

Éditions-Diffusion Charles Léopold Mayer  
38, rue Saint Sabin  
75011 Paris  
tel/fax : 01 48 06 48 86  
diffusion@eclm.fr  
www.eclm.fr

Les versions électroniques et imprimées des documents sont librement diffusables,  
à condition de ne pas altérer le contenu et la mise en forme.  
Il n'y a pas de droit d'usage commercial sans autorisation expresse des ECLM.

le droit autrement



Centre international d'études  
pour le développement local  
CIEDEL

synthèse réalisée par Pascale Vincent  
avec la collaboration d'Olivier Longin

# le droit autrement

Nouvelles pratiques juridiques  
et pistes pour adapter le droit aux  
réalités locales contemporaines

L'association Éditions-Diffusion Charles Léopold Mayer a pour objectif d'aider à l'échange et à la diffusion des idées et des expériences de la Fondation Charles Léopold Mayer pour le progrès de l'Homme (FPH) et de ses partenaires. On trouvera en fin d'ouvrage un descriptif sommaire de cette Fondation, ainsi que les conditions d'acquisition des ouvrages et dossiers édités et coédités.

L'auteur

Le CIEDEL, Centre international d'études pour le développement local, est un institut de formation d'agents de développement de l'Université catholique de Lyon.

Également opérateur d'appui à des actions de développement en France et à l'étranger, il se situe aujourd'hui comme un médiateur entre la réflexion et l'action.

30 rue Sainte-Hélène  
69002 Lyon  
Mél : [ciedel@univ-catholyon.fr](mailto:ciedel@univ-catholyon.fr)

© Éditions-Diffusion Charles Léopold Mayer, 2001  
Dépôt légal, 1<sup>er</sup> trimestre 2001  
Dossier FPH n° DD 115 \* ISBN : 2-84377-052-1  
Diffusion : Éditions-Diffusion Charles Léopold Mayer,  
38 rue Saint-Sabin, 75011 PARIS  
Graphisme et mise en page : Madeleine Racimor  
Maquette de couverture : Vincent Collin

# Sommaire

Remerciements .....	7
Introduction .....	9
Modernité et universalisme juridique .....	13
L'homme moderne et le droit .....	13
L'universalisme juridique comme caractéristique de la pensée moderne .....	14
Le droit étatique comme expression de la démocratie .....	15
PLAIDOYER POUR UN DROIT UNIQUE, Charles Kabeya Muase .....	16
Crise de la modernité et crise du droit moderne .....	21
L'éclatement des certitudes .....	21
PLATE-FORME POUR UN MONDE RESPONSABLE ET SOLIDAIRE ÉLÉMENTS DE DIAGNOSTIC, FPH .....	22
La modernité à l'épreuve de la mondialisation .....	26
LES MONDIALISATIONS, Mamadou Diouf .....	27
Crise de la modernité et crise du droit .....	35
LES FONDEMENTS ANTHROPOLOGIQUES DES DROITS DE L'HOMME : CRISE DE L'UNIVERSALISME ET POST-MODERNITÉ, Étienne Le Roy .....	36
LE LOGEMENT, UNE MARCHANDISE IMPOSSIBLE, Émile Le Bris .....	38
Les remises en cause .....	43
La fin des illusions .....	43
REFUS DU DÉVELOPPEMENT OU ÉCHEC DE L'OCCIDENTALISATION ? LES VOIES DE L'AFRO-RENAISSANCE, Jean-Marc Ela .....	44
LES TRANSFERTS DU DROIT OU LA DOUBLE ILLUSION INTRODUCTION, Michel Alliot .....	50
La remise en cause du rôle de l'État dans la production du droit .....	52
LA CRISE D'ADAPTATION DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS, Catherine Prébissy .....	53
Les nouvelles caractéristiques du droit contemporain .....	60

Crise de la modernité et crise de sens .....	63
Les dangers des désillusions .....	63
CRISE DE SENS ET TENTATION AUTORITAIRE, Alain Bihl .....	64
La nécessité pour l'État de reconnaître par le droit une citoyenneté plurielle .....	70
NOUS LES FEMMES DU MAHARASHTRA, Dr Usha Bambawale .....	72
ENTRE DROIT AUTOCHTONE ET DROIT OFFICIEL : QUELS DROITS FONCIERS ? LUTTES ABORIGENES DU PEUPLE JAWOYN (AUSTRALIE), John Ah Kit .....	77
L'accès au droit comme condition de participation à l'action citoyenne .....	80
LE RÔLE DES AVOCATS DANS LA PROMOTION DU DROIT ALTERNATIF ET DE L'USAGE ALTERNATIF DU DROIT, Carlos Alberto Ruiz .....	81
ENGAGER SA CITOYENNETÉ, Ingrid Castro, Manuel Jacques, Georges Apap ..	83
PRATIQUES DU DROIT, PRODUCTIONS DE DROIT : INITIATIVES POPULAIRES. CONCLUSION, Juristes Solidarités .....	87
Un pluralisme juridique porteur d'une démocratie retrouvée ..	90
CRISE DE SOCIÉTÉ ET CRISE DU DROIT. DES MUTATIONS SOCIÉTALES AU DÉVELOPPEMENT DE L'ESPACE PUBLIC, Thibat Dwillier .....	91
JUSTICE : D'UN SERVICE PUBLIC À UN BIEN PUBLIC, Antoine Garapon .....	96
Modernités et pluralisme juridique .....	99
La reconnaissance du pluralisme juridique comme outil de reconquête de la légitimité étatique .....	99
LES PRUD'HOMIES DE PÊCHEURS EN MEDITERRANÉE (France) Juristes Solidarités .....	101
SCÈNES DE PÊCHE, Aliou Sall .....	104
La médiation comme outil de conquête de la légitimité citoyenne	110
MÉDIATIONS ET MÉDIATEURS, Pierre Duriez .....	111
LA MÉDIATION. UN NOUVEAU MODE DE RÉGULATION SOCIALE, Jean-Pierre Bonaffé-Schmidt .....	114
La reconnaissance d'une diversité « responsable » comme nouvel enjeu démocratique .....	124
JUSTICES ALTERNATIVES : LES RISQUES, Norbert Rouland .....	125
PLATE-FORME POUR UN MONDE RESPONSABLE ET SOLIDAIRE, FPH .....	127
Conclusion. La nécessaire évolution vers un « pluriversalisme » .....	131
Notes .....	133

## Remerciements

Le CIEDEL tient à remercier Jean-Pierre Bonafé-Schmitt (GLYSI - CNRS et AMELY), Patricia Huyghebaert (Juristes Solidarité) et Étienne Le Roy (IAJP) pour l'intérêt qu'ils ont bien voulu porter à ce travail et la contribution qu'ils ont accepté d'apporter à la réflexion sur la problématique.

De même nos remerciements vont-ils à Catherine Prébissy et Thibaut Duwillier qui ont accepté de faire part de leurs contributions à travers le site Internet du Réseau européen droit et société.

Enfin un grand merci à tous les auteurs dont les réflexions et les écrits ont permis d'illustrer la problématique de ce dossier.



## Introduction

La modernité, ce serait le progressisme, la rationalité organisée, « la mise en intrigue du présent, et la mise en carreaux des pourtours »

Philippe Dagen

À l'aube du  $\text{xxi}^{\text{e}}$  siècle, la société moderne contemporaine est confrontée au questionnement des valeurs et principes sur lesquels elle a fondé son développement.

Tous les jours, les médias mettent à nu les « faillites » majeures de l'épopée moderne :

- Déséquilibres croissants entre diversification des découvertes scientifiques et mise en place de règles éthiques, entre multiplication des connaissances et partage du savoir, entre développement et désillusion, entre riches et pauvres...

- Paradoxes entre progrès exponentiels de la science et destructions des milieux de vie, entre explosion des moyens de communication et solitudes des individus, entre prospérités et misères...

- Contradictions entre liberté économique et protection de

droits humains fondamentaux, entre revendications démocratiques et marginalisation des individualités et des cultures, entre création de richesses et augmentation de la pauvreté..

Conçu comme le bras armé des États modernes, seuls habilités dans ce contexte à faire et dire le droit, le droit positif incarne les valeurs et les prétentions de l'universalisme juridique. Le droit moderne serait donc le produit commun d'une Raison humaine, incarnée par l'État, indivisible et prééminente. Dans ce cadre, « la prédominance de la pensée technico-rationnelle sur la pensée éthico-émotionnelle au sein de la culture juridique parvient à évacuer du raisonnement juridique la dimension qualitative des situations humaines »<sup>1</sup>.

Aujourd'hui, les multiples questions posées à la modernité et à ses fruits remettent en cause la rationalité et l'universalisme modernes. Dans ce contexte, le droit positif est lui-même critiqué à travers :

- La remise en cause de la place et du rôle de l'État dans la définition et l'application du droit.

- La redéfinition du rôle du droit positif, et l'apparition de nouveaux enjeux poursuivis par le droit dans un contexte de mondialisation.

- L'émergence de nouveaux droits, et de nouvelles identités juridiques.

- Le développement de nouvelles formes reconnues de gestion des conflits et d'institutions judiciaires.

- Le questionnement accru de la pertinence des transferts de droit entre le Nord et le Sud et la définition de nouvelles formes de partenariat entre le Nord et le Sud dans le domaine juridique.

Quelle signification donner à cette crise ? Nouvelle étape d'une modernité, appelée à évoluer vers un changement de manifestation, ou entrée dans une ère de post-modernité, dont nous ne voyons que les prémices ? Seule l'histoire permettra de répondre à cette question, mais dans les deux cas, le « droit », conçu comme l'expression de la rationalité moderne y voit ses rôles et formes officiels remis en cause, dans le même temps où l'on perçoit les dangers et les limites de « l'universa-

---

NDLR : les notes sont présentées en fin d'ouvrage, page 135.

liste juridique ».

À partir du constat de crise du modèle juridique moderne, on ne peut faire l'économie d'un débat sur l'évolution des systèmes juridiques contemporains vers une plus grande pluralité, marquée par la coexistence de formes de droit négocié et imposé, mais aussi de formes hybrides ou intermédiaires. Le développement de ces nouvelles formes juridiques traduit d'une certaine manière la reconstitution du système normatif moderne dans le sens d'une plus grande participation des individus et des groupes dans la production des normes.

Dans ce cadre, le rationnel légal fait place à une nouvelle forme de rationalité, non plus « instrumentale », mais « communicationnelle ». Cette nouvelle rationalité, construite autour du dialogue et de la communication, se fonde sur la recherche de valeurs « communes », propres à satisfaire les exigences d'un droit capable de prendre en compte les changements socio-économiques, politiques et culturels, et la diversité des réalités quotidiennes et des situations humaines. Le développement récent du phénomène « éthique », qui se traduit par la publication de codes éthiques ou déontologiques fixant des normes de conduites et/ou de comportements, illustre cette recherche.

Ce dossier se propose, à partir de textes et d'articles rassemblés, de mettre en évidence l'apparition de phénomènes révélateurs de cette évolution du rôle et du contenu du droit dans la société contemporaine, et d'analyser les sens possibles de cette évolution à la lumière du rapport entre modernité et droit.



## Modernité et universalisme juridique

### **L'homme moderne et le droit**

À l'origine de la modernité étaient le « Progrès » et la « Raison ». Une Raison conçue par les sociétés occidentales comme l'essence de l'expression de la pensée humaine, une pensée « naturelle », applicable à tous, pour le bien commun de l'humanité..

Ainsi, à l'origine du droit moderne était la rationalité, expression de ce qui est « juste », ce qui est droit, ce qui est « universel ». Le droit devient une science exacte, constituée d'un corps de lois écrites incontestables, existant par elles-mêmes, car issues d'une logique « naturelle », et applicables pour elles-mêmes, car reflétant l'intérêt général..

De là sont nés des systèmes cohérents de règles ordonnées, hiérarchisées, des systèmes simplificateurs du quotidien et de la diversité humaine, et dont l'application se veut marquée du sceau de la neutralité absolue.

« Comme le politicien de style mannequin qui réussit à vider son corps de toute expression de vie, le juriste ou le juge désincarné retranche son être de son moi public de façon à

faire montre d'une neutralité détachée qui reflète et confirme le détachement ressenti par le client ou le citoyen par rapport à la communauté politique que le juriste ou le juge est censé représenter. Dans la mesure où cette façon d'être marque la culture juridique dans son ensemble, elle sert à reproduire le processus aliénant, producteur de structure [...], parce que le droit se présente ainsi comme un système de pensée doté d'autorité, extérieur et au-dessus de chacun, et comme quelque chose à quoi on doit « obéir » pour faire partie du groupe, plutôt que comme l'expression contingente et en développement d'une signification sociale et politique que nous contribuons d'une manière active à créer et à interpréter.

Complétant cette façon d'être désincarnée, il y a le raisonnement juridique lui-même qui, pour l'essentiel, aspire à être une sorte de pensée désincarnée. La formation que subissent les juristes les conduit à devenir principalement des techniciens analystes, qui apprennent comment « construire une argumentation » comme si leur processus de pensée était purement et simplement conditionné par le droit en tant que discours d'autorité, externe ».<sup>2</sup>

« Le droit de nos sociétés modernes, quoi qu'on en dise, s'inscrit avant tout dans le registre de l'écriture, de la sécurité, du pouvoir pur, de la hiérarchie. Tous ces concepts sont anti-complexes par définition, et ils font l'ordinaire du droit, sa réalité première. [...] Un ordre est donné, puis répliqué, amplifié et concrétisé par une autorité assujettie. Tout vise ici à supprimer la moindre velléité d'écart. Or, nous ne savons - en Occident pour le moins - produire le juridique qu'en cette forme-là [...] la hiérarchie possède aussi sa face effrayante, celle du commandement, de la soldatesque et du pouvoir absolu [...]. Mais ce n'est pas tout. Parallèlement à cela, la hiérarchie incarne aussi une certaine représentation de la justice et de la sécurité. Tout, dans la décision hiérarchique, doit pouvoir se ramener au principe d'une autorité suprême presque transcendante ; univoque en tous cas. D'où notre apaisement... »<sup>3</sup>

## **L'universalisme juridique comme caractéristique de la pensée moderne**

Symbole de la pensée juridique universaliste moderne, les

droits de l'homme sont devenus un enjeu majeur de la compétition politique et économique des États entre eux. L'engagement pour le respect des droits de l'homme est aujourd'hui considéré comme la marque de reconnaissance de ceux qui prétendent appartenir au club de la modernité politique et juridique.

Pourtant, si le principe de respect qui sous-tend les droits de l'homme a bien vocation à s'appliquer de manière univoque, sa déclinaison universelle est le fruit de la logique uniformisante du raisonnement moderne.

« La pensée française de l'universel, matrice de la théorie occidentale des droits de l'homme, se nourrit d'une représentation homogène et rationnelle de l'humanité. En l'homme, l'unité l'emporte sur la diversité, d'où l'affirmation que tout être humain a des droits inaliénables et imprescriptibles, du seul fait qu'il appartienne au genre humain. Par ailleurs, ces droits de l'homme sont découverts par le travail de la Raison beaucoup plus que par l'expérience de la tradition, souvent assimilée à l'arbitraire. La pensée juridique française décrète donc l'universel avant de l'expérimenter. Notre droit constitutionnel (et la jurisprudence du Conseil constitutionnel) affirme la prééminence de l'indivisible sur le pluriel ; de l'égalité de droit sur toute distinction fondée sur l'origine, la race ou la religion ; il se refuse à reconnaître la prééminence d'une religion, et se déclare incompétent quant au fond du débat religieux. »<sup>4</sup>

## **Le droit étatique comme expression de la démocratie**

Parmi les fondements de l'État moderne, le concept de démocratie occupe une place essentielle. L'élection par le peuple de ses représentants permet à l'État d'exercer une souveraineté déléguée, qui lui confère le pouvoir de décider en toute légitimité au nom du « commun » qu'il incarne.

Dans ce contexte, les sources du droit moderne sont d'un côté la loi, édictée par le peuple représenté, et de l'autre la jurisprudence et la doctrine, émises par des magistrats qui représentent l'autorité de l'État. Ces trois sources sont soumises au raisonnement « technico-rationnel » qui permet de dire

un droit « universel », applicable à l'Homme moderne qu'est le citoyen.

Dans ce contexte, le pluralisme juridique est vécu comme un obstacle à la construction de l'État de droit, obstacle qu'il faut combattre pour permettre à cet homme moderne de porter le progrès de la Nation.

Charles Kabeya Muase  
Sociologue, politologue et philosophe

Les arguments en faveur d'une unicité du droit sont ici présentés et articulés très schématiquement autour de trois couples.

#### DROIT ET POLITIQUE

Droit et politique sont liés mais ne peuvent être confondus. En effet, selon que la priorité est donnée à l'un ou à l'autre, la nature de l'État change.

Lorsque le droit prime sur le politique, la configuration concrète de cette priorité répond à ce qu'il est convenu d'appeler un « État de droit ». Celui-ci respecte les droits reconnus aux citoyens et s'applique à lui-même les normes qu'il émet.

Jusqu'à une période récente, la plupart des pays de l'Afrique subsaharienne connaissait une situation inverse : la subordination du droit au politique. Cette option était justifiée par les contextes : construire puis renforcer l'État qui émergeait de la colonisation, participer au concert des nations et y être reconnu, créer une unité nationale au sein du nouvel État, réaliser l'égalité de tous devant la loi. Ces deux derniers points sont déterminants. En effet, selon le législateur africain, l'égalité de tous devant la loi ne pouvait être effective qu'une fois la force de l'État établie et l'unité nationale construite.

Or, on constate aujourd'hui l'incapacité de l'État à créer, seul, une nation. Les stratégies de « domestication » et d'appropriation quasiment privée dont il est l'objet, ne cessent de le parasiter, de l'affaiblir, de le détourner de ses propres objectifs et même, de sa raison d'être <sup>6</sup>.

Les Conférences nationales, consécutives à la dynamique actuelle des mouvements de démocratisation, traduisent une importante évolution et marquent un complet renversement de tendance. En effet, elles s'efforcent de légaliser l'État en le subordonnant à un droit démocratique.

Se crée donc aujourd'hui dans certains pays un contexte

nouveau, pour progresser vers l'égalité de tous devant la loi. Mais parallèlement, subsiste un pluralisme juridique, contradictoire dans son principe avec la codification d'un seul droit applicable à tous les citoyens. Les traditions animistes et de l'Islam, notamment, sont fondées sur d'autres logiques que celle dont se réclame l'État. « Dans nos sociétés africaines d'aujourd'hui, constate le président Abdou Diouf, le pluralisme juridique est, dans beaucoup de domaines, dans celui de la famille en particulier, un fait qui constitue à la fois une solution heureuse transitoire et un problème pour le long terme<sup>7</sup>. »

Problème pour le long terme ! Sans doute car à y regarder de plus près, la solution transitoire n'est pas aussi heureuse qu'il y paraît.

D'une part, la justice traditionnelle est de plus en plus contestée, et pas seulement par les « cadets sociaux »<sup>8</sup>. On n'hésite de moins en moins à traîner devant la justice officielle les membres de son ethnie – voire de sa famille – pour faire valoir des droits que la législation reconnaît. La seule menace d'y recourir, permet même souvent d'avoir gain de cause. Et si l'on revient ultérieurement à la justice coutumière, c'est plus pour pacifier les relations interpersonnelles et, comme disent fréquemment les intéressés, « honorer des lèvres » son existence déclinante. Car tout le monde sait que l'État peut être en certaines circonstances un allié et un recours pour obtenir justice au sein de la communauté traditionnelle.

D'autre part, cette transition engendre une conscience historique ambivalente, fonction des enjeux et des intérêts du moment, sans souci réel du bien commun ; elle est doublement hiérarchique. Tout d'abord, elle sous-entend une inégalité des individus devant la loi moderne : certains peuvent y avoir accès, d'autres l'ignorent ou même sont ignorés d'elle.

Ensuite, elle laisse pressentir le passage d'un système de valeur dans un autre, dans le sens de la tradition vers la modernité. Passage illusoire ! Car pensé comme le simple « transvasement » d'un système social qui est remis en cause et doit être repensé, la même valeur étant estimée bonne ou mauvaise selon le système de référence.

Cette situation durera aussi longtemps que la justice coutumière continuera à régir, vaille que vaille, les consciences et qu'un droit nouveau n'émergera pas pour accompagner de nouvelles valeurs. Le danger de cette situation, sans références

affirmées, sans cadre communément admis est d'offrir un espace à toute forme de démagogie. Ne faut-il pas, avec G.A. Gouassigan, se poser la question «Quelle est ma loi ?»<sup>9</sup>.

#### DROIT ET DÉVELOPPEMENT

Il faut reconnaître que le développement se fait souvent de manière anarchique ; chaque acteur agit selon des modes d'intervention qui lui sont propres. Pourtant, le développement implique un projet de société. Il revient à l'État de coordonner les forces et de mobiliser les ressources intérieures pour l'accomplir. Ce rôle, l'État ne peut l'assurer sans responsabiliser les acteurs et sans déterminer les obligations de chacun dont les siennes propres.

Sans fétichisme juridique aucun, on peut valablement penser que l'élaboration d'un droit au développement peut être d'un secours certain pour l'État soucieux d'agir dans la légalité et pour les acteurs sociaux qui peuvent aussi s'en saisir. Notamment, l'adhésion des populations et leur mobilisation servent aujourd'hui de discours de référence pour le développement. Ceci suppose une transformation des mentalités et des structures sociales. En réalité, cette transformation précède le droit. La société ne reste pas immobile dans l'attente de la confection d'un droit sur mesure. Elle évolue en se frayant un chemin, « comme elle le peut », vers et à travers des pratiques de métissage entre normes étrangères et coutumes<sup>10</sup>.

Ainsi, par exemple, pour éviter que les structures de participation issues des populations ne vivent que par la volonté de ceux, individus ou groupes, étrangers ou nationaux qui les ont initiées et les soutiennent tant bien que mal, il est sain de leur donner une assise juridique. De même – autre exemple – ceux qui légitimement souhaitent des réformes agraires pourront s'adosser à la loi si celle-ci s'attaque aux inégalités dans l'occupation des sols et le travail de la terre.

#### DÉVELOPPEMENT ET CITOYENNETÉ

On peut constater que l'institutionnalisation du pouvoir et de l'État africain n'ont été dans ce domaine qu'un demi-succès ou un demi-échec, des demi-mesures ayant en la matière des conséquences néfastes.



Jusqu'à une date récente, l'organisation et le fonctionnement des structures de l'État ont conservé des formes qui portent la marque de la personnalité des « Pères fondateurs ». Elles traduisent des rapports de paternalisme pédagogique entre État et société et l'aliénation des populations qui s'en suit.

Ce temps a duré trente ans, durée qui a façonné la mentalité des dirigeants et des dirigés. Au cours de cette période, la loi est devenue la pire des choses pour ces derniers. Elle fait peur pour son inadaptation et à défaut d'être abolie, elle est détournée, contournée, fuie en quelque sorte. Ainsi, la loi règne mais ne gouverne pas, conduisant à l'irresponsabilité.

Aussi, partager la citoyenneté devient incontournable pour un mieux vivre des populations et l'articulation citoyenneté et développement ne peut faire l'économie d'un droit unique pour favoriser une socialisation objective des transformations nécessaires.

#### UN CHEMIN D'HUMANISATION

L'idée que le développement des pays africains passe par la destruction de l'ordre traditionnel a vécu. Aujourd'hui, fort de ce constat, on veut fonder le développement sur ce qu'il en subsiste mais ce faisant, on ignore le mouvement des consciences qui s'est opéré. De ce fait, les coutumes sont survalorisées parce qu'elles sont multiples et dynamiques et toute tentative de codification est refusée au nom de ce qu'elle uniformise et immobilise par un texte.

Et pourtant les objectifs que se donnent les sociétés africaines et les moyens qu'elles prennent pour leur reproduction sociale appellent des normes nouvelles, même si celles-ci sont en partie exogènes. Sauf fixisme dogmatique, la codification n'est pas absurde lorsqu'elle s'appuie sur l'évolution de

l'éthos<sup>11</sup> des populations. Elle ouvre par là même un nouveau chemin d'humanisation. Certes, celle-ci ne commence pas avec le droit moderne. Les normes coutumières répondaient à une quête de sens. Mais aujourd'hui, c'est à partir de la citoyenneté qu'il faut enraciner les principes de l'action sociale, en favorisant plus une participation moderne qu'une sujétion traditionnelle et/ou post-coloniale.

La question ultime est donc double ; la tradition dans sa diversité peut-elle, à partir de sa philosophie du monde, répondre de façon engageante au défi du développement ? Le droit d'inspiration moderne peut-il fonctionner sans discriminer, en l'absence d'un droit unique ? L'énonciation de la citoyenneté et la « gouvernementalité » des sociétés africaines sont au cœur du débat sur la quotidienneté du droit.

.....

# Crise de la modernité et crise du droit moderne

## **L'éclatement des certitudes**

Après deux siècles de dogmatisme bienveillant, la société moderne découvre avec inquiétude que les chemins qui étaient sensés la conduire au bonheur sont sinueux, et qu'ils ne sont pas forcément pavés des bonnes intentions dont ils sont parés !

Paradoxalement, cette remise en cause des certitudes est le fruit de la diffusion rapide et massive à travers le monde des productions matérielles et intellectuelles issues de la modernité.

La « vague déferlante » de la modernité occidentale, véritable « rouleau compresseur » des identités locales, réveille brutalement la pluralité des cultures.

Le citoyen se rebiffe, et cherche à se réapproprier son devenir en réclamant pour cela le droit à décider lui-même du sens de sa vie.

..... PLATE-FORME POUR UN MONDE RESPONSABLE ET  
SOLIDAIRE  
Éléments de diagnostic<sup>12</sup>

FPH

Dans notre monde coexistent d'un côté des besoins fondamentaux non satisfaits, des ressources gaspillées et détruites et, de l'autre, des capacités de travail et de créativité inemployées. Ce n'est pas acceptable.

Nous souffrons de trois déséquilibres majeurs : entre le Nord et le Sud de la planète ; entre les riches et les pauvres au sein de chaque société ; entre les hommes et la nature. Ces trois déséquilibres reflètent une triple crise des relations et de l'échange : entre les sociétés, entre les hommes, entre les hommes et leur milieu de vie. Ces crises sont inséparables. Le non-respect du milieu de vie, par exemple, accompagne souvent le non-respect des femmes et des hommes.

Les trois crises ne peuvent être surmontées séparément. Nous ne saurons pas construire, à quelque niveau que ce soit, l'harmonie des relations entre l'homme et son milieu si n'est pas construite en même temps l'harmonie des relations des hommes entre eux, des sociétés entre elles.

Ces crises ont des causes communes. Le monde a évolué très vite au cours des deux derniers siècles. La « modernité » inventée en Occident s'est diffusée dans le monde entier. La plupart des pays connaissent une crise spirituelle et morale. Nous n'avons pas su canaliser au profit de tous les hommes nos formidables capacités à comprendre, à entreprendre et à créer. Il est difficile de ne pas voir au cœur des trois crises les effets des formes actuelles du développement scientifique et technologique, de l'accentuation de la division du travail, du gonflement de la sphère du marché et de la circulation sans cesse démultipliée des marchandises et de l'argent : bref, des facteurs constitutifs, de la « modernité occidentale » ou, pour certains, de la « Modernité ».

Dans l'esprit de ses promoteurs, ces facteurs de la modernité devaient être les moyens du progrès de l'humanité et assurer à tous les hommes prospérité, paix, sécurité, bonheur, liberté. Si, pour une part de l'humanité, ils y ont, d'une certaine

manière, contribué, ils ont simultanément engendré misère, guerres, insécurité, dénuement, oppression, et, finalement, la triple crise évoquée plus haut.

La modernité occidentale s'est, en quelques siècles, imposée dans l'ensemble des pays du monde, par un mélange de contrainte et d'attrait. La colonisation puis la décolonisation ont contribué à diffuser partout le modèle de développement et de société de l'Occident. Par la fascination qu'elle exerce et l'efficacité qu'elle apporte, la modernité est devenue, sous des habillages politiques divers, la référence principale des élites de tous les continents. Rapports de puissance et jeu du marché ont contribué ensemble à dissoudre les valeurs et les rapports d'échange autres que marchands et, ce faisant, à déstructurer les sociétés traditionnelles.

Les deux piliers de la modernité – la liberté des échanges et la science – devaient être des moyens au service du progrès des hommes. Ils sont aujourd'hui trop souvent considérés comme des fins en soi. Ainsi, selon la mythologie économique à la mode, la libéralisation de tous les échanges, de marchandises comme d'argent, est censée assurer, en tout domaine, un équilibre automatique et optimal des échanges entre les hommes. De même, selon la mythologie scientiste, par-delà les problèmes ou les dégâts, l'alliance de la science, de la technique et de l'industrie finira toujours par apporter les solutions et faire progresser l'humanité. Ne resterait dès lors qu'à s'en remettre au marché et à la science.

Certes, la science est une source de compréhension, de capacité d'agir et de créativité exceptionnelle ; mais, si elle peut être mobilisée pour le meilleur, elle peut aussi l'être pour le pire. De même, le marché est un instrument irremplaçable pour mettre en relation de façon souple une multitude d'agents ayant chacun des besoins, des désirs et des capacités à offrir en échange ; mais les populations démunies, les besoins fondamentaux non solvables, les risques écologiques, les intérêts des générations futures sont, si l'on peut dire, hors de son ressort. Science et marché ne valent en définitive que par rapport aux choix et aux finalités des sociétés dans lesquelles ils se développent. Ils doivent retrouver leur juste place d'outils ; outils essentiels, certes, mais outils mis au service d'autres finalités qu'eux-mêmes.

Or, la diffusion de la science et du marché s'est accompa-

gnée d'une grave crise des valeurs. Elle a même largement contribué à cette crise. La science et la technologie, en mettant l'accent sur la maîtrise et la manipulation des hommes et des choses ont encouragé des attitudes prédatrices, réduisant la nature, le monde vivant et les autres hommes à l'état d'instruments, délaissant les démarches plus globales, plus modestes et plus respectueuses qu'exigerait la recherche d'une harmonie et d'une solidarité entre les hommes et avec leur milieu. L'exaltation de la puissance l'emporte sur la recherche de la sagesse. De son côté, le marché tend à réduire la valeur des êtres et des choses à leur valeur monétaire, propage l'idée que l'enrichissement est la mesure ultime de la réussite des hommes comme des sociétés, impose une domination du matériel sur le spirituel, a besoin pour fonctionner de faire naître sans cesse de nouveaux besoins solvables quitte à détourner les énergies et les intelligences de besoins plus fondamentaux, conduit à privilégier le court terme au détriment du long terme. De cela, nous voyons les fruits : la dislocation morale de beaucoup de sociétés, la généralisation de la corruption, le refuge dans la drogue, l'indifférence à l'égard des autres ou à l'égard du milieu, le désarroi de la jeunesse.

Si la soumission croissante de nos sociétés à la science et au marché est au cœur de la triple crise du monde actuel, c'est certes à cause de leurs limites propres, mais c'est aussi parce que ce sont des moyens redoutablement efficaces au service de sociétés profondément inégales, avides, imprévoyantes. C'est enfin parce que le monde a changé si vite, l'impact des hommes sur leur milieu s'est accru à une telle vitesse, les échanges internationaux ont pris une extension si soudaine que l'humanité est dépassée par son propre mouvement. Les anciennes formes de régulation des activités humaines, construites au fil des millénaires, se sont trouvées dépassées sans que de nouvelles aient encore eu le temps de naître. Dans de nombreux domaines, les enjeux deviennent planétaires et échappent aux institutions politiques traditionnelles, au contrôle démocratique. Des responsabilités doivent être assumées et des choix effectués à l'échelle de la planète, mais il n'existe pas de lieux ou d'institutions pour le faire. L'humanité se trouve en position de devoir prendre en charge le cours de son destin mais elle ne sait comment y parvenir.

Notre monde est pris dans une accélération sans précédent :

généralisation du règne de la marchandise, croissance des productions, des populations et des besoins, circulation des informations, des produits, des hommes et des capitaux, mise en œuvre de systèmes techniques de plus en plus puissants, augmentation des prélèvements de ressources, des rejets et déchets. Les inégalités entre les hommes et les sociétés s'accroissent. Les déséquilibres fondamentaux de la planète et du vivant sont menacés comme le sont les intérêts des générations futures.

Or, dans le même temps, chaque société se replie sur ses urgences et ses propres objectifs. Les sociétés les plus riches cherchent à sauvegarder ou améliorer leur bien-être tout en combattant chômage et pauvreté, et cherchent pour cela à créer encore plus de marchandises ; d'autres sociétés poursuivent la marche forcée de l'industrialisation et de la modernisation, au prix de graves atteintes au milieu et aux hommes, avec en perspective le rattrapage des plus riches ; d'autres ont à arracher au dénuement extrême de larges parts de leurs populations ; d'autres enfin cherchent à survivre, simplement survivre, souvent dans les déchirements et les affrontements. Ces quêtes, parallèles plutôt que convergentes, ne peuvent que conduire au développement de nouvelles inégalités, à la mise en place, au sein des sociétés et entre les sociétés, de nouvelles formes d'apartheid entre riches et pauvres et à de profonds déséquilibres écologiques locaux, régionaux et mondiaux qui affecteront en priorité les plus démunis.

L'ensemble des études convergent sur ce point. Des décisions qui seront, ou non, prises dans les années 1990, des inflexions qui seront, ou non, obtenues dans quelques domaines majeurs, vont très largement dépendre la profondeur, la gravité, le degré d'irréversibilité des déséquilibres auxquels l'humanité sera confrontée dans la première moitié du prochain siècle. Nous croyons que l'humanité va devoir entreprendre dans les années à venir une révolution spirituelle, morale, intellectuelle et institutionnelle de très grande ampleur. Elle ne pourra le faire qu'en allant chercher, dans le meilleur de ses traditions et de ses civilisations et dans ses plus généreux élans, des guides pour l'action.

.....



## La modernité à l'épreuve de la mondialisation

Ainsi, le phénomène contemporain de mondialisation qui marque l'entrée dans le nouveau millénaire s'accompagne de la globalisation des valeurs et des systèmes de développement économique et politique qui sous-tendent la modernité occidentale. L'échelle de comparaison des sociétés, devenue mondiale, s'impose, et révèle dans le même temps l'origine régionale de ce projet de société « internationalisé ».

« Notre époque vit la critique de la modernité, la défiance envers le progrès et la Raison, éprouve la solitude des individus, tandis que l'obsession de l'identité réduit l'espace de la participation sociale<sup>13</sup>. Nous avons le sentiment que les logiques unitaires n'aboutissent qu'à des impasses, à des ordres précaires. En même temps, nous sentons bien que les crispations identitaires, l'abandon de la Raison au profit des morales de l'enracinement sont porteurs de périls dont certains se concrétisent sous nos yeux. D'où notre difficulté à nous situer entre l'un et le multiple, et la quête d'un ordre pluraliste qu'on discerne bien dans les questions posées par les instances de l'Unesco<sup>14</sup>. »

À la rencontre du monde, l'universalisme s'oppose à la diversité des valeurs et des logiques humaines, et le pluralisme culturel devient un espoir pour sortir de l'impasse.

Mamadou Diouf,  
Conseil pour le développement de la recherche  
en sciences sociales en Afrique

S'interroger sur la signification et les conséquences de la mondialisation, c'est s'inscrire dans la réflexion très pertinente amorcée par Jean Baudrillard, qui opère une nette distinction entre « le mondial » et « l'universel » : « Mondialisation et universalisation ne vont pas de pair, elles seraient plutôt exclusives l'une de l'autre. La mondialisation est celle des techniques, du marché, du tourisme, de l'information. L'universalité est celle des valeurs, des droits de l'homme, des libertés, de la culture, de la démocratie. La mondialisation semble irréversible, l'universalité serait plutôt en voie de disparition. Du moins tel qu'elle est constituée en système de valeurs à l'échelle de la modernité occidentale, sans équivalent dans aucune autre culture », écrit-il... <sup>16</sup>

La distinction introduite par le philosophe français permet d'élargir l'horizon de la discussion sur la mondialisation, en mettant en évidence que la vision des économistes, qui avait dominé les premières interprétations du phénomène comme intégration, uniformisation dans le « village global » était trop réductrice. Les nouvelles analyses tendent plutôt à montrer qu'au plan des cultures et des dynamismes sociaux et politiques, la mondialisation s'accompagne de manière inextricable de célébration de la différence et de cristallisations identitaires et discriminatoires<sup>17</sup>. Cependant, elle ne permet de faire ni la géographie, ni la grammaire du phénomène qui cherche encore son histoire, l'identification de ses principaux acteurs, ses principales conséquences sur les institutions politiques, sociales et économiques contemporaines et ses principaux animateurs au niveau de l'État-nation, des collectivités locales, des regroupements régionaux et des institutions internationales.

Quels sont les différents risques, circonstances, et opportunités engendrés par le phénomène complexe et si varié de la mondialisation ? Les débats ont montré qu'il est difficile de circonscrire un contenu précis et un champ défini à la mondialisation. Un certain consensus apparaît néanmoins à propos des

éléments suivants :

les politiques de libéralisation économique et la mondialisation de la finance rendues possibles par les nouvelles technologies de communication et de gestion, en se renforçant mutuellement, ont accéléré la création d'un vaste marché mondial (liberté du commerce, dérégulation du secteur financier, arrêt des contrôles de change) ;

le secteur privé et les compagnies transnationales ont joué un rôle déterminant ;

la mondialisation a entraîné un déplacement du lieu de la décision de l'État-nation aux acteurs transnationaux mais aussi des gouvernements nationaux au secteur privé.

J. Habermas<sup>18</sup> caractérisait dès 1975 cette situation de « crise de la rationalité » : l'État ne pouvant plus protéger les citoyens comme convenu ou attendu, et de « crise de la légitimité » : il ne peut plus s'attendre à une loyauté sans faille des citoyens. Le règne du marché, de la compétitivité et de la concurrence provoque en effet des remises en cause radicales avec la perte d'efficacité de beaucoup d'instruments traditionnels des politiques économiques nationales, l'érosion et/ou la « perte » de la souveraineté nationale., autant d'interrogations qui affectent la nature des débats politiques et le positionnement des acteurs sociaux.

Certains auteurs, comme R. Reich, n'hésitent pas à parler de « symbolic analyst » et d'élites qui sont « globalisés » c'est-à-dire qui vivent dans un environnement dénationalisé, alors que leurs concitoyens sont enfermés dans le national, irrémédiablement coupés du niveau mondial<sup>19</sup>. Cette division a évidemment un impact considérable sur le fonctionnement de l'État.

An cours des discussions, il y a eu reconnaissance du fait que les politiques gouvernementales menées, en ce qui concerne la mondialisation, sont empreintes de contradictions et se caractérisent par des tensions persistantes. En effet, selon leur capacité de négociations, « bargaining power », les pays pouvaient accepter, se soumettre ou se soustraire aux contraintes de la mondialisation, en invoquant par exemple la souveraineté ou les goûts nationaux (le Japon), en s'appuyant sur leur puissance (les États-Unis) ou sur l'exception culturelle (la France) ou encore, surtout pour les puissances occidentales, en élaborant des législations protectionnistes à l'intention des migrants (qui sont l'un des aspects les plus controversés de l'entreprise

de mondialisation) et pour les pays les plus pauvres, en se pliant aux conditionnalités des institutions financières internationales.

#### IRRÉVERSIBILITÉ ET INACHÈVEMENT

S'interroger sur l'irréversibilité ou non et l'inachèvement ou non du processus de mondialisation, c'est dans une large mesure insister sur un fait : elle est subie et/ou construite à partir de recompositions et d'adaptations permanentes et diversifiées. Cette diversification est fondamentale car comme le mentionne A. Giddens, la nature du monde occidental, dans son évolution et sa prise en charge de la planète, crée de nouveaux risques, de nouvelles opportunités, des possibilités d'opérer tant au niveau local que global en mettant en contact de plus en plus rapproché, des communautés différentes<sup>20</sup>. Dans la situation africaine actuelle, avec des sociétés ayant eu une expérience coloniale et profondément marquées par l'orientation en direction de la métropole (ne parle-t-on pas toujours en France des pays du champ pour désigner les anciennes colonies d'Afrique ?), la diversité proposée par la mondialisation est un atout.

Il est clair que si la mondialisation est un processus en cours, il est possible d'y laisser son empreinte et de procéder à son appropriation de manière créative et dynamique. Le défi auquel doivent faire face les Africains est de trouver comment s'inscrire dans ce processus et quel sera le prix à payer ? Actuellement, certains Africain trouvent leur compte dans la mondialisation et sont des animateurs de premier plan, les musiciens et la World Music mais aussi les sportifs, G. Weah (football), H. Olajuwon (basket-ball) ou encore F. Fredericks (athlétisme).

#### Nouvelles modernités

La mondialisation redéfinit les concepts de modernité et de progrès. Ils ont changé de contenu, de rythme et de lieu. D'autres modernités, d'autres images et manières de faire apparaissent. Elles peuvent inspirer les sociétés africaines comme les modernités asiatiques, par exemple. À cause d'une ouverture et d'une communicabilité plus grandes des diverses

expériences humaines, les modernités alternatives sont en train de combattre les universalismes abstraits et concurrents que sont ceux des civilisations européennes et qui ont surtout porté sur l'exploitation, la domination, l'élimination, etc. Et, comme le souligne J. Baudrillard «... on peut se demander si l'universel n'a pas succombé à sa propre masse critique, et s'il s'est jamais implanté ailleurs que dans les discours et dans les morales officielles. En tout cas, pour nous, le miroir de l'universel est brisé (on peut y voir en effet quelque chose comme le stade du miroir de l'humanité). Mais c'est peut-être une chance car dans les fragments de ce miroir brisé de l'universel, toutes les singularités resurgissent. Celles que l'on croyait disparues ressuscitent. Derrière les résistances de plus en plus vives à la mondialisation, résistances sociales et politiques qui peuvent apparaître comme un refus archaïque de la modernité à tout prix, il faut lire un mouvement original de défi à l'emprise de l'universel. Quelque chose qui dépasse l'économique et le politique. »<sup>21</sup>

L'élément le plus important en Afrique est l'émergence de nouvelles formes organisationnelles. Elles remettent de plus en plus en cause la souveraineté exclusive du territoire étatique et national. Ce recul des territoires a entraîné l'émergence des terroirs, ce mot extraordinairement français dont il n'y a pas d'équivalent en anglais.

La mondialisation n'a jamais été l'uniformisation, au contraire. C'est au moment où la mondialisation se réalise que le localisme et la singularité s'expriment de plus en plus dans les sociétés humaines. Elle est en même temps intégration et fragmentation. Elle brouille les affiliations traditionnelles, déflate l'État, érode la souveraineté, surtout économique et sociale, en compromettant la capacité des élites politiques à maîtriser les flux et allocations des ressources, donc à promouvoir la stabilité des sociétés. Précisément à cause de ces mouvements, elle n'a pas entièrement détruit les allégeances des citoyens, elle a plutôt procédé à leur déplacement d'un niveau à l'autre, les replaçant en des lieux où « la race », « le sang », « le sol », « la religion », « la langue » sont exaltés et célébrés, dans le bruit, la fureur et les chants virils et guerriers. Cette réorganisation des loyautés politiques sur de nouvelles bases et qui fait le lien entre les forces économiques de la mondialisation et les expressions identitaires contemporaines, sont les points de

rupture (new fissures) identifiés par V. Cable, autour de la langue (Espagne, Canada, Inde, Hongrie...) de la religion (Algérie, Turquie, Égypte, Pakistan, Palestine, Nigeria, Inde..), de la race (France, Afrique du Sud, Malaisie, Rwanda..).

La question qui se pose alors est savoir si la mondialité est l'uniformisation absolue prônée par la Banque mondiale ou le FMI ou si elle est une rythmique avec des partitions de tous ? Cette dernière est-elle vraiment réalisable ? Les nouveaux dragons semblent indiquer la direction à suivre. Il y a vingt ans, le confucianisme était identifié comme la cause première de l'incapacité de l'Asie à réaliser de bonnes performances économiques. Le continent asiatique s'enfonçait dans la misère parce que ses croyances religieuses étaient si peu conformes ou en phase avec « l'éthique protestante et l'esprit du capitalisme », s'il ne décollait pas c'était à cause du confucianisme. Aujourd'hui, ce même confucianisme redevient le principe explicatif du « miracle asiatique ».

Cela veut dire que le cadre épistémologique et l'appareillage conceptuel posent de sérieux problèmes pour rendre compte des transformations en cours.

### Nouvelles polarisations

Une autre grande mutation est celle de l'État-nation. Nous avons déjà indiqué quelques pistes. Dans son « An Agenda for Peace » <sup>22</sup> (1995), Boutros Ghali observe que l'État-nation n'est plus la forme exclusive de l'État. Le Kurdistan, la Cisjordanie et Gaza existent sans être des États. Le Zaïre, on ne sait plus ce que c'est, mais la vie semble s'y dérouler sans grande crise, ce qui veut dire que l'on se passe facilement d'une certaine forme d'État et ça marche. Il y a des régions qui battent des monnaies différentes dans le même État et cela ne semble déranger personne !

Non seulement il y a ces nouvelles organisations mais de nouvelles polarisations sont en cours de construction et/ou de consolidation. On parle beaucoup de la « Chine bleue » autour de la mer de Chine qui fait revivre de vieux réseaux profondément enracinés dans le <sup>xii</sup> siècle, pour porter, jusqu'au cœur de la Chine populaire, des logiques d'accumulation capitalistes « réinventées » par les Chinois d'outre-mer. Cette polarisation autour des villes portuaires asiatiques et l'existence d'espaces

qui effacent les frontières à partir de flux et de réseaux montrent que la mondialisation fournit effectivement de nouvelles opportunités. En Afrique, les réseaux haoussa, yoruba, ibo, jula.. montrent de plus en plus des potentialités à redessiner la géographie économique et politique du continent.

Au chapitre de la coopération, le problème est de savoir comment transformer ces opportunités en systèmes qui fonctionnent, se reproduisent et entraînent le continent dans une logique de création et de distribution de richesses. C'est la seule réponse viable dans un contexte où le déclin de l'aide publique au développement est devenu non seulement structurel mais aussi à long terme. Il clôture la fin d'une période d'arrimage des économies et des sociétés africaines aux métropoles et empires occidentaux, avec les phases suivantes : la traite, la colonisation et l'indépendance.

La fin de cette période est-elle porteuse de rupture ? Dans la perspective de Michael Clought, la fin de la guerre froide ouvre des perspectives nouvelles pour l'Afrique<sup>23</sup>, une rupture qu'il illustre en reprenant la phrase de Martin Luther King : « libre enfin », pour parler des relations entre l'Afrique et les États-Unis.

La mondialisation est certes économique mais il faut tenir compte des autres mondialisations, les souterraines notamment, drogues, contrefaçons, délinquance ainsi que les mondialisations non voulues comme les migrations, le sida, etc., et les mondialisations contestées, par exemple celle de la langue américaine et de « l'américan way of life ». Cependant, cette mondialisation par une langue signifie que d'autres possibilités sont mises à la disposition de sociétés jusqu'alors unilingues à cause d'une mondialisation coloniale. Le face à face continu avec la métropole est aujourd'hui remis en cause. Et, avec Internet, chacun y produit sa propre image et la fait circuler, ce qui réduit considérablement l'invention de l'autre dans son propre miroir<sup>24</sup>.

L'invention douloureuse de la politique

Si l'on se réfère aux canons de l'État-nation, le Zaïre est en crise mais si on essaie de comprendre autrement la situation qui prévaut dans ce pays, on est obligé de partager l'analyse de Janet McGaffey qui parle d'une « seconde économie »<sup>25</sup> qui,

d'une certaine manière, procède à la reconstruction du Zaïre par le bas. C'est la preuve qu'une société peut fonctionner autrement que par les règles édictées par l'État-nation hérité de l'Europe, certes dans la fureur et la violence aveugle, mais aussi dans la mise en œuvre d'une imagination créatrice qui fait découvrir d'autres voies et chemins<sup>26</sup>, plus conformes à l'histoire et à la culture des sociétés africaines.

Outre l'émergence de nouveaux acteurs, de nouvelles pratiques, de nouveaux objets politiques (ONG, privé...), de nouveaux réseaux ou d'anciens réseaux réactivés, la mondialisation est aussi la superposition simultanée d'images d'abondance et de dénuement total. Mais le marché mondial offre la possibilité d'aller choisir les images que l'on veut et de se lier avec qui l'on veut selon les possibilités offertes. Le résultat, les lieux de décision et de validation de l'autorité et du pouvoir se déplacent, aussi bien à l'intérieur des États qu'entre les États. Pour l'Africain, c'est peut-être cela qui remet le plus en cause la « spécificité » mythologique des Africains. Précisément parce qu'ils signent constamment leur présence dans le monde, y laissant des traces d'une intégration différenciée, plus ou moins massive, plus ou moins significative.

L'intégration régionale par les réseaux flexibles deviendrait-elle plus importante que l'intégration par le juridique et l'institutionnel ?

#### MONDIALISATION ET DÉVELOPPEMENT

La mondialisation affecte de nouvelles significations au concept et aux pratiques de développement. Pour les Africains, il y a un changement total dans le passage d'une phase à une autre. Dans une première phase, il leur avait été dit en substance : vous allez être indépendants mais parce que vous avez été colonisés, il faut que l'on vous protège et parce que l'on vous protège, il faut que vous ayez des avantages, l'État doit être un État fort, politique, économique et social.. La nationalisation devenait ainsi l'acte suprême de la souveraineté ; il fallait se déconnecter du marché mondial pour pouvoir, après l'accession au royaume politique (N'Krumah), réaliser le décollage économique et la justice sociale. Subitement, dans la deuxième phase, celle qui est en cours, il est dit qu'il n'en est pas ainsi et qu'au contraire, les principes de la bonne gouver-

nance sont associés à la privatisation, à la réduction draconienne du rôle de l'État et à l'ouverture maximum au marché mondial. L'objectif n'est plus le développement mais la croissance économique avant la redistribution ou l'équité.

### Nécessité d'une logique plurielle

Ce basculement a des conséquences épistémologiques importantes : les instituts de développement créés sur le premier paradigme sont actuellement en crise. La Banque mondiale et le FMI ont pris le contrôle de la production du savoir et des paradigmes sur le développement et la croissance économique, couvrant de plus en plus tous les secteurs (santé, éducation, travail...) et repoussant les institutions traditionnelles à la marge de leurs propres domaines d'expertise et de compétence. Cette évolution réduit considérablement l'indispensable exigence d'une pluralité de lieux de définition et de compréhension des faits contemporains. Précisément parce que la pluralité est l'assurance d'un dialogue possible, le renversement auquel nous assistons le rend de plus en plus intenable, du moins pour l'une des parties. En outre, les lieux où les gens créent et s'adaptent le mieux à la mondialisation ne sont pas pris en considération. Il y a une césure entre la réalité du vécu, d'un côté, et la pensée et la projection de ce vécu par des institutions, de l'autre. Des propositions alternatives telles que le Développement humain durable du PNUD tentent de se créer des espaces mais l'absence de logique plurielle pose problème.

### CONFLITS, COMPROMIS ET NÉGOCIATIONS

Avec la mondialisation, un espace public international est apparu : on parle de droit d'ingérence ou droit transculturel de juger<sup>27</sup>. De nouveaux éléments émergent qui remettent en cause des attitudes autant au Nord qu'au Sud. La fameuse raison d'État à la française, par exemple, semble de moins en moins valide dans un contexte de mondialisation tout comme le « national interest » américain ou les authenticités africaines.

Par contre, la démographie, la gouvernance, la lutte contre la pauvreté sont des termes qui fonctionnent comme outils d'analyse au niveau planétaire. Ils sont de nouveaux registres de mise en ordre des affaires du monde. Mais dans la mesure

où ils sont commandés par des institutions internationales, permettent-ils de saisir réellement ce qui se passe à la base et de comprendre les réponses concrètes que les gens apportent à leurs problèmes ? Parmi eux, le terme le plus intéressant est celui de « conditionnalité ». Aujourd'hui, n'importe qui peut édicter des conditionnalités du moment qu'il a de l'argent à distribuer. La prescription a pris la place de la négociation et la technique tente de disqualifier la politique dans la prise de décision.

Il est donc important que les chercheurs reviennent à une imagination théorique et intellectuelle susceptible de les aider à mieux saisir la complexité sans la réduire à la simplicité. Tout comme le phénomène de la mondialisation, les sociétés sont complexes, là aussi, et il est impossible d'en rendre compte de manière simple. Il faut des approches plurielles des phénomènes. « L'effet du réel est plus important que le réel », disait Roland Barthes, à propos de la publicité. Tant que l'on n'assurera pas des pôles pluriels de discussions, où chacun viendra avec ses pensées, il n'y aura pas de possibilité de penser le monde et la mondialisation.

Enfin, la mondialisation élargit les horizons. Il y a d'autres arrangements possibles, comme l'ont expliqué les Japonais à la Banque mondiale à propos du miracle asiatique. C'est là tout son intérêt. Reste à savoir comment jouer notre partition, écouter les autres et être écouté pour que l'humanité soit humaine, en ne pensant pas que le mimétisme permet de tout régler. Apprendre à regarder ailleurs que dans son propre miroir, laisser parler les autres d'eux-mêmes et pour eux-mêmes.

.....

## Crise de la modernité et crise du droit

En tant que vecteur de la modernité occidentale, le droit n'échappe donc pas à une remise en cause, et la face cachée de l'universalisme du droit moderne est désormais analysée dans ses manifestations et ses conséquences. L'utilisation du droit moderne comme un outil d'hégémonie politique et culturelle est aussi reconnue, dénoncée et critiquée.

«Nous savons bien sûr que les droits de l'homme ne sont pas universels s'agissant de leur application. On s'accorde aujourd'hui pour distinguer quatre régimes internationaux des droits de l'homme à travers le monde : les régimes européen, interaméricain, africain et asiatique. Mais sont-ils universels comme un artefact culturel, une sorte d'invariant culturel, une culture globale ? Toutes les cultures tendent à définir des valeurs fondamentales qui soient les plus largement partagées. Mais seule la culture occidentale prétend à l'universalité. [...] En d'autres mots, la question de l'universalité est une question particulière, une question propre à la culture occidentale.

Le concept des droits de l'homme repose sur un ensemble de présuppositions bien connues, qui toutes sont nettement occidentales, à savoir : il y a une nature humaine universelle qui peut être saisie par des moyens rationnels ; la nature humaine est fondamentalement différente et au-dessus de toute autre réalité ; l'individu a une dignité absolue et irréductible qui doit être défendue contre la société ou l'État ; l'autonomie de l'individu requiert une organisation non hiérarchique de la société, comme ensemble d'individus libres<sup>28</sup>.»

Par ailleurs, outre cette remise en cause, nombreux sont les exemples d'inégalité de droits qui témoignent de l'échec du droit moderne dans sa prétention d'équité.

..... LES FONDEMENTS ANTHROPOLOGIQUES  
DES DROITS DE L'HOMME :  
CRISE DE L'UNIVERSALISME ET POST-MODERNITE<sup>29</sup>

Étienne Le Roy<sup>30</sup>  
Anthropologie et Juriste,  
directeur du Laboratoire  
d'anthropologie juridique de Paris

Fiche rédigée par Juristes Solidarités

Bien que nés dans un contexte commun, celui de la philosophie des Lumières, les droits de l'homme et l'anthropologie se sont largement ignorés, au profit de la science du droit. Celle-ci apportait des « garanties » : l'universalisme, basé sur la foi en la codification exprimant une « raison écrite », et l'idéalisme, qui ignore l'enracinement socio-historique. De cette manière, la diversité des formes d'organisation sociale a été sous-estimée au profit de l'unité proclamée du genre humain.

Actuellement, entrés dans la post-modernité et en pleine crise des systèmes de pouvoirs et des idéologies, les interactions droits de l'homme-anthropologie soulignent l'origine occidentale du discours des droits de l'homme, en lien étroit avec la modernité comme système de représentation du monde. Ce système étant devenu fragile, il est temps de repenser nos fondements humanistes et occidentaux, enrichissant le droit post-moderne par l'intégration des leçons du pluralisme juridique et du pragmatisme.

Par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, dont l'application a été bien décevante, les États signataires se sont imposés des règles d'auto-contrôle visant à protéger les droits des individus contre les pouvoirs étatiques holistes et potentiellement totalitaires. Cette conception de la modernité qui oppose l'individualisme à l'étatisme, tous deux sacralisés et basés sur le principe de l'unicité de la volonté, est purement occidentale donc relative. Ainsi, l'universalité des droits de l'homme se voit remise en cause.

En effet, d'autres traditions culturelles ont pensé autrement

le problème de la protection des individus face au pouvoir : soit en concevant de manière différente le pouvoir (pensées « indienne », confucéenne et islamique), mais avec des dispositifs assez proches de ceux de l'Occident qui permettent certaines adaptations ; soit en pensant l'être humain non comme une personne mais en symbiose avec la création (pensées « animistes » africaines et amérindiennes), avec des principes de pluralité et d'interdépendance qui ne laissent pas de place aux fondements anthropologiques occidentaux.

Malgré cette diversité culturelle, l'Occident a poussé si loin le culte de l'uniformité, qu'il ne peut plus concevoir les autres que comme des semblables, justifiant ainsi une politique d'assimilation. Dans cette lignée de domination au nom de la modernité et de l'universalisme, une nouvelle norme « internationale » est en train d'émerger, autorisant les sociétés occidentales à imposer leur manière de vivre, de se guérir, de se comporter : le « devoir d'ingérence ». L'ingérence n'est pas uniquement fondée sur un devoir d'humanité. Elle est également l'autre face du « droit de conquête » dont les Amérindiens vont « fêter » le V<sup>e</sup> centenaire en 1992 et dont la guerre du Golfe a apporté une nouvelle illustration. Ces démarches humanitaires sont entrées dans une impasse, ignorantes des déterminations anthropologiques et des enjeux démocratiques.

Le « droit d'ingérence » a été présenté par ses idéologues comme l'aboutissement d'un processus marqué par trois phases : la reconnaissance du droit de guérir avec la fondation de la Croix Rouge, le devoir d'ingérence comme engagement humanitaire au-delà des frontières en vertu d'une morale individuelle, et enfin le droit d'ingérence comme organisation du droit d'assistance codifié par les États. De cette manière, les États, aidés par l'intervention d'un quatrième pouvoir, les médias, seraient chargés de la « représentation de la conscience individuelle ». L'ingérence serait en passe de devenir une nouvelle génération des droits de l'homme.

Émile Le Bris  
Géographe, Orstom/GRD Interurba

DROIT AU LOGEMENT OU COURSE D'OBSTACLES ?

Il ne fait guère de doute que le facteur décisif de stabilisation en ville passe par le logement. Un tel objectif de stabilisation est poursuivi par les familles en dépit de tous les obstacles, qu'il s'agisse des accès répressifs, des effets des politiques de laisser-faire et plus généralement des insuffisances quantitatives et qualitatives des politiques publiques.

Même s'ils paraissent souvent chaotiques, les itinéraires d'insertion renvoient à des stratégies patrimoniales étalées sur plusieurs générations. Ces stratégies se fondent le plus souvent sur l'occupation irrégulière des terrains et sur un mode de production informelle du logement.

Les stratégies populaires donnent naissance à des formes d'organisation innovantes et dynamiques. De ce point de vue, on peut affirmer que la fermentation s'est muée en bouillonnement, la pratique sociale débordant presque partout les conceptions technocratiques et imposant une nouvelle conscience urbaine.

L'affaire d'une vie

Construire sa maison, c'est l'affaire d'une vie. Un tel constat se trouve vérifié dans les « cours » abidjanaises comme dans les barrios de ranchos de Caracas.

Attiré en ville par une opportunité d'apprentissage d'un métier, le jeune rural africain sera d'abord hébergé par son patron qui est souvent un parent ou un originaire du même village que lui. Il cherchera ensuite à accéder au secteur locatif (les célèbres « entrecoucher » d'Abidjan ont joué un rôle de premier plan dans l'intégration des néo-citadins) avant de se lancer (souvent après dix ou quinze ans de vie en ville) dans l'aventure au long cours de l'accès au « chez » (expression utilisée à Lomé au Togo pour désigner l'entrée en possession d'une parcelle marquant, après le mariage, le passage du statut

de cadet social à celui d'aîné). Cette aventure au long cours est ponctuée par des efforts erratiques de mobilisation d'une épargne moins nourrie le plus souvent par des apports propres que par les contributions de la famille élargie, le recours aux tontines et aux loteries de toutes sortes (ne dit-on pas à Brazzaville du COGÉLO – équivalent de notre PMU – qu'il représente la première banque du pays !). L'acquisition du sol est de toute évidence l'étape la plus délicate marquée par de multiples pratiques de négociation avec les propriétaires coutumiers et toute une foule d'intermédiaires autant que par l'affinement de pratiques de contournement des règles officielles. Touchant enfin au but, souvent à un âge déjà avancé, notre citadin n'en poursuivra pas moins, au gré des entrées d'argent, une stratégie familiale consistant dans la mobilisation d'un patrimoine foncier élargi qui jouera à la fois comme sécurité sociale, caisse de retraite et épargne de précaution. Grâce à ce patrimoine, il va également contrôler une segmentation du groupe familial dont la délocalisation ne sera pas synonyme de dislocation.

Un tel scénario n'est certainement pas propre aux villes africaines, tant il est vrai que l'entrée dans ces « trajectoires d'urbanisation » constitue la seule réponse à l'implacable mécanique d'exclusion. Le risque est, à coup sûr, à travers un tel scénario, d'idéaliser la capacité de réponse des plus pauvres, lesquels en sont réduits dans bien des cas à des efforts de consolidation improbable d'édifices branlants.

Quoi qu'il en soit, nombreux sont les auteurs qui défendent la thèse d'une « rationalité de la pauvreté » située clairement aux antipodes de la « culture de la pauvreté » chère à O. Lewis et de l'accommodation proposée par Galbraith. Cette « rationalité de la pauvreté » conjuguerait, si l'on en croit Turner, les trois besoins fondamentaux que sont la sécurité, l'identité et l'accès

aux revenus. De Calcutta à Kinshasa, la marge de choix s'avère malheureusement trop réduite pour une fraction appréciable de la population. Même les plus pauvres « ont les aspirations de la bourgeoisie, la persévérance des pionniers et les valeurs des citoyens. Ce qu'ils n'ont pas, c'est l'opportunité de satisfaire leurs aspirations » (Perlman, cité par Gugler et Gilbert). La seule alternative à long terme consiste bel et bien à élargir la marge de choix à travers un accroissement des revenus ou des changements significatifs dans le marché foncier et immobilier. Que l'on songe pour illustrer cette réserve sur la « rationalité des pauvres » à l'expérience du *mutirão* brésilien ; cette forme d'entraide en matière de production de logement s'est beaucoup développée depuis 1983, donnant lieu à une vie associative intense. De telles initiatives restent cependant dispersées et ponctuelles.

#### Des mégapoles hors normes

Souvent irrégulières au plan foncier, les mégapoles sont en outre massivement construites hors normes. Rien d'étonnant à cela tant que l'on s'évertuera à assimiler sécurisation foncière et accession à la propriété, qu'on prétendra gérer les villes à coup de procédures lourdes de bornage au centimètre et d'accès au permis de construire, que l'accès au crédit restera subordonné à la « domiciliation bancaire » du salaire ?

Observons d'abord qu'une occupation sans titre n'est pas nécessairement synonyme d'invasion sauvage. Dans les « quartiers clandestins » ou les « urbanisations sauvages » (termes en usage au Brésil mais recouvrant une réalité quasi universelle), la plupart des familles ont acheté leurs parcelles, ici à un chef coutumier, là à un promoteur (Amérique latine), là encore à un représentant local de la puissance publique. Faut-il rappeler, par ailleurs, que, si irrégularité il y a, elle n'est pas l'apanage des pauvres (on s'en convaincra en parcourant les quartiers sud de Brazzaville ou la banlieue chic de Colonia Escalon à San Salvador, la ville où fleurissent les *tugurios*)<sup>32</sup>.

Le problème de l'irrégularité foncière mobilise depuis quelques années les chercheurs et les opérateurs. Les opérations de « régularisation foncière » constituent un volet majeur de l'Urban Management Program lancé en 1986 à l'initiative de la Banque mondiale qui vient de leur consacrer un important

séminaire à Mexico en février 1993. De telles initiatives sont sans doute bienvenues mais n'accélèrent-elles pas une dérive généralement imputée à la rapidité de la croissance urbaine ? Celle-ci aggrave en effet la rareté des terrains constructibles et en augmente le coût. Des flambées spéculatives sont relevées un peu partout : à Mexico où la poignée de promoteurs qui ont acquis dans les années 40 pour une bouchée de pain les terrains asséchés du lac Texcoco sont par la suite devenus millionnaires ; dans les villes asiatiques au cours des années 70 ; en Afrique même puisqu'il a été établi qu'à Lagos « la majorité des citadins pauvres paient un prix élevé leur occupation de l'espace et leur accès aux services ».

Une telle dérive affecte également la construction des logements, domaine où l'informalité est abusivement ramenée au concept flou d'autoconstruction (self help housing) recouvrant aussi bien l'édification de nouvelles constructions que la consolidation d'installations précaires. Toutes les études constatent que l'autoconstruction pure est en réalité un phénomène exceptionnel. La plupart des familles recourent pour le gros œuvre et pour certains travaux de second œuvre à des tâcherons, voire à des petites entreprises. L'ensemble du « secteur informel de la construction » serait en voie de « marchandisation » rapide et la distorsion serait de plus en plus grande entre les coûts (main d'œuvre et plus encore matériaux) et les revenus. Un tel constat justifie les craintes de ceux qui annoncent un marasme du secteur informel du logement dont on a vu pourtant la place essentielle dans l'édification des mégapoles ; il ne fait que confirmer l'importance stratégique de la question du financement du logement des plus pauvres.

Vers une gestion urbaine partagée

À Lagos, les réseaux familiaux et ethniques sont de moins en moins capables de suivre le processus de « marchandisation » de la construction. Des travaux en cours en Afrique de l'Ouest francophone<sup>33</sup> mettent également l'accent sur un processus d'individualisation touchant à différents aspects de la vie sociale dont le logement.

Une telle tendance semble contredite par le foisonnement des organisations populaires en matière d'accès au logement. Rappelons d'abord la capacité de résistance de ces organisa-

tions aux initiatives publiques : l'entreprise de modernisation autoritaire de la vieille ville de Delhi rencontra l'opposition résolue des habitants au milieu des années 70 et, pour absorber la tragédie du tremblement de terre de Mexico en 1985, l'État dut compter avec les populations sinistrées. Il ne fait aucun doute qu'ici et là (sans doute plus en Amérique latine qu'ailleurs), les organisations locales sont passées de la simple résistance à la revendication d'une véritable « gestion urbaine partagée ». Partant du logement, ces organisations ont élargi le champ de leurs revendications aux services et au « cadre de vie » en même temps qu'elles radicalisaient leur démarche et qu'elles politisaient leurs objectifs<sup>34</sup>. On pense bien sûr à l'expérience singulière de Villa el Salvador dans la banlieue de Lima au Pérou mais aussi aux paros civicos (grèves civiques) en Colombie et, plus récemment aux expériences d'accès des forces populaires à la direction de villes aussi importantes que São Paulo.

Cette dernière expérience nous amène à nous interroger sur les limites rencontrées par les organisations populaires dans la définition d'un projet politique global (fût-il simplement un projet municipal). En Inde, par exemple, les rapports clientélistes ont enfermé dans des limites très étroites les équipes de maîtrise d'œuvre sociale et ont dénaturé les intentions des groupes agissant à l'échelle locale. Au Brésil, on a constaté à quel point il est difficile de passer d'une pratique novatrice mais inscrite dans une culture d'opposition à l'exercice du pouvoir en grandeur et en temps réels.

Mais cette difficulté ne résulte-t-elle pas au fond d'une conviction fortement ancrée dans l'idéologie libérale et selon laquelle la logique du social n'a d'avenir que subordonnée aux rapports marchands et ne saurait en aucun cas survivre contre eux...

#### UN DROIT ENCORE À CONQUÉRIR

L'intégration au marché des segments les plus pauvres jette une lumière crue sur le caractère décidément « impossible » de cette marchandise singulière qu'est le logement. Une telle marchandise se distribue mieux et de façon plus large quand le niveau moyen des revenus augmente mais, d'un autre côté, les (rares) succès économiques enregistrés au Sud se sont tou-

jours traduits par un approfondissement des inégalités sociales et par une aggravation des conditions d'accès à la marchandise-logement.

Abaisser toujours plus les coûts de fabrication constitue sans doute un objectif prioritaire mais la rationalité productiviste généralement à l'œuvre dans le secteur du logement contrarie la satisfaction des besoins du plus grand nombre. Les arguments justifiant le retrait de l'initiative publique eurent d'autant plus de force au cours des années 70 et 80 que celle-ci s'était révélée impuissante à suivre le rythme de croissance des besoins. Faut-il pour autant confier cyniquement aux pauvres le soin de résoudre eux-mêmes leurs problèmes de pauvreté ? N'est-on pas en train de redécouvrir une vérité attestée en Europe depuis le XIX<sup>e</sup> siècle : seul l'appel à l'État a rendu possible la satisfaction des besoins en logements sociaux. C'est peu dire, de surcroît, que l'influence politique constitue un ingrédient vital des politiques de logement, consolidant ici les clientèles du pouvoir (Côte d'Ivoire), calmant là les antagonismes qui traversent le monde du travail (dragons asiatiques).

Le droit au logement n'est pas pour autant reconnu aux plus démunis ; il est le plus souvent conquis par eux, parfois de haute lutte, le plus souvent à travers des stratégies patientes usant de l'irrégularité de l'installation et recourant à la production informelle.

L'évolution actuelle fait apparaître une contradiction : le déficit global en logements a tendance à s'aggraver et la qualité à se dégrader mais d'organisations ponctuelles et strictement locales on est passé à une revendication globale de citoyenneté dont les postes avancés se situent en Amérique latine. La tolérance manifestée par le pouvoir vis-à-vis de la ville illégale a ouvert la brèche mais, en s'engouffrant dans cette brèche, le mouvement populaire a touché certaines limites à propos desquelles s'engage aujourd'hui une réflexion passionnante.

.....

### **La fin des illusions**

Aujourd'hui, la découverte des modernités sonne le glas de «la modernité», et questionne du même coup les notions de progrès et de développement. L'ethnocentrisme apparaît à la lumière des revendications identitaires et l'échec du transfert des valeurs et des systèmes de la modernité occidentale éclaire d'un nouveau jour les discours sur la différence. Le «retard» des «non-modernes» devient «refus» et «résistance», l'absence d'implication dans le monde moderne devient besoin de reconnaissance.

Du même coup, l'universel n'apparaît plus comme le moyen de créer de l'égalité, mais plutôt comme celui de fabriquer de la domination et de la négation. Il est source de violence, provoquant et encourageant des conflits de tous ordres, qui sont les manifestations des rapports de force qui se développent à l'échelle du monde.

De même, l'échec des transferts du droit, continuum de la diffusion de la modernité occidentale, est-il analysé à la lumière des travers de l'ethnocentrisme, et par là même dénoncé.

..... REFUS DU DÉVELOPPEMENT  
OU ÉCHEC DE L'OCCIDENTALISATION ?  
LES VOIES DE L'AFRO-RENAISSANCE

Jean-Marc Ela<sup>35</sup>

Peu d'études sur le continent laissent réellement place à l'espoir : on ne cesse d'y répéter que « l'Afrique s'enfoncé » et devient « un conservatoire des maux de l'humanité »<sup>36</sup>. L'image d'un « continent naufragé », mille fois ressassée, paraît résumer l'ensemble des perceptions d'une Afrique qui tendrait à se confondre avec la misère, la corruption et la fraude et qui serait la patrie de la violence, des conflits et des génocides. Des images d'apocalypse sont projetées sur « une Afrique appauvrie dans la spirale des conflits »<sup>37</sup>. En cette fin de siècle, « aucun continent n'offre un tel spectacle de désolation, de guerres et de famines que l'Afrique. Lentement, le continent noir s'en va à la dérive »<sup>38</sup>.

Le paradigme de la « faillite » constitue même le cadre d'analyse de l'histoire économique et sociale de l'Afrique contemporaine, avec un accent mis sur les impasses de ce qu'il est convenu d'appeler le développement. Comme l'observe Mme Catherine Coquery-Vidrovitch, « nous sommes dans une période de crise cumulative »<sup>39</sup> définie à la fois comme crise des processus de développement au Sud, mais aussi dans un monde dont les interdépendances sont multiples et devenues incontournables ; crise des modèles de développement et des idéologies qui sous-tendent les politiques et les structures des États, crise des savoirs engendrés par l'éclatement des champs du développement et les décalages de la théorie face à des réalités mal analysées. Ce constat général est aussi celui de Samir Amin : « Si les années 60 avaient été marquées par un grand espoir de voir amorcer un processus irréversible de développement à travers l'ensemble de ce que l'on appelait le tiers-monde et singulièrement l'Afrique, notre époque est celle de la désillusion. Le développement est en panne, sa théorie en crise, son idéologie l'objet de doute. L'accord pour constater la faillite du développement en Afrique est hélas général »<sup>40</sup>.

Et pourtant : la décolonisation des années 60 n'allait-elle pas

apporter le progrès ? La révolution verte ne devait-elle pas mettre un terme à la famine ? Les organismes d'aide et d'intervention n'avaient-ils par pour objectif de promouvoir le développement « intégré », « autocentré », « endogène », « participatif », « communautaire », etc. ? Combien de régions démunies – aujourd'hui grands cimetières de projets et de programmes qui auront coûté des milliards de dollars – ont vu défiler des vagues de coopérants, d'experts, d'assistants techniques, le conseil à l'Afrique y étant devenu une véritable industrie ?

Mais l'afropessimisme empêche toute analyse politique des problèmes du développement. En reproduisant les stéréotypes de l'ethnologie coloniale, il ne cesse de « divertir » l'opinion occidentale. En ces temps de révisionnisme ambiant, il est certes commode d'écarter toute référence aux structures et aux effets de domination. Pourtant, ces phénomènes se renouvellent à l'heure où le Fonds monétaire international (FMI) et la Banque mondiale étranglent l'Afrique pour l'obliger à démanteler ses filières de production et ses États<sup>41</sup>. Georges Balandier rappelle opportunément que « l'impuissance du tiers-monde s'entretient par les inégalités et les dépendances sur lesquelles ces pays fondent et maintiennent provisoirement leur puissance »<sup>42</sup>.

### Résistance farouche des sociétés

Comme pour étouffer le débat sur la violence engendrée par le rôle croissant de l'argent dans les sociétés africaines, les anthropologues d'occasion reprennent le vieux catalogue des « obstacles culturels au développement » : si les producteurs de cacao, de café, d'arachide, de coton ou de banane sont si pauvres, c'est parce qu'ils s'obstinent à s'accrocher à leurs croyances ancestrales, tandis que les cadres urbains acceptent de subir les pressions communautaires qui, à travers les obligations de la parenté, empêchent toute capacité d'épargne et tout investissement productif. Plus vulgairement, certains reprennent la théorie des climats pour expliquer le « retard » ou l'« impuissance » de l'Afrique. D'autres, à l'heure où le spectre de Malthus hante les institutions financières internationales, s'en prennent jusqu'au lit des pauvres, jugé trop fécond : la femme et la famille deviennent les cibles des politiques de population. En prenant en compte le nœud d'interactions entre

population, développement et environnement, le discours néolibéral sur la crise de l'économie africaine recourt aussi à la théorie de la « spirale régressive » de la pauvreté, qui lie étroitement l'accroissement démographique et la dégradation de l'environnement.

On préfère oublier qu'en Côte d'Ivoire, par exemple, l'emprise de l'économie de plantation a provoqué la destruction des quatre cinquièmes des forêts en cinquante ans. De plus, en entretenant l'illusion du « fatalisme » des paysans noirs, et du « traditionalisme » des sociétés qui seraient engagées dans la lutte permanente pour entretenir la répétition de leurs formes culturelles, on se dispense de réfléchir sur le potentiel de créativité des acteurs confrontés aux contraintes structurelles qui les obligent à se redéfinir. Comme les perroquets que l'on capture dans les forêts vierges, certains Africains reproduisent la voix de leurs maîtres : « L'Afrique du XXI<sup>e</sup> siècle sera rationnelle ou ne sera pas », répète Axelle Kabou dans un livre provocant<sup>43</sup>. On sait que le thème de l'irrationalité des attitudes et des comportements des sociétés indigènes fait partie d'un corpus d'images et d'idées véhiculées par la littérature coloniale, qui a longtemps ignoré les savoirs endogènes.

Bien sûr, la responsabilité des malheurs du continent ne peut être attribuée aux seuls facteurs externes : l'Afrique est aussi « malade d'elle-même ». Il suffit d'évoquer le pillage organisé par les classes dirigeantes qui, comme par exemple au Cameroun, vont jusqu'à faire de la corruption une méthode de gouvernement. Ou bien les pratiques de redistribution par l'État des ressources à ses courtisans, à partir des mécanismes de prédation qui ont conduit à la ruine de nombreux pays africains, parmi lesquels, bien sûr, le Zaïre du maréchal Mobutu.

Mais on ne peut masquer le poids des réseaux mafieux et des lobbies divers qui contrôlent les ressources stratégiques et soutiennent les dictatures corrompues.

La plupart des guerres et des conflits qui n'ont cessé d'appauvrir le continent noir ne peuvent se comprendre en dehors des enjeux géopolitiques et économiques que constituent le pétrole, l'uranium et le cuivre, le diamant, le cobalt, l'or ou l'aluminium que se disputent des puissants groupes d'intérêts<sup>44</sup>. Ces appropriations et interventions s'inscrivent dans des systèmes sociopolitiques où les classes dirigeantes manipulent l'ethnicité dans le cadre de leurs stratégies de conquête ou

de confiscation du pouvoir. Il est nécessaire de recourir à l'économie politique des ressources du sous-sol africain, comprise dans la dynamique conflictuelle de la globalisation. De même, la paupérisation du continent est inséparable de la criminalisation de l'État et de l'économie, au moment où le FMI et la Banque mondiale utilisent l'arme de la dette pour affaiblir l'État et forcer les Africains à se convertir au marché.

Dans cette perspective, ce qu'il est convenu d'appeler la « faillite du développement » révèle aussi la résistance farouche des sociétés : elles se refusent à subir les coûts énormes des stratégies et des programmes qui ont été incapables de les sortir de l'enlèvement où les enfoncent les mesures d'austérité dictées par les institutions financières internationales. L'analyse en profondeur de la situation actuelle exige la réévaluation globale des discours qui refusent de s'interroger sur la pertinence des conditions de passage à la modernité économique. La crise du monde africain renvoie en effet inévitablement à la crise des savoirs concernant l'importation de « dynamiques du dehors ». Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, « les théories du développement propres aux pays du tiers-monde ont d'abord été marquées par les théories extérieures : celles qui se sont formées et affrontées au sein des sociétés dites avancées, et qui se trouvent maintenant remises en question », relève Georges Balandier.<sup>45</sup> Ces théories furent élaborées à partir d'une problématique du changement social, enracinée dans les trajectoires spécifiques de sociétés occidentales qui revendiquent le monopole de la modernité. Dans cette perspective, les sociétés africaines ne peuvent que reproduire le modèle des sociétés chargées de les engager dans la modernisation. Pour « réussir », on ne leur a pas demandé d'innover à partir de leurs dynamiques internes et d'orienter le changement dans le sens de leurs systèmes de référence...

Si le développement est « une croyance occidentale »<sup>46</sup>, sa faillite consacre aussi la faillite du capitalisme en Afrique noire. Dans les sociétés africaines, le vrai pauvre est celui qui n'a pas de parenté : l'esprit de famille et le principe de la réciprocité enracinent les rapports économiques dans le maillage des rapports sociaux. Compte tenu du poids de ce cadre social et culturel, les Africains ont tendance à prendre leurs distances à l'égard d'un modèle de développement pour lequel les inégalités socio-économiques sont considérées comme un des véri-

tables moteurs du progrès. Ils remettent en cause une modernisation économique imposant la destruction du lien social. Peu d'Africains sont disposés à assumer une modernité aliénante qui vise à instaurer une manière d'être et d'agir centrée sur l'individualisme propre à l'Occident moderne.

Dans les villages et les quartiers du continent, au cœur de déchéances multiformes, des acteurs anonymes témoignent cependant de l'inventivité des sociétés et de leurs capacités d'innovation face aux mécanismes de paupérisation. L'échec d'un modèle unique de développement ne doit pas cacher les dynamismes inédits apparus dans de nombreux pays du continent depuis les années 70 : auto-organisation des communautés paysannes ; expériences de développement local et de promotion collective ; mouvements sociaux dans les quartiers urbains ; émergence d'entreprises locales amorçant des poussées d'industrialisation ; prise de parole, création d'une presse privée, critique dynamique et revanche des sociétés face à l'État ; naissance et rayonnement des communautés de chercheurs et de scientifiques, de penseurs, d'écrivains et d'artistes de réputation internationale..

L'ampleur des changements impose un nouveau regard sur l'économie réelle dans ces sociétés. Ainsi, les schémas d'analyse classiques s'avèrent-ils inadaptés lorsque, par exemple, des acteurs économiques ne sachant ni lire ni écrire les langues occidentales se propulsent au centre des mécanismes d'accumulation des ressources, comme le montrent les grands commerçants haoussas et yorubas, au Nigeria, ou les célèbres Nana Benz de Lomé, Cotonou, Kinshasa ou Douala. On connaît le dynamisme des femmes qui investissent massivement les entreprises informelles en plein essor dans les villes africaines, et l'impact que cela ne peut manquer d'avoir sur les structures familiales.

Les capacités d'innovation, la réinvention des traditions et la résurgence des savoirs endogènes sont la réponse de ces sociétés au resserrement des contraintes structurelles et leur riposte à la violence d'un capitalisme sans entraves. Au-delà de la « débrouille », ces pratiques populaires sont les formes concrètes d'une socio-économie enracinée dans les cultures du terroir. Ainsi, les crédits sous forme de tontines apparaissent comme un système de prestations totales, où l'on échange non seulement « de l'argent et du travail, mais aussi des repas,

des rites, notamment de deuil, des obligations d'amitié et des conseils »<sup>47</sup>. L'accès à la modernité économique n'est donc pas incompatible avec l'articulation des rapports entre l'argent et la parenté.

En fait, la renaissance du mouvement associatif en Afrique subsaharienne se traduit par des expériences d'un développement solidaire. Dans un contexte où les programmes élaborés par les experts s'appuient sur des hypothèses prétendument scientifiques, affirmant l'universalité de la catégorie homo oeconomicus opposé à homo africanus, ces expériences doivent être perçues comme une véritable solution de rechange à la structuration d'une nouvelle économie barbare se construisant sur les ruines de la société. Les formes de créativité qui se déploient en marge du système dominant, selon une sorte d'« intelligence de la ruse », sont un mode de subversion du système occidental de développement. Les Africains, habités par un imaginaire bien éloigné du consensus de Washington, organisent ainsi la rupture et la déconnexion à l'égard des logiques de violence et d'exclusion inhérentes à l'esprit que l'Occident veut imposer à l'ensemble de la planète. Ces tactiques et stratégies multifformes – conduites « déviantes » – sont le signe de la vitalité et de la renaissance des sociétés et cultures africaines. Par ces pratiques populaires, l'Afrique est sans doute le continent qui résiste le mieux au nivellement mondial.

L'Afrique ne refuse pas le développement. Elle rêve d'autre chose que de l'expansion d'une culture de mort, d'une modernité aliénante qui détruit les valeurs fondamentales chères à l'homme africain. Dès lors, si le continent noir semble en marge, c'est pour mieux affirmer sa présence au cœur des enjeux de cette fin de siècle. L'Afrique apparaît ainsi comme le continent de l'avenir<sup>48</sup>. Dans un monde privé de sens, elle rappelle qu'il existe d'autres manières de voir le monde et de vivre que le modèle d'économie et de société qui enferme les êtres humains dans l'univers des objets et la dictature de l'instant, en s'obstinant à faire croire que le seul cogito valable est désormais « Je vends donc je suis ».

.....

..... LES TRANSFERTS DU DROIT  
OU LA DOUBLE ILLUSION  
INTRODUCTION

Michel Alliot<sup>49</sup>  
Fondateur du Laboratoire  
d'anthropologie juridique de Paris,  
historien du droit, ancien recteur

Fiche rédigée par Juristes Solidarités<sup>50</sup>

La notion de transfert de droit fait partie du vocabulaire courant des institutions internationales : explicitement ou implicitement, les experts conseillent aux pays technologiquement les moins avancés d'importer les institutions juridiques des grandes puissances, laissant entendre qu'une similitude de droits entraînera une croissance économique et un développement social analogues. On n'aurait aucun mal à dénombrer dans les pays francophones plusieurs centaines de codes, sans compter les simples lois, dont l'essentiel, quantitativement du moins, est emprunté textuellement aux législations française ou belge.

Le phénomène n'est pas neuf. Imposés ou empruntés, les systèmes juridiques ont souvent régi des populations auxquelles ils n'étaient pas destinés. Le code d'Hammourabi a régné ainsi pendant un millénaire sur tout l'Orient ancien ; les villes grecques s'empruntaient leurs législations, comme d'ailleurs nos villes médiévales ; et que dire de l'extraordinaire extension du droit romain, du droit coranique et du droit napoléonien ?

Mais les expériences actuelles semblent moins convaincantes. L'espoir d'un développement par le droit d'importation a fait face au désenchantement et à la recherche d'un développement endogène. Pourquoi tant de textes recopiés et si peu de résultats ?

C'est qu'on avait omis d'analyser le droit. Une telle analyse aurait montré que les effets d'une règle ne dépendent pas seulement de sa formulation, mais aussi des objectifs et des

modalités d'action de ceux qui l'utilisent et des représentations qu'ils lui associent.

Le droit n'est pas la construction existant en elle-même que les manuels présentent comme s'adaptant selon un processus harmonique à une évolution irréversible : il est le résultat toujours provisoire de luttes entre individus et groupes, qui se traduisent à la fois par des pratiques et par des discours destinés à obtenir un consensus sur l'effet des pratiques. Ce consensus est indispensable. C'est lui qui permet de passer de la force au droit. De là l'importance du discours qui dit quelles pratiques sont licites et pourquoi.

En poussant l'analyse un peu plus loin, on voit que les pratiques répondent à des objectifs relativement permanents et à des modalités d'action qui évoluent assez souvent. De même les discours légitimant sont porteurs de messages dont la formulation varie assez facilement et de représentations de caractères idéologique et mythologique généralement plus constants. Il ne suffit pas, par exemple, que les prescriptions du droit, ses messages, reconnaissent la division de la société ; il faut qu'ils lui donnent un sens en la rattachant là à un mythe fondateur, ici à la rationalité qui est le mythe fondamental des juristes français.

Qui ne considère pas l'ensemble du phénomène juridique (objectifs et modalités des pratiques, messages et représentations des discours correspondants) et ne perçoit pas que les objectifs et les représentations sont moins flexibles que les modalités de l'action et la représentation du discours, s'illusionne sur la possibilité d'adapter le droit à l'évolution technologique par des transferts de droits originaires des pays technologiquement avancés. Ces transferts, on les a justifiés et on les justifie tantôt par une prétendue supériorité des droits occidentaux sur les autres, tantôt par une meilleure adaptation à l'environnement technologique moderne.

Mais à considérer l'ensemble du phénomène juridique, on s'aperçoit que cette supériorité n'est qu'une illusion d'optique et que l'efficacité des règles juridiques est un phénomène toujours localisé : dans des conditions différentes, les mêmes règles produisent des effets différents.

.....

## La remise en cause du rôle de l'État dans la production du droit

Parmi les conséquences de la mondialisation, celle de la remise en cause de la légitimité de l'État à dire le droit n'est pas des moindres.

«Dans le même temps, un autre bouleversement s'est manifesté : l'autonomie des États-nations s'est trouvée grandement compromise par l'interdépendance qui se noue au sein d'une économie globalisée. Il est vrai que la dépendance réciproque entre les pays a créé un assujettissement inconcevable par le passé pour des États souverains. Officiellement, la souveraineté des États n'est pas remise en question ; mais, dans les faits, les gouvernements ont récemment subi, et subissent chaque jour davantage, une érosion de leur autorité due, entre autres, à la porosité des frontières, à la difficulté de contrôler les flux transfrontaliers monétaires, de marchandises et d'information, aux avancées technologiques. Les pressions que subissent les gouvernements nationaux proviennent à la fois de plus haut et de plus bas : de la globalisation, d'une part, et des mouvements enracinés localement, d'autre part.

La question de la souveraineté étatique est donc au centre de toute la problématique de la régulation par le droit. Que cette souveraineté se trouve remise en cause, fragmentée, partagée – ne serait-ce que dans les faits – et c'est toute l'autorité de la régulation juridique qui devient problématique. Au-delà d'un doute sur l'autorité de la régulation par le droit, c'est sur son opportunité même, sur son affectivité et sur son efficacité que se porte le soupçon. L'enjeu est de taille<sup>51</sup>.»

Cette remise en cause atteint directement la conception moderne du droit, représentée par le droit positif, qui se voit désormais attaqué et contesté. «La conception moderne du droit est en effet jugée obsolète par nombre de théoriciens en raison d'une triple crise qui affecte ses principaux fondements : l'État connaît des difficultés dans l'exercice de sa fonction de régulation et partant dans la production des règles juridiques ; la règle de droit elle-même est confrontée à une crise de rationalité suscitée par son incapacité croissante à rendre compte du réel et à le façonner ; enfin l'outil juridique voit de ce fait sa légitimité contestée comme source de régulation sociale <sup>52</sup>.»

Devant les difficultés rencontrées par l'État à réguler l'ordre

social et économique, on assiste à une multiplication de pratiques « hors de la sphère légale », qui rendent complexes les questions de l'accès au droit et de la sécurité juridique. Comment, entre non droit et tout droit, trouver un cadre, capable de restaurer un équilibre qui respectera les spécificités de tous les acteurs et leurs capacités d'innovation ?

Catherine Préboissy  
Allocataire de recherches  
à l'Université de Paris-X Nanterre

«Le droit se cherche. L'homme sent intensément le besoin d'un droit qui ne soit ni inerte, ni affolé, d'un droit aussi qui, au milieu des changements, reflète ce qu'il sent en lui de permanent et d'intangible»

René Savatier

La société, « gagnée par la modernité et saisie par le doute »<sup>53</sup>, est à la recherche d'un droit capable de prendre en compte la diversité des réalités quotidiennes. Dans le secteur de la commande publique, il est apparu alors nécessaire de donner aux achats publics un cadre juridique cohérent et adapté à la réalité économique actuelle, « dans le strict respect des principes de transparence des choix et d'égalité dans la concurrence, et qui puisse également procurer à l'acheteur public une sécurité juridique accrue »<sup>54</sup>.

L'objectif poursuivi est donc de rechercher puis de garantir la sécurité juridique dans les marchés par le biais de la transparence. Cette exigence de transparence a obligé la mise en place progressive d'une réglementation spécifique dont la complexité montre et marque la prévoyance de l'État. Personne ne remet en cause la légitimité d'un tel encadrement juridique de la commande publique. Cependant, l'État ne s'est pas tout de suite donné les moyens d'assurer des contrôles normaux et a trop souvent toléré des situations limites.

Avant les lois de décentralisation, l'attribution des marchés publics était en effet peu contrôlée et les sanctions trop peu nombreuses pour pouvoir constituer de véritables avertissements.

Depuis les lois de décentralisation, les marchés publics sont étroitement surveillés. Le développement et le renforcement des contrôles, notamment juridictionnels, sont apparus comme

la contrepartie naturelle de l'extension du champ des compétences des acheteurs publics et de la liberté nouvelle dans laquelle elles s'exercent.

Néanmoins, le système de protection instauré s'est révélé inapte à rétablir la confiance, l'éthique, le respect des procédures et la loyauté du comportement. Or, le droit économique et financier, « technique des rapports entre acteurs des entreprises et des marchés » est aussi « porteur de valeurs éthiques »<sup>55</sup>.

Dans une société où public et privé sont étroitement imbriqués, la prise en compte de ces valeurs humaines a eu pour corollaire une tendance à la pénalisation du droit public, qualifiée par le professeur J.-B. Auby comme l'un « des phénomènes les plus remarquables qui ait affecté le droit administratif ces dernières années »<sup>56</sup>.

Cette pénalisation s'est inscrite dans l'air du temps : celui de la lutte contre la corruption.

On est ainsi passé de « l'illégal toléré à l'illégal intolérable »<sup>57</sup>. Or, l'évolution de la réglementation des marchés publics dans un sens conforme à la répression de la corruption entraîne des modifications qui déstabilisent la structure même du droit de la commande publique : « beaucoup de normes [...] sont élaborées avec une connaissance approximative du réel, du terrain sur lequel elles vont devoir s'appliquer »<sup>58</sup>.

À cette complexité du contexte juridique résultant de la matière même des marchés publics, s'ajoute celle des systèmes de contrôles existants pour sanctionner les manquements à la réglementation.

On s'aperçoit ainsi que l'élaboration d'un droit plus près des réalités a abouti à une insécurité juridique. Quel est le sens de l'évolution du droit de la commande publique, « dont les lignes de force n'apparaissent pas toujours très nettement, en écho aux incertitudes de la modernité »<sup>59</sup> ? Capable de s'adapter à l'avenir, le droit doit aussi et surtout rechercher des moyens propres à établir puis garantir la sécurité juridique.

DE LA MUTABILITE NÉCESSAIRE DE LA RÈGLE  
DE DROIT À L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE

Le droit de la commande publique confié au juge répressif est, en réalité, un « droit pathologique »<sup>60</sup>, qui traverse une

crise d'adaptation. S'adapter, c'est admettre d'évoluer dans un sens compatible avec la réalité économique et sociale. Cette adaptation passe par la traversée d'une « zone grise » qui comporte des notions juridiques fluctuantes et nouvelles. Or, on réclame une application juridictionnelle de ces règles trop complexes. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant qu'à l'instabilité des réglementations corresponde une insécurité des contrôles spécifiques et indépendants.

L'insécurité des notions et l'émergence de nouveaux concepts

Détenant un rôle majeur tout au long du processus de dévolution des marchés, les acheteurs publics persistent à utiliser des pratiques répréhensibles et ne savent plus comment s'adapter à la nouvelle réglementation. Issue de sédimentations successives, celle-ci reste actuellement très excessive dans sa complexité en raison de son caractère très détaillé et émiétté. Le raz de marée des règles et des normes a abouti à un véritable « harcèlement textuel ».

Les textes de la commande publique ont ainsi fait l'objet de plusieurs modifications pour s'adapter à l'approfondissement que connaissent, en ce domaine, l'harmonisation européenne et le développement des relations internationales. Les contraintes juridiques découlant de la réglementation communautaire perturbent notre système juridique et obligent le législateur à légiférer par petit bout privant alors la loi du caractère de clarté qui devrait la caractériser.

Les marchés publics constituent, en effet, l'un des phénomènes communautaires les plus complexes. La création d'un marché unique dans ce secteur est difficile, les marchés publics étant « des arbres avec des racines nationales profondes » <sup>61</sup>. Les notions de marché public ou de convention de délégation de service public n'ont donc pas la même définition en droit communautaire et en droit interne, les notions communautaires, ayant une portée assez large, englobent certains montages qui n'entrent pas dans la définition interne. Ainsi, on assiste non seulement à l'émergence de nouveaux concepts tels que celui « d'organisme de droit public » <sup>62</sup> mais surtout à un manque de cohérence dans la coïncidence des notions. Le caractère générique de ces notions découle nécessairement du fait qu'elles doivent s'appliquer dans des situations et des

ordres juridiques nationaux très divers. Le législateur communautaire a dû faire un effort pour tenir compte de cette variété. D'autant que le droit communautaire ignore la distinction entre droit public et droit privé. Les juges s'aventurent ainsi dans un domaine où la jurisprudence n'est pas encore fixée et où des zones d'ombres subsistent.

L'abondance des règles liée à la peur de les transgresser fait qu'elles sont mal assimilées, et partant, peu ou pas du tout appliquées. Les acheteurs publics expriment souvent eux-mêmes leur difficulté à suivre les évolutions de cette réglementation. Le droit des marchés publics a ainsi oublié la sagesse de Portalis : « Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires. »

On assiste donc au développement d'un droit à « l'état gazeux », créateur d'incertitudes qui conduisent les praticiens à commettre des illégalités. Or, le droit a aussi besoin de notions floues, difficiles à définir. Le doyen Carbonnier <sup>63</sup> avait mis en avant la flexibilité du droit : « La flexibilité postule la mobilité, parfois l'adaptabilité du droit à la vie » <sup>64</sup>. La mutabilité de la règle de droit, en réponse à la mobilité de la vie, est nécessaire, surtout dans un État qui doit conjuguer plusieurs niveaux de décision et une réalité économique et sociale complexe. Il convient néanmoins de limiter les effets de l'instabilité des règles car cette instabilité nuit à un contrôle efficace de la réglementation.

À l'insécurité juridique née de la multiplication des réglementations des marchés publics, se superpose alors, de plus en plus, une insécurité contentieuse.

### L'insécurité contentieuse

Les marchés publics représentent, par essence, une matière pluridisciplinaire se situant au carrefour de plusieurs domaines où le droit doit servir une bonne gestion économique et technique des marchés. Les contrôles juridictionnels mis en place appréhendent ainsi les marchés publics dans toutes leurs dimensions et implications.

En pénalisant les marchés publics, les acheteurs publics se trouvent en effet face à trois interlocuteurs : le juge administratif pour assurer la transparence des procédures et des choix, le juge financier pour la sauvegarde des deniers publics et la recherche de la meilleure efficacité de la dépense publique, le

juge pénal pour la sauvegarde de la moralité publique.

La pluralité des contrôles provoque ainsi un sentiment d'insécurité juridique, les praticiens ne sachant plus comment se mouvoir dans les espaces de liberté accordés par les textes.

On ne sait plus, en effet, très bien actuellement, ce qui est «effectivement interdit..., relativement prohibé..., tacitement toléré..., généralement admis..., occasionnellement permis..., impérativement défendu...»<sup>65</sup>.

Le contrôle des atteintes aux règles des marchés publics apparaît en conséquence comme un contrôle à géométrie variable, générateur d'insécurité juridique.

Or, c'est «en fonction des justiciables que doit s'apprécier la valeur de tout système juridictionnel»<sup>66</sup>. La crainte est de voir, aujourd'hui, cet arsenal juridique trop complexe contrarier la recherche d'une sécurité juridique.

#### LA SÉCURITÉ JURIDIQUE : BUT DE LA LOI POSITIVE

L'élaboration d'un droit plus près des réalités, que se soit au niveau interne, communautaire ou international, a abouti à «une confusion des genres, des méthodes et à la moindre qualité des textes»<sup>67</sup>. Il convient alors de s'interroger sur le réalisme et l'effectivité du droit des marchés publics. Comment retrouver un cadre juridique stable pour le bon fonctionnement des marchés et comment maintenir la confiance de tous les acteurs dans l'efficacité du système ? Selon le nouvel Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et le Livre vert de la Commission européenne<sup>68</sup>, la nécessité d'un cadre juridique stable revêt une importance capitale pour l'avenir. La sécurité juridique est ainsi au cœur de toutes les préoccupations et répond à une attente ferme des citoyens. Ces derniers redoutent l'écart parfois très important

entre le droit annoncé et le droit vécu. Or, le principe de sécurité est évocateur de « stabilité et d'incontestabilité, de garantie, de protection et de permanence, d'assurance, de certitude et de confiance, donc de tout ce qu'on attend justement... du droit »<sup>69</sup>.

L'amélioration de l'achat public passe par un accompagnement juridique et technique des pouvoirs adjudicateurs et par l'instauration d'un dialogue entre les entités de contrôle.

#### L'accompagnement juridique et technique

Plus on laisse l'acheteur public dans le flou, plus sa marge d'appréciation est large et plus le risque d'erreur est grand. Le manque d'information sur les textes et la jurisprudence applicable constitue donc une dérive préjudiciable à la sécurité juridique et à l'action sur le terrain. Aujourd'hui, personne ne semble pouvoir dire le droit avec toute certitude, surtout dans ses applications concrètes et ponctuelles. Grâce à l'instauration d'une veille juridique et technique permanente, les praticiens peuvent non seulement trouver des solutions propres à améliorer la qualité et la sécurité du service public mais aussi modifier leurs vieilles habitudes de penser afin de s'ouvrir à une culture de la modernité. L'information véhiculée grâce aux nouvelles technologies est, aujourd'hui, le nerf de l'efficacité.

Il existe également de nouvelles entités juridiques spécialisées auprès desquelles les services administratifs peuvent s'adresser et auxquelles les juges peuvent faire appel dans le cadre de leur contrôle.

Deux autorités administratives indépendantes ont été ainsi créées pour permettre aux juges de s'adjoindre la compétence de spécialistes du droit des marchés publics : il s'agit de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégations de service public<sup>70</sup> et du Service central de prévention de la corruption<sup>71</sup>. L'intervention de ces spécialistes est très utile car les juges disposent d'infrastructures techniques dérisoires comparées aux grandes entreprises ou aux cabinets d'avocats. En outre, le droit pénal de la commande publique est un droit nouveau qui reste encore au stade de sa formation et qui appelle la présence de telles autorités.

Ces nouvelles entités juridiques sont des organes non-judicieux de régulation des secteurs clés de la vie économique.

Elles sont particulièrement aptes à « percevoir le sentiment des professionnels sur la solution éthique, à leur donner et à faire respecter la déontologie par des moyens extrêmement souples, usant du dialogue et de la persuasion » <sup>72</sup>.

La création de ces autorités administratives indépendantes répond, en réalité, à une attente de l'Union européenne qui souhaite un renforcement des médiations intermédiaires dans chaque État membre. Ce projet vise à garantir une meilleure application des règles sans pour autant priver les requérants des possibilités de contentieux. Les prérogatives de ces organismes ne sauraient, en effet, empiéter sur celles des autorités juridictionnelles.

Ces dernières doivent également être en situation de concours et de collaboration et non en situation de conflit et de surveillance : la logique est celle du dialogue.

#### Le dialogue en réponse au besoin de cohérence

Dans un système juridique pragmatique comme celui imposé par la matière des marchés publics, la connaissance des choses concrètes est indispensable : « Dès lors le juge adéquat est celui qui appréhende le mieux les faits soumis » <sup>73</sup>. Or, dans le secteur des marchés publics, des mêmes agissements peuvent être poursuivis au titre de plusieurs voies de droit, créant une concurrence autant qu'une complémentarité des procédures juridictionnelles utilisables. Chaque juge travaille avec sa réglementation spécifique et son interprétation propre du droit commun. Chacun dispose de ses principes de qualification, de ses échelles de gravité et de ses types de sanction.

Néanmoins, les mécanismes de contrôle mis en place forment un tout : Ils sont certes le fruit de logiques d'interventions différentes mais constituent des systèmes cohérents dont seuls les effets sont interactifs.

Ainsi, l'efficacité du droit des marchés publics passe par la recherche d'un équilibre entre les impératifs de légalité et les impératifs de sécurité juridique. Pour favoriser le contrôle du juge et rétablir une certaine cohérence, il convient d'une part d'inscrire ce contrôle dans un cadre unifié et logiquement organisé de façon à ce que les acteurs de la commande publique y trouvent un corps de règles clair et cohérent et, d'autre part, de diminuer le risque d'instabilité juridique résultant de la multi-

plicité des recours en créant un dialogue entre les juges.

L'unité de l'ordre juridictionnel permettra ainsi de garantir une sécurité juridique et d'empêcher que les marchés publics ne deviennent une activité économique souterraine se réalisant en marge des législations. Tel est le nouvel enjeu du droit.

.....

## Les nouvelles caractéristiques du droit contemporain

Qu'est-ce qui différencie le droit contemporain du droit moderne jusqu'alors en vigueur ? Le passage d'un droit unique à un droit plural ?

« Si la France valorise le droit, tout spécialement dans son acceptation de l'ordre imposé, l'ordre négocié s'exprime aussi à différents niveaux : dans la haute administration, où la répartition des postes se règle davantage par des accords de compensation entre les grands corps que par l'application du droit administratif ; dans la justice des mineurs, où le juge « négocie » la norme stricte avec le mineur ; dans le milieu des affaires, où le recours au juge est exceptionnel ; dans les familles, où la moitié des couples qui divorcent le font selon une procédure d'où a disparu la notion de faute, etc. » <sup>74</sup>

Le pluralisme juridique a donc toujours existé, même si le droit officiel a tenté de le combattre et de l'occulter. Mais l'observation des pratiques juridiques contemporaines révèle qu'il s'est généralisé et institutionnalisé, à travers l'émergence de nouvelles formes de droit élaborées par des autorités infra-étatiques (collectivités locales) et supra-étatiques (organisations internationales), mais aussi par des acteurs privés issus de la société civile, qui prennent désormais en charge la régulation des relations sociales dans des domaines aussi divers que l'économie, l'entreprise, la famille ou le voisinage.

« (Les observateurs) notent tout d'abord l'apparition d'un droit « à texture ouverte » par déplacement de ces sources vers les pouvoirs privés économiques, avec une participation accrue des acteurs privés, et la prise en compte de « valeurs » issues des systèmes économique ou technoscientifique. Ils relèvent également un rôle croissant des sources « molles » du droit (chartes, codes de bonne conduite, etc.) qui, prenant force contraignante, en viendraient à se durcir. Ils évoquent, enfin, un recul de l'État, visible au travers du développement de la normalisation et de la certification, mais avec cette contrepartie de l'association aux pouvoirs publics du secteur privé dans la production du droit. » <sup>75</sup>

Le droit contemporain ne serait plus « moderne » donc, il serait « post-moderne ».

« Le paradigme post-moderne abandonne (donc) l'univocité

et la simplicité pour adopter le parti de la complexité. Entre les espaces juridiques local, étatique, et supra-national, des recouvrements s'opèrent. Apparaît ainsi l'un des concepts clefs de la théorie post-moderne, à savoir la pluralité juridique - entendue comme coexistence au sein d'un même champ politique de différents espaces juridiques superposés et combinés dans l'esprit et les actions de chacun. Du fait de la porosité juridique actuelle, les réseaux juridiques se superposent et s'entrecroisent, donnant naissance à un phénomène d'interlégalité, processus dynamique de combinaison irrégulière et instable des systèmes juridiques. La réflexion axée sur la définition d'un nouveau paradigme juridique part donc de la nécessité d'englober la complexité et la flexibilité dont témoigne la recherche empirique. Le droit post-moderne est finalement fluctuant, banalisé et étendu, pluriel et souple. »<sup>76</sup>

« En gros, nous serions en train de passer de l'ordre imposé à l'ordre négocié, de la loi au contrat, du monologue au dialogue, du jugement à la médiation, de l'hétéronomie à l'autonomie et à l'auto-organisation. Le corps social ferait, par ce biais, la démonstration de sa capacité d'accès à une certaine « maturité », où le besoin d'une figure tutélaire, paternelle et autoritaire, se dissoudrait petit à petit. L'un céderait la place au multiple, l'État laisserait une bonne part de la sienne au marché, aux entités locales et à une société civile plus autonome et désormais plus largement maîtresse de son destin. Un déclin généralisé du droit officiel s'ensuivrait, au profit de régulations plus immédiates, plus « naturelles » en quelque sorte, puisque spontanément secrétées par le dynamisme de la vie sociale. La postmodernité supposerait ainsi la coexistence de plusieurs systèmes normatifs appliqués aux mêmes objets et également valides dans le même espace, jusqu'à faire advenir un pluralisme juridique apte à se substituer par là au monisme caractéristique de la modernité étatique. »<sup>77</sup>

Pourtant, si le phénomène de mutation du droit contemporain n'est pas contesté, la remise en cause de son caractère « moderne » suscite des débats que seule l'épreuve du temps permettra d'apaiser.

« En fait, la vérification orthodoxe d'une prophétie postmoderne comprise comme projet philosophique cohérent suppose : 1) que l'on accepte l'idée selon laquelle la modernité a précisément eu pour effet - historiquement vérifiable - de

concentrer entre les mains de l'État la détermination officielle de la juridicité ; 2) que l'on démontre que, dans ce même monde empirique - celui des sociétés occidentales -, la juridicité se définirait désormais tout autrement.

Or, de cela il faut sérieusement douter. Qu'annonce-t-on habituellement, en effet, sous les espèces du changement dans la production des normes ? En gros, trois types de phénomènes : 1) une multiplication des autorités habilitées à dire le « droit » applicable sur le territoire de l'État et une diversification géographique des lieux où se produisent les normes juridiques ; 2) une participation accrue (ou plus visible) d'acteurs non-étatiques - ou étrangers à l'organigramme administrativo-législatif de l'État - à l'élaboration des règles de droit ; 3) une concurrence de plus en plus vive faite à la juridicité officielle par d'autres normes, applicables aux objets et aux situations normalement régies par le droit étatique, mais fabriquées hors de tout contrôle de l'État. Or, indépendamment même de toute discussion sur le degré de réalisation de ces phénomènes, je voudrais simplement faire observer qu'aucun d'eux ne remet en question le schéma positiviste au travers duquel les sociétés modernes ont jusqu'ici conçu la juridicité, et que tout cela demeure intégralement analysable à l'intérieur d'une grille d'analyse kelsenienne.

Pourquoi ? Simplement parce que ces évolutions n'enlèvent strictement rien au fait que c'est l'État, et lui seul, qui continue de maîtriser souverainement toute la détermination du caractère juridique - et donc juridiquement sanctionnable devant le juge - de celles de ces normes qu'il décide de faire entrer dans son giron<sup>78</sup>.»

## **Les dangers des désillusions**

La critique du concept de post-modernité dans le domaine juridique remet-elle en cause l'existence d'une crise de la modernité ? Certes non ! Cependant, cette notion de crise doit être nuancée. La crise est bien réelle car la pensée unique derrière laquelle se cache le désir d'abolir les frontières pour créer une humanité unifiée se heurte au refus de l'homme d'être réduit à un être technologique vidé de toute identité sociale et culturelle.

Mais, la phase actuelle de l'époque moderne est l'expression de l'essence même de la modernité, qui fonde son idéologie sur les concepts de crise et de changement, en ne concevant le temps qu'à travers l'existence d'un devenir, où tout a un début et une fin..

La crise actuelle serait en ce sens le triomphe d'une modernité qui bouscule en permanence toutes les certitudes et les fondements des idéologies acquises, avec pour conséquence directe, une perte de repères qui appelle une quête de sens dans tous les domaines.

Alain Bihl

Réaffirmer l'utopie d'une humanité réconciliée avec la nature et avec elle-même.

Le sentiment d'insécurité, la dénonciation de la décadence générale, la xénophobie virant au racisme constituent les éléments les plus saillants sur lesquels joue la propagande d'extrême droite. Ses idéologues les rapportent eux-mêmes à la crise de l'État-nation<sup>80</sup> : aux menaces qui pèseraient sur l'identité nationale et à leur salutaire réaction à leur égard.

Curieusement, la plupart des analystes de l'extrême droite, y compris parmi les plus avertis<sup>81</sup>, voient, eux aussi, dans la seule crise de l'État-nation la source de ce complexe. En ce sens, ils se révèlent tout autant victimes de l'illusion qui, faisant du maintien de l'identité nationale l'alpha et l'oméga de toute identité individuelle, rapporte le « malaise existentiel » dont souffrent bon nombre de nos contemporains aux seules menaces pesant sur l'avenir de l'État-nation.

Engendré par ce que l'on peut qualifier de crise du sens, ce malaise a pour origine un ensemble d'attitudes et de représentations sur lequel joue avec succès la propagande d'extrême droite. Crise qui englobe celle de l'État-nation, sans s'y réduire cependant.

La crise du sens, c'est l'incapacité, propre aux sociétés contemporaines, d'élaborer et de proposer ou d'imposer à leurs membres (individus ou groupes) un système de références (idées, normes, valeurs, idéaux) qui leur permettraient de donner un sens stable et cohérent à leur existence : de construire leur identité, de communiquer avec les autres, de participer à la production, réelle et imaginaire, du monde, en le rendant subjectivement vivable et habitable. Non pas que ces sociétés se caractérisent par l'absence radicale de sens ; c'est au contraire une véritable « foire aux sens » qui règne, chacun pouvant « librement » s'emparer des images, symboles, mythes, appartenances ou références de son choix. Mais ce qui leur fait radicalement défaut, c'est un ordre symbolique capable de structurer et d'unifier ces fragments épars, si bien qu'il devient

très problématique pour leurs membres de donner une cohérence affective, imaginaire ou intellectuelle à leur expérience du monde.

Les sociétés précapitalistes possédaient toutes un ordre symbolique puissant, englobant dans un même univers mythico-religieux l'individu, la société, la nature et la surnature. Cet univers, le développement du capitalisme le ruine inmanquablement, sous l'effet du développement des sciences et des techniques, et plus largement de la maîtrise par les hommes des processus naturels ; mais aussi du bouleversement continu des conditions d'existence, de l'instabilité permanente des rapports sociaux, des pratiques sociales, des institutions et des représentations qui résultent de sa dynamique économique ; sous l'effet enfin de la dissolution des identités collectives traditionnelles (famille, voisinage, village et quartier, ordre professionnel, pays et région), avec la montée de l'individualisme et la privatisation de la vie sociale.

Ainsi, comme l'avait déjà noté Max Weber, le capitalisme s'accompagne d'un « désenchantement du monde », d'une « désacralisation » de la nature et de la société elle-même, de la fin des transcendances métaphysiques et métasociales réduites par lui au rang de folklore, de « restes désarticulés de conceptions du monde périmées » dont parlait Gramsci.

Sans doute, à cet univers mythico-religieux en ruine, le capitalisme substitue-t-il, dans sa phase ascendante (du seizième au dix-neuvième siècle), un ordre symbolique propre, fait d'une série de fétichismes qui vont représenter autant de mythes fondateurs de la modernité. Mythe de l'automaticité du progrès historique, ou du sens de l'histoire ; mythe du messianisme révolutionnaire (que le sujet de l'histoire soit la nation ou la classe) ; mythe de l'État libérateur ou protecteur, tenu pour moyen et fin de l'émancipation humaine ; mythe des Lumières (le fétichisme de la science, plus largement du complexe technico-scientifique), etc. Mais il suffit de les énoncer pour constater qu'il n'en est pas un seul qui ne soit contesté et remis en cause en cette fin de siècle, alors qu'ils étaient tenus pour des articles de foi il y a quelques décennies encore.

En soumettant l'ensemble des rapports sociaux à une série d'abstractions (l'argent, le droit et la loi, l'État, la communication de masse, la rationalité instrumentale, etc.), ces fétichismes ont progressivement installé les sujets sociaux (indi-

vidus, groupes, classes, nations) dans une dépossession permanente de leurs actes, en faisant apparaître la production de la société comme le fonctionnement automatisé d'une machinerie dépourvue de sens dans l'exacte mesure où ils n'ont plus prise sur elle. Le produit du travail, devenu marchandise, argent, capital, impose sa volonté abstraite au producteur, jusqu'à le ruiner ; l'instrument technique (et la technocratie à laquelle il sert d'alibi) dicte ses contraintes à ses usagers, jusqu'à les menacer ; les « pouvoirs publics », censés assurer le « bien public », se retournent contre leurs sujets, jusqu'à les écraser.

D'où cet état de « décroyance » généralisée à l'égard des grands récits philosophico-politiques que l'on constate un peu partout en Occident, et que renforce la crise du mouvement ouvrier : par l'échec de ses différentes tentatives antérieures pour dépasser le capitalisme, par le discrédit dans lequel sont tombés ses idéaux traditionnels (le socialisme, le communisme). Idéaux qui, au demeurant, procédaient bien souvent eux-mêmes des mythes constitutifs de la modernité. L'écroulement du mouvement porteur de la critique de gauche du capitalisme ouvre ainsi la voie aux mouvements porteurs de sa critique de droite..

Il n'est pas étonnant dans ces conditions que se soit amplifié un repli sur l'individualité personnalisée<sup>82</sup>. Repli illusoire : poussée à bout, la logique de privatisation ne peut que déboucher sur le vide ; en dépossédant l'individu de tout support collectif d'identification, il ne peut que le priver de toute assise et de toute substance. En séparant l'individuel du social, il finit par séparer l'individu de lui-même.

On devine tout de suite qu'une pareille crise ne va pas sans retentir profondément sur l'organisation psychique (affective et imaginaire autant qu'intellectuelle) des individus qui la vivent. Ses conséquences déclinent les différents modes du sentiment d'aliénation.

Il s'agit en premier lieu d'un sentiment d'étrangeté à soi lié à l'incapacité de se construire une image cohérente de soi-même, du fait du brouillage, de l'effacement des repères sociaux (familiaux, professionnels, politiques, nationaux, religieux) de l'identité personnelle. Il en découle nécessairement un sentiment de perte d'identité, à la limite de la dépersonnalisation ; mais aussi des réactions de crispation sur tous les élé-

ments, réels et imaginaires, propres à maintenir un minimum d'identité, voire un véritable fétichisme de l'identité propre, individuelle et collective.

D'où résulte nécessairement, en second lieu, la phobie de tout ce qui est censé menacer tout reliquat ou résidu d'identité, donc de tout ce qui est étranger ou même tout simplement différent ; ce qui définit en propre la xénophobie, mieux même : l'hétérophobie, selon la terminologie proposée par Albert Memmi<sup>83</sup>. En le privant de repères, en menaçant son identité, la crise du sens abaisse le seuil de tolérance de l'individu à l'égard de l'altérité. Le sentiment d'étrangeté à soi-même (la perte d'identité) se prolonge ainsi inévitablement en sentiment d'étrangeté, doublée d'hostilité à l'égard de l'autre.

Dépourvu de tout ordre symbolique unitaire capable de lui donner sens et d'y fournir des repères, le monde n'est plus vécu comme ce lieu familier que l'on connaît dans la mesure même où on y habite et où on contribue à le créer, mais comme quelque chose d'indéchiffrable et d'inquiétant, d'impénétrable et de menaçant. Il en résulte ce sentiment d'être en face d'un monde à la fois irréel (privé de réalité) et surréel. Sentiment double et contradictoire de déréalisation et de cho-sification, qui n'est pas sans rappeler l'univers de la schizophrénie.

La condition de l'immigré, étranger à sa propre culture d'origine et en partie étranger à sa culture d'adoption, est métaphoriquement celle de tout individu dans les sociétés contemporaines : « Symptôme majeur d'une société sans lien communautaire solide où toutes les liaisons sont en état de dissipation généralisée, l'étranger est, en fait, l'état normal du citoyen en cette fin de vingtième siècle<sup>84</sup>. » N'est-ce pas précisément aussi ce qui va le rendre haïssable ? La haine de l'autre ne serait en ce sens, une fois de plus, que l'exorcisation de ce qu'il y a de haïssable en soi.

La revendication d'autonomie

Ce cocktail de sentiments d'étrangeté ne donne pas nécessairement naissance ou prise à une mobilisation politique d'extrême droite. Pour faire le lit de cette dernière, encore faut-il que ces éléments fusionnent et s'infléchissent en une synthèse réactive : le ressentiment.

Elle s'opère quand l'individu ne parvient plus à les transformer en puissances de critique contre la réalité qui les a fait naître. Faute de pouvoir devenir principe d'une action transformatrice de la réalité, ces affects ne sont plus que sentis : vécus passivement, éprouvés par l'individu dans toute leur charge négative retournés contre l'individu lui-même.

Ainsi s'expliquent les différents traits de caractère de « l'homme du ressentiment »<sup>85</sup> : sa rumination sempiternelle de ses maux et malheurs (réels ou imaginaires) ; sa plainte permanente et indéterminée ; son esprit de vengeance, mélange de haine et de jalousie, de rancune et d'envie, souvent étendu au monde entier ; le tout impliquant un surinvestissement narcissique de soi-même et de son semblable, qui ne s'appuie que sur le rejet de l'autre (du différent).

Ce rapide portrait correspond à grands traits à la psychologie du militant d'extrême droite, et plus encore à celle de ses chefs. On y aura reconnu au passage la matrice d'un discours qui prétend se faire l'écho du profond malheur de la France et des Français, qui va conforter leur récrimination ; qui va aussi débusquer et dénoncer les responsables de ce malheur ; qui va enfin rendre aux Français l'amour d'eux-mêmes en leur promettant un nouveau salut. « La force et la cohésion du Front national résident dans la propension du parti à entretenir une forme de ressentiment chez ses électeurs, ses sympathisants ou ses adhérents<sup>86</sup>. »

C'est donc essentiellement à la formation et à la consolidation de « cette substance explosive qui s'appelle le ressentiment » – la formule est de Max Scheler – que va travailler la propagande d'extrême droite par sa thématique (in) sécuritaire, décadentielle et raciste. Et, conjointement à la crise économique qui délite le corps social et à la crise de l'État-nation qui prive celui-ci de ses capacités intégratrices, le déficit d'ordre symbolique de nos sociétés lui en fournit la matière première.

Est-ce à dire qu'il n'y a pas d'autre issue à la crise du sens que le retour à l'imposition autoritaire d'un quelconque ordre symbolique ? Que l'individualité contemporaine est condamnée à osciller entre l'errance angoissée et la foi du charbonnier ? Il n'en est rien, car cette crise ouvre aussi des possibilités émancipatrices, sur lesquelles peut et doit s'appuyer le double combat contre les tendances réactionnaires et les tentations

nihilistes qui souvent se combinent.

À commencer par la revendication d'autonomie qui est au cœur de l'émergence de l'individualité personnalisée évoquée plus haut. Revendication le plus souvent dévoyée dans et par les pratiques futiles et les signes clinquants de la consommation marchande et de l'éthique narcissique, qui lui servent plus encore de décorum que de justification. Mais revendication qui, déjà, donne naissance à de nouveaux enjeux de lutte collective (par exemple sur la réduction et l'aménagement du temps de travail) comme à de nouvelles formes de combat et d'organisation (par exemple les coordinations). Revendication qui débouche sur la volonté de « faire de la politique autrement », sur la volonté de « prendre ses propres affaires en main » (tant sur le plan collectif qu'individuel), de « décider de tout ce qui nous concerne », de sortir de la délégation habituelle du pouvoir ; en un mot une volonté de démocratie directe et participative. Revendication qu'il est donc possible de conforter par un renouvellement, une extension et un approfondissement des procédures démocratiques, en remodelant en conséquence le champ des pratiques politiques<sup>87</sup>.

De même qu'il est possible de répondre au besoin de lien communautaire, en soi légitime parce que vital. En respectant là encore deux exigences qui sont au cœur de la revendication d'autonomie :

- d'une part, une exigence d'immédiateté ; la communauté d'appartenance et de référence doit être la plus proche possible de l'individu : communauté hic et nunc, communauté de travail, de vie, de lutte, à l'intérieur de laquelle l'individu puisse (re) construire son identité. Ce qui renvoie à la nécessité de reconstituer le tissu social, de créer des réseaux associatifs et organisationnels de socialisation du vécu et de l'expérience individuels, permettant à l'individu de dépasser ses limites en se réappropriant pratiquement et symboliquement le monde social ;

- d'autre part, une exigence d'ouverture qui garantisse à l'individu que le lien communautaire ne soit pas synonyme d'enfermement et d'aliénation, d'écrasement de son individualité. Ce qui peut se réaliser sous la forme de la pluralité des références et des appartenances communautaires ; ou encore sous celle de la communauté virtuelle : la communauté humaine, qui reste à construire<sup>88</sup>.

## Un droit à la différence culturelle

Car, pour répondre aux formidables défis que nous lance le devenir-monde, il faut aller au-delà et se proposer, en définitive, de fonder un nouvel humanisme. Il reprendrait les postulats de l'humanisme classique (unité du genre humain, dignité de chaque individu et respect de ses droits, appel à la raison comme puissance de conciliation entre les hommes), tout en dépassant les limites sur deux plans :

- en prenant conscience de la dépendance écologique de l'humanité et des limites que celle-ci impose à son action de transformation de la nature. Ce qui implique notamment de mettre fin à un développement incontrôlé des forces productives et à l'impérialisme de la science et de la technique ;

- en prenant conscience de la diversité du genre humain, il s'agirait d'affirmer le droit à la différence culturelle, que remet précisément en cause « l'occidentalisation du monde », pour reprendre l'expression de Serge Latouche<sup>89</sup>. Mais, pour que l'affirmation d'un pareil droit ne puisse pas servir d'alibi à un quelconque « apartheid mondial », il faudrait simultanément continuer à défendre l'exigence de solidarité universelle, mettre fin aux rapports inégalitaires entre Nord et Sud.

En un mot, il s'agirait de réaffirmer l'utopie d'une humanité réconciliée avec la nature et avec elle-même, sans pour autant fétichiser la nature. Car c'est là en définitive la seule voie de rechange contre les tentations de « réenchanter » le monde de manière autoritaire et irrationnelle, que proposent toutes les formes d'intégrisme et de fondamentalisme, au Nord comme au Sud.

.....

## La nécessité pour l'État de reconnaître par le droit une citoyenneté plurielle

« Pour expliquer la crise des systèmes normatifs, on avance le plus souvent comme principale cause, la prolifération de la réglementation, ce qui aurait pour conséquence d'accroître leur complexité<sup>90</sup>. Sans nier l'importance de ce phénomène de surproduction normative, je pense que la crise que semble connaître l'ensemble des systèmes de production de normes est la conséquence des logiques de rationalisation et de formalisation continue des procédures d'édition des règles et de régulation des conflits<sup>91</sup>. Or ce modèle rationnel, formaliste, hiérarchisé, connaît de plus en plus de difficultés pour prendre en compte et réguler la complexité des rapports sociaux nés de la modification des systèmes productifs à la suite de la crise du mode taylorien de production, des changements technologiques et plus généralement de la crise économique.<sup>92</sup> »

Face aux attaques dont il est l'objet de toutes parts, relever le défi de la « crise de sens » revient pour l'État moderne à prouver la légitimité de son existence. Ce nouvel enjeu, déterminant pour le sens de l'histoire, pousse l'État à la redéfinition des modes de régulation qui soutenaient jusqu'alors son action. Et il doit pour cela désormais tenir compte du citoyen réel, qui fait aujourd'hui place au citoyen virtuel conceptualisé par l'idéologie démocratique. Car dans le même temps où les individus devenaient citoyens, le « citoyen » s'incarnait, se nourrissant de la diversité humaine et de ses identités.

Ainsi, après l'avoir « créé », l'État moderne doit aujourd'hui « reconnaître » ce citoyen dans son intégralité, en acceptant de donner à tous une identité, et de passer pour cela à un pluralisme juridique qui « officialise » et intègre la différence.

« [...] La réinterprétation de notre tradition juridique suppose que la doctrine française opère progressivement une réception des théories du pluralisme juridique<sup>93</sup>, condition indispensable pour qu'une relation de partenariat puisse s'instaurer entre l'État et les acteurs sociaux du droit<sup>94</sup>.

[...]

L'anthropologie juridique enseigne que si les normes cristalli-

sent le droit, les pratiques et les représentations l'humanisent, en les confirmant ou les adaptant. On peut résumer ainsi l'attitude actuelle de notre droit face à la différence culturelle : « Le refus du principe de la différence, jamais démenti, coexiste de plus en plus nettement avec une gestion pragmatique des différences, qui sont désormais non plus seulement tolérées mais reconnues, voire institutionnalisées. Si la revendication d'un droit à la différence se heurte encore à une conception de l'égalité assimilée à l'uniformité, on n'en voit pas moins apparaître un véritable droit de la différence<sup>95</sup> ». Autrement dit, la France nie le droit à la différence, mais organise un droit de la différence. »<sup>96</sup>

Dr Usha Bambawale  
Sreeevani (La voix des femmes)

L'aboutissement des changements politiques et sociaux en Inde dépend en grande partie de la performance du système administratif. L'administration sert d'intermédiaire entre le citoyen et ses dirigeants mais elle ne parviendra à aucun résultat si elle ne modifie pas le comportement des gens et leurs croyances et si elle ne donne pas au peuple ainsi qu'aux dirigeants un nouveau mode de pensée. Son rôle est donc essentiel dans un processus de mutation.

Ainsi, depuis l'indépendance, de nombreux programmes de développement ont-ils été lancés et réalisés en Inde. Cependant, ils ne concernaient que des actions menées par les hommes. Ce sont eux, et seulement eux, qui devaient conduire la nation vers un avenir meilleur. On croyait possible d'accélérer le développement sans égard pour l'autre moitié de la population, les femmes estimant que la clause d'égalité des droits était suffisante pour garantir leur évolution. Pour modifier cette situation, l'État et l'administration doivent donc peser de tout leur poids.

#### LES HOMMES FONT LES LOIS POUR LES HOMMES

Force en effet est de constater qu'une discrimination sans bornes reste pratiquée à tous les niveaux. Dans la rue par exemple, quel que soit leur milieu social, les femmes ne sont pas autorisées à marcher sur le trottoir ou bien sont contraintes de rester dans un périmètre bien défini. Les hommes eux, même suspects ou sans abri, ne sont jamais chassés où ils se trouvent. Dans les textes, les lois sont les mêmes pour les deux sexes mais les hommes les interprètent et les appliquent à leur guise.

#### Des freins religieux et culturels

Quand le gouvernement indien a pris conscience de l'urgence

des mesures en faveur du développement (éducation, communication, etc.), il a déclaré vouloir promouvoir la laïcité tout en continuant à autoriser les minorités à pratiquer leur religion. Ainsi la loi constitutionnelle n'a-t-elle rien changé en termes de mariage, de contraception ou de divorce. En dépit des lois gouvernementales, la vie quotidienne reste régie par la communauté religieuse. Cette influence des religions constitue le principal obstacle à l'évolution de la condition féminine.

Par ailleurs les représentations « archaïques » des rôles des deux sexes restent encore bien ancrées dans la société indienne : l'homme a une fonction publique, c'est lui qui va travailler à l'extérieur et la femme a la responsabilité du foyer et des enfants. Elle reçoit donc moins de formation scolaire et professionnelle. Pourtant bien des indiennes sont aujourd'hui contraintes de rechercher un revenu d'appoint pour améliorer les ressources du ménage..

#### UN DOCUMENT PIONNIER

En juin 1994, le Gouvernement de l'État de Maharashtra annonçait une mesure politique en faveur des femmes.

« Cette décision politique, stipule le préambule du document, est inspirée par les femmes de Maharashtra. Certaines d'entre elles, connues ou inconnues, ont été les instigatrices de petites ou grandes révolutions qui ont transformé la société et fait de cette terre un sol propice aux idées et aux nouvelles institutions ».

Cette proposition est une première tentative pour parvenir à offrir aux femmes la place qui leur revient de droit en tant qu'égaux des hommes. Dans ce sens, il façonne l'évolution de l'État du Maharashtra et de la nation.

Pour expliquer cette décision politique, le gouvernement a reconnu que « peu de travail avait été accompli pour modifier l'opinion du gouvernement et de tout l'appareil d'État sur les femmes mais que tous reconnaissent la nécessité d'un travail dans ce sens »<sup>98</sup>.

Ce document affirme également que « cette mesure est une tentative pour identifier les premières étapes à parcourir pour améliorer la position des femmes dans la société. Il marque le début d'un processus. Toutes les résolutions seront révisées chaque trois ans pour s'assurer de leur pertinence dans un

monde qui évolue rapidement »<sup>99</sup>. Après l'avoir rendu public, K.R. Narayanan, le vice-président de l'Inde, l'a qualifié de « révolutionnaire » et accueillait avec enthousiasme l'idée de transmettre certains pouvoirs aux femmes<sup>100</sup>.

Éliminer la violence envers les femmes

Comment protéger les femmes des violences dont elles font l'objet ? Le projet de loi propose huit amendements pour les protéger :

- réorienter le renforcement de la loi ;
- donner un nouveau cadre à l'administration correctionnelle ;
- faire de la police une structure mixte où les critères de recrutement et les responsabilités seront équivalents pour les deux sexes ;
- nommer davantage de femmes dans les services de police ainsi qu'à la tête des commissariats ;
- nommer dans chaque district davantage de juges pour les affaires concernant les femmes et la famille ;
- rendre l'accès gratuit aux tribunaux pour les procès relatifs aux questions de propriété, de violence ou de divorce, engagés par des femmes ;
- attribuer une aide de 250 roupies mensuels à celles qui sont totalement démunies.

Toute la question est de savoir si les femmes bénéficieront vraiment des droits inscrits dans ces propositions. En effet, par ces textes, le gouvernement d'État cherche à amender les lois du gouvernement central, ce qui n'entre pas dans sa fonction. Il faudra donc que le gouvernement central propose ensuite à son tour un amendement à présenter devant le parlement qui seul peut l'accepter puis devra légiférer. Or, outre les pertes de temps que de telles démarches supposent, il s'avère que ce projet est impopulaire : par trois fois déjà le parlement a refusé son adoption !

INSTAURER UN STATUT SOCIAL ÉGALITAIRE

Si faire cesser la violence est prioritaire, d'autres étapes sont nécessaires pour garantir l'égalité des sexes aussi bien dans l'esprit que dans la lettre :

- améliorer le statut économique des femmes ;

- améliorer leur image dans les médias ;
- accroître leur participation dans les instances politiques locales.

Bien entendu ces propositions amènent à poser la question de l'égalité des salaires et la place des femmes dans le domaine du travail. De tels débats font l'objet de discussions et négociations dans le monde entier...

### Insertion professionnelle

Que doit faire l'État pour améliorer les conditions de vie physique, intellectuelle et affective des femmes ?

D'abord les considérer comme un membre productif de la société. Ensuite leur réserver 30 % des emplois dans tous les services publics, les coopératives et les institutions. Cette mesure a été débattue le 18 juillet dernier dans les locaux du «Citizen»<sup>101</sup>. Les participants se sont opposés à cette politique de faveur, estimant que les femmes devaient rester chez elles pour élever leurs enfants. D'ailleurs, d'après une pédagogue présente à cette réunion, telle était la véritable vocation des femmes...

### Amélioration du statut économique

La contribution des femmes au développement économique passe inaperçue et elles n'ont pas la possibilité de recueillir le fruit de leur travail. Une politique en faveur des femmes doit renforcer leur statut en s'assurant que les mécanismes régulateurs en vigueur protègent leurs intérêts et promeuvent leur insertion économique et professionnelle.

Le gouvernement propose de publier un article de loi qui rendrait obligatoire la contribution des entreprises à des fonds pour le bien public. Cet argent serait utilisé pour aménager le travail des femmes dans des conditions qui tiennent compte de leur rôle biologique de mère : des centres de soins seraient installés dans les administrations et les lycées, des congés de maternité pour élever les enfants puis possibilité de reprendre la même activité, contrats de travail temporaire, introduction d'horaires souples. Des stages de réinsertion seraient organisés pour celles qui souhaitent recommencer à travailler. Enfin, pour promouvoir le travail indépendant il est question de restruc-

turer Mavim (Association pour le développement humain des femmes). En l'an 2000, la moitié du Maharashtra sera urbanisé et de nombreux projets sont en cours pour implanter des lieux de formation professionnelle pour les femmes.

### Le miroir des médias

Comme toujours, les médias constituent une « arme à double tranchant ». Actuellement les films et séries télévisées présentent les femmes comme des victimes impuissantes de la corruption ou de la violence. Le gouvernement de Maharashtra va donc négocier avec le gouvernement central un amendement pour la loi sur le cinéma indien : la violence systématique contre les femmes doit disparaître des écrans. À cet effet, il est suggéré une représentation de 50 % de femmes à la commission de censure.

Enfin d'autres propositions interviennent dans les domaines de la santé, de l'alphabétisation et de la formation technique..

### Avis favorable

L'effort du gouvernement d'État pour approuver les propositions des femmes est remarquable. Au cours de diverses réunions, les fonctionnaires gouvernementaux ont qualifié ce texte de « pionnier d'une nouvelle image de la femme ».

Quant à la presse, elle abonde aussi dans ce sens : « plus de pouvoir pour les femmes » « une politique d'État sur les femmes instaurée pour renverser les vieilles inégalités », « une mesure pour les femmes acclamée pour son caractère progressif », « le début du transfert de pouvoir »..., telles sont les expressions qui saluent ces mesures.

### L'IDENTITÉ EN ATTENTE

Reste à savoir si cette politique va vraiment être le tremplin d'une amélioration de la situation des femmes ou si elle n'est qu'un projet hypocrite ? En effet la flexibilité du temps de travail proposée n'a pas pour seule conséquence de les soulager, elle peut également nuire à leur carrière, notamment si elles sont cadres.

Comment éviter l'éventuelle reprise du poste par un homme en cas de grossesse ? Pourquoi ne pas introduire également des horaires souples pour les pères quand la mère retourne travailler ?

En théorie de nombreuses améliorations ont été adoptées mais quels avantages réels les femmes retireront-elles de ces mesures politiques ? Obtiendront-elles une place plus équitable au sein de la famille et dans l'entreprise ? Cessera-t-on de brûler les futures mariées pour leur dot ? Mettra-t-on fin aux pratiques de corruption ?

Voilà bientôt deux ans que la commission d'État pour la femme s'est constituée et pourtant «des femmes ont encore été brûlées, enlevées, assassinées»<sup>102</sup> sans que personne ne bouge...

Il ne faudrait pas que ce programme reste un document illusoire. Comment le gouvernement d'État va-t-il pouvoir modifier une loi qui repose entre les mains du gouvernement central ? Comment être sûr que ces mesures vont être acceptées au niveau national quand on sait que presque aucun État n'a suivi le mouvement initié par le Maharashtra ? Une journaliste parle de «l'identité en attente», un long chemin depuis l'auto-immolation des femmes..<sup>103</sup>.

..... ENTRE DROIT AUTOCHTONE ET DROIT OFFICIEL :  
QUELS DROITS FONCIERS ?  
LUTTES ABORIGÈNES DU PEUPLE JAWOYN  
(AUSTRALIE) 104

John Ah Kit<sup>105</sup>

Fiche rédigée par Juristes Solidarités

Pour les peuples autochtones d'Australie, la terre ne se réduit pas à un bien à valeur économique, ni même à un lieu où habiter. La relation qu'ils entretiennent avec les terres traditionnelles est essentielle. « C'est de cette relation que les peuples autochtones tirent leur culture, leurs lois, leurs droits et leurs responsabilités. C'est d'elle que proviennent leurs langues, leurs sites sacrés, leurs totems et leurs systèmes de parenté ». La survie de ces peuples est donc intimement liée à leurs luttes pour le foncier.

Aujourd'hui, ceci implique de se battre contre les éleveurs et les compagnies minières, contre le gouvernement et les promoteurs immobiliers. Cette lutte a été la même pour les différents peuples autochtones d'Australie. Elle s'est traduite par l'adoption de lois sur les droits fonciers aborigènes (la plus importante est celle de 1975) et par la décision de juin 1992 rendue par la Haute Cour australienne, dans l'affaire *Mabo*, qui reconnaît les titres fonciers indigènes. Dans cette affaire, la justice du pays a admis la reconnaissance juridique d'un titre de propriété aborigène antérieur à la colonisation. La Haute Cour assortit cependant cette reconnaissance de plusieurs conditions qui restreignent dans les faits la portée de son arrêt.

Dans la région de Katherine, dans le Nord du pays, les Jawoyns ont dépensé énormément d'énergie, de temps et d'argent durant ces quinze dernières années pour prouver l'existence de leurs droits fonciers conformément à la loi fédérale sur les droits fonciers. Pour cela, ils ont dû emprunter des voies procédurières souvent perçues comme insultantes. Ils ont dû :

- argumenter leur cas auprès d'un juge, au travers de mécanismes légaux qu'ils ont tout d'abord dû maîtriser, car ils ne

reflétaient pas la façon dont le peuple Jawoyns régule sa société ;

- réviser les règles de leur société traditionnelle pour les adapter à la législation, dévoiler au juge des éléments sur des lois et des cérémonies tenues secrètes et dont la divulgation constitue une transgression des lois indigènes ;

- persévérer en dépit de la lenteur du processus : requête introduite en 1978, première audience du juge en 1988, jugement en 1993 et obtention des titres légaux encore 18 mois plus tard ;

- faire face à d'énormes pressions de la part de l'industrie minière, du gouvernement et des médias ; des tentatives de corruption et de division de leur peuple ;

- recommencer les démarches, puisque le juge ne reconnut tout d'abord qu'une partie de leurs titres.

Les Jawoyns entendent utiliser leurs terres pour se créer un avenir économique meilleur et poursuivre leurs responsabilités traditionnelles de protection de leur pays. Ainsi ont-ils mené un combat qui débuta en 1960 quand une entreprise minière voulut s'installer dans la région de Guratba. Leurs règles leur donnaient l'obligation traditionnelle de protéger cet endroit. Comme il ne s'agissait pas d'une terre aborigène, ils eurent recours à une autre législation, à savoir celle sur la protection des sites sacrés, ainsi qu'aux médias, et ils s'adressèrent à tous les niveaux du pouvoir.

Ce n'est qu'en 1991 que le gouvernement fédéral se plia aux exigences des Jawoyns de faire respecter leur loi traditionnelle et d'empêcher les activités minières à Guratba. Contrairement à ce qu'avançaient leurs opposants, cette décision eut des conséquences économiques très positives. Les terres furent louées à l'État comme parc national géré majoritairement par des Jawoyns. Petit à petit, les Jawoyns ont négocié et racheté les compagnies de bateaux proposant des promenades touristiques. Les bénéfices ont été investis dans la création d'un centre commercial, de logements et d'autres activités sur les terres traditionnelles. D'autre part, ils utilisèrent la décision Mabo pour obliger les investisseurs miniers et le gouvernement à négocier l'exploitation aurifère de leurs terres. Ces négociations furent difficiles en raison de l'inégalité existant entre les parties d'un côté : des gens très pauvres, souvent analphabètes, et de l'autre, le gouvernement et une entreprise.. Mais,

elles furent fructueuses : en échange de la cession de leurs titres fonciers sur des terres moins sensibles que celles de Guratba, les indigènes obtinrent l'accélération de l'entérinement de leurs revendications foncières sur d'autres terres, la garantie de formation et d'emplois par la compagnie minière, c'est-à-dire des emplois et des revenus garantis (27 % de la force de travail est aborigène, soit quatre fois plus que dans n'importe quelle exploitation minière australienne). Peu après, ils se lancèrent dans un partenariat avec une autre compagnie, qui se traduisit par des emplois mais aussi des bénéfices financiers directs dès la fin du remboursement de l'emprunt contracté pour réaliser ce partenariat.

L'auteur de ce texte conclut : « Cela entraîne aussi l'important principe en fonction duquel nous sommes impliqués dans le développement économique de notre terre si nous pouvons contrôler et tirer des bénéfices de ce développement. [...] La clé du succès pour les peuples autochtones réside dans le respect des lois traditionnelles et des processus de prise de décision en les incorporant dans tous projets de développement. »

En termes de pratiques juridiques, ces expériences montrent que droit, culture et développement sont étroitement liés. L'utilisation du droit officiel par les populations pauvres peut constituer un instrument de développement. Mais ce droit ne suffit pas. Ainsi, les lois et la jurisprudence australiennes sur les titres fonciers aborigènes ont constitué un élément décisif, mais non suffisant dans le combat du peuple Jawyong. Sa détermination, sa cohésion, son assise sur une identité stable, sa persévérance ont été des éléments tout aussi importants.

En termes de rapport entre droit officiel et droit autochtone, il est clair que la prise en compte du droit aborigène par le droit officiel entraîne une dénaturation du premier. Pour obtenir la reconnaissance de leurs règles par la loi australienne, les jawyongs ont dû transgresser leurs propres lois. Enfin, les titres de propriétés indigènes font encore l'objet d'une loi qui n'est pas élaborée dans leurs communautés.

.....

## **L'accès au droit comme condition de participation à l'action citoyenne**

Il existe donc une relation dialectique qui lie le pluralisme juridique et l'engagement citoyen.

Se sentir responsable de l'avenir commun de l'humanité et œuvrer pour sa défense implique en effet pour chacun d'être reconnu dans son identité propre pour la transcender.

Créer cette nouvelle citoyenneté est le leit motiv des initiatives qui se sont développées dans de nombreux pays autour du droit alternatif. Après avoir généralement été considérées comme des actions de résistance et d'opposition, les diverses expériences menées en la matière par de nombreux professionnels du droit sont de plus en plus encouragées par l'environnement national et international.

Carlos Alberto Ruiz<sup>107</sup>

Fiche rédigée par Juristes Solidarités

### Droit alternatif et usage alternatif du droit

Le travail juridique des avocats en matière de droits humains est intéressant à étudier car, à la fois théorique et concret, il permet de rationaliser et de mieux comprendre le travail juridique en général dans d'autres domaines, dans d'autres contextes. Ce travail peut être lu en fonction de deux concepts : le droit alternatif et l'usage alternatif du droit.

Le terme droit alternatif couvre trois phénomènes :

1. Le droit alternatif peut innover dans le droit étatique lorsqu'il concrétise des changements d'un poids relatif dans les contenus juridiques ou leurs usages. Il réforme également des sources non traditionnelles ou formelles, comme, par exemple, le droit émanant de groupes particuliers tels que les femmes.

2. Le droit alternatif construit un projet social distinct du projet social classique. Il peut être subversif au sens où il explore d'autres formes d'organisation étatique, d'autres pouvoirs. Un tel droit ne rentre assurément pas dans la logique et le contexte étatique en vigueur.

3. Le droit alternatif peut être parallèle au droit étatique, il est produit par d'autres pouvoirs, d'autres logiques, selon d'autres visions, mais sans affronter le droit étatique, comme le droit autochtone.

L'usage alternatif du droit, quant à lui, utilise le droit étatique en vigueur, de manière à dépasser le contexte dans lequel il fut adopté afin de se donner les moyens d'atteindre des buts déterminés, comme appuyer le secteur paysan, les ouvriers, les sans-abri... Bien entendu, pour les avocats, cet usage est limité à la réalité du droit étatique, qui peut être plus ou moins ouvert

pour la concrétisation de tel ou tel objectif.

L'avocat, s'il participe à l'institution, favorise certaines causes dans le cadre du droit établi et du système juridique dominant, mais selon des objectifs parfois différents de ceux de l'État, dans la mesure où il faut répondre à deux questions.

La première question est de savoir qui sont les bénéficiaires de l'usage alternatif du droit. Celui-ci doit s'inscrire dans un contexte d'émancipation et de résistance, tout en excluant la défense des intérêts de certains groupes dominants, comme les narco-trafiquants boliviens.

La seconde question est de déterminer la signification exacte du terme « alternatif ». Alternatif doit être pris dans le sens de choisir et non dans celui de se succéder en alternance.

Le droit alternatif et l'usage alternatif du droit gèrent l'action politique avec l'élaboration d'une théorie, croisent les réflexions académiques avec l'action sur le terrain.

#### Alternativité et droits humains

En matière de droits humains, il faut lier les différentes réalités sociales, économiques, culturelles et politiques en un panorama sur lequel il est possible d'agir efficacement, afin de légitimer ou de refuser certaines pratiques, certaines normes. C'est une gestion qui doit s'accompagner d'une sociologie juridique concrète, d'études sur l'économie réelle, de réflexions qui abordent les transformations politiques, les sciences humaines, l'anthropologie.

Le travail de l'avocat, dans ce cadre, va de la documentation sur des cas tels que les violations de droits humains, l'éducation populaire, la diffusion de textes juridiques jusqu'à la mise en place d'un débat entre les professionnels du droit et l'État. L'avocat devient un « avocat à usage alternatif », porteur d'un droit qui se veut véritablement émancipateur.

.....

UN STATUT POUR LES TRAVAILLEURS SAISONNIERS

Ingrid Castro  
Avocate de Cesla, Chili

«Je m'appelle Nelly et comme tant d'autres dans la vallée de l'Aconcagua, je fais la saison des raisins dans un grand entrepôt où nous les trions et les calibrons pour l'exportation. Mon mari a choisi de défendre nos droits et dirige un syndicat de travailleurs saisonniers, un des rares qui ose parler des vrais problèmes : les bas salaires, le non-paiement des heures supplémentaires, les mauvaises conditions de travail, les produits chimiques qui nous tuent peu à peu... J'attends un enfant et ils viennent de me licencier...»

Cette histoire est de celles qui arrivent quotidiennement dans cette vallée de l'Aconcagua tout comme dans les autres vallées du centre du Chili où les saisonniers travaillent aux récoltes des fruits d'exportation dans les grandes propriétés. Ce système de tenure n'a pas évolué depuis le début du siècle et occupe encore aujourd'hui 17 % de la force de travail chilienne.

Quand vient la saison des fruits, fin septembre, des milliers d'ouvriers, hommes et femmes, peinent sans relâche tous les jours de la semaine, commençant à 9 heures et terminant parfois à 3 heures du matin, pour gagner de quoi entretenir leur famille pendant toute l'année puisqu'il n'y a de travail qu'à cette époque. C'est le système des grandes propriétés, qui n'a pas évolué depuis le début du siècle et concerne encore aujourd'hui 17 % de la force de travail chilienne.

Pour défendre les droits de ces travailleurs, les avocats du «Centro d'Estudios Laborales», Cesla de San Felipe, ont apporté leur appui depuis 1989. L'objectif est d'obtenir un statut juridique pour les travailleurs saisonniers avec un contrat de travail régulier, forfaitaire «pour la saison». Les premiers interlocuteurs furent les dirigeants syndicaux : ils expliquaient qu'il n'y avait personne dans la région pour défendre les

ouvriers car tous les avocats locaux étaient à la solde des patrons.

L'histoire de l'un de ces dirigeants, parmi les plus actifs, montre les pressions qu'ils subissent. Sa femme, enceinte avait été renvoyée avant la fin de la saison, bien que juridiquement protégée en raison de sa future maternité. Il avait eu recours à l'Inspection provinciale du travail pour exiger sa ré-embauche ; en représailles il avait été lui-même renvoyé le jour suivant.

L'entreprise intenta alors un procès dit de « licenciement » en vertu duquel elle sollicitait l'autorisation de renvoyer l'ouvrière. Le Cesla lutta pour ne pas en rester là : un an et demi de litige, avec preuves et témoignages des parties, à l'issue duquel le jugement de première instance tomba, favorable à l'employeur et autorisant le licenciement.

Les avocats de Cesla étaient découragés et désespérés d'autant qu'ils défendaient également deux autres ouvrières abusivement licenciées ainsi que le dirigeant syndical ; sur ces trois cas, deux s'avéraient sans résultats positifs.

Mais l'ouvrière elle-même et Patrice, le syndicaliste, leur demandèrent de continuer, de tenter un dernier effort pour mettre un terme à ce type d'injustice. Toute l'équipe s'arc-bouta, Ricardo, le délégué syndical, Liliane la secrétaire du Cesla ainsi que l'avocate, jusqu'au jugement de la cour d'appel de Valparaiso en été 1992. Il révoquait la sentence de première instance, le licenciement n'était pas autorisé !

Mais l'entreprise tente encore un ultime recours..

.....

#### UNE MORT SANS ORDONNANCE

Manuel Jacques<sup>109</sup>

Dans un dispensaire de Santiago, un après-midi, une mère se voit refuser une consultation pour son enfant gravement malade car le règlement stipulait que les enfants ne pouvaient être reçus que le matin, l'après-midi étant réservé aux adultes.

L'enfant est mort pendant la nuit. Un Comité de quartier

s'est créé pour présenter le problème au tribunal, aux responsables du dispensaire et au ministère de la Santé.

Dans un premier temps, le tribunal a refusé de prendre position, car il se trouvait devant une situation inédite. Les avocats ont alors réussi à faire admettre qu'un recours puisse être présenté en cas d'urgence.

Parallèlement, le Comité a négocié avec les autorités, qui ont accepté de changer les règles de fonctionnement du dispensaire. Cela a montré à la communauté que sa mobilisation pouvait être efficace, pouvait aboutir à trouver une solution à un problème qui n'entraînait pas dans le cadre de la loi.

.....

#### TROIS DÉBITEURS ET DOUZE CRÉANCIERS

Georges Apap<sup>110</sup>

Trois garçons de 14 à 16 ans fracturent 12 caves dans un immeuble et font main basse sur des objets de peu de valeur.

Identifiés et confondus, ils avouent leur forfait. Après avoir pris l'avis du juge des enfants, le substitut (adjoint au procureur) décide de saisir les conciliateurs. Ceux-ci commencent, selon la procédure qui leur a été expliquée, par convoquer les victimes pour leur demander leur accord pour un règlement non judiciaire de l'affaire. Neuf sont d'accord, trois refusent. Les conciliateurs déclarent alors que leur mission est terminée et qu'ils vont renvoyer le dossier au procureur. Il s'ensuit alors une discussion entre victimes et finalement les récalcitrants se laissent convaincre ; ils connaissent bien les parents et ne veulent pas compromettre l'avenir des enfants.

Les conciliateurs confrontent et expliquent. Les parents reconnaissent leur responsabilité. Les victimes sont invitées à revenir avec leurs factures et le montant de leurs réclamations. Au jour fixé, tout le monde est là, le total des factures est calculé. C'est alors que les victimes demandent qui va payer. La question peut paraître surprenante. Si l'on y réfléchit, elle traduit assez bien la conscience sous-jacente d'une délinquance

qui trouve son explication dans des carences éducatives ou des difficultés d'insertion mettant en cause la société toute entière.

Les conciliateurs répondent que bien sûr, ce sera aux parents de payer, et que d'ailleurs ils s'y sont engagés. Les victimes s'étonnent et émettent l'idée qu'elles ont peut-être exagéré leurs demandes. Elles connaissent les parents, ce sont de pauvres gens qui auront peut-être des difficultés à déboursier des sommes aussi considérables.

Plusieurs victimes réduisent sensiblement leur demande. L'une renonce même à toute indemnisation. L'accord se fait facilement car les victimes acceptent des paiements échelonnés.

Se posera alors la question du maniement des fonds : douze créanciers, trois débiteurs, et de multiples mensualités. Il faudra trouver une solution : c'est ainsi qu'est créée une association des conciliateurs présidée par un magistrat et dont le trésorier distribuera les sommes versées à l'intention des victimes sur le compte bancaire de l'association.

.....

LES JOUEURS DE BOULES SONT TROP BRUYANTS

Georges Apap<sup>111</sup>

Des joueurs de boules se sont installés au pied d'un immeuble du quartier. Les gens de l'immeuble sont dérangés par le bruit des boules qui heurtent les madriers disposés pour les arrêter. On échange des injures, on menace d'en venir aux coups, certains parlent même de sortir leur fusil. Les plaintes et les pétitions se succèdent. Les conciliateurs interviennent, font dialoguer les gens, apaisent les esprits et trouvent une solution : les joueurs de boules iront sur le terrain voisin prêté par la municipalité. Les choses s'organisent ainsi, mais au bout de quelques jours, les habitants de l'immeuble s'aperçoivent que leur quartier déserté est devenu triste..

Ils demandent aux boulistes de revenir. Ceux-ci installent des

protections contre le bruit.

.....

«En permettant à l'homme de connaître ses droits juridiques, on lui permet de remplacer son impression de soumission, de sujétion par un nouveau sentiment de dignité, condition essentielle à la participation active à la lutte pour le développement, pour l'autosuffisance et l'indépendance véritable».

«La connaissance de ses droits donne la conscience de ceux dont on est privé, des mécanismes qui favorisent cette privation et la capacité de trouver les moyens de se créer des droits».

Voilà bien résumés dans ces deux phrases les enjeux du droit et plus largement du phénomène juridique, entendu comme l'ensemble des luttes individuelles et collectives et des consensus sur leurs résultats.

Si le discours sur la démocratie, la liberté, les droits de l'homme, la citoyenneté et l'État de droit se développe de plus en plus et enfile au point de ne plus permettre d'interrogations sur son contenu : «Quelle démocratie ? Quelle citoyenneté ?...», la réalité montre que les populations défavorisées – tant aux Suds qu'aux Nord, 60 % à 90 % de la population totale dans les Suds – sont dans l'ignorance absolue de leurs droits les plus élémentaires et de ceux des autres.

Mais rarement elles posent la question de leurs droits. Elles disent leurs difficultés, leurs besoins, leurs aspirations, leurs refus.

Elles n'ont pas conscience souvent qu'elles peuvent avoir des droits et surtout qu'elles peuvent les faire valoir et donnent l'impression qu'elles subissent les situations sans pouvoir n'y rien faire.

Le travail juridique de terrain des groupes présentés dans les pages précédentes tend à permettre aux populations de s'approprier ce qu'elles veulent faire valoir dans la situation où elles se trouvent, de repérer leur capacité personnelle et juridique, collective, à agir et changer le cours des choses, la mise

en œuvre d'actions leur appartenant, avec ou sans les groupes d'appui juridique. Car si ces groupes apportent un soutien technique dans les demandes, leur objectif est de renvoyer l'utilisateur, la personne, à son rôle de citoyen par l'utilisation de ses droits, à celui d'acteur par la création de droits.

Leur travail consiste à faire apparaître le point de vue des personnes, femmes, enfants, hommes, des communautés..., qui débouche sur l'autonomie et sur ce qu'il est convenu d'appeler la citoyenneté.

Une telle approche, en montrant que l'outil juridique est un moyen pour se faire reconnaître en tant que personne de droit, donne l'occasion, les moyens d'exister dans la société.

En affirmant et en faisant valoir ses droits au quotidien, la femme, l'enfant, l'homme se pose en tant que personne autonome, ne reconnaissant à personne d'autre le pouvoir d'aliéner ses droits fondamentaux, restant maître des objectifs quelle s'assigne.

Les questions d'accès au droit – droits à être une femme, mineur, étranger, droits au travail, au logement, à la santé, à l'éducation... – se posent de façon cruciale et révèlent une quête d'identité et une demande d'accès à la citoyenneté.

La proclamation des droits, pour essentielle qu'elle soit, ne suffit pas. Il est nécessaire de créer un environnement qui favorise leur mise en œuvre réelle par les populations concernées. Et il ne suffit pas qu'un texte existe, il faut qu'il soit porté par une stratégie collective, plus vaste que le huis clos judiciaire ou feutré des cabinets de spécialistes.

Les groupes d'information et de formation à l'action juridique (services juridiques alternatifs, groupes d'appui pluridisciplinaire, associations de défense...), utilisant le droit comme instrument pédagogique, aident les populations à :

- identifier leurs droits en lien avec les problèmes qui se présentent à elles ;

- acquérir les connaissances nécessaires afin d'être en mesure de promouvoir et de protéger ces droits, quand ils sont favorables ;

- découvrir comment ces droits sont inadéquatement appliqués, en chercher les causes et imaginer ensemble des solutions juridiques et sociales ;

- développer leur aptitude à utiliser des modes para et extra juridiques et judiciaires de résolution des conflits ;

- utiliser des moyens d'action juridique au sein de leur communauté de base respective ;
- produire elles-mêmes des droits quand le droit existant ne répond pas à leurs préoccupations et besoins.

Toutes ces pratiques d'information et de formation à l'action juridique et judiciaire ont permis de constater que la connaissance du droit, de ses mécanismes d'élaboration, d'application, de son rôle, facilite l'exercice, la protection et la promotion des droits au quotidien ; que l'action juridique ou la pratique alternative du droit sont des instruments pour les changements sociaux en permettant aux populations de résoudre elles-mêmes leurs problèmes.

À la citoyenneté abstraite (niveau de l'État, des politiques formelles, des institutions de droit, des lois constitutives, des droits proclamés : autant de cadres souvent vides, autant de mots et discours mystifiants), ces pratiques opposent l'appartenance réelle (niveau des droits pratiqués, des espaces de vie reconnus, des rapports qui relient : le champ des liens effectifs).

Le terrain juridique, au cœur du politique, est sillonné de lignes de force, de stratégies antagonistes. Le rapport de pouvoir dans le champ du droit est mouvant, se déplace constamment, fait arme de tout raisonnement, s'appuie sur des détournements de textes...

Approcher le droit non pas comme un instrument de la mystification et de la domination capitaliste, mais comme un instrument de la pratique sociale, permet de voir dans la règle juridique sa bivalence, frein et support, mystification et objectif de lutte.

À vivre...



## **Un pluralisme juridique porteur d'une démocratie retrouvée**

L'histoire du droit alternatif retrace celle de la lutte du «citoyen» pour sa reconnaissance. Mais elle symbolise aussi la place du pluralisme juridique comme outil d'une dynamique de régulation sociale interne, qui intègre la multiplicité des statuts individuels et collectifs «agissants».

«Un des acquis majeurs du pluralisme juridique est d'avoir définitivement mis fin à l'assimilation du droit à l'État et à son territoire. La diversité du droit dépasse les différents cadres nationaux. La multiplicité juridique traduit la multiplicité des espaces sociaux (nationaux, internationaux, communautaires, ethniques, corporatistes, etc., tout ce que Moore qualifie de champ social partiellement autonome) qui sont en interaction constante. Chaque espace, chaque champ, est le lieu d'une compétition pour la détention d'un capital juridique spécifique, qui détermine l'initiative d'un type particulier d'action et le recours à un univers symbolique particulier<sup>113</sup>. Le droit devient, dans ce cadre, un mode de manipulation du social et non pas sa simple traduction»<sup>114</sup>

Le rôle du droit alternatif dans la vie des sociétés contemporaines est donc essentiel : il permet l'expression et construit la légitimité de besoins et spécificités issus de la diversité socio-culturelle porteuse du pluralisme juridique. Ce n'est qu'en réintégrant l'homme au centre des préoccupations du droit contemporain, que l'État retrouvera le sens de son action.

..... CRISE DE SOCIÉTÉ ET CRISE DU DROIT.  
DES MUTATIONS SOCIÉTALES AU DÉVELOPPEMENT DE  
L'ESPACE PUBLIC

Thibaut Duwillier  
Aspirant du Fonds national de la  
recherche scientifique (FNRS)  
Chercheur au Centre d'études et de recherches  
en administration publique (CERAP)  
Assistant à l'Université Libre de Bruxelles (ULB)

Cette contribution constitue un résumé succinct de l'article publié intégralement par le Réseau européen Droit et Société sur son site Internet<sup>115</sup>. Il s'agira donc, au regard des mutations sociétales observées dans notre monde moderne, de penser le développement de l'espace public comme une solution aux crises conjointes de la société et du droit.

Schématiquement, nous pouvons affirmer que le moteur de la crise que nous traversons réside dans la combinaison de l'accroissement apparemment irréductible de la complexité d'une part et l'accélération du rythme de changement social d'autre part. Plus précisément, la crise du lien social et de la modernité renvoie aux attentes régulatrices projetées dans le droit à défaut de pouvoir être rencontrés par l'État et le marché.

Des mutations sociétales..

L'effacement du législatif devant la prééminence de l'exécutif lors du développement de l'État-providence et l'extension du pouvoir judiciaire lors de la crise de ce dernier constituent les principales transformations au niveau de l'évolution de la nature de l'État de droit. Même si l'on ne demeure pas attaché à la stricte séparation des pouvoirs, n'est-il pas dangereux d'observer une délégation de responsabilités croissante laissée aux juges quant à l'interprétation de textes de plus en plus complexes et nombreux, une absence remarquable du législatif et un renforcement de la technocratie ? Habermas confirme ces propos en présentant la crise du droit comme double : «li

s'agit du fait que la loi parlementaire perd de sa force d'obligation et que le principe de séparation des pouvoirs est mis en péril<sup>116</sup>.»

La mondialisation de l'ensemble des différents sous-systèmes et plus particulièrement le système économique (l'impuissance à contrôler le marché en tant qu'instrument de régulation), le système politique (mutations d'échelle de la souveraineté<sup>117</sup>) et celui des moyens de télécommunications (le développement impressionnant du réseau Internet par exemple) constitue également un des défis majeurs de gestion auquel le système social dans son ensemble est et sera confronté.

Au niveau théorique, l'approche autopoïétique de Luhmann rend compte de l'impuissance du système politique à réguler les autres sous-systèmes.

On peut illustrer les limites de l'action étatique dans la prégnance de la question sociale au cœur des débats socio-politiques<sup>118</sup>. En contrecarrant la libre concurrence, les aides de l'État aux entreprises économiquement défailtantes sont jugées illégales au regard du droit européen. L'État-nation, en se fondant dans un système juridique et économique supranational, trouve son interventionnisme largement déterminé par les directives européennes.

Cependant, le facteur qui reflète le mieux le danger de l'arbitraire au niveau de l'exécutif réside dans le développement du phénomène technocratique. Symbole de la fracture du contrat social, la technocratie risque d'occulter la distanciation communicationnelle croissante entre le citoyen et le politique. L'hyper-trophie de la sphère technocratique issue des divers pouvoirs exécutifs existants au sein du même État associée à l'eurocratie au niveau supranational constitue un réel danger démocratique dans la mesure où le citoyen n'est plus impliqué (ou ne s'implique plus) au sein des processus décisionnels de la cité. En ce qui concerne le pouvoir judiciaire, le danger se situe tant au niveau d'un formalisme exacerbé que d'une marge d'interprétation et d'un pouvoir discrétionnaire trop large. Dans le dernier cas, c'est au niveau de la clarté de la prise de décision du juge que se situe le danger. Dès lors, il importe de rechercher un « droit flexible » sans tomber dans le travers d'un « droit trop flou ».

À première vue, le problème sociétal majeur renvoie au

manque de cohérence que revêt le système juridique et qui recouvre l'idée d'integrity de Dworkin. Face à la complexité croissante du droit et de la réalité sociale et de leur inadéquation, le juge herculéen s'improvise peu à peu « législateur de second rang ». À la loi générale, abstraite, reproductible et répétitive se substitue la décision particulière fondée sur l'examen du dossier dans toute sa singularité. Cependant, comme le souligne François Ost, le dieu Hermès, figure emblématique de la réconciliation de la « vérité révélée » et de la « réalité négociée » par l'intermédiaire de la communication en réseau, « paraît le mieux rendre compte de la complexité des phénomènes juridiques contemporains<sup>119</sup> ». D'ailleurs, Ost souligne la nécessité de penser le droit comme circulation incessante de sens. [...] Un sens dont personne, fût-il juge ou législateur, n'a le privilège<sup>120</sup>.

Si le juge ne doit certainement pas demeurer la figure emblématique du droit formaliste en se limitant à appliquer le droit sans possibilité d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire ou, pour reprendre des termes actuels, en se limitant à imposer le droit plutôt qu'à le négocier, il ne faudrait pas déplacer le débat parlementaire au prétoire du Palais de Justice. Certains verront sans doute dans ces propos le spectre d'un « gouvernement des juges ». Ainsi, Habermas attire l'attention sur les dangers « d'un droit développé par les juges, développement élargi en législation implicite et qui, par là, met en péril à la fois la rationalité de l'exercice du droit et la base de légitimation du pouvoir judiciaire<sup>121</sup> ».

Bref, le droit contemporain est polycentrique et complexe. Le réseau complexe dont il est issu tend à alourdir la tâche du juge chargé de reconstruire le droit, de lui redonner cohérence afin de pouvoir l'appliquer. Même si il n'appartient pas au juge sur un plan strictement constitutionnel de légitimité démocratique de repenser « l'accumulation anarchique des règles de droit »<sup>122</sup>, il est compréhensible qu'il tente néanmoins de redonner sens à ce désordre juridique. En effet, c'est à lui que revient le rôle de juger c'est-à-dire de rechercher la solution qui satisfasse les parties en présence tout en respectant les lois qui régissent la vie en société. Si l'on passe du stade de la stricte séparation des pouvoirs à celui purement pragmatique de la pratique judiciaire au quotidien, il paraît indéniable que « la tâche des juges pourrait bien se révéler totalement insurmon-

table dans nos sociétés complexes<sup>123</sup>». Le droit est polycentrique ; il est de plus en plus souvent négocié qu'imposé. Les modes de transaction, de concertation ou encore de médiation rendent compte de ce phénomène. Ces initiatives placent les acteurs du procès sur une nouvelle scène, avec de nouveaux rôles. Le développement de cet espace public privilégiant la discussion fondée sur la recherche du meilleur argument n'est susceptible de porter ses fruits que si les divers acteurs de ce jeu en connaissent les règles. Dans le cadre de la conception procédurale du droit d'Habermas, ces acteurs doivent être conscients des principes qui guident l'éthique de la discussion. Sans nul doute, c'est au juge qu'incombera ce rôle d'arbitre et de garant du respect de ces principes. Sans nul doute, cette participation des justiciables au processus d'application des règles de droit ne peut que renforcer le sentiment de citoyenneté responsable.

..Au développement de l'espace public

La restauration de l'espace public par le respect des conditions d'une discussion gouvernée par « la situation idéale de parole » nous semble essentiel afin de revitaliser les débats parlementaires qui, le plus souvent, restent clivés, majorité contre opposition. Jürgen Habermas ne restreint pas l'espace public à l'enceinte du Parlement. Tout espace public peut être régi par une sorte de discipline de vote prônée par Habermas et caractérisée par une réelle prise de parole précédant la prise de décision.

Plutôt que de reléguer les problèmes sociétaux à l'analyse technocratique comme le suggère Luhmann, Habermas préfère associer les citoyens concernés à une délibération collective sur la validité de la norme tant au niveau de son opérationnalité que de sa légitimité. Habermas, à l'instar de John Rawls, façonne sa théorie communicationnelle de la démocratie sur le postulat d'une mobilisation des citoyens au processus de délibération collective au stade de l'élaboration comme à celui de l'application de la norme ; ce qui suppose une (éventuelle) sensibilisation des acteurs sociaux à la citoyenneté. Cependant, il est raisonnable de penser que cette discussion participative sera justement le lieu principal de cet apprentissage. Réfléchir sur le passage d'un modèle de justice imposée à celui d'une

justice négociée implique idéalement le rassemblement des différents acteurs, y compris ceux des autres sous-systèmes qui seraient concernés par cette évolution, afin de redéfinir ensemble la fonction de chacun d'eux au sein de la structure juridique. Toutefois, il convient d'attirer l'attention sur le fait que même les plus petits groupes de discussion résultent de l'agglomération de relations sociales distinctes auxquelles se rapportent inextricablement un certain nombre de rapports de force. Méconnaître leur pouvoir d'influence que ce soit uniquement dans le cadre du processus décisionnel, à l'instar du « voile de l'ignorance » proposé par John Rawls, ou que ce soit, comme le suggère Jürgen Habermas, pendant et après la décision qui en est issue relève de la tromperie démocratique. Philippe Gérard soulignait déjà « qu'en pratique, les discussions sont généralement soumises à un ensemble de contraintes (limites temporelles, rapports de force entre les participants..) qui excluent la possibilité d'une conformité complète par rapport aux exigences de la situation idéale de parole<sup>124</sup> » telle qu'exprimée par Habermas. En radicalisant quelque peu le raisonnement, n'est-il pas hypocrite et fallacieux de soumettre les intervenants à des exigences argumentatives qui ne serviraient « qu'à » légitimer la validité du processus et de ce fait, justifier la validité de la décision qui en émane ? En négligeant volontairement les rapports de force qui traversent et structurent notre société, l'occultation des intentions manifestes par l'exposition de buts plus officiels, plus avouables, argumentativement plus acceptables ne risque-t-elle pas de déboucher sur ce que nous appellerions une « démocratie d'apparence » ? Cependant, il nous faut reconnaître que Jürgen Habermas a décrit les conditions de l'espace public et de l'éthique de la discussion sous la forme d'un idéal régulateur. D'ailleurs, il suffit de se rapporter à l'expression de « situation idéale de parole » pour s'en convaincre.

Basé sur l'éthique de la discussion, le débat démocratique doit associer tous les acteurs concernés par la norme juridique afin que cette dernière cristallise l'essence de la volonté collective. Autrement dit, il s'agit de les {les acteurs sociaux} considérer comme citoyens, acteurs de leur propre destin<sup>125</sup>. Ainsi, le droit n'apparaîtra plus comme un instrument de domination d'un groupe social sur un autre mais tirera sa légitimité et sa force de l'élaboration commune de la norme.

.....

Antoine Garapon<sup>126</sup>

Fiche rédigée par Juristes Solidarités<sup>127</sup>

La justice pratiquée dans les pays démocratiques se résume-t-elle à ce constat : le système actuellement marche de façon correcte pour les avocats et les juges, mais les gens ordinaires sont maintenus en dehors du procès ? Telle est la question que se pose Antoine Garapon, magistrat et secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ), à École nationale de la magistrature, Paris (France).

Selon lui, le recours au juge est devenu un bien de consommation courante et les salles d'audience des tribunaux se sont transformées en des lieux de contestation du pouvoir. Le tout engendre un « marché du droit ». Le procès, tant civil que pénal, est, dans ces cas-là, non plus l'instrument du pouvoir mais celui de sa contestation. La justice n'est plus uniquement un bien distribué mais aussi le principe de distribution des biens.

Deux fonctions bien distinctes de la justice se profilent : l'apaisement des conflits privés et le contrôle par le droit de la vie collective (ce que les Anglo-Saxons appellent « judicial review »). Cette fonction politique pose problème dans toutes les réflexions françaises contemporaines sur la justice. Même les plus progressistes ne parviennent pas à comprendre que la justice est devenue la nouvelle scène de la démocratie où sont exprimées des attentes, des revendications formulées, des inquiétudes mises en scène.

Ce nouveau rôle politique est difficile à concevoir en France, tant la conception du juste y est liée à une institution et à celle de la justice de l'État. La seule légitimité politique est la représentation absolue du souverain, ainsi nommée parce qu'elle n'en supporte aucune autre. Ce qui a eu pour effet de dénier tout rôle à la société civile et d'empêcher d'institutionnaliser la fonction arbitrale.

Or, il faut penser la justice dans le face-à-face, à partir d'un

citoyen adulte, dans la combinaison des intérêts, dans l'arbitrage par un tiers. La désinstitutionnalisation de l'idée contemporaine de justice est à comprendre comme un retour de balancier entre les deux approches du juste comme procédure ou comme vertu. Tant que le recours à la justice était sociologiquement rare, en restant le privilège d'une certaine partie de la population politiquement marginale, la justice se permettait d'ignorer l'économie. Ce n'est plus possible aujourd'hui où un besoin de justice quasi infini se heurte aux ressources de plus en plus finies de l'État-providence.

Les ressources de la justice sont limitées. De ce postulat découle toute une série de questions inédites dans le débat actuel sur la justice. La rationalisation budgétaire des moyens de la justice n'est pas critiquable en soi, à condition qu'il s'agisse non d'un rationnement mais d'une véritable économie politique.

Car derrière la crise financière de l'État, se cache une crise de légitimité du politique. Les citoyens exigent désormais de leurs dirigeants qu'ils s'intéressent un peu plus à la demande des justiciables jusqu'ici négligés. Ils ne réclament pas uniquement un meilleur service public : ils désirent aussi ne pas être déposés de ce qui les concerne.

Cette demande massive des citoyens est à la fois une exigence de qualité et une volonté de rester maîtres de leurs conflits. Relever le défi majeur de l'accès à la justice ne consiste donc pas seulement à rendre l'administration de la justice plus performante mais aussi à imaginer d'autres moyens d'aboutir au même résultat par des voies plus économiques et plus respectueuses de leur dignité.

Double approche – procédurale ou directe – du juste, double fonction – politique et administrative – de la justice, nécessité d'économiser la justice étatique, apparition d'un secteur informel de résolution des conflits : la question du juge migre d'un débat sur une réforme de l'institution vers les nouveaux rapports que doivent entretenir ces différentes voies de la justice.

La concurrence envahit tout le domaine juridique : les procès par des instances de résolution alternative des conflits, le droit statutaire par un droit contractuel, le recours judiciaire par l'assurance, jusqu'aux juges eux-mêmes qui se trouvent en concurrence avec des arbitres privés !

N'y a-t-il pas d'autres manières de concevoir les rapports entre ces deux chemins pour arriver au juste ? À quelle condition la justice pourra-t-elle rester un bien public sans être pour autant exclusivement aux mains de l'État ? Le débat ainsi posé n'est pas entre le monopole de l'État sur la justice ou le renvoi au marché comme on le présente de manière caricaturale. L'aménagement d'une justice plus civique à l'ombre du droit est un enjeu politique nouveau, non pis-aller mais lieu d'une redynamisation de la démocratie.

Au-delà de l'étatisation ou de la privatisation, la voie de la «procéduralisation» propose un nouveau rapport entre l'État et la société civile. Mais, pour dialoguer, il faut être deux, et cette démocratie juridique a besoin d'une société civile mature, de citoyens debout. La première tâche du droit consiste à habiliter la société civile en imaginant de nouvelles voies de représentation, à donner compétence au citoyen, à instituer de nouveaux acteurs collectifs civils.

Ainsi, ce ne sont plus comme aujourd'hui des logiques bureaucratiques, technocratiques ou corporatistes qui doivent prévaloir mais une approche procédurale apte à représenter la division des intérêts en présence, à organiser les contradictions propres à toute société démocratique, et à les dépasser de manière pratique et juste.

.....

### **La reconnaissance du pluralisme juridique comme outil de reconquête de la légitimité étatique**

Ainsi, si le droit alternatif a longtemps été considéré par l'État comme le fait d'initiatives sociales opposées à l'ordre établi, il représente aujourd'hui pour lui un allié indispensable à son action.

«À côté d'un droit officiel, codifié, qui fait autorité, qui assure la permanence du lien social (principe d'ordre), existe un droit spontané, appelé « vulgaire », dont la fonction est d'adapter les exigences normatives aux problématiques culturelles ou techniques locales, de reconstruire le lien social (principe de désordre transitoire). La redéfinition européenne des territoires nationaux et locaux, la segmentation sociale accrue par la division du travail instaurent inexorablement un pluralisme juridique qui fait que différents espaces juridiques se superposent et agissent simultanément pour des populations différentes et à des échelles différentes<sup>128</sup>.

L'extension de ce droit spontané ne se produit pas de façon anarchique. En réalité ces régulations se font « à l'ombre de la loi ». Le droit leur sert de modèle, les concepts de contrat, de mandat et de responsabilité y sont tout puissants. Non seulement cette évolution n'est pas inquiétante car la déjudiciarisation des conflits s'accompagne d'un « accroissement global de la régulation sociale de type juridique<sup>129</sup> », mais elle comporte d'indéniables avantages autorégulateurs des mutations sociales. Devant la faillite instrumentale des instances étatiques de régulation, elle est un moyen de restaurer la confiance institutionnelle. »<sup>130</sup>

Conscient de l'enjeu poursuivi, l'État multiplie aujourd'hui les actes de reconnaissance « officielle » des pratiques de produc-

tion de droits par des acteurs non-professionnels.

Corps d'artisans, les pêcheurs se sont organisés spontanément en communauté corporative au X<sup>e</sup> siècle. Depuis, ces communautés de pêcheurs se sont développées sous la forme de corporations définies juridiquement, sous tutelle de l'État, dénommées Prud'homies. Ces dernières existent encore aujourd'hui, et constituent une autorité professionnelle à part entière.

Les prud'homies sont un pouvoir décentralisé de gestion et d'autorité sur les communautés de pêcheurs. Chaque prud'homie représente les pêcheurs de sa zone territoriale pour défendre leurs intérêts auprès des autres prud'homies et de l'État.

Les prud'homies opèrent une délimitation à la fois spatiale et temporelle des lieux de pêches (appelés postes de pêche) en effectuant, par règlement, un partage entre les pêcheurs et en instituant des tours de rôles. Par ses arbitrages, elles veillent autant à maintenir les conditions de renouvellement des espèces et leur migration qu'à assurer un travail à chaque pêcheur, en encourageant la polyvalence. Leurs maximes sont d'ailleurs : « Éviter qu'un métier en chasse un autre » et « Tout le monde doit pouvoir vivre de son métier ».

Les activités des prud'homies, allant de la gestion des espaces marins à celle du patrimoine communautaire des pêcheurs vont toutes dans le sens du partage, de la solidarité, de l'autodiscipline et du renforcement de l'esprit communautaire, autant de valeurs qui sont nées à l'époque où il s'agissait pour l'exploitation halieutique de stabiliser les pêcheurs sur leur territoire, en bordure des côtes.

Leur rôle de représentation repose sur l'élection par les pêcheurs de membres des prud'homies à partir d'une liste de patrons pêcheurs et de pêcheurs, sélectionnés pour leur expérience dans le métier. Les membres sont renouvelés tous les trois ans.

Dans l'exercice de la puissance publique, les prud'homies

sont investies par l'État de trois types de pouvoir : judiciaire, réglementaire et disciplinaire.

En tant qu'auxiliaire de justice, le pouvoir de la prud'homie est défini par l'article 17 d'un décret de 1859 (!) comme un pouvoir exclusif et sans appel de résolution des conflits, lui permettant de juger « tous les différends entre pêcheurs survenus à l'occasion de faits de pêche ». Les conflits concernent la plupart du temps le non-respect du tour de rôle, la pêche sauvage sans permis, le non-respect des zones ou périodes de pêche. Les jugements sont cependant rares. En pratique, la résolution des conflits se fait davantage sous la forme de la conciliation, dans le souci de maintenir la cohésion sociale, que par un jugement en tant que tel.

Sur le plan réglementaire, la prud'homie a le pouvoir de « régler entre les pêcheurs la jouissance de la mer, de déterminer les postes, tours de rôle [...] afin de prévenir, autant que possible, les rixes, dommages ou accidents ».

Enfin, son pouvoir disciplinaire lui permet d'infliger des amendes civiles et de constater les infractions aux règlements de l'État et des prud'homies. Ce pouvoir est de plus en plus difficile à assumer par la police des prud'homies en raison des représailles qu'elle craint, dans la mesure où elle n'est pas aussi couverte et protégée par la loi que la police étatique.

Compte tenu de l'évolution des techniques d'exploitation et de l'internationalisation de l'économie, les territoires de pêches se sont étendus vers le large. Actuellement, le problème n'est donc plus de partager et de délimiter la mer côtière mais surtout de poser des limites à l'exploitation des ressources marines afin de ne pas empêcher le renouvellement des stocks.

Ces évolutions ont aussi forcé la pêche artisanale à s'adapter et à se spécialiser, mettant à mal la recherche de la polyvalence. La gestion des grosses unités de production s'est vue petit à petit relever des comités locaux de pêcheurs, de syndicats et d'organisations de producteurs. Les mutations économiques, politiques et des mœurs ont eu souvent pour conséquence d'amoinrir la capacité d'action des prud'homies.

La dégradation de l'unité sociale que constituait la prud'homie a nécessairement entraîné des problèmes de discipline et un amoindrissement de l'esprit communautaire et solidaire. Ces problèmes s'accroissent d'autant plus que l'État a favorisé le développement de ces grosses unités de production

et a légiféré dans une logique inverse à celle mise en avant par les prud'homies qui favorise le partage et le travail pour tous.

En soutenant l'industrialisation de la pêche, la démarche politique de l'État français, alignée sur celle des instances européennes, a affecté les efforts communautaires que les prud'homies menaient pour maintenir la discipline, le dialogue, le partage et la cohésion du groupe à partir de la responsabilisation des pêcheurs et du consensus social.

Toutefois, depuis quelques années, on observe un mouvement inverse où l'État prend en compte le pouvoir des prud'homies dans la mesure où il réalise qu'il importe d'intégrer leur avis pour des questions relatives au milieu marin, compte tenu de leur ancrage sur le terrain. Ainsi, afin d'éviter les concurrences entre la réglementation des Affaires maritimes et celle des prud'homies, un décret de 1994 des Affaires maritimes prévoit dorénavant une consultation systématique des prud'homies avant toute réglementation en matière maritime.

.....

Aliou Sall  
Sociologue, consultant en pêche artisanale,  
secrétaire exécutif de Creditip

LE DÉVELOPPEMENT : UN DROIT À CONQUÉRIR

Pendant les trois décennies de développement qu'a connu la majeure partie des pays africains, les années 60 étant considérées comme celles de la vague des indépendances – la théorie dominante qui a présidé aux initiatives de développement a été caractérisée par un darwinisme social. Conçue dans une vision étroitement économiste, cette théorie qui préconisait le développement linéaire était (et l'est d'ailleurs toujours) évolutionniste. C'est ainsi que la pêche devait évoluer de la pêche aux pièges et aux engins rudimentaires, à la pêche artisanale améliorée, puis à la pêche semi-industrielle et enfin à la pêche industrielle.

Pourquoi ? Parce que basée sur les seuls besoins biologiques de l'être humain, elle ne prend pas assez en compte l'exigence que représente pour le progrès humain, le droit des populations démunies et opprimées à avoir accès à la parole, à un environnement sain, à participer à la prise de décision économique concernant leur propre secteur socioprofessionnel, etc.

Aujourd'hui, dans le secteur de la pêche artisanale des mouvements sociaux de pêcheurs voient le jour et s'organisent au niveau international pour revendiquer ces droits. Cependant, pour les États du Sud qui préfèrent l'assistance au développement, les mouvements sociaux et/ou organisations qui élargissent les impératifs du développement aux notions de droit deviennent des associations subversives.

Pour donner un exemple de mouvement de pêcheurs artisanaux, citons le Collectif national des pêcheurs artisanaux du Sénégal (CNPS). Cette organisation qui compte 6 500 membres pose, en plus des questions de commercialisation et d'accès à la ressource, de nouveaux problèmes jusque-là occultés tels que :

- les dégâts écologiques (surexploitation et gaspillage de la

ressource) causés par la pêche industrielle,

- la pollution côtière due à l'industrialisation du littoral sans respect des populations côtières,

- les dégâts matériels (destruction d'engins de pêche) et humains (pertes humaines suite aux accidents) consécutifs au non-respect de la zone artisanale par les bateaux industriels ;

- le non-accès de l'organisation la plus représentative (les pêcheurs artisanaux aux médias d'État - presse écrite et parlée).

Les problèmes soulevés montrent jusqu'à quel point les pêcheurs revendiquent leur droit au développement et en quoi il doit évoluer, au regard du contexte actuel, particulièrement en ce qui concerne l'internationalisation de la pêche correspondant à une délocalisation de l'effort de l'Occident vers les pays du Sud. Cette délocalisation n'est pas sans effet sur les pêcheries sénégalaises qui demandent aussi que le droit d'accès à la ressource des pêcheurs artisanaux soit respecté comme auparavant.

Ainsi, malgré la vision linéaire du développement, la persistance du conflit entre pêche artisanale du Sud et pêche industrielle du Nord confirme la nécessité de concevoir le droit à partir des cultures des populations.

#### LE DROIT CACHÉ : DES AMÉNAGEMENTS INDISPENSABLES

Aujourd'hui la survivance et le dynamisme du « droit alternatif » ou « caché » dénotent l'imperfection et l'inadéquation du droit conventionnel. Les communautés de pêcheurs artisanaux, pour se doter de modèles adaptés d'aménagement, de systèmes appropriés de commercialisation et de moyens propres d'accès à la ressource, mettent en place des lois régissant l'entrée dans la profession et les activités en aval.

Quand on fait un parallélisme entre l'agriculture et la pêche, il apparaît qu'en dehors de certains dénominateurs communs qui les lient, l'agriculteur, qui dispose d'une terre, peut offrir aux institutions formelles de crédit plus de garantie que le pêcheur. Ceci tout simplement parce que le titre foncier est « monnayable ».

Pour le pêcheur, il n'existe, dans un pays comme le Sénégal, ni de titre foncier sur la mer, ni de droit « conventionnel » d'accès formel (quota ou licence).

L'inexistence de système de quota dans la pêche artisanale ne permet pas de stabiliser les prix du poisson qui peuvent varier dans une même journée du simple au quintuple et vice-versa. Dans de telles conditions, le pêcheur se sent plus à l'aise dans les situations de rareté des produits débarqués. Pour éviter la chute catastrophique des prix, il a tendance à manipuler la production. C'est pour ces raisons que plusieurs initiatives sont prises.

#### Contrôler les sorties en mer

La technique de pêche des sennes tournantes, connue pour être très performante, a permis de quadrupler, entre 1972 et 1985, les prises d'espèces pélagiques. Pour éviter les surproductions, les sorties des pirogues ont été limitées à une sortie par jour à Kayar et à Mbour. La règle imposée par les associations locales de pêcheurs a eu un effet second important en poussant les pêcheurs à un choix : sortir avec la marée diurne ou la marée nocturne. Il est par ailleurs évident que le respect de cette règle pose problème aux équipages pour la raison que ces derniers ont toujours intérêt à capturer davantage de poissons.

#### Délimiter les zones de pêche

Cette mesure s'applique aux pêcheurs utilisant des techniques différentes. Sans faire une classification détaillée, on peut dire qu'il existe dans la pêche artisanale deux types d'engins : actifs et passifs. Alors que les engins actifs se déplacent pour capturer le poisson, les passifs sont fixes et attendent que ce dernier vienne mailler ou mordre. On comprend ainsi pourquoi les pêcheurs utilisant des engins passifs gênent les autres qui ont besoin d'espace pour traquer le poisson. Plusieurs conflits ont déjà surgi sporadiquement entre les utilisateurs de ces deux types d'engins. Les principales sources de conflits sont :

- du côté des engins passifs, les dégâts matériels (balayage d'engins) causés par les autres pêcheurs lors de leur passage ;
- du côté des engins actifs, les barrières que constituent les

engins passifs qui les empêchent de manoeuvrer librement.

Face à ce problème, certaines communautés de pêcheurs qui utilisent de façon dominante des engins passifs ou actifs ont fixé des règles de délimitation de zones réservées à chacune des techniques. Il s'agit de :

- Ngor : dans ce village de pêcheurs où la pêche à la ligne est dominante il est interdit d'utiliser des filets dormants (engins passifs)

- Ouakam : où l'utilisation des filets dormants et la chasse sous-marine sont interdites ;

- Kayar : qui a interdit l'utilisation des filets dormants qui non seulement barrant la route aux pirogues de sennes tournantes, mais concurrencent également la pêche à la ligne qui représente une spécialisation pour ce village.

Fixer les normes de commercialisation

La pêche artisanale sénégalaise est caractérisée par un fort mouvement migratoire. En plus de ces migrations qui voient des communautés entières de pêcheurs partir de leur village d'attache pour des campagnes de pêche allant jusqu'à huit mois sur douze, certains pêcheurs, tout en retournant à leur port d'attache préfèrent commercialiser leur capture sur d'autres ports/marchés jugés plus rémunérateurs. En effet, le niveau des prix offerts sur les marchés dépend de la proximité d'infrastructures routières et l'existence de marchés de consommation urbains et périurbains. Pour cette raison, il existe des ports qui sont en même temps de grands marchés. C'est le cas de Hann, Soubédioune et Yoff dans l'agglomération dakaroise.

Outre l'effet que pourrait avoir sur les prix la concentration des débarquements sur un seul marché, d'autres produits achetés dans d'autres ports peuvent arriver par voie terrestre, et compliquer davantage le problème posé. Pour réduire la concurrence, des normes ont été instaurées. S'il est difficile d'empêcher des pêcheurs de contrées voisines de débarquer dans un lieu donné, il est par contre possible d'interdire à qui-conque de commercialiser, sur une plage donnée, un poisson acheté ailleurs. C'est le cas notamment de Soubédioune et de Ouakam, où il est défendu de vendre sur la plage un poisson débarqué ailleurs.

## Gérer les conflits

Au regard de ce qui a été dit sur l'emploi des différentes techniques, il est évident que les conflits sont monnaie courante entre pêcheurs. Ces disputes se sont déjà soldées par des affrontements physiques causant des blessures graves.

En dépit de ses efforts et des démarches effectuées, l'administration des pêches n'a jamais réussi à trouver une solution appropriée à ces conflits. Pour cette raison, les organisations de pêcheurs, conscientes d'être les mieux placées pour solutionner leurs propres problèmes, ont réussi à réconcilier des communautés de pêcheurs pendant longtemps divisées. Ces organisations continuent d'intervenir, au besoin pour maintenir une cohabitation harmonieuse entre communautés de pêcheurs quelle que soit leur origine ethnique.

Le vieux et grave conflit qui opposa les pêcheurs de Guet Ndar (quartier de la ville de St-Louis) à ceux de Kayar est exemplaire de ce point de vue. Les premiers sont connus pour être des migrants « au long cours » se déplaçant le long du littoral et utilisant des filets dormants (surtout dans la zone de Kayar). Pendant plus de dix ans, avant 1980, les pêcheurs de Kayar n'acceptant pas l'utilisation de ces filets dormants dans leur zone de pêche, se sont violemment opposés à ceux de Guet Ndar. À maintes reprises, l'autorité des pêches a essayé de réconcilier les deux parties mais sans grand succès car les problèmes se reposaient chaque année en début de campagne.

En 1989, le collectif national des pêcheurs artisanaux du Sénégal (CNPS), à l'initiative de son président (Arona Diagné, de Mbour) et de son secrétaire général (Dao Gayé, de Kayar) décide d'inviter la population (pêcheurs et autorités) à une grande cérémonie de réconciliation des deux communautés, en présence du préfet de la localité, du chef de la brigade de gendarmerie, du gouverneur de la région et, pour la première fois, du ministre de la Pêche. À la suite de cette fête, les deux communautés se sont véritablement réconciliées. En effet, depuis lors, non seulement il n'y a plus de problème, mais un comité de jumelage a été constitué par des pêcheurs de Guet Ndar afin d'effectuer à chaque fin de campagne (avant le retour chez eux pour les congés) des sorties en mer dont les recettes sont exclusivement destinées à des investissements d'intérêt communautaire pour le village de Kayar.

Certaines communautés de pêcheurs ont instauré un impôt sur les recettes des unités de pêche pour contribuer au développement des villages côtiers. Le vocable « impôt » est fort, certes, mais il s'agit bien de ponctions faites par un comité de gestion élu par les villages au sein desquels cette pratique prévaut. Parmi les cas existants on peut citer le village de Yoff où tout pêcheur débarquant plus de vingt cageots de poisson doit en rétrocéder un et même deux pour plus de quarante débarqués. Le produit de la vente de ces cageots est versé à la caisse de solidarité du village. Cette mesure est obligatoire quel que soit le statut et l'origine du pêcheur, autochtone ou migrant. Ainsi les pêcheurs migrants saint-louisiens sont-ils soumis à cette règle.

Le village de Hann, quant à lui, impose un système de redevances monétaires, plus ou moins élevées selon qu'il s'agit de grandes, moyennes, ou petites pirogues.

#### VERS UN SYNCRÉTISME DU DROIT ?

Par syncrétisme du « droit », il faudrait comprendre plus qu'une cohabitation des deux droits « conventionnel » et « alternatif » le recours par les États modernes au droit produit par les communautés de base pour résoudre leurs propres problèmes.

Ainsi en est-il du règlement du conflit de Guet Ndar-Kayar par le Collectif national des pêcheurs artisanaux du Sénégal. La présence des autorités, par les discours qu'elles ont tenus, a crédibilisé cette construction de « droit au quotidien ». En effet, il s'agissait non seulement d'une caution apportée par des responsables de l'État moderne aux règles édictées par les communautés mais d'une véritable reconnaissance de leur statut de « règles publiques ». L'un des notables n'est-il pas allé jusqu'à lancer : « Enfin, grâce au CNPS, la paix est revenue à Kayar, paix que nous cherchions à établir depuis belle lurette ».

Ceci a été confirmé par le règlement du conflit opposant les pêcheurs de Ouakam et de Ngor. En 1990, ces deux communautés se sont affrontées après que les autorités traditionnelles de Ngor aient confisqué des filets dormants appartenant à des pêcheurs de Ouakam. Inspirée par l'initiative prise par le CNPS pour régler le conflit Kayar-Guet Ndar, les autorités sénégalaises l'ont sollicité pour ce nouveau problème. Chose fut faite par les responsables du CNPS qui ont convoqué les deux

parties dans les locaux du service régional des pêches maritimes où solution fut donnée. Le procès-verbal de la séance de réconciliation a été établi par l'inspecteur régional des pêches. Là l'administration a été plus témoin que juge.

Le conflit entre une unité de Hann et une unité de Bargny, toutes deux en migration à Mbour est de date plus récente (28 septembre 1992) mais a été une fois encore réglé sans intervention publique, cependant la solution retenue a été avalisée par les autorités. Ces deux unités de sennes tournantes sont entrées en collision en se disputant un ban de poissons. L'une d'elle ayant perdu son éperon, son capitaine a déposé plainte à la police de Mbour. Le président du CNPS qui est lui-même de Mbour a réussi à retirer la plainte et à trouver une solution à l'amiable.

Chose qui fut bien appréciée et cautionnée par les autorités. Cette démarche confirme l'impossibilité d'établir une dichotomie nette dans la pratique quotidienne du droit – même dans les structures les plus modernes de nos États – entre le droit conventionnel et le droit alternatif.

.....

## **La médiation comme outil de conquête de la légitimité citoyenne**

Si la médiation n'est pas un phénomène nouveau dans la pratique des modes de règlement des conflits, son « institutionnalisation » annonce l'émergence de nouveaux modèles de régulation sociale, basés sur la communication, à travers lesquels le pouvoir de dire le droit et de l'appliquer est délégué à des non-professionnels.

Cette reconnaissance officielle du rôle de la société civile dans la production des normes marque l'engagement de l'État à répondre aux aspirations nouvelles du citoyen, qui devient un partenaire légitime, apte à construire un droit commun « équitable », basé sur des valeurs nouvelles, plus proches de l'éthique que du technique.

..... MÉDIATIONS ET MÉDIATEURS  
Des différentes techniques de médiation  
et des personnes qui la pratiquent<sup>134</sup>

Pierre Duriez<sup>135</sup>  
Juristes Solidarités

Un état des lieux des médiations en France a été réalisé en 1997. Concrétisé sous la forme d'une publication, cet état des lieux recouvre plusieurs centaines de définitions et révèle combien ce terme est aujourd'hui utilisé dans une diversité étendue de domaines. Or, d'un domaine à l'autre, le sens du mot varie considérablement. Même s'il est utile de posséder un aperçu, fût-il partiel, des différents types de médiations, la médiation dépend davantage des pratiques que d'une théorie générale. Il appartient aux praticiens de la médiation d'élaborer eux-mêmes des stratégies pour donner sens à une ou des politiques de médiation.

### 1. Les médiations

La médiation est un processus, le plus souvent formel, par lequel un tiers neutre tente, à travers la conduite d'une réunion, de permettre aux parties de confronter leurs points de vue et de rechercher, avec son aide, une solution au litige qui les oppose. La distinction entre la conciliation et la médiation est parfois floue. Le médiateur assiste simplement les parties, dans la recherche d'une solution qui satisfera leurs intérêts respectifs et il ne dispose d'aucun pouvoir, pour trancher le différend ou imposer la décision aux parties en cause. La démarche peut-être qualifiée de « communautaire » ou « d'institutionnelle ».

A. La médiation institutionnelle : est mise en place par une institution publique (médiateur de la République, ville, administrations...). Le médiateur y est plutôt un conciliateur ou un avocat. Il demeure dans un système binaire où il y a un pouvoir et des sujets face à face. Il s'agit moins de médiateurs que d'intermédiaires entre l'administration et le citoyen. Dans le cadre de la médiation institutionnelle, on peut souligner l'existence de :

- La médiation civile : selon l'article 21 du nouveau code de procédure civile français, « il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Ce type de médiation est une voie offerte aux juges dans la recherche du rapprochement des parties. Il s'agit de donner un moyen supplémentaire aux juges de dédramatiser la procédure judiciaire, en permettant au médiateur de renouer le dialogue entre les parties en présence, afin qu'elles puissent trouver une solution à leur litige.

- La médiation pénale est, dans le cadre d'affaires sélectionnées par le parquet, la recherche de solutions librement négociées à un conflit opposant des parties, dont l'une au moins, voire les deux, a déposé plainte à la suite de la commission d'une infraction. La médiation tend à obtenir un accord entre les parties, rapidement après l'infraction, afin de rétablir un principe de réciprocité à travers la réparation du dommage subi. Elle vise donc, au-delà de l'indemnisation, une restauration de l'image personnelle de chacun et une recherche d'un apaisement individuel et social.

B. La médiation communautaire : la diversité et la complexité de la vie sociale encouragent le développement de modes décentralisés de règlements des litiges, très proches des parties en conflit. En effet, la réussite d'une médiation est souvent liée à la prise en compte des pratiques et usages générés par les relations quotidiennes, que les tribunaux ne peuvent pas toujours prendre en compte, car ils sont tenus de se référer avant tout à des normes abstraites et générales.

La démarche communautaire offre la possibilité aux citoyens de se réapproprier les modes de gestion des conflits. Le médiateur est le plus souvent une personne issue du même milieu que les gens qui entreprennent une démarche de médiation. L'exercice direct de ces responsabilités devrait, selon les partisans de ce modèle de justice communautaire, renforcer la vitalité et la stabilité des relations de voisinage. Ce mode de résolution volontaire des conflits donne en effet aux parties, l'opportunité de résoudre leurs différends à partir d'une compréhension mutuelle, de modeler leurs relations futures selon leurs intérêts respectifs.

La médiation sociale : la médiation ne se réduit pas à une simple alternative à la justice, une nouvelle technique de gestion des conflits, elle doit être analysée comme préfigurant l'émergence d'un nouveau mode de régulation sociale.

La médiation familiale est l'intervention dans une séparation ou un divorce d'une tierce personne qualifiée et impartiale, sans pouvoir décisionnel, requise à la demande des intéressés. Elle a pour but d'aider les parties à négocier elles-mêmes les décisions constructives et durables, tenant compte des besoins de tous les membres de la famille.

La médiation scolaire dépasse la distinction entre la médiation communautaire et la médiation institutionnelle. La médiation possède plutôt un but éducatif : apprendre aux jeunes à s'approprier leur destin, à se responsabiliser. Elle vise à créer un nouvel espace de gestion des conflits, un espace intermédiaire, qui repose sur une redéfinition des rapports entre élèves et membres de la communauté éducative, mais aussi entre les élèves eux-mêmes. Le projet de médiation repose sur la délégation par les responsables des établissements scolaires, aux élèves médiateurs, d'un certain pouvoir de gérer les conflits.

2... Et les médiateurs ? (car la médiation vaut ce que vaut le médiateur... )

- Autorité sans pouvoir sur les personnes, mais avec un pouvoir sur les conditions de déroulement du processus de la médiation.

Le médiateur garde sa place de tiers au conflit, il n'a pas de pouvoir, il établit ou rétablit la communication entre les parties.

Le médiateur doit toujours faire exister, comme une sorte d'au-delà d'une justice trop établie selon la lettre, le principe d'équité, cette autre dimension, qui n'est définie par aucun code et qui est, au fond, un surcroît d'humanité.

- Les médiateurs institutionnels ont d'abord à résoudre des problèmes et représentent un certain pouvoir, les médiateurs citoyens sont des médiateurs naturels qui naissent dans les groupes sociaux.

Les définitions données ici n'épuisent pas la matière, loin de là, mais elles permettront, peut-être, d'un peu mieux cerner le phénomène ou, tout au moins, de rendre compte de la diversité des démarches.

.....



Jean-Pierre Bonafé-Schmitt  
GLYSI, atelier de sociologie juridique,  
CNRS, Université Lyon II

La complexité de la vie sociale, due à une juridicisation croissante de nos sociétés augmente de plus en plus les demandes de médiation, non seulement en matière de gestion des conflits mais aussi de communication. Pour répondre à ce type de demande, les Boutiques de droit ont été amenées progressivement à définir un projet de médiation sociale, reposant sur la création de structures de proximité et impliquant la participation des habitants.

#### LA MEDIATION, UNE JUSTICE DOUCE

En se définissant comme une structure de médiation de quartier, l'objectif des Boutiques de droit est de construire un lieu autonome de régulation des conflits. C'est pour cette raison qu'elles ont cherché à développer en priorité la médiation sur saisine directe. C'est-à-dire amener les parties en conflit à saisir au préalable les structures de médiation avant d'engager une action judiciaire<sup>137</sup>.

À partir de cette approche de la résolution des conflits, on comprend que l'objectif de la médiation sociale n'est pas simplement de régler des litiges mais de créer de véritables lieux de socialisation dans les quartiers. Les structures de médiation n'ont pas pour objet de rendre la justice, mais d'insuffler du social, de susciter des actions visant à recomposer des formes de sociabilité à partir de la régulation de ces litiges, ce qui explique que les médiateurs doivent être des habitants du quartier. Pour le choix de ces derniers, les Boutiques de droit n'ont nullement mis en avant des critères liés à une quelconque compétence professionnelle ou juridique, mais ont plutôt mis l'accent sur la formation de médiateurs, choisis parmi les couches les plus représentatives des habitants des quartiers où elles sont implantées. Ainsi les médiateurs de la Boutique de

Droit de Vénissieux sont formés de quatre Algériens (dont 3 femmes), de deux Turcs, d'un Malgache et d'un Français. Le projet de médiation sociale n'est pas de recréer au niveau d'un quartier l'ancien « juge de paix » mais au contraire d'innover en mettant en place de nouvelles procédures faisant appel à des non-professionnels.

#### CRÉER UN RÉFLEXE, « MÉDIATION »

Pour favoriser ce type de médiation, les Boutiques de droit ont cherché à développer une politique volontariste en proposant aux parties en conflit, chaque fois que les circonstances le permettaient, la procédure de médiation. C'est ce que nous avons appelé la « médiation proposée et acceptée ». Dans le cadre de cette saisine particulière, la structure de médiation est saisie par l'une des deux parties, et il revient aux médiateurs de prendre contact avec le mis en cause pour l'inviter à se présenter à une autre permanence où il sera informé de la procédure de médiation et fera savoir s'il est d'accord pour s'engager dans une telle démarche de règlement amiable.

Il n'existe pas encore un « réflexe médiation » chez les usagers dans la gestion de leur litige, ni d'ailleurs une véritable reconnaissance de ce mode de résolution des conflits parmi les « parties » au processus de médiation. Le réflexe le plus courant est celui de l'évitement c'est à dire de ne rien entreprendre pour éviter d'envenimer les choses, ou alors de faire appel à la police ou engager une action judiciaire lorsque les « bornes sont dépassées ». D'un autre côté, un certain nombre d'acteurs, comme les administrations, les professionnels se refusent dans une proportion non négligeable, à reconnaître le processus de médiation engagée par les Boutiques de droit. Par exemple, lorsque les Boutiques de droit tentent une médiation avec un représentant des services des Impôts ou du Trésor, il n'est pas rare que l'inspecteur ou le contrôleur ne réponde pas à la lettre de la Boutique de Droit mais fasse connaître sa réponse à l'utilisateur en lui faisant parvenir une lettre à son domicile. Ce type d'attitude est conforme au modèle de fonctionnement des administrations mais elle représente un obstacle au développement des formes de médiation-communication ou de médiation-interculturelle préconisées par les Boutiques de droit<sup>138</sup>.

Une fois le principe de la médiation acquis, les discussions peuvent avoir lieu, directement au cours de rencontres ou indirectement à travers ce que l'on appelle la « diplomatie de la navette »<sup>139</sup>.

#### LA MÉDIATION DIRECTE : RÉTABLIR LA COMMUNICATION

La médiation directe est particulièrement adaptée pour la résolution de conflits opposant les parties qui sont en relations continues comme les conflits de voisinage familiaux car dans ce type de litige les parties sont appelées à se revoir, et il convient de privilégier une approche négociée de résolution des conflits afin de favoriser la reconstruction de leurs relations futures en partant de leurs besoins et non de normes abstraites. Dans ce type de litige, il s'agit moins de déterminer qui a raison ou tort, mais plutôt de rétablir la communication, de rechercher un nouvel équilibre afin de maintenir la cohésion sociale nécessaire à toute vie en commun.

Les rencontres directes permettent d'établir ou rétablir une communication qui n'existait plus entre les parties. Elles donnent à chaque partie l'opportunité d'exprimer son point de vue, ses sentiments, sa perception du problème. En effet, dans le cadre de conflits de voisinage, le litige repose souvent sur un malentendu, une incompréhension et la rencontre entre les parties permet de rétablir la communication entre elles.

Le rôle de médiateur n'est pas de déterminer les responsabilités mais d'amener les parties à discuter de tous les aspects du conflit, qu'ils soient apparents ou cachés. Dans le cadre de conflits de voisinage, il arrive souvent que les situations soient complexes en raison de l'interprétation de problèmes parfois très anciens.

L'analyse du contenu des accords de médiation fait particulièrement bien ressortir la spécificité de ce mode de résolution des conflits car le processus de négociation entre les parties les aide à surmonter les blocages psychologiques, à trouver des solutions qui peuvent être de nature symbolique comme les excuses, un don destiné à une association humanitaire ou encore l'édiction de règles de comportement ou « l'attribution d'indemnités » qui représentent une part importante des accords conclus.

Les médiations se terminant par l'adoption de « règles de

comportement » sont assez représentatives du projet de médiation sociale développée par les Boutiques de droit car elles permettent d'éviter le renouvellement des conflits. La nature de ces règles peut être multiple, cela peut aller de « l'acceptation de vivre en paix, de l'engagement d'éviter certains lieux, la présentation d'excuses, l'absence de contact entre les parties ».

#### Harmoniser les rapports de voisinage

Pour ce type de médiation, les exemples les plus classiques sont les conflits de voisinage comme celui dans lequel une femme âgée, veuve, était persuadée d'être au centre de « commérages ». En fait, cette personne souffrait d'une maladie de la persécution et son problème était tel que, lors du décès de son mari elle avait fait appel à Police-secours en raison du retard d'intervention des sapeurs-pompiers et à partir de là, elle pensait que ses voisins, deux personnes âgées, faisaient courir le bruit qu'elle avait assassiné son mari. La discussion avec ses voisins au cours de la réunion de médiation a permis de « vider l'abcès - parfois avec difficulté car chacune des parties, tour à tour, prenait des pilules pour calmer son rythme cardiaque. Pour persuader leur voisine quelle se faisait des idées », ils ont dû se résoudre à le consigner par écrit. Cela a donné l'accord de médiation suivant « Messieurs C et V déclarent qu'ils n'ont pas à se plaindre de Madame G., ni en actes, ni en paroles » L 10984.

#### Rétablir les liens familiaux

Dans une autre affaire opposant un père à son fils, en raison de leur appréciation divergente de la vie en famille, qui s'était

soldée par un échange de coups, la médiation en fixant des règles de comportement, a permis d'apaiser le conflit. La lecture de l'accord peut prêter à sourire, si l'on n'a pas à l'esprit la détresse du père, cadre supérieur, qui vivait difficilement cette situation. Il supportait très mal que son fils conteste son autorité et sa conception de l'éducation, au point de retarder le plus tard possible son retour au domicile familial :

« En cas de problème, les parties sont d'accord pour le différer en se référant à Madame F. qui jouerait le rôle de médiateur.

Les parties s'engagent, en cas de problème, à ne pas utiliser la violence physique ou verbale, et à ne pas adopter des attitudes méprisantes ou blessantes.

Les parties sont d'accord pour prendre le repas en commun dans le respect de certaines règles : même horaire de démarrage ; dans la mesure du possible, les parties pourront écourter le repas en fonction des nécessités de la vie de chacun.

Les parties adopteront une tenue jugée non provocante pour l'ensemble des membres de la famille, à l'exception des vacances où le torse nu sera admis.

Les parties veilleront à utiliser d'une manière appropriée le téléphone, la chaîne hi-fi, au regard des membres de la famille et des voisins.

Les parties s'engagent à faire le point le 16 juin à 17 heures !» L 1044

#### LA MÉDIATION INDIRECTE : LA DIPLOMATIE DE LA NAVETTE

Les médiations indirectes, comme leur nom l'indique, n'impliquent pas la rencontre des parties et la résolution du litige peut être obtenue par d'autres moyens allant des rencontres séparées, aux échanges par écrit ou téléphoniques. Le processus de médiation se caractérise surtout par sa flexibilité accordant une plus grande importance au fond, c'est-à-dire la résolution du conflit, qu'au respect d'un formalisme qui peut dans certains cas représenter un obstacle à la recherche d'un accord.

Dans leur pratique les Boutiques de droit ont été amenées à distinguer en fonction d'un certain nombre de caractéristiques, liées au type de relations entre les parties, la nature du conflit, les médiations indirectes « voulues » et les médiations indi-

rectes « imposées ».

Si le processus de médiation concerne directement les parties, la direction de celui-ci appartient aux médiateurs ce qui explique qu'en fonction de la nature des conflits, ou des relations entre les parties, ils soient amenés à privilégier les techniques de médiation indirecte<sup>140</sup>. Le choix intervient le plus souvent lors des entretiens préliminaires, lorsqu'ils ressentent que l'une des parties est réticente à rencontrer l'autre ou que le face à face, en raison de la violence de l'une d'elles, risque plus d'envenimer le conflit que de le résoudre.

« J'irai avec un fusil »

Dans un conflit de voisinage, un locataire qui souffrait du bruit causé par les moteurs des camions, en chargement et déchargement, au rez-de-chaussée de son immeuble, avait déclaré aux médiateurs. « Je vous demande d'intervenir, car si c'est moi qui vais voir le patron, j'irai avec un fusil ». Dans cette affaire, le bureau de la direction de l'entreprise était situé à quelques dizaines de mètres de l'entrepôt et la rencontre aurait été possible, mais l'évocation du fusil a conduit les médiateurs à choisir « la diplomatie de la navette » qui consiste en des allées et venues d'une partie à l'autre, afin de trouver une solution.

L'objectif des médiateurs est de tout mettre en œuvre pour parvenir à la résolution du conflit et la rencontre des parties n'est qu'une des modalités du processus de médiation et ils ne peuvent imposer à l'une des parties de rencontrer l'autre si celle-ci ne le veut pas. La technique des médiations indirectes est parfaitement adaptée en matière d'indemnisation de préjudice matériel ou même corporel dans les cas où la victime ne

désire pas, pour de multiples raisons, rencontrer l'auteur. La médiation n'est pas une thérapie et il arrive que la victime, en raison du traumatisme créé par l'événement, ne soit pas prête à rencontrer le mis en cause.

Les médiateurs sont amenés aussi à proposer la technique de la médiation indirecte dans les cas où ils jugent que l'attitude ou le caractère violent de l'une ou des deux parties risque de faire dégénérer la rencontre de médiation en pugilat.

«Qu'il prenne une concession au cimetière»

Dans une autre affaire, opposant un salarié à son employeur, les médiateurs après avoir entendu le mis en cause, lors de la rencontre préliminaire, déclarer : « Si j'ai cet individu en face de moi, je le fais passer à travers vos barreaux », ont préféré choisir la technique de la médiation indirecte. Le litige portait sur le non-versement d'heures de travail, mais la cause profonde du conflit était ailleurs. Sans entrer dans le détail de l'affaire, on peut simplement indiquer que le conflit était né de la rupture par le patron du garage, du contrat d'apprentissage du fils du salarié qui venait occasionnellement effectuer quelques heures lors de surcroît de charge de travail.

Le garagiste et le père de l'apprenti étaient liés par des liens d'amitié et leur conflit s'est apparenté à un véritable « divorce » avec le même cortège de ressentiments, de violences verbales.

Comme dans le cas d'une procédure de divorce, la médiation a duré près d'une année, sans aucune rencontre directe, tout se passant par des entretiens téléphoniques ou par des échanges de lettre lors de l'élaboration de l'accord de médiation. Dans cette affaire, le rôle des médiateurs au départ, a été surtout de calmer les esprits par la technique de la reformulation. Lors des entretiens téléphoniques, lorsque l'une des parties déclarait « S'il maintient sa position, dites-lui qu'il prenne une concession au cimetière » le médiateur reformulait la réponse en indiquant « M. X n'est pas d'accord avec votre proposition ». Si le rôle des médiateurs n'est pas de gommer les conflits, ils ne doivent pas en être les vecteurs car les parties utilisent parfois le processus de médiation pour régler les comptes entre eux. En rétablissant la communication entre les parties, les médiateurs se doivent aussi d'en gérer les conséquences, ce qui n'est pas toujours une tâche aisée, y compris

dans le cas de médiation indirecte.

Dans l'affaire qui nous intéresse, les médiateurs ont réussi au fil des semaines à maîtriser les ressentiments réciproques des deux parties et les faire évoluer vers la recherche d'un accord. Le contenu de l'accord peut apparaître très classique, mais il faut savoir qu'avant de parvenir à l'accord définitif, il y a eu plusieurs rédactions provisoires, chaque mot ayant fait l'objet d'une négociation serrée :

« [...] Elles ont décidé de régler à l'amiable par la présente transaction, intervenue au terme de longues discussions et au prix de concessions réciproques, les difficultés résultant de ce différend.

En conséquence, il a été convenu ce qui suit :

1. Monsieur P. s'engage à verser à Monsieur H. 1 128 F représentant le solde de la somme due.

2. Les deux parties renoncent à se réclamer mutuellement les réfrigérateurs prêtés par Monsieur H. et les outils prêtés par Monsieur P.

3. Les deux parties renoncent à toute action judiciaire ou non, pouvant porter préjudice à l'une ou à l'autre des parties concernant cette affaire. »

La médiation indirecte « imposée »

Une lecture rapide, laisserait penser que la médiation indirecte « imposée » serait une forme de médiation « imposée » aux parties. En fait, il faut comprendre que le choix de la technique de la médiation indirecte est utilisée dans les cas où les parties ne peuvent se rencontrer pour de simples considérations géographiques, car l'une d'entre elles réside trop loin.

En second lieu, la technique de la médiation indirecte est imposée par les modes de fonctionnement de certains acteurs comme dans les litiges opposant le plus souvent des particuliers à des personnes morales : les régies, les organismes de crédit, les administrations.. Ces institutions fonctionnent le plus souvent selon le modèle des organisations bureaucratiques et ont des modes de communication rigides, basés sur l'écrit, ce qui exclut la possibilité de la rencontre.

La très grande majorité des professionnels adoptent le principe de la médiation indirecte, et préfèrent engager la négociation par l'échange de courrier ou par entretien téléphonique. De

nombreuses médiations ont lieu par téléphone en présence parfois de l'usager, c'est le cas notamment dans des affaires de saisies ou d'expulsion, en cas de non-paiement des loyers, où l'entretien téléphonique peut faciliter la négociation entre l'huissier et le locataire, pour établir le plan de paiement des loyers en retard. En effet, le téléphone permet un échange direct entre les parties par l'intermédiaire du médiateur qui peut jouer le rôle de facilitateur en cas de blocage des négociations. Comme en matière de médiation directe avec les rencontres séparées, le médiateur peut utiliser les techniques de rappel téléphonique pour amener les parties à trouver une solution.

Ce mode de fonctionnement est surtout le fait des grandes institutions, mais il arrive que certaines d'entre elles, notamment celles qui ont des agences, acceptent le principe de la médiation directe. C'est le cas d'un responsable d'agence d'une compagnie d'assurance qui a accepté le principe de la médiation directe dans une affaire l'opposant à un auteur d'accident. Les deux parties ont accepté de se rencontrer pour essayer de trouver une solution au problème de l'indemnisation. Lors de la rencontre, l'usager était accompagné de son employeur, qui était présent non seulement pour soutenir son salarié, mais pour l'aider aussi à négocier et se porter éventuellement caution de l'accord si cela était nécessaire.

L'analyse des accords permet de constater que l'édiction de règles de comportement ne concerne pas seulement les rapports entre personnes physiques, on les retrouve aussi dans les relations entre ces dernières et des professionnels. Dans une affaire opposant un garagiste à un de ses clients, à propos de la vente d'une automobile, le professionnel s'est engagé à reprendre les négociations avec son client :

« [...] Néanmoins, si aujourd'hui, Mme M. désire de nouveau acheter une Renault, nous disposons de quelques modèles qui peuvent l'intéresser et nous sommes tout à fait favorables à discuter avec elle le prix du véhicule de son choix » (D 302 79).

Les accords prévoyant des « modalités d'indemnisation » ou « des plans de paiement » relèvent de médiations plus classiques, et leur mode de déroulement se rapproche beaucoup des techniques de négociation ou de conciliation. Les modalités d'indemnisation négociées au cours de médiations peuvent prendre des formes très diverses. L'exemple le plus classique

est la prise en charge des réparations en cas de mauvais fonctionnement d'un bien d'équipement :

«Nous accusons bonne réception de vos différents courriers du mois de juin 1991. M. L. nous a effectivement adressé un courrier en date du 26 avril 1991, dans lequel il nous informait de son insatisfaction concernant trois appareils achetés dans nos magasins. M. D., notre inspecteur technique a été mandaté chez notre client commun dans le but de solutionner ces trois cas difficiles.

[...] Nous avons proposé à M. L. de prendre en charge la main-d'œuvre c'est-à-dire 3 heures à 190,00 F, soit 570, 00 F» (L 104 73).

L'activité de médiation permet dans de nombreux cas de débloquer des situations, pour des problèmes divers allant du non-paiement de cotisations d'assurance à des remboursements de sommes réglées par erreur par une mutuelle, en passant par l'octroi de réparations en cas de mauvais fonctionnement de biens d'équipement, etc.

Dans ces situations de blocage des discussions, les professionnels commencent à reconnaître le rôle de médiation des Boutiques de droit, car jusqu'ici ils avaient tendance à les confondre avec des organismes de défense. Tel est le cas de cette compagnie d'assurances qui leur écrit :

«Nous acceptons l'étalement de la dette à raison de 200 F par mois. Nous vous remercions de votre rôle de médiateur» (D 30186).

Cette reconnaissance n'est pas dénuée de tout intérêt, car la médiation leur permet d'éviter des frais de poursuites judiciaires. Dans ce type d'affaire, il existe un problème éthique pour les structures de médiation, car il existe un danger potentiel de dérive de voir ces instances se transformer en agence de recouvrement de créances. Il existait un problème similaire en matière de médiation pénale, avant la modification de la législation sur les chèques sans provision, car des Parquets avaient tendance à faire gérer ce type de contentieux par les instances de médiation.

#### LES BOUTIQUES DE DROIT ESPACE DE SOCIALISATION

Les Boutiques de droit en développant leur projet de médiation sociale ne visent pas à répondre à des dysfonctionne-

ments du système judiciaire, mais à proposer un autre modèle de régulation des litiges basé sur la décentralisation, la décon-fessionnalisation, la délégalisation<sup>141</sup>. Cette conception de la médiation repose sur l'hypothèse que la diversité et la complexité de la vie sociale encouragent le développement de modes décentralisés de règlement des litiges permettant ainsi aux citoyens de se réappropriier les modes de gestion des conflits<sup>142</sup>.

Malgré cette politique volontariste des Boutiques de droit, la médiation dans les quartiers n'est pas encore identifiée comme un mode naturel de résolution des conflits, et en cas de conflit le réflexe le plus courant est le recours à la police et à la justice ou bien l'évitement, c'est-à-dire le refus de l'affrontement jusqu'au jour où le différend initial dégénère en conflit violent. Malgré ces difficultés, il n'en demeure pas moins que le développement de la médiation traduit une évolution de nos sociétés vers un plus grand pluralisme des systèmes de régulation sociale.

Au fil des décennies, sous la pression des événements économiques, sociaux, politiques, les systèmes de régulation sociale évoluent, se transforment et nous sommes peut-être en train de vivre une période de profonde mutation de ces derniers. Nous assistons à la remise en cause d'un système de régulation qui ne se limite pas simplement à la crise de l'institution judiciaire, mais touche aussi les structures traditionnelles de règlement des conflits. Pour remédier à cette situation, l'accroissement du nombre de magistrats, de policiers, de travailleurs sociaux n'est pas une mesure de nature à enrayer ce type de crise. Pour y parvenir, il convient de créer de nouveaux lieux de régulation, de nouvelles structures intermédiaires entre l'État et les citoyens. Il ne s'agit pas de mettre en place de nouveaux professionnels de la régulation sociale, mais des lieux de médiation que pourraient s'approprier des groupes sociaux, comme les associations familiales en matière de médiation familiale, comme les habitants dans le cas de la médiation de quartier.

.....

## **La reconnaissance d'une diversité « responsable » comme nouvel enjeu démocratique**

Si la multiplication des pratiques juridiques alternatives reflète l'affirmation des identités et le souci de la société civile de se réappropriier la gestion des problèmes locaux, elle pose la question de la définition des normes « communes ».

Pour l'État, il s'agit désormais de trouver la voie de la reconnaissance d'un pluralisme juridique « non discriminant », intégrant à la fois le respect de droits égaux et respectueux de la diversité des situations et des aspirations.

Mais il s'agit aussi, dans ce contexte pluriel, de construire « un droit commun minimum », assez souple pour intégrer le changement et la diversité, tout en définissant un « cadre légal » fixant des normes applicables à tous.

Norbert Rouland<sup>144</sup>

Fiche rédigée par Juristes Solidarités

Tout en manifestant sa sympathie avec les objectifs que disent poursuivre les justices alternatives, l'auteur s'interroge.

Elles sont porteuses de l'espérance d'un droit plus humain, celui dont cherchent à se doter les sociétés post-industrielles. De même que le consensualisme politique peut engendrer une société duale, ces pratiques peuvent conduire à une justice à deux vitesses. Aux États-Unis, qui disposent en la matière d'une expérience plus longue qu'en France, des voix s'élèvent pour mettre en doute la justification la plus couramment admise de la justice informelle : son caractère démocratique. Le spécialiste de ces questions, R. L. Abel, l'accuse d'augmenter le contrôle étatique, en le dissimulant sous les masques de la non-coercition et de l'absence de formalisme. Et il est vrai qu'elle concerne surtout les groupes dominés, les classes moyennes et supérieures se réservant la haute justice étatique avec ses coûts, ses garanties.

Loin d'être bénigne, la justice informelle utiliserait des moyens plus souples de domination sur les faibles ; elle servirait non pas à restaurer des relations communautaires, mais au contraire à les détruire en raison de son inspiration individualiste. Conçue pour court-circuiter la bureaucratie judiciaire de la justice formelle, elle ne ferait que substituer une nouvelle corporation de professionnels de la justice informelle, le conciliateur, le médiateur bénévole.

Cependant, ajoute N. Rouland, s'il est vrai que les justices alternatives, comme le système vindicatoire ou le droit étatique, comportent des risques de dérapage, on ne peut pas les réduire à une technique douce de domination, à la dernière trouvaille des classes dirigeantes. L'ordre négocié, en effet, est un instrument qu'on peut utiliser de différentes manières, et on ne voit pas pourquoi le système capitaliste ne serait pas tenté de s'en servir occasionnellement, ce qu'ont également fait les

La Fondation Charles Léopold Mayer pour le progrès de l'Homme (FPH) est une fondation de droit suisse, créée en 1982 et présidée par Françoise Astier. Son action et sa réflexion sont centrées sur les liens entre l'accumulation des savoirs et le progrès de l'humanité dans les domaines suivants : environnement et avenir de la planète ; rencontre des cultures ; sciences, techniques et société ; rapports entre État et Société ; agricultures paysannes ; lutte contre l'exclusion sociale ; construction de la paix. Avec des partenaires d'origines très diverses (associations, administrations, entreprises, chercheurs, journalistes...), la FPH anime un débat sur les conditions de production et de mobilisation des connaissances au service de ceux qui y ont le moins accès. Elle suscite des rencontres et des programmes de travail en commun, un système normalisé d'échange d'informations, soutient des travaux de capitalisation d'expérience et publie ou copublie des ouvrages ou des dossiers.

«Éditions-Diffusion Charles Léopold Mayer» est une association constituée selon la loi de 1901, dont l'objectif est d'aider à l'échange et à la diffusion des idées et des expériences de la Fondation et de ses partenaires. Cette association édite des dossiers et des documents de travail, et assure leur vente et leur distribution, sur place et par correspondance, ainsi que celle des ouvrages coédités par la Fondation avec des maisons d'édition commerciales.



La collection des « Dossiers pour un débat »

déjà parus :

DD 1. Pour des agricultures paysannes, Bertrand Delpeuch, 1989 (existe également en portugais).

DD 3. Inventions, innovations, transferts : des chercheurs mènent l'enquête, coordonné par Monique Peyrière, 1989.

DD 5. Coopérants, volontaires et avatars du modèle missionnaire, coordonné par François Greslou, 1991.

DD 6. Les chemins de la paix : dix défis pour passer de la guerre à la paix et à la démocratie en Éthiopie. L'apport de l'expérience d'autres pays, 1991.

DD 7. The paths to peace, même dossier que le précédent, en anglais (existe également en amharique).

DD 12. Le paysan, l'expert et la nature, Pierre de Zutter, 1992.

DD 15. La réhabilitation des quartiers dégradés : leçons de l'expérience internationale, 1992.

DD 16. Les Cambodgiens face à eux-mêmes ? Contributions à la construction de la paix au Cambodge, coordonné par Christian Lechervy et Richard Pétris, 1993.

DD 17. Le capital au risque de la solidarité : une épargne collective pour la création d'entreprises employant des jeunes et des chômeurs de longue durée, coordonné par Michel Borel, Pascal Percq, Bertrand Verfaillie et Régis Verley, 1993.

DD 19. Penser l'avenir de la planète : agir dans la complexité, Pierre Calame, 1993 (existe également en anglais).

DD 20. Stratégies énergétiques pour un développement durable, Benjamin Dessus, 1993 (existe également en anglais).

DD 21. La conversion des industries d'armement, ou comment réaliser la prophétie de l'épée et de la charnue, Richard Pétris, 1993 (existe également en anglais).

DD 22. L'argent, la puissance et l'amour : réflexions sur quelques valeurs occidentales, François Fourquet, 1993 (existe également en anglais).

DD 24. Marchés financiers : une vocation trahie ?, 1993 (existe également en anglais).

DD 25. Des paysans qui ont osé : histoire des mutations de l'agriculture dans une France en modernisation - la révolution silencieuse des années cinquante, 1993.

DD 28. L'agriculture paysanne : des pratiques aux enjeux de société, 1994.

DD 30. Biodiversité, le fruit convoité ; l'accès aux ressources génétiques végétales : un enjeu de développement, 1994.

DD 31. La chance des quartiers, récits et témoignages d'acteurs du changement social en milieu urbain, présentés par Yves Pedrazzini, Pierre Rossel et Michel Bassand, 1994.

DD 33. Financements de proximité : 382 structures locales et nationales pour le financement de la création de petites entreprises en France, coordonné par Erwan Bothorel, 1996 (nouvelle édition revue, corrigée et enrichie).

DD 34-I. Cultures entre elles : dynamique ou dynamite ? Vivre en paix dans un monde de diversité, tome 1, sous la direction de Thierry Verhelst et de Édith Sizoo, 1994.

DD 34-II. Cultures entre elles : dynamique ou dynamite ? Vivre en paix dans un monde de diversité, tome 2, 1994.

DD 35. Des histoires, des savoirs, des hommes : l'expérience est un capital ; réflexion sur la capitalisation d'expérience, Pierre de Zutter, 1994.

DD 38. Citadelles de sucre ; l'utilisation industrielle de la canne à sucre au Brésil et en Inde ; réflexion sur les difficultés des politiques publiques de valorisation de la biomasse, Pierre Audinet, 1994.

DD 39. Le Gatt en pratique ; pour mieux comprendre les enjeux de l'Organisation mondiale du commerce, 1994.

DD 40. Commercer quoi qu'il en coûte ? ; politiques commerciales, politiques environnementales au cœur des négociations internationales, coordonné par Agnès Temple et Rémi Mongrueil, 1994.

DD 42. L'État inachevé ; les racines de la violence : le cas de la Colombie, Fernán Gonzalez et Fabio Zambrano, traduit et adapté par Pierre-Yves Guihéneuf, 1995.

DD 43. Savoirs populaires et développement rural ; quand des communautés d'agriculteurs et des monastères bouddhistes proposent une alternative aux modèles productivistes : l'expérience de Third en Thaïlande, sous la direction de Seri Phongphit, 1995.

DD 44. La conquête de l'eau ; du recueil à l'usage : comment les sociétés s'approprient l'eau et la partagent, synthèse réalisée par Jean-Paul Gandin, 1995.

DD 45. Démocratie, passions et frontières : réinventer l'échelle du politique, Patrick Viveret, 1995, (existe également en anglais).

DD 46. Regarde comment tu me regardes (techniques d'animation sociale en vidéo), Yves Langlois, 1995.

DD 48. Cigales\* : des clubs locaux d'épargnants solidaires pour investir autrement, Pascale Dominique Russo et Régis Verley, 1995.

DD 49. Former pour transformer (méthodologie d'une démarche de développement multidisciplinaire en Équateur), Anne-Marie Masse-Raimbault et Pierre-Yves Guihéneuf, 1996 (existe également en espagnol).

DD 51. De la santé animale au développement de l'homme : leçons de l'expérience de Vétérinaires sans frontières, Jo Dasnière et Michel Bouy, 1996.

DD 52. Cultiver l'Europe : éléments de réflexion sur l'avenir de la politique agricole en Europe, Groupe de Bruges, coordonné par Pierre-Yves Guihéneuf, 1996.

DD 53. Entre le marché et les besoins des hommes ; agriculture et sécurité alimentaire mondiale : quelques éléments sur les débats actuels, Pierre-Yves Guihéneuf et Edgard Pisani, 1996.

DD 54. Quand l'argent relie les hommes : l'expérience de la NEF (Nouvelle économie fraternelle) Sophie Pillods, 1996.

DD 55. Pour entrer dans l'ère de la ville ; texte intégral et illustrations concrètes de la Déclaration de Salvador sur la participation des habitants et l'action publique pour une ville plus humaine, 1996.

DD 56. Multimédia et communication à usage humain ; vers une maîtrise sociale des autoroutes de l'information (matériaux pour un débat), coordonné par Alain Ihis, 1996.

DD 57. Des machines pour les autres ; entre le Nord et le Sud : le mouvement des technologies appropriées, Michèle Odeyé-Finzi, Thierry Bérot-Inard, 1996.

DD 59. Non-violence : éthique et politique (MAN, Mouvement pour une alternative non-violente), 1996.

DD 60. Burundi : la paysannerie dans la tourmente : éléments d'analyse sur les origines du conflit politico-ethnique, Hubert Cochet, 1996.

DD 61. PAC : pour un changement de cap ; compétitivité, environnement, qualité : les enjeux d'une nouvelle politique agricole commune, Franck Sénéchal, 1996.

DD 62. Habitat créatif : éloge des faiseurs de ville ; habitants et architectes d'Amérique latine et d'Europe, textes présentés par Y. Pedrazzini, J.-C. Bolay et M. Bassand, 1996.

DD 63. Algérie : tisser la paix : Huit défis pour demain ; Mémoire de la rencontre « Algérie demain » à Montpellier, 1996.

DD 64. Une banque des initiatives citoyennes au Liban ; l'Association d'entraide professionnelle AEP, François Azuelos, 1996.

DD 66. Financements de proximité : 458 structures locales et nationales pour le financement de la création de petites entreprises en France, coordonné par Erwan Bothorel et Cyril Rollin, 4<sup>e</sup> éd. 2000.

DD 67. Quand l'Afrique posera ses conditions ; négocier la coopération internationale : le cas de la Vallée du fleuve Sénégal, mémoires des journées d'étude de mars 1994 organisées par la Cimade, 1996.

DD 68. A la recherche du citoyen perdu : un combat politique contre la pauvreté et pour la dignité des relations Nord-Sud, Dix ans de campagne de l'association Survie, 1997.

DD 69. Le bonheur est dans le pré... : plaidoyer pour une agriculture solidaire, économe et productive, Jean-Alain Rhessy, 1996.

DD 70. Une pédagogie de l'eau : quand des jeunes des deux rives de la Méditerranée se rencontrent pour apprendre autrement, Marie-Joséphine Grojean, 1997.

DD 71. Amérindiens : des traditions pour demain ; onze actions de peuples autochtones d'Amérique latine pour valoriser leur identité culturelle, sous la direction de Geneviève Hérold, 1996.

DD 72. Le défi alimentaire mondial : des enjeux marchands à la gestion du bien public, Jean-Marie Brun, 1996.

DD 73. L'usufruit de la terre : courants spirituels et culturels face aux défis de la sauvegarde de la planète, coordonné par Jean-Pierre Ribaut et Marie-José Del Rey, 1997.

DD 74. Organisations paysannes et indigènes en Amérique latine : mutations et recompositions vers le troisième millénaire, Ethel del Pozo, 1997.

DD 75. États désengagés, paysans engagés : perspectives et nouveaux rôles des organisations paysannes en Afrique et en Amérique latine, compte rendu de l'atelier international de Mèze (France, 20-25 mars 1995), 1997.

DD 76. Les médias face à la drogue : un débat organisé par l'Observatoire géopolitique des drogues, 1997.

DD 77. L'honneur des pauvres : valeurs et stratégies des populations dominées à l'heure de la mondialisation, Noël Cannat, 1997.

DD 78. Contrat emploi solidaire : les paradoxes d'un dispositif ; expériences et propositions, Comité d'information et de mobilisation pour l'emploi - CIME, 1997.

DD 79. Paroles d'urgence ; de l'intervention-catastrophe à la prévention et au développement : l'expérience d'Action d'urgence internationale, Tom Roberts, 1997.

DD 80. Le temps choisi : un nouvel art de vivre pour partager le travail autrement, François Plassard, 1997.

DD 81. La faim cachée : une réflexion critique sur l'aide alimentaire en France, Christophe Rymarsky, Marie-Cécile Thirion, 1997.

DD 82. Quand les habitants gèrent vraiment leur ville ; le budget participatif : l'expérience de Porto Alegre au Brésil, Tarso Genro, Ubiratan de Souza, 1998.

DD 83. Aliments transgéniques : des craintes révélatrices ; des scientifiques aux consommateurs, un débat citoyen autour de l'initiative populaire suisse pour la protection génétique, Robert Ali Brac de la Perrière, Arnaud Trollé, 1998 (existe également en allemand).

DD 84. Vers une écologie industrielle : comment mettre en pratique le développement durable dans une société hyper-industrielle, Suren Erkman, 1998.

DD 85. La plume partagée ; des ateliers d'écriture pour adultes : expériences vécues, François Fairon, 1998.

DD 86. Désenclaver l'école ; initiatives éducatives pour un monde responsable et solidaire, sous la direction de Christophe Derenne, Anne-Françoise Gailly, Jacques Liesenborghs, 1998.

DD 88. Campagnes en mouvement : un siècle d'organisations paysannes en France, coordonné par Médard Lebot et Denis Pesche, 1998.

DD 89. Préserver les sols, source de vie ; proposition d'une « Convention sur l'utilisation durable des sols », projet Tutzing « Ecologie du temps », 1998.

DD 90. Après les feux de paille ; politiques de sécurité alimentaire dans les pays du Sud et mondialisation, Joseph Rocher, 1998

DD 91. Le piège transgénique ; les mécanismes de décision concernant les organismes génétiquement modifiés sont-ils adaptés et démocratiques ?, Arnaud Trollé, 1998.

DD 92. Des sols et des hommes ; récits authentiques de gestion de la ressource sol, Rabah Lahmar, 1998.

DD 93. Des goûts et des valeurs ; ce qui préoccupe les habitants de la planète, enquête sur l'unité et la diversité culturelle, Georges Levesque, 1999.

DD 94. Les défis de la petite entreprise en Afrique ; pour une politique globale d'appui à l'initiative économique : des professionnels africains proposent, Catherine Chaze et Félicité Traoré, 2000.

DD 95. Pratiques de médiation ; écoles, quartiers, familles, justice : une voie pour gérer les conflits, Non-Violence Actualité, 2000.

DD 96. Pour un commerce équitable ; expériences et propositions pour un renouvellement des pratiques commerciales entre les pays du Nord et ceux du Sud, Ritimo, Solagrall, 1998.

DD 97. L'eau et la vie ; enjeux, perspectives et visions interculturelles, Marie-France Caïs, Marie-José Del Rey et Jean-Pierre Ribaut, 1999.

DD 98. Banquiers du futur ; les nouveaux instruments financiers de l'économie sociale en Europe, Benoît Granger/Inaise, 1998.

DD 99. Insertion et droit à l'identité ; l'expérience d'accompagnement des chômeurs par l'association ALICE, Pascale Dominique Russo, 2000.

DD 100. Une ville par tous ; nouveaux savoirs et nouveaux métiers urbains ; l'expérience de Fortaleza au Brésil, Robert Cabanes, 2000.

DD 101. Chine et Occident : une relation à réinventer ; parcours historique et leçons de quelques rencontres récentes dans le cadre de l'Alliance pour un monde responsable et solidaire, Yu Shuo, avec la collaboration de Sabine Jourdain, Christoph Eberhard et Sylvie Gracia (photographies de Alain Kernévez), 2000.

DD 102. Solidarités nouvelles face au chômage ; tisser des liens pour trouver un emploi : récit d'une expérience citoyenne, Sophie Pillods, 1999.

DD 103. Plantes transgéniques : une menace pour les paysans du Sud, Robert Ali Brac de la Perrière, Franck Seuret et Arnaud Trollé, 1999.

---

---

Vous pouvez vous procurer les ouvrages et les dossiers des Éditions Charles Léopold Mayer, ainsi que les autres publications ou copublications de la  
Fondation Charles Léopold Mayer pour le progrès de l'Homme (FPH)  
auprès de :

Éditions-Diffusion Charles Léopold Mayer  
38 rue Saint-Sabin  
75011 PARIS (France)  
Tél./Fax : 01 4 8 0 6 4 8 8 6

Sur place : mardi, mercredi, vendredi : 9h-13h et 14h-18h, jeudi : 14h-19h

Par correspondance : d'après commande sur catalogue.

Le catalogue propose environ 300 titres sur les thèmes suivants :

avenir de la planète  
lutte contre l'exclusion  
innovations et mutations sociales  
relations État-société  
agricultures paysannes  
rencontre des cultures  
coopération et développement

---

---

Pour obtenir le catalogue des éditions et coéditions Charles Léopold Mayer,  
envoyez vos coordonnées à :

Éditions-Diffusion Charles Léopold Mayer



Veillez me faire parvenir le catalogue des éditions et coéditions

Nom .....	Prénom.....
Société .....	
Adresse .....	
.....	
Code postal .....	Ville .....
Pays .....	

