de pauvreté. Tout d'abord, le souci de permettre au pauvre de jouir, malgré sa situation matérielle, des libertés et droits fondamentaux garantis par les instruments conventionnels. Ainsi,

1. L'article 1er de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* dispose que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en *dignité* et en droits [...] ».

l'impossibilité de remplir des obligations contractuelles ne peut pas à elle seule justifier une privation de liberté. C'est le droit qu'institue l'article 1er du Protocole n° 4 [2].

Ensuite, le souci d'éviter que ne s'installent des situations matérielles critiques. L'objectif est d'empêcher la paupérisation, d'éviter l'érosion de conditions matérielles décentes. C'est peut-être aussi dans cet objectif que l'article 1er du Protocole additionnel protège les « biens » de la personne, « biens » par lesquels celle-ci se situe matériellement hors du manque... Le juge européen a eu à affirmer que « sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constituerait normalement une atteinte excessive » au droit de propriété [3]. L'on pourrait en déduire que l'appréciation par le juge de la dépossession d'un bien serait bien plus sévère si ledit bien appartenait à une personne à la limite de la pauvreté, et qu'il est nécessaire au maintien de cette personne dans des conditions matérielles décentes – le logement par exemple. L'insuffisance d'une indemnité peut alors justifier l'inconventionnalité de l'atteinte au droit. Mais ceci n'est pour l'instant que spéculation, car ni la Cour ni la Commission n'ont encore décidé en ce sens [4].

Par contre, une autre hypothèse nous situe au-delà de la simple prospective. La situation des pauvres semble être aussi prise en considération dans le cadre de cette même disposition de la Convention d'une autre façon : l'atteinte à la propriété peut être justifiée par la nécessité de parer à une nécessité matérielle pour une personne indigente.

L'on pourrait donc trouver dans l'article 1er du Protocole additionnel à la CEDH et la jurisprudence afférente des organes de la Convention les bases juridiques d'une lutte contre la précarité matérielle des justiciables, étant entendu que des conditions matérielles d'existence décentes sont un aspect nécessaire de la dignité humaine. Il ne s'agit pourtant pas ici d'établir que le fait de se retrouver dans une situation matérielle précaire constitue une violation d'un droit garanti par la Convention. Nous examinerons plutôt le travail du juge qui, pour arriver à éviter que certains faits n'engendrent de la précarité, intègre cet objectif dans les conditions requises pour permettre l'atteinte au droit de propriété (I). Des obligations précises sont ainsi mises en exergue pour les États par rapport à cet objectif (II), sans pour autant qu'un « droit au logement » ne soit proclamé (III).

2. L'article 6, paragraphe 3, al. c, va dans le même sens, en instituant le droit pour les démunis à l'aide juridictionnelle.

3. Cour E.D.H., arrêt *Lithgow*, Série A, vol. 102, paragraphe 121.

4. Encore que la Cour a récemment jugé qu'un particulier en état de nécessité devrait pouvoir récupérer son bien avec le moins de difficultés que possible (arrêt du 28 sept. 1995, *Scollo*, vol. 315 C, paragraphes 38-39).

I. – La lutte contre la précarité justifie l'atteinte à la propriété

Si la Convention européenne des droits de l'homme ne consacre expressément aucun droit permettant aux individus de réclamer l'amélioration de leurs conditions matérielles, le juge européen quant à lui a eu à affirmer sa préoccupation sociale, liant ainsi la dignité de l'homme au respect de ses droits. Pour mieux affirmer cette position, il a adopté une démarche particulière qui lui permet de veiller au renforcement de la justice sociale.

A. – *L'affirmation d'une préoccupation*

Tout d'abord, il ne fait plus de doute que le renforcement de la justice sociale est une préoccupation des organes de la Convention. Dans son arrêt *James et autres*, la Cour affirme que « éliminer ce que l'on ressent comme des injustices sociales figure parmi les tâches d'un législateur démocratique » [5]. De même, la Commission qualifie une situation économique en vigueur dans un pays à une époque donnée de « *socialement injustifiée* » [6]. Ce souci de justice sociale a conduit la Cour à apprécier le contexte social pour mieux affirmer la nécessité de l'intervention de l'État ; répondant à des requérants qui estimaient que la mesure de l'État répondait plus à des considérations électoralistes qu'à une véritable exigence sociale, elle dit que « la réforme de l'emphytéose en Angleterre et au Pays de Galles constituait un *sujet de préoccupation publique* depuis plus d'un siècle et qu'à l'époque de la promulgation de la loi de 1967 (en cause en l'espèce) les partis les plus importants accept(aient) tous le principe du rachat » [7].

Le logement est un élément important de cette justice sociale. L'on sait que l'un des principes de travail de la Cour est l'actualisation permanente de la Convention. Elle estime que ses dispositions doivent être lues « à la lumière des conditions d'aujourd'hui », la Convention étant un « instrument vivant » [8]. La Cour et la Commission peuvent alors, sur la base de cette « évolution » de la société, dire que le logement est un « besoin social fondamental » [9], que « le logement [...] occupe une place centrale dans les politiques sociales et économiques de nos sociétés modernes » [10], ou que « les sociétés modernes considèrent le logement comme un besoin primordial » [11].

5. Cour E.D.H., 21 février 1986, Série A, vol. 98, paragraphe 47.

6. Comm. E.D.H., 11 juillet 1988, *Mellacher*, paragraphe 208, avis joint à l'arrêt, Série A, vol. 169.

7. Arrêt *James, op. cit.*, paragraphe 48.

8. Cour E.D.H., 13 juin 1979, *Marckx*, Série A, vol. 31, paragraphe 58.

9. Comm. E.D.H., *Mellacher, idem.*

10. Cour E.D.H., 19 décembre 1989, *Mellacher, op. cit.*, paragraphe 45. Aussi 28 septembre 1995, *Scollo, op. cit.*, paragraphe 28.

11. Cour E.D.H., 21 février 1986, *James et autres*, Série A, vol. 98, paragraphe 47.

La Cour justifiera l'atteinte à la propriété privée par la sauvegarde de la justice sociale en insérant celle-ci dans le critère principal justifiant la violation du droit de propriété, l'intérêt général.

1. *La démarche de la Cour*

La Cour a, dans sa jurisprudence sur le droit de propriété, exigé que les atteintes qui y sont portées soient proportionnelles au besoin qui les justifie. Elle cherchera donc à maintenir un équilibre constant entre les droits des particuliers dont le bien fait l'objet d'une ingérence des pouvoirs publics et les exigences de l'intérêt général. Selon la Cour en effet, « le souci d'assurer un tel équilibre » est « inhérent à l'ensemble de la Convention » et « se reflète aussi dans la structure de l'article 1 du Protocole 1 » [12]. Certes la Cour attribuera « une valeur particulière » aux droits de l'individu [13], mais cela ne l'empêchera pas, lorsqu'il le faudra, d'accorder plus d'importance à la situation matérielle d'un nécessiteux, au nom de l'intérêt général. Cette dernière notion lui servira ensuite d'outil pour favoriser l'amélioration de la situation matérielle de personnes démunies, notamment les efforts faits pour leur trouver un toit.

L'article 1[er] du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme dispose en son paragraphe 1 que « nul ne peut être privé de sa propriété que *pour cause d'utilité publique* [...] ». Le second paragraphe quant à lui précise que les États peuvent réglementer l'usage des biens « conformément à *l'intérêt général* [...] ». La présence de ces deux concepts a amené des requérants devant la Cour à conclure que les auteurs du texte conventionnel avaient « l'intention de viser des concepts dissemblables » [14]. L'utilité publique serait alors réservée à la privation de la propriété, tandis que l'intérêt général correspondrait à la réglementation de l'usage du bien.

La Cour a reconnu qu'il pouvait y avoir des différences entre les deux notions, mais a jugé que dans certains cas, on ne pouvait « établir entre elles aucune distinction fondamentale » [15]. Il apparaît donc inutile de vouloir dissocier l'exigence du premier paragraphe de celle du second, dissociation qui n'était pas sans arrière-pensée [16]. Cette quasi-assimilation des deux concepts permet alors à la Cour de balayer ces intentions et de mieux asseoir les fondements de la protection des personnes démunies. L'utilité publique vise certes à satisfaire un besoin profitable à tous, mais elle englobe aussi la satisfaction de besoins des nécessiteux.

12. Cour E.D.H., arrêt *Sporrong & Lonnroth*, Série A, vol. 52, paragraphe 69.
13. Cour E.D.H., arrêt *Linguistique belge*, Série A, vol. 6, paragraphe 5.
14. Cour E.D.H., arrêt *James*, *op. cit.*, paragraphe 43.
15. *Ibid.*
16. Les requérants, donnant à l'utilité publique un contenu plus restreint qu'à l'intérêt général, estimaient que l'État avait plus de prérogatives dans la réglementation de l'usage des biens que dans la privation de propriété.

L'utilité publique signifie *a priori* une utilité pour tous. La Cour le reconnaît d'ailleurs, en disant que privilégier un particulier « ne saurait s'inspirer de l'"utilité publique" » [17]. Cette conception de l'exigence du Protocole additionnel ne pouvait bien entendu que difficilement servir la cause des personnes en difficultés. Revisitée par les juges de Strasbourg, la notion s'y prête mieux. Désormais, « un transfert de propriété d'un individu à un autre peut, selon les circonstances, représenter un moyen légitime de servir l'intérêt général » [18]. Il n'est donc pas nécessaire que la collectivité entière profite du bien exproprié [19]. Avec cette vision élargie de l'utilité publique, la Cour pourra alors mieux encadrer la lutte contre la pauvreté. Combattre celle-ci est une tâche d'utilité publique, qui incombe à l'État.

II. – La mise en œuvre de la protection de la justice sociale par les États

La Cour établit de façon indirecte une obligation pour l'État de veiller à ce que la justice sociale soit garantie, au moins en ce qui concerne le logement. Mais la mise en œuvre de cette obligation incombe à l'État.

A. – *La définition indirecte d'une obligation des États*

Dans les affaires *James* et *Mellacher*, la Cour – et la Commission – justifient les atteintes au droit de propriété par le fait que l'État qui en est l'auteur agissait dans le but de réduire les injustices sociales qui se développaient : « éliminer ce que l'on ressent comme des injustices sociales figure parmi les tâches d'un législateur démocratique ». À ce titre, il est légitime que l'État intervienne pour empêcher que les lois du marché ne créent des « situations socialement injustifiées » [20]. Pour cela, il est « légitime que [...] le législateur adopte des mesures de restructuration de l'ensemble du marché [...] » et cherche « à contenir les excès du libre jeu des forces du marché [...]. Parallèlement, il [est] légitime de réglementer la pratique consistant à laisser des appartements inoccupés et de promouvoir la qualité des logements [...] » [21]. « La protection des intérêts des locataires dans une situation caractérisée par la pénurie de logements [à bon marché] » constitue ainsi « un objectif légitime de politique sociale » [22].

17. Arrêt *James, op. cit.*, paragraphe 40.
18. *Ibid.*
19. *Id.*, paragraphe 45.
20. Commission, affaire *Mellacher* ; Série A, vol. 169, paragraphe 223.
21. *Ibid.*
22. Comm. E.D.H., *X. c. Autriche*, req. n° 8003/77, Décision du 3 octobre 1979, D.R. 17, p. 89.

L'affirmation de la légitimité des interventions étatiques de ce type peut apparaître comme relevant simplement de l'exercice par ces États de leur pouvoir discrétionnaire, de leur marge d'appréciation. Certes, et nous y reviendrons plus loin. Mais cette affirmation revêt une autre signification, plus intéressante du point de vue de la lutte contre la pauvreté. On peut y voir la reconnaissance, l'appréciation (favorable) par la Cour de l'accomplissement par l'État de ses obligations positives. En effet, que serait la position des organes de la Convention si l'État s'était abstenu de prendre ces mesures, et donc avait laissé se développer la situation « socialement injustifiée » ? cela ne constituerait-il pas un cas de violation passive des droits ?

L'hypothèse n'est pas simplement théorique. L'on peut bien concevoir qu'un locataire saisisse la Commission, arguant du fait que l'expulsion dont il a fait l'objet (consécutive par exemple à une hausse de loyer dépassant désormais ses possibilités) constitue une atteinte au respect de son domicile et de sa vie privée (droits garantis par l'article 8 de la Convention) car vu la situation du marché, il ne parviendrait pas à se loger, ou à l'être à nouveau décemment. Un cas semblable amènerait sans doute la Cour à redire sa position énoncée en l'affaire *X. & Y. c. Pays-Bas* [23], selon laquelle l'État se doit d'intervenir dans les relations entre particuliers pour empêcher que les droits d'une personne n'y soient violés du fait de son éventuelle abstention.

Fort de cet argument, on peut donc dire que l'affirmation du caractère légitime d'une politique sociale portant atteinte au droit de propriété d'un particulier constitue en même temps la définition, indirecte mais réelle, d'une obligation positive de l'État de combattre les situations d'injustice. Dans les espèces suscitées, l'obligation positive est bien remplie par les États en cause, qui ont utilisé leurs pouvoirs de mise en œuvre.

B. – *La mise en œuvre de cette obligation par les États*

Dans la mise en œuvre de cette obligation positive, la Cour reconnaît à l'État une marge nationale d'appréciation quant à la conduite de la politique sociale. Cette politique l'amènera à porter atteinte au droit de propriété de particuliers, atteinte qui visera bien entendu à favoriser l'amélioration des situations précaires, selon des modalités qui seront précisées ensuite.

1. *La marge d'appréciation*

L'État dispose ici d'une grande marge d'appréciation. La Cour a eu à l'affirmer plusieurs fois. Dans l'arrêt *James*, elle dit que « le législateur dispose

23. Cour E.D.H., 26 mars 1985, Série A, vol. 91.

d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale » (paragraphe 46). De même, dans son arrêt *Mellacher*, elle reconnaît que « dans la mise en œuvre de telles politiques, le législateur doit jouir d'une grande latitude pour se prononcer tant sur l'existence d'un problème d'intérêt public [...] que sur le choix des modalités d'application de cette dernière » [24]. Il n'y a pas en la matière d'innovation, la Cour ne faisant qu'appliquer ses principes jurisprudentiels habituels.

Cette latitude de l'État porte aussi bien sur la définition des objectifs que sur le choix des moyens de les atteindre. Ainsi « la Cour respecte la manière dont [le législateur] conçoit les impératifs de l'utilité publique », et « tant que le législateur ne dépasse pas les limites de sa marge d'appréciation, la Cour n'a pas à dire s'il a choisi la meilleure façon de traiter le problème ou s'il aurait dû exercer son pouvoir différemment » [25].

À ce titre, l'État choisira seul le type de mesure à prendre pour empêcher le développement d'injustices sociales. La Cour s'interdit toute appréciation sur le choix de la mesure adoptée, et n'intervient que si le jugement du législateur « se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable » (Aff. *Mellacher*, paragraphe 45) [26]. L'État pourra donc adopter les mesures de son choix (mesures d'ordre matériel ou législatif) pour « ramener les loyers à un niveau socialement plus acceptable » [27], à condition que « la manière dont [il] a pris en compte les circonstances économiques et sociales pertinentes rest[ent] dans la limite de [sa] marge d'appréciation » [28]. La conduite de cette politique, l'application de ces mesures de portée sociale portera certainement atteinte au droit de propriété garanti aux particuliers par le Protocole n° 1. La détermination de la nature de ces mesures n'est pas sans intérêt.

2. *La nature de l'atteinte à la propriété*

Le Protocole n° 1 détermine deux possibilités d'atteinte au droit de propriété. Il peut s'agir de la réglementation de l'usage du bien ou, pire, de la privation de la propriété. Dans le cadre de la lutte contre la pauvreté, l'une et l'autre modalité auront pour objectif d'aider à résoudre le problème du logement ou du relogement d'une personne aux possibilités modestes.

Pour ce qui est de la réglementation de l'usage des biens, le propriétaire conserve la propriété du bien, mais ne peut plus en disposer que sous réserve

24. Voir aussi *Scollo, op. cit.*, paragraphe 28.

25. Arrêts *James* (paragraphe 51) et *Mellacher* (paragraphe 53).

26. Les États n'ont pas pour autant un rôle illimité, « la convention [étant] un instrument de définition du comportement national », comme l'a relevé le p[r] F. SUDRE (« L'influence de la CEDH sur l'ordre juridique interne », *R.U.D.H.*, 1991, p. 259). La marge nationale d'appréciation est donc nécessairement limitée au moins par les exigences minimales de la Convention, telles que définies notamment par la jurisprudence de la Cour.

27. Arrêt *Mellacher*, paragraphe 55.

28. Arrêt *James*, paragraphe 49.

du respect des mesures étatiques. L'État peut tout d'abord réglementer les loyers. Il impose alors un plafond de loyer, afin que les personnes à revenu modeste puisse garder la possibilité de trouver un logement, qu'elles ne se retrouvent pas exclues par les effets de la spéculation immobilière.

Il peut aussi imposer aux propriétaires de logements l'obligation de les maintenir en bon état d'habitabilité. Le législateur autrichien obligeait ainsi les bailleurs, par une loi de 1981, à consacrer une partie de leurs revenus fonciers à l'entretien des locaux. En imposant cette obligation, l'État veille à garantir aux revenus modestes, menacés par la spéculation, un logement *décent*. L'envolée des loyers pourrait en effet avoir pour conséquence de ne laisser à la portée des petites bourses que des logements insalubres et délabrés

Enfin, la Commission puis la Cour ont précisé dans une affaire récente que « la limitation apportée au droit du propriétaire de donner congé à son locataire doit être considérée comme une réglementation de l'usage des biens au sens du second alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1 » [29]. Le propriétaire d'un bien doit toutefois avoir la possibilité de recouvrer la jouissance de celui-ci dès lors que sa situation personnelle l'exige. Le fait pour une administration de ne pas accélérer l'expulsion d'un locataire alors que le propriétaire est en situation de « nécessité » constitue une atteinte au droit de propriété [30].

Les pouvoirs publics peuvent aller plus loin, et priver une personne de la propriété de son bien, cela afin de permettre à des nécessiteux de se loger. On le sait, la Commission trouve « socialement injustifiée » la tendance à « laisser des appartements inoccupés » [31]. En pareille circonstance, on concevrait facilement que ces logements puissent être réquisitionnés au profit de personnes dans le besoin. Si dans l'affaire *James*, il n'était question ni de réquisition ni même *a priori* de « pauvres », le principe que la Cour y établit quant à la possible dépossession d'un bien peut être utilisé pour justifier par exemple (s'il en était besoin !) l'article 24 de l'Ordonnance française de 1945 (voir ci-dessous).

En somme, les organes de la Convention légitiment des ingérences des pouvoirs publics dans la jouissance par des personnes de leur droit de propriété. Ils contribuent ainsi à réduire la détresse de nombreuses autres, mettant à la charge des États une obligation positive de ne pas rester inactifs devant des situations d'injustice sociale, notamment – dans le cas d'espèce – en matière de logement. Si l'objectif de lutte contre ces situations est clairement affirmé, et que par conséquent les garanties pour les personnes dému-

29. Comm. E.D.H., Req. n° 18072/91, *F.V.B. c. Portugal*, rapport du 29 juin 1994 ; Cour E.D.H., arrêt *Velosa Barreto*, 21 nov. 1995, Série A, vol. 334, paragraphe 35.

30. Ce d'autant plus que cette occupation prolongée a obligé le propriétaire à acheter un autre appartement. Cour E.D.H., *Scollo, op. cit.*, paragraphes 38-39.

31. Affaire *Mellacher, op. cit.*, paragraphe 223.

nies semblent s'accroître, peut-on pour autant dire que cette jurisprudence consacre un véritable « *droit* » au logement ?

III. – De l'obligation de l'État à un droit fondamental de la personne : vers un « droit » au logement ?

Combattre la précarité matérielle, notamment en sauvegardant la possibilité de se loger ou se reloger, n'est pas une innovation des organes de la Convention européenne. Le « *droit au logement* » a déjà été proclamé par des instruments juridiques divers. À l'analyse, il semble toutefois que l'action actuelle des organes de Strasbourg en faveur du logement présente des garanties d'effectivité, sans que le droit au logement ne soit proclamé en tant que tel. Cette proclamation n'apparaît donc pas incontournable, cela d'autant que la substance de ce droit reste assez insaisissable.

A. – *Le « droit au logement »*

Il est proclamé aussi bien en droit international qu'en droit interne français.

L'article 11 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels énonce en effet que « les États parties [...] reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et *un logement suffisants*, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence ». Cette disposition a fait l'objet d'une Observation générale du Comité des droits de l'homme lors de sa sixième session en 1991 [32], qui amène à conclure à la construction d'une véritable illusion.

Tout d'abord, l'on y décèle une inconstance des termes. L'expression du Pacte est celle de « logement *suffisant* ». Or dans ses observations, le Comité se réfère à la « Stratégie mondiale du logement jusqu'à l'an 2000 » qui utilise la notion de logement « *adéquat* ». Le Comité en conclut qu' « ainsi, l'adéquation aux besoins est une notion particulièrement importante en matière de droit au logement car elle met en évidence un certain nombre de facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si telle ou telle forme de logement peut être considérée comme un 'logement suffisant' aux termes du Pacte » [33]. Or le terme « adéquat » est bien plus large quant à son contenu

32. Observation générale 4, dans *Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme*, Nations Unies, HRI/GEN/1, 4 sept. 1992, pp. 49 et s. Voir aussi « Le droit à un logement convenable », *Fiche d'information sur les droits de l'homme*, n° 21, Nations Unies, Genève, 1996.

33. *Op. cit.*, p. 51.

que celui de « suffisant ». En se référant à l'adéquation pour définir la portée de l'article 11 du Pacte, le Comité dilue le caractère juridique de ce droit.

Et la dilution se renforce avec le recours à la notion de logement « *convenable* ». Le Comité précise que « tous les bénéficiaires du droit à un logement *convenable* doivent avoir un accès permanent à des ressources naturelles et communes [...] » [34]. Et l'épithète « convenable » est utilisé quatre fois dans le texte du Comité [35]. Pourtant ses implications sont difficilement conciliables avec le critère de suffisance posé par l'article 11 du Pacte. Cette ambiguïté terminologique ne sert pas l'effectivité du droit au logement.

D'autre part, les critères mis en exergue par le Comité imposent aux États des exigences qui, en plaçant la barre très haut, empêchent de mieux cerner le contenu exact de l'obligation de l'État. Certes il est admis que le degré de mise en œuvre des droits est étroitement lié aux possibilités matérielles des États. Mais est-il nécessaire que l'on soit logé près de son lieu de travail pour estimer que l'État a rempli son obligation [36] ? Le fait que « l'architecture, les matériaux de construction utilisés et les politiques en la matière » permettent « d'exprimer convenablement l'identité culturelle » est-il véritablement une condition de la mise en œuvre du droit au logement [37] ? La « stratégie » à laquelle se réfère le Comité dans son Observation nous apparaît ainsi plutôt irréaliste lorsqu'elle définit le « logement adéquat » comme « suffisamment d'intimité, suffisamment d'espace, une bonne sécurité, un éclairage et une aération convenables, des infrastructures de base adéquates et un endroit bien situé par rapport au lieu de travail et aux services essentiels – tout cela pour un coût raisonnable » [38].

Plus raisonnable par contre apparaît le droit interne français. Le droit au logement y est reconnu depuis fort longtemps, et sa mise en œuvre y semble plus pragmatique. La préoccupation apparaît déjà dans l'Ordonnance du 11 octobre 1945 « instituant des mesures exceptionnelles et temporaires en vue de remédier à la crise du logement » [39]. La situation d'après-guerre se caractérisait notamment par une insuffisance de logements : « d'un côté 400 000 immeubles détruits, 600 000 immeubles inhabitables, arrêt complet pendant cinq ans de tous travaux de construction et d'entretien. De l'autre, des réquisitions massives imposées par la conduite de la guerre et par le développement des services administratifs » [40]. Il était donc urgent d'« assu-

34. *Ib.*

35. *Ib.*, pp. 51-52.

36. Le Comité estime que « le coût (en temps et en argent) des déplacements pendulaires risque de peser trop lourdement sur les budgets des ménages pauvres ». Observation précitée, p. 52.

37. *Ib.*

38. Observation générale, *op. cit.*, p. 51.

39. *J.O.R.F.* 19 oct. 1945, pp. 6646-6651.

40. Exposé des motifs de l'ordonnance.

rer une meilleure répartition des logements existants en utilisant au maximum les possibilités en état ». Ainsi par exemple, le Préfet pouvait réquisitionner des « logements à usage d'habitation vacants, inoccupés ou insuffisamment occupés, en vue de les attribuer » aux personnes dans le besoin [41]. L'article 18 quant à lui imposait une taxe à ceux dont les immeubles s'avéraient inoccupés, poussant ainsi chacun à rechercher « dans ses proches ou dans ses relations [...] et accueillir sous son toit la personne isolée qui lui permettra d'éviter le paiement de l'impôt » [42].

Le texte de 1945, en recherchant des solutions pour les sans-abri, mettait en œuvre le droit au logement, sans le consacrer explicitement comme droit fondamental. Cette consécration n'interviendra qu'avec la loi du 1er septembre 1948 sur les baux d'habitation, mais surtout avec la loi du 22 juin 1982 relatives aux droits et obligations des bailleurs et des locataires [43]. Son article premier dispose que « le droit à l'habitat est un droit fondamental ». La formule est reprise par la Loi du 6 juillet 1989, qui retient toutefois l'expression « *droit au logement* » [44]. La loi du 31 mai 1990 quant à elle précise que « garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la Nation » [45].

Le Conseil constitutionnel pour sa part, s'appuyant sur l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « tout être humain [...] a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence », reconnaît tout d'abord que « promouvoir le logement des personnes défavorisées [...] répond à une exigence d'intérêt national » [46]. Plus tard, et sous la pression de la saisine, il affirme que « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle » [47].

La mise en œuvre de ce droit au logement consiste dès lors pour l'État qui en est chargé à mettre en place des politiques de logement social, afin que les personnes les plus démunies puissent avoir un toit. Les autorités publiques doivent ainsi, entre autres mesures, permettre « l'acquisition de terrains ou de locaux nécessaires à la réalisation de logements à usage loca-

41. Article 24.

42. Exposé des motifs.

43. *J.O.R.F.* 23 juin 1982, pp. 1967 et s.

44. *J.O.R.F.* 8 juil. 1989.

45. Loi « visant à mettre en œuvre le droit au logement », *J.O.R.F.* 2 juin 1990, pp. 6551 et s., article 1er.

46. Décision 90-274 DC, du 25 mai 1990, *J.O.R.F.* 1er juin 1990, p. 6519.

47. Décision 94-359 DC, du 19 janv. 1995, *J.O.R.F.* 21 janv. 1995, p. 1167. Dans leur saisine, les requérants notaient en effet, en se référant à la jurisprudence du Conseil, qu'« il est, à l'évidence, impossible de mener une 'vie familiale normale' sans disposer d'un logement décent » et que « on ne saurait sérieusement contester qu'au nombre des 'moyens convenables d'existence' auxquels chacun a constitutionnellement droit figure le logement » (*J.O.R.F.* précité, p. 1168).

tif » (art. L.302-6 du *Code de la construction et de l'habitat*), à mettre en œuvre des « plans départementaux d'action pour le logement des personnes défavorisées » (article 2 de la Loi du 31 mai 1990), etc. Mais la portée du droit au logement ne se limite pas à ces obligations de portée générale. Les juges, s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, se réfèrent de plus en plus à ce droit pour régler des litiges entre particuliers.

Saisi par une personne qui était sous le coup d'une expulsion de son logement pour cause de non-paiement de loyer, le tribunal de Saintes a jugé que bien que le droit de propriété soit « une règle de valeur constitutionnelle », « le droit de disposer d'un logement décent a été pareillement consacré par le législateur » et le juge constitutionnel. Par conséquent, « il appartient au juge judiciaire de faire prévaloir l'une de ces deux règles [...] en fonction des éléments qui lui sont soumis » ; la prise en compte des risques de dégradation des conditions d'existence a donc été d'une grande influence sur la décision du juge qui, bien que condamnant le locataire à quitter le logement, lui accorda un délai supplémentaire « nécessaire à son relogement », eu égard à ses charges familiales et à la modicité de ses moyens [48]. La Cour d'appel de Paris avait quant à elle eu recours à la notion d'« état de nécessité » dans un arrêt du 17 septembre 1993, estimant que l'occupation en l'espèce était « contraire à la loi mais dictée par l'état de nécessité ». De même, le Tribunal de grande instance de Paris, dans une ordonnance de référé rendue le 2 septembre 1996, a estimé que « le droit au logement constitue un devoir de solidarité nationale qui mérite protection au même titre que le droit de propriété » ; il a donc débouté la Ville de Paris de sa demande d'expulsion de familles en situation précaire qui occupaient un de ses immeubles depuis l'été précédent [49]. La tendance se dessine donc progressivement mais fermement en faveur de la protection des plus démunis, sous la pression notamment du mouvement associatif [50]. Toutefois, si ces décisions démontrent que le droit au logement n'a pas qu'un contenu programmatoire, il reste difficile d'établir ce que peuvent concrètement et juridiquement exiger des personnes en difficultés de l'État, car le souci d'une revendication juridictionnelle des droits est d'une très grande importance dans la reconnaissance des droits fondamentaux.

La mise en œuvre du droit au logement mène donc au moins dans deux directions. La première est l'utilisation optimale des logements existants, et la seconde, la construction de logements supplémentaires, afin qu'il y en ait suffisamment, à des conditions d'accessibilité pour le plus grand nombre sinon pour tous. Sous l'angle de la jurisprudence analysée, il semble *a priori*

48. Jugement cité par *Le Monde*, 29 mars 1995.

49. Affaire dite de la *Rue Marcadet*. Voir *Le Monde*, 17 sept. 1996.

50. Il est en effet important de noter que ces affaires sont pour la plupart le résultat d'occupations orchestrées par l'association *Droit au Logement* (D.A.L.), qui est tout aussi active dans les procédures judiciaires engagées.

impossible d'avoir une position globale des organes de Strasbourg sur la question du droit au logement. Cependant, par rapport au premier aspect énoncé plus haut, l'action actuelle de la Cour et de la Commission paraît satisfaisante. Sans que le droit au logement soit proclamé en tant que tel par la Convention, il est garanti – dans la limite des logements disponibles – par le biais d'une autre disposition.

B. – « *La protection par ricochet* » *du droit au logement*

Concept doctrinal, la protection par ricochet désigne le processus par lequel la Cour étend à des droits non expressément protégés par la Convention la protection de dispositions conventionnelles. Son évocation ici pourra paraître inopportune, car la Cour n'étend pas au droit au logement le champ d'application du droit de propriété ; bien au contraire ! C'est en portant atteinte au droit de propriété que la Cour arrive à protéger un pan du droit au logement. On en arrive à une situation pour le moins curieuse, dans laquelle la garantie d'un droit « extra-conventionnel » conduit à violer un droit qui est, quant à lui, protégé par la Convention...

S'il ne s'agit pas d'une protection « par ricochet », c'est au moins une protection tout aussi indirecte car l'objectif de la Cour est le même : arriver à placer sous la protection de la Convention des droits qui ne sont pas expressément garantis par elle. Seul le moyen diffère, car le ricochet n'est pas un droit reconnu par la Convention, mais plutôt l'atteinte – certes légitime – à un droit de la Convention. L'action des organes de la Convention à l'égard du logement se range donc dans cette catégorie jurisprudentielle.

En somme, l'on peut dire que cette approche pragmatique de la Cour et de la Commission est audacieuse, subtile et surtout d'une efficacité satisfaisante. Le droit au logement y apparaît comme un droit « *diffus* » – parce que déduit – mais *réel*, car le juge arrive à empêcher la survenance de conditions économiques et sociales rendant difficile, sinon impossible l'obtention ou le maintien de la location d'un logement.

Il reste cependant que cette perspective ne couvre pas tous les aspects du droit au logement. Mais ces aspects sont à définir aussi précisément que possible, de même que l'objectif général de ce droit, car il semble difficile d'obliger l'État à fournir un logement à tous, surtout si l'on entend par là attribuer à chacun un « *logement décent et indépendant* », selon les termes de la législation française [51]. D'une part, l'effectivité du droit dépend aussi du caractère concret et précis de son contenu (or inclure dans la substance du droit au logement des prestations difficilement exigibles de l'État ne conduirait qu'à réduire son effectivité) ; d'autre part, combattre l'insécurité matérielle n'implique pas nécessairement que l'on fournisse à toutes les personnes

51. Article 1er al. 2 de la Loi du 31 mai 1990.

concernées davantage que le minimum « incompressible », à savoir un lieu d'habitation décent. Le logement de personnes sans abri dans des appartements collectifs viole-t-il le droit au logement ? On peut le souhaiter, mais l'efficacité même du droit au logement comme instrument juridique de lutte contre la précarité matérielle ne l'exige probablement pas toujours...

DEUXIÈME THÈME

Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures

*

Aspects philosophiques des droits fondamentaux

Personne, culture et droits : harmonie, polyphonie et dissonance

PAR

HENRI PALLARD

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ LAURENTIENNE (CANADA) *

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

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

I. – HARMONIE, POLYPHONIE ET DISSONANCE

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

* Département de Droit et Justice, Université Laurentienne, Sudbury (Ontario), Canada.

1. Les premiers travaux de l'équipe, *Personne, culture et droits*, paraîtront dans *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, H. PALLARD et S. TZITZIS (dir.), L'Harmattan, Paris, 1996.

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

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

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

A. – *Nécessité et universalité des droits fondamentaux*

Selon Hassan Abdelhamid [2], le fondement apodictique des droits de l'homme se retrouve dans leur unité métaphysique, l'idée de justice qui existe dans l'homme en tant qu'elle est vertu [3]. Cette recherche récuse l'approche moderne et sa réduction de l'humain à son aspect empirique pour retrouver la signification des droits fondamentaux dans une nature humaine où sa dimension métaphysique est reconnue. Il faut retrouver l'unité ontologique de la personne si on veut assurer les fondements des droits de la personne [4], les garantir contre des interprétations diverses propres à chaque culture. En recourant à l'individualité pour définir la personne, la Modernité deviendrait incapable de découvrir un élément commun à la personne qui dépasse les données culturelles spécifiques car elle aurait universalisé ce qu'il y a de particulier chez l'individu – sa liberté. Il faut plutôt universaliser l'être humain en tant que tel. L'universalité des droits de la personne peut être garantie seulement par la nature universelle de l'être humain. C'est seulement en retrouvant l'« Homme universel » comme archétype idéal que l'on peut y parvenir.

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

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

3. *Ibid.*, pp. 79-80.

4. *Ibid.*, p. 66.

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

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

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

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

5. *Ibid.*, p. 66.

6. *Ibid.*, p. 70.

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

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

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

B. – *Le refus de l'universalité*

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

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

8. F. VALLANÇON dirait plutôt qu'un tel recours se justifie par la confiance.

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

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

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

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

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

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

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

12. *Ibid.*, pp. 93-94.

13. *Ibid.*, p. 94.

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

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

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

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

14. Voir les ouvrages suivants par Y. BEN ACHOUR : *Politique, religion et droit dans le monde arabe*, Cérès Production, Tunis, 1992 ; *Normes, foi et loi en particulier dans l'Islam*, Cérès Éditions, Tunis, 1993 ; « Nature, raison et révélation dans la philosophie du droit des auteurs sunnites », conférence présentée à la Faculté des Sciences Juridiques, Tunis, le 5 décembre 1995.

15. H. PALLARD, « Culture et diversité culturelle : Essai préliminaire à une étude sur l'universalité des droits fondamentaux », dans *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, pp. 21-39.

16. H. PALLARD, « Altérité, individualité et droits », conférence présentée à la Faculté des Sciences Juridiques, Tunis, le 5 décembre 1995.

17. « Personne, culture et droits en Afrique noire », dans *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, pp. 95-117.

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

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

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

C. – *Entre la diversité et l'universalité*

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

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

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

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

19. *Ibid.*, p. 139.

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

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

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

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

21. *Ibid.*, p. 142.

22. *Ibid.*, p. 146.

23. *Ibid.*, p. 147.

24. *Ibid.*, p. 141.

25. *Ibid.*, p. 147.

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

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

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

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

26. « Universalité des droits fondamentaux et pluralisme culturel : Une compatibilité pour toujours rhétorique ? », dans *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, pp. 149-167.
27. *Ibid.*, p. 165.
28. *Ibid.*, p. 165.
29. *Ibid.*, p. 166.

D. – *La personne : convergences et divergences*

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

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

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

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

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

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

33. *Ibid.*, p. 53.

34. *Ibid.*, p. 54.

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

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

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

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

II. – L'impossible universalité

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

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

36. *Ibid.*
37. *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle

PAR

FRANÇOIS VALLANÇON

MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ DE PARIS II *

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

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

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

* Panthéon-Assas.

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

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

D'où vient ce mystère ?

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

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

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

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

I. – De l'universalité des droits fondamentaux

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

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

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

2. Cf. L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, Paris, Champs-Flammarion, 1986, p. 176.

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

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

L'infernal, au contraire, est ce au-dessous de quoi on peut toujours aller. C'est ce qui fait tomber et descendre toujours plus bas. C'est cette descente, cette chute même, sans fin et sans fond, vertigineuse et qui ne peut s'arrêter, faute de rencontrer un obstacle qui serait un roc, un fondement, un principe de stabilisation et d'unification. L'infernal est aussi ce qui n'a pas en soi-même de principe d'unité. C'est ce qui a en soi-même un principe de division, ou plutôt c'est ce qui n'étant qu'une absence de principe, et qui, n'ayant pas d'autre essence qu'une absence, un refus de présence, est en soi divisé. C'est la maison du non – *non serviam*, disent les théologiens – en ce sens que si le oui est principe d'accord, donc d'unité entre deux ou plusieurs personnes, le non, lui, est désaccord, séparation, hostilité, entre deux hommes ou plus. C'est même, ce non, un principe de division au sein de chaque individu, qui ne peut dire non que parce qu'il a dit oui, au moins à l'existence : tel est le fondement, on l'a reconnu, du *cogito* cartésien. L'infernal, c'est le *diabolos* [4], le séparateur, c'est la maison qui sécroule sur elle-même car elle est divisée d'avec elle-même et n'est rien d'autre que cette division.

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

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

4. C'est ce qui désunit, qui inspire la haine ou l'envie. Cf. Pindare, Frg. 170.

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

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

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

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

Passons au droit interne.

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

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

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

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

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

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

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

Examinons donc celle-ci.

II. – De la diversité culturelle

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Cf. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, 1130a, 13-14.

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

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

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

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

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

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

8. Cf. A. Sériaux, *Le Droit naturel*, Paris, PUF Coll. Que sais-je ? 1993, p. 59.
9. *Ibid.*, p. 66.

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

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

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

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

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

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

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

*
* *

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10. PLUTARQUE, *Is et Osis*, 34, 364d.

Pensées musulmanes et théorie des droits de l'homme *

PAR

SLIM LAGHMANI

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES DE TUNIS

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

* Version remaniée d'un texte paru dans G. CONAC et A. AMOR (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Economica, 1994, pp. 42-55. Reproduit avec permission.

1. Voir par exemple : S.A. ALDEEB ABOU SAHLIEH, « La définition internationale des droits de l'homme et l'Islam », *R.G.D.I.P.*, 1985, pp. 652-716 ; M. ARKOUN, « Les origines islamiques des droits de l'homme », *Rev. Sc. Mor. Pol.*, janvier 1989, pp. 25-37 ; M.Ch. BASSIOUNI (dir.), *Les droits de l'homme*, t. 3, *Études pratiques sur le monde arabe*, 1ère partie, « La protection des droits de l'homme dans la *Shari'a* islamique », (en arabe), Beyrouth, 1989, pp. 17-131 ; Y. BEN ACHOUR, « Le monde arabe, l'État et les droits de l'homme » (en arabe), *Al-fikr al-arabi al-muacir*, 1989, nos 72-73, pp. 52 et s. ; Y. BEN ACHOUR, « Les droits de l'homme, quel homme ? quel droit ? » (en arabe), *Al-fikr al-arabi al-muacir*, 1990, n° 82-83, pp. 61-70 ; M. CHARFI, « Islam et droits de l'homme », *Revue Islamo-Christiana*, 1983, pp. 14 et s. ; M. CHARFI, « Droit musulman, droit tunisien et droits de l'homme », *R.T.D.*, 1983, pp. 405 et s. ; A. CHENAL, « Droits de l'homme et libertés politiques dans l'aire arabo-musulmane », *L'homme et la société*, 85-86, 1987, pp. 51-57 ; Collectif, *Les droits de l'homme en Islam*, Publication de la Commission internationale des Juristes, 1982 ; Collectif, *Islam, Christianisme et droits de l'homme*, Tunis, Cérès, Actes de la IIIe Rencontre Islamo-chrétienne, 1982 ; Collectif, *Islam et droits de l'homme*, Paris, Librairie des libertés, 1984 ; S. DIOP, « Islam et droits de l'homme, une problématique actuelle, un impact certain », dans *Islam et droits de l'homme*, G. CONAC et A. AMOR (dir.), Paris, Economica, 1994, pp. 73 et s. ; M.-Ch. FERJANI, *Islamisme, laïcité et droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 1991 ; Z. HAQUANI, « La déclaration islamique universelle des droits de l'homme », *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, La Haye A.D.I., Martinus Nijhoff, 1984, pp. 163 et s. ; N.A. HILMY, « Dimension des droits de l'homme en Islam », *Bull. du Centre de Doc. et d'Et. Jur. Eco et Soc.* 1981, n° 12, pp. 122-158 ; A. KHADDURY, « Human Rights in Islam », *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, Philadelphie, 1946, n° 243, pp. 77-81 ; A. KHALAFFALA, « La position de la civilisation islamique à l'égard des droits de l'homme » (en arabe), *R.E.D.I.*, 1956, vol. 12, pp. 1-27 ; T. KORAYTEM, *Le discours des droits de l'homme dans le monde arabe contemporain*, Paris, INALCO, 1990 ; J. MAILA, « Les droits de l'homme sont-ils impensables dans le monde arabe ? », *Paysages après la bataille. Contre la guerre des cultures, Esprit, Les Cahiers de l'Orient*, juin 1991, pp. 322-343 ; P. RONDOT, « Islam et Déclaration des droits de l'homme », *Défense nationale*, 1985, 1, pp. 25-34 ; M. SIMON, *Les droits de l'homme. Guide de d'information et de réflexion*, Lyon, 1985, voir pp. 146 et s. ; M.-A. SINACEUR, « L'Islam et les droits de l'homme », dans A. LAPEYRE, F. DE TINGUY et K. VASAK (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, vol. 1, *Dimensions spirituelles et intellectuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 149 et s.

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

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

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

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

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

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

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

3. *Ibid.*

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

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

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

I. – La philosophie des droits de l'homme

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

4. M. Villey, « Les origines du droit subjectif », *Archives de Philosophie du Droit*, 1954, pp. 163-187.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. – La pensée musulmane sunnite

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

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

A. – *Les acteurs*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. L. GARDET et G.C. ANAWATI, *Introduction à la théologie musulmane*, Paris, Lib. Phil. J. Vrin, 3e éd., 1981, pp. 38-39 ; Ch. BOUAMRANE et L. GARDET, *Panorama de la pensée islamique*, Paris, Sindbad, 1984, p. 36.

9. Voir AL-GHAZALI (m. 506 H./1111), *Al-munqedh min-adh-dhalal*, Beyrouth, 1983, pp. 91-93.

10. Voir IBN KHALDUN (m. 807 H./1405), *Al-Muqaddima*, Alger-Tunis, 1984, Vol. II, p. 551.

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

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

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

B. – *Les thèses en présence*

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

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

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

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

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

13. *Id.*, *Fadhl'al-l tizâl wa tabaqât al-mu'tazila*, Tunis, 1986, p. 139.

14. *Id.*, p. 139.

15. Shahrastani, *op. cit.*, pp. 43-44.

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

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

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

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

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

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

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

16. Sur cette aspect, voir A. Amin, *Fajr al-Islam*, Beyrouth, Dar al-kitâb al-'arabi, 1979, pp. 283 et s. ; et *Dhuhâ al-Islam* Beyrouth, vol. III, Dar al-kitâb al-'arabi, 1979, pp. 1-207.

17. Ghazali, *Tahâfut al-falâsifa*, Le Caire, Dal al-Ma'ârif, 6[e] éd., pp. 239-251.

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

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

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

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

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

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

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

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

19. Cf. AL-ASH'ARI (m. 324 H./935), *Kitâb al-luma'fi al-radd'alâ ahl al-zaigh wa al-bida'*, Le Caire, 1955, p. 71.

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

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

*
* *

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

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

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

PAR

THOMAS GIL

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE SAINT-GALL (SUISSE) *

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

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

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

* Département de Philosophie.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Voir R. Nozick, *Philosophical Explanations*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1981, pp. 13 et s.

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

5. Voir le premier chapitre de R. Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 1989.

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

II. – Le « modèle cohérentiste » de justification des droits fondamentaux

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. L. BONJOUR, *op. cit.*, p. 93 (nous traduisons).

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

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

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

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

PAR

YADH BEN ACHOUR

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES DE TUNIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Objectivement, c'est-à-dire extérieurement, il est parfaitement possible d'analyser cela comme une intrusion du profane dans l'espace du sacré. Il est parfaitement possible et légitime de supposer, comme l'ont fait, par exemple, I. Goldziher [3], Joseph Schacht [4], Chafik Chehata [5], Mohamed El Shakankiri [6], Roger Arnaldez [7], Mohamed Arkoun [8], que, par ce gigantesque effort, les *fuqaha* islamisaient, sacralisaient, après coup, toutes sortes de règles juridiques coutumières arabes pré-islamiques, ou des législations d'origine persane, byzantine, canonique ou juive qui étaient pratiquées par les peuples dont les territoires furent islamisés. De ce point de vue, comme le dit M. Arkoun, la raison théologique transcendantalise et annule l'historicité. Mais, du point de vue de l'interprète, c'est-à-dire sur le plan de l'analyse interne, ce travail demeure enserré dans le champ du religieux pour les raisons que voici : d'abord, par le rôle primordial de l'analogie qui consiste à trouver la solution d'un cas ou d'un litige inédit à partir d'une analogie avec la règle révélée ; ensuite, parce que l'interprète, quelle que soit sa distance objective à l'égard du texte, se pose lui-même et reste compris par ses coreligionnaires et sa société comme un interprète recherchant à scruter et comprendre les desseins de Dieu. Ce n'est plus l'exégèse littérale du texte, mais cela reste toujours une intention exégétique. Les sciences religieuses donnent des sens aux faits et, dans ce domaine, ce sont les convictions et non les faits en eux-mêmes qui comptent.

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

3. I. Goldziher, *Le dogme et la loi en Islam*, Lib. P. Geuthner, trad. F. Arin, 1920.

4. J. Schacht, *Introduction au droit musulman*, trad. P. Kempf et A. Turki, Maisonneuve et Larose, 1983, pp. 25, 27, 29, 33, 36, 37.

5. Chafik Chehata, *Études de droit musulman*, PUF, 1971, pp. 11 et s.

6. M. El Shakankiri, « Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam », *Rev. Int. Droit Comparé*, 1981, p. 767.

7. R. Arnaldez, « La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques », *Archives de philosophie du droit*, t. 38, *Droit et religion*, Sirey, 1993, pp. 83 et s.

8. M. Arkoun, *Ouvertures sur l'Islam*, J. Grancher, 1989, pp. 40 et 41 ; *Pour une critique de la raison islamique*, Maisonneuve et Larose, 1984, p. 73. Sur ces points, voir Slim Laghmani, *Éléments d'histoire de la philosophie du droit*, Cérès Production, 1993, pp. 167 et s.

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

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

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

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

1. L'ordre naturel constitue, en soi, la démonstration de l'existence, de la puissance et de l'intelligence de Dieu. L'univers est absolument prodigieux, grandiose et ordonné et implique nécessairement, pour tout être raisonnable, affirme Ghazâli, l'existence d'un Créateur pour le concevoir et d'un Agent pour l'ordonner [10]. L'ordre naturel est l'évidence du Créateur pour des êtres doués de raison (*âyâtun li qawmin ya'qilûn*). Et la création de l'être humain est le prodige des prodiges et l'évidence des évidences, comme l'expliquera Fakhr addine Arrâzi dans son exégèse du Coran [11].

2. Il n'y a donc pas d'aberration dans l'univers (sa création et son fonctionnement). L'univers est ordonné selon un plan mystérieux, mais dont on peut deviner certaines finalités. L'univers n'est ni arbitraire, ni aberrant. Cette thèse, qui est en fait celle des théologiens rationalistes de l'Islam (les

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

10. GHAZÂLI, *Ihya'ulum addine*, vol. I, p. 105.

11. *Tafsir*, 1ere éd., vol. I, pp. 208 et s.

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

3. Étant ordonné, l'univers est explicable et compréhensible. Son explication, c'est qu'il constitue un don de Dieu (*ni'ma*), dont les manifestations essentielles sont la vie elle-même, le bonheur terrestre sous toutes ses formes, mais surtout la vie suprême [13]. L'univers a donc, comme l'explique Râzi, une double explication : du point de vue religieux et du point de vue terrestre. Le don divin est total pour le musulman. Pour le non musulman, c'est un don simplement terrestre [14].

4. Cet ordre doit nécessairement être suivi de normes (*ahkâm*) destinées à sa conservation. L'ordre est donc explicatif des normes. La norme (*hukm*) est conservatrice de l'ordre, gardienne de ce que Dieu a instauré. L'idée d'Instauration divine est fondamentale. La norme, en effet, a pour objet de réinstaurer ce que l'homme a désinstauré par le jeu de ses passions. Elle constitue, à ce titre, un fardeau (*thaqîlatun 'ala a nufûs*) [15]. La norme, de ce fait, sanctionnera les crimes contre-nature (travestissement, homosexualité, autojouissance, bestialité, contacts charnels avec un cadavre, etc.) parce qu'ils violent l'harmonie naturelle des choses [16], canalisera l'expression des instincts par le jeu des règles de prohibition et de prescription (*nawâhi et awâmir*), organisera le fonctionnement des institutions conformément à la nature du corps politique. Nous y reviendrons.

5. Ces normes sont donc, sauf exception, elles-mêmes explicables et compréhensibles. Il n'y a pas de faille entre nature et droit (voir 7).

6. La raison et la révélation se conjuguent donc pour confirmer l'harmonie à l'intérieur de la nature et du droit et dans leurs rapports réciproques (voir 7).

7. Le caractère obligatoire de la norme vient, entre autres considérations, de ce qu'elle est un dicte de la nature, car c'est une contradiction absolue de supposer que les dispositions obligatoires qui règlent la vie peuvent aller à l'encontre de la nature, qui est l'essence de la vie. La volonté législatrice (celle de Dieu) ne contredit pas la nature. La norme est donc le produit de la volonté législatrice et de la nature. Cette idée fondamentale est nettement avancée par l'un des grands théologiens et érudits musulmans de notre siècle, dans un livre spécialement consacré à la philosophie islamique du

12. Sourate des Croyants, 115. Sourate Sâd, 17. Sourate de la Fumée, 38, 39. Cf. SHÂTIBI, *Muwâfaqât*, vol. I, T. 2, p. 131 ; GHAZALI, *Mustasfâ*, vol. I, Dar al Márifa, Beyrouth, p. 105 : SHEIKH TAHAR IBN ASHÛR, *Maqâcid a sharî'a al islamiya* (*Les fins ultimes de la loi islamique*), M.T.D., Tunis, 1978, p. 13.

13. FAKHR ADDINE ARRAZI, *Tafsir*, vol. I, 1ère éd., pp. 480 et s.

14. *Ibid.*

15. SHÂTIBI, *Muwâfaqat*, vol. I, t. 2, p. 131.

16. ABDELWAHAB BOUHDIBA, *La sexualité en Islam*, PUF, 1975, pp. 44 et s.

droit [17]. L'auteur écrit : « Si nous considérons convenablement l'objectif général de la Shari'a [...], nous voyons qu'il ne fait rien d'autre que tendre à la conservation du naturel (*fitra*) et la mise en garde contre sa violation ou son déséquilibre (*ikhtilâl*). Il est même probable que ce qui le viole gravement soit considéré par le droit (*shar'*) comme répréhensible et interdit ; ce qui tend à son intégrité, soit considéré comme obligatoire ; ce qui est en deçà, dans les deux cas, soit blâmable ou recommandé dans l'ensemble ; et ce qui est sans rapport (avec le naturel) soit permis » [18]. Le droit révélé par le Coran ou la Sunnah ou déduit de leurs principes a pour objet de sauvegarder les préceptes de la nature, dont l'homme raisonnable et civilisé est le centre. Il en est ainsi des règles du mariage, de la filiation, de la pudeur, du respect de la vie et de l'honneur, de la recherche de la science et de la civilisation [19].

8. Cependant, l'être humain, contrairement à l'animal, est un être intelligent et qui se sait voué à Dieu et à la reconquête de la vie éternelle. Cela l'oblige à sortir en partie de ses déterminismes naturels et d'être ainsi un « être réglé », un « être obligé » (*mukallaf*). Le concept de *Taklîf* (charger l'homme d'obligations, fardeau de la responsabilité) est un concept central de la science juridique islamique. Bazdawi [20], Sadr asharî'a (*ubaïd allah Ibn Mass'ûd*) [21], Taftazâni [22], Ghazâli [23], Qarâfi [24], Shâtibi [25], Subki [26] définissent la norme (*hukm*) comme une adresse de Dieu aux « obligés », aux chargés d'obligations. Subki, pour ne prendre que son seul exemple, définit la norme de la manière suivante : la norme, quant à elle, c'est l'adresse (le discours) (*khitâb*) de Dieu concernant l'action de l'obligé (*mukallaf*), en tant qu'il est « obligé ». L'homme est un obligé, par seconde nature en quelque sorte. En effet, il est à la fois plongé dans la nature première, la recherche du bonheur et la satisfaction de ses passions, instincts et appétits, qui doivent recevoir leur juste part, mais il doit les dépasser et les refréner, grâce

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

18. *Op. cit.*, p. 59.

19. *Ibid.*

20. Faqîh hanéfite du XI[e] siècle à Samarkand. Son ouvrage en science des sources du droit est intitulé *Kinz al usûl*.

21. Faqîh hanéfite du XIV[e] siècle à Bukhâra. Auteur du *Tanqîh* et de son commentaire, le *Tawdhîh*.

22. Théologien du XIV[e] siècle au Khorassân. Auteur d'une glose sur le *Commentaire de 'Adhud addîne sur le Mukhtacâr d'Ibn al Hâjib*.

23. Théologien, philosophe, faqîh célébrissime des XI[e]-XII[e] siècles.

24. Faqih et usuliste du XIII[e] siècle.

25. Faqih grenadin malékite du XIV[e] siècle.

26. Faqih et juge du XIV[e] siècle au Shâm.

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

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

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

II. – Les présupposés du droit naturel

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

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

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

28. Shatibi, *Muwafaqât*, vol. I, t. 2, p. 29.

29. Sur ces points, cf. les commentaires de Fakhr addine Arrâzi sur la Fâtiha (1ère Sourate du Coran), *A tafsîr al kabîr*, 1ère éd., pp. 205 et s.

30. Shâtibi, *Muwafaqât*, vol. I, t. 2, p. 128.

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

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

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

31. GHAZÂLI, *Ihya*, t. 3, p. 54 ; voir également p. 65.
32. *Op. cit.*, p. 66.
33. *Op. cit.*, p. 79.
34. SHATIBI, *Muwafaqât*, vol. I, t. 1, p. 41.
35. *Op. cit.*, vol. 1, p. 142.

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

Le troisième présupposé est que l'homme porte en lui la double tendance au mal (*Fasâd*), dont le ressort est constitué par les appétits (*Shahawât*) et au bien, dont les indicateurs sont la raison et la révélation. Les règles de l'illicite, les sanctions pénales et disciplinaires sont destinées à réinstaurer (*islâh*) ce que l'homme, par ses actions nuisibles, a désinstauré. Elles doivent protéger la religion (les droits de Dieu) ainsi que la vie, la personne, la raison et les biens de l'homme, en tant que centre de l'univers. Shâtibi affirme : « La nation islamique (*ummah*) et même tous les peuples (*milal*) sont d'accord pour dire que la législation (*shari'a*) a été posée pour protéger les cinq éléments nécessaires que voici : la religion, la vie, la procréation, les biens et la raison » [38] (*dîn, nasfs, nasl, mâl, 'aql*). Sheikh Ibn 'Ashûr les ramène à trois éléments : la raison, les actes, les biens [39], ce qui lui permet de limiter son analyse au *Tashrî'*, c'est-à-dire la législation proprement juridique (*qânûn*) sans considérer le domaine de la foi et des rites, ni celui du blâmable et du recommandé [40].

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

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

37. *Op. cit.*, p. 63.

38. Shâtibi, *Muwâfaqât*, vol. I, t. 1, p. 26.

39. *Op. cit.*, p. 63.

40. *Op. cit.*, p. 9.

masculin et du féminin [41], celle des ascendants et descendants, celle des pères et des fils. Dans le deuxième cas, celui de l'ordre économique, les classifications fondamentales sont celles des biens et des personnes, de la matière et de la volonté, des riches et des pauvres. Dans l'ordre constitutionnel les catégories essentielles sont celles du Pasteur (*Râ'i*) et du troupeau ; de la communauté (*ummah*), de la majorité (*jama'a*) et des dissidents (*firaq*) ; de l'instauration, de la désinstauration (*fasâd*) et de la restauration (*islâh*) ; de la loi et de la violence (ou du livre et du glaive chez Ibn Taymiya) [42] ; de la masse (*âmmah*) et de l'élite (*khâssah*).

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

III. – Les disputes autour du fondement et des méthodes d'élaboration de la règle de droit

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

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

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

42. Ibn Taymiya, *Asiyâsa ashar'ia* [...], 4e éd., Dâr al kitâb al arabi, 1969.

1. Dieu est juste ; il ne peut être l'origine du mal.

2. Il l'est obligatoirement. Il ne peut être autrement.

3. L'homme est doué de libre-arbitre et de raison.

4. Il est donc responsable de ses actes. Le *Taklîf*, que nous avons déjà évoqué, ne se comprendrait pas autrement.

5. Cette même raison est à même de saisir le bien (*husn*) et le mal (*qubh*). Elle est donc le fondement premier du droit.

6. La révélation n'est qu'une consécration du droit tiré de la raison.

7. Le licite et l'interdit existeraient donc de toute éternité, indépendamment de toute révélation.

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

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

43. 150-204 H./ 767-820. Fondateur de l'une des grandes écoles juridiques sunnites.
44. *Rissala*, 1ère éd., A. Mohamed Châkir, 1940, p. 20.
45. *Op. cit.*, p. 39.

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

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

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

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

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

46. Shatibi, *Muwafaqât*, vol. II, t. 1, p. 19.

47. *Ibid.*, p. 38.

48. *Ibid.*

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

50. *'Ihya*, vol. III, p. 17.

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

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

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

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

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

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

52. QARÂFI, *Sharh Tanqîh al fusûl fi' khtisâr al mahsûl*, 1ère éd., 1306 H., p. 41. Classification ternaire reprise par Sadr a shari'a (*kitâb a tawdhîh fi halli ghaw â midh a tanqîh*) et Taftazâni, (*a talwîh fi kashfi haqâ'iq a tanqîh*), éd. 1310 H., p. 328.

53. *Op. cit.*, p. 42.

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

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

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

1. Cela rendrait inutile les définitions et qualifications légales de la *Shari'a*.

2. Il a été prouvé que la raison ne peut déterminer le bien et le mal.

3. Cela pourrait annihiler tout le système du *shar'* [60].

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

55. Mort en 756 H.
56. *Commentaire sur le Muktaçar d'Ibn al Hajîb*, 1ère éd, 1316, vol. I, p. 8.
57. Glose de Taftazâni sur le commentaire de Adhûd addine, *op. cit.* ; p. 8.
58. *Muwâfaqât*, vol. I, t. 1, p. 24.
59. *Op. cit.*, p. 25.
60. *Op. cit.*, p. 61.

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

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

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

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

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

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

61. *Qiyâs* : analogie pour trouver la solution d'une affaire, à partir des motifs présumés communs, d'un cas résolu par le texte.

62. Mais il s'est posé également pour le Coran lui-même par des sectes hérétiques.

63. *Mutawâtir* : accepté avec certitude sur la foi de témoignages recoupés ayant pour auteurs des personnages crédibles et ceci au cours des trois premiers siècles de l'Hégire, sans discontinuité.

64. *Shih mashhûr* · authentique et connu, accepté au cours des deuxième et troisième siècles, dans les mêmes conditions que le *mutawâtir*.

65. *Sahih ghaïr mashhûr* : authentique mais non réputé, établi sur la base de témoignages sûrs au cours du premier siècle de l'Hégire.

66. *Hasan* : hadith acceptable entre le *sahîh* et le *dha'îf*.

67. *Dha'îf* : hadith faible comprenant plusieurs catégories.

68. C'est-à-dire ce qui n'est pas *mutawâtir*. Il comprend le *sahîh*, le *hasan* et le *dha'îf*.

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

3. Que faire en l'absence de texte ?

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

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

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

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

71. QARÂFI, *Tanqîh al fusûl*, p. 140.

72. *Ihkâm*, vol. II, 4, p. 129.

73. *Id.*, p. 132.

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

*
* *

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

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

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

Tradition, Renaissance et droit dans la société égyptienne moderne

PAR

HASSAN ABDELHAMID

MAÎTRE DE CONFÉRENCES
À L'UNIVERSITÉ D'AIN CHAMS (ÉGYPTE) *

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

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

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

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

* Faculté de droit, Université d'Ain Chams, Le Caire.

1. Nous pourrions opposer la Modernité à l'Antiquité, qui est égale à la Tradition à notre sens. Ainsi, l'Antiquité est un monde qui repose sur des principes au vrai sens de ce mot ; c'est-à-dire où l'ordre métaphysique domine tous les autres, où tout en procède directement ou indirectement et, qu'il s'agisse de sciences ou d'institutions sociales, n'est en définitive qu'applications contingentes, secondaires et subordonnées des vérités purement métaphysiques ; voir notre article, « Du droit romain au droit musulman : La permanence de l'Idée métaphysique », *Revue de Méditerranée*, n° 4, 1995, pp. 47 et s.

2. Sur cette question de trois dimensions, voir Mohamed ABED ELGABRI, *L'Héritage culturel et la Modernité ; Études et conversations*, Centre des études de l'Union arabe, Beyrouth, 1991, (en arabe).

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

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

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

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

3. À cette époque, le concept de civilisation a été lié à celui de progrès. Ces concepts traduisent une vision impérialiste où l'humanité est appelée à s'améliorer, à progresser en suivant les règles de la Raison, dont le modèle occidental est l'incarnation ; la civilisation est un état que la société blanche connaît déjà et que les peuples sauvages doivent réaliser en adoptant les valeurs du monde occidental. Sur la naissance et l'évolution du concept de civilisation, voir Ph. BENETON, *Histoire de mots : Culture et civilisation*, Travaux et recherche de science politique, n° 35, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1975.

4. Hassan HANAFI, *Introduction à la science de l'occidentalisation*, Le Caire, La Maison artistique (Al Dare Elfanie), 1991, pp. 70 et s. (en arabe).

5. C'est vrai que la modernisation a commencé en Égypte avec Mohamad Ali à partir de 1805, mais l'Occident a fait avorter cette démarche vers les années 1840. C'est pourquoi nous ne nous intéressons qu'à la modernisation coloniale qui a eu lieu en Égypte à partir de 1882.

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

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

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

6. Voir J.M. TRIGEAUD, *Persona ou La Justice au double visage*, Genova, Studio editoriale di cultura, 1991.

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

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

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

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

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

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

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

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

Depuis plus d'un siècle, la problématique des droits fondamentaux en Égypte se trouve dans une impasse entre la culture traditionnelle et la

culture moderne. Nous allons nous concentrer sur l'échec de l'acculturation juridique et sur ses résultats sociologiques en Égypte [10].

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

II. – Le passage à la modernité juridique en Europe

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

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

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

11. S. Goyard-Fabre, *Les Fondements de l'ordre juridique*, Paris, P.U.F., 1992, p. 4.

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

13. Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, trad. Barbeyrac, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Caen, 1984.

14. S. Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 6.

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

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

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

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

17. S. GOYARD-FABRE, *op. cit.*, p. 70.

18. *Idem.*, p. 75.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. – Le passage à la modernité juridique en Égypte

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

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

23. Dans ce sens, M. Villey, *Le Droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1983.

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

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

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

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

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

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

A. – *Raisons de l'imitation*

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

26. Sur les causes de la réception au Proche-Orient, voir J.M. MOUSSERON, « La Réception au Proche-Orient du droit français des obligations », dans *Revue internationale de droit comparé*, 1968, pp. 38-78. Il écrit : « À cette époque, l'empire [ottoman] désire en particulier faciliter ses relations commerciales avec les pays européens qu'entrave l'absence, en droit musulman traditionnel, de dispositions sur le change, les sociétés, les transactions commerciales... » (p. 59).

27. H.M. ISSA, *Capitalisme et société anonyme en Égypte*, Thèse, Droit, Paris, 1970, p. 65.

28. R. GENDARME, « Problèmes juridiques du développement économique », dans *Aspects juridiques du développement*, Dalloz, 1966, pp. 25-58, spécialement p. 26.

29. Voir ce qui arrive actuellement lors de la préparation des projets de lois convenables aux changements économiques qui prennent le droit occidental comme modèle. Sur les facteurs de la réception en Turquie, voir : H.N. KURALI, « Modernisation et laïcisation comme facteurs de la réception en Turquie », dans *Bulletin*, 1957, pp. 68-72.

30. R. GENDARME, *op. cit.*, p. 57.

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

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

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

31. Voir J. BERQUE, *L'Égypte. Impérialisme et révolution*, Paris, Gallimard, 1967, pp. 41-45, pp. 171 et s.

32. Dans ce sens, voir, Jules ROUSSIER, « L'Immutabilité du droit musulman et le développement économique », dans *Annales africaines*, 1962, pp. 229-233. Sur l'immobilité de la pensée juridique et les pratiques juridiques de 1517 à 1805 (dans l'Empire ottoman), voir Mohamed NOUR FARAHAT, *L'Histoire sociologique du droit en Égypte moderne*, 2e éd., Le Caire, 1993 (en arabe).

33. Voir, ELSANHORI, *Les Origines du droit ou l'introduction à l'étude du droit*, Le Caire, 1941, p. 182 ; voir aussi Samir TANAGO, *La Théorie générale du droit*, Alexandrie, Monshat Elmahref, 1974, p. 375 (en arabe).

34. La part de l'influence étrangère dans la réception est importante. Cette influence se manifeste par l'exercice d'une pression politique et économique ayant comme objectif la mise en place d'un système juridique qui garantit les intérêts économiques des pays développés. Ce système juridique n'est autre que le droit moderne occidental, qui seul peut créer, selon l'avis des intéressés, un climat de sécurité et de confiance. On peut comparer cet état avec l'état actuel de l'Égypte le changement des cadres juridiques en faveur des investissements étrangers !

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

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

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

B. – *Tradition et réception*

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

35. Les tribunaux nationaux ont été organisés à partir de 1881 ; voir ELSANHORI, *op. cit.*, p. 184.

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

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

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

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

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

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

38. Sur l'acculturation et les droits de l'homme voir, S. ABOU, *Cultures et droits de l'homme*, Paris, Hachette, 1992.

39. H. ALLIOT, *op. cit.*, p. 1187.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

48. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 173.

49. O. KONEBERG, *Psychologie sociale*, Paris, P.U.F., 1967, 3e éd., p. 410.

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

IV. – Constat actuel

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

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

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

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

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

53. En ce qui concerne le droit familial et le droit successoral.

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

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

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

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

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

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

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

57. Cité par P. MERCIER, *op. cit.*, p. 1030.

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

59. Jugement n° 7, 2e année judiciaire, le 1er mars 1975.

60. Jugement n° 37, 9e année judiciaire.

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

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

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

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

V. – Constat d'échec

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. – Conclusion : le cercle vicieux

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

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

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

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

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

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

68. J. BERQUE, *op. cit.*, p. 32.

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

PAR

STAMATIOS TZITZIS

DIRECTEUR DE RECHERCHE AU CNRS (FRANCE) *

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Cf. PLATON, *Timée*, 22c et suite.

2. Cf. R. BARTHES. *Le bruissement de la langue*. Essais critiques, Paris, Seuil, Essais/Points, 1993, p. 130.

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

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

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

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

I. – L'ABSOLUTISATION DE L'INDIVIDU

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

3. Des situations qui ne relèvent pas seulement de la volonté individuelle.

4. Voir *Le Monde*, 4 mai 1995, p. 6. Le docteur NAKAJIMA : « Alors que l'espérance de vie augmente dans les pays développés, elle diminue dans quelques-uns des pays pauvres [...] Pour des millions et des millions de personnes qui doivent se battre quotidiennement pour leur survie, la perspective d'une vie plus longue peut ressembler davantage à une punition qu'à un bienfait. Il faut empêcher le monde de sombrer dans une catastrophe sanitaire qui remettrait en question un grand nombre de progrès indéniables réalisés au cours de ces dernières décennies dans le secteur de la santé ». D'après le rapport de l'OMS, plus d'un cinquième des 5,6 milliards d'hommes vivent dans l'extrême dénuement, et près d'un tiers des enfants sont sous-alimentés, comme aussi la moitié des personnes de la terre n'a pas régulièrement les médicaments dont elle a besoin.

5. Triste bilan que celui de l'*Amnesty International*, donné dans son communiqué daté du 12 octobre 1995 · « Les défenseurs des droits de l'homme, partout dans le monde, ont été laissés seuls, armés uniquement de leur courage et de leur détermination », *Le Monde*, 19 octobre 1995, p. 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. – Les métamorphoses sociales des droits de l'homme

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. – Égalité et moralité : les rivalités

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

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

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

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

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

10. Voir *Le Monde*, 27 décembre 1994, p. 10.
11. *Ibid.*
12. *Ibid.*
13. *Ibid.*

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

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

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

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

14. Dans une lettre publiée dans *Le Monde*, 26/27-1995, p. 14, intitulée « Je suis un terroriste », ce président lance un défi au ministre de la Justice. En voici quelques extraits : « Je confesse à M. Toubon que je suis un terroriste. Il m'est, en effet, arrivé à plusieurs reprises d'apporter mon aide à des étrangers 'en situation irrégulière'. Je confesse encore que je suis un criminel si endurci que, même si sa loi, qui ne manquerait pas de '*terroriser les terroristes*' et empêcherait, nul n'en doute, les bombes d'éclater à Paris et ailleurs, je continuerai mes actions odieuses et soutiendrai encore les 'étrangers en situation irrégulière', bien qu'il soit évident pour les gens de bien qu'ils sont tous des terroristes ».

15. Dans celui du 22 juillet 1995, pp. 1 et 11.

16. L'article est signé par M. P. BERTRAND : « À quoi sert le ballet hebdomadaire de 'charter' d'étrangers expulsés que vient de promettre le ministre de l'Intérieur, joignant l'acte à la parole en embarquant soixante-treize Roumains puis quarante-trois Zaïrois ? », p. 1. La question recouvre plusieurs domaines, juridique, humain et politique.

17. *Ibid.*, p. 1.

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

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

C. – *Droit fondamental contre droit fondamental*

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

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

18. « Pédagogie républicaine », *Le Monde*, 30 septembre 1995, p. 15.

19. *Ibid.*

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

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

22. Voir *Le Monde*, 25 février 1995, p. 12.

23. *Le Monde*, 17-18 septembre 1995, p. 8.

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

D. – *Droit fondamental contredit par le droit objectif*

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

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

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

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

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

24. *Le Monde*, 22 juillet 1995, p. 20, et 13 octobre 1995, p. 11.
25. *Le Monde*, 13 avril 1995, p. 12.
26. *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28. Nous faisons allusion notamment au cosmopolitisme stoïcien.

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

B. – *Humanitarisme et* sympatheia

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

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

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

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

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

30. *Ibid.*

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

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

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

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

32. Voir *Le Monde*, 10 octobre 1995, p. 3. « Le Tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie (TPI) devait inaugurer, lundi 9 octobre, la pratique des audiences publiques [...] avec les cas de [...] Les charges mentionnent notamment l'assassinat de huit détenus, la torture de dix autres, la déportation et la persécution de plus de cinq cents civils ». « Nous disposons théoriquement de 28,3 millions de dollars au budget 1995. Mais nous ne sommes pas certains d'avoir accès à la totalité », s'inquiète le porte-parole du TPI.

33. Voir les fortes pages que LÉVI-STRAUSS a consacrées, dans *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1970, pp. 330 et s., à dénoncer cette sorte d'humanisme.

34. Nous lisons donc dans *Le Monde* du 8 août 1995, p. 1 : « Les autorités sanitaires américaines viennent, pour la première fois, d'accorder à une équipe médico-chirurgicale, celle de l'université de Duke (Caroline du Nord), l'autorisation de procéder aux dix premiers essais chirurgicaux consistant à greffer des foies de porc sur des êtres humains. Les animaux qui seront ici sacrifiés sont des porcs produits par la société [...] qui ont au préalable été 'humanisés' grâce aux techniques de génie génétique ».

35. Voir à ce sujet l'entrevue de Léon STRAUSS, dans *Le Monde*, 21 janvier 1979.

36. Il est certain que les travaux sur la nature, et notamment sur la nature humaine, sont prometteurs pour l'humanité. Les recherches en matière de génétique humaine marquent une nouvelle ère (voir à ce propos, *Le Monde*, 30 septembre 1995, p. 21). Grâce à la cartographie du génome, on pourra diagnostiquer des défauts génétiques et procéder à une thérapie génétique. En effet, connaître la structure des gènes qui sont à l'origine d'une maladie veut dire avoir accès direct à la fonction pour laquelle les gènes sont programmés. Mais à quel risque d'eugénisme et de discrimination professionnelle et sociale l'humanité pourrait-elle s'exposer ? Est-ce qu'une « Déclaration sur le génome humain et sa protection dans le cadre de la dignité et des droits de la personne » serait à même de protéger l'existence humaine ?

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

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

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

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

A. – *Nature et* prosôpon

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

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

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

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

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

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

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

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

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

38. L. Bagolini, *Justice et société*, Paris, Bière, 1995, p. 198.

39. *Ibid.*, p. 212.

40. *Ibid.*, p. 209.

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

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

B. – *Prosôpon-eikôn*

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

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

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

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

41. Cf. MERLEAU-PONTY, *La Prose du monde*, 1992, Paris, Tel/Gallimard, p. 26.

42. R. BARTHES, *op. cit.*, p. 201.

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

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

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

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

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

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

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

44. Cf. Bagolini, *op. cit.*, p. 228.
45. *Ibid.*, p. 217.

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

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

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

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

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

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

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

Le véritable droit fondamental est celui qui se trouve au fond, à la base de ce qui est et qui le pousse à apparaître et à se manifester. Or ce qui est

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

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

Essai de définition théologique et philosophique de la dignité humaine

PAR

BÉATRICE MAURER

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER I (FRANCE)

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

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

1. « Avant Auschwitz l'homme se présente dans la beauté sculpturale de son corps, dans sa force de travail, dans ses conflits d'honneur et d'intérêt, dans ses limites naturelles mais conscientes, dans la noblesse de son 'je pense', dans l'écart de son âme déchirée entre la misère et la grandeur [...]. Toujours quelque dignité le faisait paraître au-dessus de la nature et consacrait sa souveraineté de droit. Depuis Auschwitz, nous savons que l'homme, c'est aussi celui que l'on peut piétiner jusqu'à l'effacement, que l'on peut réduire à un matériau, une denrée, une fumée et même rien ; que l'on peut nier jusqu'à lui refuser l'honneur d'une mort individuelle, et le détruire industriellement, le traitant comme un magma, en tas, beaucoup d'un coup, ainsi que l'on brûle des stères de bois ». F. QUÉRÉ, « Frères humains », dans *Le Défi bioéthique, Autrement*, mars 1991, p. 178, cité par M. SCHATTNER, *Souffrance et dignité humaine, pour une médecine de la personne*, Mame, Paris, 1995, pp. 115-116.

2. A. VERDROSS, « La dignité de la personne humaine base des droits de l'homme », *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Volkerrecht*, vol. 31, n^{os} 3-4, 1980, Springer-Verlag, Vienne, pp. 271-277 : « Les États eux-mêmes ont formellement reconnu que les droits de l'homme, garantis dans ces deux Pactes internationaux, trouvent leur base dans un principe d'ordre supérieur, à savoir dans le principe de morale universelle du respect dû à la dignité de la personne humaine, principe reconnu donc comme fondement de tous les différents systèmes du droit interne », p. 272. Cf. DUDH, PIDCP, PIDESC etc. En ce qui concerne l'idée de source, cf. notamment l'Acte final d'Helsinki (1er août 1975), qui n'est certes pas un texte de droit positif, mais qui affirme le plus clairement l'idée d'une dignité humaine fondement de tous les droits de l'homme : VII, § 2, « Ils [les États] favorisent et encouragent l'exercice effectif des

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

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

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

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

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

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

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

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

3. G. MARCEL, *La dignité humaine, et ses assises existentielles*, Aubier, Paris, 1964, p. 204.

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

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

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

I. – Aux sources du concept de la dignité humaine

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

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

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

5. R. Legeais, « Le personnalisme juridique », dans R. Legeais et G. Planty-Bonjour (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale*, PUF, Paris, 1991, pp. 180-201, et notamment p. 197. Affirmation que récusent les philosophes du réel pour qui, si l'accueil et le respect de la réalité sont au fondement de la démarche de recherche de vérité, il y a une objectivité dans cette recherche, et donc un consensus possible au delà des pluralités d'opinions : cf. M. Schattner, *op. cit.*, p. 221.

6. Cf. notamment : E. Borowitz, « La Torah, écrite et orale, et les droits de l'homme. Fondements et lacunes », dans *Concilium*, 1990, n° 228, pp. 35-45 ; AA. An-Na'Im, « Qur'an, shari'a et droits de l'homme. Fondements, déficiences et espoirs », dans *ibid.*, pp. 75-84 ; A. Lamrani, « Réflexions sur les problèmes humains à la lumière du Coran » (XVI[e] Congrès de l'Institut International de Droit d'Expression Française, Rabat, nov. 1983), dans *Revue juridique et politique*, 1984, vol. 38, n° 2, pp. 225-224 ; M. Talbi, « Les réactions non catholiques à la Déclaration de Vatican II « Dignitatis humanae », Point de vue musulman », dans *Islamochristiana*, XX, 1991, n° 17, pp. 15-20, où l'auteur montre notamment que le concept de dignité humaine est « un patrimoine commun à tous les croyants ».

7. Il ne sera jamais assez dit que la théologie chrétienne a très heureusement profité de l'héritage juif, de sa profonde connaissance de l'homme et de l'Autre. Elle a aussi relu les philosophes de l'Antiquité pour leur donner une nouvelle dimension, à laquelle, il est fort probable, ceux-ci n'avaient pas songé. Nous pensons tout particulièrement à Cicéron (106-43 av. J.C.) et son fameux « natura nostra excellentia et dignitas » (*De officiis*, I, p. 106). Le philosophe latin, de fait, fit ressortir « la différence spécifique de l'homme du point de vue de la dignité ». Il en sera promu père de l'antropologie logocentrique qui fait de « l'âme pensante » le centre de

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

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

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

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

8. 335 – v. 394, cf. A. VERDROSS, *op. cit.*, p. 273.

9. 1er Concile œcuménique, 325.

10. 4e Concile œcuménique, 451.

11. Cf. notamment J.M. TRIGEAUD, « Le droit naturel, fondement des droits de l'homme, une approche de la théologie du droit », dans *Droits de Dieu et droits de l'homme*, Tequi, Paris, 1989, J.B. D'ONORIO (dir.), p. 31.

12. *Adv. Praxean*, 27, 11, CCL 2, 1199, cité par M. GALOT, *Le Christ, foi et contestation*, C.L.D., Chambray, 1981, p. 153. Cf. ultérieurement le fameux : « Reconnaît, ô Chrétien, ta dignité ! » de Léon le Grand (? – 461, qui prit l'initiative du concile de Chalcédoine), Sources Chrétiennes 22, *bis* 67.

13. « Un seul Seigneur Jésus-Christ, le Fils de Dieu [...], Dieu [né] de Dieu [...], vrai Dieu (né) du vrai Dieu, engendré et non créé, consubstantiel au Père ». Consubstantiel, c'est-à-dire que le Christ ne peut être réduit au simple état de créature, il y a égalité de substance entre lui et son Père (cf. J. GALOT, *op. cit.*, p. 128).

14. Le Concile pose l'affirmation fondamentale en christologie : le Christ est vrai homme et vrai Dieu. C'est-à-dire que le Christ a deux natures (divine et humaine) mais est une seule personne (divine). « Au concile de Chalcédoine, le terme « phusis », « nature », signifie certes une nature concrète, pas simplement abstraite, mais ne signifie pas la réalité totale de l'individu, car il se distingue de la personne. Nature humaine n'implique donc pas personne humaine [...]. Le terme « nature » [...] indique ce qu'est une chose ou un être. Il répond à la question : « Qu'est-ce que c'est ? », tandis que la personne répond à la question : « Qui est-ce ? [...] sinon on élimine soit la divinité du Christ, soit son humanité en la réduisant à une pure apparence [...] le concile de Chalcédoine affirme inséparablement la dualité de natures et l'unité de personne. L'unité ne peut être recherchée que dans la personne » (J. GALOT, *ibid.* p. 130). La question « qui est-ce ? » est essentielle. On ne peut en effet parler de « qui » tant qu'il ne s'agit pas d'un être raisonnable. Mais ici, c'est le mystère de l'incarnation que J. GALOT tente d'expliquer et qui va marquer dorénavant non seulement la théologie mais aussi indirectement la philosophie. « La nature humaine est destinée à une transformation qui la divinise, mais elle doit rester proprement humaine. Dans le Christ, elle est unie à la nature divine, mais sans confusion, sans altération. L'affirmation des deux natures garantit la présence d'une nature humaine intégrale. On ne peut reprocher à cette affirmation de réunir sous le même concept de nature deux réa-

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

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

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

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

15. J.M. TRIGEAUD, dans *Droits de Dieu, op. cit.*, pp. 31 et 32.

16. J.M. TRIGEAUD, *Persona ou la justice au double visage*, Biblioteca di filosofia oggi, t. 1, Genève, 1990, p. 49.

17. J.M. TRIGEAUD a exprimé l'intérêt de cette première utilisation théâtrale du mot personne. Le droit est comparé à la scène « où chacun reçoit un rôle à remplir en fonction du bien dont il réclame la reconnaissance et le maintien, où chacun ne prend position par rapport à un autre que par la médiation d'une chose qui fixe objectivement sa conduite et son état, les droits et les obligations qui le composent [...] distinction fondamentale du ius entre res et persona illustrée par Cicéron. [...] Le droit réclame une abstraction, mais il n'interdit pas un donné qui le dépasse, un principe ontologique sous-jacent » (*ibid.*, p. 53). Les stoïciens concevaient la personne comme devant remplir un rôle reçu des dieux, ce qui n'est guère valorisant.

18. L'importance du concile de Chalcédoine a récemment été soulignée par le philosophe M. GAUCHET, dans *Le désenchantement du monde*, Gallimard, Paris, 1985, pp. 172-176 ; il explique que la notion moderne de personne trouve son fondement dans le dogme christologique. Le concile a, en effet, permis la rencontre entre la matière et l'esprit que les Grecs avaient trop strictement opposés et la pensée juive de l'unité de l'être humain (cf. H. DERYCKE, « Le Dogme comme mode original d'affirmation pour penser Dieu », *Bulletin de littérature ecclésiastique*, XCIV/3, juill.-sept. 1993, pp. 137-143, Institut catholique de Toulouse). Toujours à propos de ce concile, Ph.I. ANDRÉ-VINCENT a écrit . « [...] la « dignité de la nature humaine » historiquement est un concept chrétien : elle est le fruit de la réflexion qui prend source au dogme de Chalcédoine » (*Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean-Paul II*, LGDJ, Paris, 1983, p. 13). De même pour C. RENOUVIER : « la notion juridique de personne est le fruit de l'alliance entre le monothéisme juif et la philosophie grecque : le Dieu personnel judéo-chrétien fait don de la personnalité à l'homme aritotélicien, individu rationnel » (cf. *Le personnalisme*, Alcan, Paris, chap. 5, §§ Lxii et Lxiii, cité par A. FAGOT-LARGEAULT et G. DELAISI DE PARSEVAL, « Qu'est-ce qu'un embryon ? Panorama des positions philosophiques actuelles », *Esprit*, juin 1989, n° 151, p. 91).

19. Cf. notamment la définition du terme dignité donnée par le Littré, aux éditions Gallimard-Hachette.

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

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

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

20. Cette position théologique a alors été condamnée sous le nom de modalisme.

21. Cf. l'introduction de E. Hendrickx au *De Trinitate*, Bibliothèque augustinienne, Desclée de Brouwer, 1955, t. 15, p. 50.

22. Le lien entre la personne divine et l'homme est fait : « Et tres personae sunt unius essentiae, non sicut singulus quisque homo una personna – les trois personne sont une seule essence, alors que chaque homme au contraire est une personne » (XV, 7, 11, *op. cit.*, t. 16, p. 448).

23. « *Ego per omnia illa tria memini, ego intelligo, ego doligo, qui nec memoria sum, nec intelligentia, nec dilectio, sed haec habeo. Ista ergo dici possunt ab una persona, quae habet haec tria, non ipsa est haec tria.* – C'est moi qui me souvient, moi qui comprends, moi qui aime, moi qui ne suis ni mémoire, ni intelligence, ni amour, mais qui les possède. Tout cela peut donc être dit par une seule personne, qui possède ces trois puissances, mais qui n'est pas ces trois puissances » (XV, 22, 42, t. 16, p. 537).

24. Cf. une rapide comparaison avec l'expression de Cicéron, cf. note 7, où il est question uniquement de la nature humaine.

25. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, I, q. 29, a. 3, ad. 2., (éd. Desclée & Cie, traduction de H.F. Dondaine, Paris, 1962, 2e édition, pp. 74-75). Thomas d'Aquin s'interroge à la question 28 sur les relations divines. Il explique notamment qu'« il existe réellement des relations en Dieu » (article 1, p. 35), Dieu n'est pas, à proprement parler, seul (question 31, article 3, p. 120). La théologie insistera aussi sur le fait que l'homme créé à l'image de Dieu est relation. Ceci nous permet de souligner un aspect important de la théologie de Thomas d'Aquin. Celui-ci, au cours de son œuvre, a tenté d'équilibrer la relation complexe entre l'individu et la communauté. Pour lui l'homme est naturellement social. Opposer l'homme à la société est donc aller contre la nature humaine. C'est plus tard que la science politique a voulu opposer l'homme à la société. Cette confrontation enferme la science politique moderne dans « une contradiction

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

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

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

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

26. BOÈCE (v. 480 – 524) : « *Personae est naturae rationalis individua substancia* » – la personne est une substance individuelle de nature rationnelle (*Liber de persona et duabus naturis*, – s'applique au Christ – Chap. III). Cette définition sera dorénavant sans cesse reprise et commentée.

27. Question 75, articles 2 et 3.

28. L'unicité de la personne humaine en elle-même ne justifie pas la dignité. Prenons un exemple : un chat est unique car aucun autre chat n'est le même, et pourtant il n'a pas de dignité. Mais ce serait mal comprendre Thomas d'Aquin que de penser qu'il oublie pour autant le corps humain, pour lui l'homme forme un tout. « Toute substance individuelle n'est pas une hypostase, une personne, mais celle-là seulement qui possède l'essence spécifique au complet. Ni la main, ni le pied ne sont hypostases ou personnes. De même l'âme qui n'est qu'une partie de l'espèce humaine », q. 75, art. 3, ad. 2.

29. Cf. question 75 ; Commission théologique internationale, Commission pontificale Justice et paix, *Les chrétiens d'aujourd'hui devant la dignité et les droits de la personne humaine*, actes du colloque 1-7 déc. 1983, Vatican, 1985, p. 72. Pour Thomas d'Aquin, être le produit de son histoire personnelle, du regard de l'autre, de la société, de l'évolution, ou du hasard (tout ceci

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

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

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

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

B. – *Les origines philosophiques du concept de dignité humaine*

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

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

30. *In symbolum Apostolorum, scilicet « Credo in Deum » expositio*, n. 30, cité par la Commission, p. 66.

31. Ch. SCHÖNBORN, *op. cit.*, p. 339. Thomas d'Aquin explique en effet dans son symbole des Apôtres (*op. cit.*, n. 30) : « Dieu, en effet, a créé toutes choses pour l'homme comme il est dit au psaume 8,8 : Vous avez mis toutes choses sous ses pieds. Et l'homme, après les Anges, est parmi toutes les créatures, celle qui ressemble le plus à Dieu. Le Seigneur, en effet, déclare dans la Genèse (1,26) : Faisons l'homme à notre image et ressemblance [...] Nous devons donc considérer ceci : l'homme, après les Anges, l'emporte en dignité sur les autres créatures » (cité par la Commission théologique, *op. cit.*, p. 66).

32. Ph.I. ANDRÉ-VINCENT, *op. cit.*, p. 11.

33. Encyclique *Christifideles laici*, n° 37, 1988. Cf. aussi le récent livre de J.M. LUSTIGER, *Devenez dignes de la condition humaine*, Flammarion/St Augustin, 1995, 167 p. et spécialement pp. 41-52.

34. Cf. notamment · l'École française de Rome, *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne, op. cit.* ; S. RIALS, « Généalogie des droits de l'homme », dans *Droits*, n° 2, 1985, PUF, Paris, p. 4 ; M. VILLEY, *La formation la pensée juridique moderne, Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Montchrétien, Paris, 1975.

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

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

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

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

35. Cf. J.P. Wils, *op. cit.*, pp. 58-60.

36. B. Pascal, *Pensées et opuscules*, Brunschvicg-Hachette, Paris, 1951, Frag. 146, cité par Z. Klein, *La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal*, éd. Vrin, Bibliothèque d'histoire de la philosophie, Paris, 1968, p. 93. « L'homme n'est qu'un roseau, le plus faible de la nature, mais c'est un roseau pensant. Il ne faut pas que l'univers entier s'arme pour l'écraser : une vapeur, une goutte d'eau suffit pour le tuer. mais quand l'univers l'écraserait l'homme serait encore plus noble que ce qui le tue, puisqu'il sait qu'il meurt, et l'avantage que l'univers a sur lui, l'univers n'en sait rien », Frag. 347, cité dans *ibid.*, p. 94.

37. « Toute la dignité de l'homme est dans la pensée. Mais qu'est-ce que la pensée ? Qu'elle est sotte... », Frag. 365, cité dans *ibid.*, p. 94.

38. « Que conclurons-nous de toutes nos obscurités sinon notre indignité ? », Frag. 558, cité dans *ibid.* p. 119.

39. « La grandeur de l'homme est grande en ce qu'il se connaît misérable. Un arbre ne se connaît pas misérable. C'est donc être misérable que de [se] connaître misérable ; mais c'est être grand que de se connaître qu'on est misérable », Frag. 397, cité dans *ibid.*, p. 119.

40. Cf. entre autres J. Kis, *L'égale dignité, Essai sur les fondements des droits de l'homme*, Seuil, coll. Esprit, Paris, 1989, 256 p., notamment p. 123 (cite en note : Dworkin, *Taking Rights Seriously* ; A. Gewirth, *Human Rights* ; J. Rawls, « Kantian constructivism in moral theory », *Journal of Philosophy*, T. Scanlon etc.) ; A. Sériaux, *op. cit.*, notamment. pp. 120-121 ; pour une critique de Kant, cf. notamment M. Villey, dans *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, coll. Questions, Paris, 1989, P. Amselek et Ch. Grzegorczyk (dir.).

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

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

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

« Dans le règne des fins, tout a un Prix ou une Dignité. Ce qui a un prix peut-être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre à titre équivalent ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité [...] mais ce qui constitue la condition qui seule peut faire que quelque chose est une fin en soi, cela n'a pas seulement une valeur relative, c'est-à-dire un prix, mais une valeur intrinsèque, c'est-à-dire une dignité [...] Or la moralité est la condition qui seule peut faire qu'un être raisonnable est une fin en soi ; car il n'est possible que par elle d'être un membre législateur dans le règne des fins. La moralité, ainsi que l'humanité en tant que capable de moralité, c'est donc là ce qui seul a de la dignité » [42].

« L'homme considéré dans le système de la nature (homo phaenomen, animal rationale) est un être de médiocre importance et il a une valeur vulgaire (pretium vulgare) qu'il partage avec les autres animaux que produit le sol [...] Mais, considéré comme personne, c'est-à-dire comme sujet d'une raison moralement pratique, l'homme est au-dessus de tout prix ; car à ce point de vue (homo noumenon) il ne peut être regardé comme un moyen pour les fins d'autrui, ou même pour ses propres fins, mais comme une fin en soi, c'est-à-dire qu'il possède une dignité (une valeur intérieure absolue), par laquelle il force au respect de sa personne toutes les autres créatures raisonnables, et qui lui permet de se mesurer avec chacune d'elles et de s'estimer sur le pied de l'égalité » [43].

« L'humanité est par elle-même une dignité : l'homme ne peut être traité par l'homme (soit par un autre, soit par lui même [44], comme un simple moyen, mais il doit toujours être traité comme étant aussi une fin ; c'est précisément en cela que consiste sa dignité (la personnalité), et c'est par là qu'il s'élève au-dessus de tous les autres êtres du monde qui ne sont pas des hommes et peuvent lui servir d'instruments, c'est-à-dire au-dessus de toutes les choses » [45].

Or Kant entend par personne seulement cette réalité qui est assujettie à un devoir moral. La personne est *sui juris*, c'est-à-dire autonome [46], elle dispose responsablement d'elle-même.

41. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 1988, 1324 p., p. 236.

42. *Fondements de la Métaphysique des Mœurs*, pp. 160-161, trad. V. DELBOS, Paris, 1959, cité par Z. KLEIN, *op. cit.*, p. 23.

43. *Doctrine de la vertu*, pp. 96-97, trad. J. BARNI, Paris, 1855, cité dans *ibid.* pp. 23-24.

44. Cet aspect de la dignité, respect par rapport à soi-même, est très intéressant. Kant recherche la perfection morale. « Quant à ce qui concerne les devoirs de l'homme envers lui-même, considéré comme être purement moral (abstraction faite de son animalité), ils constituent dans une condition formelle, dans l'accord des maximes de sa volonté avec la dignité de l'humanité qui réside en sa personne » (*Doctrine de la vertu*, p. 114, cité dans *ibid.* p. 71).

45. *Fondements, op. cit.*, p. 162, cité dans *ibid.*, p. 24.

46. Auto-nome, étymologiquement se donner sa propre loi.

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

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

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

En ce qui concerne celui de moralité il écrit :

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

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

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

47. *Ibid.*, pp. 142-143, cité dans *ibid.* p. 24.

48. Cf. Z. KLEIN, *op. cit.*, pp. 32-34.

49. *Fondements. op. cit.*, p. 77, cité dans *ibid.*, p. 35.

50. *Fondements, op. cit.*, p. 122, cité dans *ibid.*, p. 42.

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

52. *Op. cit.*, p. 44.

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

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

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

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

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

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

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

56. A. VERDROSS, *op. cit.*, p. 276, cf. *Le Léviathan*, chap. 21 : « Oboedientia finis est protectio ».

57. A. VERDROSS, *op. cit.*, p. 276, cf. Hegel, *Rechtsphilosophie*, Zusatz 152 ad. par. 258, 259, 331.

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

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

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

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

58. MARX (1818-1883), *Die Judenfrage* (La question juive) ; pour des philosophes contemporains, voir entre autres l'œuvre du philosophe sociologue allemand H. Plessners (cf. article de K. REHBERG, « Das Werk Helmut Plessners », dans *Kölner Zeitschrift fur Soziologie und Sozialpsychologie Oplagen*, 1984, vol. 36, n° 4, pp. 799-811) ; l'œuvre d'E. Bloch tranche par son marxisme considérablement modifié par ses tendances mystiques · il accorde au principe de dignité humaine une grande importance (cf. R. CHRISTENSEN et B. FRAUHAMMER, « Der Stellenwert des Rechtsstaatsgedanken bei Bloch. Erlaüterungen von Rundfunkvortrag 'naturrecht und menschliche Wurde' », dans *Bloch-Almanach Ludwigshafen*, 1985, vol. 5, pp. 179-198.

59. *Les deux sources de la morale et de la religion*, PUF, Paris, 1973, cité par A. VERDROSS, *op. cit.*, pp. 274 et 277.

60. *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Éditions de la Maison française, 1942 ; *L'homme et l'État*, PUF, Bibliothèque de la Sc. politique, 1965 ; *Les droits de l'homme*. Desclée de Brouwer, 1989.

61. Le personnalisme, il est vrai, regroupe des philosophes aux tendances très diverses, mais tous organisent leur théorie autour de deux axes : la personne humaine, dont la définition a été affinée par E. Mounier (cf. *Œuvres*, en quatres tomes, Paris, Le Seuil, 1961-1963, notamment t. 3, *Le personnalisme*, pp. 429 et s.), et la communauté, celle-ci devant être au service de la personne.

62. Commission théologique, *op. cit.*, pp. 130-131.

63. Études et références sur le personnalisme · cf. entre autres · Commission théologique, *op. cit.*, pp. 129-136 ; E. BORNE, *Les nouveaux inquisiteurs*, PUF, Paris, 1983. ; R.-J. DUPUY, « Conclusions », dans *Amicorum discipulorumque liber*, t. 4, Méthodologie des droits de l'homme, Pedone, Paris, 1972, p. 393 ; R. LEGEAIS, *op. cit.*

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

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

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

64. G. MARCEL, *op. cit.*

65. *Ibid.*, p. 170.

66. *Ibid.*, p. 168.

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

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

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

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

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

72. R. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 190.

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

74. *Ibid.*, p. 237.

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

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

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

76. *Ibid.*, p. 340.

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

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

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

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

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

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

81. Unesco, *Autour de la nouvelle Déclaration universelle des droits de l'homme*, Unesco-Sagitaire, Paris, 1949.

82. M. Schattner, *Souffrance et dignité humaine, pour une médecine de la personne*, Mame, 1995.

83. La philosophie du réel, à la suite d'Aristote et en opposition aux idéologies pour lesquelles prime l'idée que l'homme se fait du réel, se propose de découvrir la vérité. L'homme par ses sens externes et son intelligence serait en effet capable de parvenir à la connaissance objective. Pour ce faire, le philosophe se doit de scruter humblement le réel, pour découvrir la réalité telle qu'elle est non pas telle qu'il voudrait qu'elle soit. La personne humaine peut ainsi avoir connaissance de la dignité humaine de façon objective et réelle. Pour les tenants de cette école, la dimension première de la personne humaine est l'autonomie radicale de l'être, et non pas la dignité qui n'est qu'une propriété essentielle de la personne. C'est l'autonomie radicale de l'être qui fonde la dignité et la liberté de la personne. Pour eux, il est nécessaire de distinguer l'autonomie matérielle ou pratique qui peut être très réduite, de l'autonomie radicale de l'être. Kant, Descartes, Hegel ont réduit l'être à la raison, et par là même, limité la dignité à la raison, alors que la raison ne manifeste qu'une dimension pratique de l'autonomie. Partant, ils contestent l'erreur selon laquelle l'être est ses aspects pratiques. En effet, ils définissent la personne humaine selon ses capacités physiques et intellectuelles (la capacité d'exercer sa raison), et dans sa capacité d'aimer. Or c'est là que se manifeste ce qu'il y a de plus propre à la personne humaine. Pour étude de la philosophie réaliste, voir M.D. Philippe, *op. cit.*

84. Cf. *Souffrance et dignité, op. cit.*, pp. 123-124. En sachant que « la qualité détermine ce-qui-est en lui permettant d'être parfait et en lui donnant la possibilité d'atteindre sa fin propre » · M.D. Philippe, *op. cit.*, p. 112.

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

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

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

85. « En effet, cette dignité radicale de l'être humain, adéquate à ce qu'il est, n'est pas quelque chose de statique, elle demande à croître. Ce qu'il y a de plus fondamental dans l'être humain ne suffit pas à rendre compte de ce qu'il est, et donc de toute sa dignité. Chacun actue sa dignité dans la mesure où il vit selon ce qu'il est » : *ibid.*, p. 130. L'homme par ses deux capacités propres, connaître et aimer, est capable d'actes libres et volontaires. C'est ainsi que se manifeste et grandit cette dignité personnelle. Celle-ci n'est pas proportionnelle au bien-être extérieur de la personne ; au contraire, dit l'auteur, des malades en fin de vie sont capables d'une dignité personnelle extraordinaire. Cependant la dignité personnelle d'un encéphale ou d'une personne en coma profond est compromise dans son exercice. Cf. *Souffrance et dignité*, *op. cit.*, pp. 130-133.

86. F. NIETZSCHE (1844-1900), notamment en niant toute liberté à l'individu et en proclamant une volonté supérieure universelle de puissance, cf. *La Volonté de puissance*.

87. Pour C. LÉVI-STRAUSS, dont le pessimisme a été nourri des horreurs de la Seconde Guerre mondiale, la dignité est un « mythe », une « illusion de civilisation » (*Antropologie structurale*, II, Plon, Paris, 1973, p. 53). « Nous croyons que le but dernier des sciences humaines n'est pas de constituer l'homme, mais de le dissoudre » (*La Pensée sauvage*, p. 326). Il nous faut donc radicalement rompre « avec l'idée que l'homme dépasse la nature », pour lui, « l'antropologie – et à sa suite également la question morale – doit être ramenée à la biologie », cf. J.P. WILS, *op. cit.*, p. 52 ; cf. aussi, pour une étude critique, E. BORNE, *op. cit.*

88. Comment ne pas citer Taine, Durkeim, et tous ceux qui à la suite du nominalisme et dans la mouvance du structuralisme ont proclamés la mort de l'homme, celui-ci n'étant qu'une prétention de l'Occident. Cf., entre autres, E. BORNE, *op. cit.*

89. Notons que l'auteur en niant la liberté en vient à nier l'idée de dignité. Ces deux grandes notions philosophiques sont pour beaucoup indissociables, elles sont mêmes souvent confondues. Pour J.P. Sartre, par exemple, toute la dignité de l'homme réside dans l'absolu de sa liberté.

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

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

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

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

90. Ch. WIDMER, *Droits de l'Homme et Sciences de l'Homme, Pour une éthique antropologique*, Droz, Genève, 1992, p. 147.

91. Pour WILSON (« l'individu est une combinaison évanescente de gènes » : cité par WIDMER, *op. cit.*, p. 154) et pour DAWKINS : l'homme n'est que le véhicule des gènes. « Chacun d'entre nous est le produit de l'horloger aveugle de l'évolution, qui nous assigne le rôle de serviteur des gènes, qui seuls sont éternels, par la reproduction dans l'identique » (cité dans *ibid.*, p. 153). Pour BATESON et DOBZHANSKY : l'individu n'existe que pour l'espèce (*ibid.*, p. 156). Cf. aussi Commission théologique, *op. cit.*, pp. 72-73 et Ch. SCHÖNBORN, *op. cit.* p. 357 et s.

92. *La dignité humaine*, La Colombe, Paris, 1953, 200 p.

93. Cf. notamment : « Si l'homme sort victorieux de la lutte, il acquiert la dignité humaine vers laquelle nous tendons. S'il est vaincu, s'il cède aux instincts animaux, il s'élimine lui-même de l'évolution, en prouvant qu'il n'était pas capable – pas digne – de contribuer à l'effort commun. La sélection naturelle a joué », p. 158 ; aussi : « L'effort de la civilisation se concentrera sur le perfectionnement de la personnalité et de la dignité individuelle, et l'évolution pourra, il n'est pas interdit au moins de l'espérer, de continuer sa marche ascendante dans le sens de l'Esprit », p. 37 ; et p. 96 « Un jour doit venir où nous serons capable d'aimer ; où la bonté, la sagesse et l'intelligence régneront parmi les hommes qui auront enfin appris à vénérer cette dignité humaine qui doit être leur but et leur œuvre. »

II. – Dignité humaine et autres concepts

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

A. – *Dignité et personne*

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

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

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

94. Ceci nous permet de retenir uniquement, en droit, les personnes physiques, et donc d'exclure les personnes morales de droit public et de droit privé et ces tentatives de fonder les droits des animaux. La question n'est cependant pas si simple. Nous n'entrerons pas dans le débat extrêmement controversé du début et de la fin de la personne. Citons seulement l'actuel projet de convention « pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine » (Conseil de l'Europe, juillet 1994). Dans ce projet la dignité « est accordée » à l'être humain et non pas à la personne (cf. art. 1). La personne étant ici comprise comme un être humain né. Ceci n'est certes pas gratuit.

95. Cette claire et fondamentale distinction en ce qui concerne le corps humain et les limites de la vie est de plus en plus remise en question, cf. notamment I. Arnoux, *Les droits de l'être humain sur son corps*, PU de Bordeaux, Talence, 1994, 575 p. et spécialement pp. 31-143.

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

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

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

96. Le lien est dorénavant établi entre la dignité et la raison. Fonder la dignité sur le caractère raisonnable de la personne permet-il de reconnaître aux handicapés mentaux une dignité ? La question est difficile. Un des éléments de réponse est sans doute, d'abord, de percevoir que poser une limite à la raisonnabilité est non seulement très dangereux mais aussi très présomptueux. Ensuite, réfléchir en terme de niveau de raisonnabilité est parfois difficile à soutenir : ainsi comment comparer la raison d'un bébé et celle d'un adulte ? Ce qui nous amène à distinguer les manifestations de la raison, notamment en tant que discours, et la raison elle-même. On ne peut limiter la raison aux attitudes de l'intelligence, car sinon l'homme intellectuel et brillant aurait une dignité supérieure au débile. Il semblerait que dans toute personne subsiste une part de raison et de liberté. Des études très récentes montrent que certains débiles très profonds, qui auraient étaient laissés à l'abandon autrefois, par une grande attention et des techniques de communication élaborées ont une réponse et progressent. Précisons cependant, que des courants philosophiques d'origine anglo-saxonne, « néo-kantiens », parviennent à des conclusions opposées à partir des mêmes notions fondamentales de personne, être raisonnable capable d'autonomie, et de respect. Il leur suffit de partir de définitions, et particulièrement de l'autonomie, très différentes. Ainsi « les êtres qui sont en deçà de la capacité d'autonomie « minimale », la communauté des personnes peut décider de les protéger (comme on protège la nature), non de les respecter (comme on respecte l'autonomie des personnes) », A. Fagot-Largeault et G. Delaisi de Parseval, *op. cit.*, p. 104. C'est l'un des grands avantages de la philosophie réaliste · elle résout cette contradiction majeure en fondant la dignité humaine non pas sur la raison mais sur « l'autonomie fondamentale de l'être ».

97. Autonome par rapport aux contraintes extérieures, par opposition à des conditionnements psychologiques, physiques ou historiques.

98. Cf. note 22.

99. Cf. la définition de J. Fierens de la pauvreté. Pour lui « la pauvreté est un rapport social » et c'est à ce titre qu'elle doit particulièrement intéresser le droit : « Si le droit est susceptible de contribuer à l'exclusion où à la marginalisation, ou au contraire, s'il est apte à procurer certains moyens de l'enrayer, c'est précisément parce qu'il se préoccupe de décrire et d'ordonner les relations sociales. En d'autres mots, le droit est par essence en relation avec la problématique de la pauvreté », *Droit et pauvreté*, *op. cit.*, pp. 33 et 37.

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

B. – *Dignité et liberté*

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

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

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

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

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

100. « *Individuum autem est quod est in se indistinctum, ab aliis vero distinctum* », THOMAS D'AQUIN, question 29, art 4,ad.

101. *Somme théologique*, I-II, q. 1, article 1.

102. Z. KLEIN, *op. cit.*, p. 46.

103. *Ibid.*, pp. 47-52.

104. Notons d'ailleurs que dans la grande majorité des proclamations juridiques de la dignité, les termes liberté et dignité sont juxtaposés.

105. Nous pourrions préciser en disant que les droits de l'homme sont apparus pour protéger le « citoyen-propriétaire » : « Dans un système politique qui, selon le modèle proposé par Locke, a lié la liberté à la propriété, la solidité de celle-ci et les protections qu'elle a obtenues contre toute immixtion de l'État garantissent la liberté du citoyen-propriétaire » (Préface de F. RIGAUX, à *Droit et pauvreté, op. cit.*). Retrouver le lien liberté-dignité permet de concevoir tout autrement les droits de l'homme.

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

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

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

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

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

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

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

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

C. – *Dignité et égalité*

Le rapport dignité-égalité est également très intéressant à envisager.

Kant a expliqué que l'homme « possède une dignité [une valeur intérieure absolue], [...] qui lui permet de se mesurer avec chacune d'elles [les autres créatures raisonnables] et de s'estimer sur le pied de l'*égalité* » [109]. L'égale dignité de tous les hommes fonde l'égalité de tous.

C'est parce que chaque homme est doté de la dignité de personne que tous sont égaux. Partant, nier à quelqu'un la dignité, revient à le considérer comme inférieur, et non plus comme un être humain. La dignité n'est ainsi pas quelque chose de relatif, la personne n'a pas plus ou moins de dignité par rapport à une autre personne. Il ne saurait être question de valeur, de hiérarchie, d'une plus ou moins grande dignité. C'est pourquoi la dignité fondamentale de l'homme est un absolu. Elle est totale et indestructible. Elle est ce qu'on a appelé inamissible, elle ne peut se perdre. Ces constations viennent à nous interroger sur l'expression « perdre sa dignité ».

A priori, si la dignité est cet absolu décrit, cela n'a aucun sens. Pourtant l'expression est utilisée. Il nous faut alors soit reconnaître qu'il n'est plus question de la dignité au sens fondamental, soit montrer qu'à partir d'un

108. Il nous semble que vouloir opposer ces deux concepts fondamentaux nous mène à des impasses, parce que loin de se contredire, bien comprises, la liberté et la dignité sont inséparables. En termes de droits de l'homme, nous faisons référence à l'indivisibilité des droits. Opposer la liberté à la dignité, c'est avoir une conception fractionnée de l'homme, c'est ne pas le comprendre dans sa globalité. Cf. notamment, P. MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme, l'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Éd. Universitaires de Fribourg, Suisse, 1992.

109. *Doctrine de la vertu*, pp. 96-97, trad. J. BARNI, Paris, 1855, cité par *ibid.*, pp. 23.

certain seuil – qu'il faudrait définir – l'homme n'est plus un homme. Selon la seconde possibilité, un homme pourrait perdre sa dignité fondamentale, et donc sa qualité d'homme. Il serait alors un animal et pourrait donc être traité comme tel. C'est ainsi qu'ont été traités les juifs, les homosexuels, les handicapés et tant d'autres, par les nazis [110].

Si la première possibilité s'avère juste, le terme « dignité » peut être utilisé de façon différente ou, dirons-nous, la dignité a deux dimensions. Une personne, tout en gardant sa dignité, que nous qualifierons de « fondamentale », peut connaître des conditions de vie tellement avilissantes ou agir de façon si contraire aux principes d'humanité qu'elle « perd sa dignité », mais il est alors question d'une dignité d'une autre dimension à la dignité fondamentale dont il a été question jusqu'à présent. L'homme est traité ou agit indignement, c'est-à-dire que « sa dignité est atteinte », pourtant il reste une personne dotée pleinement de la dignité fondamentale. Selon M. Schattner, seule la « dignité personnelle » de l'homme est atteinte [111]. En précisant, que l'objet du droit, son concept de base, est et doit rester essentiellement la dignité fondamentale, tandis que l'éthique seule s'intéressera à la dignité personnelle. Ceci nous amènera ultérieurement à considérer le « droit à la dignité » et le « droit au respect de la dignité ». Sachons pour l'instant que les droits de l'homme ont reconnu le lien entre dignité et égalité. Dès l'article 1[er] de *Déclaration universelle des droits de l'homme*, dignité et égalité sont associés :

> « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ».

D. – *Dignité et fraternité*

La dignité de l'Autre m'oblige à la fraternité. E. Lévinas n'utilise pas le concept de dignité, mais il explique qu'en me reconnaissant (« le Même ») dans le visage de l'autre, ma liberté me fait lui répondre par la bonté [112]. C'est uniquement par cette réponse fraternelle que je suis libre. La preuve de l'unicité du genre humain se trouve, pour le philosophe, dans ce senti-

110. Ils ont été traités encore moins que des animaux : cf. note 2.

111. *Op. cit.*, pp. 130-132. Cf. note 81.

112. « L'être qui s'exprime s'impose, mais précisément en en appelant à moi de sa misère et de sa nudité – de sa faim – sans que je puisse être sourd à son appel. De sorte que, dans l'expression, l'être qui s'impose ne limite pas mais promeut ma liberté, en suscitant ma bonté. » *Totalité et Infini, op. cit.*, p. 219.

ment profond de solidarité, ou de fraternité, et non pas l'identité biologique [113].

Le philosophe G. Marcel est encore plus catégorique : « Si la dignité humaine peut être aujourd'hui pleinement reconnue [...] c'est à condition de se placer dans la perspective de la fraternité et non dans celle de l'égalitarisme » [114]. Et il n'hésite pas à donner un sens extrêmement fort au terme fraternité. Il n'est pas question pour lui de faire « 'comme si' les hommes étaient des frères » [115]. Le problème est alors de savoir si le droit peut rendre compte du principe de fraternité ? Pour lui, seul celui d'égalité, qui est revendicateur, est du domaine du droit, la fraternité est d'un autre ordre [116].

Ce qui reste indiscutable c'est que le respect de la dignité d'autrui entraîne un certain nombre d'obligations tant de la part des autorités publiques que de tout individu. Peut-être devrons nous préférer le terme de solidarité.

E. – *Dignité et respect*

« Le respect s'applique toujours uniquement aux personnes, jamais aux choses », dit Kant [117]. La définition du philosophe de la dignité est très riche. L'homme considéré « comme une fin en soi, c'est-à-dire qu'il possède une dignité (une valeur intérieure absolue), par laquelle il force au *respect* de sa personne toutes les autres créatures raisonnables [...] » [118].

113. « Toute relation sociale, comme une dérivée, remonte à la présentation de l'Autre au Même, sans aucun intermédiaire d'image ou de signe, par la seule expression du visage. L'essence de la société échappe, si on la pose semblable au genre qui unit les individus semblables. Il existe certes un genre humain comme genre biologique et la fonction commune que les hommes peuvent exercer dans le monde comme totalité, permet de leur appliquer un concept commun. [...] Que tous les hommes soient frères ne s'explique pas par leur ressemblance [mais mystérieusement par] un phénomène de solidarité. C'est ma responsabilité en face d'un visage me regardant comme absolument étranger – et l'épiphanie du visage coincide avec ces deux moments – qui constitue le fait originel de la fraternité ».

114. G. MARCEL, *op. cit.*, p. 174.

115. *Ibid.*, p. 171.

116. « L'égalité est égocentrique : je prétend que je suis ton égal. La fraternité est hétérocentrique ; je te salue comme mon frère, non seulement je te reconnais comme différent de moi, mais je peux me réjouir de ta supériorité à tout le moins en ce qui nous concerne, toi et moi, le prurit égalitaire m'est épargné [...] L'erreur à mon sens impardonnable de tant d'idéologues et même, chose étrange, de certains penseurs religieux à tendance progressiste, a été de ne pas voir que la fraternité seule porte sur les êtres, alors que l'égalité – mieux vaudrait dire l'identité – ne concerne que les droits. C'est l'erreur clé qui est à l'origine des aberrations égalitaires » (« Testament philosophique », dans *Homenaje a X. Zubiri*, vol. 1, Editorial Moneda y Credito, Madrid, 1970, pp. 330-331).

117. *Critique de la raison pure,* cité par A. FAGOT-LARGEAULT et G. DELAISI DE PARSEVAL, *op. cit.*, p. 91. Cette affirmation est d'autant plus intéressante qu'elle renvoie à la distinction juridique fondamentale des personnes et des choses : cf. note 94.

118. *Doctrine de la vertu,* pp. 96-97, cité par Z. KLEIN, *op. cit.*, pp. 23-24, cf. note 39.

La dignité de tous les hommes, leur liberté et leur égalité, m'oblige au plus grand respect. Cette attitude du respect n'est pas l'indifférence. Pour Kant, en effet, l'expression « respect » est très puissante. « La législation même qui détermine toute valeur doit avoir précisément pour cela une dignité, c'est-à-dire une valeur inconditionnée, incomparable que traduit le mot de *respect*, le seul qui fournisse l'expression convenable de l'estime qu'un être raisonnable en doit faire » [119]. L'homme se doit respecter sans condition la loi. Or la loi par excellence est que l'homme ne peut jamais être considéré comme un moyen, mais comme une fin. L'expression « respect » développée par Kant est intéressante à plus d'un titre.

Tout d'abord, le philosophe a expliqué que l'homme ne doit pas seulement respecter la dignité d'autrui mais aussi sa propre dignité [120]. De la dignité humaine découle des devoirs. Tout en sachant que, quelles que soient les circonstances, la dignité fondamentale de l'homme ne peut être atteinte, il est contraire à la dignité d'un individu de « porter atteinte à la dignité » d'une autre personne.

L'indignité de certains actes peut faire perdre au sujet sa dignité « personnelle ». L'homme qui agit indignement est déchu de droits fondamentaux qui découlent de cette dignité. Ainsi, si tout homme a droit à la vie, en cas de légitime défense, la mort de l'agresseur n'est pas injuste. L'agresseur a perdu sa dignité « personnelle » [121]. De même, il est contraire à la dignité d'agir envers soi-même de façon inhumaine (automutilation, certaines utilisations de son corps [122], etc.). Humilier gravement l'autre ou soi-même, a toujours pour conséquence de porter atteinte à sa propre dignité. Ne pas respecter sa propre dignité a donc des conséquences importantes en matière de droits de l'homme. Ce pourrait être là un apport fondamental du concept de la dignité humaine au droit, la dignité est rétroactive. Elle nécessite le respect de l'autre, des devoirs de solidarité notamment, mais aussi un respect de soi-même.

Kant nous permet aussi de préciser la portée de l'idée de respect dans l'expression « droit au respect de la dignité ». Si nous reprenons notre définition bivoque de la dignité, *le droit au respect de la dignité* correspond le mieux à celle-ci. En effet, si défendre *le droit à la dignité* est parfaitement recevable quand il est nécessaire de restituer à l'homme cette dignité qu'il a perdue pour diverses raisons, nous ne pouvons parler d'un *droit à la dignité* quand il est question de la dignité fondamentale.

Car, nous l'avons vu, la personne humaine garde sa dignité indépendamment de tout ce qui extérieurement et intérieurement peut l'affaiblir, l'hu-

119. *Ibid.*, pp. 142-143, cité dans *ibid.* p. 24 : cf. note 43.
120. Cf. notes 40 et 41.
121. B.D. DE LA SOUJEOLE, *op. cit.*, pp. 680-681.
122. Cf. la décision du Conseil constitutionnel relative aux lois sur la bioéthique.

milier, ou le détruire. L'homme dans la souffrance physique ou psychologique la plus terrible, dans des conditions économiques et sociales épouvantables ou, à l'inverse, agressant l'autre, reste un homme pourvu de dignité, de la même dignité fondamentale que tout homme. Aussi préférons nous parler d'un *droit au respect de la dignité* [123], droit absolu et inaliénable.

Le droit au respect de la dignité de l'homme handicapé ou de l'homme condamné à mort pour avoir torturé, est le même. Il est dû à l'homme parce qu'il est homme. D'autant que cette expression est également valable quand il est question de protéger l'homme de toutes les atteintes à sa dignité.

*
* *

Si la dignité humaine n'est pas une illusion, on peut distinguer les deux démarches fondamentales qui la conceptualisent. L'une selon laquelle la dignité est conférée à l'homme par grâce divine. L'autre selon laquelle la dignité humaine est un présupposé, à partir duquel on fonde des droits naturels de l'homme.

Nous l'avons vu, la théologie de Thomas d'Aquin exprime une dignité unique, inaliénable, incorruptible et inamissible. La dignité de l'homme est alors un don de Dieu. Il serait bien rapide de reprocher à Thomas d'Aquin de poser comme présupposé de base la foi en Dieu. Car tout le but de sa recherche est de parvenir à ces conclusions sans que soit nécessaire la révélation divine. En effet, pour lui, tout être raisonnable peut y parvenir. La foi est d'un autre ordre. Il n'empêche que les explications du docteur angélique sont souvent rejetées pour ce motif. Quoi qu'il en soit, l'autre démarche philosophique nécessite aussi une foi, la foi dans l'homme [124]. Elle revient à poser l'axiome suivant : l'homme est digne parce qu'il est digne. Ainsi, la dignité est soit fondée sur Dieu, soit fondée sur elle-même. Elle nécessite

123. Cf. *Loi fondamentale allemande* (23 mai 1949), article 1er, al. 1 « La dignité de l'homme est intangible. Tout pouvoir public est tenu de la *respecter* et de la protéger » ; PIDCP (16 décembre 1966), article 10 « [...] toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le *respect* de la dignité inhérente à la personne humaine » ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (28 juin 1981), article 5 · « Tout individu a droit au *respect* de la dignité inhérente à la personne humaine » ; Préambule de la Déclaration des libertés et droits fondamentaux (adoptée par le Parlement européen, 12 avril 1989) « Il est indispensable pour l'Europe de réaffirmer l'existence d'une communauté de droit fondée sur le *respect* de la dignité et des droits fondamentaux » ; ou droit à la *sauvegarde* de la dignité, cf. jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

124. Pour les tenants de la philosophie réaliste, une telle analyse est erronée. Il n'est pas question de croire en l'homme, il suffit d'observer le réel.

toujours une croyance [125]. C'est ce qui la rend si difficile à définir, à cerner et à utiliser en droit [126].

Nous posons que la dignité – que nous appellerons fondamentale ou radicale – de la personne humaine est, qu'elle est l'essence même de l'homme, qu'elle lui donne toute sa valeur. L'homme sans dignité n'est plus un homme. La dignité humaine trouve, pour nous, sa source en un Dieu personnel [127]. Nous n'admettrons pas que la dignité fondamentale soit en devenir, c'est-à-dire qu'elle s'acquière ou peut disparaître. Tout homme en tant que personne a une dignité, elle est inamissible, même celle du plus horrible des bourreaux.

Par contre, en aimant, en se décentrant de soi-même, et par la connaissance, ce qu'est la personne elle-même, ce que je suis, se manifeste et se développe. La personnalité de l'homme – à comprendre au sens existentiel –, se révèle et s'accroît. Il peut alors être question de dignité, mais dans un sens différent.

Aussi le regard de l'autre ne saurait-il me reconnaître ma dignité, elle y préexiste. La dignité humaine est indépendante de toute reconnaissance. Nous préférons donc parler du droit au respect de la dignité. Ceci nous permet de conclure sur les origines théologiques et philosophiques de la dignité. Mais affinons nos conclusions en ce qui concerne le droit.

Nous l'avons vu, pour A. Verdross la dignité humaine est le principe fondateur des droits de l'homme. Or des juristes s'inscrivent en faux par rapport à A. Verdross. Ils ne contestent non pas le concept de dignité, bien au contraire, mais le fait que ce principe philosophique puisse fonder le droit.

Ainsi, A. Sériaux expose que « c'est une perversion radicale de l'essence du phénomène juridique que de poser des titres antérieurs à toute mesure. Aussi convient-il d'affirmer que la personne humaine a sans doute des droits naturels, mais qu'elle ne tient pas ces droits de sa dignité : ils sont dus à

125. « *Croire* en l'homme, c'est *croire* qu'en son unité profonde, l'homme existe, l'homme pense, l'homme vaut ; et dernier pas décisif, l'homme ne saurait exister, penser, et valoir qu'en tant que personne [...] Otée la personne, l'homme, tout entier résultat ou effet, n'accéderait pas à l'existence vraie » E. BORNE, *op. cit.*, pp. 123-124.

126. L'idée de croyance et de foi va rester très présente, surtout au moment de l'apparition du concept, cf. préambule de la DUDH, 5e considérant : « Considérant que dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur *foi* dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine ».

127. Même si, d'accord avec G. MARCEL, nous dirions que : « Ce serait, je crois, une erreur et en tout cas une imprudence de prétendre que la dignité humaine ne peut être affirmée que par ceux qui sous quelque modalité confessionnelle que ce soit, reconnaissent explicitement Dieu comme père de tous les hommes, cette dignité apparaissant comme la marque même de l'imago dei. Ou plus exactement j'ai le sentiment qu'une telle position ne saurait être acceptée purement et simplement – sans qu'il soit d'ailleurs question de la rejeter explicitement », *La dignité...*, *op. cit.*, p. 174.

une mesure antérieure déterminée par Dieu, son créateur, via l'ordre naturel des choses » [128].

Et l'auteur explique, en s'appuyant sur Aristote et Thomas d'Aquin, que le droit est la mesure d'un rapport. Ce rapport s'établit, généralement, entre des personnes. Le droit ne saurait être fondé sur la personne elle-même. Il n'existe donc pas de lien entre le principe philosophique et le concept juridique. C'est seulement plus tard que le sens du mot droit a été perverti et utilisé à d'autres fins [129]. Les récents textes de droit positif qui incorporent le principe de la dignité humaine seraient le triste exemple de cette perversion [130].

La dignité humaine peut-elle donc être finalement considérée comme une source du droit ? Ce n'est plus la question de la dignité humaine qui est alors posée, mais celle de ses rapports avec le droit ; question bien difficile. Pour M. Villey ou A. Sériaux, reconnaître la dignité comme source de droit c'est confondre la morale et le droit [131]. Pour d'autres, le droit et la morale ayant le même fondement – la justice [132] – il n'y a aucune difficulté à ce que la dignité de l'homme soit aussi un principe juridique. Pour d'autres enfin, la plupart des droits de l'homme ne sont que des principes moraux devenus des dispositions juridiques [133].

128. A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, PUF, Coll. Que sais-je ? n° 2806, Paris, 1993, pp. 121-122. En utilisant la même définition du droit, mesure d'un rapport défini par Dieu, peut-on contester A. Sériaux en posant que cette mesure est justement la dignité humaine ? Pour une rapide critique, dans un autre sens, de la conclusion de Sériaux, voir B.D. DE LA SOUJEOLE, *op. cit.*

129. « Dans la conception aritotélico-thomiste, la notion de droit est une ; elle est synonyme de mesure. Le droit est la règle ou mesure qui permet de départager deux ou plusieurs personnes en relation d'altérité. Ce partage une fois opéré, il devient alors possible de fixer exactement ce qui revient en justice à chacune, ce qui est à proprement parler « le sien » » (*ibid.* p. 66). On retrouve là, pour l'essentiel, M. VILLEY (cf. *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Coll. Questions, Paris, 1983), mais avec d'importants désaccords. Dans son ouvrage, A. Sérieux s'oppose notamment à certaines positions que Villey a tenues sur la non-universalité du droit (*op. cit.*, p. 43).

130. Pour A. Sériaux le droit positif n'est valable que s'il est conforme au droit naturel ; or, pour lui, la dignité humaine n'est pas de droit naturel.

131. C'est la grande confusion reprochée par Villey à Kant. En effet, pour Kant, le droit est l'extériorisation de la loi morale, qui est, elle, intérieure. Le droit permet la sanction de la non-application de la loi morale.

132. « C'est en ce sens que le droit est justice « particulière » (Aristote-Saint Thomas), comme faisant partie de la justice « générale » qui est morale. D'où l'unité du juridique et du moral du point de vue de leur fondement », J.M. TRIGEAUD, *Droits de Dieu...*, *op. cit.*, p. 24.

133. « [...] on assiste à l'intégration formelle dans le système du droit international, par voie de traités, de principes en soi moraux, comme cela c'est produit pour la plupart des principes énoncés dans la Déclaration universelle » (Institut de droit international, *La sauvegarde des droits de l'homme et le principe de non intervention dans les affaires intérieures des États*, rapport provisoire de G. Sperduti et résolution, session de St-Jacques de Compostelle, *A.I.D.I.* 1989, éd. Pedone, Paris, vol. 63 I, pp. 328).

Les plus pragmatiques se contenteront, eux, de viser les textes de droit positif qui intègrent la dignité humaine et d'en étudier la portée. Toute la difficulté alors est de savoir en quoi ce droit est opérant. En effet, des textes de droit positif ont inséré dans leurs dispositions le concept de dignité [134].

Celui-ci n'est donc plus seulement un concept de philosophie morale fondateur, mais aussi un concept juridique. La dignité humaine doit ainsi non seulement être respectée en tant que principe moral essentiel, mais aussi en tant que disposition de droit positif. Respecter la dignité de tout homme nécessite des obligations positives. Voilà les conclusions que l'on peut tirer des deux récentes décisions du Conseil constitutionnel français [135]. Non seulement le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation « s'oppose » à toute mesure qui irait à son encontre, mais aussi « impose » des prestations matérielles effectives [136].

Au delà de la question du respect effectif de la dignité, ce concept nous conduit à d'autres concepts fort importants que sont l'indérogeabilité et l'indivisibilité. L'étude de la dignité amène nécessairement à considérer l'homme dans sa globalité. Si tel n'était pas le cas, tout ceci ne serait que « beaucoup de bruit pour rien »...

134. Cf. notamment l'article 10, § 1 du PIDCP. C'est volontairement que les membres de la troisième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies ont spécifié que les personnes privées de liberté doivent être traitées « avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ». En effet, ils ont estimé que l'obligation ainsi définie était destinée à établir des normes positives (ce que n'exigerait pas l'interdiction de « traitements inhumains de l'article 7 du même Pacte). Cf. ONU A/4045, § 79.

135. Décision du 27 juillet, *op. cit.*, et Décision n° 94-359 du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat. Pour mémoire, rappelons l'article 22 du projet de la *Constitution française* d'avril 1946 (soit trois ans avant la *Loi fondamentale* allemande dont l'article 1er proclame la dignité intangible de l'homme) selon lequel : « Tout être humain possède, à l'égard de la société, des droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de sa personne, son plein développement physique, intellectuel et moral ». Cf. aussi, dans le même projet, les articles 27, 28 et 38. Voir M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, PUF, Thémis, 1992, p. 181 pour le projet français et p. 696 pour la Loi allemande.

136. Cf. F. LUCHAIRE, *op. cit.*, pp. 1650-1651. La deuxième décision illustre parfaitement les conséquences positives de ce nouveau principe. Le juge tire du principe à valeur constitutionnelle de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine (et des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946) « un objectif de valeur constitutionnelle » : « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent ». Il explique aussi que ce progrès est sans retour : « le législateur peut [...] modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives [...] à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes a valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objectif de mettre en œuvre ».

TROISIÈME THÈME

L'État de droit et la démocratie

La diversité culturelle et les droits fondamentaux : le défi identitaire. Rapport sur les travaux du groupe de recherche

PAR

SALAH EDDINE BERRAHOU

PROFESSEUR ET SECRÉTAIRE GÉNÉRAL
À L'UNIVERSITÉ CADI AYYAD DE MARRAKECH (MAROC)

Nous pouvons aujourd'hui observer différents courants et mouvements « identitaires » luttant pour leur reconnaissance en droit, qu'il s'agisse des mouvements autochtones au Québec, des mouvements islamistes au Maghreb, des mouvements tribaux et régionalistes en Afrique, ou des mouvements d'authenticité dans les pays du Nord.

La question « identitaire » est au cœur même de toute réflexion sur les droits fondamentaux, car elle lance un défi à notre conception universaliste des droits fondamentaux et à l'autorité culturelle des instruments juridiques de protection des droits.

L'objectif des chercheurs constituant le groupe de recherche sur le défi identitaire est d'analyser le défi identitaire comme un problème juridique pratique et théorique sans aucun parti pris, en partant de l'hypothèse qu'il est impératif de penser autrement l'universalité des droits fondamentaux pour pouvoir répondre adéquatement aux défis identitaires.

Il a été proposé au réseau d'effectuer sa recherche selon deux axes : l'un interrogerait notre façon de penser l'universalité des droits fondamentaux vis-à-vis des mouvements identitaires et l'autre, contextualiste, qui interrogerait nos situations socio-juridiques respectives ainsi que notre capacité juridique de répondre aux différents défis identitaires. Ces deux axes seront développés conjointement. Mais précisons de prime abord qu'il existe une potentialité d'universalité dans toutes les cultures ; autrement dit la démarche ne peut reposer sur l'universalité des droits comme un *a priori* méthodologique. Il faut plutôt explorer la relation entre l'universalité et la diversité culturelle en tant qu'objet de recherche. C'est pourquoi le groupe s'est proposé d'interroger d'abord le fondement « culturel » même de l'universalité. Autrement dit, appréhender le thème de l'universalité des droits

des points de vue historique, anthropologique, sociologique et philosophique.

Il a été question aussi de consacrer un autre volet de notre recherche au mode d'appréhension du pluralisme et des minorités, autrement dit comment repenser « pluralisme et minorités » d'une manière qui concorde avec nos traditions juridiques (universalité/particularité ; neutralité/identité ; individualité/collectivité...).

Il conviendra également d'analyser comment se pose le problème identitaire dans les différents pays représentés au sein du groupe.

On abordera ses différents axes à partir d'une méthode analytique et comparative qui aura pour souci de voir comment constituer une grille d'analyse et de saisie de l'universalité des droits qui soit commune à l'ensemble des composantes du groupe, grille à partir de laquelle les équipes pourraient travailler sur les thèmes spécifiques.

I. – De l'identité nationale à l'identité d'un groupe

La philosophie des Lumières, si elle a eu une influence considérable sur la pensée et les structures de l'État libéral européen ou américain, a eu bien des incidences sur les droits africains, même si ceux-ci revendiquent leur authenticité ; une authenticité qui est loin d'être une simple apparence [1].

Fondée sur une anthropologie philosophique, qui tend à considérer l'homme comme indidivu raisonnable (Locke), ou comme étant animé d'une vertu immanente (Rousseau), ou comme étant conduit par des intérêts ou des « vices » (Mandeville, A. Smith, A. Ferguson), elle débouche sur une conception universalisante de l'homme [2].

Les particularités culturelles étudiées par Buffon ne sont que les manifestations d'une diversité liée aux conditions géographiques et climatiques [3], mais qui ne remettent pas en cause l'unité fondamentale de la raison humaine. On peut remarquer déjà que cette raison n'atteindra sa plénitude que dans une espace politique approprié [4].

D'où l'idée d'une nation fondée sur un « sens commun », « un destin commun », plutôt que sur une appartenance à un groupe humain ayant des caractères culturels ou ethniques communs. Il est remarquable que G. Herder qui a tenu compte de certains éléments culturels pour définir la

1. Cf. Norbert Rouland, *Anthropologie Juridique*, PUF, 1988, pp. 183 et s.

2. Cf. Claude Gautier, *L'invention de la société civile*, PUF, 1993, pp. 33 et s.

3. Cf. Michèle Duchet, *Anthropologie et histoire au siècle des Lumières*, Albin Michel, 1995, pp. 229 et s.

4. Cf. Alexandre Matheron, *Individu et communauté chez Spinoza*, Éd. de minuit, 1988, pp. 285 et s.

nation, est resté attaché à une conception universelle de l'homme. Nous trouvons, chez lui, cette idée : « [...] comme l'intelligence humaine cherche partout l'unité dans la variété, et que la pensée divine dont elle est l'image à marqué la multiplicité la plus abondante du caractère de l'unité, nous pouvons essayer de revenir au sein même de la diversité et du changement à ce simple théorème : il n'y a sur la terre qu'une seule et même espèce d'hommes. » [5].

La nation et donc l'État, deviennent des entités extensibles. L'idée d'une nation fondée sur les idéaux communs a prévalu aussi dans l'empire soviétique. Les deux conceptions n'accordent le caractère politique qu'aux nations. Celles-ci, étant fondées sur une « structure morale de base », comme disait J. Rawls, peuvent, de ce fait accéder à l'état politique. On peut constater, alors, que la politique exprime l'identité d'une nation. Renvoyant à une totalité, elle devient l'expression condensée de l'identité nationale.

Cependant, depuis les guerres coloniales et la chute de l'empire soviétique, la notion d'identité va tendre à une autre signification. Progressivement, elle va se détacher de la conception morale de la nation – la nation qui a une vocation consensuelle « par recoupement des doctrines philosophiques et politiques » [6] –, pour devenir plutôt et de plus en plus, l'expression d'un « être-ensemble » culturel. Ce sont des groupes culturels ou ethniques qui revendiqueront leur identité avec une virulence toute particulière.

La revendication identitaire ne traduit pas seulement un désir d'authenticité ou un besoin de reconnaissance [7], mais une volonté d'être.

Le respect de la diversité des cultures n'est pas une reconnaissance de type identitaire. Dans l'ancienne U.R.S.S., malgré une bureaucratie omnisciente et omniprésente, une représentation des différentes cultures était reconnue. Cependant, une telle reconnaissance demeure sans effet réel lorsqu'il s'agit d'un groupe social conscient, non seulement de sa différence, mais de sa singularité propre et aspirant à une autonomie, voire une indépendance administrative et politique.

Ainsi, l'identité n'est pas fondée sur des idées morales communes, mais sur un « mode d'existence », une culture au sens anthropologique.

L'identité d'un groupe culturel ou ethnique – comme l'identité nationale – ne peut s'exprimer dans sa plénitude que dans un espace politique défini. Le politique est ainsi le lieu privilégié où s'exprime l'identité ultime d'un être collectif.

5. J.G. HERDER, *Idées sur la philosophie de l'histoire de l'humanité*, Coll. « Agora », 1991, pp. 48-49.

6. Voir la notion de « Consensus par recoupement » chez J. RAWLS, *Justice et démocratie*, Seuil, 1993, pp. 208 et s.

7. Cf. Charles TAYLOR, *Multiculturalisme*, Éd. Aubier, 1992, p. 41 et *Malaise de la modernité*, Éd. du CERF, 1994, p. 33.

Cette idée traduit une conception plus juste du politique, puisque le politique n'est plus l'apanage des grandes nations mais peut s'étendre à tout groupe culturel ou ethnique, aspirant à l'autonomie.

La revendication identitaire ne peut être considérée comme un retour en arrière, vers une « ethnicisation du monde », mais l'expression d'une justice politique longtemps refusée aux peuples. Étant une « volonté d'être », elle traduit un droit fondamental qui ne peut être assimilable aux autres droits.

Il est vrai qu'il est souvent difficile d'établir une hiérarchie dans les droits individuels et collectifs. Cependant, peut-on mettre sur la même place le droit à la vie et les autres droits ?

De même qu'un homme aliéné est dans une situation de « pré-mort », comme l'écrit Georges Semprun [8], un peuple qui ne peut s'exprimer comme il l'entend, est voué à une mort culturelle ou, dirait-on, à une mort identitaire. La question identitaire ne donne pas lieu seulement à la revendication d'un droit, elle donne lieu à une véritable lutte pour la survie. D'où la violence parfois inouïe de certaines luttes identitaires. On peut même reconnaître le caractère identitaire d'un mouvement politique, culturel ou religieux à travers une certaine pratique de la violence.

A. – *L'identité par le droit ou l'identité par le groupe*

L'intérêt des réunions des membres du groupe de recherche est apparu d'emblée dans l'annonce d'approches différentes, conséquence directe d'accumulations socio-historiques différenciées.

L'équipe de Montpellier, par son chef de projet, le p[r] Rousseau, a montré l'importance contemporaine de la revendication identitaire : devant le désarroi existentiel, deux types de réponses sont proposées : l'identité par le droit ou l'identité par le groupe.

La première considère que cette situation permet à l'homme de s'engager dans une communication avec ses semblables pour construire une identité humaine. Une des pistes possibles est le droit, qui peut être un des lieux où l'humanité peut avoir raison de son morcellement en une myriade d'esprits locaux (Goethe). Le droit est moins un contenu qu'une procédure permettant aux hommes de discuter...

Le second type de réponse engage la reconstruction de l'identité de l'homme par la réaffirmation de son insertion dans son groupe d'origine. L'accent est mis ici sur les différences, les particularités qui traversent l'humanité. Cette reconstruction par le groupe peut être recherchée par différents moyens : la minorité, l'ethnie, le peuple, la culture...

Ces deux réponses ont toujours été pensées dans une logique d'opposition, de confrontation. Le pari est de tenter de penser leur possible conciliation,

8. *L'écriture ou la vie*, Gallimard, 1994.

c'est-à-dire de penser à un universalisme des droits de l'homme qui ne sacrifie pas les diversités qui font la richesse de l'humanité.

B. – *Vers une reconnaissance politique des peuples autochtones*

L'équipe québécoise de l'Université Laval a ensuite présenté une réflexion inscrivant la question identitaire dans la philosophie juridique libérale contemporaine. Ce choix s'explique par le fait que les différents acteurs du droit ont pensé les revendications des peuples autochtones canadiens dans le cadre du libéralisme juridique. Ce cadre ne pouvait conduire qu'à une impasse juridique, puisque les paradigmes individualiste et neutraliste conduisent à refuser de reconnaître tout statut particulier en faveur des peuples autochtones. D'ailleurs, l'idéologie du libéralisme juridique ne peut concevoir un droit autochtone que comme une mesure transitoire, temporaire, la logique menant, à terme, à sa nécessaire disparition.

Les limites de ce raisonnement poussent le p[r] Melkevic à considérer que la question identitaire ne peut être pensée et traitée que par une solution s'inscrivant « au delà du libéralisme » dans une reconnaissance politique des peuples autochtones.

Poussant la réflexion dans le même sens, le p[r] Otis s'est appuyé sur le droit constitutionnel canadien pour démontrer le rapport entre la conception universaliste des droits fondamentaux et l'identité autochtone (reconnaissance à la fois de droits fondamentaux et de certains droits aux peuples autochtones du Canada en tant que groupes ethno-culturels distincts).

Ce qui explique la modification du concept même de droit fondamental, car l'identité autochtone apparaît comme une dérogation à la conception universaliste des droits (primauté en cas de conflit).

L'expérience française a été exposée par deux doctorants, (MM. Blacher et Gely) qui, s'appuyant sur la jurisprudence constitutionnelle, ont démontré respectivement que l'indivisibilité du peuple français se comprend par le respect de deux principes : le principe d'égalité qui renvoie aux individus égaux entre eux et le principe de souveraineté qui ne peut avoir qu'un titulaire, le peuple. Si le Conseil constitutionnel s'est montré très ferme sur l'unité du peuple, il a été plus souple au regard du particularisme institutionnel local (définition d'un statut d'administration locale différent, enseignement de la langue corse...).

II. – Travaux futurs du groupe de recherches

Sur la base de ces différentes interventions, le groupe a décidé de travailler désormais sur quatre problématiques :

– Le droit à l'identité, droit fondamental ?

- Quelle est la place du droit à l'identité dans le droit international ?
- Quelle est la place du droit à l'identité dans le droit interne ?
- Le droit peut-il relever le défi indentitaire ?

A. – *Identification du titulaire du droit à l'identité*

L'identification du titulaire de ce droit soulevait une première série de difficultés, mises en lumière dans l'intervention introductive du p^r^ Rousseau : est-ce un droit fondamental ? Et la principale difficulté rencontrée par les membres du groupe fut de déterminer le titulaire de ce droit à l'identité. Si pour le p^r^ Rousseau, le droit à l'identité pouvait se définir comme un mode de reconnaissance d'un droit fondamental de forme individuelle, les Lavallois et les Marrakchis (MM. Otis, Berrahou et Alami) ont retenu une vision plus collective du titulaire de ce droit, tandis que le p^r^ Machelon (Paris V) a vu pour sa part dans cette expression la consistance pragmatique d'un « droit au bonheur » prenant sa place en amont du droit des peuples.

Le p^r^ Rousseau d'emblée s'interroge : est-ce que le droit à l'identité est un droit fondamental ? Et quelle portée donner à un rattachement à cette catégorie ? Est-ce l'un de ces droits de l'homme de la « troisième génération » qui ouvriraient la porte d'un monde meilleur ? Est-ce même un droit ? Il fallait jeter un doute cartésien, en bonne méthode, sur l'appartenance possible de « l'identité » à l'univers juridique.

L'identité, ajoute p^r^ Rousseau, n'est pas une donnée de nature, elle est à construire. Elle résulte d'un processus permanent de socialisation qui rend très difficile son appréhension par le droit. Reconnaître l'identité comme un droit revient à la fixer arbitrairement à un stade inachevé de son évolution (le stade national, par exemple). Le risque est grand aussi, le relativisme et l'historicisme aidant, de lui donner un contenu faussement réducteur.

L'identité véritable est plurielle. Comme l'écrit Edgar Morin, « nous sommes des êtres poly-identitaires ». Ces identités s'enchevêtrent, se succèdent parfois, chaque individu « zappant » d'une identité à l'autre, d'un rôle social à l'autre selon les situations qui se présentent. Et toutes les identités ne se valent pas. Une double conclusion a été dégagée : l'identité n'existe pas en soi, le caractère fondamental ne saurait être reconnu qu'aux droits qui concourent à sa formation c'est-à-dire des principes constitutionnels abstraits, le droit à l'identité ne pouvant quant à lui être éventuellement consacré que sous sa bannière individuelle. Et par là M. Rousseau a critiqué comme indûment conservatrice l'approche « communautariste » du problème qui voit dans l'identité une forme naturelle héritée de l'histoire et valant quel que soit son contenu.

Son exposé a été abondamment discuté par les professeurs Melkevic, Otis (Université Laval), Berrahou, Alami, El Ouazzani (Université de Marra-

kech). Leurs observations ont principalement porté sur le concept de droit fondamental et sa place dans la hiérarchie des normes, ainsi que sur les liens possibles avec les revendications à l'identité des groupes ethno-culturels. Elles ont abouti à d'utiles mises au point sur l'existence ou la nature d'un droit à l'identité et sur son contenu en droit positif.

C'est ainsi que le professeur Otis dégage des voies étroites mais praticables d'un droit à l'identité à partir de trois principes fondateurs de la modernité juridique : la pluralité, la liberté et l'égalité.

- Les minorités sont directement impliquées dans la gestion de la pluralité sociale et culturelle, qui ferme toute voie vers l'exclusion, de sorte que pour mériter la protection, les revendications identitaires doivent se faire dans le respect des droits des autres groupes composant le corps social.
- Reconnaître des droits identitaires subjectifs aux groupes eux-mêmes peut renforcer leur capacité de préservation et de transmission de leur culture propre ; c'est en fait accorder à la minorité et aux autochtones ce que la majorité a acquis pour elle-même. D'ailleurs les États ont sans doute moins à craindre du dialogue des identités en leur sein que des conséquences sociales et politiques d'un refus dogmatique de donner une voix collective organisée aux groupes ethno-culturels non dominants.
- Le principe d'égalité et de non-discrimination permet de fonder un droit à l'identité en ce que ce droit tend à accorder aux minorités et aux autochtones le même degré de reconnaissance juridique que celui dont jouit la majorité en démocratie. Le p^{r} Otis conclut que la finalité de l'autochtonie dans l'ordre juridique contemporain (en droit canadien) se ramène au respect et la promotion de la spécificité autochtone à partir d'une reconnaissance de droits collectifs particuliers issus du rapport historique établi entre les groupes sociaux.

Pour les p^{rs} Alami et Berrahou, l'individu chercherait aujourd'hui une certaine sécurité « existentielle » dans des groupes et communautés restreints, ne croyant plus à la force et à la neutralité bienveillante de l'État. La conscience identitaire ne se manifeste pas d'elle même. Il n'y a pas de revendication d'un droit spécifique tant qu'un groupe ne se sent pas menacé d'altération ou d'étouffement. L'altérité, qu'elle soit douce ou violente, provoque l'éveil de la conscience identitaire.

D'ailleurs, on peut dire que le modèle identitaire arabe est caractérisé par des temporalités culturelles différentes qui se succèdent, s'enchevêtrent, puis s'opposent. La pensée politique arabe contemporaine est fondée sur un paradigme unitaire qui a entravé le développement différentiel de la pensée politique et a fortement imprégné les politiques publiques des États, provoquant ainsi des manifestations micro-identitaires, parfois très violentes (Algérie, Liban...).

B. – *Le droit à l'identité entre les droits international et interne*

Une telle dualité d'option n'a rien qui doive surpendre. Elle touche à d'autres notions, celle du droit fondamental par exemple, qui renvoie en droit international à des droits garantis par divers instruments internationaux, à caractère universel ou régional, et en droit interne à des droits constitutionnellement protégés.

– Le p[r] Melkevic s'est efforcé de situer le droit à l'identité en droit international positif, en l'inscrivant dans le prolongement de la reconnaissance, aujourd'hui acquise, du droit des minorités. Laissant de côté les solutions classiques mises en œuvre au temps de la SDN, où le droit à l'identité n'a longtemps eu qu'un rôle plutôt mineur dans le droit international en général, celui-ci étant bâti sur le paradigme de l'universalité, le propos du p[r] Melkevic s'est voulu résolument prospectif. Il a retracé l'évolution des instruments juridiques de protection des minorités dans le système des Nations Unies, depuis le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (particulièrement l'article 27) jusqu'au récent projet relatif aux peuples autochtones, approuvé par la Sous-commission des droits de l'homme en 1995, en passant par la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques et la Convention n° 169 de l'OIT.

Ces quatre systèmes normatifs constituent le corpus principal auquel il faut ajouter des textes régionaux sur les minorités et les peuples autochtones. Il faut cependant souligner la tension qui existe entre le droit international, tel que structuré selon le paradigme de l'universalité, et les normes internationales sur les minorités et les peuples autochtones développées largement à l'intérieur du système onusien. Ces normes ne sont pas généralement acceptées par la communauté internationale et intégrées dans le droit interne.

– Pour ce qui est des rapports et interventions qui ont porté sur les droits internes, chacun a semblé admettre, au moins implicitement, que le droit à l'identité n'a pas de contenu propre, à la manière d'un droit subjectif, mais qu'il exprime une revendication touchant à l'organisation politique et sociale des États. Le champ d'investigation était dès lors largement ouvert. Il a été exploré dans quatre directions. Le cas du Maroc a naturellement été évoqué. Certains intervenants (Karem, Ouazzani) ont fait valoir que son droit, tout en étant unitaire, a un caractère composite, du fait de l'autonomie reconnue à certains groupes (berbères). Ce qui a suscité l'intervention du p[r] Otis sur le droit à l'identité au Québec. Celui-ci a montré que, s'il n'existe pas de droit à l'identité autochtone au Canada, des droits collectifs à vocation identitaire sont reconnus dans le cadre québécois.

La Norvège a fourni un exemple plus frappant encore, le p^r^ Melkevic a montré que les droits politiques y sont reconnus a une minorité culturelle de 35.000 personnes, les Sami, qui sont considérés, au même titre que les Norvégiens, comme les fondateurs du pays.

Rien de tel en France, terre d'application de la métaphysique égalitaire et de la conception abstraite de la citoyenneté. M^me^ Hofnung (Paris V) a procédé à une analyse d'ensemble de la réponse française au défi identitaire. Avec beaucoup de conviction, elle a justifié l'*a priori* d'universalité, avant d'examiner, au vu des textes et de la jurisprudence, le sort réservé en France à la revendication identitaire dans ses rapports avec la liberté religieuse et l'égalité devant les services publics. L'intérêt de l'intervention a été renforcé par l'énoncé de quelques pistes d'approfondissement comme le référendum d'initiative minoritaire, la représentation proportionnelle intégrale, le fédéralisme, le droit de sécession, le développement de la médiation interculturelle, etc.

*
* *

On le voit, le dossier n'est pas clos. L'approche comparative a montré que le droit à l'identité n'est pas facilement identifiable. S'il existe, il appartient toujours au domaine de ce que les internationalistes nomment le droit programmatoire, la *soft law*...

Mais à l'épreuve de la réflexion en commun, les analyses théoriques et monographiques se sont efficacement confortées (13 articles et communications ont constitué le support nécessaire aux deux séminaires internationaux organisés à Montpellier et Marrakech).

Les membres du groupe sont unanimes pour la poursuite de la recherche dans les domaines défrichés jusqu'ici, avec la recommandation de l'élargir à des terrains nouveaux (États Baltes, paysage géopolitique de l'Europe centrale et orientale).

L'universalisme moderne à l'heure des identités : le défi singulier des peuples autochtones *

PAR

GHISLAIN OTIS

ET

BJARNE MELKEVIK

PROFESSEURS AGRÉGÉS À L'UNIVERSITÉ LAVAL (QUÉBEC)

La tradition constitutionnelle occidentale et l'ordre juridique international sont largement construits sur la conception stato-nationale de la modernité, qui tient l'universalité, la neutralité et l'égalité pour consubstantielles au droit. Or, les courants identitaires qui travaillent actuellement nos sociétés mettent à mal l'universalisme et l'égalitarisme formels de l'État-nation. L'identitarisme ethnoculturel interpelle l'individualisme atomisant propre à la représentation libérale de la modernité ; il recherche le dépassement d'une certaine idée de l'universalité par l'inscription juridique des appartenances communautaires différenciées et des héritages culturels.

Nous nous attacherons dans cette communication à faire ressortir en quoi l'émergence des droits des peuples autochtones du monde, ces communautés historiquement victimes d'une paupérisation matérielle et d'une oppression culturelle que l'on renonce difficilement à occulter, constitue un exemple singulier de l'irruption de l'identité dans le champ juridique. Nous voulons dans un premier temps expliquer de quelle manière la saisie juridique de l'autochtonité, au plan international et dans le système canadien, bouscule les présupposés fondateurs de la conception libérale de l'universalisme. Nous débusquerons aussi les risques de dérive ghettoïsante et exclusiviste dont est porteuse l'autochtonisation du politique et du territoire. Il conviendra ensuite d'explorer les possibles voies de convergence entre d'une part l'affirmation identitaire autochtone et, d'autre part, les exigences modernes du pluralisme et des droits fondamentaux.

* Certaines pages de cette communication sont tirées pour l'essentiel des textes suivants du p[r] OTIS : « Le droit ancestral des peuples autochtones à l'autonomie politique et le défi identitaire », (à paraître) ; « Ébauche d'une théorie d'un droit à l'identité appliquée à l'autochtonie canadienne », dans *Le défi identitaire*, Cahier d'études constitutionnelles et politiques de Montpellier I, Montpellier, 1996, pp. 6-17.

I. – L'UNIVERSALITÉ DES DROITS ET LES DÉFIS DE L'IDENTITARISME AUTOCHTONE

A. – *L'infléchissement de l'universalisme libéral par l'inscription juridique de l'autochtonité*

À l'heure de la résurgence des identités, le mouvement autochtoniste se singularise par l'ampleur des mutations qu'il est en voie d'imposer à la dynamique universalisante de la nation civique et politique. De plus en plus, les constitutions des États et le droit international prennent, sous la pulsion de revendications différentialistes autochtones, un virage identitaire par l'inscription juridique du particularisme ethnoculturel autochtone.

Que ce soit dans les Amériques, en Scandinavie [1] ou en Océanie [2], les systèmes constitutionnels sont plus que jamais pénétrés par le principe d'identité autochtone. Au Canada, le constituant à confirmé et reconnu en 1982 le statut distinctif des peuples autochtones comme titulaires de droits « ancestraux ou issus de traités » [3]. Ces droits ancestraux, que la loi fondamentale place même au-dessus de la *Charte canadienne des droits et libertés* [4], expriment, selon la Cour suprême du Canada, « l'essence même de l'autochtonité » [5] en ce qu'ils visent l'affirmation et la protection des « coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures distinctives » [6] des premiers occupants du territoire.

C'est d'ailleurs sans hésitation aucune que la plus haute juridiction canadienne a pris acte du décalage entre les dispositions constitutionnelles

1. Voir B. MELKEVIK, « Autochtones et droit : le nouveau droit norvégien des Samés (Lapons) », 1991, 32 *C. de D.* 33.

2. Voir R. LAFARGUE, « La révolution Mabo ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des aborigènes d'Australie », 1994, 5 *R.D.P.* 1329.

3. Les dispositions essentielles traitant des peuples autochtones du Canada se retrouvent à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui se lit comme suit : « (1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. (2) Dans la présente loi, 'peuples autochtones du Canada' s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada. (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – sont garantis également aux personnes des deux sexes ».

4. L'art. 25 de la Charte des droits porte que : « Le fait que la présente Charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada, notamment : a) aux droits ou libertés reconnus par la *Proclamation royale* du 7 octobre 1763 ; b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis ».

5. *R.* v. VANDERPEET, Cour suprême du Canada, no. greffe 23803, le 21 août 1996, par. 19.

6. *Ibid.*, par. 48.

autochtonistes et la tradition universaliste issue de la philosophie des Lumières [7].

Parallèlement aux mutations constitutionnelles au sein des États, l'internationalisation irrésistible de la question autochtone a puissamment contribué à l'avènement de l'identité dans le droit des gens. La problématique identitaire autochtone s'est d'abord manifestée dans l'œuvre normative de l'Organisation internationale du Travail (OIT) dont la Convention relative aux populations aborigènes et tribales (la « Convention 107 ») [8], malgré sa philosophie par ailleurs paternaliste et intégrationniste [9], fait bénéficier les autochtones de la première prohibition internationale de l'ethnocide [10].

Mais la Convention 107 ne cherche nullement à conforter l'altérité autochtone. La valorisation systémique de l'autochtonité fut véritablement introduite dans l'ordre international par le plus récent instrument de l'OIT, la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (la « Convention 169 ») [11]. Cet instrument délaisse toute perspective intégrationniste et affirme sans ambages un parti pris identitariste. La détermination des Parties à respecter et sauvegarder les particularismes autochtones est affirmée dès le préambule [12] et se trouve explicitement articulée à l'article 5 de la Convention [13]. L'énonciation novatrice d'un authentique droit collectif et individuel à l'identité imprègne la totalité de l'instrument [14].

La même conviction identitariste ressort avec force de projets de Déclaration des droits des peuples autochtones en cours d'élaboration au sein de l'ONU et de l'Organisation des États américains (OÉA). Ainsi, le projet de *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* [15], qu'étu-

7. Après avoir évoqué la tradition universaliste, la Cour déclare, *ibid.*, au par. 19 : « Toutefois les droits *ancestraux* ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte* parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des *autochtones* ».

8. Le texte de la Convention est reproduit dans G. OTIS et B. MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales : analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Y. Blais, 1996, pp. 41-52.

9. *Ibid.*, pp. 6-7.

10. L'article 2(4) de la Convention énonce que « le recours à la force ou à la coercition en vue d'intégrer les populations dans la communauté nationale sera exclu ».

11. Reproduite dans OTIS et MELKEVIK, *op. cit. supra*, note 8, pp. 65-83.

12. On y légitime « l'aspiration des peuples en question à avoir le contrôle de leurs institutions, de leur mode de vie et de leur développement économique propre et à conserver et développer leur identité, leur langue et leur religion dans le cadre des États où ils vivent ».

13. L'article 5 fait obligation aux États de « reconnaître et protéger les valeurs et les pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles de ces peuples » et de « respecter l'intégrité des valeurs, des pratiques et des institutions desdits peuples ».

14. Voir OTIS et MELKEVIK, *op. cit. supra*, pp. 21-31.

15. Reproduit dans OTIS et MELKEVIK, *id.*, note 8, pp. 123-137.

die actuellement la Commission des droits de l'homme de l'ONU, prohibe toute mesure ethnocidaire à l'encontre des peuples autochtones [16] et formule, en termes univoques, un droit des communautés et des individus à l'identité :

> « Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif et individuel, de conserver et de développer leurs spécificités et identités distinctes, y compris le droit de revendiquer leur qualité d'autochtones et d'être reconnus en tant que tels [17]. »

Pierre angulaire d'un corpus normatif international en émergence, cette préoccupation identitaire ébranle le socle de la représentation universalisante des droits rattachés à une identité citoyenne à la fois commune et exclusive. Mais l'identitarisme autochtone, par la place centrale qu'il donne à la collectivisation des droits, heurte aussi la conception individualiste des droits, autre dogme de la modernité libérale.

B. – *Le défi autochtone au dogme individualiste*

Pour jauger l'ampleur du défi que représente la collectivisation des droits, il faut se rappeler que le droit moderne a généralement été considéré comme réfractaire par essence à tout référent ethnoculturel. Comme l'écrivait M. Gordon, l'idée moderne et libérale du droit se caractérise par :

> « [...] l'absence, voire même la prohibition, de toute reconnaissance juridique ou politique des entités collectives, quelles soient raciales, religieuses, linguistiques, ou des groupes, dans le processus juridique ou politique, et par une prohibition de l'usage des critères ethniques de toutes sortes pour des raisons de discrimination ou encore pour un traitement spécial ou de faveur [18]. »

L'individualisme occidental classique tient en fait pour antinomiques la liberté identitaire de l'individu et l'institutionnalisation des collectivités comme titulaires de droits subjectifs. Les droits identitaires collectifs en faveur des minorités et des peuples autochtones sont souvent perçus comme un instrument de domination de l'individu par le groupe, comme une occultation du caractère transitoire et pluriel des allégeances identitaires individuelles [19]. Nous devons à J.P. Taguieff d'avoir formulé de façon exemplaire cette répudiation des droits collectifs lorsqu'il nous prévient que « chaque sujet a droit à sa culture » et qu'« aucune culture n'a de droit sur le sujet » [20].

16. Art. 7.

17. Art. 8.

18. M. GORDON, « Towards a General Theory of Racial and Ethnic Group Relations », dans GLAZER et MOYNIHAN (dir.), *Ethnicity. Theory and Experience*, Cambrigde, Mass., Harvard University press, 1975, p. 105 (notre traduction).

19. Voir par exemple D. ROUSSEAU, « Le droit à l'identité est-il un droit fondamental ? », dans *Le défi identitaire*, Cahier d'études constitutionnelles et politiques de Montpellier I, Montpellier, 1996, pp. 1-5.

20. Cité dans N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 458.

Au plan politique, les États craignent aussi que la personnalisation juridique des minorités et des peuples autochtones, comme entités distinctes de leurs membres, n'engendre une pluralité de corps intermédiaires et d'ordres juridiques au sein de la société et qu'elle n'induise ultimement une dérive autonomiste porteuse de conflit.

Ces objections morales, idéologiques et politiques expliquent pourquoi dans les processus normatifs internationaux, et dans plusieurs systèmes nationaux, on parle des droits des *minoritaires* et non des droits des minorités [21]. On perpétue le modèle individualiste des droits [22] même si en réalité ceux-ci ont pour finalité opérationnelle la protection du groupe puisqu'ils sont tributaires de l'agrégation de l'individu au groupe et n'ont de sens que par sa revendication de solidarité à l'égard du groupe [23].

Or le régime autochtoniste, tant dans les systèmes constitutionnels nationaux que dans l'ordre normatif international, se distingue fondamentalement du droit des minorités [24] en consacrant des droits collectifs fondateurs de véritables infranations ethnoculturelles autochtones au sein de l'État. Qu'ils soient purement culturels, fonciers ou encore politiques, les droits spéciaux des autochtones ont en général pour titulaires, non seulement les individus, mais les « peuples » eux-mêmes [25]. Il existe d'ailleurs sur ce point une convergence frappante entre les normes internationales et le système canadien, qui définit d'emblée les droits autochtones en termes collectifs [26].

Cette consécration juridique de la communauté engendre la nécessité d'une articulation claire des droits individuels et des prérogatives collectives de l'identité, articulation qui passe inéluctablement par le primat des droits de l'homme et qui pose au juriste moderne le défi le plus pressant.

21. Voir sur ce point les différentes études parues dans l'important ouvrage de A. FENET, G. KOUBI, I. SCHULTE-TENCKOFF et T. ANSBACH, *Le droit et les minorités : analyses et textes*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

22. Remarquons cependant que l'article 1er de la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* de 1992, Rés. A.G. 47/75, protège l'identité minoritaire en tant que telle. Contrairement à l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, il ne réfère pas aux « personnes appartenant à ces minorités », mais renvoie à l'identité des minorités.

23. Pour une critique de l'approche individualiste, voir I. SCHULTE-TENCKHOFF et T. ANSBACH, « Les minorités en droit international », dans FENET *et al.*, *op. cit. supra*, note 21, pp. 54-59.

24. Au sujet de la difficile distinction qu'il convient d'opérer entre les peuples autochtones et les minorités, on consultera notamment N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, pp. 434-437.

25. Voir par exemple les art. 1er à 18 de la Convention 169. Quant au projet de déclaration de l'ONU, on y utilise presque partout l'expression « les peuples autochtones » pour désigner les bénéficiaires des droits énoncés, en référant parfois aux « autochtones » pour qualifier la dimension individuelle de certains droits. Voir par exemple art. 2, 6, 7, 8, 9, 15, 18 et 32.

26. En plus du libellé clair de l'art. 35 reproduit *supra*, note 3, voir entre autres l'affaire *R. c. Sparrow*, [1990] 1 *Recueils de la Cour suprême du Canada* 1075.

Mais l'émergence de droits collectifs à caractère identitaire malmène l'universalisme classique jusque dans l'organisation et l'aménagement spatial du pouvoir politique. Le régime autochtoniste opère en effet une identitarisation du politique qui, si elle n'était infléchie, risquerait de fragiliser grandement l'idéal pluraliste des sociétés démocratiques.

C. – *L'identitarisation du politique : le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale*

On invoque souvent la prétention des autochtones au statut de « peuples », et donc leur revendication d'un droit à l'autodétermination pour distinguer ces collectivités des minorités qui sont aussi par ailleurs des groupes ethnoculturels non dominants [27]. On observe en fait que si la remise en cause de l'intégrité territoriale des États où vivent les populations autochtones paraît totalement exclue, la reconnaissance de droits politiques collectifs *à l'intérieur* de ces États, trouve un écho de plus en plus favorable en droit international tout comme en droit canadien.

Ainsi, dans la foulée de la Convention 169 de l'OIT, dont plusieurs dispositions favorisent la liberté d'action collective des autochtones, les projets de déclaration de l'ONU et de l'OÉA relaient puissamment la revendication autochtone d'un droit à l'autonomie politique interne [28]. Ces instruments internationaux tendent à formaliser une dichotomisation des identités autochtone et non autochtone en aménageant des statuts de citoyenneté différenciée pour les « non-membres » dont l'adhésion à la communauté politique sera contrôlée par les gouvernements autochtones [29].

Au Canada, la thèse voulant que les autochtones jouissent d'ores et déjà, au sein du régime fédéral, d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale reçoit l'appui de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones et de la grande majorité des juristes [30]. Ce droit serait, aux termes mêmes de la Constitution [31], réservé exclusivement aux personnes ayant la qualité d'autochtone [32].

27. Voir par exemple, N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, p. 435.

28. Pour une analyse des divers instruments internationaux relatifs à cette question, voir OTIS et MELKEVIK, *op. cit. supra*, note 8, pp. 31-34.

29. Voir par exemple l'art. 31 du projet de déclaration de l'ONU et l'art. XV(1) du projet de l'OEA.

30. Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la confédération : les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Groupe communication Canada, 1993.

31. Voir l'art. 25 de la Charte canadienne reproduit *supra*, note 4.

32. La Cour suprême a en effet rappelé récemment le fait que « par définition, les droits ancestraux ne peuvent être exercés que par les peuples autochtones », d'où l'obligation « d'empêcher les non-autochtones d'exercer des droits ancestraux », *R. c. Nikal*, Cour suprême du Canada, no. de greffe 23804, le 25 avril 1996, par. 95.

L'autochtonité se trouvera dès lors au principe même de la communauté politique envisagée ; on peut parler ici d'une identitarisation organique du politique car elle sert à délimiter, par un travail différentialiste, le tissu humain constitutif d'une communauté politique, la matière vivante de cette communauté.

Il y a là une distanciation manifeste par rapport à la conception universaliste de l'État-nation selon laquelle la communauté politique se compose, non pas de groupements définis par des référents nationaux ou ethnoculturels, mais bien de l'ensemble des citoyens formant un corps indivisible organisé territorialement en État [33].

L'identitarisme caractérisant la revendication autonomiste autochtone n'est toutefois pas qu'organique ; il prend aussi la forme d'une instrumentalisation identitaire de la fonction gouvernementale elle-même, dont la finalité essentielle sera la pérennisation, voire la revitalisation, de l'identité des peuples intéressés. Cette finalité s'impose de manière générale par la philosophie identitariste irriguant l'ensemble du corpus normatif international et, plus particulièrement, par la nature des attributions que l'on s'entend pour reconnaître aux corps politiques autochtones. Ces attributions correspondent globalement, tant dans les projets canadiens [34] que dans les instruments internationaux [35], aux matières qui sont étroitement liées à l'identité et à l'intégrité des communautés autochtones.

L'investissement instrumental du politique par l'identité autochtone revient également comme un leitmotiv dans les travaux des spécialistes qui se sont attachés à dégager les fondements du droit inhérent des peuples autochtones à s'autogouverner [36]. Il existe d'ailleurs sur ce point une

33. On trouvera une excellente description de la conception classique de l'État-nation universaliste dans S. PIERRÉ-CAPS, *La Multination : l'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995, pp. 56-66.

34. Voir notamment l'art. 29 de l'*Accord de Charlottetown* reproduit dans A. TREMBLAY, *La réforme de la constitution au Canada*, Montréal, Thémis, 1995, p. 486 ; *L'autonomie gouvernementales des autochtones : l'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1995, p. 3 ; P.W. HOGG et M.E. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-Government : Constitutional and Jurisdictional Issues », 1995, 74 *Rev.du B.Can.* 187, pp. 193-194.

35. Voir l'art. 31 du projet de déclaration de l'ONU, l'art. XV(1) du projet de Déclaration de l'OÉA ; *Rapport de la Réunion d'experts chargés d'examiner l'expérience des pays dans le domaine de l'application de plans d'autonomie interne en faveur des populations autochtones*, Nuuk, Groenland, 24-28 sept. 1991, E/CN.4/1992/42, par. 12.

36. Voir notamment dans le contexte canadien, P. MACKLEM, « Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government », 1995, 21 *Queens L.J.* 173, pp. 185, 186, 190, 202, 204, 215, 216 et 217 ; M. ASCH et P. MACKLEM, « Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty : An Essay on *R. v. Sparrow* », 1991, 29 *Alt. L.Rev.* 498, pp. 503 et 506 ; A. BISSONNETTE, « Les droits et libertés des peuples autochtones du Canada : débats constitutionnels et identités

convergence frappante entre la perspective canadienne et la réflexion qui a cours au sein des organisations internationales. Ainsi, la « définition de travail » des peuples autochtones ayant orienté les plus récents travaux onusiens décrit ces groupes comme étant :

> « [...] déterminés à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques [37]. »

On tient donc la quête de persistance et de développement identitaires pour inhérente à l'autochtonie contemporaine.

L'emprise de l'identité sur le politique ne serait guère problématique si la puissance publique autochtone ne visait que les autochtones eux-mêmes, procèdant ainsi d'un principe de personnalité des lois et non du modèle occidental de la territorialité politique [38]. Il n'y aurait en effet, dans ce cas, aucune dépossession politique des non-autochtones qui continueraient de jouir pleinement des droits civils et politiques afférents à leur identité citoyenne au sein de l'État.

Un régime de personnalité des lois est effectivement envisagé par les experts consultés par l'ONU [39], de même qu'au Canada, comme modalité de mise en œuvre d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale autochtone, plus particulièrement dans le cas des autochtones n'ayant pas d'emprise foncière différenciée [40]. Mais il n'est nullement question de dissocier complètement, et dans tous les cas, la puissance publique autochtone de toute emprise spatiale [41].

Au contraire, la territorialité autochtone tend, par la superposition spatiale de droits fonciers et de droits politiques à vocation identitaire, à mettre

culturelles », 1989, XIX *Recherches amérindiennes au Québec*, 3, p. 6 ; HOGG et TURPEL, *loc. cit. supra*, note 34, pp. 193-194.

37. *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, J.R. MARTINEZ COBO, rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, par. 379.

38. Pour une étude tout à fait remarquable de l'histoire et de l'évolution contemporaine de la territorialité politique, voir B. BADIE, *La fin des territoires : essai sur le désordre international et sur l'utilité social du respect*, Paris, Fayard, 1995.

39. Voir le Rapport de la réunion d'experts, *supra*, note 35, art. 5.

40. Voir la position du gouvernement fédéral, *supra*, note 34, pp. 22-24. Le texte de l'*Accord de Charlottetown* « n'établissait aucun rapport entre les gouvernements autochtones et l'assise territoriale de leur autorité, de telle sorte qu'on aurait pu imaginer un gouvernement autochtone dont l'autorité n'aurait pas été limitée à un territoire donné », TREMBLAY, *op. cit. supra*, note 34, p. 161. Voir aussi HOGG et TURPEL, *op. cit. supra*, note 34, pp. 199-200.

41. Ainsi, dans le cas de communautés disposant d'une emprise foncière, le principe de personnalité ne serait envisagé que de façon complémentaire au Canada, pour étendre les normes de la communauté territorialisée aux membres de celle-ci se situant à l'extérieur de son assise spatiale ; voir la politique du gouvernement fédéral, *supra*, note 6, p. 22 ; HOGG et TURPEL, *op. cit. supra*, note 34, pp. 199-200.

l'orthodoxie territoriale au service de la quête différentialiste. Il y a alors recherche de concordance géographique entre les données du bornage politique et celles de la construction identitaire.

D. – *L'identitarisation du territoire : du foncier sacralisé à la captation identitaire de l'espace*

La composition identitaire de l'institution territoriale paraît irrésistible lorsque la terre, expression sacrée de l'autochtonité, devient le fondement d'un titre foncier servant lui-même d'assiette spatiale privilégiée au pouvoir politique autochtone. La sacralité du rapport de l'homme à la terre représente un précepte fondateur de la cosmogonie autochtone traditionnelle. On trouve une formulation classique de cette vision du monde dans La *Charte de la Terre des peuples autochtones*, instrument international émanant des autochtones eux-mêmes et dont l'article 31 énonce ce qui suit :

> « Les peuples autochtones ont été placés sur notre mère, la Terre, par le Créateur. Nous appartenons à la terre. Nous ne pouvons être séparés de nos terres et de nos territoires [42]. »

C'est aussi le language qu'utilisent les autochtones du Canada pour rendre compte de leur conception du lien les unissant aux terres ancestrales [43]. Les peuples autochtones de l'Amérique du Nord inscrivaient traditionnellement la terre dans une cosmogonie trinitaire de la nature, de l'homme et cosmos [44]. L'héritage s'y raconte à partir d'un Récit initial qui place l'homme et sa communauté sur des terres leur étant destinées par la volonté du Créateur. Le rapport à la terre est ainsi « sacré », tout comme les « droits coutumiers » communautaires.

Ce lien sacralisé devient un thème central du discours identitaire. Composante fondamentale de l'autochtonité, l'appartenance organique de l'homme à sa terre d'enracinement immémorial est aussi source de droits relatifs à l'espace et aux ressources ; des droits, qui, à leur tour, seront investis d'une qualité identitaire. Ce passage du sacré au foncier identitarisé, du mythique au juridique, ressort bien de l'affirmation suivante :

> « Nos territoires sont des entités vivantes qui s'inscrivent dans une relation vitale permanente entre les êtres humains et la nature. De leur possession découle le développement

42. Adoptée lors de la Conférence mondiale des peuples autochtones sur le territoire, l'environnement et le développement, Kari-Oca (Rio), 25-30 mai 1991. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1994/12.

43. Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1994, pp. 9-16. Voir aussi MACKLEM, *loc. cit. supra*, note 36, pp. 183-184.

44. Voir O. LYONS, « Spiruality, Equality, and Natural Law », dans Leroy LITTLE BEAR, Menno BOLDT et K. Anthony LONG (dir.), *Pathways to Self-Determination. Canadian Indians and the Canadian State*, Toronto, University of Toronto Press, 1984, pp. 5-13 ; R. ROSS, *Dancing with a Ghost : Exploring Indian Reality*, Markham, Octopus Books, 1992. Voir aussi, B. MELKEVIK, « Aboriginal Legal Cultures », dans Christopher B. GRAY (dir.), *The Philosophy of Law : An Encyclopedia*, New York, Garland, 1997 (à paraître).

de notre culture. Nos biens territoriaux devraient être inaliénables, incessibles et faire l'objet d'un titre de propriété [...] [45]. »

La revendication d'un patrimoine foncier ancestral devient le point d'« ancrage du droit à la différence » [46], voire une condition essentielle à la survie de l'autochtonie [47]. Conformément à cette perspective, la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones du Canada appellait récemment à la mise au rancart de toute politique gouvernementale d'extinction consensuelle des droits fonciers ancestraux au motif qu'une telle mesure « vise l'extinction de droits intimement liés à l'identité autochtone » [48].

Les instruments internationaux reconnaissent clairement la qualité identitaire des droits fonciers autochtones. L'article 13 de la Convention 169 de l'OIT fait même obligation expresse aux États de « respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires [...] ». Dans le projet onusien, on n'hésite pas à verser dans l'essentialisme en assimilant purement et simplement à un génocide culturel tout acte ayant pour but ou effet de déposséder les autochtones de leurs terres ou de leurs ressources [49]. Rappelons aussi la définition de travail du rapporteur spécial Cobo selon laquelle les terres traditionnelles des autochtones « constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple » [50].

Tout comme le droit international, le régime canadien donne un rôle central au référent identitaire dans la définition des maîtrises autochtones de l'espace et des ressources. Selon la Cour suprême du Canada, les droits ancestraux des peuples autochtones tirent leurs racines des coutumes, prati-

45. La *Charte de la Terre des peuples autochtones*, *supra*, note 42, art. 32.

46. ROULAND, PIERRÉ-CAPS et POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, pp. 468 et 470.

47. La Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones cite par exemple les propos de leaders autochtones pour qui l'abandon des droits ancestraux revient à « renoncer à ce qui définit de la façon la plus fondamentale notre identité et notre relation avec le Créateur [...] ». Voir *supra*, note 43, p. 51. On consultera aussi le document de référence sur la Constitution de l'Assemblée des Premières Nations, Rapport des commissaires, *First Nations Circle on the Constitution : To the Source*, Ottawa, 1992, pp. 8-9 et 42-43.

48. Voir *supra*, note 43, p. 69. À la p. 53, la Commission assimile l'exigence de l'extinction à un « refus de permettre l'expression, en droit canadien, de certains aspects de l'identité autochtone. ».

49. L'art. 7(b) projet de déclaration de l'ONU qualifie d'ethnocide ou de génocide culturel « Tout acte ayant pour but ou pour effet de les priver [les autochtones] de leurs terres, de leurs territoires et de leurs ressources ». D'autres vont encore plus loin et traitent toute proposition d'abandon des droits fonciers autochtones, même par voie de traité, comme un acte ethnocidaire. Voir *Sovereign Injustice : Forcible Inclusion of the James Bay Crees and Cree Territory* into a Sovereign Québec, Grand Council of the Crees, 1995, p. 273. On peut aussi y lire que « Si on considère que les aborigènes ont cédé tous leurs droits, il n'y a plus d'aborigènes ».

50. Voir *supra*, note 37.

ques et traditions précoloniales appartenant à la culture distinctive des autochtones [51].

Le titre foncier autochtone emporte la maîtrise de l'espace et du fond de terre plutôt qu'une maîtrise « fruitière » spécialisée visant une ressource en particulier [52]. Au titre foncier se rattachent des droits d'occupation de l'espace, de prélèvement, de gestion et de disposition des ressources ainsi que des droits d'exclusion [53]. Cet exclusivisme est d'ailleurs parfois revendiqué au nom d'une véritable sacralisation de l'autochtonité foncière :

> « L'existence des peuples autochtones remonte à la nuit des temps. Nous descendons en ligne directe du Créateur. Nous avons vécu et maintenu la Terre dans l'état où elle était au premier jour. Ceux qui n'appartiennent pas à cette terre doivent la quitter parce que leurs intérêts (ce qu'on appelle le 'développement') sont contraires aux lois du Créateur [54]. »

La reconnaissance du titre foncier sur les terres traditionnelles, en plus de servir de support mythique et juridique à l'identité autochtone, fera dès lors en sorte que les titulaires de droits fonciers puissent être identitairement homogènes.

Mais l'identitarisme franchit une étape capitale lorsque ces mêmes espaces fonciers identitarisés sont politicisés pour accéder au statut de « territoire », c'est-à-dire de support spatial de la puissance publique autochtone. La volonté de faire coincider le territorial et le foncier fera que l'autonomie autochtone se déploiera au premier chef sur les terres sacralisées grevées de droits identitaires exclusifs.

Il y a alors fusion du terroir mythique, du foncier et du politique pour inscrire dans l'ordre constitutionnel l'aménagement identitaire de l'espace. Le discours différentialiste se saisit de la territorialité politique pour

51. VANDERPEET, *supra*, note 5. Les juges seront cependant tenus de définir les droits se rapportant à la terre et aux ressources à partir d'une représentation généralement stéréotypée et passéiste d'un mode de vie figurant l'héritage précolonial ; les droits ancestraux s'exerceront dans une large mesure en marge des modes de production et de développement que les Européens ont introduit sur le continent nord-américain.

52. Voir l'art. 15 de la Convention 169 et l'art. 26 du projet de l'ONU. Pour la Cour suprême du Canada, « le titre aborigène est une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers », VANDERPEET, *supra*, note 5, par. 74.

53. Voir l'art. 18 de la Convention 169 et l'art. 26 du projet de l'ONU. C'est ainsi qu'on a pu écrire que « le titre indigène confère à ses titulaires le droit de s'opposer au libre passage sur leurs terres de tout étranger à la communauté » : R. LAFARGUE, « Droits de l'homme, politiques judiciaires et gestion communautaire des conflits : la normalisation des rapports inter-ethniques par l'adaptation du droit anglo-australien à la coutume aborigène », 1996, 31 *Droits et Cultures*, pp. 219-265, à la p. 254. Pour le droit canadien on consultera notamment l'affaire *Adams c. La Reine*, [1993] *R.J.Q.* 1011 (C.A., en appel à la Cour suprême). La Cour suprême a commencé à identifier les droits afférents aux ressources dans l'affaire *Nikal, supra*, note 32, pars. 88-89 et 103-106.

54. *Charte de la Terre des peuples autochtones, supra*, note 42, art. 68.

« étendre au territoire la qualité indiscutable d'attribut naturel de l'identité revendiquée » [55].

Le vocabulaire juridique en matière autochtone tend à confondre le foncier et la territorialité politique de droit public. Il n'est pas rare que l'on parle allègrement de droits « territoriaux » pour désigner de simples maîtrises foncières et « fruitières » [56]. Même si les instruments internationaux précisent que l'usage du mot « territoire » dans les dispositions foncières vise plutôt à assurer que la maîtrise autochtone puisse s'étendre à « la totalité de l'environnement » [57], on peut douter de l'utilité de la référence territoriale dès lors qu'il est convenu que le foncier concerne à la fois la maîtrise de l'espace et des ressources.

Au Canada, la Constitution elle-même entretient une ambiguïté fondamentale en faisant référence aux « accords sur des revendications territoriales » [58], alors même que l'on vise des ententes dont la plupart ne comportent aucunement l'attribution d'une assise spatiale à des corps politiques autochtones [59].

Cette ambivalence terminologique ne peut être tout bonnement mise au compte de la désinvolture langagière ; elle trahit plutôt une propension à établir une coïncidence géographique et matérielle entre le foncier et le politique. Ainsi, les autochtones estiment que leur titre traditionnel sur les terres comprend nécessairement la faculté d'exercer la puissance publique sur celles-ci [60], ce qui explique le refus de plusieurs communautés au Canada et au Québec de dissocier le politique du foncier dans leurs négociations avec l'État [61].

55. BADIE, *op. cit. supra*, note 38, p. 102.

56. N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, pp. 468-471.

57. Art. 13(4) de la Convention 169 et art. 26 du projet de déclaration de l'ONU.

58. Voir les art. 25 et 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

59. Ces accords ne garantissent que des droits fonciers, laissant de côté la question du droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale. Voir la *Convention définitive des Inuvialuit*, l'*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, l'*Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in*, l'*Entente sur la revendication territoriale des Dénés et des Métis du Sahtu*, l'*Entente définitive des premières nations de Champagne et de Aishihik*, l'*Entente définitive de la Première nation des Gwitchin Vuntut*, l'*Entente définitive de la Première nation des Nacho Nyak Dun* et l'*Entente définitive du Conseil des Tlingits de Teslin*.

60. M. ASCH, *Home and Native Land : Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*, Toronto, Methuen, 1984, p. 30, où l'auteur écrit entre autres : « [...] *it appears that the notion of a land base within a separate political jurisdiction is fundamental* ». L'affaire *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 *W.W.R.* 97 (C.A.C.-B.) est éloquente à cet égard puisque les demandeurs y réclamaient à la fois des droits fonciers exclusifs et des droits d'autonomie politique sur les terres en litige.

61. On fait écho à cette position dans les travaux de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones. Dans son rapport sur les solutions de rechange à l'extinction du titre ancestral, *supra*, note 43, la Commission écrit à la p. 67 : « De l'avis de la Commission, les parties à des négociations globales devraient s'efforcer de conclure une entente qui, s'agissant du territoire en jeu, protège les intérêts existants des tiers, reconnaît les droits fonciers des autoch-

La Réunion d'experts de l'ONU, à l'instar des juristes canadiens [62], a également établi un lien étroit entre les maîtrises foncières traditionnelles et l'autonomie politique des peuples autochtones. Ces experts concluent que :

> « Les territoires autochtones et les ressources qu'ils contiennent sont essentiels à l'existence physique, culturelle et spirituelle des peuples autochtones et à la jouissance effective de l'autonomie et de l'auto-administration [...] [63] »

En outre, les politiques gouvernementales canadiennes et québécoises tendent de plus en plus à valider la jonction du foncier et du politique. Au Québec, on évoque le droit des peuples autochtones « de se gouverner sur les terres leur appartenant en propre » [64] alors que la politique du gouvernement fédéral conçoit l'autonomie gouvernementale comme se rattachant essentiellement à l'assise foncière des communautés vivant au sud du 60e parallèle ainsi qu'au Yukon [65].

Le calquage de la cartographie politique autochtone sur les règles du découpage foncier est en quelque sorte exacerbé par la compétence législative prépondérante que l'on convient d'attribuer aux corps politiques autochtones relativement à l'occupation et l'usage des terres grevées d'un titre foncier autochtone [66]. À la maîtrise foncière autochtone se superpose le pouvoir étatique autochtone de sanction contraignante de cette exclusivité foncière. Participant de cette logique, le projet de déclaration de l'ONU précise que les gouvernements autonomes autochtones pourront contrôler « l'accès des non-membres à leur territoire » [67].

En fait, le contrôle des droits de résidence et d'établissement qui accompagne la politisation du foncier facilite concrètement la logique politique d'exclusion des non-membres. On peut difficilement voir ce qui empêcherait que, par ce système de territorialité identitaire, on instaure ou perpétue le modèle de la réserve ethnoculturelle homogène. On notera d'ailleurs que

tones et de la Couronne et répartit entre les parties les droits relatifs à la fonction gouvernementale ».

62. P. MACKLEM, « First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination », 1991, 36 *McGill L.J.* 382. Cet auteur écrit, à la p. 389, que « *native self-government at least refers to the need for a territorial base on native land* [...] ». D'autres estiment que « *it is obvious that every First Nation would require extensive powers over its own land* ». HOGG et TURPEL, *op. cit. supra*, note 34, p. 198. Voir aussi le rapport de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *supra*, note 43, p. 67.

63. *Rapport de la Réunion d'experts, supra*, note 35, par. 5.

64. Art. 8 du *Projet de loi sur l'avenir du Québec*, Éditeur officiel du Québec, 1995. Voir aussi le principe n° 6 du document *Les 15 principes*, dans *Les fondements de la politique du Gouvernement du Québec en matière autochtone*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, 1988, p. 4.

65. Voir *supra*, note 34, pp. 21-22.

66. Voir l'art. 31 projet de l'ONU, l'art. XV(1) du projet de l'OÉA ; l'art. 12 du rapport de la Réunion d'experts de l'ONU. Pour le Canada, voir HOGG et TURPEL, *op. cit. supra*, note 34, p. 198 ; Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *supra*, note 43, p. 67. Voir aussi l'énoncé de politique fédéral, *supra*, note 34, p. 6.

67. Art. 31.

bien des autochtones et des analystes sont partisans du modèle de la réserve qui leur apparaît comme nécessaire, dans certains cas, à la préservation et au développement de l'autochtonité en conjuguant « le legs du passé et les exigences de la modernité » [68].

Des auteurs expliquent que les gouvernements autochtones identitairement « séparés » ne sauraient être assimilables aux guettos ou aux bantoustans caractéristiques du régime d'*apartheid* qu'a connu l'Afrique du Sud [69] puisqu'ils n'ont nullement pour objet de cantonner les communautés autochtones et leurs membres dans un statut d'infériorité systémique par rapport aux autres composantes de la société [70].

Cela est sans doute vrai, mais en ne prêtant ainsi attention qu'au traitement égalitaire ou équitable des *groupes* ethnoculturels, on fait totalement l'impasse sur les droits des individus. En fait, on ne saurait cautionner la marginalisation permanente des personnes identitairement allogènes sans présumer de l'inaptitude de la pensée politique et constitutionnelle contemporaine à tracer des voies inédites de coexistence démocratique de communautés nationales hétérogènes.

Parce que la mobilisation du politique et de la territorialité au profit de l'identité n'exclut pas un « zonage identitaire », elle rend impérieux l'examen des mesures nécessaires à la préservation d'un certain espace pluraliste.

De plus, la fonction essentiellement identitaire attribuée au pouvoir politique autochtone pose le défi du respect de la liberté individuelle face à l'impératif communautaire de sauvegarde de la différence culturelle. L'identitarisme autochtone ne fait pas qu'évoquer la question essentielle du rapport de l'identité aux droits fondamentaux ; il oblige aussi à rechercher les voies d'une conciliation de l'identité collective et de l'universalité des droits de l'individu.

68. N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, pp. 377 et 381.

69. M. ASCH, *op. cit. supra*, note 60, à la p. 101, affirme qu'il faudrait parler de *apartness* et non d'*apartheid*.

70. Voir ASCH, *op. cit. supra*, note 60, pp. 100-101 ; A. BISSONNETTE a défendu dans les termes suivants la possibilité de restreindre les droits politiques des non-membres dans le contexte de la mise en œuvre du défunt *Accord de Charlottetown* : « La reconnaissance constitutionnelle des gouvernements autochtones aurait pu être entièrement minée par des recours judiciaires permettant à tout citoyen canadien d'y participer et d'être élu. En effet, même s'il ne s'agit pas là d'un fondement racial, il reste que l'existence de ces gouvernements repose sur le fait que certaines personnes se reconnaissent et sont reconnues comme appartenant à des peuples autochtones. Permettre, par ailleurs, à leurs seuls membres d'utiliser ces mêmes droits démocratiques pourrait sembler acceptable dans la mesure où ces peuples estiment que la démocratie parlementaire est la seule façon pour eux d'exercer leur droit à l'autonomie gouvernementale ». Voir BISSONNETTE, « Analyse posthume d'un accord mis à mort », 1993, XXIII *Recherches amérindiennes au Québec*, 80, pp. 85-86.

II. – Les voies de conciliation des droits fondamentaux universels et des droits identitaires autochtones

A. – *Le droit collectif à l'identité : un avatar de la modernité juridique*

Malgré les critiques formulées par les adeptes de l'individualisme universalisant, la consécration de droits et de pouvoirs à vocation identitaire en faveur de communautés ne heurte pas en soi les grandes valeurs émancipatrices de la modernité [71]. En fait, l'inscription juridique de l'altérité autochtone, tout comme la protection identitaire des minorités, paraît correspondre de plus en plus à une exigence de la modernité pluraliste en ce qu'elle traduit la tolérance et l'esprit d'ouverture à l'égard de composantes historiques non dominantes du corps social.

En plus de participer d'un principe de pluralité, le droit collectif à l'identité ressortit aussi au principe d'égalité en ce qu'il tend à accorder aux autochtones ce que la majorité a acquis pour elle-même par le jeu de la démocratie représentative, savoir une capacité de renforcement et de transmission de sa culture. La légitimation fondamentale des identités non dominantes sera alors susceptible de les aider à se prémunir contre l'arbitraire étatique dans toute ses formes.

Le droit à l'identité peut en outre faciliter l'accès de tous à un patrimoine commun de droits fondamentaux parce qu'il fortifie la légitimité démocratique des groupes ethnoculturels marginalisés ainsi que leur aptitude à s'exprimer et à participer dignement aux délibérations ponctuant la vie nationale. De fait, les États ont sans doute moins à craindre du dialogue des identités en leur sein que des conséquences sociales et politiques d'un refus dogmatique de donner une voix collective organisée aux groupes ethnoculturels non dominants.

Mais un système constitutionnel moderne doit aussi garantir que les valeurs de pluralité, d'égalité et de liberté, qui sont susceptibles de fonder le « droit à la différence », pourront en même temps servir de balises, voire de freins, à l'identité comme principe d'organisation du pouvoir politique. Ainsi, un droit collectif à l'identité ne saurait autoriser l'incarcération de l'individu dans son groupe d'origine. L'individu doit pouvoir se réclamer librement et dignement de son autochtonité sans sacrifier au primordialisme identitaire ses droits fondamentaux de même que ses appartenances tout aussi changeantes que multiples.

De même, il sera impérieux que le droit identitaire ne soit pas lui-même destructeur des principes universalistes d'égalité et de pluralité par l'intolé-

71. Voir G. Otis, « Ébauche d'une théorie d'un droit à l'identité appliquée à l'autochtonie canadienne », dans *Le défi identitaire, supra*, note *, pp. 6-7.

rance à l'égard des autres identités. Les peuples autochtones sont « directement impliqués dans la gestion de la pluralité sociale et culturelle qui ferme toute voie vers l'exclusion » [72], de sorte que pour mériter une quelconque protection, leurs revendications identitaires doivent se faire dans le respect des droits fondamentaux des autres membres du corps social.

Une fois consacré le primat des droits fondamentaux, rien n'interdira évidemment que l'on se montre flexible dans sa mise en œuvre concrète. C'est dire que tout en délimitant un patrimoine commun de droits et libertés se rattachant à une citoyenneté politique commune au sein de l'État, on pourrait en moduler l'application de manière à rendre compte, dans des situations de fait particulières, de la spécificité des sociétés autochtones [73].

B. – *Le primat des droits de l'homme dans la quête identitaire*

La consécration de droits subjectifs collectifs et la personnalisation juridique du groupe qui en résulte témoignent certes d'une sorte de révolution dans l'idéologie libérale occidentale. Mais la primauté des droits fondamentaux vient faire échec à toute forme coercitive de collectivisme identitaire et de relativisme culturel radical par lesquels on tenterait de tenir pour opposés les droits de la personne et les droits des autochtones.

Cela ressort des instruments autochtonistes internationaux qui garantissent la priorité hiérarchique des droits fondamentaux individuels sur les institutions ou les droits collectifs à vocation identitaire [74]. De même, l'attention particulière que les textes internationaux accordent au traitement égalitaire des femmes [75] témoigne de la préséance structurelle de la philosophie des droits fondamentaux par l'aménagement d'un statut moderne de la femme autochtone.

Les tenants d'un relativisme culturel intransigeant, amalgamant l'individualisme libéral et l'oppression culturelle des autochtones [76], n'auront donc pas à ce jour été en mesure d'imposer leur point de vue de sorte que les porte-parole autochtones paraissent de plus en plus acquis, ne serait-ce que par pragmatisme politique, au principe des droits fondamentaux.

72. G. KHOUBI, « Penser les minorités en droit », dans A. FENET *et al., op. cit. supra*, note 21, 251, p. 259.

73. Les juges canadiens ont déjà eu l'occasion d'appliquer la Charte constitutionnelle des droits à des corps publics autochtones en tenant compte du contexte social et des valeurs culturelles propres aux collectivités autochtones. Voir par exemple *Eastmain Band v. Gilpin*, [1988] 3 *C.N.L.R.* 15 (C.P. Qué) ; *R. c. Hatchard*, [1993] 1 *C.N.L.R.* 96 (C.Gén. Ont.).

74. Voir l'art. 8 de la Convention 169 ; l'art. 33 du projet de déclaration de l'ONU et l'art. II du projet de déclaration de l'OÉA.

75. Voir l'art. 3 de la Convention 169 et l'art. 45 du projet de Déclaration de l'ONU.

76. Voir M.E. TURPEL, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter : Interpretative Monopolies, Cultural Differences », 1989-90, 6 *Annuaire canadien des droits de la personne*, 3.

Au Canada, le consensus universaliste [77], pour lequel plusieurs groupes de femmes autochtones n'ont eu de cesse de militer [78], représente un des legs politique de l'*Accord de Charlottetown* de 1992 qui assujettissait, quoique de manière atténuée, les gouvernements autochtones aux prescriptions de la *Charte canadienne des droits et libertés* [79]. Le primat des droits fondamentaux figure d'ailleurs parmi les éléments clé de la politique fédérale relative à l'autonomie gouvernementale autochtone [80].

Si l'on s'entend généralement pour dire que les individus autochtones devraient pouvoir invoquer à l'encontre de leurs gouvernements les droits et libertés qui sont opposables aux autres ordres étatiques, le statut des non autochtones sous un régime d'autonomie interne continue d'être problématique en raison de l'exclusivisme foncier et politique propre à la territorialité identitaire.

Pour faire place au pluralisme et à la communion des identités, la logique de la réserve propre à l'autochtonisation du territoire devra inéluctablement être dépassée. Leur adhésion persistante à la logique territoriale fait naturellement craindre aux autochtones [81] que la reconnaissance de droits résidentiels et politiques aux non-membres, ne leur fasse perdre, au gré des vicissitudes démographiques, la mainmise sur des institutions gouvernementales dont la justification première est pourtant de leur garantir une véritable autonomie politique.

Le droit collectif à l'autonomie politique, comme fondement d'une organisation politique territorialisée liée à l'identité autochtone, pourrait effectivement être menacé de dépérissement par l'imbrication des populations. Le défi sera alors de réaliser un *modus vivendi* constitutionnel à même d'harmo-

77. Pour des points de vue favorables à l'application des droits fondamentaux aux gouvernements autochtones, voir entre autres N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, p. 459. Parmi les auteurs canadiens on consultera T. ISAAC et M.S. MALOUGHNEY, « Dually Disadvantaged and Historically Forgotten ? Aboriginal Women and the Inherent Right of Aboriginal Self-Government », 1992, 21 *Man.L.J.* 453 ; J. BURROWS, « Comtemporary Traditional Equality : The Effect of the Charter on First Nation Politics », 1994, 43 *U.N.B.L.J.* 19 ; Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *supra*, note 30, pp. 39-40.

78. T. NAHANEE, « Dancing With a Gorilla : Aboriginal Women, Justice and the Charter », dans *Aboriginal Peoples and the Justice System*, Ottawa, Services et Approvisionnement Canada, 1993, p. 359 ; ISAAC et MCLOUGHNEY, *loc. cit. supra*, note 77.

79. Voir l'art. 26 de l'Accord reproduit dans Tremblay, *op. cit. supra*, note 34, p. 485.

80. Selon le gouvernement du Canada, il faut « établir un juste équilibre entre les droits et libertés individuels et les valeurs et traditions propres aux peuples autochtones » : *supra*, note 34, p. 5. On constate d'ailleurs que cette préoccupation est inscrite dans le projet d'accord conclu récemment avec les Nisga'a de Colombie-Britannique, qui prévoit l'obligation pour les corps politiques Nisga'a de se conformer à la Charte canadienne. Voir *Nisga'a Treaty Negociations Agreement-in-Principle*, le 15 février 1996, p. 6.

81. De même qu'à certains juristes, voir ASCH, *op. cit. supra*, note 60, pp. 102-104 ; BISSONNETTE, *loc. cit. supra*, note 70, p. 86.

niser l'impératif pluraliste et démocratique avec une autonomie politique réelle des identités. Des montages politico-institutionnels novateurs s'imposeront afin de permettre à chaque groupe identitaire de s'affranchir des déterminismes territoriaux et de se développer comme entité culturelle distincte, sans égard à son poids dans la rationalité arithmétique de la démocratie majoritaire.

C. – *Vers une fédéralisation des identités*

Il faut penser une architecture constitutionnelle qui transcende la territorialité identitaire au profit d'une recomposition de la communauté politique réalisant la synthèse des logiques universaliste et identitariste. Le résultat, qui pourrait ressembler à la « multination » [82] ou la « *consociational democracy* » [83], devrait être une formule apte à concilier le principe démocratique, à la base du gouvernement majoritaire commun, et les droits collectifs identitaires réservés aux composantes nationales différenciées.

L'inscription juridique de la « nation » ethnoculturelle parallèlement à la communauté politique universalisée permettrait de départager des sphères de compétence entre, d'une part, des institutions communes à tous, sans égard aux appartenances ethnoculturelles et, d'autre part, chaque groupe culturel constitué en unité juridique et politique autonome. Un tel régime d'association intercommunautaire devrait dès lors assurer à chaque composante ethnoculturelle des compétences exclusives en toute matière intimement liée à sa culture propre. Le champ des « affaires communautaires » donnerait lieu à une pluralité de corpus normatifs dont le domaine d'application serait fonction du libre rattachement communautaire des individus, alors que les « affaires communes » seraient traitées dans un cadre normatif unique d'application universelle sur l'ensemble du territoire [84].

*
* *

Nous avons montré comment l'autochtonie internationale, de même que les groupes autochtones nationaux, notamment ceux du Canada et du Québec, lancent, par leurs revendications identitaires, un défi encore largement

82. Voir PIERRÉ-CAPS, *op. cit. supra*, note 33. On consultera tout particulièrement la troisième partie de l'ouvrage.

83. A. LIJPHART, *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*, New Haven, Yale University Press, 1977.

84. Pour des propositions semblables appliquées au contexte de l'Europe centrale et orientale, voir PIERRÉ-CAPS, *op. cit. supra*, note 33, pp. 255-282. Étant donné la portée identitaire du titre foncier, la délimitation des « affaires communes » et des « affaires communautaires » en fonction de l'identité assurerait à la composante autochtone, sous réserve des droits résidentiels des non-membres, un pouvoir important relativement aux activités et aux pratiques inhérentes à la maîtrise foncière de ses terres traditionnelles.

sous-estimé à l'idéologie universaliste de l'État-nation libéral. Ce sont d'abord les dogmes individualistes et formellement égalitaristes de la modernité classique qui sont mis en cause au nom des droits collectifs et de l'institutionnalisation de l'altérité autochtone.

De plus, la composition identitaire de la communauté politique, l'inféodation de la puissance publique au principe d'identité et l'autochtonisation du territoire/terroir sacralisé sont autant de tendances lourdes qui concourent à une validation du modèle exclusiviste de la réserve identitaire homogène.

Il reste malgré tout possible de relever le défi de l'inscription dans la modernité juridique d'un droit collectif des autochtones à l'identité. On y parviendra en fortifiant le contrôle du groupe sur sa destinée tout en lui refusant un pouvoir de domination des individus et d'exclusion arbitraire des personnes identitairement allogènes. Il faudra pour cela dépasser la logique territoriale de même que l'absolutisme majoritaire de la démocratie représentative afin de permettre la cohabitation, au sein de structures inédites, des logiques particularistes et universalistes.

L'Observation générale du Comité des droits de l'homme au sujet de l'Article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

PAR

WILLIAM A. SCHABAS

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL *

L'article 25 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* constitue le cœur du volet « droits politiques » de cet instrument central du système universel de protection des droits de l'homme. Il déclare :

> « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :
>
> « a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ;
>
> « b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ;
>
> « c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays [1]. »

Des projets en provenance de l'Union Soviétique ont été ajoutés lors des débats à la Commission des droits de l'homme [2], ainsi qu'un texte de compromis rédigé par la Yougoslavie et la France [3]. Ce dernier cherchait à faciliter l'adoption du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* par des États dits « moins démocratiques ».

Signe tangible des difficultés posées par l'interprétation et la mise en œuvre de cette disposition, le Comité des droits de l'homme vient tout juste de publier son Observation générale au sujet de l'article 25 [4], terminant ainsi son premier cycle d'observations, qui a commencé il y a quinze ans [5].

* Professeur et directeur, Département des Sciences juridiques.

1. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1976, 999 R.T.N.U. 171.

2. Doc. N.U. E/CN.4/218 et 395 ; Doc. N.U. E/CN.4/L.120, L.125, L.221 ; Doc. N.U. A/C.3/L.96.

3. Doc. N.U. E/CN.4/L.224/Rev. 1 et Rev. 4.

4. Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7.

5. Sur le Comité des droits de l'homme, voir F. SUDRE et autres (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies* (communications individuelles), Montpellier, IDEDH, 1995 ; M. NOWAK, *CCPR Commentary*, Kehl, Engel Verlag, 1993 ; D. MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

Les observations générales sont autorisées par l'article 40 du Pacte, et constituent un genre de commentaire officiel ou authentique sur les dispositions de l'instrument. Depuis quelques années, le Comité a fait preuve de beaucoup d'audace dans la rédaction de ses observations générales. L'Observation générale 23 (50), adoptée en 1993, sur le droit des personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses et linguistiques, a avancé plusieurs hypothèses nouvelles quant à l'interprétation de l'article 27 du Pacte [6]. Ce dernier texte démontre que le Comité ne se sent pas lié par les travaux préparatoires du Pacte et est maintenant prêt à donner une interprétation dynamique et évolutive du Pacte [7]. Ses récentes observations originales et innovatrices ont même provoqué des réactions assez virulentes de la part des États parties, comme en témoignent les commentaires à l'égard de l'Observation générale 24 (52) [8], au sujet des réserves, faites par les États-Unis, le Royaume-Uni et la France en 1995 [9]. À la lumière de cette pratique nouvelle, l'Observation générale 25 (57) sur l'article 25 du Pacte et le droit de tout citoyen de participer aux affaires publiques de son État, adoptée par le Comité le 12 juillet 1996, est très décevante [10]. Le Comité se contente de réaffirmer des constatations qui paraissent dans les comptes rendus analytiques d'examen des rapports périodiques d'États parties depuis la fin des années 1970, et il évite soigneusement d'aborder plusieurs des grands problèmes d'interprétation qui préoccupent actuellement les milieux internationaux. L'Observation générale 25 constitue donc, pour les aspects de la question qu'elle examine, un texte timide, et pour ceux qu'elle ignore, un texte incomplet.

I. – Un document timide

Pour le président et rapporteur du Groupe de travail, Tamas Bán, qui a préparé le projet d'observation générale à partir d'un projet rédigé par Elizabeth Evatt [11], le Comité des droits de l'homme devait choisir entre deux approches. La première était d'interpréter l'article 25 comme une garantie de procédure qui devait être respectée par les États parties quels

6. Doc. N.U. A/49/40, Vol. I, Annexe V.

7. Un membre du Comité, Rajsomeer Lallah, a affirmé récemment que « le principe même de l'Observation générale est un produit de la guerre froide, étant donné qu'à cette époque les membres du Comité ne souhaitaient pas tous que des observations sur des rapports individuels soient publiées et préféraient formuler des observations généralisées à partir des informations extraites de nombreux rapports. » Doc. N.U. CCPR/C/SR.1399, § 15.

8. Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, (1995) 7 R.U.D.H. 59.

9. « Observation by the United States of America on General Comment No. 24 (52) », Doc. N.U. A/40/40, 16 H.R.L.J. 422 ; « Observations by the United Kingdom on General Comment No. 24 », Doc. N.U. A/50/40, 16 H.R.L.J. 424 ; Doc. N.U. A/51/40 (observations de la France).

10. Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7.

11. Doc. N.U. CCPR/C/53/CRP.1.

que soient les organes élus, ou comme un texte de droit positif donnant aux citoyens le droit de participer à des organes exerçant un pouvoir réel [12]. Chose étonnante pour ce Comité prestigieux chargé de la mise en œuvre de cet instrument primordial de la protection des droits de l'homme, ce n'est qu'à la suite d'un débat que le Comité a décidé d'affirmer que l'article 25 du Pacte exige l'existence d'un système démocratique.

Pour Bán, l'emploi du mot « démocratique » l'incite à réflexion, car il ne lui apparaît pas clairement que l'article 25 impose aux États parties d'avoir une forme démocratique de gouvernement. « L'absence d'institutions démocratiques n'aboutit pas nécessairement à une violation de l'article 25 [13] ». Nisuke Ando était d'accord avec cette position, ajoutant « qu'il est vrai que certains pays qui ont encore un régime monarchique garantissent de façon satisfaisante les droits de l'homme. » [14] En revanche, Rosalyn Higgins a dit « que le Comité ne ferait pas son travail s'il ne disait pas clairement aux États qu'en l'absence d'une démocratie capable de fonctionner, il est extrêmement difficile de garantir au moins certains des droits consacrés au Pacte ». Le Comité, ajoute-elle, « devrait défendre publiquement l'opinion selon laquelle le libellé de l'article 25 implique une pluralité de choix entre des candidats représentant des conceptions politiques différentes. » [15] Heureusement, la version finale de l'Observation générale affirme que l'article 25 appuie le processus du gouvernement démocratique, fondé sur le consentement du peuple et en conformité avec les principes du Pacte.

Le droit international public a historiquement reconnu un lien entre le droit à l'autodétermination et la tenue d'élections « libres », « honnêtes » et « périodiques » [16]. Le Comité des droits de l'homme constate que les droits protégés par l'article 25 sont distincts tout en ayant un rapport avec le droit des peuples de disposer d'eux-mêmes, qui est reconnu à l'article 1[er] du Pacte [17]. Le Comité observe que, tandis que l'article 1[er] vise le droit des *peuples*, l'article 25 protège le droit des individus de participer au processus qui implique l'exercice du droit à l'autodétermination. Dans le passé, le Comité a souvent rejeté des communications déposées en vertu du *Protocole*

12. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1399, § 5.

13. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1399, § 25.

14. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1399, § 28.

15. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1399, § 30. Voir aussi les commentaires de M[me] Medina Quiroga (§ 31) et de M. Klein (§§ 32-33).

16. Voir *L'affaire du Sahara occidental*, [1975] Rapports C.I.J. 12, à la p. 36. Aussi · « Rapport du Secrétaire-général sur la mise en œuvre des résolutions 46/137 et 17/138 », Doc. N.U. A/48/590 ; David PADILLA, Elizabeth HOUPPERT, « International Election Observing : Enhancing the Principle of Fair and Free Elections », 1993, 7 *Emory Int'l. L. Rev.*, 73, à la p. 79.

17. Le Comité a également émis une observation générale au sujet de l'article 1, mais qui n'aborde la question des élections que de façon oblique : « Observation générale 12(21) (art. 1) », Doc. N.U. CCPR/C/21/Add.3.

facultatif au Pacte relatif aux droits civils et politiques [18] et basées sur l'article 1er, au motif qu'un individu ne peut pas invoquer un droit qui appartient aux peuples [19]. En revanche, comme le Comité l'indique, une communication fondée sur l'article 25 peut être considérée comme recevable [20].

Le principe du suffrage universel est reconnu par l'article 25, sans « restrictions déraisonnables » et, bien sûr, sans discrimination fondée sur des motifs énumérés dans l'article 2 du Pacte [21]. Le paragraphe (a) l'affirme implicitement (« Tout citoyen a le droit et la possibilité [...] de prendre part à la direction des affaires publiques »), et le paragraphe (b) expressément (« [...] de voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel »). À la différence des autres dispositions du Pacte, l'article 25, y compris le droit de vote, n'est applicable qu'aux citoyens. Le Comité déclare que des distinctions entre citoyens qui obtiennent leur citoyenneté par naturalisation par rapport à ceux qui l'ont obtenu par naissance peuvent soulever des questions de compatibilité avec l'article 25 [22].

Mais le Comité accepte des restrictions quant au droit de vote fondées sur l'incapacité mentale [23] ou sur l'âge [24], en ajoutant qu'en principe tout citoyen « adulte » doit pouvoir voter. Le mot « adulte » n'est pas défini. Peut-on faire un raisonnement *a contrario*, en se référant à la *Convention relative aux droits de l'enfant*, qui déclare que le mot enfant « s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable » [25] ? Mais la *Convention* autorise la participation des personnes âgées de plus de quinze ans dans des conflits armés [26]. Peut-on juger un garçon ou une fille de quinze ans suffi-

18. (1976) 999 R.T.N.U. 216.

19. *Lubicon Lake Band (Bernard Ominayak) c. Canada* (n° 167/1984), Doc. N.U. CCPR/C/38/D/167/1984, Doc. N.U. A/45/40, Vol. II, p. 1 ; *A.B. et al. c. Italie* (n° 413/1990), Doc. N.U. A/46/40, p. 320, (1991) 12 H.R.L.J. 25 ; *E.P. et al. c. Colombie* (n° 318/1988), Doc. N.U. A/45/40, p. 184. *Micmaq Grand Council c. Canada* (n° 205/1986), Doc. N.U. A/47/40, p. 205.

20. *Supra* note 2, § 2.

21. « [...] notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation [...] ». Cet aspect non discriminatoire des droits politiques est renforcé par des dispositions dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 1969, 660 R.T.N.U. 195, art. 5 ; *Convention pour la prévention et la répression du crime d'apartheid*, 1973, 1015 R.T.N.U. 243, art. IIc) ; *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1981, 1249 R.T.N.U. 13, art. 7 ; *Convention sur les droits politiques de la femme*, 1954, 193 R.T.N.U. 135, arts. I à III ; *Convention de l'O.I.T. (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, 1960, 361 R.T.N.U. 31, art. 3 (d).

22. *Supra* note 2, § 3. Voir aussi : Doc. N.U. CCPR/C/SR.597.

23. *Ibid.*, § 4.

24. *Ibid.*, § 10.

25. Rés. A.G. 44/25, Annexe, art. 1.

26. *Ibid.*, art. 38 § 3.

samment mature pour mourir pour la patrie, mais trop immature pour participer à la vie politique ? Le Comité est muet sur cet aspect du problème.

En revanche, selon le Comité, toute restriction au droit de vote fondée sur l'incapacité physique, le niveau d'alphabétisme [27] ou d'éducation, ou la possession de biens [28], est inadmissible. De plus, l'appartenance à un parti politique ne peut constituer ni une condition d'éligibilité pour le scrutin, ni un critère de disqualification [29]. En ce qui concerne la suspension du droit de vote en cas de condamnation pour une infraction pénale, le Comité signale que la période de suspension doit être proportionnelle à l'infraction et à la sanction imposée [30].

Le Comité examine le phénomène du recensement et constate que l'État doit faciliter le processus et éliminer les obstacles possibles. Si un critère de résidence fait partie des qualifications [31], il ne faut pas l'imposer de façon à priver du droit de vote les sans-abri. Des lois doivent réprimer toute ingérence dans le processus de recensement et le scrutin lui-même. Enfin, le Comité déclare que des campagnes d'enregistrement et d'éducation électorale sont « nécessaires » afin de garantir le respect des droits reconnus à l'article 25. Plus particulièrement, le Comité recommande l'utilisation de techniques afin de faciliter l'exercice des droits démocratiques, telles la diffusion de renseignements dans des langues minoritaires et l'emploi de symboles ou de photos sur le bulletin de vote, dans l'intérêt des électeurs analphabètes [32].

Il est généralement reconnu que la notion de restrictions au droit d'être candidat aux élections est légèrement plus large que dans le cas du droit de vote. Pour le Comité, il peut être raisonnable d'exiger un âge plus élevé pour le droit d'être candidat ou d'occuper un poste que dans le cas du droit de vote [33], mais uniquement dans la mesure où une telle limitation est basée sur des critères raisonnables et non discriminatoires [34]. Une interdiction de se porter candidat fondée sur le niveau d'éducation, la résidence ou l'origine sera *prima facie* inadmissible, dit le Comité [35]. Par contre, le Comité suggère qu'une restriction fondée sur le fait que le candidat se trouve à être employé dans la fonction publique, dans la magistrature, ou membre de la police ou

27. Voir aussi : Doc. N.U. CCPR/C/SR.118.
28. Voir aussi : Doc. N.U. CCPR/C/SR.161, Doc. N.U. CCPR/C/SR.251.
29. *Supra* note 2, § 10.
30. *Ibid.*, § 14. Voir aussi : Doc. N.U. CCPR/C/SR.711, Doc. N.U. CCPR/C/SR.724.
31. Dans Doc. N.U. CCPR/C/SR.265, on a considéré une exigence de résidence de sept ans comme déraisonnable.
32. *Ibid.*, § 12.
33. *Ibid.*, § 4.
34. *Ibid.*, § 15.
35. *Ibid.*

des forces armées, peut être acceptable [36]. Une phrase qui disait que l'exclusion des faillis de l'électorat doit être justifiée par des critères objectifs a été retirée du projet [37] et ne paraît pas dans le texte définitif [38].

Enfin, le Comité affirme qu'on ne peut refuser le droit d'être candidat en raison de l'opinion politique qui, de toute façon, est un critère de discrimination prohibé par l'article 2 du Pacte. Cependant, le Comité signale le rôle de l'article 5, § 1 ; « Aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte. » Or, à ce titre il sera possible d'interdire des activités de candidats ou de partis politiques qui font de la propagande en faveur de la guerre, ou des appels à la haine nationale, raciale ou religieuse, qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence [39]. Le Comité a déjà déclaré irrecevable pour cette raison une communication individuelle, déposée en vertu du Protocole facultatif, par un Italien de l'extrême droite qui fut extradé de la France vers l'Italie [40]. Mais certains membres, notamment Christine Chanet, se sont objectés à ce que ce point soit inclus dans l'Observation générale. Il s'agissait, pour elle, d'une boite de Pandore et d'une invitation à la répression que le Comité serait mieux d'éviter [41].

L'article 25 (b) exige que des élections soit « périodiques ». Sur ce point, le Comité se limite à des banalités qui, de toute façon, découle sans aucun doute du libellé du texte lui-même. Pour le Comité, des élections doivent être tenues à des intervalles qui ne sont pas indûment longues, afin d'assurer que l'autorité du gouvernement demeure fondée sur la libre expression de la volonté des électeurs [42]. Les travaux préparatoires de l'article 3 du *Protocole premier à la Convention européenne des droits de l'homme* suggèrent que les élections ne doivent pas être trop fréquentes ni trop rares. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a considéré qu'une prolongation de dix ans constitue une violation de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* [43].

36. *Ibid.*, §§ 16, 18. Pour une discussion de l'exclusion des candidats et des electeurs fondée sur les antecédants judiciaires, voir : Doc. N.U. CCPR/C/SR.937, §§ 21-22.

37. Doc. N.U. CCPR/C/53/CRP.1, § 13.

38. Pour le débat, voir : Doc. N.U. CCPR/C/SR.1448, §§ 3, 5.

39. *Supra* note 1, art. 20. Voir Doc. N.U. CCPR/C/SR.937, § 24 (Cooray).

40. *M.A. c. Italie* (n° 117/1981), Doc. N.U. CCPR/C/OP/2, p. 33, § 13.3. Le projet d'observation générale faisait référence directe à cette constatation, mais la référence a été supprimée dans la version finale : Doc. N.U. CCPR/C/53/CRP.1, § 14.

41. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1448, § 21.

42. *Ibid.*, § 9.

43. Third Report on the Development of the Situation of Human Rights in Chile, doc. AR 1977, 77-99 (1977).

Le droit du citoyen d'accéder aux fonctions publiques de son pays, dans des conditions générales d'égalité, est prévu à l'article 25 (c) du Pacte. Le Comité complète la disposition avec une série d'affirmations non contestables [44] : les critères de nomination et d'embauche, de promotion, de suspension et de congédiement doivent être objectifs et raisonnables ; des mesures affirmatives sont acceptables dans des cas appropriés afin de garantir un accès égal aux postes de la fonction publique [45].

II. – Un texte incomplet

Le Comité passe sous silence plusieurs des questions les plus délicates soulevées par le texte de l'article 25. Par exemple, depuis longtemps on s'interroge sur la nécessité d'un système de représentation proportionnelle afin de garantir que le citoyen participe de façon efficace « par l'intermédiaire de représentants librement choisis ». Un système électoral qui n'attribue pas de postes élus aux représentants des petits partis politiques, qui sont incapables d'obtenir une majorité dans aucune circonscription, peut porter atteinte à ce principe [46]. Lors des débats, Andreas Mavrommatis a affirmé que la représentation proportionnelle est actuellement considérée comme le meilleur système pour une société démocratique [47]. Cependant, le Comité n'aborde aucunement cette question. Il se contente de rappeler que le Pacte n'impose aucun système électoral en particulier. Selon le Comité, tout système doit permettre aux électeurs de s'exprimer librement. Le vote d'un électeur doit être « de valeur égale » à celui d'un autre, déclare le Comité, mais il implique que la question primordiale à cet égard est la délimitation des frontières électorales plutôt que la représentativité du système en soit [48].

Il en est de même pour le financement des partis politiques. Plusieurs États ont développé des systèmes de financement par lequel des fonds publiques sont attribués aux candidats afin de faciliter leurs campagnes électorales. De telles pratiques sont éminemment louables, mais elles peuvent avoir des effets pervers. Le Comité n'a rien à dire sur cette question : il se limite à l'observation qu'il est possible de limiter les dépenses électorales des candidats là où c'est nécessaire, en vue d'assurer le respect du libre choix des électeurs et l'intégrité du processus démocratique ainsi que de contrôler

44. *Ibid.*, § 23.

45. Voir : *Stalla Costa c. Uruguay* (n° 198/1985), Doc. N.U. CCPR/C/OP/2, p. 232 ; *J.K. c. Canada*, (n° 174/1984), Doc. N.U. CCPR/C/OP/2, p. 66, 7§ 3.

46. A. Nadais, « Choice of electoral systems », dans Larry Garber, Eric Bjornlund (dir.), *The New Democratic Frontier. A Country by Country Report on Elections in Central and Eastern Europe*, Washington, National Democratic Institute for International Affairs, 1992.

47. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1448, § 13. Voir aussi M. Lallah, au § 20 ; M^me^ Medina Quiroga, au § 27 ; M. Bruni Celli, au § 30.

48. *Supra* note 2, § 21.

la possibilité de dépenses disproportionnées de la part de certains candidats ou partis politiques [49].

Qu'en est-il des systèmes électoraux où il n'y a qu'un parti unique ? [50] Là, aussi, le Comité refuse d'aborder le problème du multipartisme directement. Mais, implicitement, il se prononce contre tout système de parti unique. En discutant de la possibilité de se porter candidat, le Comité affirme que ce droit ne peut pas être limité de façon déraisonnable en imposant une exigence d'appartenance à un parti politique, ou à un parti en particulier [51].

Le Comité ne parle pas non plus du problème des dérogations. À quelques reprises, il considère la possibilité de la « suspension » du droit de vote ou du droit d'être élu, mais en la situant dans le contexte de la limitation, l'article 25 comportant sa propre clause de limitation (« sans restrictions déraisonnables »), plutôt que dans le cadre de la dérogation prévue à l'article 4. Or, la distinction entre la limitation et la dérogation est tout de même fondamentale. L'article 25 ne se trouve pas parmi les droits dont la dérogation n'est jamais permise. Il peut donc être suspendu en respectant les critères de forme et de fond prévus à l'article 4. Il est regrettable que le Comité n'examine pas cet aspect de l'interprétation de l'article 25, étant donné l'importance de la tenue des élections – ou de leur annulation – en période de « danger public exceptionnel [qui] menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel ». Une telle suspension des élections peut, dans certains cas, constituer la meilleur façon de protéger les droits démocratiques de ceux qui sont visés par le Pacte.

La surveillance électorale exercée par la communauté internationale est de plus en plus répandue, même s'il paraît probablement prématuré de parler d'une pratique généralement reconnue. Il faut se rappeler que pendant quarante ans, les Nations Unies ont considéré la question des élections comme étant au cœur même du domaine réservé aux États souverains par l'article 2, § 7 de la *Charte des Nations Unies*. Aussi récemment qu'en 1988, le Secrétaire général J. Perez de Cuellar a affirmé que l'ONU n'envoie pas d'observateurs aux élections dans des pays indépendants ; l'ONU « ne participe pas aux élections politiques [52]. » À partir de 1989, à l'occasion d'une demande émanant du ministre des Affaires étrangères du Nicaragua, on a envisagé une modification de cette politique conservatrice [53]. Avec l'appui

49. *Ibid.*, § 19.

50. Pour le débat à ce sujet dans l'Assemblée générale, voir : Doc. N.U. A/C.3/44/L.72 ; Doc. N.U. A/C.3/44/SR.54, §§ 58-60.

51. *Supra* note 2, § 17.

52. Procès-verbal d'une conférence de presse, le 5 juillet 1988, Doc. N.U. SG/SM/4158/Rev.1. Dans une lettre au président de l'Assemblée générale datée du 5 avril 1989, le secrétaire-général déclare que l'O.N.U. a été invitée à surveiller des élections à plusieurs reprises, mais qu'elle a toujours refusé : Doc. N.U. A/44/210.

53. Doc. N.U. A/44/210.

de l'Assemblée générale [54] et du Conseil de sécurité [55], la surveillance électorale devient rapidement une pratique répandue et courante. Lors de la rédaction de l'observation générale, certains membres du Comité des droits de l'homme ont évoqué le phénomène de la surveillance par la communauté internationale [56], mais le texte final ne parle que du droit à la révision judiciaire afin de contester des irrégularités [57]. Le Comité a manqué, sur ce point, une bonne occasion de faire avancer le débat quant à une obligation internationale de permettre et de faciliter des moniteurs internationaux lors d'élections.

Certaines réserves ont été formulées à l'égard de l'article 25 (c) par des États parties lors de la ratification du Pacte, notamment en ce qui concerne le droit des femmes d'accéder aux fonctions publiques sur une base d'égalité. La Belgique a formulé une réserve quant à la succession royale, qui exclut les femmes [58]. Le Royaume-Uni, au nom de l'Irlande du Nord, du Hong Kong et du Fiji, où il existe des restrictions sur l'emploi des femmes mariées dans la fonction publique, a également fait une réserve à cette disposition [59]. Le Comité des droits de l'homme a récemment annoncé une campagne à l'égard des réserves douteuses, et il est regrettable qu'il ne profite pas de l'occasion de son Observation générale pour dire si ces réserves sont compatibles avec l'objet et le but du Pacte [60].

*
* *

Comme le Comité le signale dans l'observation générale 25, les libertés « classiques » – la liberté d'expression, celles de réunion pacifique et d'association – sont des conditions essentielles du droit de vote [61], mais il est intéressant de constater que ce dernier n'a été reconnu qu'assez récemment. Il ne s'agit pas, certainement, de droits de la « première génération », comme un examen sommaire des déclarations du dix-huitième siècle nous le démontre. L'article 6 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 à admis ce qui suit :

> « Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

54. Par ex., Doc. N.U. A/RES/44/10 ; Doc. N.U. A/RES/45/3 ; Doc. N.U. A/RES/47/114.
55. Par ex., Doc. N.U. S/RES/637 ; Doc. N.U. S/RES/690 ; Doc. N.U. S/RES/693 ; Doc. N.U. S/RES/729 ; Doc. N.U. S/RES/745 ; Doc. N.U. S/RES/747 ; Doc. N.U. S/RES/772 ; Doc. N.U. S/RES/782 ; Doc. N.U. S/RES/797 ; Doc. N.U. S/RES/809 ; Doc. N.U. S/RES/866.
56. Doc. N.U. CCPR/C/SR/1399, § 8 ; § 17.
57. *Supra* note 2, § 20.
58. Doc. N.U. CCPR/C/2/Rev.3.
59. Manfred Nowak, *CCPR Commentary*, Kehl, Engel, 1993, p. 751.
60. *Ibid.*, p. 769.
61. *Supra* note 2, § 12.

Le *Bill of Rights* américain a été amendé à la suite de la guerre civile, afin d'ajouter le 15e amendement :

> « Le droit du suffrage des citoyens des États-Unis ne pourra être refusé ou restreint par les États-Unis ni par aucun État, à raison de race, de la couleur, ou d'un état antérieur de servitude. »

À l'époque, les femmes n'avaient pas encore le droit de vote, une situation qui n'a changé dans la plupart des grandes démocraties que pendant le vingtième siècle. Pourtant, presque cent ans après l'adoption du 15e amendement, un genre d'*apartheid* existait encore aux États-Unis, par lequel la population afro-américaine était privée du droit de vote par des examens d'électeurs et des irrégularités lors de l'enregistrement des électeurs. Et de nos jours, cette minorité ethnique demeure marginalisée par rapport au système démocratique américain, comme en témoigne le faible taux de sa participation aux élections.

Le texte de l'article 25 du Pacte est dérivé de l'article 21 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* :

> « 1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.
>
> « 2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.
>
> « 3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote. » [62]

L'article 25 du Pacte provient d'un texte proposé conjointement par la France et la Yougoslavie lors des débats de la Commission des droits de l'homme, son but étant de rallier des États « moins démocratiques » grâce à un dénominateur commun plutôt vague qui laisse une grande marge de manœuvre aux États, par sa référence aux « restrictions déraisonnables » [63]. À cette occasion, certains États ont exprimé des réticences quant à la possibilité de codifier dans un engagement conventionnel des règles uniformes, compte tenu des différences importantes entre les systèmes politiques [64]. Par exemple, le représentant belge s'est opposé au texte de la disposition, parce qu'il considérait le principe comme un idéal démocratique plutôt qu'un droit véritable [65]. Cette même préoccupation explique l'absence d'une dispo-

62. Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810.

63. Doc. N.U. E/CN.4/L.224, Rev. 1, Rev. 4. Le texte de la Commission a été adopté par l'Assemblée générale avec quelques modifications mineures : Doc. N.U. A/C.3/SR.1096-1097. Pour l'interprétation de ce terme par un tribunal interne, voir : *Pavlou v. Chief Returning Officer, Mayor of Nicosia, Hjiandreas v. Chief Returning Officer, Mayor of Aglandjia*, (1991) 86 I.L.R. 109 (Chypre, Cour suprême).

64. Voir . M. NOWAK, *supra* note 56, aux pp. 437-439 ; K. PARTSCH, « Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms », dans L. HENKIN, *The International Bill of Rights : The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, p. 209.

65. Doc. N.U. E/CN.4/SR.367, aux pp. 12, 14.

sition comparable dans la *Convention européenne des droits de l'homme* [66], et le faible texte de la correction de ce défaut qui se trouve au *Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme* [67].

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* est un document rédigé essentiellement pendant les années 1950. Comme la *Convention européenne des droits de l'homme*, il accuse son âge à plusieurs égards. Dans un cas particulier, le droit à la vie, la mise à jour du texte par le biais d'un protocole facultatif était devenue incontournable [68]. Mais la majorité des dispositions du Pacte bénéficie d'une rédaction assez souple, permettant une interprétation contemporaine, malgré des ambiguïtés qui étaient souvent voulues en raison du débat au moment de leur rédaction. Le Comité des droits de l'homme est le moteur principal de dynamisme dans l'interprétation du Pacte. Force est de constater qu'il a fait défaut en ce qui concerne le droit des citoyens de participer aux affaires publiques de leur pays, objet de la dernière de ces Observations générales.

66. *Supra* note 22.
67. (1955) 213 R.T.N.U. 262, S.T.E. n° 9, art. 3.
68. *Deuxième protocole facultatif relatif aux droits civils et politiques*, A.G. Rés. 44/128 (1989).

Les difficultés de la démocratisation en Afrique

PAR

KUASSI J.B. MONKOTAN

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ÉCONOMIQUES ET POLITIQUES DE L'UNIVERSITÉ NATIONALE DU BÉNIN

Habituellement, par pudeur autant que pour des raisons de bon sens, je n'aime pas trop évoquer, ailleurs que sur le Continent, la démocratisation de l'Afrique en termes de difficultés. Or, un incident banal, survenu à l'escale de Paris, m'interpelle fortement eu égard à cette réserve. Je vous le livre, pour qu'il vous interpelle aussi. Voyant mon effarement, un agent des Aéroports de Paris me demande ma destination : « Je vais en Afrique », répondis-je. « Oui, mais dans quel pays ? » « En Tunisie ». Mon interlocuteur fait une mine dubitative et me rétorque : « Vous savez, quand on parle de l'Afrique, ce n'est pas à la Tunisie que l'on pense ».

Et pourtant, c'est bien en Afrique que je suis. J'en veux pour preuve le fait que c'est la Tunisie qui a donné son ancien nom au Continent : Ifriqya. De plus, la remarque de mon interlocuteur parisien ne manque pas de bon sens : nouveau pays émergent, la Tunisie prend la voie du développement, tandis que la plupart des États africains s'enfoncent un peu plus chaque jour dans l'impéritie. Mais c'est précisément cela qui me fonde à me sentir bien en Afrique ici, et à aborder le sujet de la démocratisation avec le détachement intellectuel qui s'impose. Car cette circonstance particulière d'une Afrique à « plusieurs vitesses » montre que la « matière africaine » exprime à elle seule toutes les altérités du monde actuel.

Est-ce à dire que l'Afrique est le serpent de mer des réalités politiques et juridiques du monde contemporain, une sorte de zèbre dont tout le monde parle, mais que personne ne connaît réellement ? N'est-il pas de facteurs essentiels communs susceptibles de fonder une perception globale de la part des chercheurs ? La présente réflexion tentera de répondre à ces interrogations.

Ainsi, la démocratie aurait des difficultés à s'implanter en Afrique. Ainsi, les bords du Zambèze et du Sud-Méditerranée seraient si peu fertiles qu'ils ne permettent pas l'incubation et la germination de la donne démocratique.

Une extraordinaire concentration d'événements importants fait dater de 1990 le début de ce qu'il est convenu d'appeler la démocratisation de l'Afri-

que. À ceux de l'extérieur se sont ajoutés des facteurs internes pour conférer à cette période une place particulière dans l'évolution politique de l'Afrique : disparition du mur de Berlin et réunification de l'Allemagne, effondrement de l'URSS et de son empire, puis contestations et remous sociaux de grande ampleur, conférences nationales, instauration à marches forcées du multipartisme, élections pluralistes, libération de la pensée et de la parole. L'Afrique renaît au monde et à la démocratie.

Puis, brusquement, tout bascule : mutineries en Centrafrique, tentative de coup d'État en Guinée, putsch réussi au Niger, assassinats politiques au Burundi [1], génocide au Rwanda, etc. L'échafaudage constitutionnel laborieusement mis sur pied pendant les « années de braises » (1990-1995) semble sur le point de s'effondrer comme un château de cartes. L'Afrique reprend, au grand étonnement de tous, les voies cahoteuses des remises en cause institutionnelles, de coups d'État et... de la descente aux enfers.

Sur un sujet habituellement objet de tant de clichés, il ne serait pas inutile de susciter la controverse et, partant, de fouetter les intelligences pour les faire sortir du confort douillet des certitudes tranquilles. Il va donc falloir, à propos de la démocratisation de l'Afrique, poser d'autres questions et, reprenant les questions anciennes, pérennes, les poser autrement, sous d'autres angles, dans d'autres perspectives.

Il existe des scories qui encombrent la grille d'analyse et de lecture de la démocratie africaine : il faut les dégager pour leur faire un sort (I), avant de tenter de fonder la problématique de la démocratie en Afrique sur des paradigmes sinon nouveaux, à tout le moins « autres » (II).

I. – Les scories du fait démocratique en Afrique

La grille de lecture du fait démocratique africain est encombrée par des obstacles intellectuels résultant de l'habitude prise au fil des ans d'analyser l'évolution politique de l'Afrique à partir de facteurs superficiels. Ainsi, la confusion entre démocratie et multipartisme.

A. – *La démocratie et sa « doublure »*

L'unité philosophique et téléologique de la pensée démocratique (1) n'exclut pas une grande diversité de situations dans les expressions et les modalités de mise en œuvre (2).

1. Deux chefs d'État sont tués coup sur coup, Melchior Ndadaye dans la nuit du 21 au 22 oct. 1993 et son remplaçant, Cyprien Ntaryamira, le 6 avril 1994.

1. *L'unité philosophique et téléologique de la démocratie*

Au niveau de ses principes, la démocratie jouit d'une unité conceptuelle et théorique incontestable. Gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple, la démocratie est le système dans lequel la souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce soit directement, soit indirectement à travers ses représentants librement élus. Elle s'oppose à la tyrannie dont elle est l'antidote. La perfection n'est pas de ce monde, l'unanimité non plus. Pour qu'un système politique puisse être qualifié de démocratique, il lui faut un fondement opératif : la règle de la majorité. C'est ainsi que lorsque la majorité de la population choisit ses dirigeants en toute liberté, ceux-ci deviennent, *de facto* et *de jure*, responsables et gouvernants de l'ensemble des citoyens de l'État considéré.

La démocratie a paru, par moments, souffrir d'un excès de significations : démocraties pluraliste, populaire, présidentielle, parlementaire, etc. Mais, au-delà des distinctions factuelles opérées pour la clarté de l'analyse, entre ce qu'on appelle les différentes conceptions de la démocratie, celle-ci est essentiellement l'autogouvernement de tout le peuple, la participation de chaque citoyen à la gestion des affaires de la cité. Le gouvernement direct étant pratiquement impossible, cet autogouvernement se réalise par l'élection périodique, au suffrage universel, de représentants qui acceptent le caractère transitoire du pouvoir qui leur est confié, qu'ils exercent conformément aux règles fixées par la constitution. C'est là la traduction achevée de la souveraineté populaire.

Pour les philosophes du XVIII[e] siècle, la démocratie a pour essence le droit pour le peuple de désigner et de contrôler le gouvernement de la nation. Car « lorsque, dans la république, le peuple en corps a la souveraine puissance, c'est une démocratie [...] Le peuple, dans la démocratie, est, à certains égards, le monarque, à certains autres, il est le sujet » [2].

Après trente ans d'indépendance et de monolithisme politique, les États africains ont renoué avec les pratiques de gouvernement communément admises par la communauté internationale : multipartisme, liberté d'expression, élections régulières, acceptation de l'alternance, c'est-à-dire du caractère transitoire du pouvoir conféré aux élus du jour. Le continent porte désormais un habit politique que l'on reconnaît, il entre dans un paysage visuel familier. Enfin !

Emportée par l'enthousiasme de voir l'unité conceptuelle et philosophique se réaliser, même à l'égard d'une zone géographique qui semble s'y être longtemps montrée réfractaire, la communauté internationale en a oublié que, partout et de tout temps, la démocratie multipartite se met en œuvre de différentes façons.

2. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, II, II.

2. *Modalités particulières de mise en œuvre*

Les collectivités n'ont pas connu la même histoire, ni ne baignent dans le même flux culturel. Elles n'ont pas les mêmes aspirations, et les impératifs généraux diffèrent considérablement. Ce ne sont là que truismes, dont il résulte que le sens du mot démocratie varie selon le milieu et le contexte. Cette ductilité du terme est la mesure même de la dynamique incluse dans l'idée démocratique pour en faire l'un des moteurs les plus puissants de l'évolution des sociétés [3].

La démocratie est donc à la fois idéal et exigence. Idéal de liberté et de justice, exigence d'un mode de gouvernement et de gestion en vue de la réalisation du bien-être et du mieux-être collectifs. Elle n'est pas non plus une fin en soi, mais un instrument, comme la houe, le coupe-coupe ou la daba entre les mains du cultivateur. C'est l'état du terrain à labourer et le genre de culture à réaliser qui déterminent la nature et les dimensions de l'instrument aratoire.

Elle est plus qu'une simple modalité d'aménagement des rapports sociaux, économiques et politiques, ou une technique de dévolution ou de répartition du pouvoir politique. La démocratie exprime l'idée de « Bien » et comporte ainsi une dimension éminemment subjective. Elle exprime également l'inextinguible soif, l'inaliénable vocation de la personne humaine à prendre en charge son destin individuel et collectif. C'est là une exigence dont le contenu résulte de l'insatisfaction ressentie par des individus bien réels par rapport à une situation actuelle et à l'idée qu'ils se font de ce que serait un ordre politique « autre », sinon « meilleur ».

Le contexte historique, géographique, culturel et doctrinal influe donc considérablement sur l'idée et la pratique démocratiques, pour en révéler les valeurs réalisées, mais aussi les tares et les insuffisances, dans le jeu perpétuellement mouvant des rapports sociaux et politiques, économiques et culturels.

Ainsi, toute l'histoire montre que la démocratie réalisée n'est que la photographie d'une étape d'évolution collective, et un moment du mouvement démocratique, un mouvement qui, jamais, ne s'arrête tant qu'il y a d'hommes vivant d'expériences et nourris d'espérances.

La diversité de situations, d'analyses et de « ressentis » qui caractérisent ces expériences et ces espérances fait qu'une démocratie réalisée ne saurait

3. G. BURDEAU, *Encyclopaedia Universalis*, t. 7, 1995, pp. 151 et s. ; *L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, LGDJ, 3e édition, Paris, 1987, pp. 25 et s. ; *Traité de science politique*, t. 1 et 2, LGDJ, 3e éd., Paris, 1980 ; *La démocratie*, Seuil, Paris, 1990 ; H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Economica, Paris, 1988 ; O. DUHAMEL, *Les démocraties, régimes, histoire, exigences*, Seuil, Paris, 1993 ; J.H. HALLOWELL, *Les fondements de la démocratie*, Nouveaux Horizons, Paris, 1988 ; G. HERMET, *Culture et démocratie*, UNESCO/ Albin Michel, Paris, 1993.

se réduire à une autre : il y a donc une démocratie italienne, qui ne peut se confondre avec la démocratie française, celle-ci étant irréductible aux démocraties américaine ou allemande, qui n'ont que des rapports bien théoriques, « poétiques » même, avec la démocratie japonaise. Unité de repères principiels et de bases téléologiques, diversité de modalités de mise en œuvre et d'expression. C'est que le baobab, bien enfoncé dans le sol avec ses racines, n'en darde pas moins des branches qui vont dans toutes les directions ; et c'est là, dans cette apparente contradiction, que résident la force et la vie même de l'arbre.

Aussi, dans les pays de « vieille démocratie », les analystes sont-ils conduits, inconsciemment ou non, à l'élaboration d'une multitude de grilles de lecture particulières dont ils tirent le regard qu'ils projettent sur le fait démocratique africain : regards italien, français, américain, allemand, etc. Les appréciations différentes, voire divergentes, que leurs observateurs portent sur les élections en Afrique, le montrent clairement.

La confusion entre l'idée et sa mise en œuvre, entre cause et effets, est facilitée par la puissance d'attraction de l'instrument inventé il y a un siècle et demi, pour servir de mesure à la démocratie réalisée : le parti politique.

B. – *Le parti politique, instrument de l'expression démocratique*

Le merveilleux véhicule que l'on fait emprunter à la démocratie pour s'exprimer et se mettre en œuvre ici (1) est entaché de tares historiques qui sont susceptibles d'être un obstacle à son déploiement ailleurs et à son évolution ultérieure (2).

1. *Le multipartisme, d'hier à aujourd'hui*

Le parti politique comme mode d'organisation politique et d'expression démocratique a 150 ans environ. Il est né en Angleterre avec la réforme électorale de 1832 ; aux États-Unis d'Amérique, c'est également vers 1830, à l'époque de Jackson, qu'apparaissent les partis politiques. Ils surgissent en Europe continentale vers 1848 pour se propager au Japon au début de la nouvelle ère Meiji, entre 1867 et la Première Guerre mondiale [4].

Les juristes et politologues (de La Palombara à R.G. Swartzenberg, en passant par Weiner et M. Duverger) affirment que le parti politique est une organisation créée pour perdurer, c'est-à-dire survivre à ses fondateurs et aux personnes qui l'animent, dont l'agencement s'étend sur tout un pays avec des structures aux niveaux national et local ; elle vise à conquérir, exercer et conserver le pouvoir ; à cette fin, cette organisation recherche le

4. R.G. SCHARTZENBERG, *Sociologie Politique*, Montchrestien, 4e édition, Paris, 1988, pp. 70 et s.

soutien populaire qui se manifeste à travers les consultations électorales. Le parti politique repose, avant tout, sur une idée de solidarité nationale à travers une conception de la société globale, une idéologie.

Aujourd'hui, nous assistons sinon à « la fin de l'histoire » comme l'affirmait l'analyste politique F. Fukuyama, du moins à la fin d'une grande histoire de l'humanité : tout un pan est en train de s'effondrer sous nos yeux et les changements auxquels nous devrions nous attendre équivalent, selon R. Guénon, aux mutations que l'homme a connues au moment où la vie a quitté les eaux pour la terre ferme [5]. Dans cette perspective, l'effondrement du communisme n'est qu'une péripétie qui présage tout simplement la mort des idéologies. De toutes les idéologies. La vitalité du capitalisme a servi de pendant, de contrepoids au communisme triomphant des années 1950-1960. L'idéologie communiste s'étant effondrée sous le poids de ses propres contradictions internes et pour n'avoir pas pu ou su répondre aux questionnements des hommes auxquels elle prétendait assurer le bonheur, les failles du système capitaliste ont toutes les chances d'apparaître de plus en plus béantes lorsque l'euphorie actuelle tombera.

Sur le plan de l'organisation de la lutte pour le pouvoir, le parti politique, comme instrument de démocratie réalisée, n'est pas sans poser de graves interrogations à l'heure actuelle, surtout dans les pays où cet instrument a pris naissance et est solidement ancré dans les mœurs. Depuis quelques années, l'actualité bruit d'« affaires » aussi nauséeuses les unes que les autres : corruption institutionnalisée comme en Italie, pratiques de financement occulte des partis politiques (France, Japon, etc.), dérives « mafieuses » qui ne reculent devant ni rackets ni assassinats. Il n'est pas un jour où la presse ne révèle des pratiques qui, le moins qu'on puisse dire, n'honorent pas la démocratie multipartisane. Les scandales politico-financiers et la « mafioisation » des institutions politiques, que révèlent l'opération *manu pulite* en Italie et la cascade de « mises en examen » d'hommes politiques français, constituent des éléments indicateurs d'une triste dérive et, peut-être, d'une mutation de grande ampleur.

Plus fondamentalement, la démarcation idéologique entre les partis devenant de plus en plus ténue, et les conditions d'accès au pouvoir révélant des pratiques de moins en moins acceptables, la problématique démocratique, aujourd'hui, interroge plus l'« *après* » que l'« *avant* », ce que recouvre la notion de responsabilité : qu'a-t-il fait pendant qu'il avait le pouvoir ? Le « que va-t-il faire quand il y sera » intéresse de moins en moins les citoyens qui, partout dans les pays occidentaux, sont de plus en plus détachés de leurs classes politiques.

5. R. GUÉNON, *La crise du monde moderne*, Gallimard, Paris, 1946.

Et c'est au moment où la démocratie multipartite a atteint ce niveau achevé de perversion qu'on la projette telle quelle sur l'Afrique en s'attendant à une réussite exemplaire. N'y a-t-il pas maldonne ?

2. *Les « lectures » africaines de la démocratie multipartisane*

Il est de notoriété publique que les idéologies ont très peu « pris » en Afrique. Elles ont servi plutôt d'alibi, de faire-valoir, car les ressorts intimes du fonctionnement politique des Africains se situent ailleurs.

Peut-on parler d'une conception de la société globale dans quelque pays que ce soit en Afrique ? Il faut en douter. Chacun sait combien l'Afrique est sociologiquement et culturellement variée. De manière générale, dans les régions subsahariennes tout au moins, le chef de collectivité (chef traditionnel) a plus d'autorité sur les populations que le représentant de l'État, (Préfet, « commandant ») ou le secrétaire de la section locale du parti au pouvoir. De plus, la « propriété » terrienne est, par principe, collective et incessible, sans pour autant qu'il s'agisse du socialisme à la soviétique ou à la chinoise, mais elle ne saurait non plus s'analyser en une relation d'usufruit [6]. La famille fonde un homme qui en est, lui-même, la base. Un célibataire endurci a moins de considération qu'un homme marié et il n'est pas rare de voir des justiciables polygames prendre un juge à partie au motif que celui-ci, non marié et sans charge de famille, ignore tout de ce à quoi il a affaire et, par conséquent, ne peut juger sereinement et dire le droit en parfaite connaissance de cause. En quoi une telle prise à partie serait-elle moins justifiée que celles que les Africains ont « reçues » des droits européens ?

Quelle idéologie intellectuellement compréhensible pour l'Occident (droite, gauche, centre, extrêmes) peut-elle être opérante dans un tel milieu ?

Par ailleurs, l'organisation durable qu'est le parti politique s'agence pour couvrir tout le territoire d'un pays. C'est-à-dire que le pays existait déjà, avec sa nation, son peuple, à l'intérieur d'un territoire délimité et reconnu par tous, à commencer par les populations concernées. Or, en Afrique, cette intériorisation des dimensions physiques des États pose problème. Il ne peut en être autrement, le tracé des frontières ayant été effectué en 1885 à Berlin, à la règle et sur papier, par des négociateurs distingués représentant les puissances esclavagistes et coloniales qui, à l'époque, doutaient même que les « créatures » qui se trouvaient en Afrique eussent une âme et fussent, simplement, des gens [7].

6. G.A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?*, Paris, Pédone, 1971 ; *L'homme et la terre : droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, ORSTOM/Berger Levrault, Paris, 1986.

7. L. SALA-MOLINS, *Le Code noir, ou le calvaire de Canaan*, PUF, Paris, 1987 ; *La misère des lumières : sous la raison l'outrage*, R. Laffont, Paris, 1992 ; C. BRAECKMAN, *Le dinosaure : le Zaïre de Mobutu*, Fayard, Paris, 1992.

De toute façon, l'inconscient collectif africain est généralement réfractaire à cette « territorialisation » du pouvoir et de l'État. Dans l'Afrique traditionnelle, la terre n'entre nullement en compte dans la qualification et la définition juridiques de l'État. Dans un tel contexte sociologique, l'État peut se définir comme un pouvoir s'exerçant sur des populations, à partir d'une reconnaissance mutuelle fondée sur des actes posés en des circonstances particulières, ou des engagements réciproques en vue de circonstances à venir, relativement à la sécurité des hommes (sécurité juridique, physique, morale, spirituelle). L'État y est de type confédéral, éclaté, mouvant dans l'espace et le temps : les liens se créent et se dénouent en fonction des alliances, mésalliances, dictées par le souci de paix et de sécurité des populations. « L'État unitaire ne relève pas de la panoplie des pratiques et des théories politiques de l'Africain avant l'irruption de l'influence sémito-arabe ou indo-européenne » [8].

S'ajoute à cela, le fait que, le plus souvent, les frontières traversent des villages, séparent des cases, des champs, et des familles, avec, parfois, des domaines habités à l'intérieur des *no man's land*. On comprend que les Touareg, par exemple, ne se sentent ni nigériens, ni maliens, ni libyens, ni algériens, ou, plus exactement, se sentent tout cela à la fois, posant simplement leur problème en termes d'existence et d'homme. Ce sentiment de non-reconnaissance, ou, plus exactement, de refus de reconnaissance – dans nombre de cas – est très vivace dans plusieurs régions africaines. On feint de ne pas le savoir jusqu'au jour où, excédées, les populations se mettent à poser des actes de désespoir.

Enfin, le parti politique s'assure le soutien populaire à travers les élections, moyen par lequel le peuple désigne ceux qu'il charge d'exercer en ses nom, lieu et place, cette souveraineté qui lui appartient. Ce système d'action politique a très rapidement été relu, corrigé et « adapté », avant d'être « adopté » en Afrique, où la victoire électorale démocratique, repose aujourd'hui sur deux facteurs précis : l'équation ethnique (ou tribale) et l'argent. Si le fils du terroir se lance dans l'aventure électorale muni d'un confortable matelas financier, qu'il partage généreusement, les débats d'idées et autres projets de société sont loin d'attirer l'électorat. Si à cela s'ajoute une « équation personnelle » reconnue, ses chances de réussite deviennent proprement irrésistibles. Dans un monde de perversion généralisée, peut-on opposer à cette « méthode » les élections démocratiques réalisées à partir d'un usage effréné de la démagogie, avec la manipulation cathodique, une campagne faite avec l'argent sale obtenu de manière occulte de sources peu recommandables ? À l'inverse, soutenir que la démocratie réalisée en Afrique doit se contenter de tels réflexes conduirait à une institutionnalisation de la tribali-

8. I.A. AKINDJOGBIN, « Le concept de pouvoir dans l'Afrique traditionnelle », dans *Introduction à la culture africaine*, n° 4, UNESCO, Paris, 1986, pp. 9-27 ; P. DIAGNE, « Le pouvoir en Afrique », dans *id.*, pp. 40-60.

sation du jeu politique et du pouvoir d'État, et à une légitimation historique des dérives rwandaises et burundaises.

Il appert donc que accrocher le wagon de la démocratie politique en Afrique à la seule locomotive du multipartisme et de l'automatisme arithmétique relève d'un fétichisme qui conduirait à mutiler dangereusement l'idée démocratique et à l'enfermer dans une cage où, faute d'ouverture sur les « vents nouveaux », la démocratie court le risque d'une rapide asphyxie.

II. – Plaidoyer pour une véritable diversité dans le jeu démocratique africain

« La femme qui tombe ne fixe pas le point où la jarre s'est brisée » [9]. En d'autres termes, ce n'est pas en regardant le caillou sur lequel la jarre s'est brisée que la femme connaîtra la cause de sa chute : c'est en cherchant là où ses pieds ont trébuché, c'est-à-dire... derrière elle.

Il y a des difficultés pour l'instauration et la pérennisation de la démocratie multipartisane en Afrique. L'évidence de la constatation impose la recherche de la (ou des) cause(s), la projection sur le fait politique et démocratique africain d'un éclairage réflexif participant de cet effort de créativité et d'inventivité intellectuelles sans lequel l'évidence confinerait à la permanence.

L'insatisfaction éprouvée face à l'évolution de la démocratie en Afrique ne résulte-t-elle pas du fait qu'on s'attend à ce qu'arrive en Afrique ce qui, jamais, ne s'est produit où que ce soit ? L'échec (momentané ou définitif ?) de la démocratie africaine ne provient-il pas de la fixation faite sur le « partisme » (mono ou multi) comme seul et unique instrument de mise en œuvre ?

Avant de dégager les axes paradigmatiques d'une démocratie africaine au XXI[e] siècle (B), il importe de mettre en relief leurs fondements opérationnels (A).

A. – *Les centres d'impulsion des pouvoirs en Afrique*

En Afrique comme ailleurs, il existe des centres d'impulsion de pensées et d'informations qui, soit détiennent de véritables pouvoirs sur et dans les collectivités, soit exercent une influence plus ou moins forte sur les pouvoirs constitués. Les relations entre ces centres et lesdits pouvoirs sont, parfois concurrentielles, parfois complémentaires, mais toujours en rapport avec la vie des collectivités qu'elles « informent » de leurs pulsations diverses. On en trouve de deux sortes sur le Continent : les centres traditionnels (1) et les centres émergents (2) d'impulsion des pouvoirs.

9. Proverbe béninois.

1. *Les centres traditionnels d'impulsion des pouvoirs en Afrique*

L'Afrique traditionnelle a sécrété nombre de centres de pouvoirs ou d'impulsion des pouvoirs qui, bien que subissant les assauts divers de la modernité, continuent de jouer un rôle d'équilibre social très important.

Il en est ainsi, en premier lieu, des chefferies traditionnelles. Véritables détenteurs du pouvoir d'État dans les temps anciens, les Chefs traditionnels (encore appelés Rois, Chefs de collectivités, Chefs supérieurs) sont, pour la plupart et officiellement, devenus de vénérables vestiges du passé, entourés d'une aura de respectabilité, mais sans réels pouvoirs. En fait, l'effort fait par le nouvel État africain après son accession à l'indépendance pour « écraser » le pouvoir traditionnel n'a que partiellement réussi. Cet échec tient à plusieurs causes. D'abord, le pouvoir traditionnel est un pouvoir sur les esprits beaucoup plus qu'un pouvoir sur les individus physiques ; il est difficile d'effacer son influence d'un trait de plume. Ensuite, le pouvoir traditionnel africain est très « éclaté » : le chef (le Grand Chef) d'une tribu ou d'une ethnie n'est, en fait que la face émergée d'un iceberg dont la partie cachée est composée d'autres chefs : clans, secteurs d'activités socioprofessionnelles (griots, chasseurs, fossoyeurs, forgerons, etc.), tranches d'âges (jeunes hommes, jeunes filles), etc.

En deuxième lieu, il faut mentionner les structures qui obéissent à une démarche de société civile, parce que situées hors du champ du pouvoir effectif : les chefs de tontines, les sociétés secrètes traditionnelles dont le poids dans nombre de pays d'Afrique est aussi « visible » qu'insaisissable.

Chaque responsable de « secteur » (clan, famille, ordre professionnel,...) est « LE » chef dans son domaine de compétence. Il entretient avec les autres chefs, et même avec le plus grand chef de la tribu ou de l'ethnie, des rapports qui jamais ne s'analysent en termes de hiérarchie, mais d'homologie [10]. Dans un tel environnement, en dehors des périodes de crises graves (guerres, déchaînement des éléments, etc.), le Roi passe quasiment inaperçu : il n'a aucune « présence » dans la vie quotidienne des citoyens. Le pouvoir est totalement et complètement désincarné, impersonnalisé. Le Roi est le Roi, le pouvoir est le pouvoir. Instrument entre ses mains, le Roi ne se servira du pouvoir (c'est-à-dire n'utilisera la puissance pour faire exécuter les normes qu'il édicte en tant qu'autorité) que pour accomplir des actes dont l'opportunité, la nature et la portée ne relèvent pas de sa souveraine volonté.

Cette relation, d'une part de différenciation entre le Roi et le pouvoir, d'autre part d'homologie entre les différents rois, chefs, ou responsables, n'altère en rien la force pérenne et prégnante du « pouvoir » dans l'État : le

10. I.A. AKINDJOGBIN, *op. cit.* ; P. DIAGNE, *op. cit.*

Roi l'incarne, comme symbole, comme point de ralliement psychologique, de convergence et de réalisation des pensées et des aspirations.

C'est ce qui a fait dire à nombre de chercheurs africains que l'État n'est pas un phénomène d'importation en Afrique, mais aussi que la démocratie existait sur le Continent. Seulement, cet État était bien différent de celui que le colonisateur laissera en héritage à ses anciennes possessions et cette démocratie se faisait « voir » et se manifestait à travers des modalités bien éloignées de celle de l'époque moderne.

Le caractère perdurable de telles structures traditionnelles, même relativement édulcorées, n'est pas de nature à permettre une incubation de la démocratie « façon moderne », « partiste » (mono ou multi). De plus, le greffage des deux pouvoirs, l'un traditionnel, fluide, plus « prégnant » que « prenant », où l'État est flux et interface et, l'autre, moderne, manifesté et où l'État est « LA » force, ne peut pas facilement réussir.

Si la colonisation a pu s'effectuer et son administration s'implanter, c'est qu'elle reposait sur des rapports de force brute. Dès lors qu'on quitte ce terrain pour s'engager sur celui des idées, des arguments et des projets de société, l'inégalité de la lutte entre la « chose des ancêtres » et celle du « Blanc » devient plus qu'une évidence, une nécessité.

Mais voilà, l'État existe en Afrique, et l'Afrique elle-même (avec ses contradictions) est partie intégrante d'un monde qui, bien que s'étant pratiquement construit sans elle, n'en reste pas moins le cadre de son expression existentielle et du déploiement de ses virtualités. Ainsi, si compte doit être tenu de ce que l'histoire a laissé, les brassages et les contacts avec les autres ont laissé d'autres centres qui doivent trouver place dans l'analyse.

2. *Les centres émergents d'impulsions des pouvoirs*

Après quelques années d'expérience démocratique réussie dans certains États africains (Sénégal, Bénin, Botswana) ou cahoteuse dans d'autres (Zaïre, Nigéria, etc.) il est apparu clairement que les partis politiques participent bien peu à la formation politique des citoyens. Ils sont organisés et gérés dans le sens le plus strict de leur définition juridique : conquérir et exercer le pouvoir, pour en jouir dans tous les sens du terme.

Instrumentalisés à l'extrême, les partis politiques servent de faire-valoir : les dénominations officielles ne sont que des variantes sémantiques de « projets de sociétés » parfaitement interchangeables. Ils sont impulsés plus qu'ils n'impulsent et, idéologiquement, ils se ressemblent tous : il semble bien qu'en Afrique, on soit en présence d'un phénomène de multipartisme administratif, ou de partis uniques multipliés. La personnalité, voire la personne, des leaders pèse d'un poids bien plus grand que les projets avancés. Si le contexte international n'est, évidemment, pas sans influence sur une telle situation, celle-ci, fondamentalement, résulte des tendances lourdes qui

caractérisent les ressorts intimes du fonctionnement politique des Africains. Aux yeux de la grande majorité des populations, les idéologies n'ont jamais rien exprimé, ni en terme de vie politique démocratique, ni en celui d'aspiration pour un mieux-être social et économique.

Par contre, les médias et le « mouvement social » constituent des centres émergents dont l'importance et l'influence vont croissant.

Dans le domaine des médias, on sait que l'activité d'information existait dans l'Afrique traditionnelle [11] avec ceux qu'on appelle les griots, les gens (ou maîtres) de la parole, ou du verbe. Ses modes d'action et son régime juridique étaient soigneusement typifiés. Malgré les profonds changements résultant de l'entrée du Continent dans la modernité, l'information de type traditionnel existe toujours (même sous une forme édulcorée) et, aujourd'hui, le Continent est traversé par deux flux d'information : d'une part, le flux traditionnel, qui emprunte des canaux souterrains particuliers, et agissant de manière interpersonnelle à travers ses leaders d'opinion, pour donner la nouvelle, induire une pensée, en vue d'un comportement pour un changement social donné. D'autre part, le flux moderne, avec ses canaux impersonnels, massifs et massificateurs : stations de radiodiffusion et télévision, installation de grandes stations étrangères (RFI, BBC, Africa n° 1, etc.) en modulation de fréquence. Aujourd'hui, ces deux flux agissent sur des secteurs thématiques relativement distincts. Mais leur imbrication progressive finit par conférer au paysage médiatique africain un visage très caractéristique. L'utilisation simultanée de ces canaux confère un redoutable volant de manœuvre et d'action pour qui cherche à influer sur le cours de la chose politique.

Quant au « mouvement social », il s'agit des structures de la société civile : ONG nationales, étrangères ou internationales, opérant dans des secteurs extrêmement variés, de la défense des droits de l'homme à la production agricole. Il n'est pas un domaine important qui ne soit couvert, en Afrique, par la société civile. Mieux, la faiblesse structurelle de l'État et le « sens du terroir » ont produit des structures qui peuvent, au mieux, servir de relais ou de levain, au pire, constituer, demain, de véritables facteurs de déstabilisation politique, avec une possible dérive ethnique ou tribale. Ce sont les « associations de développement » qui se donnent pour objectif de promouvoir le développement, sous toutes ses formes, de leurs villages, régions ou communautés.

Par les alliances de toutes natures qu'elles nouent, et du fait d'une tessiture législative peu garnie, les structures engendrées par la société civile

11. K.J.B. MONKOTAN, *Information et intégration africaine, quel rôle pour une agence continentale ?*, Thèse de doctorat d'État en droit public, Université de Dakar, 1993, pp. 72-89 ; « Information et démocratie en Afrique : le pluralisme en question », dans *Afrique 2000*, n° 22, juillet-septembre 1995, pp. 51-62.

conquièrent de plus en plus une influence considérable. Leur extension rapide sur les plans spatial et thématique les conduit à prendre en charge des activités jusque-là gérées par les structures traditionnelles dont elles empruntent la logique organisationnelle, à laquelle elles intègrent également les secteurs modernes qu'elles contrôlent. Aujourd'hui manipulées, infiltrées, elles servent de soupape de sécurité au pouvoir politique. Elles peuvent, demain, constituer des contrepoids sérieux dans l'action du pouvoir d'État. En attendant, elles permettent d'arriver au pouvoir : le Mali l'illustre parfaitement [12].

Le pouvoir réel semble progressivement se transférer dans ces centres émergents qui puisent leur dynamique dans un vocabulaire moderne et une articulation de terroir : ils deviennent ainsi la courroie de transmission entre l'État officiel et le pays réel, entre hier et aujourd'hui. Est-il prudent de s'en désintéresser dans l'œuvre de construction démocratique ?

Cette revue rapide des principaux centres d'impulsion de pouvoirs nous conduit à la nécessité d'engager la démocratie en Afrique sur des « rails » qui rompent avec le passé (passé africain, passé colonial et occidental) sur la base de paradigmes sinon nouveaux, du moins « autres ».

B. – *Plaidoyer pour une démocratie autrement fondée*

Il est nécessaire de faire un constat : celui de l'existence d'États qui, dès leur accession à l'indépendance, n'ont proclamé leur souveraineté sur des territoires hérités de la colonisation que pour mieux affirmer leur volonté d'aller vers l'unité. La permanence du discours politique à cet égard et l'ensemble des actes juridiques constituant le droit international africain interdisent qu'on en fasse litière dans une réflexion comme celle-ci. Pour prendre son essor et son enracinement, la pensée démocratique africaine doit donc compter avec des aspects institutionnels strictement internes (1) et des aspects sociologiques ayant des répercussions extérieures (2).

1. *Les paramètres institutionnels internes*

Les constitutionnalistes et politologues sont habitués à articuler leur réflexion sur le pouvoir d'État autour des trois pouvoirs que sont l'Exécutif, le Législatif et le Judiciaire. La séparation des pouvoirs se présente comme

12. C'est en tant que fondateur, dirigeant et animateur d'ONG que le Chef de l'État actuel, M. Alpha Oumar Konaré, s'est fait connaître au Mali. Distribution de vivres jusque dans les villages les plus reculés à un moment où l'État n'arrivait plus à payer les fonctionnaires, programmes d'alphabétisation et de soutien à l'alphabétisation par la publication de journaux (*Jamana*) en français et en bambara (une des principales langues maliennes), projets d'assistance aux agriculteurs, gestion de coopératives de producteurs et de consommateurs, etc., toutes activités dont les structures se regroupent pratiquement en 1990 pour donner naissance au parti Adema qui n'a, alors, eu qu'à servir à faire élire leur animateur principal, M. Konaré.

la pierre angulaire de la démocratie en action. Cette démarche semble aujourd'hui perdre de sa pertinence, du moins à l'égard de l'Afrique. Pour trois raisons principales.

D'abord, en Afrique, peut-être plus crûment qu'ailleurs, le pouvoir, c'est comme la femme : ça ne se partage pas, surtout entre des hommes politiques [13]. Il y a un pouvoir d'État à l'intérieur duquel une distribution de rôles est faite entre les trois éléments sus-indiqués, auxquels, sur le Continent, s'ajoutent aujourd'hui deux autres : les organes de régulation de l'audiovisuel (gestion des fréquences et accès équitable aux médias publics) et les structures chargées de la gestion des élections. Mais même « distribué », « réparti », le pouvoir demeure à la fois un et unique, et est entre les mains d'un homme, le Chef de l'État et du gouvernement, dont l'élection au suffrage universel interdit qu'il soit confiné dans un rôle symbolique d'inaugurateur des chrysanthèmes.

Une trop bonne appréciation de cette nécessité conduit à des régimes présidentiels écrasants, avec un Premier Ministre plus ou moins « potiche » et une Assemblée nationale réduite à un rôle d'enregistrement (Sénégal, Égypte, Côte d'Ivoire, Tunisie). Toutefois, une erreur dans cette appréciation de la part de l'un quelconque des « bénéficiaires » de cette répartition conduit presque inévitablement à des crises institutionnelles graves (Niger [14], Togo [15], par exemple).

Ensuite, aux yeux des Africains, la terre est sacrée. La considérant comme lieu d'apparition, voire la manifestation de toutes choses invisibles, ils entretiennent avec la terre, des relations de grande piété, de religiosité, qui les conduisent à lui conférer une âme, mieux, à la traiter comme une âme manifestée. La terre est souveraine, divine. À cela, s'ajoute l'attachement des Africains aux phénomènes « irrationnels » et à l'esprit des ancêtres (qui ne meurent jamais). Parce que sacrée, la terre est soustraite au commerce. La « pression » du monde moderne, avec la monétarisation généralisée, rencontre un « durcissement » de la pensée qui tend, elle aussi, à tout généraliser, donc à soustraire toute la terre aux échanges économiques [16]. La

13. B. Ben YAHMED, « Le pouvoir ne se partage pas », dans *Jeune Afrique*, n° 1866, octobre 1996, p. 4.

14. A. BOURGI, « Fric-frac à Niamey », dans *Jeune Afrique*, n° 1854, juillet 1996, p. 12 ; F. SOUDAN, « Baré est-il démocrate ? », dans *Jeune Afrique*, *op. cit.*, pp. 10-13.

15. F. SOUDAN, « Togo, la cohabitation a vécu », dans *Jeune Afrique*, n° 1860, août-sept. 1996, pp. 4-5.

16. Il faut, évidemment, bien cerner les contours de la démarche traditionnelle. Éviter d'édicter des lois inapplicables, établir un répertoire systématique des terres « hors commerce », en leur conférant un régime juridique clair, dégagé en fonction de leur utilité collective (couvents, forêts et bois sacrés) et en les destinant expressément à des phénomènes sociaux précis. En d'autres termes, établir le droit commun, préciser les terres qui y font exception ; reconnaître et affirmer le caractère sacré de telles terres, et dire pourquoi elles le sont. Les traditions sont respectées, permettant ainsi à la modernité de déployer ses virtualités sans heurts et sans encombres.

désacralisation de la terre se présente de plus en plus comme un impératif, d'abord pour la mettre dans le commerce régulier et normal, ensuite pour donner aux transactions portant sur elle la sécurité juridique sans laquelle aucun investissement sérieux ne peut être fait.

Enfin, le fonctionnement politique des États africains depuis 40 ans environ a mis en évidence un fait saisissant : le phénomène de la collusion des pouvoirs, qui est, en fait, l'obstacle à la pérennisation de la démocratie sur le Continent [17].

Il existe globalement trois « pouvoirs » dans la société : la force, la richesse et la connaissance. Ou encore le pouvoir de faire faire, le pouvoir d'avoir et le pouvoir de savoir. Lorsque, dans une société, ces trois pouvoirs sont concentrés entre les mains d'une seule personne, ou d'un groupe de personnes, l'instauration de la démocratie est quasiment impossible, même dans un contexte formellement multipartisan.

Le pouvoir de faire faire, c'est la force brute (armée, gendarmerie, police, services parallèles), mais aussi le pouvoir d'édicter les lois et de les faire appliquer. Le monopole de la force et de la justice au profit de l'État est l'une des caractéristiques fondamentales d'une collectivité moderne politiquement organisée. C'est d'ailleurs ce que le droit international entend quand, voulant définir l'État, il parle de « pouvoir » s'exerçant sur une population à l'intérieur d'un territoire déterminé.

Le pouvoir d'avoir, la richesse, appartient à ceux qui détiennent les leviers de l'économie et les instruments de production. En Afrique, l'État a longtemps été à la fois le principal employeur (il l'est toujours) et le détenteur des plus gros capitaux à travers les entreprises étatiques et para-étatiques. Le retrait de l'État du secteur économique permet de le dépouiller de l'un des instruments essentiels de sa puissance et, par conséquent, de réduire sa capacité de « nuisance ».

Le pouvoir de savoir est constitué par l'accès à l'instruction (la connaissance) et à l'information. L'analphabétisme généralisé dans une société empêche celle-ci d'accéder à l'instruction qui confère la capacité d'abstraction, de réflexion, de recul, capacité qui permet à l'homme de « penser », d'avoir une opinion, de se construire une grille complexe de lecture de la réalité qu'il vit et qui l'entoure. Ainsi, l'élargissement de la palette de l'instruction et sa généralisation à l'ensemble du corps social sont les conditions premières de l'instauration et du renforcement de la démocratie.

D'un autre côté, le pouvoir appartient à celui qui détient la capacité de donner et de manipuler l'information. Ainsi, l'accès à l'information (information plurielle et crédible, c'est-à-dire la création d'un espace médiatique animé par plusieurs organes « disant » le fait sociopolitique et le commentant

17. K.J.B. MONKOTAN, « Le jeu et les enjeux de la démocratie en Afrique », dans *Afrique 2000*, n° 23, avril-juin 1996, pp. 17-35.

sous divers éclairages) constitue l'un des éléments sans lesquels la démocratie « instaurée » court le risque d'un effondrement rapide.

Il y a collusion des pouvoirs lorsque le Chef est en même temps responsable administratif, dirigeant du parti dominant au pouvoir, chef tribal ou religieux, et possède en propre ou par prête-nom, des affaires commerciales et industrielles, et des organes de presse. De même, lorsque les chefs religieux et les entrepreneurs dépendent du pouvoir politique pour jouir de privilèges et avantages, ou obtenir les contrats qui assurent leurs assises, leur influence ou leur prospérité, on assiste également à une collusion des pouvoirs.

Et c'est là le danger le plus grave que court la démocratie en Afrique. Or, dans un contexte général de rareté, la tentation est grande d'utiliser le peu de moyens existant pour gérer et conserver le pouvoir d'État, donc, de ne les distribuer qu'à l'intérieur d'un cercle restreint composé de gens « sûrs » [18].

Quelle solution apporter à une telle situation ? Est-ce la quadrature du cercle ?

2. *Les paramètres sociologiques à dimension double*

L'éducation et la démocratie de proximité, tels sont les deux points auxquels une attention particulière devrait être accordée, et qui ont des répercussions très marquées à l'extérieur des frontières nationales de chaque État africain.

L'éducation moderne a eu pour conséquence dramatique de créer une fracture entre les lettrés et les analphabètes, les enfants et leurs parents. Ceux-là sont considérés comme des favorisés du sort, les « évolués », selon la terminologie officielle de la colonisation, ceux-ci étant tout simplement... le contraire. Si cette éducation pouvait, de proche en proche, « manger » toute la société, il n'y aurait pratiquement rien à dire. Mais elle ne l'a pas pu et, à l'évidence, ne semble pas pouvoir le faire : elle coûte trop cher et propose des perspectives déculturantes qui déstabilisent sociologiquement les collec-

18. Le cas du Burundi illustre parfaitement cette analyse. La minorité Tutsi (15 % de la population) n'y est pas seulement au pouvoir, elle « possède » tous les pouvoirs : État (sécurité, administration, justice), économie, éducation. L'État, ce sont les Tutsi. La démocratie pluraliste instaurée par le major Pierre Buyoya (Tutsi et auteur du coup d'État qui l'a porté au pouvoir le 3 sept. 1987), a abouti à sa propre éviction. Démocratiquement élu le 30 juin 1993, Melchior Ndadaye (membre de la majorité Hutu, 85 % de la population) est assassiné dans la nuit du 21 au 22 oct. 1993 ; son remplaçant, Cyprien Ntaryamira, est également tué avec Juvénal Habyarimana (alors Chef d'État du Rwanda), le 6 avril 1994. Le pays entre dans un cycle de violences incontrôlées ; un « vide de pouvoir » se crée, qui « attire » à nouveau le même Buyoya le 25 juill. 1996. Tant qu'une « décollusion » des pouvoirs n'y sera pas effectuée par un régime qui, pour pouvoir le faire, ne peut être que Tutsi, l'instauration de la démocratie pluripartisane exprimera le fait majoritaire Hutu..., qui ne pourra pas gouverner, parce que les pouvoirs dans la société burundaise sont entièrement entre les mains de la minorité Tutsi.

tivités. Ayant pensé que les Africains n'avaient pas d'éducation, les concepteurs de l'école moderne se sont abstenus de rechercher ce qui, hier, conférait à l'homme africain sa conscience d'être social et sociable, sa conscience d'appartenance, et, finalement, sa science.

À l'aube du XXI[e] siècle, l'État africain se trouve devant la nécessité de repenser complètement l'école, en l'articulant dans une démarche qui inclurait modernité et tradition. L'introduction de l'école moderne, de l'instruction, dans les couvents et les forêts sacrées, serait un premier pas dans cette direction. Cette seule idée soulève de violentes « pulsions » diverses. Cependant, il faut se rappeler que les religions traditionnelles actuelles étaient, en fait, des ordres et systèmes d'éducation, d'enseignement et de formation, qui, parce que « ghettoïsés » et méprisés, se sont « durcis » en prenant la forme de sociétés ultra-secrètes, pour offrir un espace de résistance existentielle aux exclus de la modernité, et de refuge « personnalitaire » de ressourcement aux « évolués » qui se sentent « perdus » dans l'immensité anonyme d'une modernité fondamentalement marchande et chosificatrice [19].

Le secteur de l'éducation (entendu au sens large) est donc le lieu où le mariage modernité-tradition peut se révéler fécond. Objectif : permettre aux Africains de re-avoir la maîtrise de leur propre destin, à travers la conquête de libertés fondamentales bien comprises par eux. Pour être utiles, celles-ci doivent être puisées dans leur fonds culturel propre.

Une telle réorientation du système éducationnel peut achopper sur le facteur dont les « exploits » donnent une image si grimaçante à l'Afrique d'au-

19. C'est ce qui explique l'irritante persistance de l'excision. Pratique condamnable et très largement condamnée, l'excision résiste à toutes les actions engagées par les autorités nationales, les ONG et les organisations internationales. La prolifération normative ne l'a pas fait reculer, pas plus que les condamnations politiques ou judiciaires. L'abondante littérature consacrée à cette funeste pratique et à ses développements (cf., entre autres : M. LEVINET, « L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'excision, observations sous T.A. Lyon, 12 juin 1996 », *RTDH*, 1[er] avril 1996, pp. 695-720 ; I. GILLETTE-FRENOY, *L'excision et sa présence en France*, Paris, GAMS, 1992), montre bien que les techniques habituelles développées par le droit moderne pour régler les problèmes de violations des droits de l'homme sont inopérantes. Incomprise des uns, qui la condamnent sans nuance et sans rémission, et des autres, qui l'encensent sans retenue et avec une étonnante ferveur (Tobie NATHAN affirme que « l'excision est en quelque sorte un mécanisme de prévention mentale, un bénéfice social extraordinaire que la société française devrait d'urgence reconsidérer », dans *Science et Nature*, n° 52, fév. 1995, pp. 79-80, et dans *Le Nouvel Observateur*, 8-14 juin 1994, pp. 102-103), l'excision semble devoir ne cesser que si le mal est combattu à la racine, c'est-à-dire à l'intérieur des lieux mêmes où se décident les règles traditionnelles : les couvents, les bois et forêts sacrés. Du fait de l'oralité qui les caractérise, les traditions africaines sont confondues avec des coutumes. Ce sont pourtant deux notions très différentes dans la vie des sociétés africaines. Si les coutumes obéissent, ici, aux mêmes caractéristiques juridiques qu'ailleurs, les traditions, elles, sont des *règles édictées*, à des moments donnés de l'histoire, pour des raisons précises en vue d'atteindre des objectifs clairs : en d'autres termes, elles reposent sur des décisions motivées, prises par des structures qui en ont le pouvoir. Comment les changer et, *a fortiori*, les abolir sans recourir au principe du parallélisme des formes ?

jourd'hui : le facteur tribal et ethnique. Les tribus et ethnies sont généralement identifiables par les langues ou dialectes, les pratiques cosmogoniques, les traits culturels ou les concentrations géographiques. Le plus souvent, tous ces éléments se trouvent réunis dans les pays africains.

Une politique tendant à ouvrir les « sociétés » traditionnelles à l'éducation moderne se trouvera donc bien obligée d'emprunter les traits des tribus et ethnies, ce qui contribuerait à propulser celles-ci vers des positions de centres d'impulsion des pouvoirs. Est-ce nécessairement mauvais ? Et peut-on l'éviter ?

Car c'est là qu'intervient la démocratie de proximité, devenue le credo du discours politique sur l'organisation des États en Afrique. Dénommée ici « programme de développement municipal », là, « décentralisation », ailleurs, « démocratie à la base », cette politique avance au gré des appréhensions et des utilisations politiciennes conjoncturelles, mais apparemment, sans grande vision claire de sa nécessité et, surtout, de sa capacité de refondation des sociétés et des États africains à l'aube du XXI^{e} siècle.

Une démocratie de proximité qui ne viserait pas un développement lui-même de proximité et de proche en proche, qui n'aurait pas d'autre contenu que l'élection de maires-prétextes, alibis ou cache-misère, a bien des chances d'échouer. D'un autre côté, conférer à un tel projet des prérogatives dans le domaine de l'éducation et de la formation pourrait avoir des conséquences importantes pour l'autorité du pouvoir étatique national hérité de la colonisation. Non seulement les tribus et ethnies sont géographiquement identifiées, mais s'étendent sur plusieurs territoires étatiques, elles font fi des frontières qui fondent physiquement les États. Ces frontières risquent de disparaître purement et simplement dans la perspective d'une « redensification » des tribus et ethnies, ce à quoi aboutiraient presque inévitablement une ouverture des structures traditionnelles à l'éducation moderne et une orientation « locale », humainement maîtrisable, du jeu démocratique en Afrique.

C'est pourquoi la démocratie en Afrique gagnerait à être « déterritorialisée », « dénationalisée », et faire l'objet de politiques préparant et assumant des convergences entre plusieurs États. Jusqu'ici serpent de mer des relations inter-africaines, l'idée d'intégration trouverait alors un moteur qui lui permettrait de prendre les chemins de la réalité.

*
* *

En Afrique, il y avait des hommes, des sociétés, des civilisations et des cultures, à certains égards très complexes. L'Afrique n'était pas – et n'est pas – un continent hors du temps et de l'histoire. Elle fait partie de l'histoire de l'humanité et y a, comme d'autres continents, sa propre trajectoire. Avant sa mise en contact avec d'autres peuples dans les conditions que l'on

sait, l'Afrique avait des États, des Empires, certains très grands, avec une organisation politique et administrative bien structurée.

Ni plus ni moins « sanguinaires » ou despotiques que d'autres, les chefs de l'Afrique géraient à partir de l'instrument de « l'arbre à palabres », du processus de la décision par moulage et mouture successifs. La survivance, sinon des structures, du moins des méthodes traditionnelles de commandement et de gestion de la cité, montre que le débat contradictoire y était présent, prégnant. En Afrique, avant que le parti politique soit, la démocratie était.

Tout cela est resté vivace dans les mémoires. Ce qui a disparu a laissé de fortes traces dans les esprits, pour s'agencer avec les apports nouveaux, pour constituer un mélange aujourd'hui détonnant, demain, peut-être, enrichissant.

Finalement, l'Afrique n'est pas différente des autres continents : elle connaît les mêmes interrogations essentielles, et se trouve aux mêmes croisées de chemins. Le « partisme » a cessé d'être le point de ralliement de la pensée démocratique en Occident. Il faut cesser de croire que la démocratie africaine devrait ne se mettre en œuvre ou ne se penser qu'à partir de ce seul instrument. De plus, dans un contexte général d'analphabétisme, mais aussi du verbe (verbe qui crée, verbe qui tue), l'ordre constitutionnel reposant sur le seul écrit, sans aucune considération pour les constructions et les équilibres coutumiers, n'est pas de nature à traduire et fonder la réalité de l'organisation politique nationale.

Certes, l'Afrique compte des expériences démocratiques réussies : multipartisme, élections régulières, etc. Mais n'y voir que le fait multipartisan serait une erreur. Il a fallu prendre l'exacte mesure des centres traditionnels d'impulsion des pouvoirs et compter avec eux, pour que le « jeu » marche. Au Bénin, toute la vie sociale est rythmée par les pratiques et rites traditionnels, et les centres émergents y ont pris une importance considérable [20]. Le fonctionnement politique du Botswana repose presque entièrement sur les structures traditionnelles. Au Sénégal [21], les confréries religieuses disposent d'un poids social tel que, depuis l'indépendance, elles sont

20. La société civile a été la véritable cheville ouvrière de la Conférence nationale de février 1990 (par laquelle les Béninois ont, pacifiquement, mis fin à 17 ans de pouvoir militaro-marxiste), dont la réussite immédiate et les conséquences ultérieures permettent, aujourd'hui, de porter le Bénin aux nues en matière de démocratisation.

21. *A contrario*, le Sénégal illustre le phénomène de la collusion des pouvoirs. D'abord unique, puis dominant à partir de 1981, le parti socialiste n'y est pas seulement au pouvoir : il le possède totalement. Malgré un multipartisme vibrionnant, manifestation d'une démocratie réalisée, l'alternance ne s'y est jamais produite. Et sa perspective produit violences et mort. La démission du Président et l'assassinat, quelques jours plus tard, du Vice-président du Conseil constitutionnel (juge électoral) dans l'intervalle allant de l'élection présidentielle de mars 1993 à la proclamation des résultats, sont des facteurs de « grande gêne » pour tous les partisans de l'exemplarité du fait démocratique sénégalais.

ménagées par le pouvoir, qui leur accorde privilèges et avantages exorbitants du droit commun. C'est ce qui explique leur soutien constant au pouvoir, pour une grande part, la solidité de la démocratie sénégalaise et, jusqu'ici,... l'impossibilité d'alternance. En Ouganda, la réinstallation du Roi des Bogandas (la plus importante et influente ethnie du pays) n'est pas pour peu dans l'étonnante performance du régime de M. Yoweri Museveni, aussi bien sur le plan économique et social que dans le domaine de la démocratie, malgré l'absence de partis politiques. D'ailleurs, personne n'a vraiment critiqué sa victoire (74 %) lors de la dernière élection présidentielle.

En avons-nous assez dit pour qu'on comprenne que le cours chaotique de l'enracinement de la démocratie multipartite est, en fin de compte, une heureuse circonstance, en ce sens qu'elle ouvre des perspectives nouvelles pour la réflexion et les initiatives novatrices ? L'avenir du monde est un immense défi pour la race humaine. Le monde entier, et l'Afrique avec.

L'émergence de la protection et du contrôle des droits fondamentaux en Afrique australe

PAR

XAVIER PHILIPPE

PROFESSEUR ASSOCIÉ À L'UNIVERSITÉ DE WESTERN CAPE
(RÉPUBLIQUE SUD-AFRICAINE)

La protection des droits fondamentaux est devenue dans de nombreux pays du Nord un sujet intarissable, dont témoignent les revues juridiques. Celles-ci ne désemplissent pas de nouvelles contributions relatives au développement et aux nouvelles dimensions de ces droits. Ce phénomène, qui avait permis à M. Cappelletti de caractériser cette fin de siècle *d'ère du droit constitutionnel jurisprudentiel* [1], a dépassé les frontières de l'hémisphère Nord pour irradier les pays qui se dotent d'une nouvelle Constitution.

L'exemple de l'Afrique australe l'illustre : jamais la question des droits fondamentaux n'y avait revêtu une acuité aussi forte, tant dans le débat politique que juridique de ces dernières années [2] ! L'observateur comme le technicien averti pourraient n'y voir que la tentation de céder à une mode ou de rechercher dans la différenciation, un *leitmotiv* bien connu des démocraties anciennes. En réalité, il n'en est rien. Il s'agit bel et bien de droits fondamentaux, tels qu'ils sont communément définis, auxquels est assigné la mission de sauvegarde de l'État de droit. Cependant plus que d'une simple transposition de la reconnaissance des droits fondamentaux, il s'agit de créer une « culture des droits fondamentaux » dans des États où ces mots ne possédaient pas de signification juridique. La présente communication se propose de démontrer que l'idée même de protection des droits fondamentaux est devenue consubstantielle à l'idée de constitutionnalisme dans les démocraties modernes.

Cependant si les résultats recherchés peuvent souvent être comparés à la recherche d'une (meilleure) protection de l'État de droit, les moyens pour y parvenir diffèrent assez largement d'un État à l'autre. L'intérêt de l'étude

1. Voir M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, coll. Droit public positif, Economica-PUAM, 1990, pp. 177 et s.

2. Voir P.-F. GONIDEC, « Constitutionnalismes Africains », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 1996, p. 13, spéc. pp. 31 et s.

comparatiste vise précisément à évaluer ces différences de chemins empruntés afin d'en réaliser une éventuelle synthèse.

Le choix de l'Afrique australe dans cette étude de la protection des droits fondamentaux est délibéré. Trois pays serviront de support à cette analyse : l'Afrique du Sud, la Namibie et le Zimbabwe.

L'Afrique du Sud, plus qu'un exemple, représente un symbole. La fin du régime d'*apartheid*, la mise en place d'un régime de transition [3] et l'adoption d'une Constitution définitive [4], soumise au respect de principes constitutionnels fondamentaux, représentent un changement radical dans le constitutionnalisme de cet État mis au ban des nations pendant de longues années en raison précisément de la négation des droits fondamentaux. L'Afrique du Sud est l'exemple type d'État dans lequel le changement radical de régime constitutionnel s'est opéré sans phénomène de rupture violente.

La Namibie est également représentative d'un autre phénomène : celui de la création d'un État naissant issu d'un conflit international dont l'histoire était intimement liée à celle de l'Afrique du Sud. Le refus d'octroi d'indépendance était ici encore partiellement dû à la négation des droits fondamentaux [5]. La différence fondamentale avec l'Afrique du Sud tient à ce qu'il n'existait aucun antécédent constitutionnel pour cet État (hormis l'application du régime constitutionnel sud-africain). La création d'un État de droit s'est opérée *ex nihilo* [6]. La protection des droits fondamentaux a représenté l'un des points clefs de la création du nouveau régime. Enseignement du droit comparé ou simple logique de bon sens, la protection des droits fondamentaux ne s'est pas limitée à la reconnaissance et la garantie de ceux-ci. Elle a orienté le régime constitutionnel et lui a donné une physionomie qu'il n'aurait pas eu sans elle.

Le Zimbabwe – ex-Rhodésie – constitue un autre type d'exemple un peu plus ancien et issu d'un phénomène un peu différent, mais courant sur le

3. Constitution intérimaire du 22 décembre 1993 (Acte n° 200 de 1993). Voir D. BASSON, *South Africa's Interim Constitution – Texte commenté*, Juta, 2e éd. 1995.

4. Constitution définitive adoptée le 8 mai 1996 par l'Assemblée constituante. Ce texte n'est pas encore entré en vigueur en raison de sa non-certification partielle aux principes constitutionnels définis à l'origine du processus constitutionnel par les parties aux négociations.

5. Voir sur ce point les décisions rendues par la Cour Internationale de Justice sur le *Sud-Ouest Africain* en 1950, 1962 & 1966.

6. *Constitution namibienne* adoptée le 9 février 1990, entrée en vigueur le 21 mars 1990, date de la proclamation de l'indépendance. Le processus constitutionnel namibien s'est opéré sur la base de l'élection d'une Assemblée constituante dans le cadre d'élections libres et démocratiques (7-11 novembre 1989). Cette Assemblée s'est réunie pour la première fois le 2 novembre 1989 et a décidé de procéder à l'élaboration de la Constitution sur le fondement des principes adoptés en 1982 lors des premières négociations en vue de l'indépendance. A.P. BLAUSTEIN & B. FEIN, « Republic of Namibia », dans *Constitutions of the Countries of the World*, vol. XII, pp. 13-15.

Continent africain : la décolonisation [7]. La reconnaissance des droits fondamentaux y est marquée par le régime politique et constitutionnel issu des anciennes institutions [8]. Cela ne signifie pas que la protection de ces droits ne connaisse pas d'originalité, mais qu'elle soit davantage la conséquence – au moins partielle – d'un héritage. La méthode de reconnaissance s'en ressent et revêt une dimension particulière.

Ces trois exemples aux origines différentes ne doivent néanmoins pas masquer une idée commune quant au rôle exercé par la garantie des droits fondamentaux. Ces droits ne sont pas seulement ceux reconnus à l'individu contre l'État. Ce sont également les droits que les composantes politiques et sociales se sont accordées à accepter comme « *contrat social* ». Ils représentent plus qu'une partie de la Constitution. Ils font partie intégrante du régime constitutionnel et lui impriment une dimension qu'il ne posséderait pas sans eux. À ce titre, ils sont aussi importants que le système de gouvernement ou l'articulation de la séparation des pouvoirs. Leur originalité se prolonge au delà du régime politique et transforme également le régime juridique. En d'autres termes, la même Constitution – avec et sans garantie des droits fondamentaux – ne conduirait pas au même résultat.

La situation de l'Afrique australe au regard de la protection des droits fondamentaux fait ainsi contraste avec le constat opéré dans nombre de pays d'Afrique centrale. La transposition des modèles issus des pays de l'hémisphère nord ne conduit pas nécessairement à un échec pour peu que l'on accepte l'idée que ces modèles ne représentent qu'une source d'inspiration et non une solution toute faite. Se greffe alors une nouvelle question : est-il concevable d'envisager un système de protection qui dépasse le cadre national de chaque État ? Ou, en d'autres termes, est-il possible d'envisager un socle commun de protection des droits fondamentaux entre plusieurs États ? Cette question semble aujourd'hui relever de la science (juridique) fiction ! Elle mérite pourtant d'être examinée au regard du rôle que prétend jouer l'Afrique australe sur le Continent africain, dont témoigne le développement de la coopération commerciale.

Seront successivement examinés la place occupée par les droits fondamentaux dans les négociations et textes constitutionnels et leur contrôle par les autorités juridictionnelles.

7. Le processus de décolonisation au Zimbabwe s'est engagé en 1976 mais n'a véritablement abouti qu'en 1979. Entre ces deux dates, une succession de propositions et de contre-propositions furent faites et adoptées sans déboucher réellement sur un accord adopté par toutes les parties. Ce n'est qu'en février 1980 que cet accord put être trouvé. L'indépendance fut proclamée le 18 avril 1980, après le déroulement d'élections libres qui virent la victoire du Front patriotique de M. Robert Mugabe. K.R. RUSH, « Constitution of Zimbabwe », dans *Constitutions of the Countries of the World*, vol. sup., pp. 17-19.

8. *Constitution du Zimbabwe : Zimbabwe Constitutional Order Act 1979 (Statutory Instrument 1979/1600).*

I. – La place des droits fondamentaux dans les négociations et textes constitutionnels

La reconnaissance des droits fondamentaux dans les Constitutions des pays d'Afrique australe étudiés se caractérise tout d'abord par certaines données objectives communes. L'intégration de ces droits dans le texte constitutionnel ne doit pas éluder l'importance de leur discussion préalable lors des négociations constitutionnelles. La perception qu'en ont les autorités constituantes est souvent révélatrice de la position octroyée à ces droits au sein du texte constitutionnel. Bien que cette perception des droits fondamentaux soit à ce stade essentiellement politique et ne préjuge pas de leur contenu futur, elle permet d'évaluer le degré de réceptivité des constituants et la place qu'ils entendent assigner à ces droits.

En second lieu, la place et le contenu des droits fondamentaux dans la Constitution elle-même sont également révélateurs de leur perception au sein de l'État de droit. Une analyse littérale de ces droits peut conduire à n'y voir qu'un ensemble de garanties reconnues à l'encontre des organes de l'État. Une analyse synthétique de la Constitution conduit en revanche à les intégrer dans un ensemble plus vaste et à considérer qu'il ne s'agit pas d'un « gadget constitutionnel » ou d'une question subsidiaire, mais bel et bien de l'un des aspects du système de gouvernement qui fait corps avec lui.

A. – *Le rôle des droits fondamentaux dans le processus des négociations constitutionnelles*

Les négociations constitutionnelles sont souvent délaissées de l'étude des droits fondamentaux dans la mesure où elles ne préjugent pas du contenu et de la valeur de ces droits. Si ceci est juridiquement exact, la place qui leur est accordée au sein de ces négociations permet de déceler s'il s'agit d'une question qui préoccupe les constituants à titre principal ou subsidiaire. Il est néanmoins symptomatique que la proclamation et l'organisation des droits fondamentaux figurent au premier rang des questions évoquées par les organes chargés de l'élaboration de la Constitution. Trois questions peuvent être évoquées : l'accord sur les droits fondamentaux ; le rôle qui leur est attribué et la perception qu'en ont les auteurs du texte constitutionnel.

1. *L'accord sur les droits fondamentaux*

L'accord sur les droits fondamentaux représente le préalable indispensable à leur reconnaissance et à leur existence. Si la protection des droits et libertés apparaît subsidiaire lors des négociations constitutionnelles, la garantie qui leur sera accordée s'en ressentira et sera vraisemblablement laissée à l'appréciation du pouvoir législatif. Les Constitutions étudiées des

pays d'Afrique australe démontrent cependant qu'il n'en a rien été et que les droits fondamentaux sont apparus non seulement comme une nécessité, mais également comme un facteur de renforcement de la démocratie.

En Afrique du Sud, l'évocation de la seule idée de droit fondamental était, il y a encore peu de temps, un sujet tabou [9]. Plus que l'idée de garantie des droits de la personne, l'idée même de droit garanti contre l'État apparaissait aux dirigeants du régime d'*apartheid* incompatible avec l'idée de gouvernement et de souveraineté. Or, lors des négociations des accords de *Kempton Park*, les droits fondamentaux sont apparus comme l'un des premiers points d'accord entre les différents partis [10]. L'article 2 des Principes constitutionnels [11] dispose que « tout individu possède le droit de bénéficier des droits fondamentaux universellement reconnus, des libertés et droits civiques qui seront reconnus par la présente Constitution. » La situation de rupture dans laquelle s'est inscrit le processus constitutionnel a conduit les partenaires à s'accorder autant sur l'idée même de démocratie que sur les droits fondamentaux qui en représentaient l'une des composantes. Il est vrai cependant que cette volonté de rupture avec le régime d'*apartheid* incitait à une telle consécration, mais cet impératif aurait pu se limiter à la reconnaissance de l'égalité entre les races. Tel n'a pas été le cas et la protection des droits fondamentaux a été pensée en termes généraux.

La situation est sensiblement la même en Namibie, où l'administration sud-africaine du régime d'*apartheid* appliquait les mêmes principes, et notamment celui de développement séparé et inégalitaire des races. Dès l'indépendance et la nécessaire rédaction d'une nouvelle Constitution, la consécration des droits fondamentaux est apparue comme une nécessité ou plus exactement comme un passage obligé lors des négociations constitutionnelles. L'accord sur les droits fondamentaux s'est opéré naturellement en réaction envers le passé.

La situation au Zimbabwe a été différente dans la mesure où la rédaction et l'élaboration de la Constitution se sont opérées dans un contexte de déco-

9. Ainsi, dans la *Constitution sud-africaine* de 1983 (Acte n° 110 de 1983), on ne trouvait aucune référence à l'idée de droit fondamental.

10. V. W. DE KLERK, « The process of political negociation : 1990-1993 », dans B. DE VILLIERS, *Birth of a Constitution*, Juta, 1994, p. 1, spéc. p. 10.

11. Les principes constitutionnels constituent 34 principes sur lesquels les parties aux négociations constitutionnelles en Afrique du Sud se sont accordées avant de rédiger la Constitution intérimaire. Ces principes ont non seulement gouvernés la Constitution intérimaire mais également la Constitution définitive. Le 6 septembre 1996, la Cour constitutionnelle sud-africaine a déclaré le texte final de la Constitution partiellement non conforme à ces principes (décision CCT 23/96). Ces principes ont donc occupé dans le processus des négociations un rang qui pourrait être qualifié de supra-constitutionnel.

lonisation négociée [12]. Cette transition a rendu la protection des droits fondamentaux d'une acuité peut-être moindre que dans les deux précédents exemples, mais ne les en a pas moins empêché de figurer au rang des questions constitutionnelles de premier plan.

Ainsi dans les trois cas considérés, l'idée de protection constitutionnelle des droits et libertés n'a pas représenté en elle-même un point de désaccord lors de négociations constitutionnelles, mais est au contraire apparue comme l'un des *modus vivendi*. Cet accord global autour des droits fondamentaux ne doit néanmoins pas cacher certaines différences quant à la fonction qui leur est attribuée.

2. *La fonction attribuée aux droits fondamentaux dans le cadre des négociations constitutionnelles*

Un autre aspect de l'analyse des droit fondamentaux lors des négociations réside dans la raison pour laquelle les parties aux négociations cherchent à les y intégrer. Ici apparaissent des motivations contradictoires, variant en fonction des participants à cette négociation. Une première explication consiste à n'y voir qu'un moyen de défendre les droits des individus contre l'État. Cette idée n'est pas à rejeter mais ne représente pas la seule fonction qui leur et assignée lors des négociations. Une autre explication permet d'y déceler également un moyen pour les partis non dominants de garantir leurs propres droits contre une trop grande emprise du parti majoritaire sur le processus décisionnel politique [13]. En d'autres termes, les négociations constitutionnelles représentent un moyen de cristalliser le contenu minimal, voire une certaine conception des droits fondamentaux ainsi que leur garantie. Il s'agit de dresser – au stade des négociations constitutionnelles – un rempart contre les déviations que pourraient entraîner par la suite l'usure du régime politique. Évidement, ce but représente essentiellement un souhait au moment où les négociations se déroulent, dans la mesure où il est difficile de préjuger de la mise en œuvre des droits fondamentaux. Mais il est nécessaire pour créer les conditions favorables à l'effectivité des droits fondamentaux.

Les exemples namibiens et sud-africains ont ainsi démontré la volonté des constituants d'assigner aux droits fondamentaux une fonction de garantie de l'État de droit à laquelle s'est intégrée un souci d'équilibre politique. Ceci ressort nettement, par exemple, d'une décision récente de la Cour constitutionnelle sud-africaine dont le premier paragraphe illustre cette idée :

12. Bien que le processus de décolonisation ne se soit pas opéré sans heurts et rebondissements, la reconnaissance des droits fondamentaux n'a pas représenté un point d'achoppement des négociations.

13. T. Eloff, « The process of giving birth », dans B. de Villiers, *Birth of a Constitution*, *op. cit.*, pp. 12-20.

« Pendant quarante ans, l'histoire sud-africaine a été dominée par un conflit profond entre une minorité qui se réservait l'entier contrôle des instruments politiques de l'État et une majorité qui cherchait à résister à cette domination. Les droits fondamentaux sont devenus un enjeu majeur de ce conflit, dans la mesure où la résistance de ceux refusant cette violation était punie par des textes juridiques dont le but avoué était de briser l'efficacité de cette résistance [14]. »

Si les négociations constitutionnelles ont été placées sous le signe de la protection des droits fondamentaux, c'est en raison de l'acceptation par les parties de leur reconnaissance en tant que pilier de la future organisation politique.

La fonction des droits fondamentaux consiste ici à représenter l'un des fondements du régime politique nouveau mis en place. Il est remarquable dans l'exemple sud-africain que les organes politiques du régime d'*apartheid* aient pu s'asseoir à la table des négociations en raison précisément de leur accord à l'égard de la reconnaissance des droits fondamentaux, sorte de dénominateur commun minimum. D'arme de leurs opposants, elle est devenue leur propre moyen de défense et l'une des conditions de leur participation au processus nouveau [15]. Qu'elle soit perçue comme le signe de la victoire politique ou de la résignation, l'intégration des droits fondamentaux dans une situation de rupture traduit cette volonté de conférer à ces droits un rôle d'équilibre au sein du nouveau régime constitutionnel mis en place.

3. *La perception des droits fondamentaux*

Un troisième aspect du rôle exercé par les droits fondamentaux durant les négociations constitutionnelles repose sur la perception ou la définition qu'en ont les autorités. Cette question revient à déterminer si les droits fondamentaux sont considérés comme une affirmation de principe qui restera sans lendemain ou si ces droits sont au contraire destinés à être appliqués quotidiennement et directement aux bénéficiaires auxquels ils s'adressent. Il s'agit ici de s'interroger sur la « culture » des droits fondamentaux qui prévaut au moment des négociations.

Plusieurs cas de figure se présentent. Le premier est celui où l'invocation des droits fondamentaux apparaît comme une sorte de rituel incantatoire auquel toute nouvelle Constitution doit satisfaire pour présenter un visage

14. Constit. Court, 25 juillet 1996, affaire n° CCT 17/96, *Azanian Peoples Organization et autres c. Président et Gouvernement de la République sud-africaine et autres*, non encore publié, § 1.

15. Il était évidemment difficile aux représentants des partis anciennement interdits de refuser ce qu'eux-mêmes avaient réclamé pendant plusieurs décennies. Au demeurant, l'effort de pacification devait être réciproque.

honorable. Sans préjuger de ce que pourra devenir une telle intégration [16], elle reflète souvent le caractère subsidiaire de ces droits dans l'arsenal constitutionnel.

Une seconde hypothèse réside dans ce que l'on pourrait qualifier d'effectivité « médiane » ou « à la marge ». En soi, la protection des droits fondamentaux n'est pas conçue comme une priorité principale par les constituants, qui ne rechignent toutefois pas à les intégrer comme élément du processus constitutionnel. Cette situation se traduit par une reconnaissance de ces droits intégrant un système de contrôle marginal ou dont la procédure de contrôle est complexe. Ce second « modèle » de perception des droits fondamentaux peut rester en l'état comme il peut également se développer dans un sens favorable à l'effectivité de ces droits [17].

Enfin, la troisième hypothèse est celle où la protection des droits fondamentaux apparaît comme un élément central du débat constitutionnel et où les moyens de contrôle sont organisés, coordonnés et accessibles pour les bénéficiaires des droits fondamentaux. Dans ce dernier cas, l'idée d'un organe spécifique chargé du contrôle de constitutionnalité s'impose souvent comme la solution consubstantielle à la reconnaissance des droits fondamentaux.

Les différents exemples examinés en Afrique australe font ressortir que la première perception – minimaliste – n'a pas été à l'ordre du jour et que les choix ont oscillé entre la seconde et la troisième hypothèses. L'Afrique du Sud a nettement opté pour la troisième solution maximaliste, tandis que la Namibie et dans une moindre mesure le Zimbabwe ont préféré la seconde. On relèvera au passage l'importance revêtue par le système juridique – romano-germanique ou de *common law* – en vigueur au moment des négociations constitutionnelles. Sans rendre impossible toute transformation, ce système implique certaines pesanteurs et lenteurs dans la modification du contrôle des normes de référence. Il explique ainsi pourquoi la mise en œuvre des droits fondamentaux est parfois greffée sur le système existant ou limitée par la volonté de ne pas trop bouleverser le système qui deviendrait inintelligible ou d'application trop complexe pour être efficiente.

Quelle que soit la solution retenue et pour tenir compte des variables propres à chaque État, la perception des droits fondamentaux au moment des négociations constitutionnelles traduit bien l'existence de cette culture

16. Il existe de nombreux exemples dans lesquels la fonction assignée aux droits fondamentaux et à leurs organes de contrôle a été complètement bouleversée par la pratique constitutionnelle. Ceci démontre que même purement déclaratoire, la reconnaissance des droits fondamentaux dans une Constitution n'est jamais superflue. Elle permet au contraire de créer un terrain favorable à leur développement pour peu que la nature et les équilibres du régime politique se transforment.

17. Pour peu qu'une réforme du mode de saisine des organes de contrôle ou qu'une politique jurisprudentielle activiste des organes de contrôle développe les moyens de saisine.

des droits fondamentaux. Son développement est évidemment susceptible de variations et de degrés, mais la perception des droits fondamentaux est ici globale et cherche à ancrer le système constitutionnel dans le camp des pays qui acceptent la suprématie de l'État de droit pour tous, individus comme organes de l'État.

Cette perception des droits fondamentaux lors des négociations constitutionnelles se retrouve dans le corpus des Constitutions elles-mêmes.

B. – *L'intégration des droits fondamentaux dans le corpus des Constitutions*

Si l'analyse de cet aspect des droits fondamentaux revêt un caractère plus technique, il représente également la traduction des résultats des négociations constitutionnelles et permet d'évaluer l'état d'esprit dans lequel la perception des droits fondamentaux s'est opérée. Deux types de données permettent de prendre la mesure du sort et de l'importance des droits fondamentaux : la place qu'occupent les droits fondamentaux dans la Constitution et l'organisation interne de la déclaration des droits fondamentaux.

1. *La place des droits fondamentaux dans l'organisation générale de la Constitution*

La place réservée aux droits fondamentaux dans toute nouvelle Constitution est souvent révélatrice de l'importance qui leur est conférée et du rôle que les constituants entendent leur faire assumer.

De façon liminaire, les préambules des Constitutions étudiées [18] intègrent une référence à la nécessité de protéger les droits fondamentaux. Bien que ces préambules ne possèdent pas, à proprement parler, de valeur normative (compte tenu de leur style de rédaction déclaratoire), ils témoignent du rôle central confié aux droits fondamentaux dans la compréhension du nouveau texte. Tel est notamment le cas des préambules des Constitutions sud-africaine et namibienne dont les premières phrases reposent sur cette reconnaissance [19].

Dans le corps du texte constitutionnel, on relève une tendance à faire figurer ces droits au tout premier rang, souvent avant même le système de gouvernement. Ainsi, la *Déclaration des droits* figure-t-elle dès l'article 7

18. À l'exception de la *Constitution du Zimbabwe*, qui n'en comporte pas.

19. *Constitution namibienne* : « Considérant que la reconnaissance de la dignité, de l'égalité et des droits inaliénables du genre humain est indispensable pour le respect de la liberté de la justice et de la paix. » *Constitution sud-africaine* : « Considérant qu'il existe un besoin de créer un nouvel ordre juridique dans lequel tous les Sud-africains disposeront d'une citoyenneté commune dans un État de droit souverain et démocratique, dans lequel existera une égalité entre homme et femme et peuples de toutes races, de façon à ce que tous les citoyens puissent être capables de jouir et d'exercer leurs droits et libertés fondamentaux. »

dans la *Constitution intérimaire sud-africaine*, l'article 5 dans la *Constitution namibienne* et l'article 11 dans la *Constitution du Zimbabwe*. Les articles précédant ces Déclarations visent le caractère démocratique de l'État et les conditions de la citoyenneté [20], c'est-à-dire des dispositions consubstantielles (et souvent préalables !) à la reconnaissance des droits fondamentaux.

Ce rôle principal conféré à la *Déclaration des droits* est révélateur de la soumission des organes de l'État à son contenu. La déclaration des droits possède en effet avant tout un effet vertical : elle protège les individus bénéficiaires de ces droits, individuellement ou collectivement contre les empiétements de l'État ou plus généralement des pouvoirs publics dans toutes les formes qu'ils peuvent prendre. Cette forme de garantie des droits est évidement pour partie une réaction contre les excès du passé, qu'il s'agisse de la rupture (ne serait-ce que psychologique !) avec un régime colonial ou de la rupture avec un régime autoritaire dont le fondement était la négation de l'égalité entre les individus. Cet aspect de la garantie des droits fondamentaux doit être relié à la séparation des pouvoirs dont elle représente un complément. On trouve dans le texte de la Constitution des références directes à la *Déclaration des droits* conçue comme une charte liant l'intégralité des autorités publiques ou para-publiques [21].

Surgit alors une autre question consistant à déterminer si cette déclaration des droits s'étend au delà de la seule Constitution pour en permettre une application indirecte entre les individus. Cette application horizontale des droits fondamentaux ne fait généralement pas l'objet d'un traitement spécifique [22], mais permet de mesurer l'étendue des droits fondamentaux au delà de leur violation par les entités étatiques. Les droits fondamentaux sont ici envisagés pour leur contenu et non plus dans leur seule fonction de défense de l'individu contre l'autorité de l'État.

Une illustration de ce phénomène est fournie par la *Constitution sud-africaine*. Celle-ci garantit les droits des minorités au sein de la *Déclaration des droits*. Le texte constitutionnel ne se borne cependant pas à cette reconnaissance ; il la met en œuvre dans les chapitres ultérieurs, notamment par la reconnaissance des « autorités traditionnelles » [23] et par le droit qui leur est reconnu de bénéficier de leur régime juridique propre, en matière notamment des droits de la personne et de la famille [24].

20. Voir par ex. les articles 4 à 10 de la *Constitution du Zimbabwe*.

21. Voir par ex. l'article 98(2)(a) de la *Constitution intérimaire sud-africaine* relatif au rôle et à la juridiction de la Cour constitutionnelle.

22. Les articles 8 et 38 de la *Constitution définitive sud-africaine* offrent cependant la possibilité de mettre en œuvre la Déclaration des droits de façon horizontale. Voir J. LOURENS, « The South African Bill of Rights – public, private or both : a viewpoint on its sphere of application », *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* (XXVII), 1994, p. 341.

23. Voir le chapitre 12 de la *Constitution définitive sud-africaine*, articles 211 et 212.

24. Voir par ex. l'article 15 de *la Constitution définitive sud-africaine*, relatif à la liberté de religion, spécialement le § 3.

On peut ainsi s'interroger sur la nature et le caractère de la *Déclaration des droits* fondamentaux. Placés en tête de la Constitution, les droits fondamentaux conditionnent eux-mêmes les autres chapitres de la Constitution. Si formellement ils n'apparaissent pas hiérarchiquement supérieurs aux autres principes constitutionnels, fonctionnellement ils conditionnent l'ensemble du texte constitutionnel [25]. Leur influence pourrait être qualifiée de conglomérale, c'est-à-dire à la fois verticale et horizontale. De ce fait, la place des droits fondamentaux au sein du texte constitutionnel ne doit pas être considérée comme fortuite ou vide de sens. Elle traduit un choix, symbole de la suprématie de l'État de droit. Ce choix est confirmé par l'analyse du contenu des droits fondamentaux.

2. *L'organisation interne des « Déclarations des droits fondamentaux »*

Quel que soit le nom qu'elle prenne, l'analyse du contenu des catalogues de droits fondamentaux révèle une organisation et une articulation qui démontrent le caractère organisé et coordonné du système de protection institué. En cela, les pays d'Afrique australe étudiés révèlent une convergence des structures dans leur *Déclaration des droits fondamentaux*. Ceci est observable tant au regard de la structure des déclarations des droits et de leur mode de reconnaissance qu'au regard de la relation égalité/liberté.

a) La structure des Déclarations

La situation des trois pays examinés révèle certaines différences dans le mode de garantie des droits, qui s'opère toutefois sur un fonds commun quant à la structure des déclarations. Les *Déclarations des droits* sont en effet longues, explicites et détaillées, fournissant souvent une interprétation du droit reconnu et permettant son application immédiate. Cette situation tranche avec la méthode employée par nombre d'États de l'hémisphère nord dans lesquels les normes constitutionnelles de référence – notamment celles relatives droits fondamentaux – nécessitent souvent l'intervention de la Cour constitutionnelle pour pouvoir être appliquées.

Les *Déclarations des droits* reconnaissent tout d'abord les droits civils et individuels les plus imprescriptibles : droit à la vie, à la liberté, protection de l'égalité, respect de la dignité, interdiction des travaux forcés et de l'esclavage, des traitements inhumains et dégradants, respect des droits de la famille, de la protection de l'enfant. Cette liste n'est pas exhaustive, mais illustre le caractère complet de la protection offerte à l'individu, pris en dehors du groupe social.

25. Formellement, cette suprématie peut parfois être décelée au sein du texte constitutionnel lui-même. Ainsi l'article 131 de la *Constitution namibienne* prévoit-il l'impossibilité pour le constituant d'amender la Constitution de telle façon que cette modification aboutisse à méconnaître ou à réduire les droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Elles reconnaissent ensuite un certain nombre de droits économiques et sociaux, tels le droit de propriété ou certains droits collectifs comme le droit à l'éducation ou au respect de l'identité culturelle. Ces droits sont marqués par leurs origines, ce qui signifie que leur contenu est souvent adapté au contexte dans lequel ils s'appliquent et qu'ils ne recouvrent pas nécessairement le même sens que celui observé pour les pays de l'hémisphère Nord.

Les Déclarations des droits reconnaissent ensuite une série de droits procéduraux tels que le droit à un procès équitable, le droit à une action administrative transparente et le droit à une justice administrative qui sont directement issus des systèmes de *common law*, mais qui trouvent ici une consécration constitutionnelle intéressante dans la mesure où ces principes font désormais partie du droit constitutionnel écrit.

L'aspect le plus intéressant des déclarations reste cependant leur caractère concret avec les dispositions finales organisant la mise en œuvre des droits fondamentaux. Afin de se prémunir contre une reconnaissance platonique des droits, les constituants ont dans les trois cas « organisé » la mise en œuvre des droits fondamentaux par l'adoption de dispositions relatives à l'interprétation [26], à la limitation, voire à la suspension des droits fondamentaux. Cet aspect revêt sous des dehors techniques une grande importance pratique. Il habilite d'une part les autorités publiques à organiser ces droits fondamentaux, mais, d'autre part, il les limite également en encadrant leur pouvoir d'organisation. La Constitution définit ainsi le degré de pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités publiques dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. Il est remarquable que ces dispositions fassent l'objet de tant de précision. À cet égard, la *Constitution sud-africaine* est particulièrement intéressante puisqu'elle fournit aux autorités chargées de mettre en œuvre ces droits fondamentaux (législatives, administratives, juridictionnelles) des directives d'interprétation qui intègrent les principes du droit international ainsi que les exemples tirés du droit comparé.

L'analyse de la structure des *Déclarations des droits* examinées fait ressortir ce caractère concret et pragmatique de la protection des droits fondamentaux. Il s'agit en quelque sorte de *Déclarations des droits* « prêtes à employer ». Ceci est nécessaire, compte tenu de la diversité et de la nature des droits à protéger.

b) Mode de reconnaissance des droits fondamentaux

Une autre caractéristique des droits fondamentaux des Constitutions étudiées repose sur la particularité de leur mode de reconnaissance. Comparée aux autres catalogues des droits fondamentaux, les trois pays d'Afrique australe étudiés ont choisi de définir et de préciser les conditions d'exercice des

26. Voir articles 25 et 26 de la Constitution du Zimbabwe, articles 24, 25 et 26 de la *Constitution namibienne*, articles 36 et suivants de la *Constitution définitive d'Afrique du Sud*.

droits reconnus. Ceci a pour effet de fournir une sorte de grille d'emploi des droits et de limiter leur réduction ou leur extension.

À cet égard, certaines différences peuvent être relevées entre les Constitutions namibienne et sud-africaine et la *Constitution du Zimbabwe*.

Les deux premières Constitutions ont opté pour une technique de reconnaissance de droits fondamentaux exhaustive et affirmative. Ceci se traduit par l'affirmation des droits, doublée des conditions de leur exercice et éventuellement des conditions de leur limitation [27]. Les droits fondamentaux y sont définis par leur contenu et non par simple affirmation ou reconnaissance.

La *Constitution du Zimbabwe* a en revanche opté pour une reconnaissance d'un type un peu particulier dans la mesure où elle définit le contenu des droits fondamentaux de façon négative, c'est-à-dire en joignant à leur reconnaissance une liste d'hypothèses et de restrictions dans lesquelles ces droits ne sont pas considérés comme violés ou méconnus. Ainsi par exemple l'article 13 de la *Constitution du Zimbabwe*, qui protège le droit à la sûreté comprend, dans son paragraphe premier, l'affirmation du principe alors que dans son deuxième paragraphe, il vise une liste de neuf situations dans lesquelles l'arrestation d'une personne n'est pas considérée comme arbitraire. Ce mode de reconnaissance des droits présente un avantage mais également plusieurs types d'inconvénients. L'avantage est représenté par le caractère immédiatement opérationnel d'une telle reconnaissance, ce qui, dans ce pays où le contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux est confié aux tribunaux ordinaires supérieurs [28], n'est pas un facteur négligeable. En revanche, un certain nombre d'inconvénients jalonnent ce mode de reconnaissance. Il laisse tout d'abord peu de place à l'interprétation créatrice du juge [29]. Il est ensuite facteur de cristallisation des droits, ce qui peut poser problème à l'égard de l'évolution des droits fondamentaux dont le caractère dynamique n'est plus à démontrer. Cela étant, la *Constitution du Zimbabwe* est plus ancienne que les Constitutions namibienne et sud-africaine dont les liens de parenté sont évidents. Les conditions d'élaboration des Constitutions ont été différentes et le choix des modes de reconnaissance ne doit pas occulter leur fonds commun.

Le mode de reconnaissance exhaustif des droits et de leurs conditions d'exercice permet également de structurer le contenu des droits fondamentaux entre eux. Ainsi, il est possible de faire la liaison entre les droits civils

27. Autres que les conditions générales.

28. Articles 79 et suivants de la *Constitution du Zimbabwe* : *Supreme Court* et *High Court*.

29. Ce qui peut être considéré comme un avantage mais doit être replacé dans le contexte de la *common law*. Ceci signifie que le texte constitutionnel est rigidifié par son contenu et que les règles juridiques applicables dans les autres branches du droit ne le sont pas. Ceci peut entraîner certains dysfonctionnements dont la Constitution peut souffrir par manque de souplesse.

et individuels et les droits « socioculturels » collectifs. Par exemple, le droit à l'éducation est lié avec la liberté de religion et le libre choix de la langue ou de la culture. Ces interactions entre les droits fondamentaux sont souvent reléguées dans l'organisation des droits dans d'autres systèmes constitutionnels, c'est-à-dire concrètement remis entre les mains du législateur ou du juge. En les intégrant dans les *Déclarations des droits*, le constituant a tracé les lignes directrices de ces interactions.

c) Le couple égalité/liberté

Les Constitutions d'Afrique australe étudiées réservent une place privilégiée à l'égalité [30]. Les considérations historiques expliquent assez largement les raisons de ce choix. L'égalité y a été conçue comme l'un des piliers des droits fondamentaux, qui doit fonder et guider le développement de l'État de droit.

L'égalité est classiquement conçue comme l'absence de discrimination, mais les Constitutions namibienne et sud-africaine octroient une place particulière aux discriminations positives (*affirmative action*) opérées en faveur de ceux qui ont par le passé été particulièrement touchés. Ces discriminations positives doivent être mises en œuvre par les autorités publiques dans l'organisation de leur action. Elles permettent de prendre en considération le critère de la race ou du sexe comme principe d'action politique. Cette conception du principe d'égalité donne lieu à un débat constant sur les limites des discriminations positives et leur bien-fondé. Les *Déclarations des droits* ont cependant cherché à combiner cette conception de l'égalité avec les principes de la liberté. Il n'est évidemment pas question d'appliquer le principe d'égalité comme il l'est dans les pays européens par exemple. Si dans ces derniers, les discriminations dans l'espace peuvent être prises en considération, celles relatives aux discriminations dans le temps ne sont généralement pas acceptées ou font figure d'exception. On observe ici l'un des particularismes de l'Afrique australe liée à sa civilisation et à son histoire [31].

Cette conception de l'égalité ne doit toutefois pas être comprise comme établissant une hiérarchie entre les droits fondamentaux. L'égalité discrimi-

30. Voir la place occupée par l'égalité dans les Constitutions namibienne et sud-africaine, notamment dans les préambules. On remarquera que les trois pays étudiés possèdent une donnée commune : les trois États sont des États multiraciaux où la race blanche a exercé une domination de fait ou de droit. Ceci explique le statut particulier de l'égalité dans ces Constitutions ainsi que dans les textes d'amendement qui ont suivi (voir par ex. sur ce point la *Constitution du Zimbabwe* et la suppression en 1987 des sièges réservés aux blancs).

31. Cette situation peut se retrouver dans d'autres États multiraciaux où ces problèmes se sont posés dans des termes proches, comme aux États-Unis. Voir par ex. C. VROOM, « Principe d'égalité et *affirmative action* aux États-Unis », *Rev. française de droit constitutionnel*, vol. 24, 1995, p. 805.

natoire est ici l'une des données de l'application des droits fondamentaux, mais elle n'est pas destinée à occulter ou supprimer l'existence des autres droits. Il s'agit d'un élément à prendre en considération lorsque, dans un choix à opérer, la préférence peut être octroyée aux individus ou groupes qui ont été défavorisés. En réalité, le contenu et l'efficience des discriminations positives dépendent pour beaucoup de la conception qu'en a l'autorité juridictionnelle. Elle peut en faire un principe d'action marginal ne servant qu'à résoudre les cas litigieux, comme elle peut en faire un principe d'action prioritaire. Dans ce cas, ce principe devient une directive permanente à prendre en considération dans toute action publique. Les exemples namibien et sud-africain démontrent que si la volonté des constituants repose souvent sur la volonté d'en faire une directive d'application permanente, la pratique transforme cette perception de l'égalité en un principe supplétif, compte tenu des difficultés d'action qu'il engendre.

Au terme de cette présentation de la place des droits fondamentaux dans les négociations et textes constitutionnels, il apparaît que les Déclarations des droits ont été conçues dans les différents pays étudiés comme des documents pragmatiques, empruntant aux expériences étrangères ce qu'elles pouvaient leur apporter de positif. Mais elles traduisent également un souci d'adaptation constant aux réalités et contextes propres à chaque État. À l'inverse de ce qui a trop souvent été relevé dans nombre de nouvelles Constitutions, les pays d'Afrique australe étudiés ont su créer à travers leur *Déclaration des droits fondamentaux* un terrain favorable au développement et au respect de l'État de droit. Qu'en est-il concrètement du contrôle exercé par les autorités juridictionnelles sur le respect de ces droits ?

II. – Le contrôle par les autorités juridictionnelles du respect des droits fondamentaux

L'effectivité des droits fondamentaux est souvent remise en cause sur le continent africain par le manque ou l'imperfection du contrôle (juridictionnel ou non !) sur ces droits. Autant que la reconnaissance des droits, l'intégration de mécanismes visant à leur respect est nécessaire. L'encadrement de ce contrôle par la Constitution constitue un élément indispensable à cette efficience, mais il n'est pas suffisant. S'y ajoute en effet la nécessité pour les « autorités constituées » de respecter les règles constitutionnelles. Les pays d'Afrique australe étudiés ont réussi à ce jour le premier pari en misant sur une effectivité du contrôle juridictionnel des droits fondamentaux, auxquels ils ont ajouté un certain nombre d'organes spécifiques indépendants. Surgissent néanmoins un certain nombre de difficultés démontrant la nécessité permanente de rechercher de nouvelles solutions aux problèmes qui se posent.

A. – *Unité du but poursuivi et diversité des modalités de contrôle des droits fondamentaux*

Le pari engagé par les Constitutions des pays étudiés repose principalement sur la garantie des droits assurés par le pouvoir juridictionnel. Ce choix n'était pas exempt de certains risques, mais il est apparu comme celui susceptible de recevoir le plus d'effectivité. L'analyse de ces modalités de contrôle peut s'opérer autour de trois axes : les moyens de contrôle, les méthodes de contrôle et l'effectivité des décisions juridictionnelles.

1. *Les moyens de contrôle*

Les Constitutions étudiées ont emprunté des chemins différents quant aux moyens de contrôle des droits fondamentaux pour viser cependant un même but : le respect de l'État de droit. On remarquera cependant que ce choix a été conditionné par les systèmes juridictionnels des différents États.

La *Constitution du Zimbabwe* règle, dans son article 24, les moyens de protection des droits fondamentaux. Le mode de contrôle de constitutionnalité exercé est concret et *a posteriori*, limité cependant à un certain nombre de juridictions. La division d'appel [32] (Cour Suprême) possède la compétence de principe en matière de contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux [33]. Cette compétence ne limite cependant pas les parties lorsqu'elles invoquent la violation de la *Déclaration des droits* dans leurs arguments. Toute juridiction saisie [34] peut, par voie de question préjudicielle [35], demander à la Cour suprême de statuer sur la constitutionnalité d'une loi qui méconnaîtrait les droits fondamentaux. Ce droit est même ouvert directement à tout accusé détenu en matière pénale [36]. Le choix opéré par la *Constitution du Zimbabwe* repose donc sur un contrôle concret mais majoritairement centralisé autour de la division d'appel de la Cour suprême. Ce système s'explique par la volonté de concilier les nécessités d'un contrôle de constitutionnalité accessible avec un système juridique fondé sur la tradition de *common law*. On remarquera néanmoins que la particularité de ce système repose sur la centralisation (au moins partielle) du contrôle de constitutionnalité entre les mains de la plus haute juridiction. Le système

32. Le système juridictionnel du Zimbabwe est organisé par les articles 79 et suivants de la Constitution. Il se compose d'une Cour suprême compétente pour statuer sur les appels des décisions rendues par la Haute Cour et d'une Haute Cour compétente en matière criminelle et pour toute autre matière qui lui sont conférées pars la loi. Les autres Cours et tribunaux (Cours inférieures) sont organisés par la loi. Les appellation *Division générale* et *Division d'appel* désignent successivement la Haute Cour et la Cour Suprême (article 113 (1) (b) de la Constitution.

33. Article 24 sous-section (4) de la *Constitution du Zimbabwe*.

34. À condition qu'elle relève de l'une des juridictions d'appel (*Cour suprême ou Haute Cour*).

35. Article 24 sous-section (2) de la *Constitution du Zimbabwe*.

36. Article 24 sous-section (7) de la *Constitution du Zimbabwe*.

de contrôle de constitutionnalité adopté n'est donc pas une copie du modèle américain, mais une adaptation de celui-ci aboutissant à la concentration du contentieux constitutionnel entre les mains d'une seule juridiction. La possibilité d'invoquer directement la garantie des droits fondamentaux reste néanmoins possible et apparaît comme l'un des aspects protecteurs les plus importants aux yeux des justiciables.

La *Constitution namibienne* apparaît, au regard de la situation du Zimbabwe, comme une évolution proche de cette dernière tout en s'en rapprochant. L'article 25 de la *Constitution namibienne* prohibe tout d'abord l'adoption de toute loi ou acte réglementaire qui méconnaîtrait la *Déclaration des droits* [37]. Il s'agit donc d'une adresse directe aux organes législatifs et exécutifs, ce qui n'était pas le cas dans l'hypothèse du Zimbabwe. Mais le texte de la Constitution ajoute comme mécanisme de sanction d'une telle méconnaissance que toute Cour compétente [38] doit, au lieu de déclarer directement la loi inconstitutionnelle, saisir en référé l'autorité compétente pour qu'elle corrige les effets inconstitutionnels du texte examiné [39]. Ce premier mécanisme de contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux se double de la possibilité pour la Cour suprême et la Haute Cour d'appliquer et de protéger la *Déclaration des droits* dans tout litige concret. Cette possibilité se traduit par la possibilité d'écarter la loi ou le texte inconstitutionnel et permet même au juge d'allouer des dommages-intérêts lorsqu'il estime cette solution appropriée [40].

Les moyens de contrôle offerts par la *Constitution namibienne* en matière de contrôle des droits fondamentaux se veulent pragmatiques et simples à utiliser. Le contrôle de constitutionnalité mis en œuvre est concret et *a posteriori*, avec cependant un correctif permettant de modifier pour l'avenir les dispositions d'une loi inconstitutionnelle. La solution namibienne a délibérément opté pour la simplicité et l'efficacité. Elle doit être replacée dans son contexte pour être comprise. La Namibie est un État nouveau, faiblement peuplé, connaissant un système judiciaire de *common law* [41] qui permet ce

37. Article 25 (1) de la *Constitution namibienne*.

38. En fait, la Cour suprême et la Haute Cour.

39. Article 25 (1) (a) de la *Constitution namibienne*. Ce référé législatif ou administratif est toutefois encadré dans des conditions de délai, dès lors que ceux-ci sont écoulés sans qu'aucune modification soit intervenue. Il existe donc un butoir à cette navette entre le juge et l'autorité compétente pour modifier la norme.

40. Article 25 (4) de la *Constitution namibienne*.

41. Le système judiciaire namibien est calqué sur celui qui existait en Afrique du Sud avant la Constitution de 1993. Ce sont les articles 78 et suivants de la Constitution qui l'organisent. Le système se compose de trois types de Cours : la Cour suprême, la Haute Cour, les Cours inférieures. La Cour suprême est compétente pour connaître des appels des décisions de la Haute Cour. La Haute Cour est directement compétente en matière civile et criminelle ainsi que pour connaître des appels des Cours inférieures. Les Cours inférieures sont compétentes pour toutes les autres matières déterminées par la loi. Ce système limite le contrôle de constitutionnalité aux deux juridictions suprêmes (Cour suprême et Haute Cour).

type de contrôle de constitutionnalité. En limitant la compétence du contrôle de constitutionnalité aux deux juridictions suprêmes, la *Constitution namibienne* n'a cependant pas opté pour un système de contrôle diffus qui s'avérerait inutile et dangereux. Comme dans la *Constitution du Zimbabwe*, le système namibien a mis l'accent sur l'accessibilité du contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux, tout en recherchant une certaine concentration de ce contrôle.

La situation sud-africaine apparaît en comparaison plus élaborée. Elle est également la dernière à avoir vu le jour, ce qui explique qu'elle ait pu profiter des expériences de ses deux voisins. Le contrôle de constitutionnalité a été conçu en Afrique du Sud comme un élément clef du nouveau système constitutionnel. Il repose par principe sur la Cour constitutionnelle, organe nouvellement créé, qui dispose du monopole de l'interprétation en matière constitutionnelle [42]. Le système mis en place est à la fois abstrait et concret. Il repose tout d'abord sur la possibilité pour la Cour de statuer sur les lois non encore promulguées [43] : ce type de contrôle inconnu dans les deux autres Constitutions étudiées a permis à la Cour de déclarer plusieurs projets de lois non conformes à la Constitution. D'autre part, la Cour constitutionnelle est également chargée de veiller à la répartition des compétences en matière fédérale, ce qui peut avoir certaines incidences sur le régime des droits fondamentaux. Enfin, la Cour constitutionnelle peut être saisie soit directement, soit par le biais d'une question préjudicielle, pour statuer sur la constitutionnalité de tout acte normatif qui contreviendrait aux dispositions du texte constitutionnel et plus spécifiquement sur toute atteinte aux droits fondamentaux [44].

Le contrôle de constitutionnalité n'est cependant pas limité à la Cour constitutionnelle. Les autres Cours supérieures [45] disposent aussi de la possibilité de statuer sur la constitutionnalité des textes impliqués dans les affaires qu'ils ont à connaître. Toutefois, afin de prévenir les difficultés qui pourraient surgir des interprétations divergentes entre les Cours, les décisions d'inconstitutionnalité de ces Cours ne deviennent valides que lorsque la Cour constitutionnelle a confirmé cette décision [46]. Cette procédure permet à la Cour constitutionnelle de conserver le monopole d'interprétation de

42. Article 98 (2) de la Constitution intérimaire et article 167 (3) et s. de la *Constitution définitive sud-africaine*.

43. Article 98 (9) de la Constitution intérimaire et article 80 de la *Constitution définitive sud-africaine*.

44. Article 167 (6) de la *Constitution définitive sud-africaine*.

45. Ce qui vise la Cour suprême et les Hautes (articles 168 et 169 de la *Constitution définitive sud-africaine*). Les Cours inférieures et spécialisées ne disposent pas du pouvoir de statuer en matière constitutionnelle ; elles peuvent cependant s'adresser à la Cour constitutionnelle si une difficulté surgit.

46. Article 172 de la *Constitution définitive sud-africaine*.

la Constitution, tout en la déchargeant de l'instruction et de l'étude de dossiers qu'elle n'aurait pas la possibilité d'examiner.

Le système de contrôle de constitutionnalité sud-africain est donc un système mixte, qui allie contrôle abstrait et contrôle concret. Il apparaît réaliste dans la mesure où il permet une détection des inconstitutionnalités aux différents stades de mise en œuvre des textes et plus particulièrement au regard du respect des droits fondamentaux. Ce choix opéré par les constituants a été dicté par une double idée : d'une part, l'identification des inconstitutionnalités *a priori* est une garantie fondamentale dans la mesure où elle permet d'écarter et de ne pas faire rentrer dans l'ordre juridique des textes qui seraient générateurs de violation des droits fondamentaux ; mais d'autre part, il est apparu impensable aux auteurs de la Constitution de ne pas permettre aux individus de défendre eux-mêmes leurs droits devant les juridictions. Il y aurait eu quelque paradoxe à reconnaître les droits fondamentaux comme signe d'établissement de l'État de droit et de ne pas permettre à leurs bénéficiaires de les invoquer directement. Le contrôle *a posteriori* était une obligation politique plus qu'une nécessité juridique.

La présentation générale de ces trois systèmes fait ressortir des différences dans la mise en œuvre des mécanismes de contrôle de constitutionnalité sur une toile de fond commune. L'idée directrice est représentée par la recherche d'un contrôle de constitutionnalité efficace et simple [47]. Le Zimbabwe et la Namibie ont choisi de greffer leur contrôle de constitutionnalité sur leur organisation judiciaire existante tandis que l'Afrique du Sud y a ajouté une Cour constitutionnelle chargée de veiller à la cohérence du système. Il est vrai que dans ce dernier cas l'ampleur du problème nécessitait une adaptation du mécanisme à la gravité de la situation. Cependant, au delà de ces divergences, ce contrôle intègre la dimension des droits fondamentaux comme facteur de garantie de l'État de droit. Les trois exemples examinés révèlent cette philosophie commune du contrôle de constitutionnalité à travers la protection de ces droits. Ce trait dominant se retrouve dans les méthodes de contrôle.

2. *Les méthodes de contrôle : perméabilité des systèmes de protection et recherche d'un accès au juge facilité*

Les trois Constitutions d'Afrique australe examinées ont appréhendé le problème des méthodes de contrôle de façon assez similaire. Les techniques de contrôle appliquées reposent sur un fonds commun représenté par les caractéristiques d'interprétation de la *common law* [48]. Le développement des motifs de la décision permet ainsi de suivre de près le raisonnement déve-

47. Voir P.-F. GONIDEC, *Constitutionnalismes Africains, op. cit.*, pp. 31 et s.

48. Ceci se traduit par la rédaction de jugements assez longs et explicatifs, avec possibilité d'intégrer des opinions séparées ou dissidentes.

loppé par les juridictions. Cet héritage historique possède un autre effet. Il permet aux juges dans leurs interprétations soit d'appliquer des sources confortatives en complément de leurs sources constitutionnelles, comme les principes généraux du droit international public [49], soit de se référer aux exemples fournis par les juridictions étrangères [50] comme source d'interprétation. Cette technique possède un effet induit important au regard de la perméabilité des systèmes juridiques. Les juridictions d'un État sont naturellement portées à s'intéresser aux solutions rendues dans les États voisins. Ceci a pour effet de faire connaître les décisions d'un État dans un autre État. Compte tenu des liens existants entre les systèmes juridiques des trois États étudiés, leurs solutions respectives en matière de contrôle de constitutionnalité sont réciproquement examinées.

Cette convergence est importante et pourrait constituer un terrain favorable à la constitution future d'un organe régional de contrôle de droits fondamentaux. Il est certes prématuré d'envisager sa création dans l'immédiat, mais cet élément de convergence représente une condition préalable à la mise en place d'une telle institution.

Un autre élément commun mérite d'être relevé. Il repose sur l'approche commune des Constitutions en matière d'accès à la justice constitutionnelle. L'idée fondamentale qui a marqué l'élaboration des Constitutions étudiées repose sur l'accès direct du justiciable au juge constitutionnel. Même si les voies empruntées – notamment par l'Afrique du Sud – n'ont pas été strictement identiques, elles traduisent ce même souci de mettre le contrôle des droits fondamentaux à la portée du justiciable et de ne pas en faire un système réservé à un corps restreint. Ceci peut paraître secondaire et pourtant, il s'agit là d'un élément déterminant pour la crédibilité de la justice constitutionnelle. Au delà de l'efficacité des droits fondamentaux eux-mêmes, il est nécessaire qu'existe une confiance dans le système juridique et judiciaire. En reconnaissant au juge ordinaire la capacité de statuer sur le contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux, les constituants ont cherché à préserver ce rapprochement entre juge et protection de ces droits. La même remarque prévaut en ce qui concerne l'Afrique du Sud pour l'accès direct auprès de la Cour constitutionnelle. Ce choix est souvent critiqué en raison de son caractère peu efficient [51]. Psychologiquement cependant, il rapproche le juge constitutionnel des titulaires des droits fondamentaux. Ceci se retrouve également dans les mécanismes attachés à l'effectivité des décisions.

49. Voir par ex. l'article 144 de la *Constitution namibienne* ou encore l'article 39 de la *Constitution définitive sud-africaine*.

50. Voir, à cet égard, l'article 39 (1) (c) de la *Constitution définitive sud-africaine*.

51. Compte tenu de l'instauration fréquente d'un système de filtrage.

3. *L'effectivité des décisions statuant sur la constitutionnalité des droits fondamentaux*

L'effectivité des décisions des organes chargés du contrôle et de la protection des droits fondamentaux représente souvent en Afrique un problème majeur. Nombre de Constitutions sont restées et restent encore lettre morte en raison de l'impossibilité de conférer à leur contenu un contrôle efficace et accepté. Les Constitutions restent un contrat politique, mais possèdent la plus grande difficulté à être transformées en document juridique. Les pays d'Afrique australe étudiés ont à cet égard pris en considération cette dimension et accepté la Constitution et plus particulièrement les *Déclarations des droits* comme des textes juridiques susceptibles de leur être opposés. La soumission envers le pouvoir judiciaire n'est pas la seule raison [52]. Les systèmes de contrôle de constitutionnalité ont eux-mêmes pris en considération ces difficultés en recherchant une forme consensuelle d'acceptation des inconstitutionnalités. Cette idée est représentée dans les trois Constitutions étudiées par la possibilité pour une juridiction de ne pas prononcer une décision d'inconstitutionnalité, mais de demander à l'organe de décision chargé de mettre en œuvre ces droits de corriger les dispositions inconstitutionnelles d'un texte. La solution repose alors non sur une annulation, mais sur la mise en conformité du texte aux exigences de la Constitution [53]. Cette solution transforme quelque peu la juridiction constitutionnelle en organe de conciliation dont les « avis » seraient conformes. Cependant, ce type de contrôle peut être mieux accepté et plus efficient qu'une simple déclaration d'annulation.

Ce tableau peut apparaître idyllique et un peu trop optimiste par rapport à la situation quasi catastrophique d'autres États africains. Sans vouloir minimiser les efforts entrepris par les pays du sud de l'Afrique australe, il est indispensable de faire état des limites que rencontre l'acceptation du nouvel État de droit. Il existe en effet un certain nombre de barrières non juridiques qui limitent les effets de l'ouverture de la protection des droits fondamentaux.

En premier lieu, il existe une barrière linguistique importante entre la masse des justiciables et les langages officiels employés par les systèmes judiciaires. Quand bien même la Constitution reconnaît plusieurs langages, il est souvent difficile, voire impossible de les pratiquer tous. De nombreux

52. Voir l'article 81 de la *Constitution namibienne*, l'article 165 (5) de la *Constitution définitive sud-africaine*.

53. Voir l'article 24 (4) de la *Constitution du Zimbabwe* ; l'article 25 (1) (a) de la *Constitution namibienne* ; l'article 172 (1) (b) (ii) de la *Constitution définitive sud-africaine*.

justiciables n'osent pas ou se sentent incompris et n'utilisent guère les possibilités qui leur sont offertes de défendre leurs droits fondamentaux [54].

En second lieu, une autre difficulté de mise en œuvre du système repose l'obstacle financier. Celui-ci peut bien sûr être levé par la mise en place de mécanismes d'aide judiciaire, voire par un coût très faible des saisines. Il n'empêche que les difficultés d'accès à ces aides – notamment les procédures d'octroi de ces aides –, voire le coût que représente la provision réclamée par le Conseil juridique découragent souvent les justiciables [55] et nuisent à l'efficacité et à la crédibilité du système.

En troisième lieu, un autre type d'obstacle est représenté par l'accès aux juridictions, qui constitue une barrière psychologique. L'obstacle n'est plus ici simplement linguistique, il est aussi socioculturel. Les différends juridiques – même lorsqu'ils mettent en cause les droits fondamentaux – ne sont pas nécessairement résolus par des moyens juridiques. Certaines communautés peuvent rejeter l'idée d'une solution juridictionnelle ou la trouver dans leur système juridique propre. Tel est le cas lorsque le droit coutumier est reconnu et intégré dans l'ordre juridique. Bien que ce droit doive se conformer au respect des doits fondamentaux, il est peu probable qu'un contrôle de ceux-ci soit exercé au travers des mécanismes juridictionnels mis en place. Les solutions seront psychologiquement mieux acceptées si elles émanent des organes coutumiers chargés d'appliquer ces règles. Ce n'est pas le seul exemple ! Ainsi et sans se référer au droit coutumier, il existe dans la population rurale une absence de crédibilité du système juridique, lié au mode de vie et au faible rapport que ces populations entretiennent avec le droit.

Enfin, un dernier élément propre à l'Afrique du Sud et à la Namibie repose également sur la faible confiance d'une large partie de la population envers les juges. Une partie non négligeable du personnel judiciaire en Namibie et en Afrique du Sud émane des juridictions du régime d'*apartheid*. Il existe donc une certaine méfiance envers ce personnel judiciaire qui symbolise encore le régime d'*apartheid*. Bien que la situation évolue progressivement, cette raison et la difficulté de former immédiatement un nouveau personnel judiciaire expliquent, par exemple, que l'une des raisons de création de la Cour constitutionnelle en Afrique du Sud ait été partiellement repré-

54. Cette situation a abouti à la création de ce qui a été baptisé de systèmes parajuridiques. ces systèmes en dehors de toute règle établie essaient d'apporter dans chaque cas et en équité des solutions aux conflits qui se posent. Leur originalité repose sur leur absence de référence à un système de valeurs juridiques. Voir sur ce point E. KLINCK, *Paralegals in South Africa : a Wasted Resource ?*, conf. SULTSA, janvier 1996.

55. L'une des solutions développée par l'Afrique du Sud a consisté à développer les *Centres de ressources juridiques* ainsi que les *Cliniques du droit*, organismes d'aide et d'assistance aux indigents et aux personnes à faibles ressources. Ces centres sont généralement dirigés par des personnes de renom.

sentée par l'idée de création d'une juridiction symbolisant le nouvel ordre juridique.

Ce type de difficultés ne doit pas être négligé pour comprendre l'imperfection d'un système juridique. Il ne remet pas en cause le principe du contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux et ne doit pas conduire à minimiser l'effort entrepris, ni son succès. Simplement, il démontre que même adapté et accepté, l'effectivité du contrôle se heurte à de nouvelles difficultés qu'il faut prendre en considération pour prendre la pleine mesure du système.

Cette situation conduit inévitablement les acteurs de la protection des droits fondamentaux à rechercher un équilibre dans les modalités de leur contrôle.

B. – *La recherche d'un équilibre dans les modalités du contrôle des droits fondamentaux*

Les États d'Afrique australe étudiés ont et continuent de rechercher les moyens d'ancrer le contrôle juridictionnel des droits fondamentaux dans une seconde phase qui serait celle de la stabilisation. Ce contrôle y a été institutionnalisé et accepté. Ceci représente une avancée considérable, mais n'est toutefois pas suffisant. Au delà de la protection des droits fondamentaux eux-mêmes, la protection du régime qui reconnaît ces droits est recherchée. Par quels moyens cet équilibre peut-il être protégé ? Trois aspects peuvent être envisagés : le rôle de l'interprétation opérée par le juge constitutionnel, l'apport des institutions indépendantes, la culture des droits fondamentaux.

1. *Le rôle de l'interprétation opérée par le juge constitutionnel*

Le pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel et sa fonction d'orientation du régime en faveur de la protection des droits fondamentaux ne sont plus à démontrer. Ils revêtent cependant, dans le cadre de pays nouvellement ouverts à la protection des droits fondamentaux, une connotation particulière. Dans le cas des trois pays étudiés, le contrôle de constitutionnalité revêt un caractère relativement concentré, ce qui favorise une interprétation uniforme de la Constitution, mais également du système constitutionnel. Le rôle particulier de la Cour constitutionnelle sud-africaine mérite ici d'être mentionné. La Cour de Johannesburg a en effet été chargée de certifier la conformité de la Constitution définitive aux principes constitutionnels originaires ayant fondé le processus des négociations constitutionnelles. Dans sa décision du 6 septembre 1996 [56], la Cour a rendu un arrêt qui représente une véritable doctrine constitutionnelle en matière d'évolution et de développe-

56. CCT 23/96.

ment du régime sud-africain. Cet exemple démontre que le pouvoir d'interprétation remis entre les mains des juges constitutionnels ne se limite pas aux cas d'espèces qui lui sont soumis, mais lui permettent de dégager également une doctrine d'ensemble du système constitutionnel. Cette doctrine est nécessaire pour développer un équilibre au sein de la protection des droits fondamentaux mais également du système lui-même.

L'interprétation ne se limite pas à une simple lecture ou à l'octroi d'une signification. Elle est nécessaire pour développer la cohérence de l'ensemble constitutionnel. Cette fonction doit évidemment être analysée dans le temps. L'une des difficultés de l'interprétation réside dans cette inscription nécessaire dans la durée. Il est impératif que les juges constitutionnels prennent en considération cette perspective dynamique de l'interprétation. Ceci peut expliquer également que certaines décisions paraissent trop timides ou en retrait par rapport à ce que le texte constitutionnel autorisait. Elles doivent se lire de façon immédiate, mais aussi médiate. À cet égard on relèvera que les quinze premières années d'existence sont souvent déterminantes pour forger une lecture de la Constitution qui donne une certaine cohérence à l'ensemble. Cette interprétation représente souvent une seconde écriture de la Constitution.

2. *L'apport des institutions indépendantes*

Le développement des droits fondamentaux dans les pays étudiés a également conduit les constituants à ne pas négliger les autres voies de contrôle non juridictionnelles de protection des droits fondamentaux et d'équilibre du système. Une place particulière a été faite aux autorités indépendantes, notamment dans les Constitutions namibienne et sud-africaine [57]. Outre le traditionnel *ombudsman* [58], les commissions indépendantes mises en place concernent l'égalité, les opérations électorales, le service public, la restitution des terres, pour ne donner que quelques exemples [59]. Toutes ne concernent pas la protection des droits fondamentaux, mais visent à rendre concrets et effectifs les droits intégrés dans la Constitution. Une mention spéciale doit être faite à la Commission « Vérité et réconciliation » en Afrique du Sud chargée d'établir les faits relatifs aux violations des droits fondamentaux durant le régime d'*apartheid*. Cette commission, dont le rôle se limite à établir un rapport sur ce qui s'est produit, jouera en pratique un grand rôle puisque l'amnistie ne pourra être octroyée aux personnes qui en font la demande que si elles ont accepté de déposer devant cette Commission.

57. Voir également dans la *Constitution du Zimbabwe* les articles 73 et ss.

58. Articles 107 et s. de la *Constitution du Zimbabwe*, article 182 de la *Constitution sud-africaine*, article 89 et s. de la *Constitution namibienne*.

59. Voir par ex. le Chapitre 9 de la *Constitution définitive sud-africaine* intitulé *Institutions de l'État chargées de promouvoir la démocratie constitutionnelle*.

Une autre caractéristique de ces autorités indépendantes est de n'être soumises ni au Gouvernement, ni au Parlement [60]. Leur statut leur confère une position à part dans l'organisation des pouvoirs et elles peuvent mener leur tâche comme elles l'entendent dans la mesure où leur existence est constitutionnelle. Ceci est particulièrement important pour les autorités dont la tâche se situe à mi-chemin entre la défense du droit et les choix politiques. Elles peuvent ainsi doubler la garantie d'indépendance des choix opérés puisque ces choix peuvent faire eux-mêmes l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Ces autorités indépendantes ne représentent pas en elles-mêmes une innovation en matière de recherche de nouvelles formes de protection de l'État de droit. En revanche, l'institutionnalisation de ces autorités dans les États d'Afrique australe, dans des secteurs traditionnellement sensibles et considérés comme des vecteurs de violation des droits fondamentaux, mérite d'être soulignée. Même s'il ne s'agit que d'une avancée modeste, elle contribue à la recherche de cet équilibre dans les modalités de contrôle de l'État de droit.

3. *La culture des droits fondamentaux*

L'aspect le plus important de la recherche de cet équilibre reste cependant centré sur un aspect psychologique du contrôle. Il réside dans ce qui peut être qualifié de « culture des droits fondamentaux ». Plus qu'un ensemble de décisions ou l'interprétation des dispositions de la Constitution, l'acceptation des nouvelles règles de contrôle constitue un facteur déterminant pour le succès de l'acceptation de l'État de droit. Cela signifie que toutes les parties et tous les partenaires (organes publics, organes privés, individus) doivent accepter l'idée d'un contrôle et d'une éventuelle sanction de leurs actes et de leurs comportements. Ceci suppose de la part des organes de contrôle (juridictionnels ou non) une certaine psychologie ainsi qu'une certaine pédagogie dans les décisions qu'ils rendent. Cela se traduit notamment par des explications assez longues que le système anglo-saxon favorise.

S'y ajoute la familiarisation nécessaire avec les procédures nouvelles de contrôle. Ceci peut paraître anodin, mais constitue souvent un obstacle important pour lequel un certain laps de temps est nécessaire. Il existe un besoin de formation des juristes, mais aussi de la population quant aux modalités et contenus des nouvelles règles applicables. Il est ainsi nécessaire d'intégrer les droits fondamentaux ainsi que leurs limites dans les valeurs de la société de façon concrète et effective. Pour les familiers des questions juridiques, ceci peut prendre un certain temps, compte tenu de la modification du raisonnement qu'implique cette prise en considération, notamment dans des pays habitués à appliquer le raisonnement de la *common law*. La

60. Si ce n'est pour rapporter leurs travaux ou faire des recommandations.

difficulté est évidement encore plus grande pour les non-spécialistes, pour qui l'idée même de droits fondamentaux est souvent très confuse [61]. Le facteur temps ainsi que la répétition des nouvelles données représentent ainsi une condition indispensable de l'équilibre du système. La politique de communication des organes de contrôle, leur ouverture, leur accessibilité, l'accès direct aux sources représentent ainsi des conditions importantes du succès du nouveau système mis en place.

À ce titre, les différents exemples étudiés démontrent cette volonté commune de développement, même si le niveau atteint dans chaque pays n'est pas le même. Il existe cette volonté commune d'ancrer les droits fondamentaux dans la substance même du régime politique. L'indépendance des institutions de contrôle est bien sûr l'une de ces conditions. Mais indépendance ne signifie pas absence de communication ! Il est nécesaire que les organes de contrôle diffusent le contenu des décisions qu'ils rendent L'exemple sud-africain l'a démontré avec le poids pris par les institutions de contrôle et leur acceptation.

*
* *

La conclusion à laquelle conduit cette étude comparée fait contraste avec la perception souvent négative que produit l'application des droits fondamentaux sur le continent africain. Il est bien sûr trop tôt pour pouvoir tracer les lignes d'une extension de ce renouveau dans ces trois pays d'Afrique australe, mais un certain nombre d'idées peuvent être lancées.

En premier lieu, l'analyse comparée de la protection des droits fondamentaux entre les différents pays fait ressortir l'émergence d'un fonds commun de protection des droits fondamentaux. Certes, des différences existent, mais le sujet et la façon de l'appréhender sont les mêmes. Le rôle joué par les règles générales du droit international public ne sont pas à négliger dans cet effort de synthèse. Ceci apparaît important pour l'avenir dans la mesure où chacun connaît l'approche de l'autre sur le même sujet.

En second lieu, le renforcement des liens entre ces États voisins représente une évolution incontournable. L'histoire de ces pays, leurs ressources, leurs liens économiques les poussent à se tourner les uns vers les autres. Dès lors que la protection des droits fondamentaux devient l'une des conditions de l'État de droit ainsi que l'une des caractéristiques du régime, il devient difficile d'ignorer ce facteur dans le développement des relations entre les États. Les conditions politiques d'un développement économique supposeront une acceptation au moins tacite des caractéristiques générales des

61. On doit à cet égard souligner l'initiative originale en Afrique du Sud qui consiste à enseigner les droits fondamentaux dans les écoles à travers des manuels illustrés. Ces enseignements, qui s'intitulent *Street Law* (droit de la rue), rencontrent un certain succès auprès des jeunes.

régimes constitutionnels des partenaires. Ce facteur a mis l'Afrique du Sud au ban des Nations pendant des années. Il lui permet aujourd'hui d'être intégré comme partenaire. La suite logique de ce développement repose sur la recherche d'une intensification des relations politiques et juridiques.

L'idée qui s'inscrit dans le prolongement de ces développements consiste à s'interroger sur l'opportunité de la création d'une Cour régionale de protection des droits fondamentaux ? Une telle idée est-elle réaliste ? La réponse immédiate milite plutôt pour la négative, compte tenu de son caractère prématuré. Cette analyse n'est pas sans fondement, mais doit être corrigée par l'idée selon laquelle la création d'une telle Cour ne serait pas nécessairement contradictoire avec les ordres constitutionnels des trois États examinés.

La réponse à deux questions conditionne une telle éventualité : une telle Cour ne rendrait-elle pas les contrôles existants sans objet ? Qu'apporterait de plus la création d'une telle juridiction régionale ? Il est bien difficile à l'heure actuelle de s'avancer sur ce terrain, mais la protection régionale des droits fondamentaux par un organe extérieur à l'État n'apparaît pas contradictoire avec cette idée. Au contraire, il existe un courant assez favorable à une telle idée, étant entendu que se poseront immédiatement les questions des membres et des conditions d'accès à cette Cour. Le modèle de la Cour européenne de droits de l'homme est, bien sûr, présent dans les esprits [62]. L'idée qui fait surgir cette éventualité repose précisément sur ce fonds commun de valeurs entre les différents pays qui permettraient d'envisager favorablement une telle création. Si le projet actuel d'une Cour africaine des droits de l'homme [63] en est encore à ses balbutiements, celui d'une Cour régionale limitée à l'Afrique australe paraît moins irréaliste et plus facilement réalisable pour des pays qui ont connu un système comparable avec le Conseil privé britannique.

Quels sont alors les conditions objectives de réalisation d'un tel projet ? Elles reposent sur l'achèvement préalable de l'État de droit interne et sur la liaison de la protection des droits fondamentaux avec les autres types de relations qui sont entretenues entre États. L'ancrage du contrôle des droits fondamentaux est un préalable incontournable. Il demande un certain

62. L'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Convention démontrent qu'il n'est pas nécessaire que l'État de droit soit totalement achevé pour que de tels institutions voient le jour. En 1950, l'État de droit n'était pas le même qu'aujourd'hui, et si la Convention européenne est restée en état de semi-léthargie pendant un certain nombre d'années, cela ne l'a pas empêchée de connaître des développements spectaculaires vingt ans après sa création. Voir sur ce point : C. HEYNS, « African Human Rights Law and the European Convention », *South African Journal of Human Rights*, 1995, p. 252.

63. Voir à cet égard le compte rendu de la réunion des experts gouvernementaux sur la question de la création d'une *Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, qui s'est tenue au Cap du 6 au 12 septembre 1995, *Revue africaine de droit international et comparé*, vol. 1, 1996, p. 501.

temps, mais est en voie de réalisation dans les États étudiés. La connexion des droits fondamentaux avec les autres secteurs de développement des relations interétatiques semble être un point de passage naturel. Les relations économiques et politiques existent, elles constituent un socle de discussion pour élargir les termes du débat. Ainsi, la SADC, organisation économique qui lie les États d'Afrique australe [64], pourrait représenter ce point de départ d'une extension des relations entre États de la zone dans le domaine juridique de la protection des droits fondamentaux. Ce type d'extension relève aujourd'hui encore du rêve, mais n'est pas aussi irréaliste qu'il y a une dizaine d'années.

La protection des droits fondamentaux et le renforcement de l'État de droit en Afrique apparaissent souvent comme un pari difficile. Les exemples étudiés démontrent que s'il existe des craintes, il existe aussi des espoirs. Tout autant que la violation des droits fondamentaux peut apparaître comme une réalité quotidienne sur le continent africain, la protection de ces mêmes droits possède un effet contagieux. La liaison du développement économique de l'Afrique australe à celui des droits fondamentaux et à son effet irradiant vers d'autres États africains est un pari à ne pas négliger.

64. Communauté de développement de l'Afrique Australe, 32 ILM 122 (1993).

Contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux dans les États de droit : convergence des solutions en Occident et idées pour l'Afrique

PAR

PIERRE FOUCHER

PROFESSEUR À L'ÉCOLE DE DROIT, UNIVERSITÉ DE MONCTON (CANADA)

L'idée selon laquelle les êtres humains sont mieux gouvernés par le droit que par l'arbitraire du Prince est aussi ancienne que l'antique Grèce. L'idée de l'État, en revanche, est relativement récente ; celle de l'État de droit encore plus. Aux XVIII[e] et XIX[e] siècles, alors que l'État exerçait des missions de police et de maintien de l'ordre, la fonction du droit à l'égard de l'État consistait surtout à vérifier la conformité des décisions de l'administration à certains principes juridiques de nature procédurale considérés comme essentiels au processus de prise de décision et au respect de la liberté. Par ailleurs, les droits fondamentaux étaient traités soit comme des abstractions philosophiques, des idéaux, soit comme des droits naissant du fonctionnement adéquat des institutions politiques [1]. La séparation des pouvoirs, le contrôle de la légalité administrative, les règles et modalités du suffrage et du scrutin retenaient plus l'attention que la garantie judiciaire des droits fondamentaux. La primauté du droit avait un sens restreint : il s'agissait essentiellement du respect de garanties procédurales minimales.

La seconde moitié du XX[e] siècle a vu ce paradigme changer radicalement en Occident. Sous l'impulsion de la communauté internationale ainsi que sous la pression de facteurs liés à la croissance de l'État, on a senti le besoin de compléter l'édifice institutionnel par des chartes de droits et libertés ainsi que, phénomène encore plus remarquable, par un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité en vue du respect et de la garantie de ces droits. La Déclaration de Delhi [2] a mis l'accent sur le sens substantif de la primauté du droit : l'État de droit est un État qui s'assure que la façon dont il traite

1. A.V. DICEY, *The Law of the Constitution*, 10[e] éd., Londres.

2. Commission internationale des juristes, Rapport sur les travaux du Congrès international des Juristes, *Le Principe de la légalité*, New Delhi, 1959, p. 11 ; voir aussi du même organisme, Rapport sur les Travaux du Congrès des Juristes du Sud-Est Asiatique et du Pacifique, *La Primauté du Droit*, Bangkok, Thaïlande, 1965, p. 193.

ses citoyens est équitable, qui consent à être lié par le droit et se sert du droit comme mécanisme de régulation des rapports sociaux ; ce faisant, l'État de droit s'engage à respecter des normes fondamentales qui protègent les valeurs et principes considérés comme étant les plus essentiels et en confie l'appréciation à un organe détaché des contingences politiques immédiates : une cour suprême ou une cour constitutionnelle spécialisée, selon les modèles [3].

L'État de droit est donc un État dans lequel l'ensemble des rapports sociaux et politiques sont soumis au droit. Mais lequel ?

Lourde est la tâche confiée au droit, en effet ! On lui demande d'arbitrer entre des intérêts divergents, de contraindre le pouvoir, de faire des choix moraux et de préserver les libertés. Mauro Cappelletti a bien montré par ses travaux comment la croissance du législateur, source de plus en plus importante de droit, celle de l'exécutif, puissance politique redoutable depuis l'aube des temps, et celle de l'administrateur, bureaucrate préoccupé par la technique et l'efficience, tous lieux de production de normes ayant des conséquences sérieuses pour la liberté des gens, entraînait nécessairement une réaction des sociétés saines : le pouvoir judiciaire s'élevait à son tour pour contrer, au moyen de règles juridiques de plus en plus lourdes et contraignantes, l'inflation législative et l'envahissement bureaucratique [4].

Or l'un des outils les plus aptes à jouer ce rôle s'est révélé être la Constitution elle-même. Sans toujours en être conscients, les constituants ont, en créant le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, fourni aux juges constitutionnels les moyens qui leur manquaient jusque là pour faire face avec un maximum d'efficacité à la présence croissante de l'État dans la vie des gens.

Les droits fondamentaux sont particulièrement utiles à l'État de droit. Ce sont des droits, d'abord. Certes, ils expriment des valeurs et des principes bien plus que des normes précises – d'où d'ailleurs la créativité judiciaire qui s'ensuit, comme nous le verrons. Mais ce sont des droits. Traditionnellement, c'est le pouvoir judiciaire qui est chargé de veiller au respect et à l'application de droits. Il apparaît donc normal qu'une juridiction de type judiciaire se voie investie du mandat de les faire respecter et de mesures les interventions législatives ou administratives à leur aulne [5].

Ensuite, ces droits sont fondamentaux. Bien sûr, le débat fait rage partout pour identifier, ne fût-ce qu'approximativement, les droits qui sont vraiment fondamentaux et les distinguer des autres. Pour les fins de la dis-

3. D. MOCKLE, « L'État de droit et la théorie de la *Rule of Law* », (1995) 35 *Cahiers de Droit* (Université Laval) pp. 823-905 ; L. TREMBLAY, « La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit », 1994, 39 *Revue de droit de McGill*, pp. 101-144.

4. M. CAPPELLETTI, *Le Pouvoir des Juges*, Paris, Economica, 1990, pp. 46-57.

5. K. VASAK, *Les dimensions internationales des droits de l'Homme*, Paris, Unesco, 1980, pp. 3-11.

cussion, disons que les choix opérés par le constituant lui-même, ainsi que par la communauté internationale lorsqu'elle s'exprime au moyen de conventions, nous indiquent avec une assez grande précision la liste des droits qui sont généralement considérés comme fondamentaux. Certains de ces droits sont reconnus comme essentiels au fonctionnement même de la démocratie : la liberté d'expression politique, la liberté d'association, le droit de vote et l'égalité formelle. D'autres constituent des remparts contre les abus de pouvoir potentiels : il s'agit des garanties juridiques en matière pénale, des droits visant le fonctionnement de l'administration et des droits de la personnalité.

L'État de droit est donc l'État qui accepte d'agir au moyen du droit et d'être régi par le droit ; un droit qui possède une certaine qualité, un droit qui prémunit contre l'arbitraire et les abus de pouvoir. Pour que cette idée ait un sens, une réalité, une portée concrète au bénéfice des citoyens, l'État de droit accepte donc qu'en son sein, une instance de type judiciaire (qu'elle soit ou non reliée à l'appareil judiciaire traditionnel, il s'agit d'une institution qui a des traits beaucoup plus judiciaires que politiques, condition d'ailleurs essentielle au succès de sa mission) soit chargée de vérifier si les divers pouvoirs étatiques respectent les droits fondamentaux que s'est donné cette société.

Le débat autour de la légitimité de ce contrôle judiciaire semble maintenant relativement réglé, tant en Europe qu'en Amérique : maintes justifications ont été avancées pour la confirmer et rassurer les gens inquiets de l'émergence du gouvernement des juges [6]. Les Cours constitutionnelles européennes et les Cours suprêmes américaines ont montré qu'elles ne représentent pas un risque dangereux pour la démocratie.

Les travaux des deux dernières décennies en la matière ont surtout consisté à bien identifier et classifier les divers modèles de justice constitutionnelle, en évaluer la pertinence et l'adaptation à chaque société et montrer les différences qui existent entre elles [7].

À partir de l'observation de l'émergence du contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux dans quelques juridictions, de son fonctionnement et de son évolution, nous nous proposons ici de dégager, si possible, certains traits qui nous apparaissent communs à des expériences diverses et qui confirment la profonde intuition de Cappelletti, selon qui le contrôle judiciaire des droits fondamentaux représente le plus remarquable effort de rapprochement des systèmes juridiques dans l'histoire moderne de

6. J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 ; L. FAVOREU, « La légitimité du Juge constitutionnel », 1994, 2, *Revue Internationale de droit comparé*, pp. 557-583.

7. L. FAVOREU, « Rapport introductif », dans *Les Cours constitutionnelles européennes et les droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1981, p. 28.

l'État. Nous réfléchirons aussi aux causes de l'échec relatif de ce contrôle, voire de l'idée même de constitution, dans plusieurs États d'Afrique noire.

I. – Émergence du contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux : convergence des conditions dans le modèle européen et le modèle de *common law*

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité au nom des droits fondamentaux n'est jamais né de génération spontanée. Il a toujours fallu que, d'une part, la constitution proclame et garantisse certains droits et, d'autre part, qu'elle investisse – explicitement ou de manière implicite –, un organe quelconque de la compétence pour connaître des litiges les impliquant. Dans les régimes européens, un acte délibéré du constituant fut nécessaire. Dans les régimes de *common law*, seule la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux a suffi, puisque ces États connaissaient le contrôle judiciaire de la légalité. Les fédérations, tout comme les anciennes colonies britanniques, étaient aussi habituées au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Le contrôle de la constitutionnalité au nom des droits fondamentaux ne représentait pas une innovation au plan de la technique juridique, bien qu'il représentât une profonde transformation de la façon d'exercer le pouvoir.

Implicite ou explicite, le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux n'a été introduit qu'à la faveur de réformes qui ne visaient pas uniquement cette démarche.

A. – *Quant au moment de son instauration*

Cet acte de volonté étatique se produit, semble-t-il, au moment de profondes réformes institutionnelles. Ou bien il s'agit de l'octroi de l'indépendance par une métropole à une ex-colonie, à la faveur de laquelle on dote le nouvel État d'une constitution contenant un catalogue de droits fondamentaux dont l'application est confiée à une instance juridictionnelle ; ou bien c'est l'État lui-même qui, à la faveur d'autres réformes constitutionnelles majeures, institue ce genre de contrôle. En Europe, les observateurs n'ont pas manqué de montrer comment l'impact de la Seconde Guerre mondiale a rendu présent à l'esprit des constituants cette préoccupation à l'égard du contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, particulièrement dans les États qui avaient connu les excès du fascisme [8]. On peut en dire autant des nouvelles constitutions des États d'Europe de

8. J. Rivero, « Rapport synthèse », dans *Les Cours constitutionnelles européennes, ibid.*, p. 518.

l'Est, issus de la chute du communisme [9]. Au Canada et en Belgique, ce sont des problèmes constitutionnels internes qui ont conduit le constituant à sentir la nécessité d'instaurer un tel contrôle, problèmes qui n'y étaient d'ailleurs pas directement reliés. En Afrique, les constitutions issus des mouvements de démocratisation du début des années 1990 ont prévu ce contrôle, à des degrés divers. Dans la nouvelle Afrique du Sud démocratique, le contrôle judiciaire des droits fondamentaux et l'adoption d'un *Bill of Rights* représente l'un des enjeux majeurs de la réforme.

Le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux apparaît donc tardivement dans l'histoire de l'État, non comme une condition de l'émergence de l'État de droit, mais comme une condition de son parachèvement. Elle n'est rendue possible que par la nécessité d'ancrer dans l'ordre juridique des valeurs fondamentales qui doivent être partagées par l'ensemble de la population (fédéralisme) et le désir de protéger les citoyens contre les excès de pouvoir (anciennes colonies). Même si les finalités peuvent varier selon la structure de l'État, notre deuxième partie cherchera à montrer que la pratique du constitutionnalisme conduit aux mêmes équilibres institutionnels.

Le désir de mieux se gouverner, de mieux protéger les droits et libertés et de mieux assurer l'équilibre des pouvoirs n'est donc pas l'unique motivation de l'instauration du contrôle de constitutionnalité ; c'est pourtant l'effet qu'il produit.

B. – *Quant aux droits faisant l'objet de ce contrôle*

Le constituant doit donc choisir lesquels des droits et libertés de la personne il désire placer dans le texte constitutionnel et soumettre à l'appréciation judiciaire. Chacun des droits garantis et reconnus par le constituant a un impact sur le fonctionnement de la démocratie et l'exercice du pouvoir par les agents de l'État. La liberté d'expression, la liberté d'association, l'égalité formelle, les garanties juridiques en matière pénale sont autant de remparts contre l'arbitraire possible des gouvernants, fussent-ils législateurs, politiques ou bureaucrates. Le choix des droits garantis respecte constamment ce noyau de droits que l'on estime aujourd'hui essentiels à la saine gestion du pouvoir. On y retrouve aussi des aménagements propres aux exigences de l'État lui-même, comme la liberté de l'enseignement en Belgique, le droit de propriété à Maurice ou les droits linguistiques au Canada.

9. M. Brzeninski, « The emergence of judicial review in Eastern Europe : the Case of Poland », 1993, 4, *American Journal of Comparative Law*, p. 153 ; colloque : « Constitutionalism in the Post Cold War Era », 1994, 18, *Yale Journal of International Law*, pp. 187-255 ; A. Sajo, « Reading the Invisible Constitution : Judicial Review in Hungary », 1995, 15, *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 253-279.

Un autre choix concerne les droits économiques et sociaux. Là-dessus, on constate une propension plus grande à les inclure dans les textes constitutionnels en Europe et dans les nouveaux États, tandis que, dans les pays de tradition de *common law*, l'exercice de ces droits est plutôt laissé à la discrétion du législateur et du gouvernement. C'est que la seconde génération de droits fondamentaux, comme on le sait, nécessite par définition même une intervention étatique. Même si les pays de *common law* ne pratiquent pas une séparation rigide des pouvoirs comme l'Europe ou l'Afrique, ce principe impose aux cours suprêmes une certaine réserve quant à la « socialisation » des droits civils et politiques ou à l'application de véritables droits économiques et sociaux.

C. – *Quant à l'organe et aux procédures de contrôle*

Le choix de l'organe de contrôle, de sa compétence, de sa saisine, de sa procédure et des recours qui sont à sa disposition obéissent à des considérations plus contingentes, liées à l'histoire, à la réalité politique et à l'expérience judiciaire de chaque État. Lors du colloque sur la justice constitutionnelle en Europe, on a dissipé le mythe de l'universalité du soi-disant modèle américain : on a montré comment ce modèle ne pouvait pas être transposé dans le contexte juridictionnel et politique européen et comment, dans ces circonstances, l'option en faveur d'un contrôle concentré de constitutionnalité par un organe situé en dehors de chacun des trois pouvoirs de l'État, souvent *a priori* et abstrait, devait recueillir l'adhésion [10]. Le modèle de *common law*, lui, privilégiait un contrôle diffus, de saisine généralisée, concret et à l'intérieur du pouvoir judiciaire. La pratique révèle de toutes façons que les modèles ont évolué pour intégrer divers éléments de la taxonomie classique. Ainsi, il existe un contrôle abstrait au Canada, mais il est exercé par une Cour suprême et non un Conseil constitutionnel. La Cour peut en effet statuer sur la conformité de la norme elle-même avec la garantie constitutionnelle, tout comme elle peut statuer sur l'applicabilité de la norme aux faits de l'espèce. Le Canada connaît aussi le contrôle *a priori*, et cela ne gêne pas du tout la Cour suprême de s'y livrer. À Maurice, la Cour suprême exerce une juridiction de première instance sur le contentieux des droits fondamentaux. En Belgique, la question préjudicielle rend le contrôle bien plus concret qu'on pourrait le croire, car bien qu'il s'agisse d'un examen de la compatibilité d'une norme avec la Constitution et que la Cour d'arbitrage se garde bien d'imposer au juge du fond quelque solution que ce soit en matière d'application de celle-ci, la question constitutionnelle se pose dans le cadre d'un litige réel. L'important ne semble pas être le choix du modèle lui-même, mais la présence de ce contrôle et son fonctionnement.

10. FAVOREU, *loc. cit. supra*, note 7, p. 26.

Bien entendu, certaines variables peuvent influencer grandement ces deux derniers paramètres ; la saisine, en particulier, peut faire la différence entre un contrôle effectif et un contrôle ineffectif. La compétence de l'organe de contrôle est aussi un facteur : quand le constituant suisse exclut de la portée du contrôle les lois fédérales, quand le constituant belge limite la compétence de la Cour d'arbitrage aux droits à l'égalité et à la liberté de l'enseignement, quand le constituant français limite le pouvoir de saisine du Conseil constitutionnel, ils restreignent grandement l'impact que peut avoir le contrôle sur le fonctionnement de la société politique et sa façon d'exercer le pouvoir. La gestion des droits fondamentaux n'est alors pas laissée à ses bénéficiaires, les citoyens et citoyennes. Les droits fondamentaux demeurent une affaire de gouvernants : un exercice d'équilibrage entre chacun des pouvoirs étatiques, en dehors et au-delà de la citoyenneté.

Aucune juridiction, cependant, n'admet une saisine généralisée sans contrôle aucun ou une compétence absolue et illimitée. D'une part, même dans les cas où la saisine est étendue aux citoyens et citoyennes, ils doivent justifier d'une violation, réelle ou potentielle, de leurs droits : on ne saisit pas l'instance constitutionnelle pour le plaisir de débattre avec elle d'une question juridique intéressante [11]. Même lorsqu'on admet la qualité pour agir dans l'intérêt public et que le seul objet du litige constitutionnel est de trancher la conformité de la loi avec un droit fondamental constitutionnalisé, ce n'est qu'à la condition que les requérants aient pu démontrer qu'il n'y a véritablement aucun autre moyen de porter l'affaire à l'attention des tribunaux, qui en sont les juges ultimes, et qu'il se pose une question réelle ayant des implications concrètes et non seulement une question théorique [12]. La qualité pour agir dans l'intérêt public s'apparente quand même au contrôle abstrait en vigueur en Europe, en ce que, loin de constituer un incident d'un procès, il en représente le seul enjeu.

Choix des droits, choix du modèle, choix des procédures : chaque État agit en fonction des préoccupations et particularités qui lui sont propres. Si aucune d'entre elles ne se réclame ouvertement de l'État de droit, toutes y sont reliées. En effet, s'agissant du choix des droits, une conception substantive de l'État de droit conduit à ne pas négliger les droits que la communauté internationale considère essentiels à l'exercice de la démocratie. S'agissant du choix de l'organe de contrôle, les Cours et Conseils constitutionnels s'apparentent plus aux Cours suprêmes de *common law* qu'aux instances judiciaires normales qu'on retrouve dans les pays de tradition romano-germanique. Même si leur caractère politique est souligné par le mode de sélection des personnes, la position de l'organe dans les structures étatiques et le caractère politique des problèmes qu'ils ont à résoudre, ils

11. *Borowski c. Canada (no 2)*, [1989] 1 R.C.S. 342.
12. *Conseil Canadien des Églises c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 236.

disposent d'attributs qui les rapprochent des cours de justice plus que des organes politiques : indépendance, neutralité, impartialité. Quant aux Cours suprêmes, le caractère politique de leur intervention n'est plus nié ni masqué par une rhétorique formaliste : les jugements prennent de plus en plus la peine d'expliciter les choix de valeurs, les processus de raisonnement et les sources qui conduisent à telle interprétation d'un droit fondamental. Cette constatation n'est pas nouvelle. Mais dans l'État de droit, elle est importante. Le droit constitutionnel est produit, en effet, au plan législatif par le constituant, une entité juridique qui, normalement, n'intervient pas fréquemment dans la vie de la nation, sauf en cas de crise importante et au prix d'efforts considérables et risqués (Belgique, Canada, Afrique). En dehors de ces cas, l'évolution de la norme constitutionnelle en matière de droits fondamentaux est confiée soit à des organes administratifs et quasi-judiciaires (des commissions des droits de la personne, par exemple, ou des ombudsman), soit à des organes judiciaires. Si la Cour constitutionnelle n'a pas nécessairement et toujours le monopole de l'interprétation des droits fondamentaux, elle oriente l'action de tous les autres puisque ses décisions s'imposent à tous les autres pouvoirs. Dans les États ne prévoyant pas explicitement cette hiérarchie, celle-ci s'est imposée par la pratique.

Ainsi, un contrôle constitutionnel des droits fondamentaux pourrait s'avérer fort contraignant pour la vie du droit, en raison de ce quasi-monopole sur le droit. Heureusement, ni la pratique des Cours constitutionnelles ni la nature même des sujets abordés n'ont conduit à une censure lourde, omniprésente et étouffante. Bien au contraire : son travail s'est avéré être celui d'un régulateur plutôt que d'un censeur. L'activisme judiciaire de la Cour suprême des États-Unis est chose du passé. La Cour suprême du Canada, celle de Maurice, la Cour d'arbitrage belge, institutions nouvellement investies du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois au nom des droits fondamentaux, font preuve d'une retenue judiciaire jugée trop timide aux goûts de certains. Il est vrai aussi que la transformation du rôle de l'État, qui de régulateur policier devient arbitre des politiques sociales, son désengagement de plusieurs secteurs et la privatisation correspondante des services modifient non seulement l'étendue et la portée du contrôle de constitutionnalité, mais aussi son exercice.

II. – Le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux : convergences des solutions entre le modèle européen et le modèle de *common law*

Au-delà des différences ayant présidé à l'introduction du contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, au-delà des approches théoriques et des modèles, des procédures et des finalités, l'observation de

la *praxis* constitutionnelle des institutions de contrôle et leur interaction avec les autres pouvoirs de l'État fait apparaître aux yeux de l'observateur quelques ressemblances frappantes. Ces ressemblances n'ont pas pour but d'occulter les différences elles-mêmes ni d'en diminuer l'importance, mais plutôt de constater l'émergence d'une certaine logique interne du contrôle judiciaire de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux. Cette logique interne constitue peut-être le prélude à l'émergence d'une nouvelle culture juridique centrée autour de ce concept, véritablement universelle parce qu'interactive et non figée dans des dogmes.

La caractéristique sans doute la plus évidente de l'exercice du contrôle, et elle fut maintes fois soulignée, c'est la créativité de l'organe de contrôle. Celle-ci s'exprime à tous les niveaux : définition du contenu des droits et libertés, des limites acceptables à celles-ci, des recours à offrir en cas d'inconstitutionnalité... Cette créativité ne va pas de soi : l'organe de contrôle pourrait bien choisir de se cantonner, comme l'observe le p[r] Cappelletti, dans un rôle passif et retiré, rendant ainsi son action discrète et négligeable et son travail, à la limite, inutile [13]. Mais tel n'est pas le cas. Autant dans l'exercice de retenue judiciaire que dans l'exercice d'un activisme plus prononcé, les Cours constitutionnelles n'hésitent pas à sortir des sentiers battus pour motiver leurs décisions. La Cour devient ainsi le lieu d'une synthèse entre une certaine conception du droit naturel, donné, non écrit, implicite, universel et intemporel, et le droit positif contingent, écrit, explicite, local et limité. Ce phénomène a été observé partout, en Europe et en Amérique, en Afrique noire, dans les États ayant connu puis abandonné ce contrôle comme dans ceux qui l'ont toujours. Si le législateur et l'exécutif s'évertuent à imaginer de nouvelles façons de contraindre nos comportements, le juge constitutionnel ne manque pas non plus d'imagination pour développer des concepts pouvant restaurer une bonne dose de liberté dans la société.

Les lignes qui suivent ont pour but d'identifier certaines zones où se déploie cette créativité.

A. – *Quant aux sources*

À mesure que se répand le contrôle de constitutionnalité et qu'il devient connu, s'instaure un réseau d'échanges importants qui permettent au juge constitutionnel de puiser non seulement à la jurisprudence des organes et Cours internationales qui statuent en matière de droits fondamentaux, mais aussi aux autres Cours constitutionnelles. La Cour suprême du Canada, par exemple, cite régulièrement ses homologues des États-Unis, de l'Inde, de l'Australie, du Pakistan, à côté de la Cour européenne des droits de l'homme ou même du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Bien qu'elle se défende d'utiliser ces sources à titre de précédents, elle y puise des argu-

13. *Loc. cit supra*, note 3.

ments supplémentaires au soutien de la conception qu'elle propose de tel droit dans une société libre et démocratique. Elle n'est sans doute pas la seule à procéder ainsi. Dans la mesure où 1) le contrôle existe et que 2) les arrêts sont rapportés, donc disponibles, rien, sinon les éventuelles barrières linguistiques, ne s'oppose à recourir de plus en plus à des sources extrinsèques. Les Constitutions et *Bill of Rights* de plusieurs États sont souvent inspirés de Constitutions d'autres pays ; la jurisprudence de ceux-ci devient dont *de facto* une source intéressante d'interprétation. Ce phénomène se doit d'être encouragé le plus possible en vue de l'émergence graduelle d'un corpus riche de réflexions autour des grands enjeux de nos sociétés. Le droit comparé devient l'occasion d'une inter-fécondation des régimes juridiques les uns par les autres.

Une seconde tendance au niveau des sources consiste à puiser à l'extérieur de la norme de référence constitutionnelle, en d'autres endroits de la Constitution, et partant à élargir la base du contrôle. Outre le célèbre cas du bloc de constitutionnalité et des principes généraux de droit du Conseil constitutionnel français [14], on peut mentionner l'interprétation de la Cour d'arbitrage belge qui, limitée à veiller au respect du droit à l'égalité, a interprété ce droit comme englobant le droit de jouir de tous les autres droits sans discrimination, élargissant ainsi les motifs possibles de contrôle à la discrimination non seulement dans une loi, mais à la discrimination dans la jouissance de la liberté d'expression ou d'association par exemple, suivant en cela l'approche retenue pour l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme [15]. La Cour suprême du Canada se réfère aussi à des principes généraux de la *common law*, comme la primauté du droit ou l'indépendance judiciaire, pour justifier ses interprétations constitutionnelles ; elle puise ces principes dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et dans la jurisprudence britannique et les intègre ainsi dans l'ordre juridique canadien.

Enfin, par la nature même des questions qui leur sont soumises, les Cours constitutionnelles se doivent de puiser en dehors des textes juridiques et des prononcés judiciaires et de se tourner vers des disciplines extérieures au droit proprement dit, comme la sociologie, la science politique ou la philosophie. La Cour suprême des États-Unis a maintes fois fait usage de l'économiste John Stuart Mill, de même que de Emerson, pour motiver certaines interprétations de la liberté d'expression. La Cour suprême du Canada

14. Décision du 16 juil. 1971, *Liberté d'Association* (44 DC) : décision du 11 fév. 1982, *Loi de nationalisation* (139 DC).

15. F. DELPERRÉE, et A. RASSON-ROLLAND, « Décisions de la Cour d'arbitrage en 1993 », (1994), *Revue Belge de Droit Comparé*, pp. 164-194.

appelle Aristote au secours de son analyse de l'égalité [16], Carré de Malberg est conscrit dans la défense de l'État de droit [17]. En tant que tels, ces auteurs ne sont pas des sources en ce qu'ils ne créent pas la norme. Lorsque leurs analyses et raisonnements viennent enrichir la réflexion judiciaire, lorsqu'ils sont intégrés aux motifs d'un jugement (comme il arrive fréquemment dans les juridictions de *common law*), ils deviennent source d'inspiration de l'actualisation de la norme juridique.

Ces incursions hors du champ strict du droit m'apparaissent inévitables, normales et souhaitables, car le droit constitutionnel des droits fondamentaux n'est pas un droit ordinaire. Il fait appel à des termes flous, lesquels à leur tour font appel à des valeurs [18]. Or le droit n'identifie pas des valeurs, mais les sanctionne. Pour identifier des valeurs, on doit se tourner vers des disciplines externes. Comment évaluer si la criminalisation du suicide assisté va à l'encontre du droit à la vie, ou si celui-ci comprend celui de mourir dans la dignité [19] ? Des notions comme le « raisonnable », la « justice fondamentale », le « *due process of law* », la « dignité de la personne », ne peuvent recevoir un contenu figé, technique, légaliste.

B. – *Quant aux limites aux droits*

Un autre trait qui me paraît émerger de l'étude de la pratique de la justice constitutionnelle au nom des droits fondamentaux, c'est la prééminence de la norme de proportionnalité à titre de limite autorisée aux droits fondamentaux. Ceux-ci ne sont jamais absolus, même les conventions internationales le reconnaissent. En effet, sous réserve d'un petit noyau dur de droits dits irréductibles [20], celles-ci prévoient la possibilité de limiter les droits garantis et de déroger aux protections offertes par les conventions. Les Constitutions, elles aussi, admettent qu'il peut y avoir des occasions dans lesquelles les législateurs doivent apporter certaines limites aux droits et libertés au nom d'impératifs supérieurs. Arme dangereuse et délicate, comme l'ont montré divers excès des pouvoirs exécutifs au cours de l'histoire récente de l'humanité. Aussi les constituants s'en remettent-ils à l'appréciation du juge constitutionnel pour connaître de la pertinence de ces limites, dans des balises fixées par le texte lui-même (même sans celles-ci, la Cour suprême américaine a dû développer une jurisprudence de l'excep-

16. A. BISSON, « Aristote rue Wellington », 1989, 20, *Revue Générale de Droit*, pp. 557 ; C. BRUNELLE, « L'interprétation des Droits Constitutionnels par le Recours aux Philosophes », 1990, 50, *Revue du Barreau du Québec*, p. 353.

17. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

18. D. PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de l'article premier de la Charte Canadienne des Droits et Libertés », 1989, 30, *Cahiers de Droit*, p. 137.

19. *Rodriguez c. British Columbia*, [1993] 3 R.C.S. 519.

20. Article 4 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques.

tion pour tempérer la rigueur du *Bill of Rights* et permettre aux législateurs américains de passer outre, dans certains cas et à certaines conditions, aux protections offertes par ce document) [21].

Or une constante semble se dégager de la jurisprudence constitutionnelle : au-delà des nuances et des différentes formulations, deux pôles de réflexion occupent le temps de la Cour, soit l'évaluation de la pertinence des objectifs du législateur et la proportionnalité des moyens qu'il utilise pour les atteindre, ainsi que la corrélation entre les deux. Autrement dit, dans un premier temps, la Cour vérifie si l'objet de la loi correspond à une préoccupation importante dans une société démocratique. Dans un second temps, elle évalue la proportionnalité de la mesure par rapport à l'objectif identifié et les place en relation l'un avec l'autre : plus la violation alléguée du droit semble sérieuse et grave, plus l'on exigera que ce soit au nom d'un objectif important et dans une stricte proportionnalité, allant souvent jusqu'à exiger la démonstration de la nécessité de la mesure.

Un autre trait semble apparaître dans la jurisprudence constitutionnelle : celui de la marge d'appréciation, de la déférence judiciaire, du non-interventionnisme. Présent à des degrés divers selon les circonstances et les juridictions, ce concept paraît particulièrement utile au juge constitutionnel lorsqu'il doit statuer au sujet de grandes législations sociales qui mettent en œuvre d'ambitieux programmes sociaux. Une politique de protection de l'environnement, une garantie contre la discrimination engendrée par le discours raciste, une politique de mise à la retraite obligatoire ou une réglementation de la publicité du tabac sont des mesures découlant de vastes programmes. Les lois qui les instaurent sont couchées en termes généraux et font la part belle à la discrétion administrative et aux politiques. Devant ces choix que le juge constitutionnel sent dictés par le fonctionnement adéquat des institutions démocratiques et la nécessité de programmes sociaux, il préfère reconnaître les limites de son institution et, sans se décharger de son rôle régulateur, assouplir la règle de la proportionnalité. Ici apparaît utile la constitutionnalisation de certains droits sociaux : il est plus facile de justifier une interdiction de la publicité sur le tabac si la Constitution reconnaît le droit à la santé, même s'il s'agit d'une atteinte à la liberté d'expression.

C. – *Quant aux remèdes*

Un dernier élément de convergence doit être signalé : le développement de remèdes moins draconiens que l'annulation complète de la norme inconstitutionnelle. La validité sous réserve d'interprétation et ses nombreuses

21. L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1978, pp. 994-1002, pour l'approche de la Cour suprême américaine au sujet de la protection contre les lois discriminatoires du XIV[e] amendement.

variantes ne sont pas l'apanage des Cours constitutionnelles européennes. En effet, les Cours suprêmes de *common law* ont aussi usé d'imagination pour éviter de sanctionner l'inconstitutionnalité d'une loi. La technique de l'interprétation atténuée consiste à donner à la norme législative entreprise une interprétation et une application qui la rendra conforme à la constitution. Plus audacieuse – et plus discutée en doctrine –, est l'interprétation large (en anglais, le « *reading in* »), qui consiste à ajouter à la loi des éléments qui corrigeraient l'inconstitutionnalité en maintenant ses effets positifs. Ainsi, lorsqu'une loi est jugée discriminatoire parce qu'elle n'étend pas un bénéfice à un groupe qui devrait y avoir accès, y a-t-il lieu, par le prononcé judiciaire, d'ajouter ce groupe aux catégories déjà visées par la loi, ou convient-il plutôt de signaler le problème et de prononcer l'inconstitutionnalité de la loi ? La première solution est risquée puisque le juge se substitue carrément au législateur ; la seconde n'est pas souhaitable puisqu'elle annule une loi qui offrait des bénéfices sociaux [22].

Les systèmes fondés sur le modèle américain ne se limitent pas à donner effet au jugement uniquement entre les parties. Lorsque l'objet même du litige est uniquement la conformité de la norme attaquée au regard de la protection constitutionnelle, lorsque les parties sont d'une part l'État et d'autre part des groupes d'intérêt agissant dans l'intérêt public, la décision aura un effet *erga omnes*. De plus, la décision d'inconstitutionnalité prononce la nullité de la loi. La Cour suprême du Canada fut on ne peut plus claire sur ce point [23].

Donc, même dans la décision d'annulation, il y a convergence des remèdes.

III. – L'impact du contrôle de constitutionnalité : convergence des effets entre le modèle européen et le modèle de *common law*

Malgré l'utilisation de techniques fort variées selon les modèles, le contrôle judiciaire de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux conduit à un résultat juridique désiré et constant : l'ineffectivité de la norme ou de la décision administrative entreprise en raison de sa non-conformité avec un droit ou une liberté protégés par la Constitution. En second lieu, on constate que le contrôle de constitutionnalité devient un élément de la vie politique de l'État, d'au moins deux manières : il devient l'un des éléments d'une stratégie politique et il entraîne une réaction de l'État.

22. *R. c. Schacter*, [1992] 2 R.C.S. 679.
23. *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

A. – *L'effet de la décision d'inconstitutionnalité dans l'ordre juridique*

Le but d'une contestation d'une norme législative ou réglementaire ou d'une décision administrative au nom d'un droit ou d'une liberté est la plupart du temps utilitaire : le requérant cherche à éviter l'application de la norme, soit préventivement et de façon générale, soit curativement eu égard à sa propre situation. Lorsque la Cour constitutionnelle constate la violation de la norme constitutionnelle, c'est exactement le résultat auquel parvient le requérant.

Il y a convergence des solutions pratiques dans le temps d'abord. Soit que la norme est annulée avant sa sanction ou sa promulgation : alors elle est censée n'avoir jamais existé et ne produira jamais ses effets. Soit qu'elle est annulée *ex post facto* : en théorie, puisqu'il s'agit d'une violation de la loi fondamentale, l'effet temporel de la décision devrait être rétroactif à la date de l'adoption : l'inconstitutionnalité est née avec la norme. Or les juridictions constitutionnelles ont toujours fait preuve de souplesse à cet égard. La Cour d'arbitrage belge par exemple peut limiter les effets de la rétroactivité en maintenant les effets juridiques d'une norme déclarée inconstitutionnelle [24]. La Cour suprême du Canada a parfois suspendu une déclaration d'invalidité durant un temps déterminé afin de permettre au législateur de corriger le défaut [25]. La *common law* connaît la doctrine de la validité *de facto*, en vertu de laquelle l'acte administratif posé en vertu d'une loi inconstitutionnelle produit quand même ses effets s'il a été posé avec une apparence de droit [26]. Quant aux décisions judiciaires, elles conservent leur effet juridique, pour peu que les délais d'appel soient expirés, puisqu'elles représentent la loi des parties : elles ont l'autorité de la chose jugée. Ainsi, malgré l'insécurité potentielle engendrée par une déclaration rétroactive d'inconstitutionnalité (et la supériorité pratique, à cet égard, du système européen de contrôle *a priori*), le besoin de sécurité juridique issu de la primauté du droit permet de tempérer la rigueur du principe.

Il y a ensuite une convergence des modèles dans la solution retenue à l'égard de l'ensemble de l'ordre juridique. La décision d'inconstitutionnalité d'une Cour constitutionnelle statuant dans l'abstrait a un effet contraignant – en théorie –, sur l'ensemble du système juridique de l'État : elle s'impose à tous les pouvoirs publics, qui se voient donc obligés de cesser d'appliquer la norme annulée. Dans les régimes inspirés de la *common law*, il faut distinguer l'action en inconstitutionnalité de l'exception d'inconstitutionnalité. Lorsque la seule question en litige, soumise par un groupe d'intérêt public, concerne la constitutionnalité de la norme, ce serait tronquer la

24. Article 8 de la Loi spéciale du 6 janv. 1989 concernant la Cour d'arbitrage.
25. *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.
26. *Renvoi, supra* note 23.

vérité que de dire que le jugement ne lie que les parties. L'une de ces parties est le Procureur général, agissant au nom de l'État lui-même : il est donc lié. Quant aux autres juridictions de l'ordre judiciaire, elles sont liées aussi par l'application du principe de *stare decisis* et de l'autorité des jugements d'une Cour suprême sur les autres tribunaux. Aussi bien dire que l'effet du jugement est vraiment *erga omnes*. S'agissant de l'exception d'inconstitutionnalité ou de la question préjudicielle, on peut nuancer cette affirmation : en ce cas, la décision d'inconstitutionnalité ne vise effectivement que les parties, dans le contexte du litige posé. Elle ne s'étendra donc qu'à des litiges impliquant des effets semblables ; mais en raison même de ce principe, la norme entreprise deviendra pratiquement inopérante et l'État cessera de s'en réclamer dans les faits, sachant que toute invocation de la norme annulée le conduira inévitablement dans une contestation judiciaire dont il sortira perdant.

S'agissant des décisions de conformité sous réserve d'interprétation, l'effet atteint est le même puisque l'interprétation correcte de la norme entreprise devient obligatoire et impérative.

Il existe une technique de *common law* dont je n'ai pu retrouver le pendant dans les modèles européens : il s'agit de l'exemption constitutionnelle. En vertu de ce principe, la norme demeure en vigueur, mais le tribunal déclare son inapplicabilité à une personne en particulier en raison du fait que, *dans son cas*, cela entraînerait une violation de ses droits constitutionnels. Ainsi la consommation d'une substance illégale à des fins rituelles par des autochtones n'a pas conduit à l'annulation de la norme criminelle, mais à exempter les autochtones de l'application de cette norme en raison du fait que cela porterait atteinte à leur liberté religieuse [27]. Ce remède demeure exceptionnel. Les tribunaux préfèrent prononcer la nullité de la norme en raison de son objet ou de son effet inconstitutionnel [28].

Lorsqu'on observe le fonctionnement du système juridique de l'État dans son ensemble, on en arrive à l'inévitable conclusion que la décision d'inconstitutionnalité a un véritable effet contraignant sur l'ensemble de l'appareil d'État. Certes, celui-ci pourrait tout aussi bien choisir d'ignorer la décision d'inconstitutionnalité et continuer à appliquer la norme, au risque de se faire poursuivre à chaque fois ; mais voilà où l'idée de l'État de droit intervient pour assurer à ces décisions la prééminence. En introduisant le contrôle de constitutionnalité, le législateur et le gouvernement acceptent à l'avance de se plier à des décisions judiciaires qui sanctionnent ses manquements. Car il sait qu'il court un risque grave à l'ignorer : si le gouvernement

27. Dans les affaires *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 ; *Rodriguez c. British Columbia, supra* note 19 ; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, plusieurs juges de la Cour suprême du Canada font état de leurs réserves à l'égard de l'exemption constitutionnelle ; elle persiste mais ne sera utilisée qu'avec parcimonie.

28. *R. c. Schacter*, *supra* note 21.

ou le législateur ignorent les décisions judiciaires, comment pourront-ils exiger des citoyens le respect des lois ? L'ensemble de l'ordre et de la stabilité sociale commandent au gouvernement le respect des décisions judiciaires. De plus, le gouvernement sait que, d'une part, ces décisions ont pour but de faire prévaloir les libertés et les droits fondamentaux ; d'autre part, la procédure est aménagée de telle sorte qu'un débat ouvert peut avoir lieu autour de la constitutionnalité de la norme ou de la décision administrative entreprise, de sorte que l'arrêt d'inconstitutionnalité ne survient pas sans que le gouvernement ait pu tenter de défendre ses actions. Il ne sera alors ni surpris ni frustré par la décision, sachant qu'il a pu être entendu.

B. – *L'effet du contrôle de constitutionnalité dans l'ordre politique et social*

Lorsque la saisine est limitée à quelques intervenants politiques, il n'a peut-être pas la même ampleur que dans un système qui admet l'exception d'inconstitutionnalité, la question préjudicielle ou la saisine généralisée. Mais cela ne signifie pas qu'il soit sans conséquence dans le premier cas, ni qu'il soit l'élément central de la vie du droit dans le second.

Dans le premier cas, en effet, si l'on excepte la situation dans laquelle seuls trois ou quatre personnes clefs de l'appareil gouvernemental ont la capacité de saisir l'organe de contrôle – Président de la République, Président d'une des Chambres –, ce qui rend le mécanisme presque impotent, l'élargissement de la saisine aux parlementaires permet d'injecter le droit constitutionnel dans la vie politique. Les ONG peuvent organiser des campagnes auprès de la députation afin de conduire à une saisine de la Cour constitutionnelle. Les parlementaires peuvent, pour des motifs tenant à la partisanerie, choisir de loger un recours auprès de la juridiction compétente. Certes, cela suppose que le système électoral et la représentation parlementaire assurent à l'opposition une présence suffisante pour que le recours soit possible.

Les États qui veulent introduire un véritable contrôle de constitutionnalité et savent que les forces politiques et le système électoral rendraient une saisine politique illusoire se tournent vers une saisine élargie. On craint beaucoup, dans plusieurs milieux juridiques, l'inondation des recours que peut provoquer un tel élargissement, compte tenu du nombre de juges limité et des ressources de la Cour constitutionnelle. Mais les juridictions – tant d'inspiration civiliste que de *common law* – ont imaginé divers moyens de pallier ces inconvénients. L'une des techniques les plus efficaces à cet égard est de remettre à la Cour constitutionnelle ou à la Cour suprême elle-même le pouvoir discrétionnaire de choisir les causes qu'elle entendra. La Cour peut aussi utiliser un contrôle strict de la qualité pour agir et du caractère purement théorique ou politique des questions pour effectuer un filtrage. Bref, si la nature du travail d'une Cour suprême se transforme lorsqu'on lui

confie le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, cela ne conduit pas nécessairement à l'embouteillage judiciaire et à l'inflation jurisprudentielle.

Il est toutefois exact de dire que l'élargissement de la saisine sort la question constitutionnelle des seules sphères politiques pour la faire entrer de plein fouet dans la sphère sociale. Là où il fallait passer par les parlementaires pour faire respecter les droits fondamentaux, voilà que les ONG et les citoyens peuvent maintenant saisir directement la Cour. Leur but ultime, je l'ai mentionné, est d'éviter la mise en œuvre d'une norme à laquelle ils sont opposés. Ainsi, le recours constitutionnel devient une tactique, parfois importante, dans une stratégie globale de revendication politique. Mis à part le cas du droit criminel, où l'enjeu est immédiat pour le requérant, le litige constitutionnel n'a pas toujours une finalité qui lui est propre : il sert aussi à éduquer le public, à mobiliser les troupes, à faire pression sur le gouvernement pour le contraindre à introduire des réformes. Les partis politiques peuvent profiter de l'aubaine pour épouser l'une ou l'autre cause. Le gouvernement peut refuser d'agir et d'appliquer la loi tant que ne sera pas vidée la question de la constitutionnalité, puis se réfugier derrière la décision pour justifier l'abandon d'une mesure pourtant populaire. De par la nature même des questions débattues, le forum judiciaire devient un autre lieu de développement de la démocratie et de l'art de gouverner. Le contrôle de constitutionnalité acquiert donc une dimension politique dynamique, non seulement parce que les questions ont une connotation politique, mais parce que le procès constitutionnel devient un autre lieu de création du droit constitutionnel, donc de choix politiques importants, à côté du Parlement ou des officines gouvernementales.

En conséquence, constatons la grande présence qu'acquiert la Cour constitutionnelle dans la vie politique et sociale, dès qu'on lui confie le contrôle de la constitutionnalité des lois. Même dans les États fédéraux qui connaissent ce contrôle au chapitre de la répartition des compétences législatives, la Cour constitutionnelle ou la Cour suprême n'ont pas la visibilité et l'importance sociale que leur confèrent l'introduction du contentieux des droits fondamentaux. Même aux États-Unis, ce n'est qu'après la Seconde Guerre mondiale, lorsqu'elle a décidé d'adopter une attitude active dans l'application du *Bill of Rights*, que la Cour suprême est devenue l'arbitre de luttes sociales majeures et que sa visibilité s'est accrue. Il en va de même de la Cour suprême du Canada, que les Canadiens ont découvert après 1982, alors que la Charte a ouvert tout le contentieux de la constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, ou de la Cour d'arbitrage belge qui, depuis qu'elle applique les dispositions constitutionnelles en matière d'égalité et de liberté d'enseignement, acquiert une place importante dans l'ordonnancement juridique et politique de l'État. Les décisions du Conseil constitutionnel français, celles des Cours constitutionnelles de plusieurs pays européens, attirent

l'attention des médias, sont débattues dans les enceintes parlementaires et commentées dans les journaux. La constatation est évidente : plus que tout autre contentieux constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux accroît l'importance de l'organe qui l'effectue et l'introduit de plein pied dans la vie sociale et politique moderne. La juridiction constitutionnelle devient donc ce troisième géant que Cappelletti appelait de ses vœux pour faire contrepoids au pouvoir démesuré de l'exécutif et du législatif.

L'État de droit est ainsi parachevé en ce que la détermination des droits fondamentaux que protège la Constitution n'est plus laissée à l'appréciation des forces politiques du moment, mais appartient à un organe qui a les traits d'un organe judiciaire tout en s'insérant dans l'ordre politique. La constitutionnalité des lois au nom des droits fondamentaux n'est pas seulement un débat éthéré réservé aux seuls philosophes du droit, mais s'insère dans les grands enjeux politiques de notre temps, comme l'avait déjà montré les débats à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et à sa Sous-Commission de la lutte contre la discrimination et de la protection des minorités.

Le paradoxe de cet état de fait et, à mon avis, la démonstration la plus évidente de son succès, est que ce terrifiant gouvernement des juges dont on nous annonçait qu'il marquerait la fin de la démocratie et le retour à la dictature n'a pas encore eu lieu. Une étude de la jurisprudence canadienne et américaine montrent en effet que les cas d'annulation de lois en raison d'une violation de droits fondamentaux sont plus rares – et d'autant plus spectaculaires –, qu'il n'y paraît. La présence de la retenue judiciaire et de la doctrine de la marge d'appréciation y sont pour beaucoup. Cette entrée par la grande porte du judiciaire dans le politique n'a pas politisé le droit, au sens partisan du terme. Il y a certes une certaine politisation, si l'on entend par là que les nominations obéissent à des critères partisans ou, à tout le moins, idéologiques : de même que le ministre choisit comme sous-chef de ministère une personne en qui il peut avoir confiance, le pouvoir exécutif nomme à la juridiction constitutionnelle des personnes qui lui semblent partager une certaine orientation politique. Les auteurs ont signalé que là résidait une partie de l'acceptation et de la légitimité des décisions de la Cour constitutionnelle [29]. Mais là s'arrête la politisation partisane de cette instance ; et les renouvellements périodiques d'une partie de ses membres fait en sorte que le principe d'alternance s'en trouve respecté. De plus, il est bien difficile de déceler des tendances nettes dans une jurisprudence constitutionnelle au sujet des droits fondamentaux : tantôt, au sujet de certaines questions, la Cour montrera un activisme certain, tantôt, sur d'autres, elle fera preuve d'une prudence qu'on lui reprochera en plusieurs

29. FAVOREU, *loc. cit.* supra, note 7, p. 32.

milieux. Cet équilibre que doit respecter la Cour constitutionnelle elle-même, au sein même de sa jurisprudence, complète l'équilibre qu'elle instaure entre l'exercice du pouvoir par la puissance publique et le respect des droits et libertés.

La stature politico-juridique accrue de la Cour constitutionnelle au sein des organes étatiques et de la société fait en sorte que le pouvoir ne peut pas rester indifférent à son travail. Là encore, l'expérience tend à démontrer que le gouvernement réagit à l'arrêt d'inconstitutionnalité. D'une part, il peut, comme nous l'avons dit, s'y conformer et cesser simplement d'appliquer la norme annulée. Cette réaction confirme la légitimité du contrôle aux yeux du gouvernement et son respect de la primauté du droit. Par ailleurs, on a pu observer des cas où le pouvoir était tellement offusqué d'une décision et certain que la population le suivrait qu'il a pris des mesures pour corriger les effets de celle-ci. Ainsi, le gouvernement du Québec a-t-il eu recours à la faculté de déroger à la Charte des droits pour restaurer un certain unilinguisme dans l'affichage commercial [30]. Le gouvernement mauricien s'est servi de sa majorité parlementaire pour modifier la Constitution afin de soustraire au contrôle de constitutionnalité certaines mesures d'expropriation [31]. Le gouvernement américain a menacé d'augmenter le nombre de sièges à la Cour suprême et d'y nommer des partisans des politiques présidentielles pour contourner une majorité de blocage à la Cour (cette technique dite du « *court-packing* » a aussi été utilisée en Amérique latine, mais comme moyen de revenir à la démocratie) [32]. Quelle que soit la technique employée, elle illustre les limites du contrôle de constitutionnalité, sa fragilité et la souveraineté ultime des autorités politiques et des représentants de la nation. Elle montre aussi que, s'il est vrai que le juge constitutionnel n'a jamais le dernier mot en matière de droit constitutionnel, les autorités politiques qui osent perturber une décision judiciaire courent un risque politique important. Mais cette attitude recèle un danger, celui de revenir à la situation où la tyrannie de la majorité ou encore l'emprise de l'exécutif sur le Parlement rendent illusoire le contrôle de constitutionnalité et conduisent à des excès que l'humanité ne veut plus revivre. Voilà pourquoi il convient d'être vigilant à l'endroit des sautes d'humeur du pouvoir politique à l'endroit des décisions constitutionnelles et alerter l'opinion publique afin de contenir cette faculté ultime de contourner la décision d'inconstitutionnalité à des cas où les conséquences pour les libertés ne mettent pas la démocratie

30. *Ford c. Procureur Général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712 ; *Loi modifiant la Charte de la Langue française (Loi 150)*, L.Q. 1988 c.

31. Modification constitutionnelle de 1982, République mauricienne.

32. O. Fiss, « The Limits of Judicial Independence », 1993, 25 *University of Miami Inter-American Law review* 57-77, dans lequel Fiss argumente que pour restaurer la démocratie, il peut être acceptable de modifier la composition d'une Cour constitutionnelle afin de faire contrepoids aux juges nommés par le régime militaire précédent. Une telle thèse mériterait des développements qu'on ne pourra faire ici.

en péril. Voilà pourquoi il faut aussi encourager la pluralité et la diversité des opinions dans la décision de contrôle de constitutionnalité : à l'attitude consistant à prêter le poids de toute la cour à une conclusion d'annulation, je préfère celle de motifs soigneusement rédigés, en majorité et en dissidence, illustrant l'ampleur des problèmes, la complexité des solutions et l'existence d'alternatives qui permettraient au pouvoir de s'ajuster. Voilà pourquoi aussi il faut publiciser la décision constitutionnelle, la commenter, la critiquer au besoin, démontrer en doctrine les incohérences ou les conséquences de tel ou tel raisonnement : la Cour constitutionnelle ne peut être insensible à ces commentaires, adaptant ainsi constamment la norme constitutionnelle aux réalités socio-politiques tout en lui conservant une certaine pérennité.

Le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux ne représente donc pas à lui seul la garantie d'un véritable État de droit soucieux du respect intégral des libertés. Il est cependant un élément important du fonctionnement moderne d'une démocratie. En effet, c'est sa présence même et l'utilisation que l'on en fait, autant que l'impact réel de ses décisions, qui le rendent intéressant comme facteur d'équilibre des pouvoirs. L'État de droit ne peut plus être celui qui, comme le souhaitaient les auteurs du XIX^{e} siècle, limite ses interventions au moyen de lois précises et ponctuelles. La discrétion administrative est un élément majeur de toute démocratie moderne. De plus, l'image du législateur-ennemi des libertés qui a prévalu au long du XX^{e} siècle ne rend pas compte de la réalité du phénomène de l'État-régulateur, qui pour atteindre certaines politiques sociales d'équité, la réalisation de droits de deuxième ou troisième générations et l'instauration de la justice sociale, se voit parfois contraint d'empiéter sur la liberté individuelle et l'égalité formelle. L'État de droit se conçoit de plus en plus comme un État dans lequel le droit joue un rôle d'encadrement de l'action politique. Le contrôle de constitutionnalité ne peut plus être l'expression de l'imposition d'une norme rigide, mais bien plutôt l'expression d'un équilibre au nom de certaines valeurs placées en interaction les unes avec les autres, dans un mouvement dynamique. Certes, il conserve sa force contraignante, sa lourdeur si l'on peut dire, en ce que le litige doit conduire à une solution : ou bien la norme est valide, ou bien elle l'est, mais uniquement quand on l'interprète dans un certain sens, ou bien elle ne l'est pas et on doit cesser de l'appliquer. Une question est posée à la Cour et celle-ci y apporte une réponse. Il y a là une toute autre démarche que celle qui consiste à faire des compromis en vue d'adopter un programme législatif et gouvernemental aux multiples facettes. Mais ce n'est plus un exercice mécaniste et formel. C'est un exercice subtil et délicat de maintien d'équilibres plutôt que de cloisonnements qui paralysent l'État.

Si le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux a gagné ses lettres de noblesse en Occident, depuis les quelques années où il

est sérieusement pratiqué, si l'on assiste à une certaine convergence des solutions et des effets au-delà des distinctions d'un État à l'autre, comment se fait-il qu'il soit si difficile de l'introduire avec succès dans plusieurs États d'Afrique noire ? Ce sera l'objet de notre dernière partie.

IV. – L'Afrique noire et le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux

A. – *Problèmes liés à l'émergence de ce contrôle*

Dans la mesure où l'Afrique francophone a introduit le contrôle de constitutionnalité au moment des indépendances ou à la faveur du mouvement de démocratisation du début des années 1990, sa position ne diffère pas tellement de celle des États européens ou nord-américains : il s'agissait bien dans chaque cas de réformes institutionnelles importantes débordant largement le cadre du seul contrôle lui-même. Dans chaque cas, ou bien l'innovation était proposée par la métropole à l'ex-colonie, ou bien l'État sentait la nécessité de contrôler le pouvoir pour instaurer un ordre juridique nouveau : les conventions nationales en témoignent [33]. Toutefois, il existe une différence entre les ex-colonies britanniques et les ex-colonies françaises : les premières étaient habituées au fait qu'un organe judiciaire contrôlât la légalité de leurs décisions, de leurs lois et des actions de leurs administrateurs : le Comité judiciaire du Conseil privé, à Londres, a longtemps joué (et continue de le faire dans certains cas) à leur égard le rôle d'une Cour suprême. Il était donc plus normal de confier à une autorité juridictionnelle le contrôle de la constitutionnalité, fût-ce au nom des nouveaux droits fondamentaux introduits dans la Constitution. Les ex-colonies européennes n'avaient pas connu un tel système : cela représentait donc une nouveauté pour elles. Mais ce seul facteur n'explique pas tout. Certains des États africains du monde de la *common law* se sont éloignés du contrôle de constitutionnalité. Il faut chercher ailleurs les raisons de ces difficultés.

L'Europe et l'Amérique partagent un héritage commun de la conception de la nature humaine et du rôle du droit. Ce substrat de valeurs idéalisées au centre desquelles on peut placer la liberté individuelle et l'égalité formelle, ne correspond pas nécessairement à celles qui avaient cours à l'époque et qui continuent, en plusieurs milieux, à prévaloir en Afrique. Voilà à mon sens un premier obstacle important à l'instauration réussie de ce contrôle comme le conçoit l'Occident.

33. J.J. Raynald, « Les Conférences nationales en Afrique : Au delà du mythe, la démocratie », [1994], *Penant, Revue de droit africain*, p. 310.

En second lieu, le contrôle de constitutionnalité est une innovation tardive, née en réaction contre le gigantisme du législateur et de l'exécutif. L'État précède le contrôle de constitutionnalité ; l'État de droit aussi. Par contre, l'État africain souffre d'une profonde crise de légitimité, politique et populaire. L'artificialité de ses frontières n'en est pas la cause principale : les États-Unis et le Canada sont des pays multi-ethniques aussi complexes que plusieurs pays africains et ont pourtant réussi leur intégration sociale et politique. La crise de légitimité de l'État africain provient de l'absence d'une histoire commune, de l'absence du temps comme facteur de développement de la société politique.

On invoque aussi souvent le fait que le système de contrôle de constitutionnalité, étant importé, exogène, conçu pour d'autres contextes et situations, n'est pas exportable. Lors du colloque de 1981 sur la justice constitutionnelle en Europe, le rapporteur général, le professeur Rivero, avait conclu que le colloque avait sonné le glas des espoirs de ceux qui voulaient introduire le modèle américain en Europe [34]. Ce modèle était inadapté et impossible à transposer. On peut dire la même chose à propos de l'Afrique : le modèle européen n'y est pas transposable, les différences sont trop importantes entre les deux types de sociétés et les institutions. Il est donc inutile de s'acharner à copier le modèle européen. Mais encore là, cette explication est incomplète. Plusieurs des anciennes colonies britanniques ont facilement adopté un modèle exogène et présumément aussi inadapté pour elles que le modèle européen pour d'autres [35]. S'il est vrai qu'on ne peut jamais greffer telles quelles des institutions conçues pour d'autres lieux et d'autres temps, il est faux de nier l'utilité de s'en inspirer lorsqu'on est à la recherche de solutions locales à des problèmes concernant les droits et libertés.

Est-ce donc uniquement une question de valeurs ? Les écrits montrent que les valeurs africaines privilégient le consensus, la communauté, la conciliation, l'oralité. Le droit constitutionnel semblerait privilégier tout le contraire : un droit écrit, individualiste, « adversariel », qui conduit à l'imposition de solutions au nom de droits qu'on estime fondamentaux. Or ce contraste est plus apparent que réel. Nous avons cherché à montrer comment le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité peut se révéler aussi flexible, souple, conscient du bien commun et des équilibres nécessaires entre les droits et les exigences de la vie en société, que ne le laissent entendre les valeurs africaines. Quant à la notion d'une norme fondamentale contraignante, les travaux du p[r] Maurice Kamto ont montré avec brio que ce concept existe d'une certaine manière dans l'Afrique pré-coloniale. Ce n'est donc pas une idée complètement étrangère à la mentalité africaine [36].

34. J. Rivero, « Rapport synthèse », dans *Cours constitutionnelles en Europe, supra* note 8.

35. Voir le rapport complémentaire sur l'Afrique australe, présenté par le professeur Xavier Philippe et publié dans ces *Actes*.

36. M. Kamto, *Pouvoir et droit en Afrique noire*, Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 185-206.

La cause la plus importante de l'échec relatif de l'introduction du contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux en Afrique tient au rôle de la Constitution elle-même. La Constitution n'est pas la norme contraignante qu'elle devrait être, source de tous les pouvoirs étatiques. Elle n'est qu'un programme, un objectif, l'expression affaiblie d'une situation politique fragile, un effort pour légitimer un pouvoir politique vivant dans l'insécurité et peu enclin à tolérer l'opposition ni la concurrence envers sa toute-puissance [37]. Comment veut-on que les droits fondamentaux qu'elle garantit s'imposent aux dirigeants lorsque le reste de la Constitution n'a même pas pour eux de valeur obligatoire ?

Là se trouve la crise de légitimité la plus grave : c'est une crise de légitimité à l'endroit du pouvoir lui-même. L'ingénierie constitutionnelle n'a jamais réussi, ni en temps de crise ni en temps ordinaire, à régler les problèmes profonds de légitimité politique qui agitent l'État. Tout au plus fournit-elle un cadre de référence. Elle n'a de sens, elle ne peut déployer tous ses effets que lorsque tant le gouvernement que l'opposition et les forces sociales acceptent à l'avance certaines règles fondamentales, au rang desquelles on peut noter l'acceptation de la défaite électorale, la liberté d'expression politique, le règlement des litiges par le droit plutôt que par le bâton ou le fusil, et l'absence de remise en cause de l'État lui-même. Il est inutile de chercher *le* modèle de contrôle de constitutionnalité qui instaurera la liberté et l'égalité en Afrique, tant que les États eux-mêmes n'auront pas acquis une certaine légitimité populaire.

B. – *Problèmes liés au fonctionnement de ce contrôle*

Les problèmes liés à l'émergence du contrôle de constitutionnalité se compliquent lorsqu'on observe le fonctionnement réel de l'institution dans l'État.

On a noté en maints endroits que le juge constitutionnel africain est souvent dépendant de l'exécutif, soit pour sa nomination, soit pour l'exécution de son mandat, soit pour son renouvellement [38]. Tant que la justice constitutionnelle ne se trouve pas à une bonne distance du pouvoir exécutif, elle ne peut remplir sa mission primordiale de gardienne des libertés et des droits.

L'organisation du contrôle peut aussi poser problème. Si la saisine est limitée aux autorités exécutives, il y a fort à parier qu'aucun contrôle n'aura lieu. Si la saisine est automatique, *a priori*, la juridiction constitutionnelle se transforme en conseillère juridique officielle du Président et ses arrêts ne serviront qu'à légitimer ses décisions. La Cour constitutionnelle

37. G. Conac, *Les Cours suprêmes en Afrique : le droit constitutionnel*, Paris, Économica, 1988, pp. V-XVI et F. Moderne, *id.*, pp. 35-37.

38. Voir le rapport sur le Tchad par le professeur Djonata Djatto, publié dans ces *Actes*.

adoptera les interprétations les plus fantaisistes pour ne pas nuire au Président [39]. La créativité cédera la place à la fiction, diminuant du même coup le capital de crédibilité de la Cour. Si l'organe de contrôle a compétence sur le contentieux électoral ou les procédures internes du Parlement, il s'expose à être entraîné au cœur de questions politiques extrêmement litigieuses et sensibles. (Il n'est pas inutile de noter ici que dans plusieurs États de *common law*, le Parlement jouit d'une autonomie totale sur la conduite de ses procédures internes et aucun tribunal n'y fait appliquer le droit constitutionnel ; cette réserve est sage.) Certes, on ne manquera pas de noter que les questions constitutionnelles sont toujours politiques : c'est exact. Mais il en est dont le caractère juridique est plus marqué. L'excellent travail d'une Cour constitutionnelle au sujet des droits fondamentaux peut être escamoté par la contestation ouverte de ses décisions en matière de contentieux électoral.

C. – *Problèmes liés à l'impact de ce contrôle*

Les auteurs signalent tous l'impact faible, voire inexistant de ce contrôle. Cela tient à un facteur fondamental : le droit lui-même n'a qu'une très faible pénétration sociale [40]. Pour une population rurale, peu scolarisée, la présence de droits constitutionnels fondamentaux, administrés dans une capitale lointaine par un organisme un peu obscur dans une langue étrangère n'a que bien peu de pertinence. Le droit constitutionnel ne peut jouer le rôle qu'il joue en occident, celui d'un outil de revendication politique. Les droits fondamentaux sont revendiqués en d'autres forums et d'autres contextes : on voit peu d'utilité pratique à intégrer un recours constitutionnel dans l'arsenal des revendications.

Il est un autre facteur externe à l'institution qui nuit à son effectivité : la personnalisation du pouvoir. Toute contestation d'une décision exécutive est perçue par la population comme une attaque personnelle contre le chef de l'exécutif, une remise en cause de la légitimité de son pouvoir. Comme il se sent fragilisé, le chef de l'État se montre extrêmement chatouilleux dès qu'un autre organe, qu'il ne contrôle pas et dont le mandat est justement de le contraindre, annule ses décrets et ses lois au motif que des droits fondamentaux auraient été violés. Dans une telle conception du pouvoir, le contrôle de constitutionnalité a peu de chance de s'installer véritablement comme un outil intéressant de régulation politique : on n'en voit aucunement l'utilité.

Ainsi, lorsque, comme à Maurice ou plus récemment au Bénin, les Conventions nationales débouchent sur de véritables consensus sociaux

39. CONAC, *op. cit. supra*, note 37.

40. J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, coll. Que Sais-Je ?, n° 2103, Paris, PUF, pp. 118-127.

autour d'idées comme le pluralisme politique, la résolution des conflits par le droit et la saisine plus ouverte autour du contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, les conditions sont alors réunies pour permettre à celui-ci de se déployer et de produire ses effets. Par lui-même toutefois, il ne peut atteindre ce but. Le pouvoir judiciaire est le pouvoir le moins dangereux, « *the least dangerous branch* », de l'État. L'excellence de ses analyses, sa finesse politique et la crédibilité de ses membres auprès de la population ne suffisent pas à en établir la pertinence.

*
* *

En conclusion, que faire ? Les avancées récentes sur la voie de la démocratie dans maints États africains ouvrent une perspective encourageante. Le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux peut devenir un outil intéressant d'équilibrage politique : l'expérience de l'Europe et de l'Amérique le démontrent. De plus, le pouvoir n'a pas à craindre outre mesure l'exercice de ce contrôle : à moins de détruire elle-même son image et sa crédibilité, la Cour constitutionnelle ou la Cour suprême sauront trouver les mécanismes et les motivations qui préserveront les libertés quand c'est nécessaire, mais adapteront les normes constitutionnelles aux exigences concrètes. La jurisprudence a un bel avenir en Afrique.

L'État de droit est d'abord un État qui édicte des normes connues protégeant les droits des personnes et dont une institution indépendante et neutre veille à leur mise en œuvre. Il est aussi un État dont le droit a une grande pénétration dans les rapports sociaux entre l'État et ses citoyens. L'État ne laisse pas la chose publique se dissoudre : il navigue prudemment entre le totalitarisme étouffant et le chaos anarchique. La Cour constitutionnelle représente le pilote de ce navire, le gardien de cette opération.

Kelsen assignait au contrôle de constitutionnalité la finalité de définir les voies normatives que devront emprunter les détenteurs du pouvoir pour procéder à leurs réformes. Aujourd'hui, on peut dire qu'il est bien plus que cela. Hart distingue les normes constitutionnelles primaires (procédurales, légitimantes) et les normes constitutionnelles secondaires (substantielles, structurantes). Les droits fondamentaux, parce qu'ils expriment une préférence quant aux valeurs, procèdent de la seconde forme. La Cour constitutionnelle dépasse donc le cadre strictement procédural et injecte une dimension concrète dans la démocratie.

Je me contenterai d'évoquer ici quelques pistes de réflexion pour le développement d'une justice constitutionnelle pertinente en Afrique :

1° D'abord, assurer la stabilité politique dans les États où elle ne l'est pas encore. Un pays en guerre civile n'a que faire de la justice constitutionnelle.

2° Laisser les systèmes se développer de l'intérieur. Une solution imposée de l'extérieur ne pourra pas fonctionner à long terme.

3° Adapter les mécanismes aux réalités sociales. On peut se demander si un contrôle diffus est préférable à un contrôle concentré.

4° Miser sur la capacité pédagogique du contrôle. La personnalité des juges constitutionnels est un facteur capital. Ils et elles doivent être en mesure de commander le respect tant de la population que des dirigeants. La fonction du juge constitutionnel est autant pédagogique que juridique. Aussi conviendrait-il de consacrer des efforts à la diffusion de la décision constitutionnelle, sa publication, son commentaire par la doctrine.

5° Miser sur le trans-constitutionnalisme. La disponibilité des décisions constitutionnelles rendra celles-ci attrayantes pour des États voisins disposant d'un système juridique semblable. Les solutions et raisonnements retenus en un endroit pourront servir d'inspiration ailleurs. Le débat autour des valeurs fondamentales de la société s'élargira. L'ensemble normatif des droits fondamentaux en sortira renforcé.

6° Enfin, la justice constitutionnelle, dit-on, ne s'improvise pas. Il faut donc lui laisser du temps. L'Afrique, malgré ses sursauts de fièvre, connaît bien le temps : n'est-elle pas le berceau de l'humanité ?

Le contrôle judiciaire de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, condition de l'État de droit

PAR

DJONATA DJATTO

UNIVERSITÉ DE N'DJAMÉNA (TCHAD)

Ancienne colonie française, le Tchad a accédé à l'indépendance le 11 août 1960. En trente-cinq ans, le pays a connu une grande instabilité institutionnelle et politique.

Les premières institutions mises en place avaient comme par mimétisme prévu un régime de séparation des pouvoirs (exécutif, législatif, judiciaire) de type parlementaire. Le chef de l'État était désigné au départ par le suffrage indirect par le collège des députés [1]. Émanant du corps législatif, il n'avait pas la plénitude des pouvoirs.

En 1962, une réforme constitutionnelle a permis l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. Cette réforme transforme par ricochet la nature du régime qui prend en compte les éléments du régime parlementaire (responsabilité ministérielle, dissolution) ; s'y ajoute un élément du régime présidentiel (élection au suffrage direct). Le chef de l'État devient dès lors le personnage clé de la vie politique face à un législatif contrôlé par les partis politiques et un judiciaire qui se cherche.

Cette prépondérance du chef de l'État vis-à-vis des autres pouvoirs fut renforcée par l'instauration du parti unique en 1962 [2]. Parallèlement, le corps législatif dit Assemblée nationale n'est pas mis en place ou ne renferme que des élus en majorité du parti unique au pouvoir, obligés d'observer la discipline partisane.

Le coup d'État militaire d'avril 1975 et les multiples guerres civiles que le pays a connues entre 1979 et 1981 ont contribué à la disparition de l'or-

1. Article 9, § 3, de la *Loi constitutionnelle n° 18-60* du 28 nov. 1960, *J.O.* du 15 déc. 1960 : « Le chef de l'État est élu par l'Assemblée nationale. L'élection est acquise au premier tour du scrutin à la majorité des deux tiers des membres composant l'Assemblée nationale, au second tour du scrutin à la majorité des trois cinquièmes des membres composant l'Assemblée et à partir du troisième tour de scrutin à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée ».

2. G. CONAC, « Portrait du chef de l'État », dans *Pouvoirs*, 1983, p. 121 : « Le chef de l'État est au centre de tout. C'est lui qui bâtit la nation, dirige l'État et le personnalise à l'extérieur comme à l'intérieur. Dans une large mesure, il se confond avec le système politique lui-même ».

gane législatif et à la mise en sommeil des textes constitutionnels jusqu'en 1989, date à laquelle une nouvelle Assemblée fut élue et une Constitution adoptée par référendum. Pendant une dizaine d'années, un exécutif tantôt bicéphale, tantôt monocéphale grâce à des actes dénommés chartes ou actes fondamentaux, a exercé l'essentiel des pouvoirs.

La dernière Assemblée, élue en 1989, n'a pu siéger une seule fois. Un autre coup d'État intervient en décembre 1990 pour mettre un terme aux nouvelles institutions mises en place dans des conditions somme toute discutables [3]. Empruntant la voie tracée par les autres États (Bénin, Congo) vers la démocratisation du système politique, les auteurs du coup d'État ont accepté l'organisation d'une Conférence nationale souveraine [4]. Les travaux de ce forum se sont terminés par la mise en place d'organes de transition. Une Assemblée provisoire (le Conseil supérieur de transition), dont les soixante membres sont désignés par les délégués à la Conférence, partage l'initiative de loi avec un exécutif dirigé par le chef de l'État en titre et un Premier ministre élu par « les Conseillers » [5].

La Charte de transition adoptée par la Conférence nationale souveraine le 5 avril 1993 est le texte de base de l'exercice du pouvoir. Elle détermine les organes, leurs rapports mutuels, leurs rapports avec les citoyens, notamment dans la Déclaration des droits et libertés individuels et collectifs.

Le projet de constitution, élaboré par le Comité technique institutionnel, a fait l'objet d'amendements de la part des différents acteurs politiques au cours d'un débat national, puis a été soumis au référendum le 30 avril 1996. Le texte en fut promulgué le 14 avril 1996 par le Président de la République [6].

La constitution ou loi fondamentale fixe le cadre général du fonctionnement de l'État. Elle détermine les différentes institutions futures, les rapports entre elles, entre elles et les citoyens par la Déclaration des droits et libertés ainsi que le mécanisme de leur protection. Outre le pouvoir constituant originaire, le législateur pose des règles de portée générale et impersonnelle (les lois) applicables à tous les membres de la communauté nationale. L'exécutif tchadien partage cette fonction avec le législateur par la

3. Le référendum organisé en 1989 pour l'adoption de la Constitution faisait figure de plébiscite. L'article 209 du texte constitutionnel indique · « L'adoption de la présente Constitution par le peuple emporte élection du Président de la République en fonction pour un mandat de sept ans ».

4. La C.N.S a réuni 800 délégués de février à avril 1993.

5. Les membres de l'Assemblée porte le titre de conseiller (art. 69 de la Charte de transition).

6. *Décret n° 186/PR/96* du 14 avril 1996, portant promulgation de la Loi constitutionnelle.

possibilité offerte de proposer des projets de lois, mais aussi grâce à la législation déléguée [7].

Le législateur a une compétence limitée par la Constitution. La loi n'est adoptée que dans les matières suivantes :

- la citoyenneté, les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ;
- la nationalité, l'État et la capacité des personnes, le régime des biens, les régimes matrimoniaux, les successions ;
- la détermination des crimes et délits aussi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale, l'amnistie ;
- l'organisation des tribunaux, le statut des magistrats, la procédure civile ;
- la déclaration de guerre ;
- l'enseignement ;
- les finances publiques.

Toutes les autres matières relèvent du règlement.

Le contrôle de constitutionnalité prévu par les textes ne s'applique qu'aux lois *stricto sensu*. Le contrôle de légalité effectué sur les autres actes, notamment ceux de l'exécutif, est du ressort du juge, qui a une double compétence (administrative et judiciaire) [8].

En dehors de la période de troubles politiques et militaires (1975-1981) le principe de la séparation fut affirmé par tous les régimes à travers les textes constitutionnels.

- Le préambule de la Loi constitutionnelle du 20 novembre 1960 contenait les dispositions suivantes : l'instauration d'une véritable démocratie, fondée sur le système de la séparation de trois pouvoirs : législatif, exécutif, judiciaire.
- La Constitution de 1989 dans son article 4 indiquait : Le principe de l'exercice du pouvoir est le Gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple, fondé sur la séparation des pouvoirs.

L'article 160 du même texte affirme l'indépendance du pouvoir judiciaire : « Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif ». La Constitution de 1996 intègre une disposition semblable dans son article 7 : « Le principe de l'exercice du pouvoir est le Gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple fondé sur la séparation des pouvoirs ». Est-ce une volonté réelle d'opérer la séparation des pouvoirs, qui n'est d'ailleurs jamais effective, ou un simple conformisme par rapport aux modèles universels ? L'examen du rôle joué par chaque organe depuis

7. Art. 129 de la Constitution : Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Art. 134 : L'initiative des loi appartient concurremment au Gouvernement et aux membres du Parlement.

8. *L'Ordonnance n° 67/PR* du 21 mars 1967 a instauré une unicité de juridiction.

1960 permettrait la clarification de l'exercice réel du pouvoir au Tchad par rapport aux droits fondamentaux.

Membre de l'ONU et de l'OUA, le Tchad a été obligé d'insérer dans ses textes fondamentaux les droits proclamés dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, et dans la *Charte africaine des droits de l'homme* et des peuples de 1981. Si les droits de la première et de la seconde génération furent amplement développés, ceux de la troisième génération (solidarité, environnement sain, etc.) sont très peu pris en compte par les textes nationaux.

La dernière Constitution consacre 31 articles aux libertés et droits fondamentaux :

- La personne humaine est sacrée et inviolable (art. 17).
- Tout individu a droit à la vie, à l'intégrité de sa personne, à la sécurité, à la liberté et à la protection de sa vie privée.
- Nul ne peut être soumis ni à des sévices ou à des traitements dégradants et humiliants, ni à la torture.
- Tout individu a droit au libre développement de sa personne dans le respect des droits d'autrui, de bonnes mœurs et de l'ordre public.
- Nul ne peut être tenu en esclavage ou en servitude (art. 20).
- Les arrestations et détentions illégales et arbitraires sont interdites.
- Nul ne peut être détenu dans un établissement pénitentiaire s'il ne tombe sous le coup d'une loi pénale en vigueur.
- Nul ne peut être arrêté ni inculpé qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés.
- Tout prévenu est présumé innocent jusqu'à l'établissement de sa culpabilité à la suite d'un procès régulier offrant des garanties indispensables à sa défense (art. 24).
- Les libertés d'opinion et d'expression, de communication, de conscience, de religion, de presse, d'association, de réunion, des circulation, de manifestations et de cortèges sont garanties à tous.
- La liberté syndicale et le droit de grève sont reconnus.
- L'État reconnaît à tous les citoyens le droit au travail.
- Tout Tchadien a droit à la culture et à l'instruction.
- L'État et les collectivités territoriales, décentralisées créent les conditions pour l'épanouissement et le bien-être de la jeunesse.
- L'État s'efforce de subvenir aux besoins de tout citoyen qui, en raison de son âge ou de son inaptitude physique ou mentale, se trouve dans l'incapacité de travailler, notamment par l'institution d'organisme à caractère social.
- La propriété privée est inviolable et sacrée, le domicile est inviolable.
- Tout Tchadien a le droit de circuler librement à l'intérieur du territoire national, d'en sortir et d'y revenir.

- Le secret de la correspondance et des communications est garanti par la loi.
- Toute personne a droit à un environnement sain.

Cette énumération non exhaustive des droits démontre que le constituant a voulu assurer aux citoyens un certain nombre de droits en plus de ceux qui figurent dans les conventions internationales.

Si depuis 1990, les droits civiques et politiques sont valorisés par la légalisation des partis politiques et des associations [9], le Tchad demeure un des États où la violation des droits et libertés individuels est fréquemment dénoncée [10].

I. – Le contrôle de constitutionnalité et de légalité au Tchad

En droit public tchadien, parler de contrôle de constitutionnalité des lois consiste à limiter la réflexion à la vérification de la conformité des textes votés par le Parlement à la Constitution.

Le Parlement est certes souverain et peut prendre des mesures qui peuvent limiter les droits et libertés des citoyens, à condition qu'elles n'aillent pas à l'encontre de ce qui est souhaité par le constituant lui-même. L'essentiel des textes de lois est d'origine gouvernementale [11]. Le gouvernement est tenté utiliser la voie législative pour prendre des mesures qui s'avéreraient impopulaires ou qui porteraient atteinte aux droits des citoyens, surtout en matières économique et sociale.

Mis à part les textes législatifs, l'ordonnancement juridique est dominé par les actes de l'exécutif, qu'il faudrait inclure dans le contrôle du juge. Le contrôle de légalité suppose qu'un acte qui violerait une loi violerait par ricochet la Constitution dans son préambule ou ses dispositions, surtout en matière des droits et libertés.

Si le contrôle de constitutionnalité est ineffectif, le juge de légalité est beaucoup plus sollicité.

A. – *Un contrôle de constitutionnalité des lois inopérant*

L'ineffectivité du contrôle s'apprécie par rapport à la mise en place d'un organe permanent, à l'exercice du contrôle, aux résultats observés.

9. 55 partis politiques sont légalisés et 230 associations reconnues par le ministère de l'Intérieur.

10. *Rapports sur les violations des droits* (LTDH).

11. Le Conseil supérieur de transition, Parlement actuel dont les membres furent élus le 3 avril 1993 par la Conférence nationale souveraine, a adopté 75 lois en deux ans, dont 73 sont d'origine gouvernementale.

Pour une partie de la classe politique tchadienne, l'instauration du contrôle de constitutionnalité des lois est une aberration parce que le juge ne peut remettre en cause ce qui a été décidé par le législateur, représentant de la nation. Mais pour les défenseurs des droits de citoyens, le juge n'est pas le censeur du législateur, mais le gardien des droits et libertés. À ce titre, il veille à ce que les droits et libertés inscrits dans la Constitution soient respectés même par le législateur, que les lois soient en conformité avec le contenu de la Constitution.

Le contrôle de constitutionnalité est confié à un organe placé en dehors de l'ordre judiciaire, exception faite de la période de transition où une Chambre constitutionnelle est intégrée à la Cour d'appel de N'Djaména. Elle est composée de sept membres dont trois magistrats désignés par le ministre de la Justice et quatre personnalités reconnues pour leur compétence juridique ou administrative. Celles-ci sont nommées par le Président de la République et le Président du Conseil supérieur de Transition (CST) ; la Chambre constitutionnelle est présidée par un Conseiller élu par ses pairs. Elle connaît du contrôle de la constitutionnalité des lois et de leur conformité avec la Charte de Transition.

Le contrôle *a priori* des lois et engagements internationaux ne peut intervenir qu'à la demande de certaines personnalités (Président de la République, le Président du CST ou un quart des membres du CST. Aucune disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les arrêts de la Chambre constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Ses décisions sont prises à la majorité simple.

De par le mode de désignation, d'une saisine limitée à certaines personnalités, du champ d'intervention limitée aux lois et traités, il est fort à craindre que cette Chambre ne sombre dans la même léthargie que les autres cours supérieures tchadiennes. À titre de preuve, depuis la date de sa création, la chambre n'a pu, deux ans après, rendre que deux arrêts dont un arrêt d'incompétence et un arrêt de rejet [12]. La divergence des points de vue sur le rôle du juge fait qu'au Tchad ce contrôle n'est pas permanent.

La Constitution de 1960 (article 58) instaure une Cour suprême composée de cinq membres dont quatre personnalités connues pour leur compétence en matière juridique et administrative, nommées pour 5 ans, à raison de deux par le Chef de l'État et deux par le Président de l'Assemblée nationale. Le Président de la Cour suprême est nommé par le Président de la République après avis du Président de l'Assemblée. Cette Cour est compétente en matière de référendum. Elle statue sur la validité des élections législatives, se prononce sur la conformité à la Constitution des lois organiques, des lois et conventions internationales. Les décisions de la Cour ne sont susceptibles d'aucun recours.

12. *Loi n° 20/PR/94* du 18 juill. 1994 *portant création de la Chambre constitutionnelle.*

Dès 1960 déjà le constituant a limité l'intervention du juge suprême dans les domaines précis qui concernent davantage le fonctionnement des institutions que la protection des droits et libertés. Une révision constitutionnelle de 1967 fait du contrôle de constitutionnalité une attribution d'une chambre de la Cour suprême et élargit la compétence de celle-ci en matière judiciaire et financière.

La Constitution de 1989 maintient l'intégration du contrôle de constitutionnalité dans l'ordre juridictionnel unique. La loi constitutionnelle de 1996 prévoit la création d'un Conseil constitutionnel qui, outre la compétence en matière électorale, connaîtra du contrôle de constitutionnalité des lois (art. 166).

Si les différentes constitutions ont retenu un contrôle de constitutionnalité des lois, ce contrôle n'a jamais fonctionné, soit parce que l'exécutif refuse de désigner les membres de ce corps, soit que les différentes cours ne sont pas saisies pour violation de la Constitution.

Au cours d'une conférence de presse tenue le 21 décembre 1965, le Chef de l'État, parlant de la Cour suprême, avait déclaré : « Nous ne devons, à notre avis, considérer désormais la Cour suprême comme une simple chambre de consultation », tout en ajoutant : « Les attributions de la Cour suprême malgré tout ne seront pas amoindries ; elles tendront à contrôler judiciairement l'application stricte de nos lois. Cette chambre deviendra donc l'arbitre entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire ».

Ce point de vue du Président de la République ne fut pas partagé par son ministre de la Justice qui déclarait : « La Cour suprême n'a qu'un rôle purement politique occulte et ignoré du citoyen ». Elle n'a jamais rendu des décisions juridictionnelles ni n'a donné un quelconque avis. Les faits ont donné raison à ce dernier puisque la réforme de 1967 à supprimé le contrôle de constitutionnalité des lois et n'a maintenu que le contrôle judiciaire.

La non-organisation voulue du contrôle de constitutionnalité des lois marque la volonté des responsables politiques de ne pas soumettre les textes qu'ils font adopter par le législateur à un contrôle du juge. Cette option correspond à la gestion peu démocratique de l'État observée au Tchad depuis l'indépendance et la marginalisation du juge par le pouvoir exécutif. Toutefois le contrôle du juge s'étend aux autres actes de l'exécutif.

B. – *Le contrôle judiciaire et les droits fondamentaux*

Le juge d'instance ou d'appel, saisi d'une atteinte à une violation d'un droit par l'administration, fait usage des règles de droit public dérogatoires au droit commun. Bien que prévale l'unicité de juridiction, l'administration n'est pas soumise aux mêmes règles que les particuliers. Les considérations d'intérêt général ou de satisfaction d'intérêt général placent l'administration dans une situation privilégiée dont le juge doit tenir compte. Le droit admi-

nistratif est appliqué en cas de violation de la légalité, des clauses du contrat administratif, d'excès de pouvoir ou d'abus d'autorité.

Seules l'emprise irrégulière et la voie qui sont des comportements, agissements ou décisions qui ne peuvent être rattachés à l'action de l'administration sont soumises aux règles de droit privé. L'administrateur, en cas de voie de fait ou d'emprise irrégulière, a outrepassé ses compétences. Mais pour que le juge puisse protéger les droits reconnus aux citoyens, il faudrait qu'il fût saisi.

À examiner la jurisprudence tchadienne, les litiges entre particuliers sont les plus courants.

En matière de contentieux administratif, le bilan des activités de la Chambre administrative de la Cour d'appel est très mitigé. En 1991, six affaires sont enregistrées et aucune n'est jugée. En 1992, dix-huit sont enregistrées et quatre sont jugées. En 1993, onze plaintes sont déposées auprès de la Cour, mais un seul arrêt est rendu [13].

Ce nombre limité de décisions rendues sur les litiges opposant les citoyens à l'administration est lié à la lenteur de la procédure devant le juge, à la méconnaissance des voies de recours, à la crainte de s'attaquer à l'administration. Les affaires généralement portées devant le juge sont relatives aux expropriations, aux révocations de la fonction publique, à la sur-imposition ; aux séquestrations arbitraires.

L'analyse des différents arrêts montre qu'il arrive que le juge donne raison aux plaignants en annulant certaines décisions administratives et en condamnant l'administration à leur verser des dommages et intérêts.

Mais les cas non soumis au juge sont plus nombreux, surtout dans les milieux ruraux où les tracasseries administratives et policières sont les plus courantes.

Le rapport de la Commission d'enquête sur les crimes commis par l'ancien président H. Habré, établi en mai 1992, relève combien les droits ne sont pas respectés au Tchad. En huit ans de pouvoir, 42.000 personnes sont mortes en prison ou ont été exécutées. Le rapport n'a porté que sur 10 % des atteintes aux droits et libertés des citoyens.

Les motifs d'arrestation sont généralement futiles, voire dérisoires, comme le souligne le rapport. La personne arrêtée :

- tente de voyager sans un laisser-passer ;
- a écouté Radio-Bardaï [14] ;
- est un agent de l'ennemi ;
- est détenteur d'une grosse somme d'argent.

13. *La justice au Tchad* : Rapport fait par A. BACCARD, Avocat général près la Cour d'appel de Paris.

14. Radio-Bardaï émettait au Nord du pays, contrôlé par les opposants armés au régime de Hissein Habré.

Le paradoxe est que le pouvoir judiciaire existait bel et bien pendant que ces droits étaient systématiquement violés. Le caractère dictatorial du régime interdit que les victimes rescapées des tortures, les parents des disparus puissent se plaindre, au risque de subir le même sort. Il était interdit (sans texte) au parquet de se saisir des cas d'arrestations arbitraires effectuées par la police politique.

Si le juge n'est pas le protecteur des droits fondamentaux du citoyen et si le contrôle qu'il aurait dû effectuer sur les agissements de l'État et ses agents s'avère inopérant, c'est que des obstacles érigés ne lui permettent pas de jouer le rôle qui lui est assigné par les textes.

II. – Les obstacles au contrôle de constitutionnalité

Le juge tchadien se trouve confronté à des obstacles d'ordre politique, social, économique et culturel qui limitent à la fois son indépendance et fragilisent le mécanisme de contrôle.

A. – *Obstacles d'ordre politique*

L'objectif de la théorie de séparation des pouvoirs prônée par Montesquieu est de limiter le pouvoir [15]. Or, les faits montrent que cette théorie, respectée dans la séparation des organes (exécutif, législatif, judiciaire), ne l'est pas dans le fonctionnement des institutions. L'organe judiciaire est perçu comme une administration classique relevant du pouvoir exécutif. Cette conception de la répartition des rôles est à l'image de l'exercice du pouvoir en Afrique, qui ne date pas seulement d'après la colonisation. À observer la société tchadienne, dans ses composantes (familiales, ethniques, claniques), le pouvoir est un domaine réservé au chef et qui ne fait l'objet d'aucun partage. Généralement, il y a une délégation opérée au bénéfice de certaines corporations qui sont tenues de rendre compte.

Ceux qui rendaient la justice faisaient partie de la cour. Ils étaient aussi chargés d'exécuter les décisions prises par le chef. La dévolution et l'exercice du pouvoir au Tchad peuvent être comparés aux systèmes monarchiques :

> « L'autoritarisme politique repose sur un autoritarisme sociétal diffus et récurrent. Il est révélateur de ce point de vue que les relations politiques se déclinent couramment sur le mode des relations parentales, le Président étant désigné par exemple comme le vieux ou le Grand Camarade » [16].

Le pouvoir judiciaire est, en raison de la nomination et du mécanisme d'avancement des magistrats, largement dépendant de l'exécutif. Les magis-

15. « Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

16. J.F. Bayart, « Les sociétés africaines face à l'État », dans *Pouvoirs*, n° 25, p. 23.

trats sont nommés par décret du Président de la République pris en Conseil des ministres sur proposition du ministre de la Justice et révoqués après avis de la commission de discipline. En 1970, les magistrats étaient pris à partie par le Chef de l'État pour avoir refusé de condamner quelques hommes politiques accusés de complot contre la sûreté de l'État. Au Tchad, il est courant qu'une injonction soit adressée par l'exécutif au juge pour remettre en liberté un citoyen poursuivi pour crime ou délit.

L'immixtion de l'exécutif dans le pouvoir judiciaire s'observe par le non-respect de la règle de l'inamovibilité prévue au Statut particulier des magistrats. Récemment, le gouvernement a décidé d'affecter certains magistrats de siège, jugés trop « zélés », de la capitale en province, sans leur accord. Cette forme de mutation qui ressemble à une sanction a pour but d'intimider le juge et lui ôter toute envie d'affirmer son indépendance. L'article 4 du Statut particulier indique que les magistrats de siège sont inamovibles et ne peuvent recevoir d'affectation nouvelle, même par voie d'avancement, sans leur consentement préalable. Mais l'inamovibilité des magistrats tchadiens est limitée puisqu'un alinéa du même article stipule : « Toutefois, lorsque les nécessités du service l'exigent, ils peuvent être déplacés pour une durée déterminée sur avis conforme de la commission de discipline ».

Du moment que la situation qualifiable de « nécessité du service » relève du pouvoir discrétionnaire du Ministère, il est facile d'en inventer pour muter un magistrat contre son gré.

L'autonomie institutionnelle du corps judiciaire n'est pas aussi réelle. Sur les 101 magistrats, 69 seulement exercent des fonctions judiciaires ; les 32 autres sont soit en position de détachement, soit mis en disponibilité. L'interférence des organes exécutif et judiciaire tient à la possibilité offerte aux magistrats de quitter leur corps et de servir l'exécutif à un poste politique plus lucratif.

Outre les obstacles à caractère politique qui reflètent la conception du pouvoir au Tchad, les magistrats sont confrontés à des difficultés économiques individuelles ou collectives entravant le bon fonctionnement de l'institution de la justice.

B. – *Les obstacles matériels et financiers*

Le Statut particulier des magistrats, adopté en 1991, place le personnel de l'organe judiciaire dans une situation financière meilleure que les autres agents de la fonction publique. Le jeune magistrat sorti de l'École Nationale d'Administration et de Magistrature est intégré à l'indice 1120 soit 112.000 FCFA ou 1120 FF par mois.

Ils bénéficient d'une indemnité mensuelle de logement et d'encouragement liée à la fonction, alors que le jeune cadre qui a le même niveau de formation (Maîtrise en droit) est intégré à l'indice 850 soit 85.000 FCFA ou

850 FF par mois. Mais comme les magistrats sont payés par le Trésor comme les autres fonctionnaires, ils accusent aussi des retards de 4 à 5 mois de salaires. Tout compte fait, c'est comme s'ils travaillaient sans être payés.

Les conditions financières sont peu encourageantes, mais les conditions matérielles de travail sont aussi déplorables.

Selon le même rapport sur la justice ci-dessus cité, les magistrats travaillent dans des conditions difficiles. Le palais de justice de N'djaména construit au temps de la colonisation ne contient plus les tribunaux. Les bureaux ont été pillés en 1990. Les meubles ont été emportés et les dossiers dispersés par les prisonniers qui ont recouvré la liberté à la faveur de ces événements. Le rééquipement se fait progressivement.

Les 24 conseillers de la Cour d'appel travaillent dans une pièce de 4 mètres sur 4. Les juges du siège sont au nombre de cinq dans un même bureau. Trois fois par semaine, ils doivent le quitter pour laisser la place à un seul d'entre eux qui y préside, soit une audience de flagrants délits, soit une audience civile en conciliation. La seule salle d'audience qui ne compte que quelques bancs ne peut suffire pour toutes les audiences de la Cour d'appel, du Tribunal de première instance, du Tribunal de travail et des tribunaux d'exception.

Le palais ne dispose ni de bibliothèque ni de documentation. La salle des archives a connu le même sort de pillage.

La police judiciaire ne dispose que de quelques véhicules pour les enquêtes. Les policiers et gendarmes ne peuvent se rendre sur les lieux d'un crime que si les victimes viennent les chercher.

Dans ces conditions, le magistrat, quelles que soient sa compétence et sa bonne volonté, ne peut véritablement assurer la protection des droits fondamentaux, d'autant plus qu'il a des problèmes personnels à régler pour sa famille et lui-même [17].

L'indépendance de la magistrature est donc conditionnée par l'inamovibilité des magistrats de siège, la sécurité financière, l'autonomie institutionnelle. Les magistrats du Tchad, malgré leur statut particulier, se heurtent à ces difficultés, qui ne leur permettent pas d'assurer comme il faut la défense des droits fondamentaux.

Dans ce contexte, quelles seraient les mesures envisageables pour la garantie de ces droits ?

17. J. DUBOIS DE GAUDUSSON, « Le statut de la justice dans les États d'Afrique francophone », dans *Afrique Contemporaine*, Documentation française, 1990.

III. – Mécanismes extra-judiciaires de protection des droits fondamentaux

À l'instar d'autres pays comme la France, la Suède, le Canada, le Sénégal, le recours à une personnalité ou à des commissions administratives permettrait de mieux régler les conflits entre l'administration et les citoyens.

A. – *Les structures fonctionnelles*

La Conférence nationale souveraine, dans un cahier de charges du Gouvernement de transition, du 6 avril 1993, a recommandé des mesures relatives aux droits fondamentaux :

- Création d'une commission nationale chargée de faire les enquêtes et d'établir les responsabilités dans les cas d'atteintes aux droits de l'homme et les cas de personnes enlevées et portées disparues depuis 1960 ;
- traduction en justice de tous les membres des forces de sécurité responsables des atteintes aux droits de l'homme depuis 1960, y compris les personnes ayant agi en situation de rébellion ;
- création d'une structure étatique de prise en charge de toutes les victimes de crimes et de répressions politiques, à savoir les veuves, orphelins et handicapés, leur servant de centre de réinsertion sociale ;
- interdiction formelle des arrestations arbitraires, détentions illégales et exécutions extra-judiciaires et punition les auteurs et complices de ces crimes ;
- création d'une Commission nationale de droits de l'homme habilitée à donner un avis sur toutes les questions concernant les libertés fondamentales et les droits de l'homme ;
- engagement de l'État à participer à la lutte pour la défense des droits de l'homme par le biais des subventions directes ou indirectes aux ONG de cette catégorie ;
- libération immédiate de tous les détenus d'opinion et des prisonniers de guerre ;
- introduction de l'enseignement des droits de l'homme et des libertés dans les écoles civiles et militaires et création d'un centre d'appui en vue de promouvoir cet enseignement.

Certaines de ces mesures ont été prises par le gouvernement comme la création de la Commission nationale des droits de l'homme. Celle-ci a été effectivement créée par la loi n° 031/PR/91 du 9 septembre 1994. Elle est composée de 21 membres : des représentants du gouvernement, des associations, des syndicats et des personnalités choisies en raison de leur intégrité et de leur compétence dans le domaine des droits de l'homme.

La Commission ne rend pas de décisions, mais elle est chargée de :

- formuler des avis au gouvernement concernant les libertés et les droits de l'homme, y compris la condition de la femme, les droits de l'enfant et des handicapés ;
- assister le gouvernement et les autres institutions nationales et internationales pour toutes les questions qui concernent les droits de l'homme au Tchad ;
- participer à la révision de la législation en vigueur et à l'élaboration de nouvelles normes en conformité avec la Charte des droits de l'homme et des libertés adoptés par la Conférence nationale souveraine et les instruments régionaux et internationaux, en vue de la construction de l'État de droit et du renforcement de la démocratie.

La Commission procède à des enquêtes, études et publications et émet des avis au gouvernement sur toutes les questions concernant les droits de l'homme et les libertés fondamentales, notamment la ratification et la mise en œuvre des instruments internationaux et les pratiques en vigueur. Elle donne des avis sur les cas se rapportant :

- à l'existence et aux actions d'une police politique ;
- à la pratique de la torture, des traitements inhumains et dégradants ;
- à l'existence de lieux où se pratiquerait la détention secrète ;
- aux disparitions forcées et aux transferts secrets.

La Commission est autonome quant aux choix des questions qu'elle examine sans sélectivité, par auto-saisine. Elle est entièrement libre de ses avis qu'elle transmet au gouvernement et dont elle assure la diffusion auprès de l'opinion publique.

La Commission a eu effectivement à émettre des avis, mais comme ceux-ci ne lient pas le gouvernement et comme elle n'intervient qu'*a posteriori*, les atteintes aux droits et libertés sont consommées.

Depuis 1995, elle a rendu quatre avis sur les violations des droits de l'homme tout en invitant le gouvernement à prendre des mesures appropriées pour y mettre fin. Elle a mené deux enquêtes sur les violations des droits de l'homme dans les deux Logones et sur l'affaire *N'Djamena-Hebdo* [18].

En plus des avis à émettre, il aurait été souhaitable de donner à la Commission la compétence pour assister en justice les victimes des violations des droits et libertés par financement des frais de justice et d'avocat. En plus de la mise en place et de son action, il serait souhaitable de chercher d'autres voies et moyens pour assurer la protection des droits et libertés.

18. Les deux Logones sont deux préfectures du sud du Tchad où opère une opposition armée. Dans le cadre de la lutte contre cette opposition, les forces de l'ordre portent parfois atteinte aux droits et libertés des citoyens. *N'Djamena-Hebdo* est un journal d'opposition qui a été victime le 1er juin 1995 d'une attaque d'hommes armés qui ont saccagé le matériel de travail.

B. – *Suggestions d'amélioration de la protection des droits fondamentaux*

L'arbre à palabres a été au Tchad la procédure utilisée pour régler les conflits entre citoyens ou entre les différentes communautés.

Les gouvernements ont eu recours à une personnalité nationale pour négocier avec les groupes armés en lutte contre le pouvoir ou pour apaiser les tensions entre agriculteurs et éleveurs. Le médiateur, qui a été jusqu'ici un homme politique ou un chef traditionnel, est choisi par le gouvernement en fonction de sa sagesse, de son impartialité, de son acceptabilité par les parties en conflit.

L'accès difficile à la justice, son coût, l'ignorance des droits et de la procédure judiciaire par la majorité de citoyens, la multiplicité des cas de violation des droits fondamentaux militent pour l'institutionnalisation permanente d'un médiateur.

Ce dernier pourrait avoir des correspondants dans les préfectures qui régleraient les problèmes mineurs avec possibilité d'appel. Il ne s'agit pas d'une administration de justice parallèle, mais d'une procédure plus souple accessible aux citoyens. Saisi d'une requête, le médiateur prend contact avec l'administration incriminée pour un règlement amiable du conflit. En cas de non-règlement par celui-ci, le litige peut être porté devant le juge.

Le médiateur ferait un rapport annuel sur ses activités. L'exploitation de ces rapports par le Gouvernement permettrait de limiter les irrégularités administratives et de moraliser l'administration. La publication de ce rapport serait un instrument d'information et de formation du citoyen au sujet de ses droits et des voies de protection à amiable.

Tout ceci n'exclut pas la création des commissions administratives spécialisées dans la protection des droits fondamentaux.

Les chefs traditionnels, qui sont les auxiliaires de l'administration et sont proches des administrés, peuvent être mis à contribution pour la protection des droits des citoyens. Jusqu'ici, les notables ne règlent que les conflits entre individus, mais prennent rarement fait et cause pour leurs administrés face aux violations des droits de l'homme par les agents administratifs (civils ou militaires). Très écoutés par les administrés, les chefs traditionnels, par des conseils à l'administration, des dénonciations, des plaintes, peuvent faire cesser certains abus d'autorité ou d'excès de pouvoir exercés sur la population, surtout rurale, qui dans la plupart des cas ignore ses droits ou les moyens de défense existants.

Sont également actives les associations de la société civile. Le Tchad connaît depuis 1990 une éclosion du mouvement associatif, surtout dans le domaine de la défense des droits fondamentaux. Un certain nombre d'asso-

ciations (LTDH-ATPDH) [19] ont pour objectifs, outre la formation du citoyen dans les domaines de droits, la dénonciation des violations des droits fondamentaux, la défense des droits des citoyens par des actions en justice, l'information de l'opinion nationale et internationale sur la situation des droits au Tchad [20].

Si, depuis 1990, la protection des droits fondamentaux devient une tâche des associations, leur action n'est pas bien appréciée par le gouvernement, qui les accuse de vouloir s'immiscer dans la vie politique ou encore de se substituer à la justice.

Le dynamisme des associations, leur sollicitation par les citoyens montrent qu'effectivement le contrôle classique n'assure guère la protection des droits fondamentaux, d'où l'intérêt d'utiliser d'autres voies et moyens pour la préservation de ces droits.

Impuissance de la justice devant la violation des droits, activisme des associations de la société civile dans la protection des droits, tels sont les constats qui peuvent être faits de notre système de contrôle face aux droits fondamentaux, d'où la nécessité de son renforcement.

19. Ligue tchadienne des droits de l'homme ; Association tchadienne pour la promotion et la défense des droits de l'homme.

20. La LTDH publie chaque année une rapport sur les violations des droits au Tchad.

QUATRIÈME THÈME

Commerces illicites et droits fondamentaux

Aspects juridiques du tourisme sexuel pédophile. Rapport intermédiaire du groupe de recherches

PAR

PIERRE D'ARGENT

ASSISTANT À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN (BELGIQUE)

Avant toute chose, l'objet général de la recherche entreprise par les Universités Laval, de Tunis, de Ouagadougou et de Louvain mérite sans doute d'être rapidement explicité. Sous le thème « commerces illicites et droits de l'homme », quatre commerces sont abordés sous l'angle de la problématique générale de la protection des droits de l'homme : le commerce des armes, le commerce de la drogue, le commerce des personnes, et le blanchiment de l'argent sale.

L'articulation de ces *commerces* à la problématique classique des droits de l'homme, entendus comme libertés publiques limitant les interventions de l'organisation étatique dans la vie des citoyens, n'apparaît sans doute pas immédiatement et mérite d'être quelque peu éclairée. Nous dégagerons trois articulations possibles de ces commerces à la problématique de la protection des droits de l'homme.

Des distinctions doivent assurément être établies entre ces commerces, dont l'illicéité réside en général moins en leurs objets qu'en l'usage qui est fait de ces derniers. Mais il faut d'emblée remarquer que *l'illicéité* de ces commerces n'est pas simplement fondée sur l'idée que l'on se fait des « droits de l'homme » au sens classique. Ainsi, même si – par hypothèse – l'on admet qu'il existe une liberté individuelle de se droguer, de se prostituer, ou encore de posséder une arme à feu, on ne peut en déduire la nécessaire licéité des commerces qui y ont trait. On sait en effet que le droit ne procède pas de cette logique, et il suffit de rappeler à cet égard que bon nombre de systèmes juridiques tolèrent la prostitution tout en prohibant le proxénétisme.

Dans le même ordre d'idées, on peut constater que le caractère démocratique ou libéral, au sens occidental, des collectivités étatiques paraît sans rapport nécessaire avec la licéité ou l'illicéité des commerces étudiés.

L'objet de cette étude n'est pas de remettre en cause ces observations élémentaires. L'illicéité des commerces étudiés est acceptée comme postulat de

travail, et il n'est pas dans nos intentions d'en discuter les mérites politiques ou moraux. Il nous suffit de constater, et c'est une *première articulation* des commerces étudiés à la problématique des droits de l'homme, que ces commerces portent atteinte à une conception large et consensuelle de la *dignité humaine*. Pour les appréhender, il y a lieu de faire appel à une idée élargie des droits fondamentaux, qui n'est pas étrangère à la vue classique des droits de l'homme comme libertés publiques, mais qui dépasse cette conception. Rapprochés d'une conception largement acceptée de la dignité humaine, ces commerces illicites s'inscrivent dans une logique de protection des personnes par les autorités publiques. Cette logique n'est pas éloignée de la problématique plus classique de l'ordre public et des bonnes mœurs, par lesquels, tant du point de vue contractuel qu'administratif, des activités humaines sont soustraites du pouvoir de la liberté individuelle [1]. D'une certaine manière donc, et sous un angle particulier, ces commerces illicites nous obligent à repenser d'anciens concepts juridiques desquels, aujourd'hui, on déduit la tâche – voire l'obligation –, pour les autorités publiques de protéger ce qui est au fondement même des droits de l'homme, c'est-à-dire la reconnaissance de la dignité inaltérable des personnes.

Par ailleurs, ces commerces présentent le trait commun d'être *organisés* à l'échelle internationale, le blanchiment d'argent sale étant, à l'évidence, la dernière étape d'une criminalité organisée se nourrissant des autres commerces illicites étudiés. L'ampleur de ces commerces et les degrés divers de violence et de corruption qui les accompagnent, tant à l'intérieur des États qu'internationalement, menacent le bon fonctionnement de certains États, au point de rendre illusoire, par la faiblesse des autorités publiques et des structures étatiques qui en découle, tout respect des droits de l'homme. Pour prendre un exemple en dehors du monde francophone, il suffit de songer aux difficultés auxquelles doit faire face le gouvernement colombien. Il y a là une *deuxième articulation* de ces commerces illicites à la problématique des droits de l'homme qu'il ne faut pas perdre de vue.

Enfin, une *troisième articulation* est possible si l'on élargit encore la notion de droits fondamentaux de la personne pour prendre en compte des concepts comme celui, sans doute ambigu, du « droit au *développement* ». Ce n'est en effet pas un hasard si les commerces illicites retenus – drogue, armes, personnes – mettent en lumière des circuits économiques parallèles partant du « Nord » vers le « Sud », et revenant au « Nord » par le biais de

1. Voir à cet égard les développements intéressants relatifs au « lancer de nains » à la suite de la prohibition de cette activité par le Conseil d'État de France fondé sur la protection de la dignité humaine en tant qu'elle fait partie de l'ordre public. Sur cette jurisprudence et les liens entre l'ordre public, les bonnes mœurs, la protection de la dignité humaine et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, voir P. RÄDLER, « Die Unverfugbarkeit der Menschenwürde in Deutschland und Frankreich. Die Urteile des französischen Conseil d'État zum 'Zwergenweitwurf' », *Die offentliche Verwaltung*, 1997 (à paraître).

dépôts de sommes auprès d'institutions bancaires contrôlées par des capitaux occidentaux. Il ne s'agit toutefois pas de se contenter de « dénoncer » ici, à l'aide de confortables slogans éculés, de honteux rapports inégaux qualifiés pudiquement de « Nord-Sud » et fondés, à divers degrés, sur une exploitation des populations des pays pauvres. Il suffit pour notre propos de replacer toute collaboration internationale de lutte contre ces trafics dans une perspective plus large d'effort de développement par la suppression de structures d'aliénation.

De ces trois manières au moins, les commerces étudiés interrogent donc les droits de l'homme et, sans anticiper sur des conclusions générales, nous limiterons de la sorte ces remarques introductives.

Pédophilie et tourisme sexuel : Introduction

Dans la problématique plus large du commerce des personnes, qui est illustrée par le p[r] M. Arbour sous l'aspect de la traite des êtres humains et de la prostitution au Canada, nous avons choisi de nous arrêter quelques instants, dans ce rapport intermédiaire, à un aspect particulièrement douloureux de l'exploitation sexuelle d'autrui : c'est celui de la pédophilie et, dans son prolongement, du tourisme sexuel.

Les raisons qui motivent ce choix ne sont pas seulement d'actualité. Certes, « l'affaire Dutroux » a déchaîné en Belgique de nombreuses passions et indignations, tant par la découverte de meurtres d'enfants séquestrés à des fins sexuelles que par la révélation de graves dysfonctionnements du pouvoir judiciaire. Certes, cette « affaire Dutroux » fut révélée à la presse internationale presque en même temps que les travaux du premier Congrès mondial contre l'exploitation sexuelle des enfants qui a réuni cet été à Stockholm près de 1900 participants, dont 718 représentants de 119 États et 471 ONG. L'actualité seule ne justifie cependant pas de s'attarder quelques instants aux difficultés juridiques liées à l'exploitation sexuelle des enfants. L'intérêt théorique du sujet est essentiellement relatif à la manière de solidarité internationale, ou plutôt de souci universel de protection des enfants, qui s'exprime à travers des lois nouvelles de portée extraterritoriale qui permettent de poursuivre dans un for pénal déterminé des actes sexuels commis à l'étranger sur des enfants étrangers en l'absence de toute demande de l'État sur le territoire duquel cette activité pédophile s'est déroulée.

Avant d'analyser ces lois, il y a lieu de rendre compte brièvement :

- de l'importance quantitative du phénomène étudié ;
- des grandes tendances législatives actuelles quant à l'incrimination et à la répression de la pédophilie et de la pornographie enfantine.

Après avoir rendu compte de ces législations relatives à la répression du tourisme sexuel, nous évoquerons rapidement l'éventuelle nécessité d'un

renforcement de la coopération internationale dans la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants, plus particulièrement dans le cadre de la Francophonie, mais sans oublier la proposition, formulée à Stockholm par le ministre belge des Affaires étrangères, de déférer les crimes de pédophilie à la compétence de la Cour criminelle internationale, dont le statut est en cours de négociation à New York.

I. – Ampleur et causes du problème

Au-delà de la maltraitance des enfants dont les médias se font malheureusement de plus en plus souvent l'écho, trois formes d'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales paraissent, à la lumière des travaux du récent Congrès de Stockholm, devoir être rappelées [2]. Il s'agit :

- de la prostitution des enfants ;
- du trafic et de la vente d'enfants à des fins sexuelles, dans leur propre pays ou à l'étranger ;
- de la pornographie impliquant des enfants.

Objectiver quantitativement le phénomène de l'exploitation sexuelle des enfants n'est pas chose facile, vu la nature criminelle de cette activité et les divergences d'appréciation de l'âge de la majorité. L'ampleur de la pornographie enfantine est particulièrement difficile à saisir, notamment à cause du développement considérable des supports informatiques *via* le réseau Internet.

Le trafic et la vente d'enfants, pas seulement dans le but d'exploitation sexuelle, mais aussi aux fins de travail forcé ou de transplantation d'organes, ont fait l'objet de rapports particulièrement circonstanciés de M. Vitit Muntarbhorn auprès de la Commission des droits de l'homme du Conseil économique et social des Nations Unies [3].

Quelles que soient les difficultés méthodologiques de l'appréciation statistique de ces commerces parfois confondus, il est cependant utile de citer ici, de manière non exhaustive, quelques *chiffres* relatifs à la prostitution enfantine qui ont, notamment, été avancés lors du Congrès de Stockholm [4]. En France, le Conseil de l'Europe, dans une étude publiée en 1988 estimait

2. Les travaux de la Conférence de Stockholm peuvent être trouvés sur Internet · http.// 193.135.156.14/webpub/csechome.

3. E/CN.4/1992/55, E/CN.4/1992/55/Add.1, E/CN.4/1993/67. Un programme d'action a été arrêté par la Commission des droits de l'homme le 28 février 1992, E/CN.4/1992/L.84.

4. Cf. note 2. Voir aussi les chiffres cités par M.A. Healy, « Prosecuting child sex tourists at home : do laws in Sweden, Australia and the United States safeguard the rights of Children as mandated by international law ? », 18 *Fordham Int'l L.J.* (1995), pp. 1852 et s. L'étude est particulièrement fournie et éclairante. Pour un aperçu général de la problématique dans le monde, voir F. Bruce, *L'exploitation sexuelle des enfants, Analyse du problème – Des solutions courageuses*, Étude du B.I.C.E., Fayard, 1992, 282 p.

qu'environ 5.000 garçons et 3.000 filles se prostituaient dans les rues de Paris. Aux Pays-Bas, l'ONG « *Defence of the Child International* » a considéré qu'un millier d'enfants s'y prostituaient. En 1996, des études soulignent l'inquiétante progression de la prostitution parmi les enfants des pays d'Europe de l'Est : Russie, Pologne, Roumanie, Hongrie, Tchéquie.

En Asie, qui paraît la région du monde la plus touchée par ce phénomène, on estimait en 1991 que le nombre d'enfants prostitués en Inde avoisinait le demi-million. Parmi ce nombre, il faudrait compter de nombreuses jeunes filles népalaises enlevées et vendues en Inde. Environ 40.000 enfants originaires du Bangladesh seraient exploités au Pakistan. En Thaïlande, les estimations du nombre d'enfants exploités oscillent, selon les sources, entre 80.000 et 800.000. Selon l'ONG « ECPAT – *End Child Prostitution in Asian Tourism* », principal organisateur de la Conférence de Stockholm, près de 250.000 enfants originaires du Laos, de Birmanie et de Chine seraient exploités en Thaïlande. Aux Philippines, le gouvernement estime que quelques 50.000 enfants se prostituent. À Taïwan, ce chiffre serait de 70.000, tandis qu'en Chine continentale, les estimations d'ECPAT varient de 200.000 à 500.000 enfants. La chute des régimes communistes en Indochine a accéléré la demande de prostitution enfantine au Cambodge et au Vietnam, où, respectivement, l'on compterait aujourd'hui quelques 2.000 et 6.000 enfants prostitués. Si ce commerce touche essentiellement des jeunes filles [5], certains pays sont plus clairement identifiés comme des lieux de pédophilie homosexuelle. Ainsi, la plupart des 15.000 enfants prostitués au Sri Lanka seraient des garçons.

L'Amérique latine ne serait pas épargnée par ce phénomène, et l'on estime que près d'un demi-million d'enfants sont prostitués au Brésil, 100.000 au Pérou et 25.000 en République dominicaine.

Les données statistiques pour l'Afrique sont rares mais l'on estime que le Kenya et le Zaïre sont des lieux de prostitution enfantine, tandis que se développerait un trafic d'enfants entre le Mozambique et l'Afrique du Sud.

S'agissant de l'Asie du sud-est, le développement massif de la prostitution, et pas seulement de la prostitution enfantine, est généralement associé historiquement à la présence de nombreux soldats américains en permission en Thaïlande et aux Philippines au cours de la guerre du Vietnam. Après la guerre du Vietnam, les Japonais constituèrent une deuxième vague de clients, qui fut suivie par des Européens et des Américains du Nord. M. Ron O'Grady, coordinateur international d'ECPAT, a estimé lors de la Conférence de Stockholm que près de 250.000 touristes sexuels *pédophiles* arri-

5. Voir à cet égard Asia Watch & Women's Rights Project, *A modern form of slavery. Trafficking of Burmese Women and Girls into Brothels in Thailand*, 1993, 160 p.

vaient chaque année en Asie, parmi lesquels 25 % seraient américains, 16 % allemands, 13 % britanniques et 13 % australiens [6].

Les *causes* de la prostitution enfantine sont complexes et multiples. Sans vouloir faire œuvre de sociologue, on peut relever différents facteurs, en plus de certaines traditions « culturelles » propres à quelques régions du monde : pauvreté, désintégration familiale à la suite de guerres ou de maladies, isolement des enfants par manque de structures familiales ou d'accueil, démographie importante, effondrement des valeurs morales, violence, corruption des autorités locales chargées de la répression, peur du SIDA. Dans les pays riches, la toxicomanie paraît en outre être une cause importante de prostitution enfantine. Ailleurs dans le monde, les inégalités économiques, et plus généralement l'extrême pauvreté, sont le ressort essentiel du trafic d'êtres humains qui alimente la prostitution des enfants.

II. – Incrimination et répression de la pédophilie

Il nous est impossible de dresser ici un inventaire comparatif des différentes lois qui dans le monde, et plus précisément dans le monde francophone, punissent à des degrés divers les agressions sexuelles contre les mineurs, et la détention de matériel pornographique mettant en scène des enfants qui, bien souvent, les accompagnent.

Il nous suffit, dans ce rapport intermédiaire, de constater que ces activités sont généralement réprimées par tous les systèmes juridiques. La pornographie enfantine fait sans doute l'objet d'incriminations plus inégales, et l'on se souviendra par exemple que la simple possession de documents de pornographie enfantine n'est pas réprimée en Suède, ce qui n'a pas manqué pas de plonger quelque peu dans l'embarras les autorités suédoises au moment du Congrès mondial contre l'exploitation sexuelle des enfants [7].

Les différences notables entre les incriminations des agressions sexuelles contre les enfants sont relatives à l'âge de la victime, à son lien de parenté ou de subordination à l'agresseur, éventuellement à son sexe et aux actes commis (tentative ou réalisation d'exhibitions, d'attouchements, de pénétrations avec ou sans violence, de tortures, d'enlèvements, de séquestrations, etc.). Les peines, généralement privatives de liberté, varient en fonction de ces éléments constitutifs de l'infraction. La récidive occupe en matière de délinquance sexuelle une place particulière et les législateurs ne manquent en général pas de la considérer comme une circonstance aggravante.

Les actes « commerciaux » qui accompagnent ou rendent possible la pédophilie (vente d'êtres humains, proxénétisme, exploitation de maisons de

6. B. Harris, « World Congress Against Sexual Exploitation of Children », *One World News Service*, http://www.oneworld.org/child-rights/ch-sex.html.

7. *Le Monde*, 28 août 1996.

débauche, offre de services sexuels...) sont généralement incriminés, bien que les arsenaux législatifs ont parfois quelques difficultés à appréhender parfaitement un tel phénomène, notamment à la suite du développement d'Internet. Dans son rapport, le p[r] Arbour montre en quoi ces incriminations répondent à des obligations internationales des États, parfois déjà anciennes.

Puisque ce rapport se penche plus spécialement sur la répression du tourisme sexuel, il importe de faire état d'une nouvelle politique répressive dans la plupart des pays de « destination » d'Asie du sud-est [8]. La pédophilie et l'exploitation sexuelle des mineurs d'âge y sont (ou y seront, car certains projets de lois n'ont pas encore abouti) désormais sévèrement réprimés. Ces lois procèdent généralement à l'adaptation de législations existantes par le relèvement de l'âge du consentement aux relations sexuelles et s'accompagnent parfois, ce qui mérite d'être souligné, de mesures de réhabilitation et de traitement des jeunes victimes. Cependant, leur mise en œuvre effective se heurte bien souvent à l'inertie des pouvoirs locaux, privés de moyens réels de répression ou simplement corrompus. En outre, l'interprétation judiciaire de ces lois peut être insatisfaisante. Ainsi, malgré un renforcement de l'arsenal législatif, les juridictions thaïlandaises paraissent persister dans leur refus de sanctionner le viol de jeunes garçons [9].

S'agissant des pays occidentaux, et sans aborder la législation réprimant le tourisme sexuel dont nous traiterons ci-après, il est intéressant de noter qu'il paraît se dessiner une tendance au renforcement des incriminations et des peines relatives aux activités ayant trait à l'exploitation sexuelle d'autrui. Le souci de protection des enfants y est particulièrement présent. Ce fait est sans doute d'autant plus remarquable – mais pas nécessairement paradoxal –, qu'il se produit à une époque où la libération des comportements sexuels semble généralement acquise.

Ainsi, pour s'arrêter à des exemples francophones, deux lois belges récentes ont, à la suite des travaux de la Commission d'enquête parlementaire sur la traite des êtres humains, renforcé la répression de la corruption de la jeunesse [10], de la traite des êtres humains et de la pornographie enfantine [11].

8. Voir à cet égard HEALY, *op. cit.*, pp. 1884-1886.

9. M. O'BRIAIN, « The international legal framework and current national legislative and enforcement responses », *Working Document for the World Congress Against Sexual Exploitation of Children*, disponible sur Internet : http://193.135.156.14/webpub/csechome/2156.htm.

10. Loi du 27 mars 1995 insérant un article 380*quinquies* dans le *Code pénal* et abrogeant l'article 380*quater*, alinéa 2, du même Code, *Moniteur belge*, 25 avril 1995, p. 10822.

11. Loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de pornographie enfantine, *Moniteur belge*, 25 avril 1995, pp. 10823-10828.

Par ailleurs, le nouveau *Code pénal* français est, selon l'expression du p^r Tulkens, « intarissable sur la question du sexe » [12], en son chapitre V relatif aux « atteintes à la dignité de la personne » ou en la section V de son chapitre VII, intitulée « De la mise en péril des mineurs ». Non seulement les peines encourues sont généralement aggravées, en tenant compte par exemple de la vulnérabilité de la victime, mais de nouvelles responsabilités pénales sont créées, comme, par exemple, celle des personnes morales. En outre, la notion de peine incompressible a été introduite en droit français par la loi n° 94-89 du 1^er février 1994 [13]. Celle-ci prévoit en effet qu'en cas d'assassinat ou de meurtre d'un mineur de moins de quinze ans, « précédé ou accompagné de viol, de tortures ou d'actes de barbarie » [14], « la Cour d'assises peut, par décision spéciale, soit porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, soit, si elle prononce réclusion criminelle à perpétuité, décider » que le condamné ne pourra bénéficier d'aucune mesures de suspension ou de fractionnement de la peine, de placement à l'extérieur, de permission de sortir, de semi-liberté ou de libération conditionnelle.

Ce recours à des peines incompressibles, qui est débattu aujourd'hui en Belgique, ne va assurément pas sans heurter l'idée d'amendement qu'étaient censées permettre les peines privatives de liberté. Cependant, l'émoi particulier que suscite la récidive en matière d'agression sexuelle d'enfants explique politiquement l'instauration de peines incompressibles, d'autant plus qu'elle paraît laisser relativement impuissants psychologues et criminologues.

Certaines formes modernes de défense sociale doivent encore être soulignées. Ainsi, le 17 septembre 1996 [15], le Gouverneur de Californie a signé une loi rendant *obligatoire* (et non pas librement consentie par le délinquant, comme c'est le cas au Canada) la « castration chimique » des abuseurs d'enfants de moins de 13 ans récidivistes. Contrairement à la castration chirurgicale, qui est définitive et pour laquelle les pédophiles peuvent, aux termes de la loi, opter, la « castration chimique » ne réduit les pulsions sexuelles que durant le temps du traitement, lequel consiste en des injections de substances médicamenteuses. Certaines associations américaines de défense des droits de l'homme ont déjà fait savoir qu'elles comptaient mettre en cause la constitutionnalité de cette loi, sur base du droit au respect de la vie privée, du droit de procréer et du droit d'exercer le contrôle de son propre

12. F. TULKENS, « Le mouvement de réforme des codes et le nouveau Code pénal français », *Archives de politique criminelle*, n° 17, 1995, p. 41.

13. Loi n° 94-89 du 1^er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau *Code pénal* et à certaines dispositions de procédure pénale, *Journal officiel*, 2 février 1994.

14. Nouveau *Code pénal* français, articles 221-3 et 221-4.

15. CNN news 17/9/1996, http://cnn.com/US/9609/17/newsbriefs.pm/index.html.

corps [16]. On peut se demander si, introduite dans un des pays membres du Conseil de l'Europe, une telle législation ne serait pas contraire aux articles 8 (respect de la vie privée et familiale) et 3 (interdiction du recours à des « peines ou traitements inhumains ou dégradants ») de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Enfin, il faut noter le développement de différentes mesures sociales d'accompagnement des victimes d'agressions sexuelles. Ceci témoigne assurément d'un renforcement de la solidarité nationale. Mais peut-on parler d'un droit ? Au niveau de la théorie du droit, ces mesures de réhabilitation obligent en effet à s'interroger sur le rôle réparateur que l'on entend faire jouer à l'État lorsqu'on estime sa responsabilité engagée du fait de n'avoir pas prévenu la commission d'actes dommageables portant atteinte à des droits fondamentaux (intégrité corporelle...) dont il devait positivement assurer la sauvegarde. Autrement dit, il faut s'interroger par ce biais sur ce que recouvre véritablement la créance de droits fondamentaux dont les pouvoirs publics sont débiteurs, éventuellement par l'intermédiaire du mécanisme traditionnel de la responsabilité de l'État.

III. – Répression du tourisme sexuel

Nous ne reviendrons pas sur la répression de la pédophilie et de l'exploitation de la prostitution des mineurs dans les pays de destination des touristes sexuels où, par l'effet du principe d'application territoriale de la loi pénale, ils sont susceptibles d'être poursuivis. De même, nous ne nous attacherons pas plus à décrire d'autres mesures de prévention du tourisme sexuel, existant par exemple à travers des campagnes d'information menées notamment auprès des agences de voyage des pays d'origine des touristes sexuels [17].

La répression du tourisme sexuel peut se faire de deux manières. La première consiste à incriminer le fait ou l'intention de *voyager* avec pour but la commission, à l'étranger, d'actes de pédophilie. C'est ce que nous appelons la répression du tourisme sexuel *au sens large*, ou encore la répression du *voyage* sexuel. La deuxième consiste à incriminer dans le for pénal d'ori-

16. *Contra*, voir E.A. Fitzgerald, « Chemical Castration : MPA Treatment of the Sexual Offender », 18 *American Journal of Criminal Law*, 1990, pp. 1-60. De manière plus générale, voir P. Fennell, *Treatment Without Consent. Law, Psychiatry and the Treatment of Mentally Disordered People Since 1845*, Routledge, London & New York, 1996, pp. 356.

17. Voir à cet égard la *Charte du tourisme* (art. IV et VIII) et le *Code du touriste* (art. X) adoptés par l'Assemblée générale de l'Organisation Mondiale du Tourisme réunie en sa sixième session ordinaire, du 17 au 26 sept. 1985. Pour des exemples concrets de campagnes d'information, voir M. Staebler, « Tourism and children in prostitution », *Working Document for the World Congress Against Commercial Exploitation of Children*, disponible sur Internet : http://193.135.156.14/webpub/csechome/216 a.htm.

gine du touriste sexuel, et en l'absence de toute demande de l'État sur le territoire duquel cette activité pédophile s'est déroulée, les *actes* sexuels qu'il a commis à l'étranger sur la personne d'un mineur étranger, avec ou sans le consentement de celui-ci mais moyennant généralement rémunération. C'est ce que nous appelons la répression du tourisme sexuel *au sens strict*, au encore la répression des *actes sexuels commis à l'étranger*.

À notre connaissance, les pays suivants disposent à ce jour d'instruments législatifs permettant de réprimer le tourisme sexuel, strictement ou largement entendu : Allemagne, Australie, Belgique, États-Unis d'Amérique, France, Norvège, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni et Suède.

Les pays suivants seraient sur le point d'introduire une telle législation : Canada, Irlande, Italie et Japon.

Nous nous proposons d'analyser la législation allemande, belge, française, britannique, américaine et australienne, de même que la législation canadienne projetée, à travers la grille d'analyse suivante :

- technique légistique ;
- actes incriminés ;
- âge de la victime ;
- personnes incriminées ;
- peines encourues ;
- double incrimination et plainte ;
- problèmes de preuve.

Nous aborderons enfin la question de la conformité de ces législations au droit international.

A. – *Technique légistique*

L'analyse de la technique légistique n'a véritablement d'intérêt que pour les systèmes juridiques codifiés. Deux techniques sont en effet possibles : soit le législateur décide d'incriminer le tourisme sexuel par le biais d'une exception à l'application de sa loi pénale dans l'espace, soit il décide de « traiter l'infraction dans le cadre de laquelle ce phénomène peut s'expliquer » [18], c'est-à-dire en incriminant le tourisme sexuel à l'endroit même de la loi pénale où la pédophilie est plus généralement incriminée.

Seule la France paraît s'être ralliée à cette dernière solution [19] en complétant l'article 227-26 de son nouveau code pénal, tandis que les législateurs

18. M.-L. RASSAT, « Chronique législative », *Rev. sc. crim.*, 1994/4, p. 779.

19. Loi n° 94-89 du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau *Code pénal* et à certaines dispositions de procédure pénale, *Journal officiel*, 2 février 1994. L'article 15 de la loi complète par deux alinéas l'article 227-26 relatif à l'atteinte sexuelle sur un mineur de 15 ans sans violence, contrainte, menace ni surprise.

belge [20], allemand [21] et canadien [22] ont préféré introduire une exception à l'application spatiale de leurs lois pénales.

Si ces deux techniques sont parfaitement acceptables, celle qui consiste à introduire une exception à l'application de la loi pénale dans l'espace paraît en principe mieux assurer une répression identique de l'agression sexuelle commise sur un mineur à l'étranger ou dans le for pénal en cause. Cependant, ainsi que nous le montrerons, la technique retenue par le législateur français permet de mieux cerner pénalement le phénomène du tourisme sexuel, même si l'incrimination n'en est que plus étroite.

B. – *Actes incriminés*

Rappelons que deux grandes catégories de législations doivent être distinguées ici. Les lois américaine et britannique entendent réprimer le tourisme sexuel *au sens large*, c'est-à-dire le *voyage* sexuel, tandis que les lois allemande, belge, française et australienne, ainsi que le projet de loi canadien, entendent réprimer le tourisme sexuel *au sens strict*, c'est-à-dire les *actes* sexuels commis à l'étranger.

1. *Répression du voyage sexuel*

a) États-Unis d'Amérique

Est incriminé le fait de voyager à l'étranger avec le but de commettre un « acte sexuel » sur la personne d'un mineur. L'entente délictueuse ayant cet objet est aussi incriminée, permettant donc de poursuivre aux États-Unis les opérateurs touristiques offrant des voyages organisés aux pédophiles [23].

L'« acte sexuel » (*sexual act*) illicite est défini comme étant tout contact buccal, anal ou vaginal, avec ou sans pénétration des sexes, d'autres organes ou d'autres objets [24]. Vu les termes de la loi, il ne faut cependant pas que

20. Loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de pornographie enfantine, *Moniteur belge*, 25 avril 1995, pp. 10825. L'article 8 de la loi insère un article 10*ter* au Titre préliminaire du *Code d'instruction criminelle* dont le chapitre II est relatif à « l'exercice de l'action publique à raison des crimes ou des délits commis hors du territoire du Royaume ». D'autres articles de cette loi créent de nouvelles incriminations relatives à l'exploitation sexuelle d'autrui ou aggravent des peines déjà existantes.

21. § 5, nr. 8, b), *StGB* Allgemeiner Teil. 1. Abschnitt, introduit par la loi du 23 juillet 1993 (27. StrÄndG), *BGBl*, I, S.1346.

22. *Projet de loi C-27, modifiant le Code criminel*, Chambre des Communes du Canada, 2e session, 37e législature, 45 Eliz. II, 1996, Première lecture le 18 avril 1996. L'article 1er du projet vise à modifier l'article 7 du *Code criminel relatif aux infractions commises à l'étranger*.

23. *Child Abuse Prevention Act*, Pub.L. No.103-322, 160001(g), 108 Stat.2037 (1994), signée par le Président Clinton le 13 sept. 1994. La section sera codifiée au Chapitre 18 de l'USC, sous le No.2425 « Travel with intent to engage in a sexual act with a juvenile ».

24. 18 *USC* 2245.

l'un des ces actes ait été commis ; il suffit que l'intention d'en commettre soit établie.

b) Royaume-Uni

Est réprimée l'entente délictueuse (*conspiracy*) ayant pour but de commettre sur la personne de mineurs d'âge certains délits sexuels hors du Royaume-Uni et l'incitation à commettre de tels actes [25]. La loi britannique exige donc, contrairement à la loi américaine, qu'il existe une entente entre deux personnes au moins. La seule intention d'un individu de voyager dans le but de commettre des actes de pédophilie à l'étranger paraît donc sortir du champ d'application de la loi pénale.

Les délits sexuels (*sexual offences*) réprimés varient quelque peu en droit écossais, anglais, gallois ou irlandais du nord. Toutefois, on peut dire que sont visés le viol, la sodomie (*buggery* et *sodomy*) et, plus généralement, l'attentat à la pudeur (*indecent assault* et *indecent behaviour*). Comme en droit américain, il suffit qu'un de ces actes ait été projeté – et non réalisé – pour que l'infraction soit établie.

2. *Répression des actes sexuels commis à l'étranger*

a) Allemagne

Les abus sexuels (*Sexueller Mißbrauch von Kindern*) suivants commis à l'étranger sur des enfants peuvent être poursuivis en Allemagne [26] :

- le fait de commettre des actes sexuels sur un enfant ;
- le fait de forcer l'enfant à commettre de tels actes sur un tiers ;
- le fait de laisser l'enfant commettre de tels actes sur soi ou sur un tiers.

La tentative est à chaque fois punissable.

Les « actes sexuels » (*sexuelle Handlungen*) ne sont pas autrement définis, mais le coït et les blessures résultant des actes sexuels sont considérés comme des circonstances aggravantes.

b) Belgique

Les infractions suivantes commises à l'étranger sur un mineur peuvent être poursuivies en Belgique [27] :

- l'attentat à la pudeur, avec ou sans violences ou menaces ;

25. *Sexual offences (Conspiracy and Incitement) Act 1996*, du 2 août 1996, disponible sur Internet : http://www.publications.hmso.gov.uk/hmso/documents/Acts.html.

26. § 5, nr. 8, b), *StGB* Allgemeiner Teil. 1. Abschnitt et § 176 StGB Besonderer Teil. 13. Abschnitt.

27. Article 10*ter* du Titre préliminaire du *Code d'instruction criminelle* et articles 372, 373, 375, 376, 379, 380*bis* et 383*bis* du *Code pénal*.

- le viol, défini comme étant « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit commis sur une personne qui n'y consent pas » [28] ;
- le viol ou l'attentat à la pudeur accompagné de tortures corporelles ou de séquestrations ou ayant causé la mort. L'attentat à la pudeur est un concept large qui vise tout acte intentionnel par lequel il y a contact entre les corps, certaines parties des corps ou même certains vêtements. L'attentat à la pudeur existe aussi lorsque « les actes impudiques ont été accomplis par la victime elle-même sur la personne de l'auteur de l'attentat » [29].

c) France

Peut-être poursuivi en France le fait pour un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une « atteinte sexuelle » sur la personne d'un mineur lorsque ce fait s'accompagne du versement d'une rémunération [30]. L'atteinte sexuelle n'est définie que par opposition à l'« agression sexuelle » qui, elle, suppose l'usage de violence, contrainte, menace ou surprise [31].

d) Australie

Sont réprimés [32] :

- le fait d'avoir eu à l'étranger des relations sexuelles (*sexual intercourse*) avec un mineur ;
- le fait d'avoir incité un mineur à avoir une telle relation avec un tiers à l'étranger en la présence de la personne qui l'y a incité ;
- le fait d'avoir une conduite sexuelle illicite (*sexual conduct*) à l'égard ou en présence d'un mineur ;
- le fait d'accepter ou d'inciter une telle conduite de la part d'un mineur.

Les relations sexuelles (*sexual intercourse*) sont définies comme étant tout acte de pénétration vaginale ou anale à l'aide d'un organe ou de tout autre objet, ou tout acte sexuel buccal.

La conduite sexuelle illicite (*sexual conduct*) consiste en la commission d'actes indécents (*act of indecency*) définis comme tout acte de nature sexuelle impliquant une partie du corps, à ce point déplacé ou choquant

28. Article 375 du *Code pénal*.

29. A. MARCHAL et J.P. JASPAR, *Droit criminel, Traité théorique et pratique*, T. 1, 2e édition, Bruxelles, Larcier, 1965, n° 915.

30. *Code pénal*, articles 227-25 et 227-26, 4°, tel que complété par la loi n° 94-89 du 1er févr. 1994.

31. *Code pénal*, art. 222-22.

32. *Crimes (Child Sex Tourism) Amendment Act 1994* No.105, disponible sur Internet : http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp.pl/au/legis/cth/num_act/cstaa1994346/index.html.

qu'il est grossièrement attentatoire aux critères ordinaires contemporains de la décence et de la bienséance de la communauté australienne. L'acte indécent est donc synonyme d'attentat à la pudeur.

e) Canada

Le Parlement canadien est actuellement saisi d'un projet de loi visant à incriminer la tentative ou le fait d'obtenir à l'étranger, moyennant rétribution, les « services sexuels » d'un mineur d'âge ou d'une personne que l'on croit telle [33].

3. *Remarques*

De ces comparaisons, on peut déduire que seuls le droit français et le projet canadien saisissent le tourisme sexuel pédophile dans sa réalité propre et élémentaire, c'est-à-dire le recours aux services sexuels d'un mineur à l'étranger *moyennant rémunération*. Dans la catégorie des incriminations des actes sexuels commis à l'étranger, c'est-à-dire du tourisme sexuel au sens strict, ces législations pénales sont les plus restrictives – donc les moins répressives. Par contre, en droit belge, le recours à la prostitution enfantine est incriminé par le biais de l'attentat à la pudeur.

C. – *Âge de la victime*

Nous ne reprendrons pas ici tout le détail des législations nationales analysées, qui connaissent parfois différentes catégories de mineurs en fonction de leur âge pour les besoins d'une répression plus affinée. Nous ne reprendrons ici que les âges au-delà desquels les personnes ne sont plus considérées comme des mineures pour pouvoir légalement consentir à des relations sexuelles. Il s'entend dès lors que plus cet âge est élevé, plus la répression de la pédophilie touristique par un système juridique déterminé est grande.

Par ordre croissant d'âge, c'est-à-dire par ordre croissant de répression, nous obtenons le classement suivant : Allemagne : moins de 14 ans ; Australie : moins de 16 ans ; Belgique : moins de 16 ans ; France : moins de 16 ans (« mineur de 15 ans ») ; Royaume-Uni : moins de 16 ans ; Canada : moins de 18 ans (ou que l'on croit telle) ; États-Unis : moins de 18 ans.

On constate donc que le continent nord-américain se caractérise par une sévérité relative, tandis que le pays le plus laxiste au niveau de l'âge de la

33. *Projet de loi C-27, modifiant le Code criminel*, Chambre des Communes du Canada, 2e session, 37e législature, 45 Eliz. II, 1996, Première lecture le 18 avril 1996, par. 2 (4), modifiant le paragraphe 212 (4) du *Code criminel*.

victime est l'Allemagne, ce qui ne signifie pas cependant que ce soit le pays où l'opinion publique est le moins alertée par ce problème [34].

La proposition de loi canadienne mérite quelques commentaires. En incriminant le fait d'avoir eu recours aux « services sexuels » d'un mineur de moins de 18 ans *ou d'une personne que l'on croit telle*, le législateur canadien fait plus preuve de moralisme, en sanctionnant une intention jugée vicieuse, que d'un souci de protection de la victime. En outre, il est inutile de souligner les difficultés pratiques de preuve que cette incrimination soulève.

Certains auteurs n'ont pas manqué de regretter ces différences du seuil de répression pénale par les variations des âges des victimes, et ont plaidé [35] en faveur d'un alignement de la majorité sexuelle sur celle retenue par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, où ce dernier est défini comme étant « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans » [36]. Il n'est cependant pas certain qu'un tel alignement soit la condition indispensable à une répression efficace du tourisme pédophile. Il faut par ailleurs rappeler que la Convention relative aux droits de l'enfant précise que les législations qui lui sont applicables peuvent déterminer un âge de majorité plus précoce. Sans en arriver à un système de double incrimination, ne pourrait-on alors imaginer que la détermination de la minorité sexuelle d'un enfant revienne à l'État dont la loi lui est applicable en vertu des règles de conflit de lois ? Pour possible qu'il soit, un tel système, inconnu de la technique habituelle du droit pénal, n'est sans doute pas souhaitable, vu les incertitudes juridiques qu'il crée. En outre, il ne faut pas oublier que le but des lois analysées est d'empêcher que ne soit commis à l'étranger des actes sexuels considérés comme illicites dans le for d'origine du touriste sexuel, de telle manière que s'en référer à la loi applicable à l'enfant risque de conduire à une situation de laxisme que l'on voulait éviter. Sous cet angle, on ne peut manquer de constater que certains systèmes juridiques entendent mieux protéger des enfants que leurs lois nationales ou de résidence. Cette pratique n'est toutefois guère préoccupante, tant que ce souci n'emporte pas de discrimination entre enfants étrangers et enfants résidant sur le territoire national.

D. – *Champ d'application* ratione personae

À l'exception de la loi britannique sur laquelle nous reviendrons, toutes les législations analysées incriminent leurs nationaux (critère de l'application personnelle de la loi pénale par le biais de la nationalité (ou citoyen-

34. Voir « Haltung der Bundesregierung zu Kinderprostitution und Prostitutionstourismus », *Deutsche Bundestag*, 13. Wahlperiode, Drucksache 13/4593, 10.05.1996. L'émoi suscité par « l'affaire Dutroux » a par ailleurs amené le gouvernement hollandais à vouloir relever l'âge de la majorité sexuelle aux Pays-Bas.

35. HEALY, *op. cit.*, p. 1919.

36. Convention relative aux droits de l'enfant adoptée à New York le 20 nov. 1989, art. 1er.

neté) active), soit purement et simplement, comme en France, soit moyennant une restriction, comme par exemple en Allemagne où la loi analysée n'est applicable qu'aux ressortissants allemands résidant en Allemagne (ou plutôt, qui y possèdent leurs attaches de vie – *Lebensgrundlage*).

Les législations américaine et australienne, ainsi que le projet de loi canadien, incriminent en outre les comportements des étrangers admis à résider de façon permanente sur le territoire national.

Par ailleurs, le droit belge permet de poursuivre, outre le Belge, « l'étranger trouvé en Belgique ». Cette dernière expression paraît plus large que toutes les autres employées et suscite des difficultés quant au fondement international de la compétence pénale belge sur ce point (cf. *infra*).

Enfin, la loi britannique est d'application territoriale puisque les comportements incriminés doivent s'être matérialisés en Grande-Bretagne par un accord de volonté ou une incitation.

On constate donc que les États, à l'exception sans doute de la Belgique, n'ont pas la volonté de s'attribuer une compétence répressive universelle en matière de tourisme sexuel pédophile. Toute comparaison avec les délits de droit des gens, comme la piraterie, est donc prématurée [37].

E. – *Peines encourues*

Sans préjudice d'une éventuelle réparation civile des dommages causés, les peines prévues par les lois analysées sont soit des peines privatives de liberté, soit des amendes, ou une combinaison de ces peines.

Il serait trop fastidieux de reprendre ici l'éventail des peines possibles prévues par chaque législation. Il est seulement intéressant de relever que les peines de privation de liberté prévues par les législations étudiées sont relativement comparables, même si l'Australie paraît la plus sévère, avec une peine maximale d'emprisonnement de dix-sept ans.

Par ailleurs, on notera que la pédophilie commise à l'étranger ne fait en principe pas l'objet d'une répression moins stricte que celle commise sur le territoire national. S'il est vrai que toute autre solution aurait été choquante en droit, il n'est pas certain qu'en fait la répression de la pédophilie commise à l'étranger soit, vu cet élément d'éloignement, également sanctionnée. Cette observation ne vaut bien entendu que s'agissant des législations incriminant le tourisme sexuel *au sens strict*, et non simplement le *voyage* sexuel.

37. *Contra* : HEALY, *op. cit.*, p. 1880.

F. – *Double incrimination et plainte*

1. *Double incrimination*

La condition de double incrimination n'est imposée expressément que par la législation britannique, encore qu'en ce cas l'incrimination requise à l'étranger est celle de l'acte projeté, et non de l'entente délictueuse ou de l'incitation à commettre de tels actes qui, rappelons-le, sont seules réprimées.

La loi française dispense expressément de cette condition de double incrimination, qui est en principe requise en cas de commission d'un *délit* par un Français à l'étranger [38]. En droit belge, la condition de double incrimination est implicitement maintenue, de par l'effet de l'article 7, § 1er de la loi contenant le titre préliminaire du *Code de procédure pénale*. Les lois américaine et australienne ne requièrent pas de double incrimination [39].

2. *Plainte*

Les lois française et belge disposent expressément que l'action publique n'est pas conditionnée par une plainte de la victime ou de ses ayants droit, ou par une dénonciation de l'autorité étrangère. On comprend aisément la nécessité de cette dispense, si l'on veut pallier les inerties des autorités locales.

Les autres législations ne paraissent pas nécessiter une telle dénonciation.

G. – *Problèmes de preuve*

Les difficultés de preuves sont évidentes en la matière, et renforcées par le fait que l'on est devant une criminalité organisée forçant au silence les enfants abusés.

Afin de réduire les coûts de la répression, de préserver les enfants de toute situation inutilement traumatisante et de contourner certaines difficultés de procédure pénale propres à la *common law* en matière de témoignage, il est intéressant de noter que le droit australien a spécifiquement admis la possibilité d'admettre des témoignages par liaison télévisuelle directe [40]. Le projet de loi canadien permet par ailleurs que soit retenu le témoignage d'un mineur d'âge contenu dans un enregistrement magnétoscopique, « pour autant qu'il ait été réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction » et que le mineur « confirme dans son témoignage (oral) le

38. Art. 113-6, al. 2 du nouveau *Code pénal*.

39. HEALY, *op. cit.*, p. 1915.

40. *Crimes (Child Sex Tourism) Amendment Act 1994* No.105, *op. cit.*, § 50EA et s. « Video link evidence ».

contenu de l'enregistrement » [41]. Une telle mesure est à l'évidence destinée à éviter que des souvenirs douloureux soient ravivés.

IV. – Conformité au droit international

Après cette analyse, la conformité de ces lois au droit international ne paraît guère problématique. Après tout, le caractère extraterritorial des législations étudiées doit être fort relativisé : d'une part, les lois incriminant le voyage sexuel ne font qu'incriminer des faits dont le commencement d'exécution a lieu sur le territoire du for pénal ; d'autre part, les lois incriminant les actes sexuels commis à l'étranger font application du principe classique de la nationalité active ou d'une allégeance comparablement acceptée (résidence permanente) en droit international [42]. Par ailleurs, ces lois sont conformes au souhait de répression du tourisme sexuel exprimé de nombreuses fois dans différentes enceintes internationales [43].

Seule la loi belge paraît poser problème, en permettant en outre que « l'étranger trouvé en Belgique » y soit poursuivi du chef de pédophilie commise à l'étranger. Pour généreuse qu'elle soit, cette affirmation de compétence pénale internationale élargie paraît maladroite, tant elle vise à affirmer une compétence universelle à l'égard de crimes qui ne sont, à ce jour, nullement des *delicta juris gentium*. Il est toutefois improbable que l'exercice par la Belgique de cette compétence pénale à l'égard d'un étranger donne lieu à la mise en cause de la responsabilité internationale de l'État belge.

La question de la conformité de ces législations répressives au droit international devient bien entendu triviale si l'on considère que celui-ci oblige les États à se doter d'une législation réprimant le tourisme sexuel pédophile. À l'heure actuelle, il faut reconnaître qu'il est difficile [44] de déduire une telle obligation de l'article 34 de la Convention des Nations Unies relative aux

41. *Projet de loi C-27, modifiant le Code criminel, op. cit.*, art. 715.1

42. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th. ed., 1990, p. 303.

43. Voir la recommandation n° R (91) 11 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, adoptée le 9 sept. 1991, la résolution adoptée le 18 janv. 1996 par le Parlement européen et relative à la traite des êtres humains, *J.O.*, n° C 32/89 du 5 février 1996, et la « Déclaration et Programme d'Action » arrêtés à l'issue du *World Congress Against Sexual Exploitation of Children*, disponible sur Internet : http://193.135.156.14/webpub/csechome/2232.htm. Il faut remarquer que ces recommandations demandent la mise en œuvre de lois pénales « extraterritoriales » afin de poursuivre les actes commis à l'étranger par les *ressortissants* des différents États. La résolution du Parlement européen fait exception en ce sens qu'elle demande, sans autre précision, de sanctionner les « individus » se livrant au tourisme sexuel pédophile.

44. En ce sens, voir Healy, *op. cit.*, p. 1878.

droits de l'enfant [45], même s'il est probable que le fait d'adopter de telles législations soit une manière appropriée de s'y conformer.

V. – Vers une répression universelle ou une Cour pénale internationale ?

Il faut encore rendre compte de deux initiatives visant à combattre davantage le tourisme sexuel sur le plan juridique.

La première est incorporée dans un projet de Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, visant à « l'élimination de l'exploitation sexuelle et du trafic d'enfants ». Grâce à une initiative conjointe de la France et de l'Australie, ce protocole a été adopté fin 1993 à Tunis par le Deuxième atelier international sur les institutions nationales pour la promotion des droits de l'homme, mais n'a pas encore reçu de ratification, les États, d'accord avec les ONG sur ce point, n'y voyant pas un objet de priorité absolue.

Ce Protocole proclame en son article 1er que l'exploitation sexuelle et le trafic d'enfants sont des « crimes contre l'humanité », et dispose en son article 2 que les États doivent légiférer afin que, d'une part, l'exploitation sexuelle des enfants soit un crime soumis à la compétence pénale universelle des États et que, d'autre part, ils se dotent d'une législation pénale leur permettant de poursuivre les abus sexuels de leurs nationaux ou de leurs résidents commis à l'étranger.

Les mobiles qui ont inspiré ce Protocole sont assurément louables. Il n'empêche que ces deux obligations faites aux États nous paraissent mélanger deux questions qu'il faut distinguer. La première est celle de la transformation de la *liberté* qu'ont aujourd'hui les États d'édicter des règles de compétence pénale leur permettant de poursuivre les abus sexuels commis par leurs nationaux ou leurs résidents à l'étranger en *obligation* internationale. La seconde est celle de la transformation de l'exploitation sexuelle des enfants en « délit de droit des gens », permettant aux États d'exercer une compétence pénale universelle, en ce compris donc une compétence pénale en cas d'infraction commise à l'étranger par des étrangers n'entretenant aucun lien particulier avec l'État du for. Cette seconde hypothèse recouvre

45. « Les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher .

« a) que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale ;

« b) que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales ;

« c) que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique. »

précisément la situation visée par la loi belge qui nous paraît, au stade actuel de développement du droit international, problématique.

Il faut cependant bien se comprendre. Dire que l'exploitation sexuelle des enfants est un « délit de droit des gens » signifie simplement que les États sont convenus de ne pas considérer comme abusive la prétention qu'aurait l'un d'eux d'exercer à cet égard une compétence pénale universelle. L'exploitation sexuelle des enfants n'en devient pas pour autant un « crime de droit international », comme le voudrait l'article 1er du Protocole projeté, car cela supposerait techniquement que le droit international définisse et incrimine lui-même des comportements déterminés, ce qui n'est pas encore le cas. Autrement dit, ce n'est que lorsque certaines formes d'exploitation sexuelle d'enfants pourront être rapportées à une violation d'une norme de droit international que l'on pourra parler de commission de « crimes de droit international ».

Les propos tenus à la tribune du Congrès mondial de Stockholm, et répétés à celle de l'Assemblée générale des Nations Unies le 23 septembre, par le ministre belge des Affaires étrangères méritent en outre quelques commentaires. Le ministre Derycke y a en effet émis l'idée de déférer les crimes de pédophilie à la compétence de la Cour criminelle internationale, dont le statut est en cours de négociation à New York.

L'idée peut paraître séduisante. Elle nous semble cependant malheureuse. D'une part, elle fait fi de toutes les difficultés pratiques liées au fonctionnement d'une Cour criminelle internationale qui ne peut se passer de la collaboration des autorités judiciaires nationales. Point n'est besoin de rappeler les lenteurs des juridictions pénales internationales créées par le Conseil de sécurité pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. D'autre part, elle oublie que la raison fondamentale de déférer certains crimes à la compétence de juridictions internationales est la crainte de partialité des autorités nationales dans la répression de crimes commis, sinon sur ordre, du moins avec l'accord des autorités supérieures de l'État. Au moment de la découverte de l'« affaire Dutroux » une telle proposition ne peut paradoxalement que laisser mal à l'aise, tant elle suppose en bonne logique que les autorités belges seraient, pour d'obscures raisons de collusion, incapables de réprimer les affreux méfaits découverts... Nul doute que la logique du ministre belge ait été tout autre ! Enfin, une telle proposition pourrait risquer de miner les louables, même si relativement récents, efforts des pays de destination des touristes sexuels pour réprimer l'exploitation sexuelle des enfants.

Plutôt que de proclamer de nouveaux crimes internationaux, il nous semble que, notamment dans le monde francophone, priorité devrait être donnée en cette matière à la coopération policière et judiciaire internationale, fondée sur une confiance mutuelle entre États du Nord et du Sud. À cet égard, les propositions du ministre belge, maladroitement formulées,

pourraient être mal comprises par les pays du Sud qui n'y verraient que méfiance à l'égard de leurs systèmes judiciaires.

Il nous paraît que la règle traditionnelle de la compétence territoriale ne devrait pas être trop rapidement oubliée car, fondée sur un principe de bon sens, elle demeure la seule véritablement efficace. Encourager et aider les pays à poursuivre chez eux les touristes sexuels, tout en prévenant leurs projets de voyage dans leurs pays de résidence, devraient être les axes principaux d'une politique répressive efficace. S'il paraît en effet moralement inacceptable que des pédophiles revenus chez eux soient à l'abri de toute poursuite pénale, il n'est cependant pas certain que les législations étudiées soient véritablement praticables, ni que leur effet dissuasif soit important. Des mesures autres que législatives paraissent en outre nécessaires. On peut en effet s'étonner des nombreuses démarches faites par différentes ambassades pour obtenir la libération de leurs ressortissants justement inculpés à l'étranger d'abus sexuel d'enfants, et traduits par la suite devant leurs tribunaux nationaux en application des législations étudiées. On peut se demander si le refus qui serait annoncé par les capitales occidentales d'assister diplomatiquement leurs ressortissants en ce cas [46] n'aurait pas un important effet dissuasif.

46. Ceci sans préjudice d'une telle assistance en cas de condamnation manifestement excessive ou de traitement inhumain en prison.

Les aspects internationaux de la traite des êtres humains en vue de l'exploitation de la prostitution, en droit canadien *

PAR

J.-MAURICE ARBOUR

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ LAVAL (QUÉBEC)

La traite internationale des femmes, pour fins de prostitution, est un phénomène connu depuis fort longtemps et il semble que peu de régions ou de pays échappent à cette activité organisée et contrôlée par des proxénètes qui sont parfois reliés entre eux au sein de réseaux internationaux. Les personnes réduites à la prostitution circulent massivement par-delà les frontières nationales par l'intermédiaire de ces réseaux de proxénétisme [1] qui échappent en grande partie à l'emprise du droit. Comme le souligne M. Jean-Fernand Laurent, rapporteur spécial de l'ONU sur la répression et l'abolition de la traite des êtres humains [2],

> « [L]e caractère universel de la prostitution et l'existence de filières internationales de la traite des femmes et des enfants conduisent à reconnaître la nécessité impérieuse d'une coopération spécifique entre États membres non seulement pour comparer leurs politiques nationales, mais aussi pour organiser leur action commune. »

Depuis 1904, date de la première convention internationale pour la répression de la traite des blanches, le droit international public [3] s'est efforcé de mettre un frein à ce commerce des êtres humains et à l'exploitation de la prostitution d'autrui en aménageant une coopération internatio-

* Rapport préliminaire.

1. Voir le rapport de M. Fernand Laurent, rapporteur spécial sur la répression et l'abolition de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui : *Activités destinées à la promotion de la femme : égalité, développement et paix*, Nations Unies, New York, 1986.

2. *Ibid.*, p. 23.

3. *Arrangement international pour la répression de la traite des femmes et des enfants*, (18 mars 1904) Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 1, p. 84 ; Recueil des traités canadiens, 1951, n° 32 ; *Convention internationale relative à la répression de la traite des blanches* (4 mai 1910) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 98, p. 102 ; *Convention pour la répression de la traite des femmes et des enfants* (30 septembre 1921) Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. IX, p. 416 ; *Convention internationale pour la répression des femmes majeures* (11 octobre 1933) Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 149-150, p. 432 ; *Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui* (2 décembre 1949), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 96, p. 271.

nale entre les États et en invitant ces derniers à se donner des législations efficaces pour neutraliser le travail des souteneurs, entremetteurs et exploiteurs de tous genres. Le but de ce rapport est de présenter l'état actuel du droit canadien dans sa lutte contre la traite internationale des êtres humains, plus particulièrement contre l'exploitation de la prostitution des femmes et des enfants [4] et d'essayer d'indiquer ce qui devrait être accompli sur le plan législatif pour assurer un meilleur contrôle de ces activités criminelles internationales.

Dans une première section (I), nous soulignerons très rapidement les aspects généraux du droit canadien sur le chapitre de la prostitution. Nous analyserons brièvement par la suite les données principales des grandes conventions internationales qui ont été élaborées sur ce sujet (II). Dans une dernière section, nous confronterons le cadre juridique canadien avec les dispositions existantes des conventions internationales pour vérifier si le droit canadien se situe en deçà ou au-delà des solutions internationales (III).

I. – Les aspects généraux du droit canadien

Comme proposition générale, on peut relever l'affirmation du juge en chef Antonio Lamer dans *R.v. Corbeil* [5] : « la prostitution elle-même n'est pas illégale au Canada ». En effet, à l'instar de plusieurs autres États, le droit criminel canadien n'interdit pas la prostitution comme telle, et le seul fait de se livrer à la prostitution ou de fournir des services sexuels contre rémunération demeure une activité parfaitement légale. Le Canada se classe ainsi parmi les pays qui tolèrent une certaine forme de prostitution parce qu'il la juge sans doute inévitable ; mais à l'instar d'autres pays aussi, il s'empresse de limiter ses manifestations les plus visibles, parce que gênantes sans doute ou tout simplement intolérables, en criminalisant certains types d'activités. On constate donc que le législateur canadien pose plusieurs obstacles au travail des prostituées et par extension, aux activités de leurs clients et des personnes qui exploitent la prostitution d'autrui ; il interdit en effet de nombreuses activités reliées directement à l'environnement habituel du monde de la prostitution et vise paradoxalement à supprimer cette pratique théoriquement légale en s'attaquant principalement à quatre problèmes majeurs

4. Au sens de la Résolution 1982/20 du Conseil économique et social, en date du 4 mai 1982, puisque l'ampleur du problème concerne principalement la prostitution des femmes et des enfants, mais à l'exclusion d'autres formes d'exploitation ou d'esclavage, comme la vente et le travail des enfants.

5. (1991) 1 R.C.S. 830, à la p. 835. Voir aussi au même effet : *Renvoi relatif au Code criminel canadien,* (1990) 1 R.C.S. 1123, à la p. 1200 (juge Lamer) ainsi que W. Shabas, *Les infractions d'ordre sexuel,* Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1995, à la p. 106 ; B.J. Saxton et R.J. Stansfield, *Understanding Criminal Offenses,* 3e éd., Scarborough, Carswell, 1992, à la p. 150.

que sont le proxénétisme, la tenue de maisons de débauche, la prostitution de rue et la prostitution juvénile.

A. – *Les maisons de débauche*

Une maison de débauche est un local qui est tenu, occupé ou fréquenté à des fins de prostitution ou pour la pratique d'actes d'indécences. La personne qui tient une maison de débauche est passible d'un emprisonnement maximal de 2 ans [6]. La prostituée qui y travaille régulièrement, le client qui s'y trouve et le propriétaire ou locateur qui permet sciemment que le local soit utilisé à des fins illégales sont tous coupables d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité [7] ; tombe sous le coup de la même pénalité la personne qui transporte ou dirige une autre personne à une maison de débauche [8].

Ces dispositions visant les maisons de rendez-vous sont extrêmement larges et visent tous les locaux (chambres, appartements, local quelconque) utilisés fréquemment ou habituellement à des fins de prostitution [9]. Dans *R.v. Mc Lellan* [10], il fut jugé par exemple que le rez-de-chaussée d'un hôtel était une maison de débauche parce qu'une prostituée avait loué diverses chambres à quatre reprises à des fins de prostitution. La maison, l'appartement ou la chambre d'une prostituée qui reçoit régulièrement des clients chez elle peuvent être déclarés maison de débauche [11].

La manière dont les prostituées contournent les contraintes de la loi est assez simple et très efficace : faute de pouvoir avoir une adresse permanente, elles se déplacent et prodiguent leurs services soit au domicile du client, soit dans des chambres d'hôtel ou ailleurs. La prostitution est ainsi rendue invisible au Canada mais l'industrie du sexe n'a probablement rien à envier aux autres pays, d'autant plus qu'il est tout à fait légal pour les journaux de publier les numéros de téléphones et les tarifs de ceux et celles qui offrent leurs services.

B. – *Le proxénétisme*

Le Code criminel canadien définit, à son article 212, plusieurs types d'infractions sur le chapitre du proxénétisme. C'est ainsi que la personne a) qui vit entièrement ou partiellement des fruits de la prostitution d'une autre

6. C. cr., art. 210, par. 1.
7. C. Cr., art. 210, par. 2.
8. C. cr., art. 211.
9. *Patterson v. The Queen*, (1968) R.C.S., p. 157. *R. v. Pierce*, (1982) 66 C.C.C. (2d) 388 (Ont. C.A.).
10. (1980) 55 C.C.C. 2d., 543.
11. *R.v. Worthington*, 10 C.C.C. (2d) 311 (Ont. C.A.).

personne [12], ou b) qui exerce un contrôle ou une influence, aux fins de lucre, sur les mouvements d'une autre personne de manière à démontrer qu'elle l'aide à se livrer à la prostitution, ou c) qui cache une personne dans une maison de débauche, ou d) qui attire une personne qui n'est pas une prostituée dans une maison de débauche pour fins de prostitution, ou e) qui induit ou tente d'induire une personne à se prostituer, ou f) qui administre une drogue avec l'intention de stupéfier une personne de manière à permettre à quelqu'un d'avoir des rapports sexuels illicites est coupable d'un acte criminel passible d'une peine de dix ans d'emprisonnement. Comme nous le verrons plus loin [13], le même article définit aussi quatre autres infractions qui touchent directement certains aspects de la prostitution internationale.

Un nouveau projet de loi [14], déposé devant le Parlement fédéral en avril 1996, veut créer une infraction de proxénétisme grave, assortie d'une peine minimale de 5 ans d'emprisonnement, si le proxénète qui vit des produits de la prostitution d'une mineure (moins de 18 ans) use de violence à son égard.

C. – *La prostitution de rue*

Dans les endroits publics, i.e. dans « tout lieu auquel le public a accès, de droit ou sur invitation, expresse ou implicite » [15] (jardins et parcs publics, rues et trottoirs, terrains de stationnement, véhicule à moteur situé dans un endroit public) et dans tout autre endroit situé à la vue du public, y compris un véhicule à moteur, il est strictement interdit d'arrêter ou de tenter d'arrêter une autre personne dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'un ou d'une prostituée. Il est même interdit de communiquer ou tenter de communiquer avec elle, « de quelque manière que ce soit » ; ces termes sont très larges et susceptibles d'embrasser une vaste gamme de comportements, comme « le signe de tête ou le clin d'œil classique » [16] ; ils visent autant le client que la prostituée. La règle cherche donc à interdire toute tentative d'arrêter quelqu'un dans un endroit public ou exposé à la vue du public en vue de négocier l'achat ou la vente de services sexuel. On a dit que l'un des principaux objectifs de cette interdiction était d'empêcher le rassemblement en public de prostituées et de leurs clients et

12. La personne qui vit entièrement ou partiellement des produits de la prostitution d'une autre personne âgée de moins de 18 ans est passible d'une peine de 14 ans de prison (Art. 212, par. 2).

13. Voir *infra*, section III-A-1.

14. Projet de loi C-27, Deuxième session, trente-cinquième législature, 45 Élizabeth 11, 1996 (Loi modifiant le Code criminel [prostitution chez les enfants, tourisme sexuel impliquant des enfants, harcèlement criminel et mutilation d'organes génitaux féminins]).

15. C. cr., art. 213, par 2.

16. Juge Wilson dans *Renvoi relatif au code criminel canadien*, (1990) 1 R.C.S.1123, à la p. 1214.

d'empêcher du même coup le développement d'activités criminelles connexes comme le commerce des stupéfiants, la violence et le proxénétisme [17]. Par extension, le code interdit tant au client potentiel qu'à la prostituée de gêner la circulation des piétons ou des véhicules à moteur et d'arrêter ou de tenter d'arrêter un véhicule à moteur.

On doit remarquer que la prohibition n'englobe pas toute forme de sollicitation ; elle ne vise que la sollicitation dans des endroits publics ou dans des endroits privés qui sont exposés à la vue du public et laisse ouverte toute autre forme de communication ; des marchés de substitution nombreux et variés peuvent dès lors se développer [18].

D. – *La prostitution juvénile*

C'est un acte criminel, passible d'une peine de 5 ans d'emprisonnement, que de tenter d'obtenir ou d'obtenir, moyennant rétribution, les services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans, en quelque endroit que ce soit [19]. Il importe peu, à cet égard, que l'endroit soit public ou privé et l'on note que la loi frappe le client et non la victime.

Un nouveau projet de loi, déposé devant le Parlement fédéral le 18 avril 1996, entend étendre ce crime aux activités de Canadiens à l'étranger [20]. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà souligné, ce même projet de loi entend renforcer la protection accordée aux mineures (moins de 18 ans) en sanctionnant par une peine minimale de 5 ans d'emprisonnement tout proxénète qui use de menace ou de violence envers une personne de moins de 18 ans et qui la force à se livrer à la prostitution.

E. – *Conclusion*

L'observation directe des mœurs de la société canadienne laisse voir que l'industrie de la prostitution est très active au Canada. S'il en est ainsi, c'est que la prostitution n'est pas interdite comme telle ; ce sont seulement la prostitution de rue, la prostitution juvénile, le proxénétisme et les maisons de débauche qui sont réprimés par nos lois et il faudrait encore voir avec quel succès ces infractions sont efficacement poursuivies devant les tribunaux.

17. Juge Lamer, *ibid.*, à la p. 1193.

18. Des réseaux de *call-girls* qui se déplacent en rencontrant leurs clients à leurs chambres d'hôtel ou à leurs domiciles privés font partie de la réalité canadienne, et ce dans toutes les principales villes. Les journaux publient leurs annonces commerciales sans aucune contrainte.

19. C. Cr., art. 212, par. 4. Le moyen de défense quant à l'erreur sur l'âge de la personne n'est recevable que si l'accusé a pris toutes les mesures nécessaires pour s'assurer de l'âge de la personne (art. 150, par. 4).

20. Voir ci-après le point III-A-2.

II. – Les conventions internationales

Dès le début du siècle, un mouvement international se dessine afin de lutter contre la prostitution internationale. Il s'agit initialement de surveiller l'exportation de femmes pour la prostitution à l'étranger (1904), puis de définir des crimes internationaux pour lutter contre des proxénètes qui embauchent des mineures, même si ces dernières sont consentantes, ou des femmes majeures sous la contrainte (1910). Des mesures de protection seront ensuite accordées aux enfants des deux sexes afin de lutter contre la prostitution des jeunes garçons (1921) ainsi qu'aux femmes majeures, même si celles-ci sont consentantes (1933). Afin d'attaquer le mal à sa source, le droit international viendra finalement élargir le cadre des infractions en incluant la tenue d'une maison de débauche et le proxénétisme en général comme infractions internationales (1950). La *Convention de 1979 relative à la discrimination contre les femmes*, de même que la *Convention relative aux droits de l'enfant* [21], entrée en vigueur le 2 septembre 1990, contiennent aussi des dispositions pertinentes afin de protéger la femme et l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle.

Le Canada a adhéré aux quatre premières conventions internationales dans le domaine de la prostitution internationale, ainsi qu'à la *Convention relative aux droits de l'enfant* ; il n'a toutefois pas encore signé la *Convention du 2 décembre 1949 pour la répression et l'abolition de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui* [22].

A. – *Arrangement de 1904*

Le Canada est partie, depuis 1906, à *l'Arrangement international en vue d'assurer une protection efficace contre le trafic criminel connu sous le nom de traite des blanches* [23], conclu entre les principales puissances européennes de

21. Canada, *Recueil des Traités*, 1992/3. Signée par le Canada le 28 mai 1990 et ratifée le 13 décembre 1991. Nations Unies, doc. A/Rés. 44/25 du 20 novembre 1989.

22. Nations Unies, *Recueil des Traités*, 1950, vol. 96, p. 271. Nous nous attarderons un peu plus loin sur les raisons qui expliquent le silence du Canada à ce sujet (voir la section III-C-1).

23. Signée à Paris le 18 mai 1904. Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 1, n° 2, p. 84 ; modifiée par le Protocole du 4 mai 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 30, 1949 n° 446, p. 25 ; Canada, *Recueil des Traités*, 1951, n° 32. C.L. Wiktor, *Répertoire des traités du Canada, 1928-1978*, Oceana Publications, Londres et New York, 1982, p. 283. Liste des États ou territoires : Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Russie, Suède et Norvège, Suisse, Autriche-Hongrie, Brésil, Bulgarie, Colombie, États-Unis, Liban, Luxembourg, Pologne, Tchécoslovaquie, Colonies allemandes, Islande et Antilles danoises, Afrique centrale anglaise, Australie, Bahamas, Barbade, Birmanie, Canada, Ceylan, Côte-de-l'Or, Fidji, Gambie, Gibraltar, Gilbert et Ellice, Guinée et Guyanne anglaises, Hong Kong, Inde, Jamaïque, Leeward, Malte, Nigéria du Nord, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Palestine et Transjordanie, Rhodésie du sud, Ste-Hélène, îles Salomon, Sarawak, Seychelles, Sierra-Leone, Somaliland, Trinité, Wei-hai-wei, Windward, Zanzibar, Colonies françaises, Érythrée, Colonies néerlandaises, Afrique orientale anglaise, Bassoutoland, Bermudes, Bet-

l'époque. Le préambule de ce traité nous dit qu'il vise principalement à protéger les filles mineures ainsi que les femmes majeures qui sont abusées ou contraintes. D'une manière générale, on peut dire que cette première Convention vise à prévenir l'exportation de femmes à l'étranger pour fins de prostitution et à imposer à l'État de destination une obligation de rapatriement. Aux termes de cette Convention, chaque État s'engage à établir ou à désigner une autorité chargée de centraliser les renseignements sur l'embauchage de femmes et de filles en vue de la débauche à l'étranger ; à exercer une surveillance sur les bureaux ou agences qui s'occupent du placement de femmes à l'étranger ; à surveiller les ports et les gares d'embarquement ; à signaler aux autorités compétentes étrangères l'arrivée de personnes paraissant être les auteurs, les complices ou les victimes d'un tel trafic. L'État de destination s'engage à recevoir les dépositions des femmes étrangères qui se livrent à la prostitution afin d'établir notamment qui les a déterminées à quitter leur pays, à protéger, à titre provisoire, les victimes qui veulent retourner dans leur pays et à les renvoyer dans leur pays d'origine, à leur demande, en assumant une partie des frais si nécessaire.

Chose assez curieuse [24], cet Arrangement de 1904 ne crée pas d'infraction internationale sur le chapitre de la prostitution et ne demande pas aux États de prendre ou d'adopter les mesures nécessaires pour que leur législation interne soit en harmonie avec l'esprit de la convention ; il se limite plutôt à une une approche policière du problème de la prostitution (surveillance, échanges de renseignements, rapatriement) ; son intérêt principal réside dans la création d'une autorité centrale, dans chaque État partie à l'Arrangement, pour suivre au jour le jour les problèmes et coopérer au plan international avec d'autres États. Cette autorité nationale recevra de plus en plus d'attributions dans le cadre des autres conventions qui seront adoptées par la suite.

B. – *Convention de 1910*

Le Canada est également partie, depuis le 25 août 1913, à la *Convention internationale relative à la répression de la traite des blanches, signée à Paris*

chouanaland, Le Cap, Chypre, Honduras britannique, Natal, Nigéria du sud, Orange, Straits Settlements, Transvaal, Chili, Cuba, Égypte, Finlande, Irlande, Papua et Norfolk, Grenade, Ste-Lucie et Vincent, Japon, Chine, Yougoslavie, Lituanie, Norvège, Perse, Siam, Estonie, Nouvelle-Guinée, Nauru, île de Man, Jersey, Guernesey, îles Falkland, Irak, Terre-Neuve, Tanganyika, Union sud-africaine, Kenya, Nyassaland, Soudan, Turquie, Uruguay, Monaco, Maroc, Tunisie, Maurice, République Tchèque, Slovaquie. Source : Nations Unies, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général, État au 31 décembre 1993*, New York 1994, p. 309.

24. Cette curiosité s'explique plus facilement si nous gardons à l'esprit que la Conférence de 1904 devait adopter deux conventions, la première d'ordre purement administratif et la seconde d'ordre législatif ; or cette seconde convention ne sera finalemet adoptée qu'en 1910.

le 4 mai 1910 [25] par les mêmes Puissances européennes. Cette Convention établit une distinction capitale entre deux catégories de femmes selon leur âge et définit deux nouveaux crimes internationaux, soit a) le détournement d'une mineure pour fins de débauche, (même si cette mineure – moins de 20 ans – y consent et même si les divers éléments du crime sont accomplis dans des pays différents) ; b) le détournement d'une femme majeure – 20 ans accomplis – pour fins de débauche, à la suite de fraudes, de violences de menaces ou d'abus d'autorité. Ces deux infractions sont réputées être inscrites de plein droit au nombre des infractions donnant lieu à l'extradition d'après les conventions déjà existantes entre les Parties contractantes. La Convention prévoit finalement une coopération étroite des Parties sur le chapitre de la communication des décisions judiciaires portant sur des infractions visées par ses dispositions et précise des règles en matière de commission rogatoire. Fait intéressant à souligner, l'adhésion à cette convention entraîne de plein droit et sans notification spéciale adhésion concomitante et entière à l'Arrangement de 1904 [26].

On peut déjà noter trois graves lacunes ou faiblesses dans cette convention. Il faut souligner tout d'abord que l'embauche de femmes majeures, s'il n'y a ni fraude ni contrainte, ne constitue pas une infraction internationale, ce qui laisse la porte ouverte à des initiatives peu recommandables de la part des proxénètes ; on doit ensuite signaler que le cas de la séquestration d'une femme dans une maison de débauche n'a pu être retenu comme une infraction parce que les auteurs de la Convention ont estimé qu'il s'agissait là d'un problème qui ce relèvait exclusivement de la législation intérieure » [27] ; finalement, la convention ne s'occupe pas du problème de la

25. Telle qu'amendée par le Protocole du 4 mai 1949 : Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 98, 1951, n° 1358. Canada, *Recueil des Traités*, 1951, n° 32 ; WIKTOR, *op. cit.* supra, p. 283. Liste des États participants : Allemagne, Autriche-Hongrie, Belgique, Brésil, Danemark, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Pays-Bas, Portugal, Russie, Suède, Bulgarie, Chili, Chine, Colombie, Cuba, Égypte, Estonie, Finlande, Irlande, Japon, Lituanie, Luxembourg, Monaco, Norvège, Perse, Pologne, Siam, Suisse, Tchécoslovaquie, Turquie, Uruguay, Yougoslavie, Colonies françaises, Maroc, Tunisie, Indes néerlandaises, Surinam et Curaçao, Canada, Union sud-africaine, Terre-Neuve, Nouvelle-Zélande, Bahamas, Ceylan, Chypre, Kenya, Fidji, Gibraltar, Hong-Kong, Jamaique, Malte, Nyassaland, Rhodésie du sud, Straits Settlements, Trinité, Australie, Papua et Norfolk, Inde, Barbade, Honduras britannique, Grenade, Ste-Lucie, Saint-Vincent, Guyanne anglaise, île de Man, Jersey, Guernesey, Maurice, îles-Sous-le-Vent, îles Falkland, Côte-de-l'Or, Irak, Gambie, Ouganda, Tanganyika, Birmanie, Nouvelle-Guinée, Nauru, Soudan, Sierra Leone, Palestine et Transjordanie, Sarawak, Gilbert et Ellice, Salomon, Zanzibar, Liban, République Tchèque, Slovaquie.

26. Article 8 de la Convention.

27. Protocole de signature de la Convention du 4 mai 1910 : Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 98, 1951, p. 102, à la p. 112.

prostitution des jeunes garçons et du marché de la pédophilie. Ce sont trois lacunes que les conventions postérieures viendront combler par la suite.

C. – *Convention de 1921*

En 1921, un bon nombre d'États se réunissent à Genève pour adopter la *Convention internationale pour la répression de la traite des femmes et des enfants* [28]. Il s'agit d'une Convention additionnelle à l'Arrangement de 1904 et à la Convention de 1910, que les Parties s'engagent d'ailleurs à ratifier dans les meilleurs délais si la chose n'est pas encore faite ; cette obligation apparaît essentielle puisque ces deux conventions sont prises comme base de départ pour un élargissement de leur portée. L'objet de cette Convention est d'ériger au rang d'infraction internationale le fait pour une personne de se livrer ou de tenter de se livrer à la traite des enfants de l'un ou l'autre sexe, pour satisfaire les passions d'autrui, qu'il y ait consentement ou pas. Les jeunes garçons se voient ainsi accorder la même protection que les filles et l'âge de la majorité passe à 21 ans pour les fins des deux Conventions de 1910 et de 1921. Les Parties contractantes prennent aussi l'engagement d'assurer la surveillance des agences et des bureaux de placement qui opèrent sur leur territoire.

D. – *Convention de 1933*

Comme nous l'avons souligné il y a un instant, le détournement d'une femme majeure pour fins de prostitution à l'étranger demeure une activité licite sous le régime de la Convention de 1910, dans la mesure où il y a consentement de la personne intéressée ; la Convention de 1910 proscrit seulement la violence ou la menace de violence ou la fraude dans ce genre de cas. Or la *Convention internationale relative à la répression de la traite des*

28. Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. IX, 1922, n° 269, p. 416. Le *Dominion* du Canada est représenté, dans le cadre de la délégation britannique, par Joseph Doherty, Ministre de la justice. La Convention de 1921 fut modifiée par le Protocole du 12 novembre 1947, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 53, 1950, n° 770, p. 15. Liste des États liés par la Convention : Afghanistan, Albanie, Allemagne, Autriche, Belgique, Brésil, Empire britannique, Fidji, îles-Sous-le-Vent, Falkland, Côte-de-l'Or, Sierra Leone, Gambie, Gilbert et Ellice, Zanzibar, Birmanie, Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, Union sud-africaine, Inde, Irlande, Bulgarie, Chili, Chine, Colombie, Cuba, Danemark, Égypte, Espagne, Estonie, Finlande, France, Syrie, Liban, Grèce, Hongrie, Irak, Iran, Italie, Japon, Lettonie, Lithuanie, Luxembourg, Mexique, Monaco, Nicaragua, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Soudan, Suède, Suisse, Thécoslovaquie, Thaïlande, Turquie, Uruguay, Yougoslavie, Bahamas, Bélarus, Chypre, Russie, Ghana, Jamaïque, Malte, Maurice, Pakistan, République Tchèque, Singapour, Slovaquie, Trinité-et-Tobago, Zambie. Source : Nations Unies, Traités multilatéraux déposée auprès du Secrétaire Général. État au 31 décembre 1993, New York 1994, p. 303.

femmes majeures [29], signée à Genèvele 11 octobre 1933, vient compléter l'édifice élaboré par les trois conventions précédentes en définissant une nouvelle infraction [30], soit celle d'embaucher, d'entraîner ou de détourner, même avec son consentement, une femme ou une fille majeure en vue de la débauche dans un autre pays et il importe peu à cet égard que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction aient été accomplis dans des pays différents. Les Parties s'engagent aussi à se communiquer les condamnations et les mesures de refoulement prises contre les auteurs des infractions définies par les Conventions de 1910, de 1921 et de 1933.

E. – *Convention de 1950*

Élaborée dans le cadre des Nations Unies, la *Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui* [31] prend acte du lien qui a été établi entre la traite internationale et l'existence de maisons de tolérance : pour venir à bout du problème international, les États doivent dorénavant s'engager à abolir les maisons de tolérance et arrêter les proxénètes. Pour cette fin, la convention incorpore les dispositions des conventions antérieures conclues en 1904, 1910, 1921 et 1933 en les regroupant à l'intérieur des deux infractions suivantes : l'État partie s'engage en premier lieu à « punir toute personne qui, pour satisfaire les passions d'autrui, embauche, entraîne ou détourne en vue de la prostitution une autre personne, même consentante » ou qui « exploite la prostitution

29. Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 149-150, 1934, n° 3476, p. 4342. La Convention de 1933 fut modifiée par le Protocole du 12 novembre 1947. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 53, 1950, p. 15 (Protocole amendant la convention pour la répression de la traite des femmes et des enfants, conclue à Genève le 30 septembre 1921 et la convention pour la répression de la traite des femmes majeures, conclue à Genève le 11 octobre 1933). Liste des États liés par la convention : Afghanistan, Australie, Autriche, Union sud-africaine, Belgique, Brésil, Bulgarie, Chili, Cuba, Finlande, Grèce, Hongrie, Iran, Irlande, Lettonie, Mexique, Nicaragua, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Soudan, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie, Turquie, Bélarus, Bénin, Cameroun, Congo, Côte d'Ivoire, Russie, France, Niger, République centrafricaine, République Tchèque, Sénégal, Slovaquie. Source : Nations Unies, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général, État au 31 décembre 1993*, New York 1994, p. 307.

30. La tentative est aussi punissable (art 1er, alinéa 2).

31. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 96, p. 271. Entrée en vigueur le 25 juillet 1951, elle lie 72 États au 31 décembre 1993 : Afghanistan, Afrique du Sud, Albanie, Algérie, Argentine, Bengladesh, Bélarus, Belgique, Bolivie, Brésil, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Burkina-Faso, Cameroun, Chypre, Congo, Croatie, Cuba, Danemark, Djibouti, Égypte, Équateur, Espagne, Éthiopie, Russie, Finlande, France, Guinée, Haïti, Honduras, Hongrie, Inde, Iran, Irak, Israël, Italie, Libye, Japon, Jordanie, Koweit, Lettonie, Libéria, Luxembourg, Malawi, Mali, Maroc, Mauritanie, Mexique, Myanmar, Niger, Norvège, Pakistan, Phillippines, Pologne, Portugal, Syrie, République centrafricaine, Corée, Laos, République tchèque, Roumanie, Sénégal, Seychelles, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Sri Lanka, Togo, Ukraine, Venezuela, Yémen, Yougoslavie. Source : *Nations Unies, Traités multilatéraux déposés auprès du secrétaire Général. État au 31 décembre 1993*, New York 1994, p. 314.

d'une autre personne, même consentante » ; il doit punir ensuite toute personne qui « tient, dirige, ou sciemment finance ou contribue à financer une maison de prostitution » ou « donne ou prend sciemment en location, en tout ou en partie, un immeuble ou un autre lieu aux fins de la prostitution d'autrui ». Ces infractions sont considérées comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu ou à conclure entre les Parties ; si un État ne veut pas extrader l'un de ses nationaux, il doit lui intenter un procès pour fait commis à l'étranger. Pour faciliter le travail des policiers, chaque État doit créer un service chargé de coordonner et de centraliser les résultats des recherches liées à l'application de la Convention et de fournir à d'autres États des informations utiles sur les auteurs d'infractions visées par la convention (signalement des délinquants, empreintes digitales, photographies, casiers judiciaires).

La Convention contient finalement des dispositions spéciales sur l'entraide en matière de commissions rogatoires, sur le rapatriement des victimes, sur la surveillance des bureaux de placement et des gares, aéroports et ports maritimes.

Cette Convention est intéressante parce qu'elle engage chaque État partie à lutter sur son propre territoire contre les proxénètes et les tenanciers de maisons de tolérance. Malheureusement, on doit admettre que la Convention n'a pas eu tout le succès escompté : à la date du 31 décembre 1993, elle ne réunissait que 68 États.

F. – *Convention de 1979 sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes*

L'article 6 de cette Convention, qui est entrée en vigueur le 3 septembre 1981, demande aux États de prendre les mesures appropriées, y compris des mesures législatives, afin de supprimer le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution des femmes.

G. – *Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant* [32]

Les États parties à cette convention acceptent de prendre toutes les mesures appropriées pour empêcher que des enfants soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale, exploités à des fins de prostitution ou à des fins de production de spectacles ou de matériel pornographique. L'article 35 demande spécialement aux États d'adopter, tant sur le plan national que sur le plan bilatéral ou multilatéral, toutes les mesures nécessaires pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à

32. Canada, *Recueil des Traités*, 1992/3. Nations Unies, doc. A/Rés. /44/25 du 20 novembre 1989. Au 31 décembre 1993, cette convention lie 154 États ; voir Nations Unies, *Traités multilatéraux déposés auprès du secrétaire général. État au 31 décembre 1993*, ST/ Leg/Ser.E/11-12.

quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit. Au sens de la Convention, l'enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de 18 ans.

H. – *Conclusion*

À l'exception des deux dernières Conventions, celles de 1979 et celle de 1989, on ne peut pas dire que les conventions sur la traite des êtres humains ont connu de grands succès. En effet, si nous prenons acte de l'état de ces Conventions [33] à la date du 31 décembre 1993, le cercle des États qui sont liés par elles apparaît assez restreint :

Convention de 1950 : 72 États.

Convention de 1933 : 48 États.

Convention de 1933 telle qu'amendée en 1947 : 30 États.

Convention de 1910 : 85 États et territoires.

Convention de 1910 telle qu'amendée en 1949 : 55 États.

Convention de 1904 : 61 États, 38 colonies.

Convention de 1904 telle qu'amendée en 1949 : 57 États.

Il semble donc que la consolidation opérée à New York en 1950 est un demi-échec et qu'une nouvelle Convention internationale s'impose si la communauté internationale veut empêcher le développement des activités reliées à ce problème. On doit noter par ailleurs que la Déclaration de principes et le Programme d'action adopté par les États à la suite du Congrès mondial de Stockholm sur l'exploitation sexuelle des enfants, à la fin d'août 1996, vient attirer l'attention de l'opinion publique mondiale sur la nécessité de renforcer les mécanismes législatifs nationaux et la coopération internationale afin de mettre un terme à l'exploitation commerciale des enfants à des fins sexuelles. Les États signataires se sont engagés à criminaliser l'exploitation sexuelle des enfants, à mettre tout en œuvre pour appliquer efficacement leur législation, à établir des programmes éducatifs sur le sujet et à renforcer les mécanismes de surveillance de ces activités en étroite collaboration avec les organismes gouvernementaux et non gouvernementaux impliqués dans la protection de l'enfance.

III. – Les rapports entre le droit international et le droit canadien

A. – *Les dispositions du Code criminel*

Il convient d'établir une distinction entre les dispositions classiques qui se trouvent dans le Code criminel depuis fort longtemps et les nouvelles dis-

33. Nations Unies, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général. État au 31 décembre 1993*, New York, 1994.

positions qu'on s'apprête à incorporer au Code dans le cadre d'un projet de loi présenté en première lecture devant le Parlement, en avril 1996

1. *Les dispositions classiques*

Le Code criminel canadien renferme plusieurs dispositions spécifiques visant à combattre certains aspects de la prostitution internationale ; il vise notamment à combattre l'incitation à la prostitution, le recrutement pour les maisons de débauche et le proxénétisme en général. Certaines dispositions se rapportent donc au fait d'encourager ou de tenter d'induire des femmes à quitter le Canada pour se livrer à la prostitution à l'étranger ; d'autres se rapportent, au contraire, au fait d'encourager une personne à venir au Canada pour se prostituer. Ces dispositions que nous allons rapidement analyser – sept au total – prévoient toutes une peine maximale de 10 ans d'emprisonnement ; elles sont expressément définies par l'article 212 du Code criminel.

– Le fait d'induire ou de tenter d'induire ou de solliciter une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, soit au Canada, soit à l'étranger. Cette infraction vise toute personne qui essaye, au Canada, à convaincre une femme d'aller à l'étranger pour se livrer à des rapports sexuels illicites. Les rapports sexuels illicites sont des rapports qui ne sont pas autorisés par la loi ou non permis par le fait du mariage [34] ; il s'agit d'une infraction beaucoup plus large que celle relative à la prostitution car le simple fait d'inciter une personne à commettre un adultère à l'étranger tombe sous le coup de cette interdiction.

– Le fait d'induire ou de tenter d'induire une personne à se prostituer, soit au Canada, soit à l'étranger.

– Le fait d'induire une personne à quitter le Canada pour se prostituer.

– Le fait d'induire ou de tenter d'induire une personne à abandonner son lieu ordinaire de résidence au Canada avec l'intention de lui faire habiter une maison de débauche ou pour qu'elle fréquente une maison de débauche, soit au Canada, soit à l'étranger. Pour que cette infraction soit commise, il faut que l'entremetteur ait l'intention que la femme habite ou fréquente une maison de débauche.

– Le fait d'induire une personne à venir au Canada pour se livrer à la prostitution. L'infraction est commise hors du Canada, en tout ou en partie ; il s'agit d'une exception au principe de la territorialité de la loi pénale. Les difficultés sur le plan de la preuve sont réelles, d'autant plus que la prostitution privée n'est pas interdite au Canada.

– À l'arrivée d'une personne au Canada, le fait de diriger ou de faire diriger cette personne vers une maison de débauche ou de rendez-vous.

34. *Deusch v. La Reine*, (1986) 2 R.C.S., 2.

– Le fait de vivre des fruits de la prostitution. Si une personne vit au Canada des fruits de la prostitution, il importe peu que la victime de ce commerce soit une personne de nationalité canadienne ou étrangère ; par voie de conséquence, toute personne étrangère, majeure ou mineure, mâle ou femelle, qui est exploitée par un proxénète, est protégée par le droit canadien au titre d'une disposition d'ordre général. Si la victime en cause a moins de 18 ans, la peine peut être de 14 ans d'emprisonnement.

Dans le langage courant, induire veut dire inviter, encourager, amener inciter. Dans l'hypothèse de l'incitation à venir au Canada pour se prostituer, il peut s'avérer extrêmement difficile d'établir une preuve suffisante, surtout s'il s'agit d'un fait survenu en dehors du Canada. La même difficulté se présente si la victime se trouve en dehors du Canada alors qu'on accuse au Canada un personne d'avoir induit cette victime à quitter le Canada pour se prostituer à l'étranger. Dans les autres hypothèses, le concept de la maison de débauche est au centre de la définition même de l'acte criminel : encourager une personne à abandonner son lieu de résidence ordinaire pour qu'elle habite ou fréquente une maison de débauche, au Canada ou à l'étranger ou, à l'arrivée d'une personne au Canada, la diriger vers une maison de débauche. Les maisons de débauche étant légalement interdites, il n'y a donc pas de maisons de débauche au Canada, du moins en droit ; pour arriver à déterminer qu'un endroit donné est un lieu de débauche, il faut donc qu'une décision de justice intervienne et que les critères jurisprudentiels soient réunis ; c'est dire qu'il faut constituer une preuve solide ; on sait très bien que les milieux criminels peuvent facilement contourner ces dispositons législatives en dirigeant une femme non pas vers une maison de débauche mais vers une maison d'habitation quelconque ou un appartement quelconque qui est l'adresse civique d'une résidente.

Sur le chapitre de la prostitution juvénile, on peut remarquer que le Canada se montre très sévère ; c'est d'abord un acte criminel, passible de 5 ans d'emprisonnement, que de tenter d'obtenir ou d'obtenir les services sexuels d'une personne de moins de 18 ans ; c'est aussi un acte criminel passible de 14 ans d'emprisonnement, que de vivre des fruits de la prostitution d'un mineur ou d'une mineure.

2. *Le tourisme sexuel et la prostitution juvénile à l'étranger*

Un projet de loi [35], présenté en première lecture devant le Parlement fédéral le 18 avril 1996, entend interdire aux Canadiens et Canadiennes l'exer-

35. Projet de loi C-27 Loi modifiant le Code criminel (prostitution chez les enfants, tourisme sexuel impliquant des enfants, harcèlement criminel et mutilation d'organes génitaux féminins : Deuxième session, trente-cinquième législature, 45 Éliz. II, 1996 – Ce projet suit un premier projet présenté en 1995 par une député de l'Opposition officielle (Projet de loi C-321, première session, trente-cinquième législature, 42-43-44 Éliz. II, 1994-1995, présenté en première lecture le 5 avril 1995).

cice de certaines activités lors de leur séjour à l'étranger. Se disant sérieusement préoccupé par la prostitution des enfants au Canada et à l'étranger, le Parlement fédéral entend donner un message clair aux personnes qui exploitent la prostitution des enfants, que ce soit au Canada ou à l'étranger. Par dérogation au principe de la territorialité de la loi pénale, qui exclut généralement qu'une personne soit punie au Canada pour un crime commis à l'étranger, le projet de loi déclare que le citoyen canadien (ou le résident permanent au sens de la Loi sur l'immigration) qui, à l'étranger, obtient ou tente d'obtenir, moyennant rétribution, les services sexuels d'une personne qui est âgée de moins de 18 ans ou qu'il croit telle, commet un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de 5 ans. Afin de faciliter le témoignage de jeunes plaignants, une disposition spéciale du projet de loi vient préciser qu'un enregistrement magnétoscopique réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et montrant le plaignant ou le témoin en train de décrire les faits à l'origine de l'accusation est admissible en preuve si le plaignant confirme dans son témoignage le contenu de l'enregistrement.

B. – *Autres dispositions*

La loi fédérale sur l'immigration renferme des dispositions générales qui peuvent être d'une certaine utilité dans le contrôle des mouvements internationaux de personnes impliquées dans la traite des être humains. C'est ainsi que les personnes qui ont été reconnues coupables à l'étranger d'une infraction criminelle qui serait punissable au Canada d'une peine de 10 ans d'emprisonnement, les membres d'organisations criminelles, font partie des catégories non admissibles, que ce soit à titre d'immigrants ou de visiteurs. Encore faut-il que les renseignements pertinents parviennent en temps utile aux agents d'immigration, ce qui suppose naturellement un service de surveillance de la prostitution internationale au sein des différents corps de police.

C. – *Éléments d'analyse critique*

Les conventions internationales auxquelles le Canada a adhéré contiennent deux types de règles ; le premier type définit des infractions que les États parties s'engagent à réprimer ; le second type de normes prévoit des mesures d'ordre administratif pour faciliter la coopération internationale et agir à titre préventif. Nous tiendrons compte de cette distinction pour évaluer la situation du Canada par rapport à ses obligations internationales.

1. *La répression des infractions*

Aux termes de la Convention de 1910, le Canada est tenu de punir toute personne qui embauche, entraîne ou détourne une mineure en vue de la

débauche ; il doit faire de même à l'égard de toute personne qui par la contrainte, les menaces, la fraude ou l'abus d'autorité, embauche ou détourne une femme majeure pour les mêmes fins ; dans les deux cas, il importe peu que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction aient été accomplis dans des pays différents. L'article 212 du Code criminel canadien, comme nous l'avons vu, couvre ces deux hypothèses. Il en va de même pour la Convention de 1921, qui étend la protection de la Convention de 1910 aux enfants de sexe masculin, le code criminel ne faisant aucune discrimination à cet égard. Pareillement, le fait d'embaucher, d'entraîner ou de détourner pour fins de débauche une femme majeure, même avec son consentement, infraction qui constitue le cœur même de la Convention de 1933, est couvert par ce même article 212 du code criminel. Les maisons de débauche sont interdites au Canada et c'est un crime d'exploiter la prostitution d'une autre personne ; on peut donc dire que les deux articles centraux de la Conevention de 1949 sont couverts par la législation canadienne, même si le Canada n'a pas ratifié cette Convention.

Les raisons qui ont été avancées pour expliquer le silence du Canada [36], qui n'a toujours pas ratifié la Convention de 1949, sont assez connues. On a dit tout d'abord qu'il ne s'agissait, pour l'essentiel, que d'une consolidation de textes antérieurs qui engageaient déjà le Canada ; on doit se rappeler en effet que les obligations de la Convention consistent surtout à réprimer le proxénétisme et les maisons de tolérance et que la plus grande partie du droit relatif à la prostitution au Canada vise précisément ces deux problèmes. On a laissé entendre aussi que les États-Unis et le Royaume-Uni ayant refusé de ratifier la convention, celle-ci était condamnée à être peu efficace au point de départ ; par ailleurs, étant donné l'absence d'une clause fédérale dans la Convention, il semble que le Canada ne pouvait pas adhérer au régime de la Convention sans faire de réserves aux articles 16 et 20, relatifs à la rééducation des victimes de la prostitution et à la surveillance des bureaux de placement.

2. *Mesures d'ordre administratif et coopération internationale*

L'Arrangement de 1904 oblige toute Partie contractante à désigner une autorité chargée de centraliser tous les renseignements sur l'embauchage de femmes et de filles en vue de la débauche à l'étranger, à exercer une surveillance sur les agences de placement de femmes à l'étranger et à aider au rapatriement des victimes d'un trafic criminel. La Convention de 1910 demande aux États de communiquer leurs lois et leurs décisions judiciaires pertinentes aux autres Parties et d'accepter de considérer les infractions

36. Ce sont du moins les explications fournies par S.A. WILLIAMS et J.G. CASTEL, qui se sont penchés sur le problème dans *Canadian Criminal Law. International and Transnational Aspects*, Butterworths, Toronto, 1981, p. 281.

visées comme des cas donnant automatiquement lieu à l'extradition d'après les conventions existantes entre les parties contractantes. Les services d'immigration sont aussi appelés à la rescousse par la Convention de 1921, afin de combattre la traite des femmes et des enfants : on demande plus spécialement aux États d'édicter des règlements pour la protection des femmes et enfants voyageant à bord des navires d'émigrants, au départ, en cours de route et à l'arrivée. La Convention de 1933 élargit la coopération internationale sur le chapitre des communications en demandant aux États de donner toutes les informations utiles (empreintes digitales, photographie, dossier de police) au sujet de tout individu qui aurait commis ou tenté de commettre des infractions visées par les conventions de 1933, de 1921 ou de 1910, ainsi que les mesures de refoulement ou d'expulsion dont il aurait été l'objet. On sait finalement que la Convention de 1950 demande à chaque État de créer ou de maintenir un service chargé de coordonner et de centraliser les résultats des recherches relatives aux infractions qui tombent sous le coup de la Convention.

La manière dont le Canada s'acquitte de ses obligations en vertu des conventions qui le lient n'apparaît pas très transparente. En 1947, le Secrétaire général de l'ONU demande à tout les États de lui transmettre un certain nombre de renseignements sur le chapitre de la traite des femmes et des enfants ; il leur demande plus particulièrement de donner des renseignements sur chaque cas ou tentative de traite internationale des femmes et enfants, c'est-à-dire sur les cas dans lesquels une partie du délit a été commise dans un autre pays. Plusieurs pays ont répondu qu'ils n'avaient pas découvert de traite internationale ; le Canada n'a pu répondre à la question puisqu'il a reconnu qu'il n'avait « pas de renseignements disponibles » [37]. En 1975, l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol) présente un rapport sur les aspects récents de la traite des femmes. Les résultats de l'enquête menée par Interpol sont présentés pays par pays ; quand le rapport arrive au tour du Canada, il mentionne tout simplement qu'on ne possède aucune information en la matière mais qu'il y a quelques *call-girls* qui voyagent entre les États-Unis et le Canada et qui exercent alternativement dans les deux pays. Le rapport aurait pu mentionner aussi qu'il y a beaucoup de Canadiens qui voyagent aux États-Unis !...

Nous avons cherché à connaître si les informations relatives à ce sujet étaient mieux traitées en 1996. Sauf l'existence d'un bureau de liaison qui assure le suivi des demandes en provenance d'autres pays, Interpol Canada

37. Nations Unies, Conseil économique et social, *Traite des femmes et des enfants, Résumé des rapports annuels pour 1947-1948 établi par le Secrétariat*, E/TWC.1947 – 48/Summary 21 avril 1949, à la p. 9. À la page 12 du même rapport, le Canada souligne qu'il n'y a pas actuellemnt de dispositions qui veuillent que des rapports soient transmis, sur ces affaires de traite internationale, à l'Office des statistiques du *Dominion* ou à la Police montée du Canada ; ces affaires sont traitées par la police locale des grands centres.

n'apparaît pas comme l'agence centrale chargée de surveiller les réseaux internationaux de traite des femmes. *A priori*, le Canada ne semble pas préoccupé par le problème. De plus, sauf les condamnations portées pour avoir tenue une maison de débauche, les annuaires de jurisprudence sont généralement assez muets sur les autres aspects de la prostitution, ce qui est un indice sérieux de l'absence relative de poursuites fondées sur les articles pertinents du Code criminel.

D. – *Conclusion de la III^e partie*

Les textes internationaux étant assez peu contraignants dans leur portée, le système juridique canadien semble répondre d'une manière assez juste aux préoccupations de la communauté internationale face au phénomène de la prostitution. Cependant, il reste à voir quelle importance le Canada attache au contrôle de la prostitution internationale et quelles ressources sont consacrées à la lutte contre le proxénétisme international. À notre connaissance, il ne semble pas que ces questions aient une priorité très élevée sur l'échelle des problèmes qui confrontent les forces policières du pays, si nous la comparons par exemple à la lutte contre les trafiquants de drogue. Seule une étude statistique des rapports des différents corps policiers permettraient de saisir avec exactitude la nature et l'ampleur des problèmes qui existent au Canada en cette matière.

*
* *

Il ne semble pas y avoir d'écart trop marqué entre les obligations générales du droit international et les dispositions législatives en vigueur au Canada sur le chapitre de la prostitution ; le droit international pourchasse les proxénètes et les tenanciers de maisons de débauche et nous remarquons que le droit canadien est au même effet. Le Canada est sur le point de se doter d'une législation sur le tourisme sexuel à l'étranger et l'on sait tous que ce thème est d'une actualité internationale certaine. Étant donné sa position géographique, le Canada n'a qu'un seul voisin immédiat et il ne semble pas que le commerce de la prostitution donne lieu à des mouvements transfontières entre les deux pays, du moins au point où ces mouvements poseraient un véritable problème social qui commanderait une surveillance spéciale à la frontière.

Bibliographie

Gouvernement du Canada, *Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. La pornographie et la prostitution au Canada*, 1985.

S.A. Williams et J.G. Castel, *Canadian Criminal Law. International and transnational aspects*, Toronto, Butterworths, 1981.

W. SCHABAS, *Les infractions d'ordre sexuel*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1995.

Mewett & Manning on Criminal law, 3e éd., Butterworths, Toronto et Vancouver, 1994.

The 1996 Annotated Tremeear's Criminal Code, Carswell, 1996.

Code Criminel, L.R.C., 1985 ;

Nations Unies, Étude sur la traite des êtres humains et la prostitution, New York, 1959.

Nations Unies, Activités destinées à la promotion de la femme : égalité, développement et paix, New York, 1986 (Rapport de M. J.-F. LAURENT, rapporteur spécial sur la répression et l'abolition de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui).

Cino VITTA, « La défense internationale de la liberté et de la moralité individuelles », 1933, 45, *R.C.A.D.I.*, 557, 618.

La prostitution, quarante ans après la Convention de New York. Actes du congrès organisé à Bruxelles les 1er, 2 et 3 mars 1990, Bruxelles, Bruyant, 1992.

LARSEN, « Canadian Prostitution Control between 1914 and 1970 : An Exercise in Chauvinist Reasoning », 1992, 7, *Canadian journal of law and society*, p. 137.

Diane GOODMAN, *Freedom from Sexual Exploitation : International Protection and Implementation*, Faculty of Law, University of Toronto (thèse LL.M.).

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Rapport de synthèse

PAR

JACQUES-YVAN MORIN

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL
COORDONNATEUR DU RÉSEAU *DROITS FONDAMENTAUX*

À première vue, les communications que nous avons entendues paraissent hétérogènes, presque disparates, portant sur des aspects très divers et parfois inattendus des droits fondamentaux. Il ne paraît pas facile d'en faire la synthèse.

Cela tient sans doute au fait que la dignité humaine, qui sert de fondement aux droits et libertés, est une notion – une « valeur » – dont la portée est difficile à épuiser. Depuis la Déclaration universelle de 1948, n'ont cessé de foisonner ses conséquences et corollaires. C'est qu'elle embrasse en puissance tous les aspects de la vie humaine. Si « l'homme » générique a des droits, et donc des devoirs, ceux-ci s'étendent tôt ou tard, à mesure que s'en répand la prise de conscience, à tous les comportements. M. le doyen Amor a fait observer que la même diversité caractérise l'activité normative des Nations Unies : c'est en effet l'une des conséquences de l'extension constante de la notion de droits fondamentaux.

Cela est très dérangeant pour tous les intérêts qui tentent de confisquer en quelque sorte l'exercice des droits et libertés et cela exige énormément des pouvoirs publics. Les droits fondamentaux sont depuis quelques décennies de grands facteurs de transformation de nos sociétés ; ils modifient graduellement la conception même de l'État, malgré les énormes résistances qu'ils rencontrent, sans compter les situations objectives que connaissent de nombreux pays aux prises avec le sous-développement, qui constituent une formidable force d'inertie.

À la lumière de ces facteurs, nos communications ne paraissent plus du tout éparpillées. Au contraire, il m'a semblé que s'en dégage une grande unité, comme si nous avions étudié ensemble les multiples facettes d'une même démarche dont le fil conducteur est la *dignitas hominis*. Comme juristes, il est de notre responsabilité d'explorer ces facettes et d'orienter le droit, à force de temps et de patience, vers la réalisation toujours plus étendue de cette dignité. M. Amor nous a dit – c'est l'expérience qui parle –, que dans la confrontation permanente entre le réel et l'irréel, l'individuel et le collectif, l'universel et le spécifique, l'abstrait et le concret, l'autorité et la

liberté, les droits doivent être conjugués dans le temps. C'est là, me semble-t-il, une observation qui peut s'appliquer à ces premières Journées scientifiques de notre réseau : nous n'avons pas hésité à parler de tous les droits, y compris ceux de solidarité, étant parfaitement conscients du fait qu'il nous faudra composer avec le temps.

Je n'ai pas la prétention d'offrir une synthèse complète de tout ce qui s'est dit depuis trois jours. De toute manière, elle ne pourrait être que provisoire.

I. – Le droit au développement en tant que droit individuel

Que la dignité de la personne humaine soit une source intarissable d'exigences morales et juridiques ressort clairement des communications de MM. Levinet et Guimbo au sujet du droit au développement comme droit individuel rattachable aux droits civils et politiques en tant que condition de réalisation effective de ces droits. M. Levinet a posé la question dans le cadre de la Convention européenne de sauvegarde, à titre de « système le plus performant » en matière de protection internationale. Dans quelle mesure est-il possible, à partir des droits civils et politiques, de rendre justiciable le droit au développement, là où les situations de grande précarité économique et sociale compromettent ou même empêchent l'exercice des droits civils garantis ?

Se fondant sur l'interprétation évolutive de la Convention par les institutions de Strasbourg, notre collègue s'est demandé dans quelle mesure il peut être fait appel à une interprétation téléologique des articles 2, 3, 8 et 12 pour montrer que l'État a l'obligation de remédier aux situations d'extrême détresse qui sont de nature à nier l'exercice des droits de la première génération. Le droit à la vie, le droit de ne pas être victime de traitements inhumains ou dégradants, le droit de fonder une famille peuvent-ils servir de base à une construction prétorienne qui protégerait, par ricochet, les composantes socio-économiques ?

Parmi les nombreuses décisions auxquelles le rapport fait allusion, l'affaire *Airey* m'a toujours paru illustrer parfaitement la problématique que nous examinons : le droit d'accès à un tribunal était compromis dans les faits par l'absence de moyens financiers et la Cour a estimé qu'« un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique ». Mais la Cour n'a pas suivi jusqu'au bout sa propre logique, comme l'a montré M. Levinet, malgré les incitations de la doctrine (on songe en particulier aux écrits de MM. Leuprecht, Imbert et Sudre). Il en conclut que les recherches du groupe nous présentent un bilan « plutôt décevant », en « demie-teinte » : la Cour ne protège pas les droits économiques et sociaux en tant que tels et *a fortiori* en irait-il ainsi d'un droit général au développement.

Si le système européen en est là, on peut se demander si le droit au développement a la moindre chance de s'imposer sur la scène plus vaste du monde. C'était là le propos de M. Guimbo. Celui-ci s'est fondé sur la notion centrale de dignité humaine pour montrer que, étant avant tout philosophique et morale, elle a pour corollaire du droit de l'être humain au développement. Le postulat de l'éminente dignité exige logiquement, selon M. Kéba M'Baye, « le droit à la jouissance dans une proportion juste et équitable des biens produits par la communauté » à laquelle l'être humain appartient. C'est bien ce que l'Assemblée générale des Nations Unies a répété à plusieurs reprises depuis 1986, y voyant la condition de la pleine réalisation des libertés fondamentales.

Ce raisonnement paraît tout à fait légitime. L'Occident a peut-être pensé qu'il suffirait, en 1948, d'assurer les droits formels, avant tout civils et politiques. C'était *avant* la décolonisation : celle-ci a fait pour ainsi dire « exploser » les droits de l'homme. La dignité humaine devient alors un « univers en expansion », une source inépuisable de droits et d'obligations. Il était à prévoir que la fraction la plus mal partagée de l'humanité se réclamât d'une conception plus complète des droits et libertés. C'est ce que la Charte africaine nous rappelle à l'article 22 en affirmant le droit des peuples au développement et, par ricochet, le droit de l'individu d'en bénéficier. Il y a là une logique irréfutable et l'Occident libéral découvre depuis quelques années que les droits formels n'étaient que le couvercle d'une véritable boîte de Pandore, à ceci près qu'il ne s'agit pas de maux, mais de protection de l'être humain. L'Occident est ainsi mis devant les conséquences de ses propres valeurs et devant ses responsabilités.

L'Europe a tenté, par les Accords de Lomé, de répondre aux attentes des États A.C.P. et aux critères du Nouvel ordre économique international adoptés par l'Assemblée générale en 1974. On peut estimer que la démarche ainsi esquissée ne répond pas entièrement aux besoins, mais elle vaut sûrement mieux que la réaction américaine, avant tout reaganienne, qui a exclu les États-Unis du dialogue Nord-Sud depuis 1981.

Il faut convenir qu'à l'exception des efforts de Lomé et des remises de dettes aux P.M.A., le droit au développement se porte plutôt mal dans le cadre de la mondialisation dont nous sommes témoins. Mais ce droit possède une telle force inhérente, en tant que corollaire de la dignité humaine et de l'idée de justice, comme l'a montré M. Guimbo, que les pays du Nord ne peuvent l'ignorer. Il doit cependant être *organisé* et ce ne sera pas facile, sûrement pas plus aisé que ne le fut et ne l'est encore la défense des droits et libertés traditionnels. C'est un idéal « d'accomplissement difficile », certes, mais l'Occident n'y échappera pas.

II. – Universalité des droits fondamentaux et diversité des cultures

A. – *Aspects philosophiques des droits fondamentaux*

Il nous faut donc savoir travailler avec le temps, même si celui-ci nous est de plus en plus compté. C'est ce qui ressort également des communications d'ordre philosophique que nous avons entendues de la part de MM. Pallard et Abdelhamid, vers lesquelles je me tourne maintenant.

L'universalité des droits et libertés est une question philosophique, puisqu'elle met en cause la nature de l'homme. Cette nature est-elle « une » ou est-elle par définition diverse ? À l'Âge de la Raison, au XVIII[e] siècle, on ne doutait pas de l'unité abstraite de la nature humaine et la réflexion permettait d'accéder à une vérité considérée comme universelle : d'où la Déclaration de 1789 et les certitudes qu'elle affirme. C'était là d'ailleurs, beaucoup plus qu'on ne voulait l'admettre, l'héritage du Moyen Âge, mais une philosophie laïcisée à la suite de Hugo Grotius et de ses épigones.

En réalité, il y avait là une conception eurocentrique des choses. Quand on a voulu l'universaliser à la dimension du monde moderne, on s'est heurté à la contingence des cultures. Les droits ne sont-ils que l'expression de fondements variables selon les peuples et les continents ? Réfléchissant au débat qui s'est fait jour au sein du groupe de recherche dirigé par M. Pallard, j'ai pensé que le seul commentaire utile consistait à prendre position moi-même : c'est la meilleure synthèse dont je sois capable, mais je reconnais qu'elle n'est pas définitive.

Personnellement, je pense que le Réel existe, bien qu'il soit extrêmement difficile d'y accéder. En d'autres termes, la vérité existe et, si elle existe, elle ne saurait être multiple, mais la possibilité pour la raison humaine d'y accéder par elle-même me paraît bien exiguë. Il existe, à mon sens, une nature ontologique de la personne et il me paraît donc possible d'universaliser l'être humain en tant que tel. Seulement, cette connaissance, en puissance apodictique, est bien fragile et appelle de notre part une grande modestie si nous voulons éviter le risque d'imposer aux autres notre propre subjectivité.

Je m'exprime avant tout d'un point de vue philosophique, mais la même humilité est de mise en matière théologique. Le dialogue est difficile entre actes de foi, mais l'un des enseignements des grandes religions n'est-il pas le respect de l'Autre (même s'il se trompe) ? Sans cette modestie, la tentative de l'inquisition n'est jamais éloignée et se substitue trop facilement au dialogue. On aboutit alors à ce que M. Yadh Ben Achour appelle le « croyant théologico-législatif ».

Pour en revenir à la philosophie et plus particulièrement à la métaphysique, je pense qu'il existe au delà des cultures, toutes parfaitement dignes de respect par ailleurs, une unité ontologique de l'homme, mais cela ne signifie

pas que nous puissions l'atteindre avec une certitude absolue, encore moins de façon définitive. Nous pouvons y tendre, nous en approcher avec une infinie patience. Si la question n'avait pas été ouverte, Hume n'aurait pu jeter le doute sur les droits de l'homme et Kant ne nous aurait pas gratifiés de sa tentative de reconstruction de la connaissance métaphysique ; Husserl et Heidegger n'auraient pas tenté de revoir Kant et nous ne tenterions pas, avec tant de philosophes et scientifiques modernes, de scruter « l'intentionnalité » qui se cache derrière les phénomènes husserliens et de repenser Heidegger à la lumière de la « gnose de Princeton ».

J'insiste sur l'humilité nécessaire à cette recherche. Prisonniers comme nous le sommes de l'espace et du temps, enfermés sous notre voûte crânienne, nous pouvons nous approcher de la vérité sur l'homme, mais il est plus que douteux que l'on puisse jamais définir « scientifiquement » la nature humaine. Ce qui fait problème, à mes yeux, ce n'est pas l'unité ontologique de la personne, c'est notre capacité de la saisir pleinement et de raisonner là-dessus avec une assurance absolue. La recherche de notre commune humanité, de ce point de vue, demeure un projet, mais un projet vital, sans doute le plus important de notre époque. Nous sommes pour ainsi dire condamnés à établir des fondements communs à la vie en société. Cela peut ressembler à un « marché » où se mêlent universalité et spécificités culturelles, comme ce fut le cas à la Conférence de Vienne. Sous ces marchandages se dissimulent cependant un débat sur la transcendance qui ne peut être entièrement mis entre parenthèses, comme le démontre le dialogue ouvert qui s'est déroulé au sein du groupe de travail animé par M. Pallard.

Ce dialogue entre la rose et le réséda, entre ceux qui acceptent la transcendance et ceux qui la récusent ou s'en méfient, prend du temps. Prenons un exemple historique, qui porte justement sur la nature de l'homme. Au XVI^{e} siècle, Sepulveda pouvait soutenir que les Indiens d'Amérique étaient des « esclaves par nature », notion déjà proposée, non sans hésitation, par Aristote. Elle ne l'est plus guère aujourd'hui, encore que dans les faits, certains comportements paraissent encore fondés sur cette idée. L'abolition internationale de l'esclavage date du XIX^{e} siècle et nous savons que de nombreux pays – et non des moindres – sont encore aux prises avec cette réalité.

De sorte que nous assistons à une prise de conscience graduelle, historique, de l'« humanité » de tous les hommes. Je songe à Teilhard de Chardin : après la longue hominisation, voici l'interminable humanisation. C'est là un processus que les hommes et les peuples découvrent les uns après les autres et qui semble venir du fond même de la conscience humaine. Les uns feront appel aux Révélations, les autres à la philosophie pour justifier l'universalité des droits fondamentaux ; certains, devant les limites de la Raison et la diversité des cultures et des points de vue, nieront la possibilité même de l'universalité.

La question est rendue plus ardue encore du fait qu'il existe des groupes qui ont intérêt à ce que certains droits ne soient pas reconnus ou à ce que des versions ultra-individualistes des droits de l'homme l'emportent. Chaque culture recèle des intérêts, des « droits acquis ». Il y a de « l'hommerie » dans les droits de l'homme. Il existe un « intégrisme » de l'individualisme, comme il en existe un du communautarisme.

En d'autres termes, les droits de l'homme se développent dans la contingence historique et cette contingence se répercute sur la conception même que l'on se fait des droits. S'il est difficile d'y voir clair *sub specie æternitatis*, ontologiquement ou théologiquement, on peut néanmoins constater que, *sub specie historiæ*, les droits de l'homme sont plus que jamais à l'ordre du jour, de même que la démocratie et l'État de droit, qui leur font cortège.

Les droits et libertés *deviennent* universels dans le temps et la contingence parce qu'ils le *sont* dans le fond des choses. J'ajoute que si j'arrive à l'universalité par la réflexion philosophique ou religieuse, c'est mon droit, mais c'est également le droit des autres de ne pas être sensibles à ma démarche, à mes arguments. C'était le droit de Sepulveda de parler d'esclaves par nature et c'était le droit de Bartolomé de las Casas d'affirmer l'humanité des Indiens d'Amérique. Avec le temps, nous savons bien qui a eu raison.

Si la Tradition doit être assumée, elle doit également être insérée dans la modernité ; elle doit faire l'objet constamment d'une nouvelle synthèse car les sources étaient elles-mêmes des synthèses. Sur ce plan, je me suis senti tout à fait au diapason de la communication de M. Abdelhamid. Chacun de nous doit travailler à cette synthèse de l'universel et de sa propre culture, dans un souci de dialogue avec les autres tentatives de synthèse. À vue d'homme, nous verrons sans doute l'universalité progresser, pour peu que les juristes et les hommes politiques n'oublient pas d'intégrer la dimension philosophique des droits fondamentaux à leur réflexion.

B. – *Le droit à l'identité est-il fondamental ?*

Le thème suivant, les droits de l'homme à l'heure des revendications d'identité, vient encore accentuer, à première vue du moins, la contradiction universalité/diversité des cultures. On a parlé d'un défi à la conception universaliste des droits dans les titres mêmes des communications de MM. Berrahou et Otis. C'est également un défi au libéralisme traditionnel, axé sur l'individu. Et il s'agit de « défis universels » puisque des problèmes de même ordre se trouvent sur tous les continents.

Ce virage particulariste, maintenant internationalisé, va-t-il vraiment à l'encontre de l'universalité des droits et libertés ? Contredit-il la conception individualiste pour faire place à des droits « collectifs » ? On pourrait le croire à lire les arrêts de certains tribunaux ou le contenu de certains instru-

ments internationaux, qui restent fidèles à l'idée selon laquelle il s'agit de protéger des minoritaires et non des minorités.

Prenons le cas des autochtones. Il faut bien constater que l'absence de reconnaissance des droits dits « collectifs » a eu des conséquences pour leurs droits individuels : l'identité apparaît dès lors comme une dimension essentielle de l'être humain. On est conduit à protéger le groupe parce que sans cela, les individus en pâtissent. C'est l'expérience qui l'enseigne, non les raisonnements abstraits. On peut aussi soutenir que certains droits collectifs, comme les droits linguistiques, ne sont que l'addition de droits individuels. Il n'y a donc pas de contradiction, à mon sens, entre droits communautaires et droits individuels, bien que l'équilibre entre les uns et les autres soit souvent problématique. Si nous retournons aux considérations philosophiques, l'homme est ontologiquement un, mais il est divers dans les manifestations de son être. Or, les droits fondamentaux veulent protéger *tout* l'homme, tel qu'il est, dans sa diversité.

Aussi M. Otis a-t-il reformulé la question : peut-on *concilier* l'universalisme et les droits collectifs ? Cette façon de la poser ne met pas en cause l'universalité ; elle applique aux droits autochtones la démarche applicable à tous les droits et libertés, qui doivent être constamment conciliés les uns avec les autres. Il ne s'agit plus de contradiction ou de défi, mais des limites que rencontrent les droits, qui font l'objet de démarches prétoriennes dans la plupart de nos pays.

Cela étant concédé, de nombreuses difficultés subsistent. M. Berrahou nous a révélé la perplexité que l'on peut ressentir devant des questions comme l'identification des titulaires du droit à l'identité. Et quelle portée faut-il donner au rattachement au groupe ? Que faire du « zapping » d'une identité à l'autre ? Et, demande M. Otis, quelle sorte d'architecture constitutionnelle faudra-t-il construire pour assurer le respect des identités ? Faut-il songer à des formules inédites de fédéralisation qui ne seraient pas sans rappeler le fédéralisme « intégral » et personnaliste d'Alexandre Marc ?

Voilà de quoi nourrir la suite de la réflexion de ce groupe de recherche.

III. – Démocratie et État de droit

A. – *Droits fondamentaux et démocratie*

Nous avons consacré une séance à la démocratie en tant qu'élément des droits fondamentaux. Non seulement trouve-t-on dans les instruments internationaux, le Pacte onusien de 1966 notamment, certains droits qui concourent à la démocratie, mais celle-ci offre une forme de contrôle du pouvoir (le contrôle parlementaire) nécessaire à la protection des droits et libertés, au même titre que l'État de droit (contrôle avant tout juridictionnel).

Il est frappant de constater qu'en dépit des liens étroits qui unissent droits fondamentaux, État de droit et démocratie – un auteur a pu parler d'un trépied sur lequel repose la légitimité du pouvoir –, la démocratie apparaît, normativement du moins, comme le pied le plus faible, ainsi que l'a montré M. Schabas. En effet, d'une part les instruments internationaux – conventions, résolutions des organes onusiens et régionaux – regorgent de normes sur les droits et sur l'État de droit (il existe plus de 500 principes ou règles à ce sujet), tandis que les normes portant sur la démocratie sont beaucoup plus rares et que le Comité des droits de l'homme a de la difficulté à dégager des Observations générales significatives sur l'article 25 du Pacte. Et même les résolutions de l'Assemblée générale sur les élections libres et honnêtes sont « équilibrées », pour ne pas dire contredites, par des résolutions rappelant la souveraineté des États dans ce domaine. Cette situation n'est pas heureuse, à coup sûr, car elle est le symptôme d'une profonde faille dans la protection des droits fondamentaux. On peut la déplorer, mais il faut surtout tenter de la comprendre.

Je soupçonne qu'une partie importante de la réponse se trouve dans la communication de M. Monkotan, qui nous a décrit les difficultés de la démocratisation en Afrique, communication d'une franchise rafraîchissante car il existe beaucoup de pays ailleurs qu'en Afrique où la démocratie n'est guère assurée, dont on parle rarement au grand jour. Quand on en fait le total – ce que je ne ferai pas ici –, on comprend que les organes onusiens se montrent hésitants.

Peut-être l'explication de ce phénomène réside-t-elle dans le fait que la démocratie constitue un critère à la fois plus strict et plus révélateur que la protection des autres droits fondamentaux : si l'on sait dissimuler, on peut tricher au sujet de l'indépendance des juges ou de l'impartialité des administrateurs sans que cela soit trop visible ; on peut difficilement, aujourd'hui, faire croire que des élections sont libres et honnêtes quand elles ne le sont pas. L'opinion internationale ne s'affiche pas toujours, mais elle n'en pense pas moins.

Je ne suis pas enclin à croire que tous les Africains qui nous décrivent les difficultés rencontrées par la démocratie en Afrique sont à la recherche d'un alibi. Les structures sociales, la sacralisation du pouvoir, la sorcellerie, l'analphabétisme rampant, et donc l'absence de culture politique, sont des obstacles terribles. Dans la mesure où l'Afrique aspire au développement, il lui faudra cependant dominer ces facteurs. Seulement, nous, de l'extérieur, devons apprendre à distinguer ce qui relève de l'illusionnisme des gouvernements qui ont mis la main sur le pouvoir et s'y accrochent et, d'autre part, les obstacles réels, auxquels il faut savoir consacrer du temps et des moyens. « S'il n'y a pas d'éducation, il n'y a rien », a dit avec raison M. Monkotan.

Nous rejoignons ainsi, une fois de plus, la question de l'universalité. L'Afrique nous permet de sentir à quel point le temps en est une dimension incontournable.

B. – *Droits fondamentaux et État de droit*

Passons maintenant aux moyens, techniques et procédures qui permettent concrètement la protection des droits fondamentaux et qui forment ce que nous appelons l'État de droit. M. Foucher nous a décrit la technique que le p[r] Rivero considérait comme le parachèvement de l'État de droit : le contrôle de constitutionnalité « au nom des droits fondamentaux ».

Citant Cappelletti, dont les travaux sont en effet remarquables, M. Foucher souligne la diversité des modèles, mais surtout les convergences qui les caractérisent de plus en plus, à mesure que se répand ce type de contrôle et que joue un certain mimétisme, sinon même une saine émulation. Les droits et libertés sont connus pour être un chapitre du droit qui fait appel à des principes très généraux, à des concepts souvent « flous ». Les tribunaux sont forcés tôt ou tard d'avoir recours à des sources extérieures au droit et s'enhardissent jusqu'à emprunter des critères d'interprétation aux jurisprudences étrangères. L'exemple classique est celui de la règle de proportionnalité, mise au point par la Cour constitutionnelle allemande et qui a fait tache d'huile non seulement dans quelques pays occidentaux, mais dans les arrêts de la Cour de Strasbourg. M. Foucher a décelé plusieurs convergences croissantes des modèles et de leurs effets. Ce « transconstitutionnalisme » est un phénomène fascinant, mais dépasse-t-il l'aire occidentale ? Peut-il se répandre là où n'existe pas le respect du juge ? Nous sommes ici devant la nécessité de la culture politique polyarchique (Dahl, Émery). On ne pouvait manquer de soulever la question au sujet de l'Afrique.

Le cas du Tchad, dont à traité M. Djatto, est significatif : si ce pays, qui a connu une grande instabilité politique et institutionnelle depuis son indépendance, a été capable, grâce à sa Conférence nationale souveraine, d'établir récemment un contrôle de constitutionnalité des lois au regard des droits et libertés, c'est, à tout le moins, qu'on en a perçu la nécessité. Le fonctionnement effectif de ce contrôle n'est pas encore une réalité et sera confronté à des obstacles d'ordre social, politique, culturel et économique qui fragilisent le statut du juge ainsi que l'exercice de la police et de la justice ; en définitive, les facteurs les plus prometteurs sont l'éclosion concomitante du mouvement associatif dans le domaine des droits et libertés et la création de commissions spécialisées dans leur protection.

M. Philippe a fait état des progrès du contrôle de constitutionnalité au Zimbabwe, en Namibie et en Afrique du Sud, fruits de l'effort de ces pays eux-mêmes. Ce contrôle devient donc possible *si* certaines conditions sont réunies et nous conclurons donc avec lui sur une note d'optimisme.

IV. – Droits fondamentaux et commerces illicites

Le dernier thème abordé au cours de ces Journées portait sur les commerces illicites. Cette question, M. d'Argent l'a montré, est indubitablement liée aux droits fondamentaux dans leur acception moderne. La prise de conscience dont le commerce des êtres humains et des drogues sont l'objet actuellement explique qu'ils soient « saisis par le droit », alors qu'ils existent depuis longtemps, sinon depuis toujours. Il y a « mondialisation » de ces trafics comme de tous les commerces et la nécessité s'impose donc d'internationaliser les normes et les moyens de protection.

Notons au passage que cette question touche de très près à l'universalité des droits fondamentaux : nos communications se recoupent ici. Il semble bien que certaines « cultures » se montrent plus tolérantes que d'autres devant la prostitution enfantine et la pédophilie ; on songe à la délicatesse avec laquelle Marguerite Yourcenar aborde cette question dans ses *Mémoires d'Hadrien*. Seulement voilà : la richesse du Nord et la pauvreté du Sud font que les victimes les plus nombreuses vivent dans les pays dits « en développement » (quand ils ne sont pas en voie de sous-développement). Nous rejoignons ainsi les préoccupations liées au droit au développement en tant que droit de l'homme.

Que l'on s'appuie sur la troisième génération des droits ou sur la première, qui connaît la notion d'ordre public, même si celle-ci tolérait ou admettait le droit de se droguer ou de se prostituer, on ne saurait en conclure que la liberté de chacun autorise à imposer ces comportements aux autres et il n'est pas douteux que ces commerces violent les droits les plus fondamentaux : droits à la liberté, à la sûreté de la personne entre autres.

L'internationalisation de la question est décelable dans les nouvelles législations à portée extraterritoriale, dont nous ont parlé MM. Arbour et d'Argent. Elles sont compatibles avec le droit international et on verra probablement émerger de ces pratiques et de l'*opinio juris* des gouvernements des normes interdisant à l'ensemble des États de tolérer les commerces incriminés.

Les perspectives ouvrant sur la juridiction internationale propre à qualifier juridiquement de « crime » et à juger la prostitution organisée et la pédophilie paraissent cependant plus lointaines. Les États abordent ces questions avec une extrême prudence, même si le Conseil de sécurité a pris l'initiative de créer des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. En attendant ces développements, dont l'aboutissement demeure incertain, quoique souhaitable, on pourrait songer, comme nous y invite la communication de M. d'Argent, à accroître la coopération judiciaire et policière internationale. Ce serait déjà beaucoup, comme le fait ressortir M. Arbour, à propos de la traite des femmes et des enfants, même dans un pays comme le Canada.

L'exposé de celui-ci nous a permis de nous remémorer l'ensemble des conventions et des arrangements internationaux par lesquels on tente, depuis 1904, d'organiser la lutte contre ces fléaux. Ce sont désormais des infractions que les Parties s'engagent à réprimer, même si les actes sont commis dans des pays différents. On voit apparaître clairement dans la Convention de 1950 l'obligation pour les États de poursuivre leurs propres nationaux pour faits commis à l'étranger, à moins qu'ils n'acceptent de les extrader.

La question n'est donc pas nouvelle au droit international, mais il semble que l'on y soit de plus en plus sensible. Cela tient, je pense, à deux raisons : premièrement, la prostitution se mondialise, comme tous les commerces, tout comme la pornographie, par exemple, s'insinue dans l'*Internet* ; deuxièmement, constatons que la défense des droits de la personne, au nom de la dignité humaine, trouve là un « vase d'expansion » extraordinaire, même s'il faut bien admettre que le droit court ici éperdument derrière les réalités.

*
* *

Il se dégage des communications entendues, malgré leur diversité, une unité certaine. La dignité humaine déploie ses corollaires dans toutes les directions et d'aucuns y verraient même une « dispersion » des efforts. La dignité humaine touche tôt ou tard tous les aspects de la vie en société, nationale et internationale. Les droits et libertés sont un « univers en expansion » et j'ai le sentiment que la fin du XX^{e} siècle ne fait encore, malgré l'étendue des débats, ici et ailleurs, qu'entamer la matière infinie des droits de l'homme.

Cela me paraît nous ramener aux fondements philosophiques des droits, dont nous devons tous nous soucier. On devine que le mouvement actuel de sensibilisation heurte beaucoup de grands et petits intérêts politiques et économiques. Ce n'est pas pour rien que nous avons si souvent constaté, depuis trois jours, que le droit se heurte à divers obstacles, visibles ou invisibles. La mondialisation ultra-libérale, dont l'enrichissement individuel est le fondement, ne se laissera pas discipliner sans résistance et elle peut déployer pour cela des moyens impressionnants.

On ne manquera pas de pousser très loin l'argument de la diversité culturelle : je l'entend déjà à propos de l'exploitation de la sexualité. Il faut donc que nous soyions le mieux assurés possible des fondements et de l'universalité des droits et libertés que nous défendons. Sans cela, bien des dérives sont possibles, parfois au nom même de la liberté.

La dignité humaine est une préoccupation foisonnante. Tant mieux. Mais c'est aussi une démarche exigeante. Dans sa défense, on ne pourra pas faire l'économie d'un certain courage, ou plutôt d'un courage certain.

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

ETABLISSEMENTS EMILE BRUYLANT, société anonyme, Bruxelles
Prés.-Dir. gén. : JEAN VANDEVELD, av. W. Churchill, 221, 1180 Bruxelles

La collection **Universités francophones**, créée en 1988 à l'initiative de l'UREF, propose des ouvrages modernes répondant aux besoins des étudiants de deuxième et troisième cycle universitaire ainsi qu'aux chercheurs francophones, et se compose de titres originaux paraissant régulièrement.

Leurs auteurs appartiennent conjointement aux pays du Sud et du Nord et rendent compte des résultats de recherches et des études récentes entreprises en français à travers le monde. Ils permettent à cette collection pluridisciplinaire de couvrir progressivement l'ensemble des enseignements universitaires en français.

Enfin, la vente à un prix préférentiel des ouvrages destinés aux pays du Sud tient compte des exigences économiques nationales et assure une diffusion adaptée aux pays francophones.

Ainsi, la collection **Universités francophones** constitue une bibliothèque de référence comprenant des ouvrages universitaires répondant aux besoins des étudiants et des chercheurs de langue française.

Réunis à Tunis, à l'initiative du réseau thématique de recherche Droits fondamentaux *de l'AUPELF-UREF, des juristes francophones de nombreux pays, d'Afrique, d'Europe et d'Amérique du Nord, ont débattu de divers aspects des droits fondamentaux, qui avaient fait l'objet de leurs recherches depuis 1993.*

Ont été particulièrement abordés au cours de ces Journées scientifiques (du 9 au 12 octobre 1996) les thèmes suivants :

- *Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures - Aspects philosophiques des droits fondamentaux*
- *Le droit au développement en tant que droit de l'individu*
- *L'Etat de droit et la démocratie*
- *Commerces illicites et droits fondamentaux*

Le rapport introductif avait été présenté par le doyen Abdelfattah AMOR de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales (Tunis II) et le rapport de synthèse par le professeur Jacques-Yvan MORIN, coordonnateur du réseau.

---

200 FF - 1200FB
60 FF Prix préférentiel UREF

ISBN : 2-8027-1024-9

9 782802 710240

AUPELF·UREF

ISSN : 0993-3948