

Colonial science,  
 contagion and the  
 Imaginarium of Marseille  
*Michael Osborne*



Des murs de séparation  
 dans un monde plat  
*Ota de Leonardis*

## Dossier Le droit et les droits

Introduction

*Alain Supiot*

Contributions

*Upendra Baxi*

*Marie Seong-Hak Kim*

*Bin Li*

*Ernest-Marie Mbonda*

*Jeseong Park*

*Julie Ringelheim*



## ÉDITO

Jacques Commaille | Président du  
Conseil d'administration du RFIEA

## DOSSIER : LE DROIT ET LES DROITS

## INTRODUCTION

Alain Supiot | Directeur de l'IEA de Nantes

3

LEGAL PLURALISM AND  
COLONIAL CUSTOMARY LAW

Marie Seong-Hak Kim | résidente au Collegium de Lyon

4

## L'ÉCART ENTRE LE DROIT ET LES DROITS

Bin Li | résident à l'IEA de Nantes

6

## JUSTICE ETHNOCULTURELLE, JUSTICE TRANSITIONNELLE, DIALOGUE INTERCOMMUNAUTAIRE

Ernest-Marie Mbonda | résident au Collegium de Lyon

8

LA DIGNITÉ DANS L'EXPÉRIENCE  
CONSTITUTIONNELLE INDIENNE

Upendra Baxi | résident à l'IEA de Nantes

10

## LE TRAVAIL EN SOUS-TRAITANCE

Jeseong Park | résident à l'IEA de Nantes

13

## LE SENS DU DROIT CONTEMPORAIN DE L'ÉGALITÉ

Julie Ringelheim | résidente à l'IEA de Paris

14

## RÉSIDENTS 09/11 - 06/12, MISCELLANÉES

15

DES MURS DE SÉPARATION  
DANS UN MONDE PLAT

Ota de Leonardis | résidente à l'IEA de Nantes

16

COLONIAL SCIENCE, CONTAGION AND  
THE IMAGINARIUM OF MARSEILLE

Michael Osborne | résident à l'IMÉRA de Marseille

18

## LINKING ARCHAEOLOGY AND GENETICS

Viktor Cerny | résident à l'IEA de Paris

20

**perspectives** n. 6

Parution : mars 2012

Directeur de la publication : Olivier Bouin

Édition : Julien Ténédos

Crédits photos :

Portraits d'Ernest-Marie Mbonda, Marie Seong-Hak Kim, Michael Osborne et

Jeseong Park © Christophe Delory, 2011-2012

Couverture : *Feather on weighing scales, close-up* © Diamond Sky Images ; *Barrier fence*

*in Nogales, Arizona* © Michael Wells/fstop/Corbis ; *Fruits dans du formol* © Brian

W. Robb

L'équipe du RFIEA tient à remercier chaleureusement pour leur contribution :

Upendra Baxi, Viktor Cerny, Jacques Commaille, Marie Seong-Hak Kim, Bin Li, Ota

de Leonardis, Ernest-Marie Mbonda, Michael Osborne, Jeseong Park, Julie Ringelheim

et Alain Supiot ainsi que Marie-Jeanne Barrier, Marie-Thérèse Cerf, Pascale Hurtado,

Aspasia Nanaki et Mylène Trouvé pour leur collaboration.

Tous droits réservés pour tous pays.

**perspectives** n. 6 — printemps | spring 2012

Le dossier sur le droit constitué pour ce numéro de *Perspectives* est une illustration des potentialités pour la recherche offertes par les IEA. Rien mieux que le droit ne pouvait illustrer la force innovante de ces structures. Le droit est un objet difficile pour la recherche, non seulement parce que le droit était pensé en seule référence au territoire de l'État-nation d'où il était issu, mais aussi parce que son problème est d'être une pratique qui a longtemps prétendu à elle seule dire la vérité sur elle-même. Or une telle autarcisation de la pensée juridique n'est plus possible. Les transformations du statut du droit dans la régulation des sociétés, la relativisation de l'État-nation, les caractéristiques de la globalisation exigeant de regarder au-delà du monde occidental sont autant de facteurs agissant sur la fonction du droit dans les sociétés.

C'est bien ce nouveau contexte qui explique l'extraordinaire effervescence de la recherche sur le juridique au niveau international. Elle ne cesse de relativiser une représentation du droit, promue de façon exclusive, comme relevant d'une logique *top-down*. Cela suppose d'observer les multiples façons dont les acteurs sociaux s'en saisissent, non seulement les opérateurs économiques mais également les citoyens, éventuellement dans le cadre de mobilisations collectives *via* des mouvements sociaux ; les multiples façons dont la justice est investie par des forces sociales ou inscrite dans des logiques politiques de telle sorte qu'il puisse être question, dans le cadre du constat d'une « judiciarisation du politique », d'un modèle triadique de gouvernance se substituant à un modèle dyadique où n'existait que l'Exécutif et le Législatif. Ce changement de vision du droit implique une mobilisation conjointe de différentes sciences sociales susceptible de rompre avec une approche transcendante. Le droit doit être rapporté aux sociétés, à leur culture, aux forces sociales qui les animent et ceci dans leur diversité universelle jusqu'à considérer, comme le fait le courant théorique du *legal consciousness*, qu'à l'idée de relation causale entre droit et société il convient de substituer celle d'une sorte d'indissociabilité entre les deux, celle d'un droit *dans* la société.

Les contributions à ce dossier offrent certaines déclinaisons de cette révolution paradigmatique.

La question de la sécurité alimentaire en Chine illustre l'intérêt croissant porté à de nouvelles formes de mobilisation du droit par des acteurs citoyens et des attentes en la matière de constitution de formes organisées de recours. L'analyse de la jurisprudence concernant le statut du travailleur en Corée du Sud donne sens à ce que peuvent être les stratégies d'usages du judiciaire. Les contributions sur le droit européen, sur la Constitution indienne ou encore sur la justice transitionnelle en Afrique suggèrent, en lieu et place de la représentation d'une unité du droit, des *tensions*, par exemple entre la recherche de droits autour de valeurs morales (la reconnaissance, la dignité, l'identité) et celle autour des inégalités sociales et économiques, entre le *law in books* et le *law in action*, entre le droit et les droits, de l'exigence de prise en compte de formes de justice ancrées dans la tradition et les cultures locales. De même, une comparaison entre l'Occident et l'Asie du Sud-Est suggère un enrichissement des représentations portant sur l'économie des relations entre droit colonial et droit coutumier.

Dans ce contexte de bouleversement de la réalité du droit et des manières de l'observer scientifiquement, le présent dossier illustre deux des principes au fondement des IEA : l'exigence d'une internationalisation de la recherche libérée de l'occidentalo-centrisme et ouvrant des perspectives de comparaison de telle sorte qu'il est alors possible de concevoir le monde comme un « laboratoire » où l'on fait varier les variables ; l'intérêt d'une large pluridisciplinarité permettant de rompre avec des approches « juristes » ignorant les cadres sociaux, culturels, politiques dans lesquels le droit agit ou le droit est agi.

Il est significatif que l'initiative de ce dossier ait été prise au niveau du RFIEA, ce qui montre la force particulière que représente la mise en valeur des politiques scientifiques des IEA et les potentialités de transversalisations que porte l'existence d'un tel réseau en matière de diffusion internationale de la connaissance. Ce numéro de *Perspectives* constitue une illustration des mérites du dispositif IEA-RFIEA et que la récente obtention du label Laboratoire d'excellence et des moyens afférents doit permettre de développer.

# DOSSIER : LE DROIT ET LES DROITS

Alain Supiot | Directeur de l'IEA de Nantes

*Docteur d'État en droit, agrégé des facultés de droit, il est membre de l'Institut Universitaire de France (chaire Dogmatique juridique et lien social). Il a été successivement Professeur à l'université de Poitiers puis de Nantes ainsi que chercheur invité dans diverses institutions étrangères. De 1998 à 2001, il a présidé le Conseil National du développement des sciences humaines et sociales. Ses travaux portent sur le droit du travail et de la sécurité sociale et sur l'analyse des fondements dogmatiques du lien social.*



World map upside down. © Vlad Studios

Jusqu'à une période récente le droit se présentait en Europe comme un pavage de droits nationaux. Chacun d'eux constituait un système clos sur lui-même et possédait, avec ce que l'on appelle assez improprement le droit international privé, son propre outil (national) de communication avec tous les autres. Dans un tel univers, ce sont les droits nationaux qui constituaient la matrice des droits individuels. Dès lors, pour les étudiants et la plupart de leurs professeurs, la formation et la recherche juridique se confondaient avec l'étude du droit de leur pays. Seuls l'enseignement du droit romain, là où il n'avait pas été éradiqué au nom de la modernité, ou celui du droit comparé, généralement relégué dans des matières optionnelles, laissaient entrevoir l'existence d'un ailleurs juridique et de possibles cousinages culturels avec l'étranger. Telle était du moins la situation dans les « grands » pays européens, i.e. ceux qui avaient succombé à un moment de leur histoire au syndrome impérial et à l'illusion d'être un centre – voire le centre du monde, et de n'avoir donc rien à apprendre des autres qui ne relève de la curiosité érudite ou des arts d'agrément. Cela était moins vrai des « petits » pays, car le défaut de puissance – s'il conduisit les esprits moutonniers à se conformer aux idées des « grands » – attise l'intelligence

des esprits libres et les pousse à connaître et à comprendre ce qui prétend les dominer.

Ce tableau a beaucoup changé durant ces trente dernières années. Certes le tropisme national continue de dominer l'étude du Droit, mais il a perdu de sa force pour des raisons à la fois internes et externes à l'Europe. Internes avec l'emprise désormais considérable d'un droit élaboré hors des cadres nationaux (et hors de portée électorale), essentiellement par la Commission et le Conseil européens, la Cour de justice de l'Union et, dans une faible mesure, la Cour européenne des droits de l'Homme. Externes avec la fin des empires européens, l'effacement des frontières du commerce et la montée corrélatrice en puissance de droits individuels détachés de leurs cadres nationaux. Ces droits (subjectifs) qui s'imposent aux Droits (objectifs) sont avant tout ceux qui conditionnent le libre échange, et secondairement certains droits de l'Homme (à l'exclusion des droits économiques, sociaux et culturels, dont la juridicité – quand ce n'est pas la légitimité – est au contraire contestée).

Dès lors les juristes de tous les pays européens se retrouvent dans une situation comparable à celle qui était jadis le lot des « petits » : il leur faut regarder

au-delà de leurs frontières. On ne doit pas sous-estimer les bienfaits de cette situation nouvelle, qui donne une chance d'accéder à une meilleure intelligence du droit et des institutions. L'ouverture à l'étranger des nouvelles générations de juristes français, leur pratique plus grande des langues étrangères, sont par exemple tout à fait remarquables et doivent être vivement encouragées. Les études de droit comparé ne sont plus le *hobby* de quelques savants universitaires, mais une dimension stratégique de la compétence juridique. On aimerait qu'il en soit de même de l'histoire du droit, mais cela supposerait peut-être que cette dernière s'extirpe à son tour du franco-français et que la formation aux langues anciennes trouve sa place dans les facultés de droit.

Ayant perdu de sa superbe, la culture juridique française pourrait ainsi gagner en intelligence et le pays de Montesquieu redevenir un foyer intellectuel vivant et ouvert sur le monde. Encore faut-il ne pas céder à la pente, particulièrement raide dans un pays de tradition jacobine, qui conduit à penser que le lieu du dernier mot ne se trouvant plus à Paris, doit se trouver ailleurs : à Bruxelles ou à Washington. Le risque est alors de confondre l'ouverture au monde avec la soumission à ces nouveaux foyers impériaux que seraient

les institutions européennes ou américaines. Connaître ces dernières est une condition nécessaire, mais non suffisante à l'intelligibilité des changements considérables qui affectent l'ordre juridique et institutionnel à l'échelle du monde. Il faut plus largement ouvrir l'enseignement et la recherche aux savoirs juridiques et à l'expérience institutionnelle du « reste » du monde, qui représente plus de 85 % de sa population. Et le faire dans une perspective qui ne réduise pas le droit à une technique exportable, mais permette au contraire de le saisir dans sa profondeur historique et culturelle.

C'est à cette ouverture que pourraient puissamment contribuer, et que contribuent déjà de manière significative, les instituts d'études avancées. Ils le font à leur place, qui est complémentaire de celle des universités. Ces dernières ont, depuis une trentaine d'années, considérablement accru leurs relations internationales et accueillent chaque année dans leurs facultés de droit un grand nombre de professeurs invités. Très utile, cette politique d'invitation porte cependant en elle certaines limites. Sauf rares exceptions, elle ne permet que de courts séjours (d'un ou deux mois) de professeurs de droit maîtrisant déjà bien le français, tenus aux mêmes obligations pédagogiques que leurs collègues français et qui, dans le

meilleur des cas, n'ont d'occasion d'échanges approfondis qu'avec des collègues travaillant sur les mêmes spécialités. Ce sont toutes ces restrictions que les instituts d'études avancées permettent de lever. Ils peuvent accueillir pour des séjours longs, dans un milieu propice à l'échange avec des collègues de disciplines différentes, des universitaires libérés de leurs obligations d'enseignement, qui ne s'expriment pas nécessairement en français (mais trouvent dans ce séjour une opportunité de l'apprendre), et dont les travaux portent sur des sujets qui ne sont pas nécessairement enseignés dans les facultés de droit (mais qui pourraient gagner à l'être).

Comme le montrent éloquemment les contributions réunies dans ce numéro de *Perspectives*, les instituts d'études avancées permettent ainsi le développement en France de travaux qui éclairent les fronts avancés de la recherche juridique. Ces travaux ne sont pas exclusivement le fait de juristes, mais aussi d'historiens, de philosophes, de sociologues ou d'anthropologues du droit. Et, au-delà des publications auxquelles ils aboutissent, leur conduite en France permet à leurs auteurs de tisser dans notre pays des réseaux durables de collaboration, dont les effets sont de long terme et de longue portée.

# LEGAL PLURALISM AND COLONIAL CUSTOMARY LAW

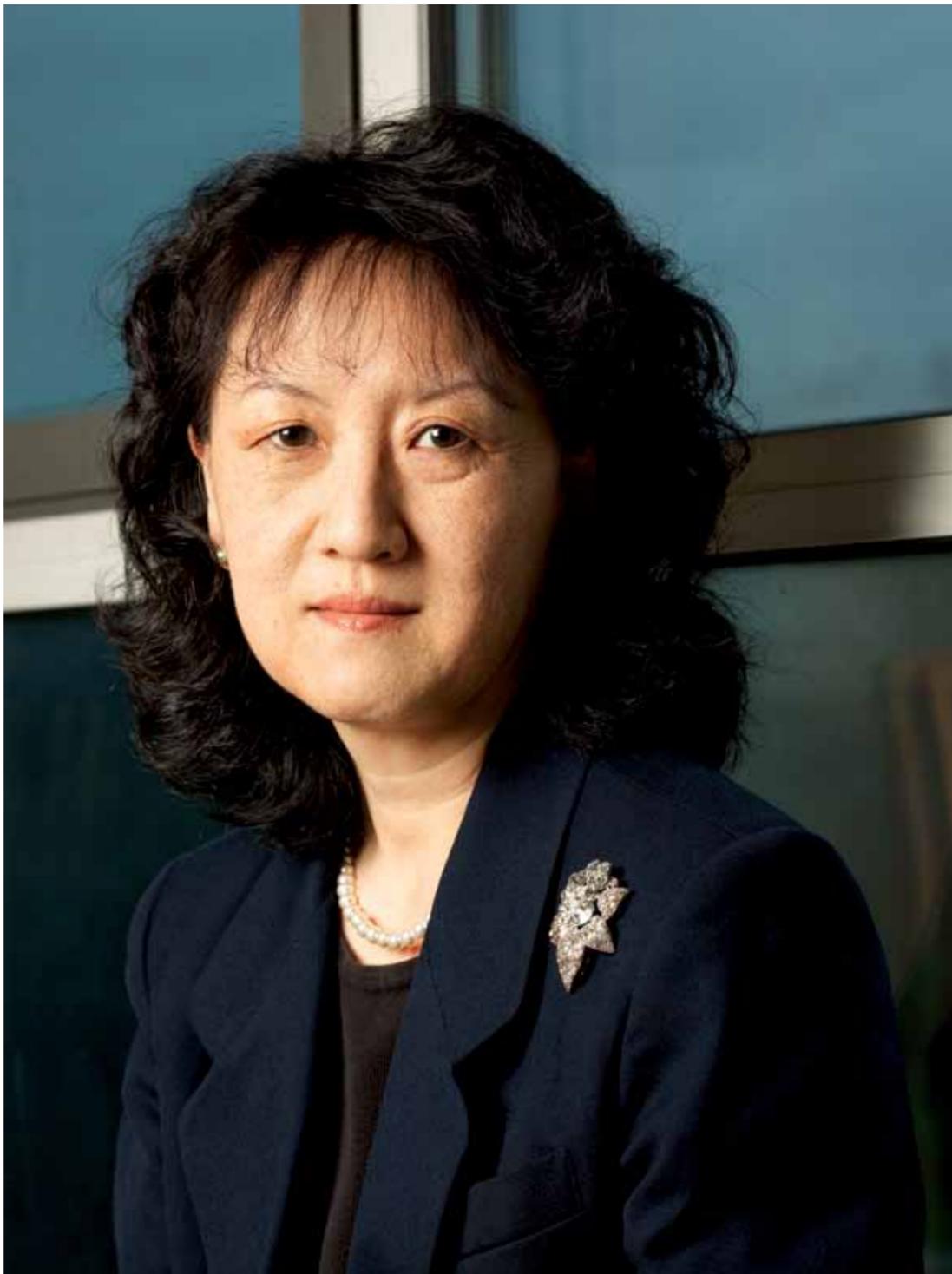
Marie Seong-Hak Kim | résidente au Collegium de Lyon

*Professor of History at St. Cloud State University (USA) and Attorney at Law, her research focuses on legal history of Europe and East Asia. Her most recent book, Law and Custom in Korea: Comparative Legal History, Cambridge University Press, is forthcoming in 2012.*

Legal pluralism is a corollary of colonialism. The colonial legal order in the early modern and modern European states was characterized by the coexistence of different legal systems in a given territory. The administration of law witnessed the unfolding of complex jurisdictional politics, in which the law of the colonizers and the laws and customs of the colonized were juxtaposed in the pluralistic scheme. The dual legal system was the norm in the European colonial setting: there was one set of law and courts for the European and one for the natives. Does this pattern of legal pluralism apply to colonial encounters involving non-European imperial powers?

This article compares European and Japanese colonial law in the late nineteenth and early twentieth centuries, with a particular emphasis on how different imperial powers approached the legal instrument of custom in dealing with indigenous practices as part of colonial administration. The European imperial powers introduced law of European origin as the general law of the colonial territories, while allowing the continuance of indigenous customs and local institutions. The uneven relationship between the two highlights the complex nature of colonial customary law. The school of legal pluralism which has dominated colonial historiography for some time has viewed colonial legal pluralism a “weak” pluralism because it was part of the state-controlled system. The presumed analogy of customary law to indigenous practices in the European colonies has recently been widely questioned. The majority of rural populations in Africa were governed by native chiefs enforcing “customary law.” Colonial officials, aided by lawyers and legal anthropologists, tried to articulate certain rules from the native court practices, which they then labeled “customary law” of the native peoples. But scholars agree that what was enforced in colonial courts was far from a reflection of immemorial traditions in pre-colonial reality.

The Japanese followed the general imperial pattern of recognizing the legal force of indigenous custom to govern private legal relations among the colonial subjects, yet there were significant differences in their customary law policy. Japan did not establish native courts in its



Marie Seong-Hak Kim, 2012 © Christophe Delory

colonies and instead opted for a sweeping imposition of new legal structures in duplication of Japan's civil law system. Customs were implemented by the colonial courts according to Japanese metropolitan legal principles and procedure. The case was most prominent in colonial Korea. Korea became Japan's protectorate in 1905, followed by annexation in 1910. Until the demise of the Japanese colonial empire in 1945, Korea remained Japan's most important overseas territory. Custom in colonial Korea was part of legal centralism, an implement of assimilation. The mechanism of legal pluralism was in place but it functioned only to the extent that it would facilitate the ultimate goal of legal unification and assimilation within the empire.

Comparisons of European and Japanese colonial legal policies

must proceed with caution. French colonial planners, in domination of areas as vast and ethnically diverse as West Africa or Indochina, were incapable of taking a uniform interventionist approach like their Japanese counterparts. The Japanese settler colonialism was obviously quite removed from the European external colonialism. Further, the fact that in East Asia the colonizers and the colonized belonged to the same cultural sphere of the Sinicized civilization entailed the formulation of a policy distinct from European colonialism. Yet examination of Japanese and European customary law policy can serve as an important point of reference in approaching the question how the different colonial policies influenced the trajectories of legal development in postcolonial societies.

## LEGAL PLURALISM IN EUROPEAN COLONIES

The theory of indirect rule was dear to British colonial ideology. In Southern Nigeria, the Native Court Proclamation of 1900 established native courts. In South Africa, the Black Administration Act of 1927 recognized native courts as part of the official court system. Customary courts were part of a larger administrative strategy of indirect rule. As the implementation of custom was largely left in the hands of traditional authorities in native courts, British officials had little control over intra-African legal matters. Indigenous law was subject to the repugnancy clause which provided that native law and custom were to be applied only as far as they did not overstep the boundaries of civilized law, but intervention in native justice was infrequent. British

India was initially dominated by indigenous legal authorities but it gradually shifted to a legal order governed by state law that closely reflected English legal sources and procedures. The use of increasingly uniform legal procedures caused the absorption of the indigenous legal system into British law. Yet, this legal unification attempt usually left most areas of substantive law unaffected.

One of the main justifications for the initial assimilation policy in French colonies in Africa and Indochina was that it weakened anti-colonial forces because it spread superior French civilization. But as the burden of colonial administration increased, that policy lost ground to the colonial ideology of indirect rule. Significant divergence existed in French colonial policies. Algeria saw an almost complete destruction of native political and legal institutions, whereas in Tunisia, a protectorate, native courts were maintained. In French West Africa and Equatorial Africa, the bulk of the population remained under precolonial forms of justice. The ordinance of November 10, 1903, set up two different hierarchies of courts: a hierarchy of French courts applying French law to French citizens, and a hierarchy of native courts applying customary law to native subjects. French policy largely maintained the infeasibility of applying the French civil code to the indigenous. The principle that continued to guide French policy was that native courts would apply local customs unless they were not contrary to the principles of French civilization and public order.

The French attempted legal assimilation in Cochin China. By 1881 French tribunals were organized throughout the province, although the natives were left to be governed by their customs in such matters as marriage, divorce, inheritance, and paternity. But the official destruction of native justice only led to the widespread belief among the natives that the new French-style justice system was far less efficient, convenient, and affordable than the previous dual justice system. In other areas, native law and institutions were preserved. The civil codes produced in Tongking (1931) and Annam (1936-29) continued the application of native law to the local population.

In the Netherlands East Indies, the dual legal system was in existence since the Dutch gained control of the interior of Java. In civil matters, Indonesians followed *adat* law which varied from area to area. The *adat* law system existed alongside the European statutes based on the Napoleonic Dutch civil and commercial codes. What is interesting in the Dutch case is that the government seriously considered imposing a unified law throughout the colony but its proposal met opposition that legal unification would destroy native culture. The draft of a unified code of civil law published in 1923 broke down, after spirited criticism by *adat* law scholars led by Cornelis van Vollenhoven at Leiden University. Following the Japanese invasion in 1942, the military administration swiftly replaced the dual court structure with a single three instance hierarchy, apart from Islamic courts.

In order to make colonial rule work with a limited number of colonial administrators, the European imperial powers were compelled to use local sources and forums. Even when unified procedural rules were imposed on both Europeans and the natives, a clear line was drawn between substantive rules of each group. Application of bifurcated laws, administered by separate courts, characterized the European pattern of legal pluralism. In contrast, Japanese colonial customary law functioned within a clearly defined framework of the unified state law.

#### THE CUSTOMARY LAW SYSTEM IN COLONIAL KOREA

The Chosen Ordinance on Civil Matters, promulgated in March 1912, adopted Japan's principal laws as the general laws in Korea, but declared that certain areas among Koreans, mainly family and succession matters, were to be governed by Korean customary rules. The ethnic Japanese were distinguished from Koreans according to the household registry. Under this system, implementation of custom took place differently from European cases. Japan strongly promoted the homogenization of colonial judicial institutions with those of Japan. The structure, organization, and the procedures of the colonial courts faithfully reproduced those in Japan. There were no native courts. The centralized system of the colonial courts, mostly staffed by Japanese judges, had jurisdiction over both the Japanese and Koreans, and the same judges decided Korean

customary law cases alongside Japanese civil law cases.

When questions arose about customs, colonial officials in Africa turned to native chiefs regarded as repositories of local knowledge and upholders of local authority. These local chiefs recreated custom, often in order to further their own economic or political interests. In Japanese colonies the judges, when in doubt of old customs, sent inquiries to the executive authorities of the colonial government, who dispatched their answers in notices or replies. In most cases, these centrally-issued bureaucratic bulletins were regarded as definitive declarations of custom. *Opinio necessitatis*, a key element for custom to obtain normative force, i.e., conviction among the local population that a certain practice is binding, was satisfied by the resolutions of the government-appointed commissions. The implementation of Korean law and custom by state judges, who naturally abstracted and interpreted native normative

---

Postcolonial discourses have been dominated by the efforts to rediscover “authentic” customary law untainted with the colonial past and to hail it as a symbol of the indigenous cultural and legal identity. Yet the demand in formerly colonized countries for a modern and unified law draws attention to the effectiveness, or the lack thereof, of colonial judicial administration.

---

rules through the Japanese concepts of legal rights, expedited the transformation of the colonial legal order.

#### LAW, CIVILIZATION AND ASSIMILATION

The legal designation of the population constituted the heart of segregation in European colonies. Recent studies of French colonialism has shown that starting in the mid-nineteenth century the concept of nationality came to be dissociated from that of citizenship, and that the extralegal concept of race began to take root as a basic framework, replacing the existing citizen/native dichotomy. Race came to be regarded as the main reason why the assimilation policy was not workable. Explicit racialization through which native subjects were denied access to many prerogatives enjoyed by Europeans has been seen as emblematic of a hollowness of the colonial claim of liberalism. The Japanese discourse of inclusion and exclusion of colonial subjects seemed to reveal more complexity than this pattern.

Japan and Korea had long lived in the same civilization zone before one country became the

colonizer and the other the subjugated. The existence of substantial cultural sharing and contacts meant that there was no significant distance in the level of civilizational development between the two peoples. Further, Koreans and the Japanese were of the same race. As an Asian imperial power in domination of Asian colonies, Japan was unable to divide population groups according to racial lines on the grounds of physiological anthropology.

To be sure, excluding the natives from the civil and political rights of citizenship was characteristic of all colonial regimes and Japan was not an exception. Distinctive to Japanese policy was that political exclusion took place without openly assigning a separate legal identity to the colonized populace. When the Japanese needed ideological rhetoric to justify their colonial rule, they zeroed in on their mission to bring about assimilation. The supposed virtue of assimilation proved versatile. Culture or ethnicity was not as principled

inclusion of the natives was discussed as ideological and aspirational rhetoric. In Japan, the issue had more utilitarian, instrumental, and functional dimensions. Assimilation meant assimilation *en masse*, i.e., assimilation of a people or a nation. In this collective scheme, individual matriculation of the subject people was not an issue. The Japanese *mission civilisatrice* was devoid of the Enlightenment element of the improvability of an individual. The colonized people as a whole had to become like the Japanese people, not just figuratively but in every possible aspect, in culture, spirit, and loyalty. It had to be all or nothing.

What prompted brutal authoritarianism and exclusion of the subject people from liberal reforms in the Japanese colonies was, then, less racial considerations than the anxiety and concern about maintaining the empire, specifically, preserving public peace and order in the colonies populated by a massive number of non-Japanese

ethnic peoples. Discrimination was justified by not so much the low level of civility of colonial subjects as their dismal level of loyalty to the Japanese emperor. This was precisely why Koreans were notoriously excluded from political rights. Koreans were denied the same rights as the Japanese because the Japanese feared that ungrateful Koreans would undermine and eventually destroy colonial domination.

#### CONCLUSION

The legal policy of most colonial governments resonated with an evolutionary ideology, tinged with a high moral tone. In European colonialism the official line that the natives should be allowed to settle their disputes by local custom coexisted along with the ideal of a civilizing mission. How to reconcile the apparent contradictions between the goal of civilizing native society and the policy of indirect rule, purporting to respect traditional institutions, inevitably posed a difficult question. Japan also witnessed the liberal intellectual tradition that warned against the wholesale enforcement of its laws on the colonies, but the Japanese

scholars' appreciation of indigenous custom was not necessarily at odds with the colonial campaign to overhaul the native legal system in the model of the “modern” Japanese system.

Postcolonial discourses have been dominated by the efforts to rediscover “authentic” customary law untainted with the colonial past and to hail it as a symbol of the indigenous cultural and legal identity. Yet the demand in formerly colonized countries for a modern and unified law draws attention to the effectiveness, or the lack thereof, of colonial judicial administration. Shrouded by the concepts of custom and tradition which government anthropologists reified, native justice in European colonies was left alone to exist beside the European justice system and, in consequence, customary law constructed in that process may have become stagnant and fossilized. In contrast, customary law in colonial Korea was an unapologetically integral part of the legal modernization scheme concocted by the Japanese state. The colonial government's controlled grip on customary law seems to have helped palliate a clash between tradition and modernity in Korea. The Japanese improved the judicial system in Korea in a harshly effective way. What Africans demanded during the course of anticolonial movement in the 1950s, such as a unified legal system, integration of customary law and modern law, and a single hierarchy of courts open for all, had already been achieved in Korea during the colonial period. Postcolonial Korea may have been relatively spared of judicial ineffectiveness that hampered the practice of law in many parts of former European colonies.

How each colonial power perceived native customary law and how it operated colonial courts for the indigenous population encapsulate its vision of its colonial enterprise. Just as the courses of European colonialism were propelled by a particular set of historical conditions and dictated by political and administrative expediencies, so was the bumpy path of Japanese colonialism. As shown in this article, the schema of legal pluralism and legal assimilation was far from coherent or clear-cut, and it entailed different institutional structures and ideological commitments. By juxtaposing trajectories of colonial law in Europe and East Asia, one can hope for a more discerning yet encompassing perspective in studying colonialism in world history.

# L'ÉCART ENTRE LE DROIT ET LES DROITS : LA LEÇON DE LA

Bin Li | résident à l'IEA de Nantes

*Docteur en droit de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, diplômé en Master de droit international à l'université de Nankai (Tianjin, Chine) et professeur à l'Institut de Technologie de Harbin, il travaille dans le vaste champ du droit international, notamment sur le droit international des droits de l'homme et le droit international économique. Il a auparavant étudié la protection de la propriété en droit chinois.*



Milk is seen being poured away due to the closure of a milk factory on the outskirts of Wuhan © Reuters/Stringer, Shanghai

Le titre de ce dossier « le droit et les droits » peut paraître délicat pour les juristes chinois. En effet, les significations bien différentes entre droit objectif et droit subjectif – division classique en droit français – sont distinguées en droit chinois d'une autre manière, propre à la langue chinoise : le mot *fa* désigne le droit, la phrase *quan li* correspond aux droits. Ces deux expressions linguistiques très éloignées l'une de l'autre forment toutefois une métaphore du rapport particulier entre le droit et les droits dans le contexte chinois. Il s'agit, précisément, d'une part de l'écart entre les règles de droit bien élaborées, intégrées dans les textes normatifs promulgués, et, d'autre part, de la réalité de la jouissance des droits par les citoyens.

La distance, l'incohérence, voire la tension entre le droit et les droits constituent un phénomène pérenne et, du coup, l'objet privilégié de recherche de la

sociologie juridique. Les expériences du droit chinois manifestent à la fois la complexité et la diversité de l'analogie le droit/les droits.

Pour les juristes, l'objectif ne se limite pas à prendre pleinement conscience de l'écart entre le droit et les droits, mais consiste à en analyser les raisons et à proposer des solutions pour le réduire. L'idée de regarder de près la réalité est pertinente au cas chinois d'autant plus que son retour au droit se traduit par « une véritable frénésie législative ». Légiférer sans suffisamment tenir compte de l'effectivité des droits ne peut que nous amener à nous interroger de nouveau pour savoir si les chinois ont la véritable volonté d'appliquer leur propre droit. Question qu'on eût pu poser au sinologue et juriste français Jean Escarra, il y a presque quatre-vingts ans. Les temps ont bien changé, mais le questionnement demeure, les réponses restant nuancées.

Le professionnalisme des juristes ayant parfois ses limites, les actes des citoyens sont la principale force qui finalement conduit à la véritable jouissance des droits. La revendication des citoyens à leurs droits les plus fondamentaux sont en jeu. Bâtir la conscience des droits deviendrait moins important que donner les indications sur les mesures à prendre pour réaliser ces droits. Ainsi en est-il de la nourriture – le besoin le plus fondamental de l'être humain selon les textes internationaux (par ex., la Déclaration de Rome sur la sécurité alimentaire mondiale), comme le proverbe chinois le dit « la nourriture est le ciel des citoyens » – qui peut nourrir un dynamisme favorable à la réalisation du droit à l'alimentation, concept juridique très riche en connotations.

On retient ici le droit à la sécurité des denrées alimentaires, question d'actualité et préoccupante

de la vie quotidienne dans la société chinoise, pour aborder la réalité et tenter de concevoir les possibles solutions aux problèmes. Car si certains droits, de nature politique ou civile, comme par exemple, le droit de vote et la liberté d'expression, peuvent être « judicieusement » utilisés à l'issue d'un calcul des coûts et gains résultant de la réclamation de ces droits, le droit à la sécurité des denrées alimentaires est naturellement indispensable pour tous ceux qui sont directement ou indirectement concernés. Cependant, pour les citoyens-consommateurs individuels, sauvegarder leurs droits et intérêts légitimes face à la puissance des producteurs/fournisseurs appelle à renforcer leur capacité d'action. À cet égard, le trépied juridique constitué par l'organisation, l'action et la négociation collective, sur lequel doit reposer le Droit du travail, peut être un modèle pour garantir le respect effectif du droit à la sécurité des denrées alimentaires.

L'hypothèse peut être confirmée par des cas concrets.

## LES DOMMAGES-INTÉRÊTS COMME UNE FORME DE SANCTION CIVILE

La loi de 2009 sur la sécurité des denrées alimentaires en Chine prévoit, dans son article 96, alinéa 2, que les consommateurs ont le droit, outre la compensation des préjudices réels, à réclamer une indemnité dont le montant peut s'élever à 10 fois le prix d'achat pour les produits qui ne seraient pas conformes aux critères de sécurité des denrées alimentaires. Au terme de cette disposition législative, la responsabilité civile sur les dommages-intérêts s'impose aux producteurs et aux vendeurs qui mettent sur le marché des produits alimentaires dont la non-conformité aux normes de sécurité leur est bien connue.

L'objectif d'imposer une telle responsabilité civile dite punitive consiste à dissuader, par

# SÉCURITÉ ALIMENTAIRE EN CHINE

effet d'intimidation, la production et la circulation des « produits problématiques » – expression courante pour désigner les produits qui méconnaissent les critères de sécurité. Il s'agit d'une innovation en droit chinois car jamais une compensation punitive de telle envergure n'avait été prévue. Elle risque d'ailleurs d'alourdir les responsabilités disciplinaires et pénales des producteurs et des vendeurs des denrées alimentaires suite à la fameuse affaire du lait empoisonné.

La responsabilité civile d'indemnisation punitive pourrait accroître la conscience des consommateurs et du coup, inciter les actions pour la sauvegarde de leurs droits. Or, l'effectivité des responsabilités ainsi prévues par la nouvelle loi de 2009 dépend de l'efficacité des mécanismes d'application des lois, notamment par les divers organes étatiques en charge de la sécurité alimentaire et les instances juridictionnelles.

Voici un cas typique qui révèle les attentes des consommateurs : Madame Zhao, habitante de la ville de Jinan, capitale de la province de Shandong, a payé 1104 Yuan (environ 130 euros) pour trois barquettes de gâteau de Lune bien avant la Fête chinoise de mi-automne. En rentrant chez elle, elle a « découvert » les problèmes des gâteaux : il n'y avait aucune indication relative à la date de fabrication, ni à la période de conservation ni aux ingrédients, alors que ces informations sont obligatoires en vertu des règles de droit chinoises. Elle s'est portée devant la justice en réclamant des indemnités d'un montant égal à 10 fois le prix de son achat, ainsi que le remboursement des frais de transport encourus pour ce procès litigieux.

Lors d'une interview dans la presse, Madame Zhao s'est exprimée sans équivoque : « la loi permet la compensation de 10 fois le prix d'achat. Son but est d'encourager le peuple à prendre des mesures contre les produits problématiques. La sécurité des produits alimentaires ne pourra être garantie que par la surveillance à laquelle participe chacun d'entre nous ». En effet, il n'est pas rare que la participation publique à la surveillance de la qualité des produits puisse prendre la forme d'une stratégie : des citoyens achètent des produits « problématiques » en pleine connaissance de cause, dans le but unique de faire appliquer la disposition relative aux dommages-intérêts.

Ces pratiques, dites des « faux » achats, sont critiquées comme malhonnêtes et donc, selon certains, elles ne peuvent être légitimées par la loi – même si les producteurs et vendeurs sont certainement les plus malhonnêtes. L'indemnisation punitive ne devrait, dès lors, pas s'appliquer aux cas où l'individu entend s'enrichir en manipulant ses achats, *a fortiori* s'il acquiert une forte quantité de produits afin d'augmenter le prix total d'achat et, par conséquent, le montant des indemnités punitives.

À l'heure actuelle, faute d'une décision de justice ayant l'autorité d'interprétation de la loi en cause, la question reste ouverte quant au fait de savoir si la motivation du « faux » consommateur constitue ou non l'un des éléments de l'abus du droit, excluant l'application de l'article 96, alinéa 2.

En pratique, les contentieux entre consommateurs et producteurs ou vendeurs, dans lesquels la disposition relative aux dommages-intérêts est théoriquement applicable, prennent souvent fin grâce à une transaction entre les parties – résultant de l'efficace médiation à la chinoise. Par cette transaction,

**« La loi permet la compensation de 10 fois le prix d'achat. Son but est d'encourager le peuple à prendre des mesures contre les produits problématiques. La sécurité des produits alimentaires ne pourra être garantie que par la surveillance à laquelle participe chacun d'entre nous. »**

les tribunaux chinois font l'économie de juger sur la vérité, mais également de juger sur le droit. Cela explique pourquoi la médiation est beaucoup appréciée et, même, préférée. Mais les consommateurs bénéficient-ils toujours effectivement de la protection que leur offre les dommages-intérêts punitifs ? L'incertitude est de mise, en raison du rapport de force dans la transaction.

Pour redresser les déséquilibres entre les consommateurs et les producteurs / fournisseurs, comme le cas ci-dessus les a révélés, la coordination de la capacité collective des consommateurs est indispensable. En fait, à défaut d'une organisation collective des consommateurs, les individus sont faibles dans les rapports de force et de droit. L'institution des organisations des consommateurs serait utile non pas pour mettre en œuvre la sanction civile, mais pour répondre à la question de savoir si la mission de garantir la sécurité des denrées alimentaires peut être uniquement confiée à l'État ? Le cas suivant est révélateur de l'importance de l'organisation collective.

## ADAPTER LES NORMES DE SÉCURITÉ POUR CONTOURNER LA RESPONSABILITÉ ?

Suite au scandale du lait empoisonné, les normes de sécurité du produit laitier ont été modifiées. Cela a relancé la polémique<sup>3</sup>, car on soupçonne que les normes ont été intentionnellement abaissées sous la pression des plus gros producteurs du lait en vue de contourner les règles de responsabilité pour la non-conformité. Plus récemment, un reportage a révélé que certains produits alimentaires surgelés ont été contaminés par des *Staphylococcus aureus Rosenbach*. Alors qu'au regard des normes de sécurité actuellement en vigueur ces produits contaminés sont acceptables, ils ne le sont pas selon les anciennes normes<sup>6</sup>. La dégradation des normes de sécurité révélée dans cette affaire fait rebondir l'interrogation sur le bien fondé des normes adoptées par l'administration compétente. Les critiques accusent les entreprises ayant une position dominante sur le marché de participer largement au processus d'élaboration des normes qui s'appliquent à leurs produits, et par conséquent, d'avoir induit manipulé les normes en leur faveur. Il est évident qu'en

alinéa 1<sup>er</sup>). Sans l'approbation préalable du comité, les normes de sécurité ne peuvent pas être légalement adoptées. Pourtant, la loi de 2009 ne prévoit aucune exigence sur l'indépendance et l'impartialité des experts. Ceux-ci pourraient entretenir des relations très proches de l'entreprise ou des entreprises ayant la position dominante sur le marché pertinent, par conséquent, ils risquent de « personnaliser » les normes de sécurité.

La deuxième brèche réside en la très faible voix attribuée aux consommateurs. La loi de 2009 sur la sécurité des denrées alimentaires exige que les opinions des entreprises et des consommateurs soient recueillies dans l'élaboration des normes (article 23, alinéa 2). La procédure de consultation publique qui permet la participation des consommateurs à la normativité n'est toutefois pas clairement établie par la même loi. L'administration et le comité d'évaluation disposent donc d'une remarquable marge de manœuvre dans l'enquête des opinions publiques. Dans l'absence d'organisation collective des consommateurs au sens propre, l'Association chinoise des consommateurs étant

à garder par le loup ? La situation réelle n'est peut-être pas si ridicule. Mais la disposition de la loi de 2009 peut se heurter à une question juridique sérieuse. Il s'agit de savoir si la conformité aux normes de sécurité adoptées par l'entreprise, aux cas où les normes nationale et locale feraient défaut, peut constituer une cause exonératoire de la responsabilité délictuelle pour les préjudices des consommateurs entraînés par le produit alimentaire issu de la même entreprise. La loi de 2009 est très ambiguë en disposant que les normes de l'entreprise « s'appliquent au sein de l'entreprise » (article 25). Si les normes de sécurité ont valeur contraignante, la formulation dudit article vaut-elle une limitation à l'effet juridique *rationae materiae* ? La réponse dépendrait de la politique judiciaire.

En somme, la porosité du système de normalisation traduit concrètement la fragilité du mode actuel de gouvernance en Chine. Elle peut creuser l'écart entre le droit et les droits à l'égard de la sécurité alimentaire. De fait, un rééquilibrage entre acteurs économiques (les entreprises), acteurs civiques (organisations non gouvernementales), et acteurs scientifiques devient plus que nécessaire. Un dialogue entre les pouvoirs (l'État, ses administrations, et les entreprises titulaires du pouvoir économique), le savoir (experts scientifiques) et le vouloir (organisations non gouvernementales<sup>7</sup>) éprouvera son utilité avec l'arrivée de nouveaux risques de sécurité<sup>8</sup>.

## Notes

1. M. Delmas-Marty, P.-E. Will, *La Chine et la Démocratie*, Fayard, 2007, p. 551.
2. N° 1098 de Courrier international, « Quand la Chine s'empoisonnera »
3. Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 140.
4. cf. le reportage d'un journal local chinois, disponible sur le lien suivant [http://dzrb.dzwww.com/yw/201109/t20110927\\_6661387.htm](http://dzrb.dzwww.com/yw/201109/t20110927_6661387.htm)
5. cf. Sun Juanjuan, 'Debate on the national standard of raw milk in China', <http://programmelascaux.wordpress.com/2011/08/12/debate-on-the-national-standard-of-raw-milk-in-china/>
6. cf. le reportage de Bai Tiantian, [http://www.jjckb.cn/2011-11/23/content\\_344654.htm](http://www.jjckb.cn/2011-11/23/content_344654.htm)
7. M. Delmas-Marty, *La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007
8. Par ex., le rappel de certains produits de *Miji milk* où on a décelé des traces de césium, <http://www.japantoday.com/category/national/view/traces-of-radioactive-caesium-found-in-meiji-baby-formula>, <http://english.peopledaily.com.cn/90882/7669291.html>

# JUSTICE ETHNOCULTURELLE, JUSTICE TRANSITIONNELLE ET

Ernest-Marie Mbonda | résident au Collegium de Lyon

Professeur de philosophie à l'université catholique d'Afrique centrale (Yaoundé, Cameroun), ses recherches portent sur la justice sociale et politique, l'éthique des relations internationales et l'action humanitaire. Il a publié *Justice ethnique. Identités ethniques, reconnaissance et représentation politique* (Presses de l'université de Laval, 2009), John Rawls. *Droits de l'homme et justice politique* (Presses de l'université de Laval, 2008), *L'action humanitaire en Afrique. Lieux et enjeux* (Archives contemporaines, 2008), et *La justice globale et le droit d'être migrant* (GGC Éditions, 2005).



Ernest-Marie Mbonda, 2012 © Christophe Delory

Il n'est pas courant d'établir un lien entre justice ethnoculturelle<sup>1</sup> et justice transitionnelle<sup>2</sup>. Deux raisons expliquent cet état de fait. Premièrement, la problématique de la justice ethnoculturelle a été construite au départ dans le cadre des sociétés libérales (en Amérique du Nord et en Europe), et non dans des sociétés confrontées à des violations massives des droits de l'homme comme en Amérique latine, en Europe de l'Est<sup>3</sup> et en Afrique, pour lesquelles, précisément, la justice transitionnelle a été pensée. Deuxièmement, la justice transitionnelle émerge dans les contextes où, après une période plus ou moins longue de dictature et de violations massives des droits de l'homme, il est question de (re)construire des sociétés politiques régies par les principes de l'État de droit. La justice transitionnelle a donc partie liée, au départ, avec les droits de la première génération<sup>4</sup>, la réconciliation concernant d'abord le rétablissement d'une certaine confiance entre les citoyens et les institutions politiques, et non la justice

ethnoculturelle ou le dialogue intercommunautaire. Dans les faits pourtant, les questions identitaires ont souvent joué un rôle déterminant dans un bon nombre de situations de violations massives des droits de l'homme. C'est le cas en Afrique du Sud, en Argentine, au Guatemala, au Pérou, au Chili, au Rwanda et au Burundi, pour ne citer que quelques exemples. Dans les sociétés multiethniques (ou multiraciales), les violations des droits de l'homme prennent souvent la forme de marginalisation, de massacres voire de génocides, visant spécifiquement certains groupes, très souvent minoritaires. À partir de pareille situation, il devient difficile de séparer la justice transitionnelle de la justice ethnoculturelle ou de penser la justice transitionnelle en faisant abstraction des identités ethnoculturelles. Au-delà des formes différentes que peuvent prendre les réparations dans une justice transitionnelle, ce qui est le plus en jeu, pour le cas des sociétés multiethniques, c'est la possibilité qui est donnée aux citoyens de dialoguer,

dans le cadre d'une politique de reconnaissance des identités ethnoculturelles de tous les groupes, en particulier de ceux qui ont été jusque là marginalisés. C'est ce lien entre la justice ethnoculturelle et la justice transitionnelle dans un processus de réconciliation que je souhaite établir en m'appuyant sur le cas du Burundi.

## JUSTICE TRANSITIONNELLE ET RECONNAISSANCE DES IDENTITÉS ETHNOCULTURELLES

L'histoire du Burundi a été marquée depuis l'indépendance en 1962 par une succession de crises politiques qui se sont manifestées chaque fois par des massacres interethniques de nature génocidaire, parallèlement à la situation similaire au Rwanda voisin. C'est la crise de 1993 qui conduira, par son ampleur (environ 50 000 morts), à une forte implication de la communauté régionale, et en particulier des « pays Arusha » comme le Rwanda, l'Ouganda, la Tanzanie, le Kenya et la RDC. Le travail de médiation commencé en 1995 par le président tanzanien, Julius Nyerere, au nom de ce groupe de pays sera repris et poursuivi par Nelson Mandela en 1999 à la mort de Nyerere. C'est cette médiation qui aboutira à l'adoption en août 2000 de ce que l'on peut considérer comme le véritable point de départ de la justice transitionnelle au Burundi : *l'Accord Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi*.

L'un des points les plus importants de cet Accord concerne une nouvelle conception de la justice sociale et politique, qui cesse d'être celle des plus forts (le groupe des minorités Tutsis qui ont monopolisé le pouvoir pendant une quarantaine d'années) pour devenir une justice assurant un certain équilibre entre les différentes composantes ethniques de la nation. Le Protocole I de l'Accord débute par un chapitre sur la « nature et les causes historiques du conflit » en rappelant la cohésion qui avait prévalu jusque là, puis les divisions et les tensions interethniques qui sont nées avec la colonisation et qui ont été renforcées après la colonisation. Le Protocole II va encore plus loin dans cette démarche de reconnaissance des identités ethniques en rappelant l'exigence de respect de la diversité ethnique du Burundi : « Le Burundi est une nation indépendante souveraine, unie mais respectant sa diversité ethnique

et religieuse. Il reconnaît les Bahutu, les Batutsi et les Batwa qui constituent la nation burundaise » (Protocole II, art. 2 § 1). C'est le point de départ de toute politique de justice ethnoculturelle : la reconnaissance de la diversité ethnique, avec comme signe tangible de cette reconnaissance la possibilité de désigner ces identités spécifiques : « Bahutu », « Batutsi », « Batwa ». Le deuxième moment de la justice ethnoculturelle consiste à tenir compte de cette diversité dans l'organisation de la vie politique, en l'occurrence ici dans la représentation au niveau des principales instances de la vie politique (le pouvoir exécutif, pouvoir législatif, pouvoir judiciaire, pouvoir militaire, etc.). Cette prise en compte se matérialise par la présence de chacun des principaux groupes ethniques au niveau de la vice-présidence de la république<sup>5</sup>, et par la fixation des quotas ethniques pour la composition des membres incarnant les plus hautes institutions (en général 60 % pour les Hutus qui représentent 85 % de la population, et 40 % pour les Tutsis qui représentent 15 % de la population, et trois places réservées pour les Twa au niveau du sénat).

## LE DILEMME JUSTICE / RÉCONCILIATION

On remarquera que les mécanismes institutionnels de justice transitionnelle n'ont pas été jusqu'ici mis en place au Burundi, à cause en particulier de la dimension judiciaire qui est associée au processus de réconciliation. L'Accord d'Arusha prescrit la mise en place d'une « Commission nationale pour la vérité et la réconciliation » (Protocole I, article 8), ayant des compétences quasi judiciaires, puisqu'il lui est demandé d'accomplir les missions suivantes :

a) *Enquêter. La Commission fait la lumière et établit la vérité sur les actes de violence graves commis au cours des conflits cycliques qui ont endeuillé le Burundi de l'indépendance (le 1<sup>er</sup> juillet 1962) à la date de la signature de l'Accord de paix d'Arusha, qualifie les crimes et établit les responsabilités ainsi que l'identité des coupables et des victimes. Mais cette Commission n'est pas compétente pour qualifier les actes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.*

*la restitution aux ayants droit des biens dont ils avaient été dépossédés ou arrête des indemnités conséquentes, ou propose toute mesure politique, sociale ou autre visant à favoriser la réconciliation qu'elle juge appropriée.*

Or la dimension judiciaire est en réalité celle qui soulève le plus de difficultés dans tous les cas de justice transitionnelle. Les responsables des crimes préfèrent toujours bénéficier de « pardon », d'« amnistie », plutôt que d'être considérés comme « coupables » et *a fortiori* d'être sanctionnés. On comprend pourquoi au Burundi, on assistera à une longue bataille pour qu'une distinction claire soit faite entre une commission ayant des compétences judiciaires (institution d'un Tribunal spécial) et une commission devant se charger seulement de la vérité et de la réconciliation (institution d'une Commission Vérité et Réconciliation) et pour que la CVR détienne une compétence exclusive pour soumettre des cas n'ayant pas abouti à une réconciliation devant le Tribunal spécial. Dans sa longue négociation avec l'ONU pour la mise en place d'une commission vérité et réconciliation, le gouvernement burundais a publié un Mémoire en février 2006 indiquant que la Commission Vérité et Réconciliation ne devrait pas avoir pour vocation la recherche de la justice, celle-ci ne devant intervenir que si la réconciliation s'est avérée impossible. Le mémorandum ajoutait que tous les crimes commis étaient susceptibles d'être pardonnés, en indiquant « qu'aucun acte, aucun fait établi par la commission n'est d'avance exclu du processus de réconciliation » (point 68) à partir du moment où le coupable dit la vérité et demande pardon.

Il y aurait en effet, dans la classe politique burundaise actuelle, de nombreuses personnalités, civiles et militaires, du pouvoir ou de l'opposition, qui pourraient être « victimes » du processus de justice transitionnelle dans sa dimension judiciaire. Aussi ont-ils tous intérêt à privilégier le pardon, l'amnistie, voire l'amnésie plutôt que la justice<sup>6</sup>.

On se retrouve là au cœur du dilemme fondamental de la justice transitionnelle : sanctionner/punir/condamner ou oublier/pardoner ? Au-delà des enjeux politiques d'un tel dilemme, il y a un enjeu éthique : si la finalité substantielle de

# DIALOGUE INTERCOMMUNAUTAIRE : LE CAS DU BURUNDI

la justice transitionnelle est la réconciliation, peut-on réaliser la réconciliation en opposant le camp des « méchants » coupables qui doivent être punis à celui des pauvres « victimes » pour lesquelles il faut apporter des réparations ? Peut-on obtenir la paix en brandissant l'arme de la punition ?

## AU-DELÀ DE LA JUSTICE : CONCILIER ET RÉCONCILIER

Si, comme on l'a vu plus haut, le volet judiciaire de cette justice a contribué à éveiller des craintes et à retarder le processus de réconciliation, il existe un plus large consensus sur la nécessité d'instituer des mécanismes de réconciliation, et même d'accorder à la réconciliation et à la paix une importance primordiale.

C'est ce que montrent les consultations qui ont été effectuées auprès des populations elles-mêmes. La consultation préalable, décidée en novembre 2007 sous la forme d'un accord-cadre entre le gouvernement burundais et l'ONU, s'est déroulée de juillet à décembre 2009 à l'intérieur du Burundi et en mars 2010 pour les Burundais vivant à l'extérieur de leur pays<sup>7</sup>. Ce sont au total 3887 personnes, issues de toutes les catégories sociales, de toutes les composantes ethniques et de toutes les régions du pays qui ont répondu à des questions relatives au *modus operandi* de la réconciliation<sup>8</sup>. Les résultats de cette enquête ont été publiés en avril 2010 dans un rapport de 187 pages intitulé « Rapport des consultations nationales sur la mise en place des mécanismes de justice de transition au Burundi ».

Pour la plupart des personnes consultées, les mécanismes de justice transitionnelle devraient privilégier, par ordre d'importance, la vérité (91,47 %), le pardon (87,50 %), la justice (83,39 %), la réparation (79,90 %), l'amnistie sauf pour les auteurs des crimes les plus graves comme les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, ou les crimes de génocide (65,47 %).

On remarquera que, sur ce point concernant les mécanismes de réconciliation, c'est la vérité et le pardon qui occupent les premières places, tandis que la justice, la réparation et l'amnistie occupent une place secondaire, bien que non négligeable. Cette primauté du pardon confirme les résultats d'une enquête menée en 2007 par Cyrus Samii du Département des sciences politiques de l'université de Columbia à New York sur les mêmes populations<sup>9</sup>. D'après cette

enquête, en combinant toutes les variables telles que l'âge, le genre, l'appartenance ethnique, l'appartenance religieuse, la région, le statut de victime ou de non victime, le niveau d'éducation, c'est la majorité des Burundais qui classent le pardon et l'oubli en premier lieu par rapport à la punition. Pour la question « comment devrait-on traiter les combattants qui violent les droits humains », on obtient près de 34 % d'avis favorables à l'option 1 : « Pardonner sans condition », 61 % pour l'option 2 : « pardonner seulement à ceux qui le demandent » et 5 % pour l'option 3 : « punir tous les coupables ». Et pour la question « Pour l'intérêt de la paix et la réconciliation, chercher la vérité ou oublier le passé ? », ce sont 69 % qui choisissent l'option 1 « Oublier le passé » et environ 30 % l'option « Chercher la vérité ». Certes quelques écarts peuvent être observés par rapport à ces moyennes générales selon que l'on considère telle

**Si la finalité substantielle de la justice transitionnelle est la réconciliation, peut-on réaliser la réconciliation en opposant le camp des « méchants » coupables qui doivent être punis à celui des pauvres « victimes » pour lesquelles il faut apporter des réparations ? Peut-on obtenir la paix en brandissant l'arme de la punition ?**

ou telle variable en particulier, mais aucun écart ne remet en cause la donnée générale de la primauté du pardon (avec ou sans condition) et de l'oubli. La variable de la victimisation et de l'appartenance ethnique, qui aurait pu conduire *a priori* à la demande de sanction ne donne pas des résultats s'écartant des moyennes : victimes et non victimes des violences, Hutus ou Tutsis, s'accordent pour donner leur priorité au pardon et à l'oubli. Ce qui justifie l'importance que pourrait avoir dans ce processus le recours aux mécanismes traditionnels de justice et de réconciliation.

## LE RECOURS AUX MÉCANISMES TRADITIONNELS DE JUSTICE ET DE MÉDIATION COMME SOLUTION ?

La plupart des pays africains engagés dans le processus de justice transitionnelle ont eu recours à des mécanismes traditionnels de justice. Le cas le plus médiatisé et le plus connu est celui des juridictions *Gacaca* au Rwanda. On a beaucoup moins parlé, pour des raisons liées à l'ampleur relativement moindre des situations de crise, du rite *Mato Oput* en Ouganda, du *Kpaa Mende* en Sierra Leone, et du *Bashingantabe* au Burundi.

Le *Bashingantabe* est une institution très ancienne qui remonterait au XVIII<sup>e</sup> siècle, mais qui a

conservé toute son importance sociale aux yeux des Burundais, même si elle a été mise en veilleuse pendant la période coloniale. Le terme signifie littéralement celui qui plante la baguette du droit. Sont considérés comme *Bashingantabe* les personnes qui incarnent ces valeurs de justice et d'équité, et qui sont capables, en cas de litiges, de jouer le rôle de médiateur pour apaiser les tensions et réconcilier les parties. Bien que l'institution ait été occultée par les institutions modernes, elle a pu continuer à jouer son rôle de médiation et de conciliation. Pendant les périodes les plus tragiques de l'histoire du Burundi, comme en 1993, Les *Bashingantabe* ont contribué, dans certaines localités tout au moins, à atténuer les violences interethniques en protégeant des personnes vulnérables et même en jouant le rôle de médiation pour délivrer certaines personnes détenues par des assaillants. Ce rôle de médiation s'est manifesté encore

pays). Elle s'est également dotée d'une Charte, la Charte des *Bashingantabe* adoptée en 2002. Elle compte aujourd'hui plus de 100 000 personnes choisies par chaque communauté de base en fonction de leurs qualités morales (sagesse, honneur, dignité, amour de la vérité, sens de la justice et de l'équité, etc.) et humaines (modération, discrétion, courage, dévouement, etc.). L'autorité de l'institution est consacrée aujourd'hui par la Constitution de mars 2005 (article 68), ainsi que par la loi communale qui stipule que « Sous la supervision du chef de colline ou de quartier, le conseil de colline ou de quartier a pour mission [...] d'assurer, sur la colline ou au sein du quartier, avec les *Bashingantabe* de l'entité, l'arbitrage, la médiation, la conciliation ainsi que le règlement des conflits de voisinage » (loi n° 1-016 du 20 avril 2005). L'institution des *Bashingantabe* possède donc *a priori* aujourd'hui une assise culturelle, morale, sociale et même juri-

individus (la sanction a sa place dans un processus de justice transitionnelle) sans forcément réconcilier les communautés divisées.

## Notes

1. Nous définissons la justice ethnoculturelle, à partir des travaux de Will Kymlicka, comme étant l'ensemble des mécanismes institutionnels qui permettent d'assurer la reconnaissance et la représentation des identités ethnoculturelles dans l'espace public à l'intérieur d'un État, en accordant des droits spécifiques (droits linguistiques, droits territoriaux, droits de représentation) à certains groupes ou à certaines minorités.
2. La justice transitionnelle désigne ici les mécanismes judiciaires et extrajudiciaires par lesquels une société ayant connu la violence, la dictature, les massacres intercommunautaires ou interethniques évolue vers un État de droit pacifique et respectueux des droits de l'homme.
3. Voir Will Kymlicka & Magda Opalski éd., *Can Liberal Pluralism be Exported?*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
4. Voir Paige Arthur, « Introducing Identities in Transition », in Paige Arthur (ed.), *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
5. « Dans l'exercice de ses fonctions, le Président de la République est secondé par deux Vice-Présidents... Les Vice-Présidents appartiennent à des groupes ethniques et des partis politiques différents » (Protocole II, art. 7, § 4).
6. Stef Vandeginste, « Le processus de justice transitionnelle au Burundi. L'épreuve de son contexte politique », *Droit et société*, n° 73, 2009, p. 606.
7. En particulier en Afrique de l'Est (Dar Es Salam) et en Europe (Bruxelles).
8. Questions relatives à la période que devait couvrir le travail de mémoire et de réconciliation (de 1962, date de l'indépendance, à 2008, fin de la belligérance ou une période différente, plus longue ou plus courte ?), le mandat et les critères de choix des membres de la commission, sur la nature des auditions (publiques ou à huis clos ?), les formes de réparations (individuelles ou collectives ? symboliques ou matérielles ?), la réforme des institutions, et la réconciliation elle-même.
9. Cyrus Samii, « Qui veut pardonner et oublier ? Appréciation des Civils sur la Justice transitionnelle et la Vérité au Burundi », mars 2005 [en ligne], consulté le 15/11/2011.
10. Assumpta Naniwe-Kaburahe, « L'institution des *Bashingantabe* au Burundi », in *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences*, IDEA, 2009, pp. 164, 170-171.
11. Voir le volumineux rapport de Human Rights Watch, *Justice compromise. L'héritage des tribunaux communautaires Gacaca du Rwanda*, mai 2011, 168 p.

plus au moment où, le calme étant revenu, les *Bashingantabe* ont fait des efforts pour rapprocher et réconcilier les communautés et même pour organiser quelques séances de demande publique de pardon<sup>10</sup>.

L'Accord d'Arusha, après avoir rappelé sa fonction de cohésion entre les différents groupes ethniques (Protocole I, art. 1, § 2), cite cette institution parmi les « principes et mesures d'ordre culturel » pour sortir de la crise (Protocole I, art. 7, § 27) et aussi parmi les institutions judiciaires qui devraient être mobilisées : « Le Conseil des *Ubushantabe* siège à l'échelon de la colline. Il rend la justice dans un esprit de conciliation » (Protocole II, art. 9, § 8).

Cette importance des *Bashingantabe* a été reconnue par des institutions internationales, comme en particulier le Programme des Nations Unies pour le développement qui, dans le cadre de son Projet d'appui à la promotion de la bonne gouvernance, a soutenu, de 1999 à 2002, un travail d'identification des *Bashingantabe* à travers l'ensemble du pays et de structuration de l'institution. Grâce à cet appui, l'institution a pu s'organiser sous forme de Conseil de colline (au niveau de chaque commune) et de Conseil national (au niveau de l'ensemble du

digue suffisamment forte pour pouvoir jouer un rôle significatif dans le processus de justice transitionnelle, notamment en ce qui concerne le dialogue et la réconciliation intercommunautaire.

Mais l'efficacité de cette contribution dépendra de la manière dont son travail pourrait être organisé. L'expérience des *Gacaca* au Rwanda a montré leur utilité politique, mais aussi leurs limites du point de vue de l'objectif de réconciliation<sup>11</sup>. L'une d'elles provient du fait que ces juridictions ont été associées au processus judiciaire en cours confronté à l'impossibilité de juger plus de 130 000 détenus (il aurait fallu plus d'un siècle !) et n'ont donc pas été intégrées au départ en tant que mécanismes de réconciliation. Par ailleurs, la nature des crimes à examiner ne faisait pas partie des types de litiges auxquelles ces juridictions étaient habituellement confrontées : litiges fonciers, problèmes conjugaux, disputes d'héritages, destruction des biens, etc. Ces questions donnaient lieu à une sorte de « palabre » qui débouchait sur la demande de pardon, les réparations si nécessaires et la réconciliation. Les *Bashingantabe* en tant que mécanisme traditionnel ne peuvent produire la réconciliation que s'ils ne se constituent pas comme des auxiliaires des juridictions modernes, qui sanctionnent des

# LA DIGNITÉ DANS L'EXPÉRIENCE CONSTITUTIONNELLE

Upendra Baxi | résident à l'IEA de Nantes

*Upendra Baxi, professeur à l'université de Warwick, diplômé de l'université de Bombay, Inde et de la Berkeley Law School, a été Vice-Président des universités du Gujarat du Sud et de Delhi. Il a publié une vingtaine d'ouvrages et plus de 200 articles, a enseigné le constitutionnalisme comparatif, la théorie sociale des droits de l'homme ainsi que les liens entre droit, science et technologie à la New York University – Law School Global Law Program. Parmi ses publications les*

## REMARQUES PRÉLIMINAIRES

L'idée de « dignité » demeure aujourd'hui assiéagée par toute une communauté de détracteurs qui questionnent sa cohérence conceptuelle et normative, ainsi que sa viabilité institutionnelle. Ce groupe grandissant de critiques de la dignité (les *digcrits*, comme je les nomme) fustigent de différentes manières cette idée même comme étant un concept « inutile »<sup>1</sup> voire une notion stupide<sup>2</sup>. Plus encore, ils portent une double accusation de « redondance » (pourquoi ajouter une notion si imprécise, lorsque des interprétations plus solides des principes politiques fondamentaux de « liberté » et d'« égalité » demeurent largement à portée de main) et de caractère « réactionnaire », caractère particulièrement présent dans le discours de la bioéthique des *theocon* (conservatistes religieux), comme les nomme Steven Pinker, discours de nature à entraver la recherche technoscientifique en la régulant de façon déraisonnable ou en la prohibant de manière irresponsable. C'est dans ce contexte que doivent être salués les efforts herculéens de Roger Brownsword pour bâtir la dignité tout à la fois comme une contrainte et une mise en capacité de choisir, ce qui signifie une triple exigence : « à savoir : (i) le respect de la capacité de chacun, en tant que facteur de détermination de son libre choix ; (ii) le respect des choix ainsi faits ; et (iii) le respect du besoin de bénéficier d'un contexte et de conditions dans chacun puisse opérer un choix libre et informé<sup>3</sup> ».

Les rédacteurs de la Constitution indienne ont, de façon perspicace, anticipé la notion de dignité comme mise en capacité de choisir. Comprendre les choix qu'ils ont effectués n'est pas chose aisée. Appréhender la manière par laquelle la dignité en tant que mise en capacité de choisir, a été mise en œuvre depuis 60 ans dans la Constitution indienne est une entreprise encore plus hasardeuse. Ceci pour une multitude de raisons. Premièrement, les 60 années de combat de l'Inde pour sa liberté sont restées fondées sur l'idée que la prédation et l'assujettissement colonial ont constitué une épique saga d'humiliation – un long déni de la dignité. En tant que premier authentique mouvement de lutte du xx<sup>e</sup> siècle contre l'humiliation instituée par la colonisation, le combat indien pour la liberté – et la Constitution indienne qui en a résulté – offrent une réponse

convenable et appropriée au sermon *digcrits* contemporain et anhistorique. En second lieu, le mouvement de libération a suscité de nouveaux *télos* de dignité pour les personnes sujettes à l'exclusion sociale violente engendrée par le discours du Dharma hindou. Ce discours déniait la capacité morale et la personnalité juridique aux humiliés millénaires de l'Inde : les Intouchables, les peuples aborigènes et, de manière liée mais distincte, les masses de femmes indiennes. En troisième lieu, la Constitution indienne pose sa propre idée de la dignité, au moment précis où celle-ci est affirmée par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Il y a là un fait global et social élémentaire souvent méconnu. En quatrième lieu, les conceptions de la dignité de la Constitution indienne, loin d'être mimétiques de ses incarnations euro-américaines, proposent à certains égards des points de départ pour l'ensemble des pays du Sud. Même s'il peut être excessif d'affirmer que la dignité en soi et pour soi fournit le leitmotiv de la lutte indienne pour la liberté, il est tout à fait clair qu'elle a au moins inspiré plusieurs conceptions de la dignité, telles qu'exposées de façon contrastée par ses deux fondateurs : Mohandas Gandhi et Bhim Rao Ambedkar<sup>4</sup>.

## LA PLACE DE LA DIGNITÉ DANS LA CONSTITUTION INDIENNE

La dignité est la dernière des quatre valeurs énoncées par le Préambule de la Constitution indienne, après « la Justice, sociale, économique et politique », « la liberté de penser, d'expression, d'opinion et de culte » ; « l'égalité des statuts et des opportunités... » et « la fraternité qui assure la dignité de l'individu... ». Plus loin, la dignité apparaît comme un sous-ensemble de la vertu ou de la valeur de « fraternité ». La Constitution indienne, avec sa centaine d'amendements, n'éclaire pas davantage cette combinaison fraternité/dignité, à deux exceptions près. Le 42<sup>e</sup> amendement, adopté pendant l'état d'urgence, a amendé de façon mystique la déclaration de la fraternité dans le Préambule, en ajoutant qu'elle doit assurer l'« unité et l'intégrité de la Nation », ce qui suggère que les pratiques de fraternité ou de dignité pourraient y porter atteinte !

Une attention plus soutenue à la combinaison fraternité/dignité peut être trouvée dans l'insertion,

par le même amendement, de la Partie IV-A intitulée « les devoirs fondamentaux » des citoyens. La clause (e) parle du devoir de « promouvoir l'harmonie et la fraternité commune » au-delà « des diversités de religions, de langues, de régions, ou de groupes particuliers » et en particulier de « renoncer aux pratiques désobligeantes pour les femmes » ; la clause (f) traite du devoir de valoriser et de préserver le riche héritage de notre culture diversifiée » ; la clause (g) rappelle les devoirs de préservation environnementale et de

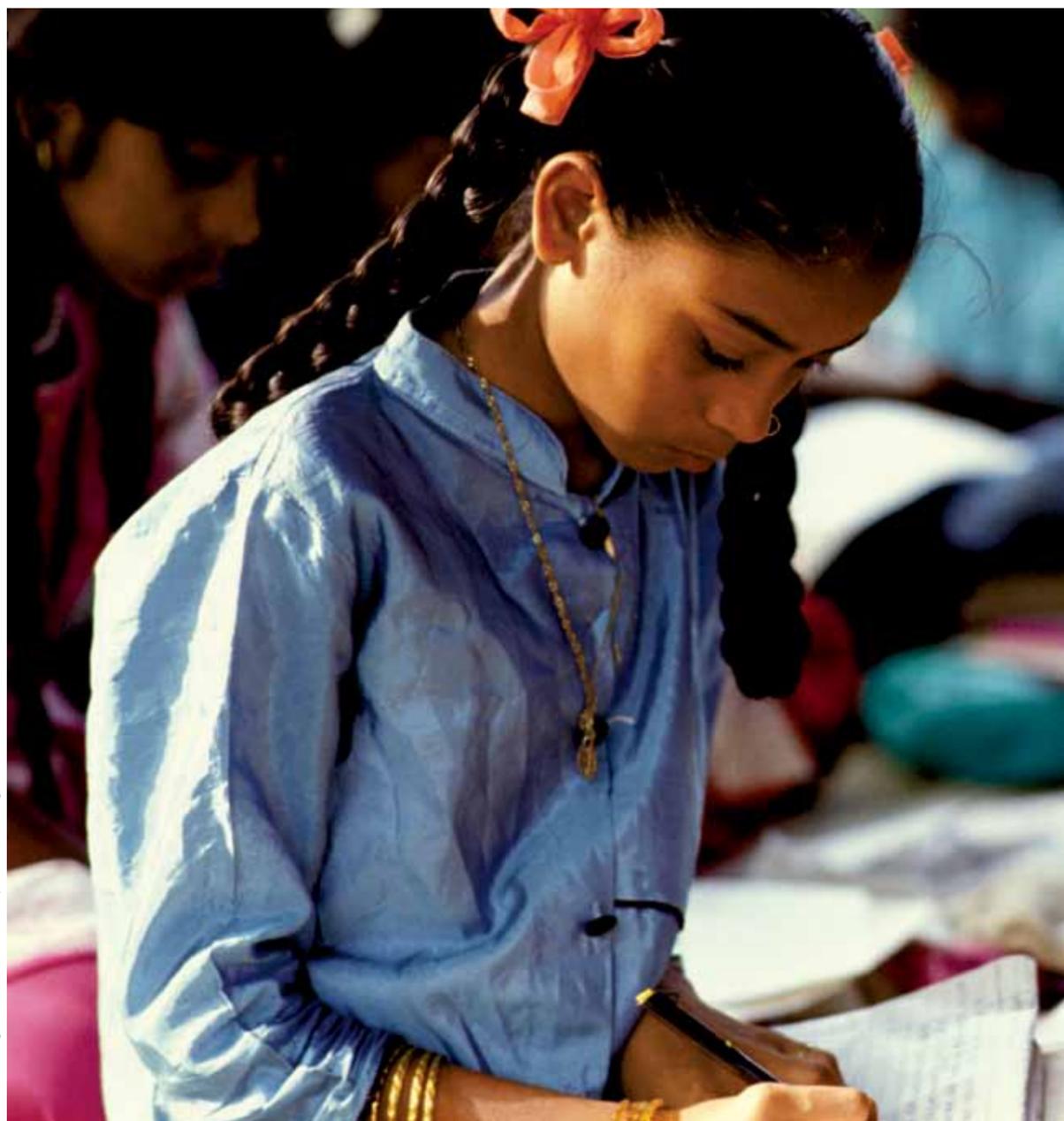
les avancées de l'activisme législatif. J'aborde dans ce qui suit, mais seulement par des voies détournées, la question de savoir s'il est possible que les valeurs de fraternité soient plus adaptées au champ lexical des obligations, tandis que les valeurs de dignité seraient plus appropriées pour parler des droits.

Même si c'est le cas, il apparaît à première vue que la combinaison fraternité/dignité constitue simplement un appendice aux trois valeurs précédentes, de Justice, de Liberté et d'Égalité. De

après l'état d'urgence des années 1975/76<sup>8</sup>, que la jurisprudence constitutionnelle s'est orientée vers un développement plus complet des valeurs de fraternité et de dignité.

## DIGNITÉ ET DROITS FONDAMENTAUX

Pourtant, à bien des égards, la rédaction de la Partie III de la Constitution indienne (droits fondamentaux) développe un sens de la fraternité comme dignité. Le droit à l'égalité est également un droit contre la discrimination fondée sur les



compassion à l'égard de « toutes les créatures vivantes ». Cette extraordinaire élaboration des valeurs de fraternité n'est pas restée complètement incantatoire car les devoirs de la Partie IV-A imposent des obligations constitutionnelles à tous les citoyens, y compris aux législateurs et aux juges. La Cour suprême indienne a ainsi pu légiférer contre le harcèlement sexuel au travail<sup>5</sup> et sa jurisprudence environnementale s'appuie en grande partie sur les devoirs de la Partie IV-A, qui concentrent de plus en plus,

et dans l'abstrait, on pourrait penser que l'ordre lexical dans lequel sont énoncées ces trois valeurs cristallise déjà le cœur des intérêts de la dignité. Des traités connus relatifs à cette chose étrange qui est appelée le droit constitutionnel éliminent presque du tableau l'importance de la combinaison fraternité/dignité<sup>6</sup> et à peu près la même chose peut être dite de la poignée d'autobiographies judiciaires<sup>7</sup>. Et c'est seulement avec les débuts d'un activisme judiciaire radical dans les années 1980, soit

castes, qui s'étend, au-delà de l'État, aux acteurs de la société civile, aux réseaux et aux institutions. L'article 15 interdit les discriminations qui établissent des statuts d'indignité, en particulier celles fondées sur les castes. L'article 16(2) interdit aussi la discrimination de caste qui limite ou interdit l'accès aux « magasins, aux restaurants publics, aux hôtels et aux lieux de divertissement public » et encore l'accès « aux puits, aux berges (*ghâts*) des lieux de baignade, aux routes et aux lieux de

## INDIENNE

plus récentes, on peut citer *The Future of Human Rights (3<sup>e</sup> édition, 2008)* et *Human Rights in a Posthuman World: Critical Essays (Oxford University Press)*. Il a été conférencier à l'Académie de droit international de la Haye sur le thème *Mass Disasters, Multinational Enterprise Liability and Private International Law* et à l'université de Calcutta sur le thème *Approaches to Global Justice*.

villégiature entretenus en tout ou en partie par les fonds publics ou dédiés à l'utilisation du public en général ». La combinaison constitutionnelle indienne fraternité/dignité est en guerre contre l'indignité de l'apartheid fondé sur les castes, via diverses et multiples autorisations constitutionnelles de programmes de discriminations positives permettant l'accès aux droits à l'alphabetisation, à l'éducation, aux services publics et même à la représentation parlementaire<sup>9</sup>. Par ailleurs, la liberté de conscience et de religion

« interdite » et que « la mise en œuvre de toute incapacité sur le fondement de l'intouchabilité constituera une infraction punie par la loi ». Plus loin, l'article 35 oblige en même temps qu'il autorise le Parlement à établir de telles infractions. Autant que je sache, aucune disposition constitutionnelle n'a jamais été aussi loin en établissant un code de droit pénal constitutionnel dans le processus de proclamation des droits humains fondamentaux. La loi sur les infractions relatives à l'intouchabilité, remplacée ensuite par la loi sur

Une autorité constitutionnelle, appelée l'Inspection des CR/TR (castes répertoriées et tribus répertoriées), est pleinement compétente pour combattre les transgressions constitutionnelles patentées aussi bien que latentes. Bien que la dichotomie acquise entre le droit des livres et le droit en action persiste parfois de façon violente<sup>10</sup>, la globalité de l'appareil normatif et institutionnel pour la dignité présente un ensemble remarquable. De plus, il est vrai que les nouvelles identités et solidarités sociales, les mouvements et les luttes, ori-

le contentieux relatif aux lois mettant en œuvre l'article 17, lorsque la Cour Suprême indienne a pleinement justifié ces dernières dans le cadre des droits à la dignité des communautés historiquement vulnérables; et aussi dans l'articulation juridique précoce du droit au respect de la vie privée, en tant qu'aspect des droits à la vie et à la liberté<sup>11</sup>. De plus, en 1973, la théorie de Kesavananda Bharthi sur la structure fondamentale de la Constitution indienne, désignait la dignité comme l'une de ces caractéristiques essentielles ne peuvent être amendées.

Dans l'espace qui m'est imparti, je peux seulement souligner l'extraordinaire résurgence de l'idée de dignité comme faisant intégralement partie des droits à la vie et à la liberté de l'article 21. Même si je l'évoque brièvement, trois mises en garde s'imposent. Premièrement, la Cour Suprême indienne s'oppose notamment à la critique de la peine de mort fondée sur la dignité, et elle maintient la constitutionnalité de cette pratique, même si elle la limite « au plus exceptionnel des cas exceptionnels ». Deuxièmement, la Cour Suprême indienne ne considère pas la loi relative à l'interruption médicale de grossesse comme violant la dignité des formes de vie foetale, bien qu'elle apporte son soutien à des lois et à des politiques contre les foeticides de filles, mais pas nécessairement par des discours fondés sur la dignité. Par ailleurs, il convient de remarquer la référence judiciaire à l'arrêt *Roe c./Wade* dans le développement du droit à la vie privée comme composante du droit à la dignité à propos de l'orientation et du comportement homosexuel et même de l'assistance médicalisée à la fin de vie<sup>12</sup>. Troisièmement, la dignité n'est pas encore apparue sur le seuil, ou même dans les coulisses, des décisions constitutionnelles indiennes relatives aux questions bioéthiques.

Ceci étant dit, une extraordinaire réécriture judiciaire de l'article 21 par l'arrêt *Maneka Gandhi*<sup>13</sup> ouvre les perspectives d'un véritable discours sur les droits à la dignité. Les auteurs de la Constitution indienne rejetaient en particulier l'idéologie des « garanties dues par le droit » (*due process of law*) et envisageaient plutôt le fait que l'État ne puisse pas retirer la vie d'une personne sans procédure établie par la loi; *Maneka* substitue à cette phrase « les garanties dues

par le droit<sup>14</sup> ». On se limitera ici à une esquisse générale des tendances de la jurisprudence.

L'interprétation jurisprudentielle de l'article 21 se concentre désormais sur la signification constitutionnelle de la vie. Un changement de paradigme apparaît avec l'insistance du Juge Bhagwati dans l'arrêt *Mullin* selon lequel « le droit à la vie inclut celui de vivre avec une dignité humaine et tout ce qui en découle, à savoir le minimum vital tel qu'une alimentation suffisante, des vêtements, un abri, et des commodités afin de lire, écrire et s'exprimer sous diverses formes, se déplacer librement, rencontrer et se mêler à d'autres êtres humains. Chaque action qui enfreint ou porte atteinte à la dignité humaine constituera en soi une privation de ce droit à la vie et devra se plier à une procédure raisonnable et juste, établie par une loi qui respecte les autres droits fondamentaux<sup>15</sup> ».

Ce raisonnement « générateur de droits » nous ouvre toutes les formes d'action étatique, et conduit à un contrôle judiciaire approfondi. En ce sens il marque aussi un changement de paradigme vers un rôle et une fonction presque « souverains » du contrôle de constitutionnalité. Se produisant en premier lieu dans le contexte de pratiques institutionnelles de détention punitive aussi bien que préventive, ce raisonnement permet de surveiller et parfois d'invalider, de restreindre ou de désapprouver vigoureusement de nombreuses dispositions normatives et pratiques institutionnelles, comme celles de la mise à l'isolement, du déni des droits fondamentaux de la personne incarcérée ou en détention préventive, de la mise de menottes ou de fers, de la torture, des châtiments cruels, dégradants ou inhumains (pour prolonger l'expression du Juge Krishna Iyer) en tant que « traitements barbares contraires à notre but de dignité humaine et de justice sociale<sup>16</sup> ».

Assez tôt, cette combinaison a donné jour à une jurisprudence créatrice de droits. Les droits contre l'exploitation (articles 23 et 24) prennent soudainement le visage de droits à la dignité : les pratiques telles que le travail non rémunéré, mais aussi le travail en dessous du salaire légal minimum et le travail des enfants sont juridiquement qualifiés de travail non-libre, assimilé à de l'esclavage, et qui viole les canons d'une vie digne. C'est aussi



(article 25) est constitutionnellement limitée par les droits fondamentaux de l'homme, communs à tous les citoyens et qui proclament la dignité, en particulier en « ouvrant les institutions religieuses hindoues à caractère public à tous les types d'Hindous », ensuite affinés pour inclure « les personnes de confession Sikh, Jäiniste ou de religion bouddhiste ». Le sommet de la combinaison fraternité/dignité est bien sûr l'article 17 qui insiste sur le fait que l'« Intouchabilité » est « abolie », sa pratique

les droits civils, déclare illégaux et punit de différentes façons les pratiques sociales et culturelles d'humiliation rituellement approuvées ou socialement tolérées. De plus, une loi remarquable nommée « loi pour la prévention des atrocités » fait de ces pratiques d'exclusion et de violence contre les ex-intouchables et également contre les peuples autochtones (nommés respectivement « castes répertoriées » et « tribus répertoriées »), des infractions même sans faute et même collectives.

entent aujourd'hui de nouveaux sens et de nouvelles priorités pour la combinaison fraternité/dignité.

### LA DIGNITÉ : ÉMERGENCES PARTICULIÈRES

Les intérêts et les considérations sur la dignité ont rarement figuré dans la jurisprudence relative à la Partie III sur les droits fondamentaux à l'égalité pendant presque deux décennies et demi de constitutionnalisme indien. Hormis bien sûr dans



le cas de nombreuses formes de domination institutionnelle en milieu fermé, comme dans les hôpitaux psychiatriques et les maisons de correction pour les jeunes et les femmes. Dans ces conditions, les droits à la dignité prennent une nouvelle forme de juridicisation complexe qui frappe d'inconstitutionnalité les situations d'exploitation en milieu carcéral. De plus, même dans les institutions relativement moins fermées comme les écoles, le châtement corporel demeure illégal en ce qu'il viole le principe d'une vie digne. Les intérêts liés à la dignité trouvent à s'appliquer de manière extensive dans la prolifération des décisions judiciaires concernant les personnes affectées par le VIH/Sida ; cette mise en œuvre judiciaire des droits à la dignité est en réalité impressionnante, et s'étend aussi bien aux acteurs étatiques et non-étatiques qu'aux institutions.

La portée de la « vie digne » s'étend encore par la promotion des droits sociaux-économiques jadis non exécutoires devant les tribunaux, tous regroupés désormais dans la Partie IV de la Constitution indienne sous la rubrique « les principes directeurs des politiques publiques ». La jurisprudence normative fleurit de façon luxuriante sous les auspices innovants des droits à la dignité. Sont ainsi par exemple affirmés et célébrés sous la canopée des droits de l'article 21, les droits à la santé, au logement, à l'abri, à l'alphabétisation et à l'éducation, et ils contiennent constamment une rhétorique de dignité, laissant ouverte la question de savoir si dans le raisonnement judiciaire actuel, la rhétorique et le résultat de ces décisions fait effectivement avancer les autres considérations de première importance que sont l'égalité et les droits à la liberté.

#### L'INTERPRÉTATION EXTENSIVE DE LA DIGNITÉ : LA « DIGNITÉ-PLUS »

Les pratiques de l'interprétation constitutionnelle activiste ne concernent cependant pas la combinaison fraternité/dignité en tant que vertus indépendantes et solitaires. Avec l'arrêt Naz de la Cour de Delhi<sup>17</sup>, affirmant la validité des unions et mariages de même sexe, nous allons vers une compréhension plus complète de la logique, de la paralogique et des termes de la « dignité-plus ». Précédemment, comme il a déjà été remarqué, ce « plus » de la dignité était la « fraternité ». Avec l'arrêt Naz, ce « plus » est la dignité comme intimité de la vie privée<sup>18</sup>. Elle conduit à des notions de dignité relatives à l'identité comme différence

comme constituant le cœur des droits pleinement humains de la personne au sens de la « dignité-plus », ce qui place les intérêts et les droits relatifs à la dignité bien au-dessus des contingences liées aux morales sociales dominantes et aux « vertus » du paternalisme étatique.

Ce qui demeure le plus remarquable dans l'arrêt Naz, ce sont les considérations de « morale constitutionnelle » mises au premier plan. Les Juges de l'arrêt Naz insistent à juste titre sur le fait que la morale constitutionnelle dérive des valeurs constitutionnelles fondamentales et peut fournir « une raison valable de restreindre les droits fondamentaux de l'article 21 ». Par conséquent, « [s]'il existe une quelconque forme de "morale" qui peut passer le test de l'intérêt impérieux de l'État, ce doit être une morale "constitutionnelle" et non pas une morale publique<sup>19</sup> ». Tout ceci signifie qu'à aucun

**L'aspect exceptionnel de la dignité réside dans le fait qu'elle se dresse au-dessus du réquisitoire selon lequel les droits de l'homme seraient un instrument de domination. Dans l'expérience indienne, la discussion constitutionnelle à propos de la « dignité-plus » suggère inéluctablement que prendre les droits de l'homme au sérieux demeure impossible sans prendre la souffrance humaine/sociale au sérieux.**

moment, « l'indignation morale, même véhémente », ne peut fournir de « fondement valable » pour se dispenser des droits fondamentaux individuels de dignité et de respect de la vie privée. Selon notre vision des choses, la morale constitutionnelle doit vaincre l'argument de la morale publique, même si cette dernière est la vue de la majorité<sup>20</sup>. La morale constitutionnelle conçoit la « dignité » comme une affirmation de la « valeur et du mérite de tous les individus en tant que membres de notre société » ; « ... à la racine de la dignité se trouvent l'autonomie de la volonté individuelle et la liberté de choix et d'action des personnes. » Et, de plus, la « dignité humaine repose sur la reconnaissance de l'intégrité physique et spirituelle de l'être humain, son humanité, et sur sa valeur en tant que personne, sans considération de l'utilité qu'il peut apporter aux autres<sup>21</sup> ».

Cette affirmation complexe marque au moins trois avancées normatives : (i) une notion non-utilitaire de la personnalité ; (ii) une conception autonome de la dignité comme droit au respect de la vie privée et (iii) l'élaboration d'une théorie de la morale constitutionnelle comme standard permettant de rendre active la protection judiciaire de la « dignité-plus ». J'ai suggéré ailleurs<sup>22</sup> que ce qui

distingue l'arrêt Naz est la pertinence de cette dernière considération, désormais contestée de façon vigoureuse devant la Cour Suprême indienne par différents requérants qui soutiennent qu'elle porte atteinte au cœur des croyances et des pratiques religieuses. Cependant, la morale constitutionnelle développée dans l'arrêt Naz n'aboutit pas à un tel résultat ; ce raisonnement en termes de « dignité-plus » n'impose pas des relations et des pratiques de même sexe aux hommes de foi ; il leur donne plutôt la possibilité de pratiquer un pluralisme interprétatif à l'intérieur même de leur religion. Autrement dit, raisonner en termes de « dignité-plus » suggère que si l'État et ses lois ne peuvent pas aller jusqu'à criminaliser les comportements contraires à l'essence de la morale constitutionnelle, les gardiens de la foi et des traditions ne le peuvent pas non plus, même si c'est simplement

un idéal de maîtrise de soi et du contexte, ou au moins l'aptitude à poser des limites à la façon dont on se voit imposer un poids social et, plus largement, des conditions de vie<sup>23</sup> ».

Toutefois, Mani s'interroge sur la question de savoir s'il n'est pas temps, désormais, de restaurer « l'autonomie de la dignité par rapport à la souffrance » et de s'efforcer de « libérer l'empathie de son amalgame presque exclusif avec la compréhension de la souffrance et d'ouvrir les portes d'une notion plus subtile d'écoute », qui pourrait permettre aux « témoins et victimes désignées activistes » de « se rencontrer et de se constituer à nouveau hors des cadres contraignants qui structurent ce face à face<sup>24</sup> ». S'il en est ainsi, comment pourrions-nous repenser plus avant l'idée juridique de dignité, au-delà de « la contrainte » et de « la mise en capacité de choisir de l'individu » ?

of Judicial Activism: Explorations in the Geography of (In) Justice", in S.K. Verma et Kusum (eds.), *Fifty Years of the Supreme Court of India: Its Grasp and Reach*, p. 156-209, Oxford University Press and Indian Law Institute, Delhi, 2001 ; "The Justice of Human Rights in Indian Constitutionalism", in Akash Singh and Silika Mohapatra (eds.), *Indian Political Thought: A Reader*, Routledge, London & New York, Chapter 17 (2010). Voir de plus Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford. Oxford University Press, 2008 ; S.P. Sathe, *Judicial Activism in India*, Delhi, Oxford University Press, 2001 ; Shylashri Sankar, *Scaling Justice: India's Supreme Court, Anti-Terror Law and Social Rights*, Delhi, Oxford University Press, 2009 ; et les contributions variées du Professeur P. N. Singh sous la rubrique "Public Interest Litigation" dans l'*Annual Survey of Indian Law*.

9. Voir Marc Galanter, *Competing Equalities: Law and the Backward Classes in India*, Delhi, Oxford University Press, 1984 ; Upendra Baxi, "Legislative Reservations for Social Justice" in R.B. Goldman and J. Williams (ed) *From Independence to Statehood: Managing Ethnic Conflict in Five African and Indian States*, 210-224, London, Pinter, 1984.

10. Voir Anupama Rao, *The Caste Question Dalits and the Politics of Modern India*, Berkeley, University of California Press, 2009 ; Pratiksha Baxi, "Rape as Atrocity: Notes on the Judicial Interpretation of the SC and ST (Prevention of Atrocities) Act, 1989" (Article présenté au Kate Hamburger Kollege, Institute of Law as Culture, à Bonn, le 28 juin 2011.)

11. *Gobind v. State of MP*. AIR 1975 SC 1378

12. Voir *Aruna Ramchandra Shanbaug v. Union of India*, AIR 2011SC1290,

13. *Maneka Gandhi v Union of India*, AIR 1978 SC597

14. Voir Abhinav Chandrachud, *Due Process of Law*, Lucknow, The Eastern Book Company, 2011.

15. *Francis Coralie Mullin v. Administrator, Union Territory of Delhi and Ors*, (1981) 1 SCC 608, para 8.

16. *Sunil Batra (11) V Delhi Administration*, 1980 AIR 1779

17. *Naz Foundation Vs. Government of New Capital Territory of Delhi and Others*, *Delhi Law Times*, Vol. 160, 2009 277.

18. Vikram Raghavan, "Navigating the Noteworthy and the Nebulous in *Naz Foundation*", 2:3 *NUJS Law Review* 97 (2009.)

19. Naz, Para 79.

20. Id, Para 86

21. Id, Para 26

22. Upendra Baxi, 'Dignity In and With Naz,' in Arvind Narrain et Alok Gupta, *Law like Love: Queer Perspectives on Law 231--252* (Delhi, Yoda Press, 2011.)

23. Lata Mani, "Human Dignity and Suffering: Some Considerations", *Economic & Political Weekly*, xlv:36 at 24 (September 3, 2011.)

24. Id. at 25.

en niant les pratiques pieuses de résistance interprétative. Les prévisions savantes de ce que les juges devraient faire depuis leur Haute Estrade demeurent faillibles ; même ainsi, il serait incroyablement indigne de la Cour Suprême indienne qu'elle revienne sur cette spécificité de la jurisprudence Naz.

#### REMARQUE DE CONCLUSION

L'aspect exceptionnel de la dignité réside dans le fait qu'elle se dresse au-dessus du réquisitoire selon lequel les droits de l'homme seraient un instrument de domination. Dans l'expérience indienne, la discussion constitutionnelle à propos de la « dignité-plus » suggère inéluctablement que prendre les droits de l'homme au sérieux demeure impossible sans prendre la souffrance humaine/sociale au sérieux.

Lata Mani, une théoricienne éminente des études culturelles et du féminisme, indique qu'un tel lien suppose trois idées : « Premièrement, que la souffrance entraîne une perte de dignité ; deuxièmement, que l'absence de choix entraîne la souffrance et l'indignité ; et troisièmement, que le contrôle sur soi et les circonstances favorise l'absence de souffrance et, ce faisant, préserve la dignité. Ce qu'il faut en déduire ici est

#### Notes

1. Voir R. Macklin, "Dignity is a Useless Concept", *Br Med J* 2003; 327: 1419-1420.

2. Voir Steven Pinker, "The Stupidity of Dignity", *The New Republic*, May 28, 2008. Pinker décrit comme un péché capital de la bioéthique *theocon*, de chercher à imposer un « agenda catholique dans une démocratie séculière, en utilisant la dignité pour condamner tout ce qui fait froid dans le dos ».

3. Roger Brownsword, "An Interest in Human Dignity as the Basis for Genomic Torts", *Washburn Law Rev.* 42 412 at 416 (2000.)

4. Upendra Baxi, "Justice as Emancipation: The Legacy of Babasaheb Ambedkar" in Upendra Baxi and Bhiku Parekh (ed.), *Crisis and Change in Contemporary India*, p. 122-49 (New Delhi, 1994.)

5. *Vishakha v State of Rajasthan*, AIR 1997 Supreme Court 3011.

6. On en chercherait en vain une élaboration dans les éminents traités de Durga Das Basu, H. M. Seervai, et M. P. Jain.

7. Une exception notable est fournie par O. Chinnappa Reddy, *The Indian Supreme Court: Summits and Shallows*, Delhi, Oxford University Press, 2008.

8. Voir, par exemple, Upendra Baxi, *The Indian Supreme Court and Politics*, The Eastern Book Co. Lucknow, 1980 ; "Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India" in *Judges and the Judicial Power*, R. Sudarshan Rajeev Dhavan, and Salman Khurshid ed. Bombay: Tripathi 1985, "The Avatars

# LE TRAVAIL EN SOUS-TRAITANCE, ENTRE LICITE ET ILLICITE

Jeseong Park | résident à l'IEA de Nantes

*Docteur en droit, il est chercheur à l'Institut coréen du travail, un établissement public propre à la recherche sur la question du travail. Actuellement, il s'intéresse à la question du travail en sous-traitance qui ne reflète pas seulement le portrait de la société coréenne mais est également pertinent pour l'avenir du droit du travail.*

## FRONTIÈRE INCERTAINE

La frontière n'est pas toujours claire entre le territoire du licite et celui de l'illicite. C'est un défi pour les juristes qui doivent trancher une affaire, donc tracer une frontière intangible sur la rivière qui coule. C'est dans cette mouvance que se trouve la question du travail en sous-traitance. Celui-ci oscille entre deux acceptions : une opération économique licite ou un prêt illicite de main-d'œuvre. Le mur n'est pas de grande largeur, tomber d'un côté ou de l'autre aura fatalement des conséquences juridiques différentes. Les trois affaires coréennes ci-dessous en témoignent : l'affaire *Hyundai Mipo Dockyard*, l'affaire *Hyundai Heavy Industries* et l'affaire *Hyundai Motor*. Les trois affaires se situent à Ulsan, ville sud-coréenne dite « empire de Hyundai ». Ce n'est pas parce que le problème de sous-traitance n'existe pas ailleurs en Corée, mais parce que c'est dans ce conglomérat coréen (*chaebol*) et dans cette ville que le syndicalisme coréen est au plus fort et au plus faible.

## AFFAIRE HYUNDAI MIPO DOCKYARD

*Hyundai Mipo Dockyard* (HMD) est une société filiale du *Hyundai Heavy Industries Group* spécialisée dans le domaine de la construction navale. Selon une enquête effectuée en novembre 2009 par le ministère du Travail de Corée, elle emploie 3 762 salariés titulaires (salariés en contrat de travail à durée indéterminée de HMD), et dispose, sur le chantier, de 71 entreprises sous-traitantes avec 5 600 travailleurs dits sous-traités (salariés des entreprises sous-traitantes). L'entreprise *Yongin*, sous-traitante depuis 1978, a été fermée en 2003 à la suite d'une décision de conversion de l'activité prise par HMD. Les trente travailleurs alors licenciés portèrent plainte contre celle-ci, pour faire reconnaître leur statut de personnel de cette entreprise dite utilisatrice.

La Cour de cassation coréenne a donné raison aux travailleurs par un arrêt du 10 juillet 2008. Selon elle, lorsque l'entreprise sous-traitante n'a aucune activité réelle au point que sa personnalité juridique ne se reconnaît pas comme telle et qu'elle n'est donc qu'un instrument intermédiaire au profit de l'entreprise utilisatrice, les travailleurs sous-traités seront requalifiés en salariés titulaires au sein de l'entreprise utilisatrice dès le premier jour



Jeseong Park, 2011 © Christophe Delory

de l'opération. Les travailleurs licenciés ont été réintégrés au sein de la société HMD en tant que salariés titulaires. Cette solution s'appelle *la thèse du contrat de travail tacite*.

## AFFAIRE HYUNDAI HEAVY INDUSTRIES

*Hyundai Heavy Industries* (HHI) est aussi une filiale du *Hyundai Heavy Industries Group* également spécialisée dans la construction navale. Selon la même enquête citée ci-dessus, elle emploie 25 137 salariés titulaires, et dispose sur le chantier de 161 entreprises sous-traitantes avec 19 800 travailleurs sous-traités.

En 2003, certains de ces travailleurs tentèrent d'organiser un syndicat. Ils furent licenciés et les cinq entreprises où le mouvement avait été le plus virulent furent fermées une par une. Les cinq travailleurs licenciés portèrent plainte contre HHI, leur entreprise utilisatrice, pour deux raisons. La première réclamant que le licenciement soit déclaré nul dès lors qu'ils doivent être réintégrés à HHI en tant que salariés titulaires. La seconde est que HHI doit être tenue pour responsable de ces mesures anti-syndicalistes, car elle exerce une influence réelle

sur les travailleurs sous-traités comme si elle était leur véritable employeur.

La première plainte fut rejetée, la deuxième a été retenue par un arrêt du 25 mars 2010 de la Cour de cassation coréenne. Selon la Haute juridiction, bien qu'en principe le responsable des mesures antisyndicales ne puisse être que l'employeur, à savoir celui qui est en relation contractuelle de travail avec les travailleurs en question, un tiers peut être également responsable lorsqu'il exerce une influence réelle et concrète sur le niveau de salaire ou les conditions de travail de ces travailleurs. Une telle solution s'appelle *la thèse de l'influence réelle*. Et cet arrêt du 25 mars 2010 est le premier par lequel la Cour de cassation coréenne a adopté cette thèse.

Cet arrêt peut sembler moindre dans son effet direct, qui n'est que celui de l'interdiction faite à HHI de reproduire une telle discrimination syndicale sans que les travailleurs licenciés ne soient réintégrés au sein de la société HHI. Mais la question n'est pas si simple. Si l'entreprise utilisatrice doit se charger d'une responsabilité d'employeur parce qu'elle exerce une influence réelle sur les travailleurs sous-traités,

cela pourrait vouloir dire que, dans le système coréen, elle devrait également répondre à une demande de négociation des accords collectifs, revendiquée par un syndicat organisé par les travailleurs sous-traités qui, du point de vue patronal, ne sont pas juridiquement ses salariés. Une telle situation pourrait s'avérer provocante dans une Corée à forte culture de syndicalisme d'entreprise.

## AFFAIRE HYUNDAI MOTOR

*Hyundai Motor* (HM) est une société filiale du *Hyundai Motor Group*, dont la plus grande usine est située à Ulsan. Toujours *Hyundai* et toujours Ulsan. Selon la même source gouvernementale, HM emploie, dans l'usine d'Ulsan seule, 56 100 salariés titulaires, et dispose de 100 entreprises sous-traitantes avec 7 400 travailleurs sous-traités. Ces derniers travaillent sur les mêmes lignes de montage que les salariés titulaires de HM et leur travail devrait avoir la même qualité. Par exemple, si les pneus à gauche sont montés par les travailleurs sous-traités, ceux à droite seront montés par les salariés de HM. Selon la même consigne, avec les mêmes horaires de travail. Les conditions de travail ne sont pourtant

jamais égales, ni la rémunération. Certains travailleurs sous-traités tentèrent eux aussi de créer un syndicat. La suite est désormais une histoire banale : licenciement des syndicalistes, fermeture des entreprises visées, grèves, manifestations, occupations, accusations, dénonciations, etc. Les quatre travailleurs ainsi licenciés décidèrent de recourir à la justice pour faire reconnaître leur statut de salariés titulaires de la société HM.

Dans un arrêt du 22 juillet 2010, la Cour de cassation coréenne a donné raison aux travailleurs en jugeant que cette opération sous forme de sous-traitance est en réalité une opération de travail temporaire. Bien qu'elle n'entre pas dans les conditions légales, la loi du 20 février 1998 sur le travail temporaire doit donc être appliquée, notamment l'article 6 qui prévoyait : « lorsque l'entreprise utilisatrice continue d'user au-delà de deux ans le travailleur temporaire mis à sa disposition, elle est censée l'avoir embauché dès le lendemain de l'expiration de la durée de deux ans ». Les travailleurs sous-traités, s'ils remplissent la condition de deux ans plus un jour, seront alors considérés comme ayant été embauchés en contrat de travail à durée indéterminée par l'entreprise utilisatrice HM depuis ce 731<sup>e</sup> jour. Avec les mêmes droits que les salariés titulaires de HM. Cette solution s'appelle *la thèse du travail temporaire illégal*.

## LA QUESTION N'EST PAS RÉGLÉE

D'une part, la décision *affaire HM*, à la différence des deux autres décisions antérieures, a pu donner aux autres travailleurs sous-traités se trouvant dans la même situation le courage d'aller au tribunal afin d'obtenir le même résultat. Un peu opportuniste certes... mais bien compréhensible dans la mesure où ils sont quotidiennement exposés aux risques. C'est ainsi que l'action a été entreprise par environ 2 000 travailleurs sous-traités de HM ayant plus de deux ans d'ancienneté. D'autre part, la société HM a saisi la Cour constitutionnelle d'une demande d'inconstitutionnalité de la disposition légale en question (*i.e.* ancien article 6 de la loi de 1998 sur le travail temporaire) parce que celle-ci contredit la liberté d'entreprendre garantie par la Constitution coréenne. Quelle qu'elle soit, la décision sera le point de départ d'un autre débat nettement plus vif, et non point une fin.

# LE SENS DU DROIT CONTEMPORAIN DE L'ÉGALITÉ

Julie Ringelheim | résidente à l'IEA de Paris

*Chercheuse en droit international des droits de l'homme au Fonds national belge de la recherche scientifique (FNRS) et membre du Centre de philosophie du droit de l'université catholique de Louvain (UCL), elle enseigne le droit international des droits de l'homme à l'UCL. Ses recherches portent sur les rapports entre le droit de la non-discrimination et la lutte contre les inégalités sociales en droit européen. Parmi ses publications, figurent Diversité culturelle et droits de l'homme (Bruylant, 2006) et, avec O. De Schutter, Ethnic Monitoring: The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies (Bruylant, 2010).*



LA Occupy Our Homes National Day of Action © Michael Nelson/epa/Corbis

Comment penser l'égalité aujourd'hui ? Et comment envisager le rôle du droit dans la concrétisation de ce principe ? Si l'égalité est au cœur de l'idéal démocratique, son contenu et les exigences qui en découlent n'ont cessé, depuis l'époque des Lumières, de faire débat parmi les philosophes, juristes, économistes ou sociologues. La « passion de l'égalité » dont parlait Tocqueville reste vivace aujourd'hui, à en juger par la pléthore de publications parues ces dernières années sur le sujet<sup>1</sup>. Mais les éléments du débat et les théories en présence se sont transformés au cours du temps, sous l'influence des évolutions économiques, sociales, politiques et juridiques. À l'époque contemporaine, trois phénomènes semblent déterminants pour une réflexion renouvelée sur le sens de l'égalité : d'un côté, depuis une dizaine d'années, la question de la lutte contre la discrimination occupe une place croissante dans le débat public. Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, au cours des années 2000, les États membres ont dû adopter de nouvelles législations pour mieux protéger les individus contre les discriminations fondées sur un ensemble de critères : le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la religion, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle<sup>2</sup>. On assiste ainsi, sur le plan juridique, à l'émergence et au renforcement d'un véritable droit de la non-discrimination. D'un autre côté, on observe depuis une vingtaine d'années, en Europe et aux États-Unis, un accroissement spectaculaire des inégalités socio-économiques, aussi bien du point de vue de l'écart des revenus que des patrimoines. Cette situation constitue une rupture par rapport à la période antérieure, marquée par une tendance à la réduction des inégalités, sous l'effet notamment de la progressivité de l'impôt.

Troisième phénomène, les sociétés actuelles sont traversées par des tensions et des controverses portant sur la gestion de la diversité culturelle et religieuse croissante de leur population. Cette situation confronte les démocraties contemporaines à une question nouvelle : comment, dans une société hétérogène, donner à tous les citoyens le sentiment d'être respecté et reconnu dans leur identité, à l'égal des autres ?<sup>3</sup>

Chacun à leur manière, ces trois phénomènes posent la question du sens de l'égalité aujourd'hui et de ses traductions politico-juridiques. Mais c'est à une conception différente de l'égalité que renvoie chacun d'eux : l'égalité comme interdiction des traitements discriminatoires ; l'égalité comme impératif de réduction des inégalités socio-économiques et de redistribution des richesses ; l'égalité comme exigence d'égal respect ou d'égal reconnaissance des identités.

La difficulté de l'époque actuelle est de parvenir à penser ensemble ces trois figures de l'idéal égalitaire et de les articuler autour d'une théorie commune. Chacune d'elle connaît en effet des débats, des enjeux et des ramifications qui lui sont propres. Les barrières disciplinaires contribuent à creuser l'écart entre ces différentes perspectives : tandis que dans le champ du droit, la réflexion se concentre surtout sur la notion de non-discrimination, en philosophie et en théorie sociale, à l'inverse, l'attention se porte avant tout sur la question de la redistribution et, plus récemment, de la reconnaissance.

Partir de l'hypothèse que l'impératif d'égalité doit être envisagé sous ces trois dimensions à la fois – non-discrimination, redistribution et

reconnaissance – permet précisément de relier entre eux les travaux menés dans différents champs disciplinaires autour de ce concept. Mais cette approche permet aussi de mettre en lumière les limites et les angles morts de certaines conceptualisations actuelles de l'égalité. Dans le domaine juridique, le droit de la non-discrimination s'est considérablement développé au cours des quinze dernières années<sup>4</sup>. De nouveaux concepts ont émergé, comme la distinction entre discrimination directe et indirecte, la notion d'action positive ou les règles relatives à la charge de la preuve. Il constitue désormais un ensemble de normes vaste et complexe, touchant au droit national, européen et international. Mais la complexité et la technicité croissantes des questions qu'il soulève peuvent faire perdre de vue que ce droit – souvent appelé indifféremment « droit de l'égalité » et « droit de la non-discrimination » comme s'il s'agissait de synonymes – ne traduit qu'une vision partielle de l'égalité, entendue comme interdiction de traiter de manière distincte ou de désavantager des individus à raison de l'un des critères prohibés identifiés par la loi, typiquement le genre, l'origine, la religion, l'orientation sexuelle, le handicap et l'âge. En revanche, il laisse en dehors de son champ d'action le problème des inégalités socio-économiques tout court, c'est-à-dire des inégalités entre groupes sociaux qui ne se définissent pas par l'une de ces caractéristiques, autrement dit, entre classes. Par ailleurs, il entretient des rapports flous avec l'égalité envisagée comme exigence de reconnaissance : s'il interdit de désavantager les individus sur la base des critères évoqués, il n'impose pas de reconnaître positivement les identités liées à ces éléments.

En philosophie et en théorie sociale, en revanche, les discussions sur l'égalité ont longtemps été dominées par la question de savoir si une intervention de l'État visant à réduire les inégalités socio-économiques ou inégalités de condition entre individus pouvait se justifier et quelles formes elle devait prendre<sup>5</sup>. Depuis les années 1970-80, la question de la reconnaissance des identités s'est imposée comme un second sujet de préoccupation majeure des réflexions sur l'égalité<sup>6</sup>. En réaction, certains auteurs ont critiqué l'importance nouvelle accordée aux notions d'identité, de culture et de diversité,

au motif qu'elle détournerait l'attention du problème des inégalités socio-économiques, voire entrerait en conflit avec la vision classique de l'égalité comme exigence de rapprochement des conditions socio-économiques<sup>7</sup>. D'autres, comme Nancy Fraser, soutiennent que les demandes de redistribution et de reconnaissance ne sont pas antinomiques et plaident pour la promotion d'une conception « bidimensionnelle » de la justice sociale, qui fasse droit aux revendications légitimes procédant de ces deux types de préoccupation<sup>8</sup>. Mais ce débat, qui oppose redistribution et reconnaissance, question sociale et question identitaire, peine à accorder à la notion distincte de non-discrimination la place qui lui revient : celle-ci est soit ignorée, soit assimilée tantôt à l'idée de reconnaissance (puisqu'elle se préoccupe, quoique dans une perspective différente, de critères tels que l'origine, la religion, le sexe et l'orientation sexuelle), tantôt à celle de redistribution (dans la mesure où elle tend à garantir l'égal accès aux sphères socio-économiques), négligeant ainsi la singularité de ce concept.

Revisiter les théories de l'égalité sur la base d'une distinction entre non-discrimination, redistribution et reconnaissance offre la possibilité de rétablir un dialogue entre ces disciplines. Elle permet en outre de réinterroger le rôle du droit, et singulièrement du droit européen, dans la mise en œuvre du principe d'égalité, au-delà de la notion de non-discrimination. Sans nier les tensions qui peuvent exister entre ces différentes conceptions de l'égalité ni le risque qu'une attention exclusive à l'une d'entre elles ne conduise à occulter les deux autres, cette démarche ouvre également la voie à une réflexion sur leur complémentarité et sur les moyens de les poursuivre en parallèle plutôt que de les envisager comme des objectifs concurrents.

## Notes

1. Pierre Rosanvallon, *La société des égaux*, Seuil, 2011 ; E. Anderson, *The Imperative of Integration*, Princeton University Press, 2011 ; François Dubet, *Les places et les chances – Repenser la justice sociale*, Seuil, 2010 ; Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Penguin books, 2009 ; P. Savidan, *Repenser l'égalité des chances*, Grasset, 2007 ; Alain Renaut, *Égalité et discriminations. Un essai de philosophie politique appliquée*, Seuil, 2007.

2. Quatre directives ont été adoptées dans les années 2000 en matière

de non-discrimination : Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; Directive 2006/54/CE du parlement européen et du conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

3. Charles Taylor, « The Politics of Recognition », in A. Gutman (ed.), *Multiculturalism*, Princeton University Press, 1994 et Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, Cerf, 2006.

4. N. Bamforth, M. Malik, and C. O'Connell, *Discrimination Law: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, 2008 ; D. Schiek, L. Waddington, M. Bell (eds), *Non-Discrimination Law*, Hart, 2007.

5. À l'époque contemporaine, ces discussions ont été marquées par la théorie de la justice de Rawls selon laquelle les inégalités économiques et sociales ne sont justes qu'à condition de bénéficier aux membres les plus défavorisés de la société, fournissant une nouvelle justification philosophique à l'idée de redistribution (*A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971). Plus récemment, les analyses d'Amartya Sen, selon lequel une société juste doit être orientée vers l'égalisation des capacités des individus, autrement dit des opportunités et capacités concrètes des individus de mener la vie qu'ils choisissent de mener, ont exercé une influence majeure. Amartya Sen, op. cit. et *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, 1992.

6. I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990 ; W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon Press, 1995 ; B. Parekh, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Palgrave, 2000 ; A. Phillips, *Multiculturalism without Culture*, Princeton University Press, 2007.

7. B. Barry, *Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Polity Press, 2001 ; W. Benn Michaels, *The Trouble with Diversity. How we Learned to Love Identity and Ignore Equality*, Metropolitan Books, 2006.

8. Nancy Fraser, « Social Justice in the Age of Identity Politics », in Nancy Fraser and Axel Honneth, *Redistribution and Recognition: A Political-Philosophical Exchange*, Verso, 2003.

## RÉSIDENTS 09/11 - 06/12

## • COLLEGIUM DE LYON

**Lars BEHRISCH** Le discours politique des chiffres en France et en Allemagne à la fin de l'Ancien Régime

**Edward CASTLETON** Pierre-Joseph Proudhon et la pensée sociale et socialiste française au XIX<sup>e</sup> siècle

**Felipe De ALBA** Governing natural resources in a context of climate change

**Alessia DIMARTINO** Corpus paléographique et historique des inscriptions grecques de Sicile (IV<sup>e</sup>-I<sup>er</sup> siècle av. J.-C)

**Tarleton GILLESPIE** The new gatekeepers: The private governance of cultural values and its implications for public discourse

**Marie Seong-Hak KIM** Law and custom in Korea

**Christophe LÉCUYER** Histoire de la loi de Moore

**Charles N. Li** Language, its origin and linguistic theory

**Klaus-Gert LUTTERBECK** L'émergence de la société civile pendant la 11<sup>e</sup> République, 1870-1940

**Marta MADERO** Le *ius in corpus* marital de Gratian à Thomas Sanchez

**James MARSHALL** Curious robots: Developing an integrated architecture for self-motivated robot learning, categorization and prediction

**Ernest-Marie MBONDA** Justice ethnoculturelle et droits des minorités en Afrique : les cas du Burundi et du Cameroun

**Cathy McCLIVE** Identifying the experts: The trials of medical practitioners in the Ancien Régime. Courtroom: Lyon, 1670-1789

**Teresa PROTO** Éléments de stabilité et de éléments de variation dans les chants de tradition orale

## • IMÉRA AIX-MARSEILLE

**Marouane BEN MILED** Traditions mathématiques dans le pourtour méditerranéen

**Abdesslam BOUTAYEB** Health Equity and Human Development in the Mediterranean Area

**Paola CANTU** L'épistémologie italienne à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : une contamination féconde ?

**Morad DIANI** Interroger les biais à la diffusion cognitive entre les deux rives de la Méditerranée

**Scot GRESHAM-LANCASTER** L'espace entre le son

**Michael OSBORNE** Altruistic Vitalism and Epigenetics: Scientific and Social Physiology in Context

**Étienne REY** Instinct Paradise

**Mariateresa SARTORI et Bruno GIORGINI** The Physics of the City. Complexity in Urban Mobility Networks from Venezia to Marseille

## • IEA DE NANTES

**Ahmed BEN NAOUM** L'institution imaginaire de la société en Afrique du Nord-ouest

**Alonso BARROS** Propriétés cachées : les personnes, la mort et les masques juridiques en Amérique du Sud

**Jean-Godefroy BIDIMA** Soins et fragilité en Afrique. Éthique narrative et sollicitude en Afrique, approches

interdisciplinaires et interculturelles

**Shailaja CHANDRA** Improving Probity in Public Life: Ideas that have worked

**Luca D'AMBROSIO** La politique criminelle à l'épreuve de la lutte contre l'immigration irrégulière

**Wasifuddin DAGAR** Relevance of srutis and importance of tanpura, discerning the subtle nuances that reveal the personality of the raga

**Ota de LEONARDIS** Flatland ou le déclin de la verticalité

**Dany-Robert DUFOUR** Recherche des axiomes minimaux nécessaires à la fondation d'une politique de civilisation

**Philippe FORÊT** Embourbée dans l'Asie coloniale : la découverte précoce du réchauffement climatique

**Charles-Didier GONDOLA** Cowboys sous les tropiques : jeunesse, culture populaire et masculinité à Kinshasa à l'ère coloniale

**Sangeeta GUNDECHA** Texte et énonciation dans la naissance du Théâtre

**Huri ISLAMOGLU** Contester la règle de droit : la règle du marché et la justice sociale dans les XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles

**Cornelia ISLER-KERENYI** Images de Dyonisos en grèce classique et hellénistique

**Brian LANGILLE** Le droit du travail est-il possible ?

**Bin LI** La contribution du droit chinois à la synergie entre droits de l'homme et droit du commerce dans le contexte de l'internationalisation du droit

**Pierre MARÉCHAUX** Dialectique de la similitude : prolégomènes à une histoire de l'interprétation dans la pensée et les arts occidentaux

**Chihiro MINATO** Art et mémoire collective : les workshops, vision pratique et théorique

**Jeseong PARK** Une représentation post-moderne de la pré-modernité : le travail en sous-traitance

**Robert SALAIS** Le travail et l'Europe : histoire d'un échec annoncé

**Cosimo SOZZO** Globalisation du modèle de régulation et gestion des risques alimentaires pour la santé humaine

**Salvador URRIETA GARCIA** Espace Public, mémoire urbaine et projet local

**Akhilesh VERMA** Artiste peintre, invité du directeur

**Priyadarshini VIJASRI** Comprendre les intouchables : idéologie des opprimés

**Anna-Maria ZAHARIADE** Hommage à Vitruve

## • IEA DE PARIS

**Facundo ALVAREDO** The Long Run History of Economic Inequality

**Geir Bjarne ASHEIM** Extending analysis of intergenerational equity to variable population and uncertainty

**Barbara CARNEVALI** Rousseau et les moralistes

**Martin CARRIER** The Commercialization and Politicization of Science

**Viktor CERNY** Peoples of the African Sahel - the Role of Migrations in

Shaping Their Genetic Structure

**Matteo Vincenzo D'ALFONSO** La tradition moralistico-littéraire française dans la pensée de Schopenhauer

**Ortwin DALLY** Aux origines de l'usage de la photographie en archéologie, XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle

**Michael DIETLER** Celts - Ancient, Modern, Post-modern: Identity, Globalization, and the Consumption of the Past

**El Hadji Ibrahima DIOP** Rationalité et Racialité

**Roberto FREGA** The Social Sources of Normativity : a practice-based approach to the study of norms

**Omar GUEYE** Mai 68 au Sénégal : Senghor face au monde du travail

**Danièle JOLY** Les femmes issues de l'islam en France et en Grande-Bretagne et leur participation politique

**Gabor KLANICZAY** Stigmata

**Boris LANIN** Transforming Educational Policy in a Transformational Society

**Brian OGILVIE** Nature's Bible: Insects in European Art, Science, and Religion from the Renaissance to the Enlightenment

**Nuccio ORDINE** Image et Philosophie

**Vito PERAGINE** On the measurement of inequality of opportunity

**Julie RINGELHEIM** Non-discrimination, redistribution et reconnaissance. Repenser l'architecture du droit de l'égalité

**Peter SAHLINS** The Symbolic Lives of Animals and the Making of the French Classical Age

**Zekeria Ahmed SALEM** L'esclavage en Afrique contemporaine

**Marcello SIMONETTA** Lucien Bonaparte. A biography

**Susanna SPERO** Une poésie en exil. L'invention de la langue chez Ghérasim Luca

**Javad TABATABAI** D'une révolution à l'autre en Iran

**Javier VARGAS DE LUNA** Captivité et mémoire dans le roman latino-américain contemporain

**Johan WAGEMANS** Repenser la psychologie gestaltiste de la perception visuelle à la lumière des sciences de la vision contemporaine

## • COLLEGIUM DE LYON

**Jean-Michel SALAÜN**

Ancien résident du Collegium, a publié en janvier 2012 *Vu, Lu, su*, La Découverte, Paris.

**Marta MADERO**

Résidente du Collegium, a publié « Penser la tradition juridique occidentale. Une lecture de Yan Thomas » in *Annales HSS*, janvier-mars 2012, n° 1, p. 103-133.

## • IMÉRA AIX-MARSEILLE

**Mariateresa SARTORI**

Résidente de l'IMÉRA, a présenté une installation vidéo, *Omaggio a Chopin* dans le cadre de la Biennale de Venise et a été également au programme du festival *Moving Image* de New York en mars 2012.

**Cédric PARIZOT**

Anthropologue du politique, chercheur au CNRS et membre du comité de pilotage de l'IMÉRA, vient de publier avec Stéphanie Latte Abdallah *À l'ombre du mur : Israéliens et Palestiniens entre séparation et occupation*, Actes Sud, coll. « Études Méditerranéennes », Paris, 2011, 334 p.

## • IEA DE NANTES



## CONTACTS

## RÉSEAU FRANÇAIS DES INSTITUTS D'ÉTUDES AVANCÉES

Siège : 15, parvis René-Descartes, 69007 Lyon  
Bureaux : 190-198 avenue de France, 75013 Paris  
T. : +33 (0)1 49 54 22 55

Président : Jacques Commaille  
Directeur : Olivier Bouin  
olivier.bouin@rfiea.fr  
Administration / Projets européens : Mylène Trouvé  
mylene.trouve@rfiea.fr  
Communication : Julien Ténédos  
julien.tenedos@rfiea.fr  
[www.rfiea.fr](http://www.rfiea.fr)

## COLLEGIUM DE LYON

Président : Jacques Samarut  
Directeur : Alain Peyraube  
15, parvis René-Descartes, 69007 Lyon  
T. : +33 (0)4 37 37 66 50  
marie-jeanne.barrier@collegium-lyon.fr  
[www.collegium-lyon.fr](http://www.collegium-lyon.fr)

## INSTITUT MÉDITERRANÉEN DE RECHERCHES AVANCÉES, AIX-MARSEILLE

Président : Robert Ilbert  
Directeur : Emmanuel Girard-Reydet  
2, place Le Verrier, 13004 Marseille  
T. : +33 (0)4 13 55 21 52  
contact@imera.fr  
[www.imera.fr](http://www.imera.fr)

## Harold J. BERMAN

La traduction de son livre *Law and Revolution* publié initialement en 1983 vient de paraître aux éditions Fayard, coll. « Les Quarante Piliers » dirigée par Pierre Legendre, membre du Conseil d'administration de l'IEA de Nantes.

## Émile POULAT

Dans le cadre de sa politique d'acquisition de fonds spécialisés, l'IEA de Nantes a acquis le fonds de l'historien et sociologue Émile Poulat, spécialiste du conflit entre culture catholique et culture moderne dans l'histoire du catholicisme contemporain.

## • IEA DE PARIS

**Omar GUEYE**

Résident à l'IEA de Paris, il a publié *Sénégal : histoire du mouvement syndical*, L'Harmattan, Paris, 2011.

**Mohand AKLI-SAHLI**

Résident à l'IEA de Paris, a publié *Asegzarwal amezzyan n tsekla* (Petit dictionnaire de littérature) aux Éditions l'Odyssee, Tizi-Ouzou, 2012.

**Nuccio ORDINE**

L'université fédérale de Rio Grande do Sul, à Porto Alegre, Brésil, vient de décerner le titre de docteur *honoris causa* au Professeur Ordine, de l'université de Calabre, actuellement chercheur invité à l'IEA de Paris jusqu'en juin 2012.

## • RFIEA

Le Réseau français des instituts d'études avancées a obtenu en février 2012 le label Laboratoire d'excellence dans le cadre des Investissements d'avenir conduits par le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, l'Agence nationale de la Recherche et le Commissariat général à l'Investissement. Le financement de 8,5m d'euros lui a été attribué pour la période 2012-2020.

## INSTITUT D'ÉTUDES AVANCÉES DE NANTES

Directeur : Alain Supiot  
Secrétaire général : Samuel Jubé  
5, allée Jacques Berque, BP 12105, 44021 Nantes  
T. : +33 (0)2 40 48 30 30  
hugues.roger@iea-nantes.fr  
[www.iea-nantes.fr](http://www.iea-nantes.fr)

## INSTITUT D'ÉTUDES AVANCÉES DE PARIS

Directeurs : Patrice Duran et Alain Schnapp  
190-198 avenue de France, 75013 Paris  
T. : +33 (0)1 44 41 32 10  
contact@paris-iea.fr  
[www.paris-iea.fr](http://www.paris-iea.fr)

# DES MURS DE SÉPARATION DANS UN MONDE PLAT

Ota de Leonardis | résidente à l'IEA de Nantes

*Professeur de sociologie à l'université de Milano Bicocca (Italie) où elle est membre du Doctorat européen d'études urbaines et directrice du Laboratoire de sociologie de l'action publique Sui Generis, ses recherches et publications se sont focalisées sur le domaine des normes, institutions et droits surtout sur les terrains de la folie, les frontières entre droits sociaux et système pénal à partir de la figure de la « dangerosité sociale » et, dès les années 1990, sur les changements des systèmes de welfare entraînés par la configuration néo-libérale du gouvernement, et leurs implications pour le régime démocratique.*



US-Mexico Border Fence in Nogales, Mexico. © Piotr Redinski/Corbis

Adossés aux études sur la *network society* ou sur le « capitalisme connexioniste », mes travaux portent sur les indices du changement de l'ordre social que l'on peut qualifier d'« aplatissement ». On reconnaît aisément aujourd'hui le démontage des institutions verticales de la modernité (en commençant par le droit, comme l'a si bien montré Alain Supiot) de même que les poussées envers la réorganisation des liens sociaux de manière horizontale : par le modèle de la « coordination horizontale » à la place de la hiérarchie, ou par les formules de *partnership* pour la gouvernance d'un collectif ou d'une collectivité, ou plus généralement en conférant au réseau la vertu du *self-government*, qui n'a pas besoin d'autorité « verticale ». Par la métaphore du réseau on valorise le relationnel, la connectivité, la proximité, la communication, le pair... C'est *Flatland*, un monde plat, qui prend forme<sup>1</sup>. Mais, en explorant ces tendances et en recueillant des indices d'aplatissement, j'ai découvert la prolifération d'un objet posé verticalement : le mur, qui établi de très puissantes barrières sur la surface du

« monde plat<sup>2</sup> » ; et dont la hauteur est souvent vertigineuse<sup>3</sup>. La multiplication de ces murs et d'autres appareils de séparation physique (porteurs en tout cas d'un interdit de circulation) est le phénomène dont je voudrais parler ici, en présentant en synthèse quelques pistes de réflexion. On pourra entrevoir que ces murs sont d'un côté tout à fait nouveaux par rapport aux vieux murs des institutions totales (telles que la prison et l'asile) appartenant au monde « vertical » de la modernité, et que, d'autre part, leur hauteur est adaptée aux aplatissements de l'ordre social connexioniste. D'ailleurs cette combinaison est bien connue et étudiée. Pour le dire vite, ces barrières sont là pour interdire (ou seulement pour empêcher ?) la libre circulation des gens, ce qu'on connaît sous la forme un peu simplifiée de « flux migratoires », tandis que la circulation de l'argent rencontre peu d'obstacles verticaux. Autrement dit, très peu de pouvoirs normatifs s'imposent aux échanges horizontaux. Mon attention, guidée par le répertoire des métaphores spatiales autour du couple vertical/

horizontal, porte sur le terrain du symbolique, sur la représentation spatiale de cet ordre social que ces murs mettent en scène. En interrogeant le symbolisme des murs manifestement redondant, leur fonction *theatrical* comme le dit Wendy Brown (2009), on ouvre une piste sur la métamorphose de l'inégalité et sur les formes de domination (ainsi que des pratiques de résistance).

## UN PREMIER REGARD D'ENSEMBLE SUR LA FLORAISON DE MURS

Au premier recueil d'images et de données, l'installation de nouveaux murs apparaît caractérisée par une variété de situations et de configurations. Ils sont construits pour renforcer les frontières entre des États ainsi que pour séparer des morceaux de territoire au sein d'un même État – ou d'une ville. Il peut s'agir de tenir en dehors ou d'expulser des groupes ou populations « indésirables », « dangereuses », ou bien d'instituer un territoire sécurisé pour un établissement résidentiel séparé, une enclave, comme le sont les *gated communities*, les *gated*

*towns* et autres enclaves. Il faudrait encore ajouter ces autres territoires sécurisés par des murs de béton aussi bien que par des clôtures, des barbelés et, paraît-il, des fossés, où s'installent les établissements de l'industrie extractive globalisée<sup>4</sup>. Il faut relever la variété des matériaux de construction et des formes qui caractérisent ces barrières ; qui sont d'autre part accompagnées par un répertoire de dispositifs de surveillance électronique ou armée, de *check points*, de zones tampon. Mais le fait d'énumérer cette variété ne réduit pas l'impression qu'il y a là, dans ces « concrétions », des éléments communs, un air de famille, qu'il faut mettre en lumière et étudier. Wendy Brown dans son livre sur les nouveaux murs – jusqu'ici la recherche la plus complète sur ce phénomène<sup>5</sup> – y voit une concrétisation de la mise en question par la mondialisation de la souveraineté des états nationaux, laquelle est devenue « poreuse » ; elle y voit à l'œuvre, dans cette variété, un format commun de construction de l'espace et d'organisation d'une collectivité qui suggère un principe d'ordre différent de celui

de la souveraineté. Alain Supiot y a relevé plutôt des indices du principe de suzeraineté. Partant de cela, on peut spécifier et articuler la question de ce qu'ont en commun ces « nouveaux murs »

## TRACES D'UNE MISE EN FORME DE L'ESPACE SOCIAL

S'agissant de souveraineté étatique, l'un des aspects saillants de ces murs est leur faible fondement normatif : dans la plupart des cas ils sont déclarés « provisoires » ; ils sont souvent justifiés par le fait de répondre à une « émergence », en établissant une condition d'« état d'exception », hors droit ; ils sont souvent institués par des seules mesures administratives et techniques, par exemple d'aménagement d'un territoire – ce qui permet d'ignorer les conséquences de ces mesures sur la condition juridique et les droits des populations concernées ; ou bien ils appartiennent à un territoire privatisé qui se donne ses propres normes – un « extramonde », comme Mike Davis le définit. D'ailleurs cette faiblesse de la loi, en matière d'interdiction (et d'appartenance)

territoriale, entre en résonance avec les métamorphoses du droit étudiées par Alain Supiot, dans le cadre du démontage en cours de la verticalité que j'évoquais avant.

Il convient de rappeler que ces barrières fonctionnent assez mal, en général. Si l'on applique à ces installations des critères simples d'évaluation, le bilan coûts-bénéfices ne pourrait pas les justifier. Ces barrières deviennent vite « poreuses », comme l'a bien montré Brown, là où les pratiques autour de ces barrières se réorganisent pour les contourner ou les franchir. La plupart de celles visant à contenir et à empêcher les flux migratoires sont manifestement inefficaces. La grammaire fonctionnaliste ne marche pas bien avec le phénomène des murs.

Un aspect du phénomène qui frappe à un premier examen visuel c'est l'impression de quelque chose d'archaïque, dans la matérialité lourde de ces installations, de cette forme d'exercice d'un pouvoir ; elle contredit le caractère virtuel que, dans le monde en réseau de la communication et de l'information, le pouvoir a assumé (pensons à la finance). Mais au deuxième regard, comme le montre Wendy Brown, il devient évident qu'il s'agit d'une autre espèce de virtualité, celle d'une mise en scène, d'une fiction. Si ces murs remplissent une fonction, il s'agit d'une « theatrical function ».

D'ailleurs ces murs, venant d'un de mes terrains de recherche, semblent fonctionner comme des multiplicateurs. Pour en donner une idée je peux me référer à une visite récente dans un *barrio privado* à Buenos Aires, une *gated town* de 30 000 personnes qui va croître rapidement<sup>6</sup>. C'est un territoire privatisé, y compris infrastructures, services, routes, écoles, police, etc. On observe le répertoire habituel de clôtures, hautes et dotées de senseurs, *check points*, gardiens armés, badges et perquisitions. Il est interdit de prendre des photos. Mais l'une des choses qui s'est imposée à mon attention a été le fait que dans ce territoire ainsi délimité, les barrières et les *check points* se multiplient, en séparant les uns des autres les (jusqu'ici sept) quartiers qui composent cette *town* – qui n'est pas du tout une ville, bien évidemment. Chacun a son propre territoire, et les résidents – par exemple les enfants des familles qui habitent ici – ne peuvent pas circuler librement de l'un à l'autre. Quel appauvrissement – ai-je pensé – si l'on ne se peut jamais rencontrer par

hasard. D'ailleurs, pendant notre visite et bien que nous soyions accompagnées par un résident de ce *barrio privado*, nous avons été soumises au contrôle de dix check-points.

Ces effets de multiplication des barrières et des séparations suggèrent de renvoyer à ce qui a déjà été découvert par quelques études sociologiques sur le couple sécurité/insécurité (surtout par Robert Castel). On y montre clairement que l'alerte envers l'insécurité, la peur croît justement en même temps que les mesures, dispositifs et installations pour la mise en sécurité d'un territoire. Le problème s'alimente sur la solution et la prophétie s'auto-réalise. Il faut donc donner une place aux nouveaux murs parmi les prototypes de l'« architecture de la peur », et les dispositifs de ce « governing through fear » dont on fait de nombreuses études aux États-Unis.

Qu'y a-t'il de « nouveau » dans ces murs ? Car, après tout, on a déjà fait l'expérience de pareilles situations au cours du xx<sup>e</sup> siècle avec les « camps » nazis et staliniens, avec l'apartheid tout

que ces nouveaux murs instrumentent s'applique à l'espace, à la cartographie d'un territoire, et non pas aux personnes. L'exploration de ces différences nous donne à voir que ce que les nouveaux murs mettent en scène est de l'ordre de l'expulsion, de la répulsion, de la mise en dehors et de la création d'un dehors – plutôt que de la « ségrégation inclusive » de l'Autre.

### SPATIALISATIONS

Arrêtons ici cette liste d'observations pour remarquer qu'au cœur du phénomène des murs on trouve un immense investissement sur l'organisation de l'espace et sur la puissance symbolique de ce dernier pour instituer un ordre social ; et là où le pouvoir s'exerce par l'espace, ses dispositifs préférés seront ceux de la séparation, de la sécurité et de la peur. D'ailleurs on peut reconnaître cette configuration spatiale du pouvoir diffusée, assouplie, même dans nos villes : là où « le territoire » est devenu le levier principal de la gouvernance, et la « territorialisation » le mot d'ordre des politiques publiques, là où la participation des citoyens – qualifiés d'« habitants » – se

On pourrait dire que les investissements sur la séparation des espaces, qui segmente la surface du monde plat, donnent lieu à une sorte de spatialisation de l'inégalité. Comme le propose Richard Sennett (2006, p. 55) : « the sociological idea here is that inequality translates into distance<sup>9</sup> ». La distance produite par les dynamiques de séparation spatiale, dont les murs sont la représentation théâtrale, est de nature aussi physique que cognitive. Si l'on considère par exemple les espaces de relégation de la pauvreté plus ou moins extrême, d'un côté, et les fortins du privilège de l'autre, on commence à voir qu'à travers ces séparations ce sont des liens entre inégaux qui se coupent ou, mieux, qui deviennent invisibles. Par là l'inégalité comme lien entre inégaux devient invisible. La distance qui va se produire consiste dans l'absence systématique de contact, d'espaces et raisons d'interlocution et d'échange entre les deux groupes sociaux, sur ce qu'ils ont en commun, leurs liens. Bien sûr, le capitalisme mondialisé nous offre une très visible polarisation entre richesse et pauvreté, qui fait l'objet de bien de mesures et sta-

elle n'y réussit pas, et les murs de séparation sont loin d'être pacifiés – on en a bien de signes aujourd'hui – mais il reste qu'ils établissent le théâtre et le script de la révolte et de la résistance.

### Notes

1. Le conte fantastique de l'abbé Edwin Abbott sur ce pays de deux dimensions représente le fil rouge de mon projet à l'IEA de Nantes. Edwin Abbott, *Flatlandia*, Adelphi, Milano 2004 (1882) et Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010.
2. Pour citer le titre du livre de Thomas Friedman, qui en est un porte-parole de succès : *The world is flat*.
3. Les photos du mur de Californie ou de celui des territoires Palestiniens qui circulent sur internet peuvent en donner une idée.
4. Que Maristella Svampa analyse dans le cas de l'Amérique Latine : Maristella Svampa, « Néo-développementisme extractiviste, gouvernements et mouvements sociaux en Amérique Latine », in *Problèmes d'Amérique Latine*, n° 3, p. 103-127, 2011
5. Wendy Brown m'a donné beaucoup d'informations et de visions sur ce phénomène, ainsi que les clés pour les interpréter. Une recherche elle aussi très riche est celle de Weizman (2007) sur l'architecture de la sécurité, dont le cas des Territoires palestiniens fonctionne comme un prototype. Wendy Brown, *Murs. Les murs de séparation et le déclin de la souveraineté étatique*, Les Prairies Ordinaires, Paris, 2009 et Eyal Weizman, *Hollow Land. Israeli's Architecture of Occupation*, Verso, Londres, 2007.
6. Bien entendu cette visite était faite incognito, car ce genre de sites sont inaccessibles au regard de ceux qui n'y appartiennent pas : avec ma collègue Diana Mauri on a obtenu un accès (bien contrôlé !) en tant que dames intéressées à acheter une maison sécurisée.
7. Pour une analyse un peu plus élargie de cette comparaison je me permet de renvoyer à De Leonardis, 2011, dans le volume en l'honneur de Robert Castel (à paraître) – cela aussi pour signaler mes dettes envers lui, sur ce sujet également. Ota De Leonardis, « Creuser son sillon. En explorant une « grande transformation » in Robert Castel et Claude Matin (dir.), *Changements et pensées du Changements. Echanges avec Robert Castel*, La Découverte, Paris, 2012.
8. Je fais allusion ici à ma contribution dans un livre sur la « citoyenneté active » en Europe. En France Catherine Neveu développe des arguments semblables (dans ce livre aussi). Ota De Leonardis, « Combining or Dividing Citizens. The Politics of Active Citizenship in Italy », in J. Newman & E. Tonkens (eds.), *Participation, Responsibility and Choice. Summoning the Active citizen in Western European Welfare States*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2011.
9. Richard Sennett, *The Culture of the New Capitalism*, Yale University Press, New Haven-Londres, 2006.

La distance produite par les dynamiques de séparation spatiale, dont les murs sont la représentation théâtrale, est de nature aussi physique que cognitive. Si l'on considère les espaces de relégation de la pauvreté d'un côté et les fortins du privilège de l'autre, on commence à voir qu'à travers ces séparations ce sont des liens entre inégaux qui se coupent ou, mieux, qui deviennent invisibles.

comme avec le mur de Berlin. Sauf à argumenter en termes de continuités et de récupérations d'anciens répertoires, il me semble pertinent ici de s'interroger sur ce qu'il y a de nouveau par rapport aux vieux murs des asiles, en tant qu'archétype d'une institution de ségrégation installée dans l'ordre social moderne. Sur cette forme de ségrégation on a cumulé bien des connaissances grâce aux mouvements de désinstitutionnalisation qui ont démantelé ces murs, y compris physiquement<sup>8</sup>. Bien que fondés sur l'enfermement des fous par un statut d'exception, les asiles ont représenté une architecture complexe de normes, de savoirs et de compétences qui justifie la ségrégation par l'argument de l'engagement envers les personnes, du devoir de les « traiter ». Par contre, la ségrégation de populations, qui est bien sûr une marque forte de ces nouveaux murs aussi, s'exerce sur, et délimite un territoire, plutôt que sur des personnes – celles-ci ne font plus l'objet d'un traitement quelconque – sinon de manière indirecte en tant que la délimitation de l'espace les affecte. La force normative

déploie surtout dans la défense de leur propre territoire, en tant que « bien commun » (communautaire ? propriétaire ?<sup>9</sup>) ; là où des lignes de séparation spatiale, de segmentation, produisent ce que d'un commun accord entre chercheurs on peut qualifier de « ségrégation urbaine ». Parfois on trouve aussi des murs au sens propre, comme celui de *via degli Anelli* à Padoue (Italie), d'ailleurs souvent cité à propos de la prolifération de murs dans le monde.

Mais cette spatialisation mérite d'être observée encore ailleurs dans des situations plus dures, parce qu'on peut y voir plus clairement les effets qu'elle semble engendrer, en régulant l'interdit d'accès et l'appartenance à un territoire. Je signale ici en particulier – comme dernière suggestion – que le pouvoir qui s'exerce par l'aménagement de l'espace va redéfinir aussi la question de l'inégalité sociale : celle-ci va changer par rapport à l'inégalité encadrée par l'architecture verticale de la modernité, dans la forme bien connue d'un lien de domination – tel que la dialectique hégélienne du serf et du maître l'a immortalisé.

tistiques sur les revenus, la dotation des biens de base, l'éducation, l'espérance de vie, etc., dans nos sociétés comme au niveau mondial. Toutefois ces données ne nous disent rien à propos de ce qui lie les deux pôles de cette distribution inégale de biens ; on ne voit plus l'interdépendance entre eux, le lien de détermination réciproque. L'inégalité est bien là, mais n'a pas de nom. Les distances qui se forment par ces séparations spatiales semblent non seulement énormes sinon insurmontables, mais surtout incommensurables, car on ne dispose plus d'une métrique pour les mesurer.

L'inégalité, une fois transposée dans l'espace horizontal comme distance physique, devient donc invisible ou – on pourrait dire – « indifférente » : sa spatialisation permet l'économie de mots pour en parler. Et la sécurisation de cette distance – dont les murs sont l'emblème – cherche à réduire le risque de confrontations entre inégaux d'où un vocabulaire pourrait se former pour nommer l'inégalité, et pour la reconnaître en tant que lien de domination. Bien entendu

# COLONIAL SCIENCE, CONTAGION AND THE IMAGINARIUM

Michael Osborne | résident à l'IMÉRA de Marseille

*Michael A. Osborne, trained in political science, zoology, and history of science, has published widely on the history of French biology and medicine, environmental problems, and colonial science. He wishes to thank Constance Hammond and Robert Ilbert for their assistance with this project.*



Michael Osborne, 2011 © Christophe Delory

Marseille continually reinterprets its colonial heritage. The city constitutes an imaginarium of material and immaterial symbols revealing of its history. No French city has been more wedded to colonization than this cross roads of Mediterranean peoples. Historians signal frequently its lavish colonial expositions of 1906 and 1922, and a visitor to the one of 1922 found that the city itself was “a colonial city, ... [like] a capital of the French colonial empire<sup>1</sup>”. Aside from the 1931 *Exposition coloniale* in Paris, the 1906 exposition was the largest French event of its genre.

Scientists and physicians were involved in all three expositions. Colonial science and colonialism itself altered environments and human populations in lands far from Europe but the effects are still felt here. Legacies of the colonial era endure but are now

framed in terms of assistance, development, and cooperation between international partners. The 2008 relocation from Paris to Marseille of the headquarters of the *Institut de recherche pour le développement* (IRD) exemplifies a continuing dimension of the city’s “colonial vocation”. Commerce and colonialism often co-habit the same domain, and Pre-Revolutionary Marseille had a busy commercial port second only to Bordeaux in French colonial traffic. By 1832 it was Europe’s third port in total maritime traffic behind only London and Liverpool, and by 1875 half of all French tonnage to and from the empire passed through its port<sup>2</sup>.

Coloniality, if that is the right term, persists in the city’s street names, its architecture, the languages spoken here, legal and informal agreements, and in the varied personal histories

of people whose identities are intertwined with former European colonies. This pervasive coloniality is not a stable package transmitted across generations. Rather, it is a dynamic and collective imaginarium influencing and sometimes structuring activities in the city.

The scientific and medical legacies of this coloniality have been reinterpreted in the wake of decolonization, institutional reform, and a general unease about France’s colonial legacy. Colonial connections brought the city many things. In 1905 the army founded the Pharo school here to train colonial doctors, a major factor in this decision being the city’s 1,800 hospital patients (more than any other French city) suffering from what were then termed “colonial” or “exotic diseases”. But this era will soon end as the Pharo closes definitively and the

sources of the historians art are shipped to Paris. Another institution, the Faculty of Medicine of Marseille, also has a colonial dimension. Founded in 1930 as a *Faculté mixte de médecine générale et coloniale et de pharmacie*, and located at the Pharo site, the term colonial disappeared from its title in 1959.

As regards colonial economic botany and colonial *materia medica*, local university ecologist Bruno Vila cares about the region’s colonial heritage and uses it in his research<sup>3</sup>. His colleagues have conserved for study a small fraction of the collections of the former *Institut Colonial*, the first such French colonial institute founded in 1893, and its associated *Musée Colonial*, both subsidized by the Marseille *Chambre de Commerce*. This year’s centenary of the *Université de Provence*, like that of the Pharo in 2005, sparked re-valorization of the city’s colonial heritage and its extant colonial objects. France is well-past the age of decolonization. But the effects of empire linger and the imaginarium continues to influence how and when we think about colonial legacies. Moreover, if we take seriously the concept of informal empire—that is of spheres of cultural and economic influence—we might recast categories like “colonial” and “post-colonial,” and “formal” and “informal,” empire. Historical study of the colonial sciences of botany, medicine, and chemistry may go some way toward revealing and possibly reinterpreting the city’s continuing debt to a bye-gone era. The life sciences that I study reside in close proximity to what we now call public health or possibly ecological health of the city, and a recent article in *Le Point* only reminds us that the city’s sanitation problems persist<sup>4</sup>.

The best historical studies of ecology include a baseline for interpretation. This gets quite complicated as the baseline is a function of the study’s data and often shifts. If you ask how many fish are left in the sea, or were there 100 years ago, you have to take into account both qualitative and quantitative dimensions of the information. Fisherman get better at their profession, fishing technology changes, and fish populations are altered by the size and amount of fish taken as well as stochastic cycles. Assessing past and present health risks and the effects of connectivity to

colonial regimes presents similar fundamental problems. But how can interpretation and analysis begin without a baseline? Right now I am working with an idea proposed by my Australian collaborator Alison Bashford that modern colonization was also the first age of universal contagion. Plague wasn’t universal, but there is warrant for thinking along these lines and I’ve selected as a perceptive baseline for the colonial sciences and medicine the Marseille plague of 1720.

It may be argued, of course, that the empire of 1720 was not the “new” French empire of the nineteenth century, and that Europe’s last plague pandemic was not the result of true colonization but of commerce and that in 1720 the very concept of a French nation is doubtful. But if we examine these arguments with care and are not wedded to the idea of formal empires and consider traffic in people, goods, ideas, and disease, we find another world. Marseille’s *Chambre de Commerce* is the oldest in France. Founded in 1599 to combat pirates, it invested in trade companies and was a diplomatic presence throughout the Mediterranean. Thus the Levant was within the orbit of Marseille though not formally colonized, and Marseille was within the foot print of the Levant’s disease ecology. Moreover, the plague, and how Marseille dealt with it, remains a historical and medical baseline for understandings of Marseille’s place in the Mediterranean world, Europe, and beyond.

The colonial imaginarium was at work after the Revolution and can be seen in the nostalgia for lucrative trade contracts with the Levant, Africa, and other regions which had once animated Chamber activities. After the capitulation of Algiers in 1830, the Chamber set aside money for the widows and children of soldiers injured or killed in the campaign. Hope emerged that a colonial Algeria rendered fertile by agricultural science would supply France with the exotic products once obtained from the island of St. Domingue now claimed by “Black Jacobins” who repelled European interventions from behind a protective curtain of yellow fever.

The 1720 plague and other past scourges reminiscent of the colonial era are still studied here, as well they should be. With the possible exception of

## OF MARSEILLE

small pox, infectious diseases often reemerge. Thus after fifty years of absence, human plague re-appeared again near Oran, Algeria, in 2003, and near Laghouat in July of 2008, and was studied here in Marseille<sup>5</sup>. An earlier and controversial effort by the University of Aix-Marseille microbiologist Didier Raoult to establish the precise genealogy of the Marseille

North. Recent analysis of materials from victims points to the notion that “factors other than microbial genetics, such as environment, vector dynamics, and host susceptibility, should be in the forefront of epidemiological discussions regarding emerging *Y. pestis* [plague] infections<sup>6</sup>”. Historians might say, we need to look at the social conditions of Marseille and the composi-

pilgrims to Mecca. It reappeared in 1884 and 1885 to kill more than 3,000 residents, and evidence linked these outbreaks to the city’s life blood, maritime traffic<sup>8</sup>. As if this were not enough, small pox flared up in 1876, 1886, and 1895. Global climate change is a more current threat to Marseille, especially if *P. falciparum* malaria (like West Nile virus) indigenizes here.

and the city’s still functioning imaginarium.

## Notes

1. George Valois, « Marseilles, porte de l’Orient » in *L’Action française*, 23 octobre 1922.
2. Georges J. Aillaud, « La botanique, de la “science aimable” à la botanique appliqué soutien du “Marseille colonial” », in G. J. Aillaud, Y. Georgelin, H. Tachoire (dir.), *Marseille, 2600 ans*

(2011), Spécial Marseille, p. ii-iii.

5. I. Bitam, S. Ayyadurai, T. Kernif, M. Chetta, N. Boulaghman, D. Raoult, “New rural focus of plague, Algeria [letter]. *Emerging Infectious Diseases*”, octobre 2010, <http://dx.doi.org/10.3201/eid1610.091854>.
6. Didier Raoult, Gérard Aboudharam, Eric Crubézy, “Molecular identification by ‘suicide PCR’ of *Yersinia pestis* as the agent of Medieval Black Death,” *Proceedings of the National*



Kola nuts from Madagascar, and Aquara from Guiana, from the collections of the Musée Colonial de Marseille © Brian W. Robb

plague by examining the dental pulp of victims with polymerase chain reaction (PCR) techniques still excites debate<sup>6</sup>. We cannot presume that the plague of Marseille was caused by a hyper-virulent strain of bacterial, although we now estimate that mortality levels of the 1720 event surpassed those of other cities touched by it farther to the

tion of its population in 1720. Nineteenth century Marseille’s disease ecology was unenviable. Diseases long-associated tropical climates —yellow fever, cholera, and plague— disrupted city life. The cholera which tormented the great cities of Europe broke out in Marseille in 1865 upon arrival of a ship from Egypt transporting

The technologies of surveillance and control, perfected during the colonial era, may need to be enhanced and redeployed to monitor and protect the city and France itself against emergent and re-emergent diseases hailing from Africa. In a nut shell then, I am writing about the often hidden scientific legacies linked to the former colonies

*de découvertes scientifiques*, Publications de l’université de Provence, Aix-en-Provence 2002), p. 240-290, in vol. III (*Découvreurs et découvertes*).

3. Bruno Vila, « Écologie des interactions, biodiversité végétale et patrimoine scientifique », Habilitation à diriger des recherches, Université de Provence, Marseille, 2011.
4. « Propriété, la question qui pollue » in *Le Point*, n. 2043 (10 novembre

*Academy of Sciences of the U.S.A.*, 97, n. 23, 2000, p. 12880-12803.

7. I. Kristen Bos, J. Verena, G. Schueneumann, G. Brian Golding, “A draft genome of *Yersinia pestis* from victims of the Black Death,” *Nature* 478, 27 October 2011, p. 506-510.
8. Marc Aubert, « La médecine à Marseille au XIX<sup>e</sup> siècle », in *Provence Historique* 172, 1993, p. 185-206.

# LINKING ARCHAEOLOGY AND GENETICS

Viktor Cerny | résident à l'IEA de Paris

*He is Associate Professor in Anthropology at Charles University in Prague and Researcher at the Institute of Archeology, Academy of Science of the Czech Republic. In 2000 he founded the Archaeogenetics Laboratory at the Prague Institute of Archaeology. His interest lies mainly in the ancient human settlement of Sub-Saharan Africa and Southern Arabia, and its related past migration patterns as evidenced through the mitochondrial and Y-chromosomal variability of contemporary populations in these areas.*



Skeleton bones in grave, DR

Humans are not static organisms, they migrate quite often, and they also move together with their cultures. Great effort has been expended in archaeology to reconstruct ancient human migrations and many skeletal remains were used for such a task. Unfortunately, it became apparent that bones are not a very suitable material with which to study past migrations, or other demographic phenomena in general, as several intervening factors are incessantly in play in the human skeleton. In particular, biological adaptations to new environments or new lifestyles and admixture can modify enormously the morphology of both migrant and receiving populations.

Nevertheless, archaeology has recently attempted a new way to disentangle past migrations – archaeogenetics. One of the most important aspects of this approach is the possibility to locate and date ancient migrations through the study of uniparentally inherited genetic lineages present in contemporary human populations. DNA in mitochondria (mtDNA) or the Y chromosome is a particularly convenient tool for this kind of investigation as it is inherited through one sex only (that is, it does not recombine during reproduction) and its diversity is therefore accumulated

exclusively by new mutations producing different DNA sequences (called haplotypes) in different geographic regions and over time. Archaeogenetics, based on contemporary genetic lineages, reconstructs haplogroups (groups of related haplotypes) and, according to their geographical distributions, can infer their common ancestors (founders). Thanks to a known mutation rate, age estimates can also be provided for each of the haplogroups. In fact, the spatial distribution of ancestral *vs.* derived genetic lineages together with age estimates mirrors the direction and chronology of past migrations.

Until a relatively recent period, all humans lived as hunter-gatherers closely dependent on environmental conditions and, therefore, experienced several demographic expansions followed by contractions associated with changes of climate and the availability of food resources. Logically, in periods when more favorable conditions prevailed, some fortunate genetic lineages increased numerically – an important prerequisite to favoring a new genetic lineage. However, as time passed the founder lineages acquired quite naturally new mutations and the process of haplogroup formation was started. The association of climatically favorable

periods with genetic age estimates is a really exciting issue when linking the archaeogenetic and paleoecological results in archaeology.

The tracing of past human migrations through genetic lineages needs, undoubtedly, very careful sampling of autochthonous groups, avoiding recent migrants. Only this prerequisite can provide plausible results. Also, geographical scale is important. For example, the absence of the mtDNA haplogroup M in Western Eurasia, and conversely its high frequency and high variation in Southern Asia, indicate that modern humans must have exited Africa some 70,000 years ago via Bab el-Mandab and not via the Levant. On the other hand, the sampling of much smaller geographic regions can reveal some younger mtDNA lineages mirroring later migrations.

The L3f is a relatively common mtDNA haplogroup that is widely dispersed, especially in East Africa, with very ancient roots. However, in the Lake Chad Basin, we have recently discovered its daughter clade L3f3 with an age estimate of some 8,000 years ago. Interestingly, this specific clade was not present in all inhabitants of the area, but almost exclusively in Chadic speakers (a branch

of the Afro-Asiatic linguistic family). Further analyses revealed close genetic relationships between the Chadic groups living today in the Lake Chad Basin and some East African Cushitic populations. These findings point to the past migration of a proto-Chadic pastoralists to Lake Mega-Chad (at that time the lake was more than 20 times larger than today), as has been suggested by some linguists. We suppose that later desertification of the area led to the isolation and sedentarization of the proto-Chadic speakers and at the same time provided favorable conditions for the formation of L3f3 within their population. After all, the archaeological finds along Wadi Howar in Western Sudan can be taken as a physical proof of this ancient migration heading to the lake.

Another interesting example of Late Pleistocene human expansion, subsequent isolation and Holocene co-evolution of mtDNA and languages can be demonstrated by our study of the haplogroup R0a. This haplogroup is abundant throughout the Near East, but we have identified its daughter clades (such as R0a1a1 and R0a2f1) that are restricted to Southern Arabia where they must have diversified some 6,000 years ago. Close correlation of the above-mentioned

genetic lineages with South Arabian (and non-Arabic) languages is as striking as the case of the L3f3 and Chadic speakers in Africa. Interestingly, some age estimates for the South Arabian language diversification indicate similar time periods as those we have obtained by the genetic study of these haplogroups. Moreover, the geographic location of these haplogroups coincides well with reconstructions of past population refugia reported by independent paleoenvironmental and archaeological investigations.

The above mentioned genetic and linguistic features revealed by our regional sampling of the autochthonous populations points to the fact that their ancestors must have been isolated. They probably established small-scale reproductive units in the Late Pleistocene and re-expanded from these refugial pockets when climatic conditions allowed wider expansion. In fact, we can witness a relatively rare interference of social and biological phenomena – the beginning of a fast-evolving linguistic diversification and the ending of a slow-evolving genetic one. We believe that such a co-evolution can be possible only as a result of population isolation in the past.

