Gacaca, système rwandais de justice. Contribution à la dynamique du droit en Afrique

Faculté de philosophie, arts et lettres

ISP- Institut supérieur de philosophie

CPDR- Centre de philosophie du droit

Gacaca, système rwandais de justice. Contribution à la dynamique du droit en Afrique

Joseph Ndakize Nkundimana

Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de Docteur en Philosophie

Promoteur **:**
Marc MAESSCHALCK
Lecteurs :
Jean-Philippe COBBAUT
Tom DEDEURWAERDERE
Louis-Léon CHRISTIANS
Président du jury :
Jean-Michel COUNET

Louvain-la-Neuve
Avril 2017

Table des matières

Table des matières 5

Remerciements 17

Sigles et abréviations 19

Résumé 21

Abstract 22

Introduction générale 23

1. Intérêt et choix du sujet de notre étude 26

2. Problématique de la recherche 29

3. Hypothèse de travail 31

4. Méthodologie de la recherche 34

5. Délimitation du sujet 37

Chap. I. Le droit et ses sources 39

Introduction 39

I.1. Le positivisme juridique et ses sources 43

I.1.1. Présentation brève de quelques théories positivistes du droit .. 44

I.1.1.1.Le positivisme normativiste 45

1.1.1.2. Le positivisme sociologique ou le pluralisme normatif : Jean Carbonnier 52

I.1.2. Portée et limites du positivisme juridique 55

I.1.1.1. Portée du positivisme juridique 55

I.1.1.2. Les limites du légicentrisme de Kelsen 56

I.2. Le pluralisme juridique et les sources du droit 57

I.2.1. L'ébranlement du paradigme positiviste du droit 58

I.2.2. Le pluralisme juridique et ses variantes 63

I.2.2.1. Définitions 63

I.2.2.2. Variantes du pluralisme juridique 66

I.2.2.3. Caractéristiques du pluralisme juridique 69

I.2.3. Pluralité des sources du droit 70

I.2.3.1. Droit et sources morales 70

I.2.3.2. Droit et normes sociétales 94

I.2.3.3. Le droit et les sources culturelles 100

Conclusion **114**

Chap. II. La théorie du droit de Ronald Dworkin **117**

Introduction **117**

II.1. La théorie dworkinienne des principes **121**

II.1.1. Les contextes de l'émergence de la théorie de Ronald Dworkin 122

Formation académique 123

La société juridique de Ronald Dworkin 125

Le rôle et la place des institutions dans le domaine du droit américain . 126

La place du juge dans le droit de la Common Law et le droit américain . 127

II.1.2. Les principes de justice selon Ronald Dworkin 129

II.1.2.1. Définitions 129

II.1.2.2. L'autorité de la loi et les droits individuels 132

II.1.2.3. Principes politiques et principes de justice 134

II.2. Théorie de l'interprétation de Dworkin **139**

II.2.1. Que signifie interprétation ? 140

II.2.2. L'interprétation comme méthode juridique et judiciaire 140

II.2.3. L'interprétation vis-à-vis de la normativité juridique 142

II.2.3.1. La méthode d'interprétation constructive 143

II.2.3.2. La législation est-elle la pratique du droit ou sa justification ? ... 145

II.2.4. Le point controversé : cas juridiques difficiles 146

II.2.5. La théorie de la cohérence narrative selon Dworkin 147

II.2.5.1. Qu'entend-on par cohérence narrative en droit ? 147

II.2.5.2. La métaphore du roman à la chaîne 149

II.2.5.3. Présupposés esthétiques et politiques 151

II.3. La théorie dworkinienne du droit-intégrité **154**

II.3.1. Le concept d'intégrité 154

II.3.2. Les critiques de Dworkin contre le positivisme juridique 157

II.3.3. Principes moraux et droits subjectifs 158

II.3.4. La pratique juridique et sa justification 161

II.3.5. Le caractère dialogique de la pensée de Dworkin 162

II.3.6. Le droit comparé à l'œuvre littéraire 164

II.3.7. Le pouvoir discrétionnaire du juge et les principes du droit ... 165

II.3.8. Principes dworkiniens du droit et principes généraux du droit conventionnel 166

II.3.9. Dépassement du modèle dworkinien 166

Conclusion **167**

Chap. III. Gacaca dans le système traditionnel rwandais de justice 169
Introduction..... 169
III.1. Les fondements du système traditionnel rwandais de justice 172
III.1.1. Fondement historique du droit et de la justice rwandaise 173
III. 1.1.1. Difficultés des données historiographiques du Rwanda 174
III.1.1.2. Sources historiques de la justice rwandaise 179
III.1.1.3. Philosophie du droit et philosophie politique rwandaise 190
III.1.1.4. L'anomie de la période coloniale- L'absence d'un système de droit et de justice légitime et efficace 199
III.1.2. Fondements de l'éthos et justice rwandaise traditionnelle 203
III.1.2.1. La cosmogonie rwandaise 205
III.1.2.2. Matrices du lien social 206
III.1.2.3. Les valeurs morales fondatrices de la société/culture rwandaise ancienne 214
III.1.3. Fondement juridique de la justice rwandaise traditionnelle 216
III.1.3.1. Le système de droit et de justice 218
III.1.3.2. Organisation judiciaire rwandaise précoloniale 227
III.2. Gacaca dans l'univers de la justice rwandaise traditionnelle 229
III.2.1. Nature et caractéristiques de gacaca traditionnel 231
III.2.1.1. Gacaca comme système juridique et comme institution de justice 231
III.2.1.2. Éléments caractéristiques de la juridiction gacaca traditionnelle. Instances judiciaires Gacaca 236
III.2.2.Gacaca et ses caractéristiques 243
III.2.2.1. Gacaca comme instance éthico-juridique 245
III.2.2.2. Gacaca comme système de reconstruction de la société 246
III.3. Gacaca comme mode de régulation juridique 247
III.3.1. La régulation de la société 250
III.3.2. Gacaca comme justice de type restauratif 251
III.3.2.1. Les piliers de la justice reconstructive 252
III.3.2.3. Le modèle restauratif gacaca ou la justice reconstructive 252
III.3.2.4. Gacaca comme justice participative et de proximité 253
III.3.3. Apport des sources du droit 254
III.3.4. Problème de méthode 255
Conclusion 257
Chap. IV. Modèle réformé de justice gacaca 261

Introduction....261
IV.1. Justice pénale post génocide au Rwanda....263
IV.1.1. Le contexte global de la société rwandaise au sortir du génocide et de la guerre....263
IV.1.1.1. Le défi d'ordre social....265
IV.1.1.2. Le défi d'ordre politique....265
IV.1.1.3. Le défi économique....266
IV.1.1.4. Le défi de la justice....266
IV.1.2. Les caractéristiques spécifiques du génocide des Tutsi au Rwanda et ses conséquences....267
IV.1.2.1. Crime d'État....269
IV.1.2.2. Génocide populaire – Le crime de masse....269
IV.1.2.3. Génocide de proximité....271
IV.1.2.4. Génocide reconnu par sa rapide exécution....271
IV.1.2.5. Génocide délibérément mal annoncé....272
IV.1.2.6. Un génocide marqué par une polarisation ethnique....272
IV.1.3. Solution à la crise et évolution de la justice....272
IV.1.3.1. Mise en place des juridictions....273
IV.1.3.2. L'évolution de la législation interne et la mise en place de juridictions gacaca....274
IV.1.4. L'institutionnalisation des juridictions gacaca néo-traditionnelles....275
IV.1.4.1. Les lois régissant les juridictions gacaca....277
IV.1.4.2. Les objectifs poursuivis par les juridictions populaires gacaca. 281
IV.2. La jurisprudence gacaca....282
IV.2.1. Le déroulement des activités de gacaca....285
IV.2.1.1. Phase de collecte d'informations....285
IV.2.1.2. Phase- pilote....286
IV.2.1.3. Le lancement des activités proprement dites....287
IV.2.2. Analyse juridique de quelques procès jugés par gacaca....288
IV.2.2.1. Le procès de Rwicaninyoni Ismaël Simon....288
IV.2.2.2. Le procès de Mariyabwana Wellars....290
IV.2.2.3. Le procès de Mugenga Laurent....292
IV.3. Analyse critique des résultats de la justice gacaca....294
IV.3.1. Portée et faiblesses de cette justice....295
IV.3.1.1. La portée de la loi gacaca....295
IV.3.1.2. Sur le plan de son application....301
IV.3.1.3. Failles des juridictions gacaca....303
IV.3.2. Analyse critique des objectifs des juridictions gacaca et de leur réalisation....305

IV.3.3. Justice pénale du droit positif et justification de gacaca 306
IV.3.4. Caractère dynamique du modèle juridique gacaca.....307
IV.3.5. Gacaca et les autres moyens de résolution des conflits.....308
IV.3.5.1. Gacaca et la justice transitionnelle 309
IV.3.5.2. Gacaca et les Comités des Conciliateurs 309
IV.3.5.3. Gacaca comme système rwandais de droit et de justice 311
IV.3.5.4. Contribution de gacaca au niveau institutionnel..... 311
IV.3.5.5. Portée et limites 312
IV.4. Apport de la théorie des sources et de l'approche interprétative de Dworkin aux composantes de la culture rwandaise 314
IV.4.1. Le défi épistémologique.....315
IV.4.2. Contradiction entre le droit colonial et la justice du point de vue des sources.....315
IV.4.3. Théorie de Dworkin au regard de la littérature juridique d'Alexis Kagame.....318
Conclusion.....323

Chap.V. Modèle pour une dynamique africaine du droit et de la justice 325
Introduction.....325
V.1. À la recherche des sources et des méthodes 327
V.1.1. Les sources du modèle en question.....328
V.1.1.1. Pluralité des sources juridiques 328
V.1.1.2. Le principe du pluralisme normatif..... 331
V.1.1.3. Légitimité des sources du modèle dynamique du droit..... 337
V.1.1.4. Gacaca néo-traditionnel suivant la théorie de Dworkin 344
V.1.1.5. Système des débats délibératif comme forme de participation à la construction du modèle juridique 349
V.1.2. Problème de méthode 351
V.1.2.1. Méthode constructive dworkinienne 351
V.1.2.2. Apport de la théorie dworkiniemnne de la méthode..... 351
V.1.2.3. La méthode procédurale et le décentrement du juge 356
V.1.2.4. Méthode interdisciplinaire ou pluraliste..... 357
V.2. Modèle dynamique africain du droit et de la justice 360
V.2.1. Le modèle gacaca néo-traditionnel.....361
V.2.1.1. Nature du modèle..... 362
V.2.1.2. Caractéristiques du modèle..... 363
V.2.2. La déconstruction du phénomène juridique.....363
V.2.2.1. Le décentrement culturel et juridique..... 364

V.2.2.2. Révision des concepts et du langage 365
V.2.2.3. La vision africaine de la justice 367
V.2.2.4. La pratique juridique interne de l'Afrique 368
V.2.3. Élaboration du nouveau modèle juridique 370
V.2.3.1. Nature et caractéristiques du modèle 370
V.2.3.2. De la pluralité à la modélisation 371
V.2.3.3. Modèle pour une justice communautaire 374
V.2.3.4. Le rôle de l'État et le facteur contextuel : le pragmatisme rwandais 383
V.2.3.5. Des principes de justice 384
V.2.3.6. Système juridique positif comme frein à la dynamique juridique 385
V.2.3.7. Problématique de la méthode interdisciplinaire 387
V.2.3.8. Méthode d'interprétation suivant ce nouveau modèle 389
V.3. Application du modèle dynamique africain du droit et de justice 390
V.3.1. Du point de vue des sources 390
V.3.2. Du point de vue de la méthode 391
V.3.3. Du point de vue des structures juridictionnelles 392
V.3.3.1. Juridictions 392
V.3.3.2. Jurys populaires 392
V.3.3.3. Juges 393
V.3.4. Cadres d'exécution de la justice communautaire 393
V.3.4.1. Objectifs 394
V.3.4.2. Mode de gestion 394
V.3.4.3. Moyens 394
V.3.4.4. Qualités de juges 394
V.3.4.5. Compétences et ressort des comités de justice 394
V.3.5. Du point de vue des effets de la restauration des liens sociaux 395
Conclusion 396

Chap. VI. Modèle juridique contextuel 399
Introduction 399
VI.1. Brève présentation des débats 400
VI.1.1. Plaidoyers de gacaca : généalogie, élaboration et jurisprudence 401
VI.1.2. Présentation des positions critiques à l'égard de la justice gacaca : objectifs de gacaca 403
VI.2. Positionnement critique et acquis de gacaca 405

VI.2.1. Fondement justificatif des positions favorables à la justice gacaca....406
VI.2.2. Fondement justificatif des positions contre gacaca 407
VI.2.3. Évaluation de gacaca à l'égard la justice pénale restaurative 408
VI.2.3.1. La justice.... 410
VI.2.3.2. La réconciliation.... 410
VI.2.3.3. La reconstruction de la société.... 411
VI.3. Point de vue théorique....411
VI.3.1. Pluralisme juridique et pragmatique 411
VI.3.1.1. Méthodologie du pluralisme pragmatique et téléologique.... 413
VI.3.1.2. Le pragmatisme téléologique.... 414
VI.3.2. Du pluralisme pragmatique à l'herméneutique constructiviste 420
1. Rôle épistémologique de l'approche téléologique.... 422
2. Herméneutique constructiviste et téléologique 425
3. Système du droit dynamique et contextuel pour une justice adaptée. 427
4. L'évolution de la légalité en droit en Afrique.... 428
5. De la souveraineté populaire à la souveraineté du juge 429
6. La problématique linguistique.... 432
7. L'impératif de cohabitation.... 433
Conclusion....434
Conclusion générale.... 437
Bibliographie.... 445

À toutes les victimes, à toutes et tous les rescapés du génocide contre les Tutsi rwandais

Aux Justes

Le juste poussera comme un palmier,
il grandira comme un cèdre du Liban

(Bible, Psaume 92 :13)

Remerciements

Au terme de cette thèse de doctorat, j'ai l'honneur et le plaisir d'exprimer ma profonde gratitude aux personnes qui ont concouru à sa réalisation.

Je tiens en tout premier lieu, et d'une manière très profonde, à remercier Marc Maesschalck pour sa disponibilité et son accompagnement, pas à pas, du début jusqu'à la fin de la rédaction de ce travail. Il m'a en outre soutenu, depuis le début, dans toutes les démarches pour obtenir le financement de mon séjour d'études ici en Belgique, à Louvain-la-Neuve. Qu'il trouve ici l'expression de ma sincère gratitude.

Ma profonde reconnaissance s'adresse aussi et particulièrement à l'Université Catholique de Louvain, par le canal de l'Institut Supérieur de Philosophie et le Centre de Philosophie du droit, qui m'a accueilli en qualité de chercheur. Grâce au Président de l'ISP, Jean-Michel Counet, j'ai bénéficié des avantages matériels et d'un encadrement social dont j'avais besoin pour mener ma recherche. Je remercie aussi les collègues de l'ISP, aussi bien académique qu'administrative, en particulier Madame Laetitia Summar pour son aide dans les démarches qui m'ont permis d'obtenir un financement de l'UCL dans les derniers mois de ma thèse.

Je tiens également à adresser ma reconnaissance au gouverment du Rwanda, mon pays, par le canal du Rwanda Education Board, qui m'a octroyé une bourse d'études pendant trois ans, ici à l'Univesité Catholique de Louvain. Que les autorités de l'ambassade du Rwanda à Bruxelles trouvent ici ma profonde gratitude, pour les assistances multiples qu'ils m'ont accordées.

Je ne saurais envisager la fin de ce travail sans penser aux sacrifices énormes de ma famille : mon épouse Nyirabeza Béatrice, nos enfants Ngarukiye Gratien, Mugabe Evariste, Maliza Catherine, Mutsinzi Jean-Baptiste, Maniragaba David et Munezero Esther. Ils ont enduré l'épreuve de mon absence pendant longtemps. Qu'ils trouvent en cette occasion, l'expression de mon profond attachement.

Mes paroles de remerciement s'adressent également aux personnes qui m'ont apporté leur concours dans la correction de mon manuscrit. Je pense à Madame Marie Bronchart et à Jean Mukimbi qui ont relu mon manuscrit. Je remercie aussi Madame Claire Legreve et Josianne Alénus, respectivement pour la mise en forme et l'impression de ce travail de thèse.

Je tiens aussi à exprimer ma gratitude aux collègues du Centre de philosophie du droit avec qui nous avons partagé des moments d'échanges académiques lors des séminaires de doctorat. Je pense particulièrement à Oleg Bernandez et à Ewa Staziak pour l'aide précieuse qu'ils m'ont apportée. Qu'ils trouvent ici l'expression de mon profond attachement.

Je ne saurais terminer sans remercier mes amis et connaissances rencontrés lors de mon séjour de recherhe doctorale ici à Louvain-la-Neuve. Je pense à certaines familles, sans citer leur nom, et au groupe de prière protestant de Lauzelles. Que le terme de cette thèse soit l'occasion de rappeler l'amitié sincère qui a caractérisé nos relations tout au long de ce séjour qui s'achève.

Sigles et abréviations

- ASF: Avocats Sans Frontières
- CCM : Center of Conflict Management
- CERCHOSH: Centre d'Etudes et des Recherches Contemporaines en Sciences Humaines
- CNLG : Commission Nationale de Lutte contre le Génocide
- HRW: Human Right Watch
- LO : Loi Organique
- MINESPOC : Ministère de Sport et de la Culture
- MINUAR : Mission des Nations-Unies au Rwanda
- NCUR : National Commission of Unity and Reconciliation
- JORR:
- ONU : Organisation des Nations-Unies
- PRI : Penal Reform International
- SNJG : Service National des Juridictions Gacaca
- TIG : Travaux d'Intérêt Général
- TPIR : Tribunal Pénal International pour le Rwanda,
- UNR : Université Nationale du Rwanda

Résumé

Le génocide perpétré contre les Tutsi au Rwanda en 1994 a engendré une situation de profonde crise multiforme, et notamment en matière de justice. Après l'échec de la justice pénale classique, face à l'ampleur des atrocités commises, le gouvernement rwandais post-génocide a mis en place la justice traditionnelle Gacaca réformée. Son objectif consistait à juger tous les auteurs de ce crime. C'est cette justice qui constitue l'objet de notre d'étude.

En effet, notre travail de recherche part d'une problématique centrale, celle de l'inadéquation du droit positiviste par rapport aux réalités sociojuridiques en Afrique et particulièrement au Rwanda. Ce questionnement nous conduit à proposer l'élaboration d'un modèle de droit et de justice pouvant permettre d'asseoir des bases juridiques adéquates et contextuelles, susceptibles de résoudre les multiples défis de justice dans ce continent. Le modèle en question est celui de Gacaca, doté de sources et de méthodes juridiques qui lui permettent de parvenir à ces objectifs. Notre thématique s'inscrit dans le domaine du pluralisme juridique. Ce domaine intègre une diversité de systèmes et de théories juridiques susceptibles de fournir des éléments de réponse aux questions sociopolitiques et juridiques multiples. La méthodologie que nous mettons en œuvre est d'ordre multidisciplinaire. Elle est constituée par : la description des faits socio-historiques et juridiques de la société rwandaise et africaine en général, l'herméneutique des faits de la culture et l'analyse critique des faits décrits. Le cadre théorique qui nous permet de mener cette étude est celui de la théorie juridico-philosophique de Ronald Dworkin. Cette théorie comprend des objets juridiques constitués d'une part des sources formelles du droit et des principes moraux et d'autre part de la méthode herméneutique constructive. En outre, la théorie juridique dworkinenne d'intégrité nous permet, d'abord, de critiquer le positivisme juridique, notamment celui de la version de Hans Kelsen. Ensuite, elle nous aide à creuser le fond de la culture rwandaise en vue d'y puiser les sources du droit et de la justice traditionnelle. Enfin, cette théorie nous permet d'édifier un nouveau modèle. Le modèle élaboré à partir des sources plurielles et de la méthode herméneutique et pragmatique, de visée téléologique, est à la fois un modèle de justice et un paradigme de recherche juridique, pertinent pour le continent africain.

Abstract

The genocide committed against the Tutsi in Rwanda in 1994 led to a deep and multiform crisis, namely concerning the justice. After the failure of classical penal justice, in front of the extent of the atrocities commited, the post-genocide Rwanda government organized the traditional reformed GACACA justice (pronounced *Gatchatch*a). Its double objective included the judgment of all the authors of this crime and the reinstatement of the worn out social cohesion. This justice constitutes the subject of our work.

Our Phd Thesis starts indeed from the central issue of the incompatibility of positivist law in relation with sociojudicial realities in Africa and particularly in Rwanda. This questioning leads us to propose the development of a model of law and justice allowing to set up appropriate and contextual legal bases, liable to resolve the multiple challenges of the justice in this continent. This model of Gacaca is endowed with judicial sources and methods allowing it to reach these objectives. Our topic is in line with judicial pluralism. This field includes a diversity of judicial systems and theories liable to provide parts of the answer to the various sociopolitical and judicial questions. We implemented a multidisciplinary methodology consisting of the description of socio-historical and judicial facts about Rwanda and Africa society in general, the hermeneutics of the cultural facts and the critical analysis of the facts described. The theoretical framework allowing us to carry out this study is the Ronald Dworkin's legal and philosophical theory. This theory includes on one hand the formal sources of law and the moral principles, and on the other hand the constructive hermeneutic method. Additionally, the Dworkin's judicial theory of integrity firstly allows us to criticize the judicial positivism, namely the Hans Kelsen version. It next helps us to look deeper into the culture of Rwanda in order to get there the sources of law and of traditional justice. This theory finally allows us to build a new model. The model created using the plural sources and the hermeneutic and pragmatic method, with teleological aim, is both a model of justice and a paradigm of judicial research, relevant for the African continent.

Introduction générale

La question de l'inadéquation entre le modèle de justice et le système de droit est, en Afrique, autant une des plus actuelles qu'une des plus cruciales. Comment, dans ces conditions, le droit pourrait-il permettre une bonne justice ? La science juridique en Afrique est-elle compatible avec le système de justice dans ce continent ? Ni l'un ni l'autre ne trouve son origine en Afrique. L'Afrique avait pourtant, de tout temps, son propre système de justice. Mais celui-ci a été rejeté et totalement abandonné à l'époque coloniale.

Formés au droit occidental, les juristes africains n'ont pas eu la volonté ou la capacité d'intégrer et réinterpréter le système africain de justice pour la renouveler, à partir des connaissances acquises dans la science juridique étudiée. C'est de là que vient l'hypothèque qui, encore aujourd'hui pèse sur le système juridique africain, empêchant ainsi, une justice véritable et légitime dans ce continent.

Parvenir à l'objectif de la remédiation exige de repenser, de fond en comble, la science juridique et la justice en Afrique. C'est là le point de départ pour arriver à l'élaboration d'un système de justice qui réponde aux aspirations les plus profondes de la société africaine : adéquation avec la situation socio-juridique, conformité aux mœurs, etc.

Dans ce sens et dans ce cadre, le présent travail de thèse entend mener une recherche sur *GACACA* (pronnoncez GATCHATCHA), celui-ci étant un système de droit et de justice en passe de modernisation.

Notre entreprise consistera dans une analyse critique qui, à terme conduirait à un modèle de justice appréciable. Pour nous situer sur le plan de la généralité, nous partons de l'hypothèse que les mutliples crises du monde africain s'expliquent en partie par des causes parmi lesquelles on trouve des facteurs historiques et socio-anthropologiques.

Pour en donner un des exemples patents, le génocide perpétré contre les Tutsi du Rwanda, ainsi que ses conséquences, s'expliquent, pour une bonne

ou large part, par des phénomènes historiques entremêlés ou enchevêtrés : aliénation culturelle liée à la colonisation, récupération de l'ethnogenèse de l'époque coloniale par les pouvoirs politiques ultérieurs, etc.

Parmi les problématiques qui apparaissent sur cet axe de temps, et qui peuvent recevoir des explications de nature socio-anthropologique et juridique, le génocide des Tutsi occupe une place de choix. C'est de ce contexte qu'émergera Gacaca, pour tenter de répondre aux problèmes inhérents à ce crime.

Gacaca implique, dès lors, une justice populaire et de proximité, pour le rétablissement de la vérité, en vue de la justice sous le mode transitionnel, et de la restauration des relations sociales rompues. Ces différents éléments ont fait de gacaca une justice rwandaise qui a permis aussi d'accélérer les procès qui étaient depuis une dizaine d'années en attente de jugement. Gacaca a aussi concoru à la lutte contre la culture de l'impunité entretenue par les régimes politiques[1] qui ont préparé et exécuté le plan du génocide.

Après le génocide des Tutsi rwandais en 1994, l'une des questions urgentes qui se posaient, était celle de la reconstruction de tous les secteurs de la vie nationale qui était totalement détruits. Après la mise en place du gouvernement, le 19/07/1994, en plus du rétablissement des instances du gouvernement, il se posait aussi un problème crucial, celui de la justice. Fallait-il laisser impuni le crime du génocide ou fallait-il organiser les poursuites des responsables ou de tous les présumés auteurs de ce crime de masse ? De quels moyens matériels et humains dont disposait le nouveau gouvernement pour faire face à tous ces défis ?

Voilà qui a incité le gouvernent rwandais à la recherche des solutions à une crise dont on saisit la complexité. Giganteque, cette justice nécessitera de faire participer des acteurs[2] tant internes qu'externes. Il importe de

[1] Les régimes de Grégoire Kayibanda qui a pris le pouvoir après l'indépendance du 1er juillet 1961 et celui de Juvénal Habyarimana qui lui a succédé après un poutch, ont perpétué l'idéologie divisionniste. Cette dernière a généré des massacres ant-tutsi à des périodes différentes sans aucune poursuite contre leurs auteurs.

[2] Les hautes autorités du pays et les différents acteurs nationaux et étrangers se sont réunis au Village Urugwiro, nom du lieu de la présidence de la République du Rwanda, pour étudier la question urgente de la justice postgénocide. Ces réunions se sont tenues du 9 mai 1998 au 13 mai 1999. C'est au cours de ces différentes réunions que le projet de la justice

signaler qu'au Rwanda, malgré la ratification par le gouvernement déchu de la loi réprimant le crime de génocide, rien n'était prévu comme sanction contre ce crime. Il fallait tout élaborer : la loi et les institutions, ainsi que la mise en place du personnel requis pour résoudre ce problème. Mais une question revenait : celle de trouver la capacité matérielle et humaine pour l'organisation de cette grande entreprise de la justice.

> Nous serons ainsi amenés lors de cet essai, à étudier davantage la relation entre les choses que le contenu des choses elles-mêmes (.) Cette démarche nous amènera à franchir constamment cette barrière qui sépare artificiellement la science du droit de la sociologie, de la sociologie juridique, voire de l'histoire. Il s'agit avant tout de réconcilier le droit avec son objet au sein d'une étude globale[3].

En effet, la recherche portant sur la question de la justice concernant le crime du génocide et d'autres crimes contre l'humanité liés au génocide est un travail complexe qui mobilise divers domaines du savoir humain ainsi que la profondeur et la totalité de l'homme, là où la mort injuste a touché de plein fouet tant l'espace social que des individus particuliers. Tel est le cas de notre travail dont il est question dans ce sujet que nous envisageons d'entreprendre.

En effet, le phénomène du génocide manque de mots pour exprimer ses actes et leurs effets/conséquences, pour dire l'impact sur l'existence toute entière lorsque l'on y revient par la mémoire ou par une tentative d'analyse comme celle-ci. L'existence humaine et la coexistence des sujets humains se trouvent impliqués dans la nudité du visage comme disait Emmanuel Levinas[4].

Comment est-il possible de séparer la justice de ce qui est cher dans l'humain lorsqu'il s'agit d'envisager la justice dans son sens classique, qui résulte du droit formel avec tout le dispositif que ce droit positif comporte ? Comment, dans ce sens concevoir un droit qui n'appelle pas la raison et les

---

gacaca est né. Il a été soigneusement étudié et soumis au Parlement qui a voté la loi sur la justice gacaca.

[3] Serge Diebolt, *Le droit en mouvement. Eléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse de doctorat, Université de Paris X- Nanterre, 1990, p. 6.

[4] Emmanuel Levinas, *Totalité et infini. Essai sur l'extériorité,* Martinus Nijhoff, La Haye, 1971, p. 163.

sentiments, qui ne concilie pas justice et affectivité, qui n'associe pas le droit au souvenir des vies injustement brisées et qui ne met pas les victimes meurtries par les injustices subies face à leurs bourreaux, parfois indifférents vis-à-vis de ce qu'ils confessent ?

Le travail sur la justice à rendre à la société rwandaise, victime du mal tragique du génocide appelle la convocation non seulement des savoirs provenant des horizons multiples et différents. Il tente aussi de faire émerger tous les aspects de l'humain en nous pour réfléchir sur une justice digne de restituer la dignité des victimes mortes et des victimes vivantes qui pleurent sans fin la mort de leurs parents et qui se souviennent de cette injustice et de la mort, qui n'a pas cessé de les hanter dans leur intimité, étant donné qu'elle continue à arracher dans la victime de son intimité à la mémoire du mal dont les traces ne pourront jamais s'effacer. La recherche portant sur la justice gacaca entrevoit d'examiner toutes les facettes de la justice, tant celle qui résulte du positivisme juridique formaliste ou d'autres sphères du droit, tout ce qui converge vers un intérêt commun celui de s'interroger sur la mesure de la dignité humaine à être sauvegardée et protégée, tant celles de victimes mais aussi de l'humanité tout entière. Ceci nous permettra de nous appesantir sur des aspects tels que ceux des crimes contre l'humanité, en l'occurrence le génocide, qui ne se conçoit pas uniquement sous l'angle du droit positif, mais qui va plus en profondeur dans l'humanité de notre être en référence aux crimes que le concept rappelle.

Devant le défi du crime du génocide, l'objectivité et le formalisme du droit, se trouvent remis en question. C'est la raison d'être de la justice gacaca comme un autre mode de droit qui est à la fois justice au sens juridique, moral et politique qui dépasse la preuve des faits du droit judiciaire, mais qui appelle aussi la mémoire et la responsabilité de toute l'humanité, étant entendu que ce crime est un crime contre l'humanité comme l'ONU a essayé de le définir.

1. Intérêt et choix du sujet de notre étude

L'intérêt de la recherche concernant Gacaca est remarquable. D'abord, il s'inscrit dans la problématique du pluralisme juridique qui renoue avec la

question des limites du monisme positiviste du droit. Comme on peut le constater à partir des lectures de plusieurs auteurs, cette problématique ne cesse d'être reposée compte tenu des questions multiples, les unes liées aux mutations rapides des sociétés aujourd'hui et à la restructuration des États au niveau mondial[5]. Ensuite, dans le cadre du présent travail, l'innovation de gacaca est suscitée par le contexte rwandais post génocide. Il va sans dire que le dit contexte a soulevé de multiples interrogations, les unes liées à la nature juridique de sa justice pénale, les autres à sa compétence pour juger le crime du génocide, les autres encore à son application du point de vue de la procédure de ses tribunaux. Mais plus fondamentalement, se pose ici l'interrogation liée à la nature du droit en tant que tel pour notre temps. Toutes ces questions ont été posées ; des études ont été menées mais sans, pour autant, apporter des solutions satisfaisantes.

Voilà des interrogations qui, entre plusieurs autres, ont motivé notre choix de ce sujet. Mais, la question restait aussi au niveau du choix de l'angle qu'il fallait adopter pour s'attaquer à ce questionnement. Le choix déterminant est allé au fondement de la recherche de gacaca pour asseoir des résultats de recherche sur une base que nous estimons solide, qui est celui d'une étude qui ne porte pas uniquement sur la mise en application de gacaca comme l'ont montré beaucoup de questions soulevées par une grande littérature des ONG[6] et d'autres recherches allant dans le sens du droit positif. Nous avons plutôt, quant à nous, préféré aller à la racine non seulement de gacaca, mais du droit en général, pour voir si gacaca pourrait répondre aux critères d'un système juridique qui satisfait aux critères estimés pertinents ou solides et qui permettraient de le hisser à un niveau élevé de compétition sur la scène juridique du monde pluraliste du droit.

Il s'agit, d'autre part, de valoriser le droit en Afrique, qui n'a toujours pas pu se détacher du droit colonial des anciens pays métropolitains. Repenser le droit africain implique une tentative de recherche d'une remise en question non seulement de l'autonomie juridique des États africains, mais

[5] Nous considérons ici l'Union Européenne, l'Union Africaine et d'autres organisations régionales.

[6] Penal Reform International a produit une abondante littérature au sujet de l'évolution des juridictions gacaca jusqu'à sa clôture.

aussi, une auto-libération de ces États et la prise en main de leur destin comme nations autonomes dans tous les secteurs de la vie sociale du continent africain. Bien sûr, la mondialisation s'avère une vague puissante qui emporte les nations du monde aujourd'hui[7], mais en même temps nous assistons de l'autre côté à des revendications des identités des peuples et des nations ici et là dans le monde. Ceci apparaît comme une sorte de paradoxe dans notre monde, mais, disons tout simplement, qu'il s'agit d'une réalité que toutes les sociétés sont en train de traverser d'une manière plus visible aujourd'hui.

Il y a nécessité de concevoir la société politique sous l'angle d'une nation composée de groupes hétérogènes sur le plan ethnique ou régional. Ce facteur permet de comprendre dans quelle mesure le nouveau type de droit peut ou doit fonctionner dans un espace aussi vaste qui ne concerne pas un groupe tribal ou ethnique, mais la nation tout entière. Ici, la compréhension anthropologique du droit cède la place à la compréhension sociologique ou politique où les structures organisationnelles concernent plutôt le groupe global que des groupes restreints.

Comment en d'autres termes un type de droit peut-il à la fois répondre aux besoins de tous les groupes nationaux sans porter préjudice aux droits des individus ou de certains groupes particuliers ou minoritaires ? Si l'on admet que l'Afrique est constituée de groupes ethniques ayant des spécificités culturelles qui les distinguent les uns des autres, n'est-il pas difficile de trouver un terrain d'entente où les droits des uns ne vont pas porter atteinte aux droits des autres ? Cette question peut trouver la réponse si on l'analyse sur le plan plus concret et restreint, peut–être en partant d'une analyse des cas. L'importance de la justice ou du droit participatif qui permet à la population de prendre part à sa justice, à la reconnaissance des droits individuels par les textes des lois et les tribunaux, serait une des solutions souhaitées.

[7] Ulrich Beck, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme* ? Aubier, Paris, 2006.

2. Problématique de la recherche

De la justice au droit, il y a une relation de la fin aux moyens[8]. C'est cette relation que nous voulons analyser dans ce travail en vue de tester la contribution de la justice rwandaise au droit africain. Cette justice rwandaise dite gacaca est une nouveauté pour le Rwanda et pour l'Afrique en général par l'apport qu'elle a pu donner au domaine du droit post-génocide au Rwanda. Pour y arriver nous ferons une autopsie.

En effet, l'Afrique se caractérise par une profonde crise multiforme depuis la colonisation jusqu'à ce jour : crises politiques, économiques, socioculturelles auxquelles s'ajoute une forte dépendance sur le plan juridique, marquée par le droit hérité du passé colonial. Le sommet culminant de ces crises est le génocide au Rwanda perpétré contre les Tutsi en 1994.

Le génocide au Rwanda a été perpétré non seulement par un État qui revendiquait le statut d'un État de droit mais aussi il a été mis en exécution en présence de la MINUAR (Mission de Nations-Unies au Rwanda). Ceci reflète la double crise du droit en Afrique ; crise à la fois du droit national et international. D'un côté, certains États du monde et d'Afrique en particulier, prétendent être des États de droit alors qu'ils violent les droits fondamentaux de leurs citoyens. De l'autre, le droit international, droit commun à tous les États et qui définit les principes de base de la protection des droits humains, se présente sous l'angle visible de sa faiblesse quand il s'agit de se déterminer tant sur le droit que sur son applicabilité sur des questions qui mettent en jeu les droits fondamentaux des peuples en ce qui concerne les missions de l'ONU dans le monde. Ici aussi, nous faisons allusion au Tribunal Pénal International pour le Rwanda, tribunal qui accuse les mêmes faiblesses que celles de la MINUAR. Institué pour juger les personnes suspectes d'implication dans le génocide des Tutsi Rwandais, le TPIR a manqué à sa mission lorsqu'on examine le nombre de présumés coupable du crime du génocide et d'autres crimes qui lui sont liés, qu'il a

[8] François Terré, *Préface*, in « Individu et justice sociale : au tour de John Rawls », Seuil, 1988, pp. 9-20, p. 11.

déjà jugés[9] par rapport au nombre d'années de son institution et du budget qui lui est alloué.

Toutes ces crises sont liées à plusieurs facteurs, exogènes et endogènes, et peuvent trouver des explications aussi diverses. D'où nous nous interrogeons sur la possibilité du droit en Afrique, c'est-à-dire un mode de droit qui s'enracine dans les réalités et les expériences socio-historiques africaines, capable d'apporter des solutions de justice aux crises auxquelles le continent fait face aujourd'hui.

Questions de recherche

Comment gacaca peut-elle fonder la justice en Afrique et au Rwanda en particulier ?

Comment la justice gacaca peut-elle féconder les systèmes de droit rwandais et africain en général ?

En d'autres termes, dans quelle mesure, partant de la théorie du droit de Ronald Dworkin, gacaca peut-elle fonder le droit africain en général et le droit rwandais en particulier ?

Y a-t-il possibilité de fonder le droit tant dans sa forme que dans son contenu à partir de la justice propre aux réalités et expériences proprement africaines ? À quelles conditions ceci serait-il possible ?

Comment les systèmes divers de droit en Afrique pourraient-ils être ramenés au fondement juridique commun ? En d'autres termes comment construire une théorie du droit commune aux systèmes juridiques africains qui apparaissent comme disparates ?

Comment les juridictions gacaca peuvent-elles devenir des tribunaux d'une justice permanente ?

Ces questions constituent la trame de notre travail.

---

[9] « Raport de Nations-Unies. Note de sysntèse », in *Programme d'information sur le génocide au Rwanda*, http://unictr.unmict.org/fr/tribunal. Figurent dans ce rapport sur les travaux du TPIR, le nombre de 92 de personnes accusées, parmi lesquelles 43 personnes seulement ont été jugées, depuis janvier 1997 jusqu'en décembre 2012.

3. Hypothèse de travail

Dans notre travail nous voulons examiner le rapport entre le droit et la justice, rapport qui est celui du moyen à la fin, le droit étant le moyen tandis que la justice est la fin, et cette fin est celle qui trouve son fondement dans la morale ou l'éthique.

Nous voulons, en d'autres termes, comprendre cette relation entre le droit et la justice à travers la théorie de Dworkin du droit-intégrité. Cette théorie soutient le pluralisme juridique à fondement éthique comme adaptée à la société postmoderne. Ce qui nous intéresse, une fois de plus pour nous ressourcer dans la théorie de Dworkin, c'est son adéquation entre le droit et la morale, ou entre la justice légale et l'éthique. Cette relation étroite entre le droit et la morale est un point cher à Dworkin, c'est pourquoi nous espérons qu'elle nous inspirera d'une manière fructueuse dans la compréhension de gacaca comme justice à base éthique culturelle.

Vouloir réfléchir sur le droit et la justice en Afrique implique un choix délibéré. Il s'agit, avons-nous dit, d'une tentative de recherche concernant le rôle du droit et de la justice dans les différentes expériences historico-politiques, socioculturelles et juridiques de la réalité sociale africaine. Il s'agit, en d'autres termes, de s'interroger sur la possibilité des systèmes de droit et de justice propres à l'Afrique capables et efficaces pour aider les peuples africains à parvenir à une véritable révolution et à une autonomie dans tous les aspects : politique, économique, socio culturel, etc.

Pour y parvenir, il faut tenter une étude de la question de la justice africaine, étude qui apporte l'éclairage sur tous ces défis dans le but de proposer des voies de solution susceptibles de révolutionner le droit (et les systèmes juridiques) ainsi que la justice du continent africain.

La préoccupation qui nous anime dans cette recherche est en effet double : d'abord examiner le fondement du droit continuellement remis en question surtout à l'heure actuelle, où les critiques du courant postmoderniste ne ménagent aucun domaine du savoir y compris le statut des sciences sociales en général et le droit en particulier tenant compte de

son objet qui ne requiert pas l'unanimité de tous les théoriciens du droit[10]. En second lieu, examiner les raisons pour lesquelles le droit en Afrique ne permet pas à ce continent de parvenir à une véritable révolution souhaitée par les Africains. Il apparaît, selon nous, que le monisme du droit positiviste a entraîné l'ineffectivité du droit Afrique. C'est pourquoi nous espérons que le recours au pluralisme juridique, paradigme aujourd'hui soutenu serait un bien pour ce continent. Ce pluralisme juridique favoriserait l'élaboration de théories plus adéquates pour faire face aux conflits qui ruinent l'Afrique.

Le pluralisme juridique que nous avons voulu étudier est celui de la justice rwandaise appelée gacaca. Pour mener cette étude nous partirons de la théorie du droit du philosophe Dworkin, philosophe américain qui a tenté une articulation du droit à la morale comme fondement d'une justice légitime pour notre temps. Concevoir un nouveau type de droit, qui ne repose pas strictement sur un positivisme juridique pur, mais qui tient compte des expériences diverses des Africains, est à notre avis une tâche importante. Celui-ci devrait s'inspirer des systèmes de justice africains traditionnels.

Il va de soi que ce modèle de droit, nouveau pour l'Afrique ne devrait pas ignorer le positivisme, néanmoins il devrait intégrer les éléments du positivisme qu'il jugerait adéquats pour son renforcement comme système à la fois du droit et de la justice, étant bien entendu l'exigence actuelle de l'humanité devenue désormais multiculturelle. Le pluralisme juridique africain accorderait plus de priorité aux principes et valeurs des sociétés africaines et parviendrait à les intégrer dans des systèmes juridiques cohérents.

Pour parvenir à l'objectif que nous nous sommes fixé, nous avons choisi de partir de l'analyse de la théorie de Ronald Dworkin, en vue de chercher sa contribution dans notre analyse critique du système de justice gacaca en vue de la doter d'un dispositif théorique solide pour fonder le système de droit rwandais et africain.

---

[10] Bernard Chénot, « L'existentialisme et le Droit », in *Revue française de science politique*, 3ème année, n° 1, 1953, pp. 57-68.

Basée sur le principe d'intégrité et de la méthode d'interprétation, et appliquée au travail du juge, la théorie dworkinienne nous permettra de jeter l'éclairage sur gacaca, sous l'angle à la fois juridique et philosophique, à partir de la vision rwandaise de l'homme en société et de ses valeurs pouvant inspirer le droit rwandais mais aussi africain dans le but de chercher un fondement solide des systèmes juridiques et de justice africaine. Dans le souci de renouveler la pratique du droit, le philosophe Ronald Dworkin propose la théorie de l'interprétation constructive qui enracine, selon notre point de vue, la justice dans l'éthique des sociétés culturelles.

Partant de cela, nous examinerons dans quelles conditions gacaca pourrait être une justice qui fonde le droit rwandais et africain en général en opérant comme le modèle de justice de la communauté politique rwandaise ayant un fondement d'éthique culturelle.

En effet, le système de justice gacaca est une justice qui repose non sur la sanction comme dans le droit positif moderne, mais plutôt sur l'intégration au sein de la société de tous ses membres, et la sanction revêt généralement un caractère symbolique. C'est la raison fondamentale qui justifie le rapprochement avec la théorie de Dworkin. Comme nous l'avons signalé plus haut en établissant la relation entre la justice comme fondement et le droit comme instrument au service de la finalité de la justice, nous pensons que l'idéal de la justice gacaca pourra nous conduire à découvrir un droit correspondant à cette justice.

Nous puiserons principalement les données susceptibles de nous éclairer sur la vision traditionnelle de gacaca dans la philosophie africaine, notamment dans l'œuvre à la fois philosophique et socio-anthropologique réalisées par Alexis Kagame.

Gacaca comme justice rwandaise est à la fois une justice rétributive et restaurative, que ce soit celle avant la colonisation ou celle après le génocide des Tutsi rwandais en 1994 ; elle vise l'harmonie de la société et la réconciliation des parties en conflit, la réintégration du coupable au sein de la société, mais aussi elle vise la sanction du coupable pour ne pas favoriser l'impunité au sein de la société.

Comme justice dans la société rwandaise traditionnelle, gacaca a été réintroduite dans la société rwandaise après le génocide pour juger les

crimes du génocide, mais surtout pour faciliter la réconciliation en intégrant les auteurs du crime qui se sont repentis ou qui ont purgé leurs peines en subissant des sanctions généralement symboliques[11]. Suivant notre angle, nous voulons analyser cette justice en deux temps : d'abord en partant de ses origines (mode de fonctionnement dans le Rwanda précolonial avant l'imposition de la justice coloniale), et après comme justice susceptible de fonder le système du droit proprement africain telle qu'elle a permis de surmonter la crise de justice post-génocide.

En somme, notre travail porte sur le système à la fois juridique et de justice gacaca. Partant du pluralisme juridique explicité dans la théorie dworkinienne du droit, nous essayerons de mener une étude critique de la justice gacaca dans le but d'y puiser les éléments pouvant fonder le droit susceptible de résoudre les questions de justice pour l'Afrique d'aujourd'hui. À partir du moment où gacaca sera considéré comme un système solide capable de répondre aux questions épineuses de justice pour tous les temps, que ce soit de la société rwandaise précoloniale ou du Rwanda actuel, postérieur au génocide, il serait alors possible qu'il soit susceptible d'inspirer le droit, et il serait par conséquent possible de l'étendre aussi aux autres sociétés africaines compte tenu de contextes sociohistoriques et juridiques similaires.

4. Méthodologie de la recherche

Notre sujet, comme on peut le voir, est un sujet qui ne relève pas d'un seul domaine, mais il est un sujet qui embrasse des domaines divers, c'est-à-dire un sujet interdisciplinaire. Il embrasse les domaines tels que : la philosophie, le droit, l'anthropologie, la sociologie, l'histoire, etc. D'où aussi la complexité de notre démarche méthodologique.

En effet, notre démarche méthodologique sera à la fois critique et interprétative. Elle concernera des textes à caractère philosophique et socio-

[11] TIG signifie, travaux d'intérêt général ou des travaux communautaires, instaurés comme sanction alternative, infligée aux coupables du crime de génocide et autres crimes apparentés, qui se sont repentis et ont demandé pardon ou ceux qui ont plaidé coupable.

anthropologique, divers textes de lois ainsi que des données parfois de terrain qui pourront nous fournir des informations susceptibles de nous aider dans l'évolution de notre travail. La recherche de terrain nous permettra entre autres d'évaluer la consistance de quelques cas de jugements rendus par les tribunaux populaires de gacaca et la capacité des juges ''inyangamugayo''ou juges intègres, en qualité de juges de proximité. Ces cas nous serviront comme une illustration dans l'élaboration de notre modèle théorique.

En effet, notre travail concerne l'analyse critique de sources du droit. Pour ce faire, il ne s'agira pas de nous intéresser aux faits du droit, mais plutôt d'analyser le fondement de sources du droit, et de la justice de gacaca. Cette démarche méthodologique qui se situe sur le plan d'un discours plus général propre à la philosophie, nous aidera à nous détacher des phénomènes particuliers du domaine du droit. En d'autres termes, il ne s'agira pas pour nous de faire une étude descriptive et empirique du droit et des lois élaborées (étude technique de l'élaboration des lois) qui est le domaine des juristes, mais nous serons plutôt amenés à analyser d'une manière critique les principes à la base de l'élaboration de ces lois, tant des lois constitutionnelles que d'autres lois.

Les sources qui nous serviront de corpus d'analyse sont essentiellement des sources sociojuridiques et éthiques de la société traditionnelle rwandaise contenues dans l'univers culturel rwandais et africain en général. Il faut déjà rappeler que ces données sont à la fois historiques, éthiques, religieuses ou symboliques, ainsi que la vision du monde propre aux africains précoloniaux et qui ont inspiré les droits africains et les systèmes juridiques traditionnels africains.

Questions de méthodologie

Deux questions d'ordre méthodologique nous intéressent ici. La première consiste en ceci : faudra-t-il rattacher cette étude à la théorie du droit ou à la philosophie politique, c'est-à-dire à la question de la justice sociale au sens rawlsien ? Il s'agit d'une question méthodologique. Nous répondrons que nous voulons surtout orienter notre recherche dans le sens de la philosophie

du droit en examinant la justice par rapport au droit plutôt qu'en la rapprochant du pouvoir politique de la société.

La deuxième question porte sur la justice gacaca. Faudra-t-il voir gacaca sous l'angle de la justice restaurative ou sous l'angle de la théorie du droit-intégrité de Ronald Dworkin ? D'abord il ne s'agira pas de montrer que gacaca est une justice restaurative, car elle l'a toujours été depuis qu'elle existe comme institution de justice rwandaise. Cela ne constitue pas un objet important de démonstration. Il s'agira de montrer que Gacaca comme justice restaurative peut être expliquée par la théorie du droit de Dworkin, celle de l'intégrité ou *integrity* en Anglais.

En effet, dans la société rwandaise gacaca est une justice qui à la fois punit et réconcilie. Elle est surtout une justice qui repose non pas sur une loi au sens du droit positif, mais sur une justice basée sur les humains, construite autour des valeurs morales de la société (harmonie, solidarité, communion, intégration...). Ce type de droit ne viole pas le droit et les libertés individuelles au profit du groupe, au contraire, il tient compte à la fois de l'individu et du groupe en favorisant l'harmonie de tous dans la société. Cette conception de la justice trouve son explication dans la philosophie africaine de l'homme en société et nous permettra de comprendre la nature et le fonctionnement de la justice africaine traditionnelle qui, dans son fond est une justice intégratrice de la personne au sein de son groupe ou au sein de sa société. Nous verrons aussi dans quelle mesure gacaca est une justice intégratrice et de proximité.

Nous procéderons par un rapprochement entre la théorie de Dworkin et la théorie de justice Gacaca. La première concerne la théorie du droit dans le monde américain et la seconde est propre au contexte rwandais post-génocide. Nous essayerons d'éclairer la théorie de la justice gacaca en nous servant des outils d'explication de la théorie de Dworkin, et nous verrons dans quelle mesure cette approche nous permettra d'avancer dans notre recherche.

À la question de savoir si la théorie du droit-intégrité va se combiner avec la théorie de la justice intégratrice, nous pensons pouvoir répondre par l'affirmative, car l'approche que nous proposons est celle de la philosophie

du droit qui consiste à examiner la justice par rapport au droit plutôt que par rapport à la justice sociale qui relève de la philosophie politique.

Celle-ci est aussi la justification du choix de l'auteur, Ronald Dworkin. Il envisage le droit dans une orientation de la justice comme intégrité, c'est-à-dire dont le soubassement est moral. L'on peut dire que le sens que Dworkin donne au concept d'intégrité est celui des standards moraux qu'on peut retrouver dans toute société politique ou culturelle donnée.

5. Délimitation du sujet

Ce travail de recherche s'inscrit dans le domaine du pluralisme juridique étant donné qu'il est devenu un nouveau paradigme capable d'expliquer les questions liées à une grande diversité de problèmes et de recherche sur des points variés, et notamment sur le plan du droit. Il y a dans ce domaine de la diversité de systèmes juridiques et judiciaires, la diversité des théories scientifiques capables d'expliquer les questions sociopolitiques et juridiques d'une manière efficace ou du moins qui peuvent fournir des éléments d'analyse dans ce domaine. Le pluralisme, à notre avis, est un cadre d'analyse multidimensionnelle. La justification de ce paradigme nous introduit dans le contexte de la justice dans des multiples facettes y compris les formes traditionnelles, évidemment influencées d'une façon ou d'une autre par les formes modernes de justice.

Nous analyserons le droit du point de vue de son objet constitué des sources du droit et de la sa méthode. Les deux composantes sont envisagées sous un angle pluriel. Ce pluralisme nous aidera à chercher d'autres concepts pouvant nous servir encore d'outil théorique et des possibilités de sa mise en application à travers des institutions de justice.

Chap. I. Le droit et ses sources

Introduction

> Toute théorie juridique repose sur des présupposés ayant trait à la nature de l'être humain et de la société et aux croyances inspirant les notions de patrie, de culture, d'amour, de haine, de liberté, d'égalité, de fraternité, etc. Pour qu'une théorie quelconque soit persuasive, ses adhérents doivent justifier pourquoi leur vision des êtres humains et de la société est plus valable et plus viable - ou mène à une société plus libre, plus démocratique et plus juste - que la vision des autres[12].

L'objectif de départ de notre travail est d'analyser la problématique de la justice en rapport avec le droit. Certes, le concept de justice est un concept complexe et même polysémique, qui embrasse plusieurs domaines : la politique (on parle de la justice sociale), la morale (on parle de la justice comme valeur ou idéal moral) et le droit.

En effet, le droit revendique le concept de justice en tant que son attribut de telle sorte que ces deux concepts sont parfois pris l'un pour l'autre. Cependant la justice se sert du droit comme d'un instrument en vue d'un but élevé de la société : celui de l'harmonie sociale, du bien-être des personnes et de leurs droits. En d'autres mots, nous voulons savoir de quelle manière et sous quelle condition la justice constitue une finalité du droit et non l'inverse. Comment le droit peut-il servir d'instrument pour la justice ? Qu'est-ce que la justice dans le contexte juridique ?

Pour pouvoir répondre à cette interrogation essentielle, il importe de procéder d'abord à l'exploration de l'objet du droit, celui des sources, pour voir plus tard dans quelle mesure le droit serait susceptible de répondre pertinemment à notre désir de finalité en tant qu'harmonie de la société.

---

[12] MacDonald Roderick., « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », in *Les transformations du droit et la théorie normative du droit,* Colloque tenu le 16 mai 2001 à la Faculté de droit de l'Université Sherbrooke (69ème Congrès de l'ACFAS), p. 136.

Nous voulons donc étudier le droit sous l'angle à la fois juridique et philosophique pour examiner sa capacité d'opérationnalisation, tant sur le plan du discours que de son application pour parvenir à asseoir la justice. De manière plus claire, notre perspective veut examiner comment la construction théorique et l'application du droit visent comme finalité la justice sous tous ses aspects.

La justice sous l'angle juridique ou légal peut être analysée sous plusieurs aspects. Elle peut d'abord être regardée de l'intérieur, c'est-à-dire par rapport aux systèmes de droit moderne ou de droit étatique. Il s'agit de la justice comme institution. Les systèmes de droit moderne soulignent des différences, depuis les moins marquées jusqu'aux plus accentuées. Ceci retient particulièrement l'attention des théoriciens et des philosophes du droit : non seulement ils examinent les différences au sein de ces systèmes mais ils établissent aussi les limites du droit, à la fois au niveau du discours mais aussi au niveau de ses pratiques, spécialement à cette époque de bouleversements mondiaux dans des secteurs divers[13]. On peut souligner ici la problématique de la production du droit partant des sources et de l'efficacité des normes juridiques. Pour que l'Etat ne maintienne pas le monopole de la production des normes juridiques, d'autres instances sont mises sur pied, mettant en cause la conception existante du droit moderne.

Ensuite, le questionnement juridique peut s'ouvrir à la problématique (discours et pratiques) posée par son rapport à la morale. On observe ici un autre type de pluralisme juridique, non pas celui qui étudie le droit dans sa nature constitutive ou ontologique ou son épistémologie, mais par rapport à sa finalité, celle de résoudre les questions de société. Il s'agit donc d'une autre catégorie de questionnement juridique qui ouvre d'énormes horizons, non pas ceux de la signification des faits juridiques (celui de la question précédente), mais ceux de sa finalité.

[13] François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruxelles, 2002.

En troisième lieu, la problématique juridique s'ouvre à la question de la différence ou à celle de l'altérité[14]. C'est la relation entre le droit et l'anthropologie juridique. Sous cet angle, se pose un problème qui concerne le droit tel qu'il est conçu dans le monde occidental par rapport aux autres formes de droit produites dans les horizons culturels différents (droits africains, musulmans, indiens, etc.). La question fondamentale qui se pose n'examine pas le droit sous l'angle interne, mais dans son rapport externe. Il faut donc se demander si ces types de droit, autres que le droit européen ou anglo-américain, constituent du véritable droit, ont des systèmes juridiques solides, ou encore s'il s'agit dans le droit positif des ombres du non-droit[15]. Cet angle de vue est partagé par des théoriciens du droit pluraliste ou des anthropologues du droit. Notre chapitre va analyser ces différentes perspectives avant de questionner le droit en partant de l'angle envisagé par le philosophe Ronald Dworkin.

Notre chapitre aura pour centre un dispositif qui implique une relation multiple : relation de la justice au droit, à la morale et à la société politique comme instance de régulation sociale. La justice sera, sous cet angle, prise comme la trame constante qui traverse tous ces autres secteurs de la connaissance et de l'action pratique. Elle implique à la fois la justice et ses institutions. Il s'agit d'un domaine à la fois théorique (en tant qu'instance du discours) et pratique (le domaine institutionnel). La morale implique à son tour des théories morales, des valeurs et les vécus de ces valeurs. Quant à la société politique, entendue comme instance de la conception et de la gestion du bien commun, elle implique aussi l'univers des valeurs : celles de la démocratie, de la citoyenneté, de l'égalité, de l'identité, de la sécurité, de la paix durable, etc. qui appellent divers modes de régulation.

Le droit, sous l'angle qui nous intéresse, est le lieu d'actualisation et d'effectuation des promesses de la justice et d'autres valeurs morales et

---

[14] Christoph Eberhard, « L'antropologie du droit : un itinéraire entre altérité, complexité et interculturalité », *Conférence donnée à l'université Jules Verne de Picardie*, Amiens, 24 mai 2002.

[15] Jean Carbonnier dans *Flexible droit* pose l'hypothèse du non-droit, hypothèse qui sera appuyée par d'autres juristes de l'époque actuelle comme Jacques Chevalier et bien d'autres qui remettent en cause le dogmatisme positiviste du droit.

politiques à travers des lois et leurs applications (réglementation à la fois législative, administrative et judiciaire).

Si le droit, considéré comme lieu d'effectuation de la justice à la fois envisagée par la morale et la politique, nécessite une étude approfondie pour examiner comment sont réalisées les promesses de la justice faites par les dirigeants ou proposées par l'éthique, une étude qui se penche sur le problème s'avère importante. C'est le bien-fondé de notre travail sur la philosophie et la théorie du droit. Il est également justifié par la nécessité de savoir de quelle manière les valeurs culturelles peuvent d'une part légitimer les lois et leur application au sein d'une société politique, et d'autre part comment ces valeurs peuvent être structurées sous la forme de lois modernes, pour permettre, au sein de la société politique, un consensus qui prévient les conflits violents en les ramenant au niveau du discours.

Les normes juridiques sont alors des principes que la communauté politique établit pour organiser ses actions et pratiques en évitant des dissonances à la fois au niveau des individus, des groupes et des institutions, en leur assurant un accord commun. Le travail d'un questionnement philosophique permet par ailleurs de procéder par une archéologie du savoir des éléments culturels, comme disait Michel Foucault, pour les mettre au service d'autres sciences sociales et sciences de l'esprit. Tel est le point de vue que Ronald Dworkin a choisi pour questionner le droit.

Notre approche dans ce travail est une approche interdisciplinaire et fait émerger notre préoccupation majeure : Comment libérer le droit de son penchant idéologique qui le menace, celui du positivisme juridique et comment justifie-t-il le droit ? Il s'agit, selon nous, du modèle qui ignore et considère les contextes socio-culturels et historiques des peuples comme étant de moindre importance. Bref, le principe du pluralisme sera pris en compte dans ce travail. Si les sociétés du monde d'aujourd'hui reconnaissent la diversité ou la pluralité comme constituant leur nature, alors il va de soi que le droit soit aussi pluraliste suivant les différentes composantes ou les groupes qui composent ces sociétés. Les sociétés ont toujours été pluralistes mais l'important est le rejet du monisme comme vision universaliste des sociétés humaines et la compréhension de leur caractère pluraliste. Dans ce cas le droit n'a plus un seul modèle mais une

diversité de modèles ou de systèmes, en fonction de la diversité des groupes sociaux. Il s'agit d'une justification solide de la conception du pluralisme en remplacement du monisme ou même du dualisme d'une manière générale et dans le domaine du droit en particulier.

I.1. Le positivisme juridique et ses sources

Dans ce point, nous cherchons à analyser les sources du droit avancées par le positivisme juridique. Ces sources sont dites les sources formelles ou officielles par opposition aux sources dites réelles. Nous voulons alors analyser les théories positivistes du droit telles qu'elles présentent la nature du droit en fonction de la nature de ses sources.

En effet, nombre de juristes à l'époque actuelle soutiennent des positions controversées à l'égard de la théorie positiviste du droit. La plupart d'entre eux d'ailleurs rejettent le dogmatisme juridique en s'inscrivant en partie dans la ligne des critiques soutenant le rôle juridique des sciences sociales, morales et anthropologiques. Notre position dans ce chapitre va consister d'abord à présenter certaines de ces positions. Ensuite, nous allons les confronter avec les autres théories qui les contestent avant de présenter, dans le troisième point, une synthèse qui montre la portée actuelle de la régulation juridique pendant cette époque considérée comme l'époque du pluralisme et du multiculturalisme très marqués.

Nous allons décrire dans ce point les différentes théories récentes concernant la situation du pluralisme juridique. Il s'agira en réalité d'une remise en question du positivisme et de son monisme juridique fondé sur la théorie de l'État comme unique instance capable de produire des normes juridiques. Les positions actuelles des juristes critiques consistent dans un réexamen de cet état de choses en montrant que la vision de la réalité qui constituait le soubassement de cette théorie positiviste s'est écroulée en emportant avec lui toute l'architecture qui le constituait. Nous essayerons de voir quelles sont les causes et les conséquences que ces théories proposent à présent ou dans un proche avenir.

Dans ce point, nous présenterons trois courants qui vont nous introduire dans le pluralisme juridique en tant que nouvelle vision du droit qui apporte des corrections aux courants présentés.

I.1.1. Présentation brève de quelques théories positivistes du droit

> Se référant ouvertement à la méthodologie positiviste adoptée par les sciences positives classiques de la nature, la science du droit continue d'ériger la connaissance objective de la loi au rang de culte[16].

Pour pouvoir aborder la théorie de la justice au sens juridique en toute sérénité, nous esquisserons d'abord la théorie du positivisme juridique de manière synthétique pour permettre au lecteur de saisir notre argumentation.

Notre objectif ici n'est pas d'étudier profondément les courants de la philosophie du droit, mais de passer ces courants en revue afin de pouvoir comprendre le pluralisme juridique dans le modèle du droit en Afrique. Nous allons en même temps faire le relais avec le pluralisme de Dworkin en vue de chercher des éléments de justification à la fois du droit et des principes éthiques en droit rwandais et africain puisés dans la théorie dworkinienne.

En effet, le positivisme juridique, tel qu'il est étudié et tel que nous envisageons de le présenter dans le point suivant, est en réalité l'opposé du pluralisme juridique tel qu'il est conçu par ses représentants. Nous disons aussi qu'il s'agit d'une esquisse de positivisme juridique étant donné que les théories qui le soutiennent sont si nombreuses que l'on pourrait même dire qu'il s'agit aussi d'une variété du positivisme. Ceci signifie que, dans les théories qui se réclament du positivisme, on peut constater une variété de théories que l'on pourrait classer dans des grandes catégories aussi différentes, à savoir le positivisme juridique dominant et le positivisme juridique à tendance modérée. Les représentants de ces deux catégories se

[16] Serge Diebolt, *Le droit en mouvement. Eléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse de doctorat, Université de Paris X- Nanterre, 1990, p. 6

rangent derrière de grands initiateurs tels que Hans Kelsen et Jean Carbonnier. Le premier soutient le positivisme normativiste que nous avons qualifié de positivisme juridique à tendance dominante et le second, le pluralisme sociologique à tendance modérée. Pour pouvoir apporter des critiques consistantes il nous faut d'abord présenter la théorie positiviste sous différents angles : Kelsen, Herbert Hart et Jean Carbonnier.

Pour tout dire, le positivisme repose sur le rejet du droit naturel. En effet, les défenseurs de ce courant considèrent le droit naturel comme n'étant pas véritablement du droit, mais plutôt un droit imparfait sans base juridique solide.

I.1.1.1.Le positivisme normativiste

Nous présentons les positions du juriste Hans Kelsen et de son disciple Hubert Hart en première ligne dans ce courant positiviste. En effet, Hans Kelsen est considéré par les représentants du positivisme juridique comme le plus influent car il a élaboré la théorie la plus systématique : il n'a pas hésité à la qualifier lui-même de théorie pure du droit. Il reconnaît toutefois qu'il n'est pas le premier à avoir élaboré cette théorie car elle a existé avant lui : « Plusieurs des idées développées étaient déjà en germe dans le positivisme du dix-neuvième siècle, dont mes adversaires sont aussi les héritiers [17]».

1.1.1.1.1. Hans Kelsen et la théorie pure du droit

Hans Kelsen est l'un de grands représentants du positivisme juridique du 20ème siècle. Il a poussé jusqu'à l'extrême ce courant du droit en étant même plus radical que ses prédécesseurs. Il n'est pas surprenant de trouver des positions aussi radicales dans les positions kélséniennes de la théorie pure du droit. Cette tendance positiviste a été celle des chercheurs en sciences sociales qui ont abouti à l'élaboration de la sociologie tels qu'Auguste Comte, Émile Durkheim, etc. Au cours de cette évolution, nous rencontrons par exemple des positions aussi extrêmes que celle d'Émile Durkheim dans

[17] Hans Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Ed. Neuchâtel, 1953, p. 12.

Les règles de la méthode sociologique, lorsqu'il dit que *« Les faits sociaux sont des choses* [18]*».*

Durkheim, qui semble avoir donné le ton à l'esprit de Kelsen, dit justement que la sociologie pour être une science doit obéir à deux conditions, à savoir qu'elle doit avoir son objet spécifique et elle doit mettre en œuvre une méthode de recherche scientifique, rigoureuse, objective, qui se rapproche le plus possible des sciences exactes. Cet esprit positiviste a nourri pendant de longues périodes des recherches en sciences sociales, avec comme souci primordial d'éloigner le plus possible les sciences sociales d'autres groupes de sciences humaines, en vue de conquérir l'objectivité que l'on retrouve dans les sciences de la nature. Mais comment y arriver sans supprimer le subjectif dans l'homme ? C'est ce même esprit qui a animé Kelsen lorsqu'il a élaboré sa *Théorie pure du droit*. C'est la raison de l'usage du concept « pur » dans le titre qu'il a donné à cet ouvrage.

La volonté fondamentale de Kelsen est assurément de rendre au droit son statut de science pure, détachée des prétentions politiques et éthiques qui, à ses yeux, l'asservissent. Il estime que le droit ne sera une science que lorsqu'il sera capable de se détacher de la morale et de la politique. La tendance idéologique de la politique l'étouffe, dit-il, et l'empêche de prendre son autonomie et de conquérir son propre champ d'action où la loi est la seule réalité qui s'impose à toute personne qui s'engage tant dans le discours que dans la pratique dans le domaine du droit.

L'idée clé de la théorie pure du droit de Kelsen réside dans sa théorie de la hiérarchie des normes juridiques reposant sur la norme fondamentale. Elle a pour objectif de se substituer à l'autorité politique pour faire du droit une science autonome. Mais, qu'est-ce qu'en réalité une norme qui se situe au sommet de la hiérarchie des autres lois ? Quelle est sa vraie nature ? Tel est le problème clé que les représentants de cette théorie rencontrent comme obstacle pour faire du droit une « science pure » ou une « véritable science juridique positive ».

[18] Emile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 4 ème éd., Alcan, Paris, 1907, p. 175.

Le second élément qui constitue la base de l'argument de Hans Kelsen se rapporte à la question de la méthode de la science du droit. Il dit ceci en explicitant sa théorie :

> Elle est une théorie générale du droit et non son interprétation de tel ou tel ordre juridique, national ou international (.) Le principe fondamental de sa méthode est donc d'éliminer de la science du droit tous les éléments qui lui sont étrangers [19].

À ce stade, en effet, nous procédons à la présentation des idées contenues dans cette théorie, et dans la discussion qui suivra nous nous baserons sur les points de vue des auteurs qui ont remis en cause la théorie pure du droit de Kelsen.

Comme Durkheim, Kelsen interprète la société comme une structure qui règlemente la conduite de ses membres, et la science du droit n'a pas à prescrire les comportements sociaux étant donné qu'ils sont déterminés. Le but de la science du droit est d'étudier la manière dont ces comportements sont déterminés par la société et leur imputation qui résulte de l'acte normatif. La question que l'on aura à se poser et que l'on pourrait aussi lui poser est celle de savoir comment un acte déterminé par le fait naturel de la société peut être sanctionné. Qu'est-ce qui justifie la responsabilité d'un sujet déterminé dans son comportement ? Cette question est éternelle, mais elle établit aussi la limite de ce positivisme juridique poussé à son extrême justification dans la théorie pure du droit. Selon Kelsen une fois encore, la science du droit, entendu comme science normative, n'a pas la tâche de prescrire une conduite déterminée, mais de décrire les normes et les relations d'imputation qu'elle engendre[20].

Trois éléments constituent donc la clé de la pensée juridique de Kelsen. C'est d'abord la loi fondamentale, considérée comme loi supérieure, qui justifie le bien-fondé de la hiérarchie des normes juridiques et leur validité. Ensuite, partant de la loi fondamentale, la théorie kelsénienne construit une pyramide des normes sous forme d'une structure solide qui fait l'objet de la science du droit ainsi que du système de production de la norme juridique par l'État. Enfin, le sens de la méthode interprétative en droit trouve sa

---

[19] Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 17.
[20] *Ibid.*, p. 25.

justification dans cette structure. On comprend aisément que l'on ne peut pas interpréter autrement la loi que d'une manière stricte, sans prétendre aller au-delà de cette structure hiérarchique normative. C'est pourquoi cette interprétation se dit dogmatique.

La théorie kelsénienne de l'interprétation dépend de la théorie de la hiérarchie des normes selon Kelsen. L'interprétation consiste en l'application de lois à tous les échelons en partant de la constitution jusqu'aux lois individuelles en passant par les autres lois législatives.

L'analyse de la production de la loi conduit Kelsen à affirmer l'identité de l'État et du droit. Voici ce qu'il dit à ce sujet : « L'État n'est ni plus ni moins juridique que le droit lui-même »[21].

À propos de son positivisme, il dit : « Si les théoriciens du droit veulent faire de la science et non de la politique, ils ne doivent pas sortir du domaine de la connaissance objective ». Cette phrase montre à quel point la science du droit se confond avec les autres sciences objectives comme les sciences de la nature.

L'épistémologie de Kelsen place la science du droit entre les sciences de la nature et l'idéologie politique ou entre l'idéologie et le préjugé ou l'opinion. La science du droit, à ses yeux, doit se débarrasser de l'idéologie qui la réduit à la politique ou la dilue dans une série d'autres disciplines dont elle ne fait pas partie. Cette asymétrie prouve que Kelsen attribue à la science du droit un statut particulier qu'il ne veut ou ne peut dévoiler, mais qui, certainement, la rapproche d'autres sciences positives ou empiriques comme la physique ou la biologie.

Le but de sa théorie est fondamentalement un but épistémologique qui consiste à débarrasser la science du droit d'un double défi. Le premier est celui de la méthode du droit traditionnel qui l'a toujours trahie et l'a empêchée de parvenir à son but. Kelsen veut doter cette nouvelle science d'une méthode comme celle des sciences empiriques. Le deuxième défi est celui du syncrétisme méthodologique qui a toujours nourri le droit avant sa « Théorie pure du droit ». Il veut que le droit positif ait une méthode propre,

[21] *Ibid.*, p. 162.

distincte de la morale ou de toute science du groupe des sciences humaines. Il s'agit une fois encore d'une méthode qui s'approche davantage des sciences de la nature. Somme toute, la théorie de Kelsen pose le problème à la fois de la nature du droit, de son objet et de sa méthode.

Sur le plan ontologique et même déontologique, la règle de droit est différente de toute autre règle tant morale que sociétale selon Kelsen. Selon lui, Il y a une distinction entre ce qui est juridiquement obligatoire de ce qui est moralement obligatoire. Le droit, dit-il, est un ordre de contrainte externe sans lien avec ce qui est moralement obligatoire. Le phénomène juridique doit être compris indépendamment de son contenu.

Dans son cheminement épistémologique, Kelsen utilise indistinctement le fait naturel et le fait matériel. Un fait naturel est celui produit par la nature tandis que le fait matériel est réservé à l'homme que l'on qualifie aussi de fait social, car il se laisse observer sans être nécessairement produit par la nature. Un fait matériel peut être un fait naturel ou un acte humain ou social observable. D'autre part Kelsen distingue la statique juridique (ensemble des normes du droit en vigueur) et la dynamique juridique, processus par lequel le droit est créé.

1.1.1.1.2. Herbert Hart

> Malgré son aspect analytique, l'ouvrage peut également être considéré comme un essai de sociologie descriptive, car l'idée selon laquelle des recherches relatives à la signification de mots ne projettent de lumière que sur les mots, est fausse. Il existe de nombreuses distinctions importantes entre différents types de situations ou de relations sociales, qui ne sont pas immédiatement évidentes et que l'on peut faire apparaître de la manière la plus éclatante en analysant les emplois courants des expressions qui se rapportent à la manière dont ceux-ci dépendent d'un contexte social, qui est lui-même passé sous silence[22].

Cette idée de Hart fait émerger sa compréhension du droit comme science qui exige une nouvelle interprétation du droit. Celle-ci n'est pas celle des mots ni des phrases, comme dirait son prédécesseur Kelsen, mais une interprétation qui révèle les réalités sociales cachées aux non-initiés et qui exigent d'aller encore plus loin dans la recherche du sens non

[22] Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, 2 éd., FUSL, Bruxelles, 1961, p. 10.

uniquement du texte mais des phénomènes sociaux en question, comme il le dit lui-même dans ce texte, sa préoccupation est celle d'« élucidation du droit, de la contrainte et de la morale [23]».

Selon Hart, il n'est pas facile de trouver le critère qui permet aisément de repérer le droit, étant donné que, comme phénomène social il est susceptible de se confondre avec d'autres phénomènes normatifs. Il se confond dans ce sens avec la morale. Ce qui permet de le définir c'est son caractère obligatoire ou contraignant. De plus, les techniques procédurales et judiciaires spécifiques le distinguent de la morale.

En y regardant de plus près, l'on constate que l'apport de Hart au positivisme de Kelsen est spécifiquement celui de la méthode analytique qui consiste dans la définition du droit à partir du langage et dans la précision d'autres concepts en usage dans ce domaine.

La thèse fondamentale de l'ouvrage « Le concept de droit » est que le droit est conçu en tant que pure création humaine. C'est ce qui justifie son positivisme et qui le distingue des positions métaphysiques des tenants du droit naturel (jusnaturalisme contre juspositivisme), et qui consiste en un système de règles sociales. Ces systèmes de règles sociales, selon Hart, sont de deux ordres. Il y a les règles primaires et les règles secondaires. Les règles primaires sont des règles proprement juridiques. Ce sont des règles qui régissent directement les comportements et s'adressent à tous les sujets de droit. Les règles secondaires sont celles dont l'objet est l'identification (*rules of recognition*), l'application/interprétation (*rules of adjudication*) et la modification (*rules of change*) des règles primaires qui s'adressent aux juristes experts (experts-officiels) du système. Les règles secondaires ont pour objet les règles primaires (règles concernant les règles). Bien que les règles secondaires prétendent générer de véritables obligations, elles se distinguent des règles morales, car leur autorité ne découle pas de leur contenu mais de leurs sources qui sont celles des institutions reconnues par la société à travers un processus reconnu socialement (vote par le parlement, par voie de referendum ou par voie administrative en tant qu'arrêtés ou autres actes administratifs). De même les règles primaires reconnues

[23] *Ibidem.*

socialement ne sont pas nécessairement moralement obligatoires. D'où, selon Hart, il n'y a pas de lien de nécessité entre le droit et la morale.

> Représentant d'une conception normativiste du positivisme il sait aussi se faire l'écho des préoccupations réalistes de ceux qui cherchent à réfléchir le droit et son évolution à partir de la pratique judiciaire. Partisan enfin d'un positivisme de la règle qui poursuit l'idéal d'un système sans faille, il affronte directement les questions suscitées par l'imprécision du droit, l'aphasie de la loi ou encore le conflit entre la transparence voulue de la norme et l'indétermination des fins humaines qu'elle reflète[24].

Hart développe par ailleurs le positivisme juridique par l'application de la méthodologie de l'analyse linguistique. Il défend dans sa thèse le droit contre le réalisme sociologique. Tout en reconnaissant le caractère normatif de la morale et du droit, il n'hésite pas à les distinguer en montrant que le droit a sa spécificité qui se fonde sur la contrainte.

Hart, tout comme Kelsen avant lui, s'est préoccupé de rechercher la précision des concepts afin que le droit devienne plutôt une science qui lui permette de parvenir efficacement au but de la justice ou de la résolution des conflits sociojuridiques d'une façon satisfaisante. Ce désir ne sera jamais atteint par leurs théories car la question de l'effectivité des normes juridiques demeure pendante dans les recherches juridiques actuelles.

L'on peut affirmer, partant de leur perspective, que le droit aurait finalement comme essence la technologie des normes juridiques, c'est-à-dire des normes juridiques reposant sur une logique argumentative de type syllogistique. La méthodologie juridique n'est finalement pas une solution ontologique, mais une solution épistémologique.

En définitive, deux questions ont préoccupé les théoriciens du juspositivisme. Ce sont d'une part la question de la méthode, et d'autre part la question de la détermination ou de l'interprétation du droit comme science autonome, distincte de la morale et d'autres sciences sociales (question d'une part épistémologique et d'autre part ontologique qui aboutit à la construction d'une science de la logique argumentative).

---

[24] Pierre Bouretz, *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Esprit, Paris, 1991, p. 41.

Selon Jean-François Kervegan, cette comparaison se situe sur la ligne à la fois de la philosophie et du droit. Les deux ont des bases communes qui proviennent des cultures, des orientations politiques ou des contextes historiques déterminés.

Le droit anglo-américain est largement influencé par la philosophie analytique, surtout le droit du 20ème siècle, tandis que le droit continental est influencé par le rationalisme philosophique (si l'on s'en tient au seul facteur philosophique).

Par ailleurs, Kervegan fait le rapprochement entre Kelsen et Hart en affirmant que la théorie pure du droit montre un droit qui repose radicalement sur la loi et sur le principe hiérarchique de la loi juridique ainsi que sur la loi fondamentale hypothétique. Selon lui, Hart présente une position souple de *soft law* en acceptant l'influence de la langue dans le domaine du droit comme étant un élément naturel qui joue un rôle important dans l'activité juridique, à la fois au niveau de sa production, de son interprétation et de son application.

1.1.1.2. Le positivisme sociologique ou le pluralisme normatif : Jean Carbonnier

Cette tendance est celle du théoricien civiliste français Jean Carbonnier. Ce juriste s'est écarté dans une certaine mesure du positivisme rigoureux de Kelsen tout en restant à l'intérieur du positivisme. Constatant que le positivisme de Kelsen réduit le droit à la loi, il réagit en montrant une exagération dogmatiste du droit positif, et choisit la voie de la modération qui laisse une marge de choix de l'individu entre la loi et la liberté individuelle. C'est ainsi qu'il essaie de construire un modèle juridico-social dont la nature du droit s'écarte du dogmatisme juridique fondé uniquement sur la règle de droit.

> Ces règles de conduite qui ne sont pas du droit, c'est déjà en un sens, la rencontre du non-droit. Sans pénétrer au cœur du problème, on se bornera à reconnaître statistiquement, que des règles non juridiques sont là, le long du droit ; on jugera leur épaisseur par comparaison au droit ; on

> essaiera de saisir en quoi elles se séparent du droit (ce qui revient à rechercher le critère, du reste fuyant, de la juridicité)[25] .

Toutefois sa théorie semble aussi sombrer dans une impasse juridique étant donné que cette tendance, aux yeux des critiques qui lui sont adressées, risque de conduire au relativisme juridique, car là où il n'y a pas de loi, le mal semble permis. Ceci signifie que certains secteurs de la vie sociale qui échappent ainsi à la réglementation par le pouvoir qui en est chargé, trahissent le désir de Jean Carbonnier que l'État en revienne à ses positions d'un certain totalitarisme par la réglementation législative.

Même d'autres théoriciens du droit qui soutiennent le positivisme sociologique trouvent que le droit flexible permet au juge d'échapper à certains dysfonctionnements de tribunaux. La théorie du droit de Jean Carbonnier penche du côté de la jurisprudence plutôt que du côté de la loi. Il explicite sa position en ces termes :

> Auparavant, les juristes avaient une conception aussi radicale de l'unité du droit. C'est comme un reflet de la monarchie absolue et de l'État jacobin que le monisme s'est implanté dans la pensée juridique. Mais précisément notre époque a remis ce monisme en question. De nouveau, la diversité a envahi le milieu juridique (.), dans les sociétés industrielles, de nombreux centres générateurs du droit, d'innombrables foyers autonomes du droit, qui viennent rivaliser proprement avec le foyer étatique[26].

Il se manifeste avec évidence et clarté que le rejet du dogmatisme juridique ne fait plus de doute. Et Carbonnier l'explique une fois encore en termes clairs en disant :

> Le droit déborde de partout la notion de règle. Il y a toute une part du droit qui ne tient pas dans des commandements abstraits, généraux et permanents, mais qui est faite de décisions individuelles, de jugements spontanés sans lendemain. Tous les phénomènes d'autorité peuvent au fond donner lieu à des phénomènes de droit[27] (Carbonnier, J., 1969).

L'on peut formuler des critiques qui consistent en ceci que la loi implique l'ordre ou la structure tant dans le discours que dans l'action

---

[25] Jean Carbonnier, *Flexible droit : pour une nouvelle sociologie sans rigueur*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.A.J., Paris, 1988, p. 17.
[26] *Ibidem.*
[27] *Ibid.*, p. 21.

pratique, mais peut passer parfois au-delà des réalités sociales concrètes dans le souci d'ordre. Mais le droit qui tient compte de réalités sociales vécues par les hommes doit être plus juste car il respecte même les particularités des personnes. L'on n'ignore pas que la loi puisse y parvenir par une procédure juridique exigeante, mais dans ces conditions il faut, comme le disait Carbonnier, favoriser la jurisprudence plutôt que la loi seule dans la théorie du droit. Et favoriser la jurisprudence signifie qu'il faut accorder plus d'importance à cette sorte de pluralisme législatif. Il s'agit en réalité d'élargir les possibilités d'analyse du droit en ne le limitant pas aux sources formelles, mais en l'étendant aussi aux sources réelles. Ceci conduit à revoir la théorie de l'interprétation juridique pour lui donner une signification plus ouverte ou une sorte d'herméneutique qui s'écarte de l'interprétation dogmatique à laquelle sont habitués les juristes normativistes.

D'autres auteurs poursuivent dans les critiques contre le dogmatisme juridique. On peut noter ici le point de vue de Paul Foriers lorsqu'il dit : « Le droit législatif n'épuise pas tout le droit tant s'en faut. Nous pouvons même dire que, pour divers motifs, soit de principe, soit de convenance, soit de pur fait, le législateur laisse de vastes territoires en friche [28]».

Cette remise en cause de la loi établit en même temps la limite du positivisme juridique, car tout le droit ne se réduit pas à la seule loi, il faut aussi reconnaître d'autres apports qui viennent au secours de ces limites de la loi pour assurer plus de justice au sein de la société. Parmi ces apports, on peut envisager les décisions de justice qui souvent couvrent les lacunes des lois, car il est inexcusable pour le juge de ne pas prononcer une décision lorsqu'il découvre le vide de la loi, sinon il est susceptible d'être poursuivi pour avoir violé le principe juridique du déni de justice.

Le droit flexible développé par Jean Carbonnier sera plus tard plus explicitement amélioré dans son orientation par d'autres théoriciens, tel que

[28] Paul Foriers, « Essai d'une problématique », in Chaïm Perlman (dir.), *Larègle de droit*, Emile Bruylant, Bruxelles, 1971, pp. 7-20.

Jacques Chevallier[29] qui lui donne un contenu plus acceptable et plus adapté au contexte mondial actuel, et qu'il appelle droit de régulation.

Dubouchet résume le droit en ces termes :

> …c'est que le droit en vigueur, le droit positif lui-même apparaît d'emblée comme le résultat de la science du droit qui est d'abord (.) celle du législateur qui la formule, celle du juge qui l'applique et le contrôle, mais aussi celle du juriste qui le commente[30].

I.1.2. Portée et limites du positivisme juridique

I.1.1.1. Portée du positivisme juridique

Le droit positif permet aux pouvoirs publics de contribuer à la mise en œuvre de la justice comme moyen de protection et de promotion des droits subjectifs. Celle-ci ne peut pas être réalisée sans des lois qui la rendent effective et qui actualisent des droits individuels, les libertés et l'égalité entre les personnes. La philosophie du droit réfléchit sur la justice et sur le rapport entre les droits revendiqués par la justice sociale et la manière dont la règle du droit rend ces droits sociaux et mêmes individuels effectifs. La justice sociale sans lois juridiques reste théorique. C'est pourquoi la spécification et l'actualisation de ces droits demeurent une tâche incontournable du droit.

Telle est donc la contribution du droit à la règlementation de la justice sociale au moyen de la règle de droit. Non seulement le droit structure la société sous forme de lois qui rendent effectifs les droits individuels et sociaux, mais ce sont les instances législatives (élaboration de lois et contrôle de la constitutionnalité de lois) et les instances judiciaires qui assurent le contrôle de la mise en œuvre de ces droits à travers leurs décisions judiciaires et les actes administratifs tels que définis par la loi.

---

[29] Jacques Chevalier, « La régulation juridique en question », in *Droit et Société*, vol. 3, n° 49, 2001, pp. 827-846.

[30] Paul Dubouchet, *Le modèle juridique. Droit et herméneutique*, l'Harmattan, Paris, 2001, p. 7.

I.1.1.2. Les limites du légicentrisme de Kelsen

Les critiques contre la théorie kelsénienne se fondent sur les éléments suivants. D'abord, l'État ne saurait être le seul producteur de la loi. En étant seul producteur et en même temps destinataire de la loi, l'État se limite lui-même. La loi devient alors la protectrice de l'État qui l'a produite. Dans ces conditions la loi ne sert que les intérêts de l'État qui l'a produite. C'est un réductionnisme du droit au seul monopole étatique. Les conséquences sont désastreuses. Les exemples sont nombreux, depuis les moins frappants jusqu'aux plus dramatiques tels que les génocides (Auswitsch et le génocide de Tutsi rwandais en 1994). L'État qui produit la loi s'en sert comme d'un outil pour parvenir à ses propres objectifs, peu importe la justice à condition que ses actes soient justifiés par une certaine législation.

Le second exemple de la limite du légicentrisme est la perte croissante de légitimité de l'État à l'époque postmoderne. L'État, à l'époque actuelle, face à la complexité des problèmes engendrés par le contexte actuel, n'est plus en mesure à lui seul de résoudre les problèmes qui relevaient naguère de sa compétence. D'où la perte de sa légitimité de la part de citoyens qui lui ont confié le pouvoir. L'État n'a plus l'autorité nécessaire pour résoudre les questions qui lui sont soumises, d'où l'existence d'autres acteurs (sociaux, économiques, culturels…) qui agissent parfois pour les intérêts des citoyens.

La troisième, enfin, limite de cette théorie est l'incapacité du droit positiviste à résoudre tous les problèmes sociopolitiques par les moyens législatifs, d'où la naissance d'autres mécanismes extra-juridiques, tels que la justice restauratrice ou les moyens alternatifs de résolution des conflits. C'est la liste, non exhaustive, de ces limites, qui nous a poussé à soutenir, à la suite de certains théoriciens du monde juridique, d'autres sources du droit susceptibles de venir en aide à la société pour parvenir à une véritable justice.

La question épistémologique du droit est en réalité une question qui invite à penser le paradigme de la théorie du droit comme un constructivisme plutôt qu'un positivisme. La théorie de la connaissance nous l'explique mieux. Le droit n'est pas une connaissance objective qui place le fait juridique en dehors du sujet connaissant, mais il s'agit d'une connaissance qui souligne l'interrelation du sujet du savoir juridique et de

l'objet de la connaissance juridique ou de la loi. Il s'agit en d'autres mots d'un regard des sciences sociales qui nous introduit dans le constructivisme du fait social, et par là du fait juridique.

Si le droit est à analyser sous cet angle de relation entre le fait juridique et le sujet de la connaissance, l'approche n'est plus positive, mais une certaine création du savoir par le sujet qui postule un élément contextuel, tant temporel que géographique de la société, bref un élément socioculturel et historique. Ceci nous ouvre à un champ d'analyse du droit comme une problématique qui inclut l'approche sociologique et anthropologique, une interdisciplinarité beaucoup plus large s'ouvrant à l'interculturalité.

Le droit positif réglemente les faits présents ou actuels. Les faits futurs ne sont pas son affaire, car étant placés dans le temps à venir, ils sont inconnus dans leur nature et par conséquent ils échappent à la réglementation par la loi positive du droit.

La norme juridique dans sa nature règle les actes et les comportements humains indépendamment de leur adhésion intime à cette règle. Que le sujet de droit soit obligé moralement ou intentionnellement, cela n'intéresse pas d'une façon observable le juriste. L'obligation est intérieure à l'acte et extérieure à la conscience. D'où l'importance de réfléchir sur les sources morales du droit comme fondement du droit, car la morale oblige de l'intérieur le sujet de droit à conformer ses actes à la norme juridique. Dès qu'il y adéquation ou conformité entre l'obligation juridique et l'obligation morale, il y a un respect solide de la loi de la part du sujet et une effectivité de la norme de la part du droit. Une complémentarité entre la morale et le droit est la source d'un droit efficace.

I.2. Le pluralisme juridique et les sources du droit

La conception positiviste du droit construite comme un modèle moniste excluant la diversité des expressions ou des manifestations juridiques dans différentes sociétés humaines, nous conduit à nous interroger sur la possibilité d'une forme de droit pluraliste ou d'un système acceptant une

diversité des modèles juridiques agissant de concert ou en contradiction dynamique tant dans la construction ou l'accomplissement de la justice au sein d'une société donnée. L'existence des modèles différents ou convergents de droit dans une société est l'objet de l'étude dans ce chapitre.

Le but est d'analyser ces différents modèles en les comparant dans leurs objectifs au modèle positiviste et d'examiner l'implication (positive ou négative) au sein des sociétés africaines en mutations actuelles dans la construction des sociétés politiques en Afrique et au Rwanda. Le but est donc de rechercher la nature, la finalité et même le rôle ou la contribution de cette théorie (paradigme) dans l'édification de la théorie dynamique susceptible de faire avancer le continent africain en matière de droit et de gouvernance politique. Cette analyse sera mise en relation avec le modèle gacaca comme système de justice rwandais susceptible de résoudre le conflit de justice et de faire avancer le droit et la justice au Rwanda actuel.

I.2.1. L'ébranlement du paradigme positiviste du droit

Les transformations actuelles de la société n'affectent pas uniquement le droit moderne mais aussi les structures de l'État et même son pouvoir d'action sur la société (de l'État-nation à l'État-providence). D'où, les paradigmes eux-mêmes présupposent les discours et les pratiques résultant de ces savoirs scientifiques produits.

Le paradigme en crise est celui de la pyramide des normes juridiques, appelé aussi hiérarchie des normes juridiques. Cette thèse présente une théorie qui montre que le paradigme de la pyramide des normes juridiques discuté depuis sa naissance par Kelsen est en passe de perdre son influence théorique dans le monde juridique pour céder la place à de nouveaux paradigmes du droit à caractère pluraliste, en l'occurrence, celui du réseau. La perspective de ces auteurs est solidement construite même si elle ne saurait être partagée par tous les théoriciens du droit.

Le modèle pyramidal du droit est en crise[31]. D'où la conception d'un autre paradigme qui émerge progressivement, celui du pluralisme juridique, en l'occurrence le modèle du réseau[32]. Ce modèle fait apparaître l'ébranlement de l'ancien modèle et l'émergence du nouveau modèle. Ce nouveau modèle est-il un pluralisme juridique ou est-il une continuité du droit positif avec des orientations nouvelles ?

> Traditionnellement, et en dépit des multiples limites que nos ordres juridiques ont imposées au principe de séparation des pouvoirs, s'est développée essentiellement une conception hiérarchique, linéaire et arborescente de la structure d'un système juridique. Largement intériorisée, tant par les gouvernants que par les gouvernés, cette conception a traditionnellement dominé et domine souvent encore la pensée juridique dans ses formes d'expression les plus diverses. Hiérarchique, la structure juridique le serait du fait que ses organes, comme ses normes, seraient placés dans une situation de supériorité ou de subordination les uns par rapport aux autres. Linéaire, cette structure supposerait des relations à sens unique entre ses différents niveaux hiérarchiques excluant toute forme d'inversion ou de rétroaction entre eux. Arborescente, elle le serait du fait que ses éléments s'engendreraient par démultiplication à partir d'un foyer de création originel. On comprend facilement que l'image de la pyramide, dotée d'un sommet unique et solidement assise sur une base et stratifiée en plusieurs niveaux intermédiaires, constitue l'expression la plus parlante de ce modèle[33].

Cette citation résume l'essentiel de la théorie de la structure pyramidale de l'ordre juridique telle qu'elle a été conçue et appliquée jusqu'ici. Il s'agit d'une pyramide largement renforcée par Kelsen à la suite de Hobbes. Cette structure est fondamentalement celle du droit positif qui a dominé largement le monde juridique occidental et ses différentes colonies pendant près d'un siècle.

Comment alors comprendre ses tenants et aboutissants ?

---

[31] Lire dans la même ligne de la critique contre le positivisme, Jacques Chevallier, « L'ordre juridique » in Jacques Chevalier (dir.), *Le droit en procès*, PUF, Paris, 1984.

[32] Le paradigme du réseau fait l'objet de l'œuvre importante dans la théorie du droit récente développée par François Ost et Michel van de Kerchove dans leurs travaux, notamment ceui de *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, FUSL, Bruxelles, 2002.*

[33] François Ost et Michel van Kelchove, *Ibid.*, p. 43-44.

D'abord il s'agit de comprendre la signification de cette image de la pyramide. La structure de cette pyramide est comprise essentiellement comme étant composée de deux éléments : le sommet et la base. Le sommet, selon la théorie juridique kelsénienne, est constitué par « la norme fondamentale » et la base par une série de normes individuelles. Tandis que les niveaux intermédiaires sont constitués par la constitution et les autres lois à caractère général.

Il est extraordinairement intéressant de constater comment cette nouvelle théorie du droit, celle du droit en réseau, explique pertinemment notre projet d'analyse du pluralisme qui, selon nous, est une théorie du droit perméable qui accepte des espaces libres du discours et de pratiques du droit qui s'écartent du modèle positiviste du droit. Il s'agit, à notre avis, d'un modèle du pluralisme qui s'ouvre aux possibilités plus larges d'analyse mais aussi d'application des droits qui s'inventent suivant des contextes des sociétés non prévus par des systèmes classiques existants de différents ordres juridiques (constitutionnel, législatif, réglementaire, juridictionnel et privé).

Le modèle développé par Ost et Kerchove explique, même d'une manière implicite, la position soutenue bien longtemps par Dworkin : même si lui n'avait pas développé de manière systématique une théorie cohérente du droit, il a tout de même offert une possibilité d'ouverture à des théories qui remettent en cause des structures et des méthodes d'analyse du positivisme juridique.

« Loin d'être séparés par une cloison étanche, juges et législateurs sont unis par des liens complexes qui, des jeux d'influence aux jeux de pouvoir, forment aujourd'hui la vie du droit [34]».

Tout ceci nous montre que les critiques internes au modèle positiviste du droit soulignent les faiblesses du droit positiviste et ouvrent par ce fait même des possibilités de dépassement et des liens ou des convergences avec d'autres théories qui, à leur tour et selon leur propre ton, montrent les limites visibles du positivisme juridique, surtout kelsénien. Une fois encore, la théorie du droit développée par Ronald Dworkin soutient un pluralisme à

[34] Antoine Bailleux, « A la recherche de formes de droit : de la pyramide au réseau », in *Revue Interdisciplinaire des études juridiques*, Vol. 55, 2005, p. 91-115.

sa manière en établissant les limites à la fois du discours et de la pratique juridiques, surtout dans l'activité du juge.

Soulignons que dans ce chapitre nous examinons les critiques contre les positivismes de façon sommaire et selon la ligne générale sans nous centrer sur tel ou tel autre auteur précis. Cette perspective est l'objet de notre second chapitre qui, à son tour, nous ouvrira au modèle gacaca partant des points de vue et des critiques repérés chez Dworkin. Les théories critiques du droit (à l'instar de la théorie du droit en réseau) montrent le brouillage des frontières tant internes qu'externes dans le domaine du droit positif tel que conçu, avec radicalisation par Kelsen.

> Alors que la théorie pure du droit de Kelsen fait le départ entre le droit et le non-droit, entre l'intérieur et l'extérieur de la pyramide, l'analyse attentive de certains phénomènes dévoile une réalité beaucoup plus complexe, où droit et morale s'entremêlent et où la normativité se conjugue au pluriel[35].

Cette théorie du réseau, montre aussi l'apport de la morale au fondement des règles juridiques, du jus naturalisme et des droits fondamentaux au droit positif, comme quoi la légitimité d'une norme juridique ne se fonde pas uniquement sur sa légalité mais sur sa conformité aux droits de l'homme pour lesquels ces normes sont faites. « Les frontières qui balisaient traditionnellement le champ juridique (juge et législateur, droit et morale, droit et non-droit, etc.) sont submergées par un droit protéiforme »[36].

Ceci idée, une fois encore, confirme l'existence des frontières telles que les avaient proposées les théoriciens du positivisme juridique, et avance dans la même ligne des bougés des frontières de la pyramide proposées par les auteurs de la théorie du droit en réseau. L'on peut affirmer qu'il s'agit de la première étape de la déconstruction de la pyramide kelsénienne et le rejet du droit binaire[37].

Il faut souligner qu'on peut établir une relation entre la figure du réseau conçue par Ost et van Kerchove et celle du droit à la chaîne envisagée

---

[35] *Ibidem.*
[36] *Ibidem*.
[37] Contrairement au modèle juridique de Kelsen, essentiellement un modèle binaire, le droit contemporain se meut du côté du modèle pluraliste ou le modèle plus diversifié du droit.

longtemps avant par Dworkin[38]. Le droit en réseau est celui qui se fait par une sorte de chaîne. La chaîne est en quelque sorte la toile qui relie les différents réseaux du droit et de différents systèmes, si l'on croit à l'unité des systèmes juridiques et de justice dans la perspective de la mondialisation du droit postmoderne qui manifeste de plus en plus cette tendance à s'unifier dans un système unique. La chaîne de droit chez Dworkin, ce sont aussi les connexions du réseau juridique dans la figure de ses auteurs.

La théorie développée par ces deux grands analystes du positivisme juridique soulève la question à la fois épistémologique et ontologique du droit. La remise en cause de la théorie pyramidale et la mise en avant de la théorie du réseau montre que le mouvement que subit le droit rejoint ces deux aspects que nous soulignons. De même, la dialectique de la science juridique n'échappe pas à ce principe.

Toutefois l'on ne dirait pas que la nouvelle théorie et le nouveau paradigme qu'ils suggèrent présentent une consistance qui remplacerait celle de la pyramide normative, mais il s'agit d'une remise en cause d'un paradigme et l'ouverture d'une possibilité ou une série de possibilités des nouvelles théories qui remplaceraient la précédente. Leurs critiques mettent aussi en cause des tendances persistantes de la création de nouvelles théories allant dans le sens de celle en déclin. La situation juridique du monde actuel, à en croire leurs analyses, est une situation juridique éclatée, c'est-à-dire qui ne supporte pas une théorie holiste qui renfermerait tous les espoirs ou les aspirations du monde juridique actuel dans sa complexité. Cette théorie devra intégrer les aspects sociaux, moraux et multiculturels qui sont, comme on peut le remarquer, dans une phase très complexe et mouvante.

[38] On peut établir un rapprochement de ces deux paradigmes en montrant tant du côté du réseau que de la chaîne du droit que le droit n'est pas le monopole exclusif de l'Etat.

I.2.2. Le pluralisme juridique et ses variantes

I.2.2.1. Définitions

L'emploi du concept de pluralisme juridique a une date lointaine. Georges Gurvitch est considéré en effet, comme le promoteur de ce paradigme en France[39]. Diverses définitions ont été données à ce concept sans être complètes ni cohérentes. Elles mettent l'accent sur une situation complexe de l'univers social actuel qui implique une convergence des savoirs se complétant parfois, s'excluant indépendamment des objectifs que les chercheurs se sont donnés. D'où la difficulté de trouver un consensus de définition.

C'est ainsi que l'encyclopédie philosophique universelle distingue le pluralisme métaphysique, le pluralisme épistémologique et le pluralisme politique. La théorie du pluralisme politique identifie presque le pluralisme au libéralisme car il prévient la naissance d'un ordre autoritaire prétendant représenter à lui seul l'ensemble de la société[40]. Ce pluralisme politique s'accompagne d'un pluralisme social qui s'enracine dans la société même ; celui-ci implique à son tour une pluralité de groupes, de classes, de strates, de villes ou d'associations, ce qui garantit sa pérennité.

Le pluralisme est le principe de maturité individuelle et collective. Il signifie diversité, non-conformité à ce qui est établi absolument. Il est l'expression d'une diversité d'opinions, de vues, de philosophies, de visions du monde, etc.

L'on peut alors parler du pluralisme à plusieurs niveaux. Au niveau politique : le pluralisme est le principe de la démocratie. Il signifie la maturité politique des citoyens capables d'exprimer leur diversité de vues sur les questions politiques de leur pays. Il peut être le résultat des individus ou des groupes (société civile, associations, partis politiques, etc.).

Au niveau des idées, l'on parle du pluralisme de doctrines ou d'idéologies selon que les individus perçoivent les choses et expriment leurs

---

[39] Georges Gurvitch, *Eléments de sociologie juridique*, Aubier, Paris, 1940.
[40] Encyclopédie philosophique universelle, *Pluralisme*, T.2, PUF, 1990, pp. 1968-1969.

vues selon leur vision dans une pluralité de modes. On peut parler du pluralisme en philosophie ou en éthique.

Sur le plan du droit, le pluralisme indique l'expression des droits et libertés individuels et collectifs. Il exprime aussi la diversité des conceptions du droit sur le plan du discours ou de la pratique du droit comme mode d'organisation des ordres juridiques ou des systèmes juridiques. Sur le plan culturel, le pluralisme est l'expression d'une reconnaissance de la diversité culturelle ou de la multi-culturalité. La manifestation de cette multi-culturalité est l'interculturalité ou la reconnaissance réciproque des valeurs culturelles différentes.

Le dynamisme remarquable de ce paradigme dans le domaine du droit fait penser qu'il s'agit d'un concept vide de sens, et par conséquent sans consistance dans sa signification juridique. La multiplicité d'usage et de signification montre plutôt à quel point son étendue est riche de signification. Le concept de pluralisme juridique appelle une notion complexe et difficile à circonscrire.

« Il revient sans aucun doute aux approches de type sociologique ou anthropologique le mérite d'avoir fondé empiriquement la nature pluraliste du droit[41] ».

L'on peut aussi mentionner un bon nombre de définitions données par des auteurs différents, mais qui, en quelque façon, sont toutes complémentaires. Jean-Guy Belley essaie aussi de définir à sa façon le pluralisme juridique et dit ceci :

> Le pluralisme en droit est l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique des règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques », ou aussi « c'est la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non des rapports de droit[42].

[41] Louis Assier-Andrieu, « Diversité culturelle, diversité juridique : vues rétrospectives », in François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et relations sociales*, L.G.D.J., 1991, pp. 423-426.

[42] Jean-Guy Billey, cité par Etienne Le Roy, « Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité » in *Les pluralismes juridiques*, Cahiers d'antropologie juridique, 2003, pp. 7-16.

Merry définit le pluralisme juridique en ces termes "It is generally defined as a situation in which two or more legal systems coexist in the same social field"[43]

L'on peut dire que le pluralisme juridique est la coexistence de plusieurs systèmes ou ordres normatifs sur un même territoire national (droit interne). Il s'agit aussi de la coexistence de plusieurs ordres normatifs sur l'espace national, régional ou international. Il s'agit de la pluralité des ordres juridiques ou l'existence des systèmes juridiques mixtes sur un même territoire.

Cette signification du pluralisme juridique comme étant l'existence d'une pluralité des ordres juridiques dans un espace juridique donné, est en opposition avec la vision juridique qui repose sur l'existence de certains principes juridiques considérés comme des principes universels communs tels que les droits de l'homme. C'est dans ce même sens que le sociologue du droit Eugen Ehrlich parle du « droit vivant » comme d'un système juridique opérant au sein d'un autre système juridique dominant[44].

Le pluralisme juridique est la manifestation de la maturité juridique des citoyens qui exercent le droit pour la revendication de leurs droits et libertés. Il s'agit d'un signe de maturité juridique d'une société politique donnée. C'est l'existence d'une reconnaissance et d'une gestion de la pluralité juridique dans une société.

En effet, une société est considérée comme étant parvenue à sa phase de maturité lorsqu'elle permet l'expression libre des opinions multiples et différentes dans une société politique. Dans le domaine du droit, il s'agit clairement d'une remise en cause du monolithisme au bénéfice d'une pluralité des ordres ou des systèmes juridiques, différents des systèmes étatiques. Les acteurs au sein d'une société, lorsqu'ils sont parvenus à la maturité politique, sont capables d'exprimer leurs idées à travers une pluralité de voies qui, parfois, heurtent l'opinion de leaders politiques, mais

---

[43] Sally Engle Merry, "Legal Pluralism", in *Law and Society Review*, vol. 22, n° 5, 1988, pp. 869-896.
[44] Eugen Ehrlich, *Fundemental principles of sociology of law*, New York, Arno Press, 1975, p. 58.

qui tout de même conduisent à un enrichissement des vues par de nouvelles formes de réglementation sociale digne d'une gouvernance démocratique.

Le pluralisme juridique est une coexistence des systèmes juridiques différents mais complémentaires et permet l'adaptation du système de justice aux réalités et structures sociales concernées. C'est dans ce sens que nous l'envisageons, comme étant cette capacité de nouvelles productions du droit capables de transformation et d'adaptation des ordres juridiques nouveaux efficaces pour de nouvelles institutions sociopolitiques et juridiques adéquates pour la gestion de la gouvernance démocratique bien adaptée et intégrée.

Dans cette perspective, nous pouvons distinguer un pluralisme juridique de droit d'un pluralisme juridique de fait. Le pluralisme juridique de droit est celui qui résulte d'une réglementation légale, au sein d'une société politique, tandis que le pluralisme juridique de fait est celui qui se retrouve au sein d'une société, reconnue et acceptée sans toutefois être légale. L'exemple en est celui des sociétés africaines anciennement colonisées qui ont vécu et vivent encore dans un pluralisme juridique mais non établi par la loi et qui fonctionne en tant que système de droit qui rejoint l'assentiment de la population.

L'on sait bien que les sociétés africaines sont marquées par une profonde rupture dans leur histoire coloniale et postcoloniale non seulement dans le domaine du droit, mais aussi dans les autres secteurs de la société (politique, culture, éducation, économie, etc.). Ce phénomène de rupture souligne que le pluralisme, l'opposition, et même les contradictions au sein d'une société politique, lorsqu'ils sont bien gérés constituent une condition de l'épanouissement social et le facteur de son développement à tous les niveaux. Le pluralisme juridique est donc une exigence et une manifestation de la maturité sociale d'une communauté politique.

I.2.2.2. Variantes du pluralisme juridique

Le courant du pluralisme juridique est difficile à circonscrire en considérant les théories qui sont produites la soutenant ou la rejetant. Il

s'agit de la théorie du réseau et la théorie du pluralisme radical. Essayons de voir sommairement les caractéristiques de ces deux théories.

La théorie du réseau, comme nous l'avons montré, est une remise en question de la théorie précédente de la pyramide, et se laisse percevoir comme une théorie ouverte à des possibilités de renforcement à partir d'autres apports. C'est d'une part le résultat de la situation juridique actuelle, comme nous l'avons indiqué plus haut, mais cela serait aussi voulu par ses auteurs comme permettant aux autres de renforcer cette théorie en justifiant qu'il s'agit d'une théorie en construction.

La théorie philosophico-juridique dont il est question ici, est un panorama large qui inclut des éléments de différents courants théoriques existants. Elle est, à notre avis, une synthèse systématique du pluralisme juridique bien pensé, et permet dans une juste mesure d'appréhender les transformations du droit contemporain.

Ses auteurs s'expriment clairement en ces termes :

> …la thèse fondamentale de cet ouvrage, est que, de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation[45].

Des positions diverses manifestées à la suite de cette œuvre d'une grande importance dans le domaine de la philosophie et de la théorie du droit, ont corroboré cette perspective qui a remis en cause le monolithisme positiviste en montrant que de fait l'analyse critique du droit actuel présente un constat nouveau qui met en évidence la multiplicité et la diversité à la fois de sources de production du droit et des acteurs qui les rendent effectives. L'œuvre de ces deux théoriciens fait émerger un paradigme nouveau en droit en concurrence avec la théorie kelsénienne de la hiérarchie des normes juridiques qui est restée pendant longtemps comme un modèle positiviste incontournable.

La deuxième variante du pluralisme juridique que nous avons voulu examiner dans ce point est celle du pluralisme radical. Construite après celle du réseau, la théorie du pluralisme radical ouvre une nouvelle perspective de

[45] François Ost et Michel van de Kerchove, *op.cit.*, p. 14.

l'analyse juridique du monde contemporain. Comparativement à celle de la pyramide, le pluralisme radical est une perspective moins récente. Non seulement elle remet en cause le droit, mais elle ébranle aussi toutes les sciences sociales, tant dans leur objet que dans leurs méthodes. L'aspect de nouveauté qu'elle présente est que, tant les recherches en sciences sociales que celles portant sur les analyses institutionnelles, devront désormais prendre comme point central le sujet humain. Le sujet devra désormais non seulement être considéré comme l'objet du droit ou le destinataire de la norme juridique, dans le domaine du droit, mais surtout il en sera le producteur. Les acteurs sociaux ne sont plus perçus comme les consommateurs de droit, mais comme les producteurs. Les individus au sein de la société politique sont désormais compris comme producteurs du droit à des niveaux divers au même titre que les législateurs ou les juges[46]. Il ne leur revient pas uniquement d'être des justiciables, mais des acteurs, tant dans les instances pour produire des normes que dans celles qui les mettent en pratique, comme par exemple des tribunaux.

Ceci s'explique par le fait que dans des sociétés démocratiquement avancées, les recherches ont montré que les sujets humains sont de plus en plus libres vis-à-vis des institutions juridiques et préfèrent fréquenter les instances qui répondent mieux aux aspirations de leur libre choix. Ils sollicitent des instances de leur choix pour le règlement de leur contentieux. Ils ne sont plus forcés par les instances étatiques conformément au droit en vigueur comme dans le temps. Ils sont à présent intéressés à l'organisation des instances selon des modes divers, soit de médiation, de conciliation ou autre qui échappent au statut établi formellement par la norme juridique d'une matière déterminée. Sans parler d'une loi formaliste du droit, un fait social, lorsqu'il est suivi d'un effet social, l'on parle d'un acte juridique, même si cet acte n'est pas posé par le législateur[47].

La crise du droit positif vient du fait que la législation positive est devenue un pur légalisme sans apport remarquable aux problèmes sociaux. Les situations inédites des sociétés actuelles se trouvent sans solutions qui leur correspondent. Le droit se voit dépassé. D'où l'existence des

[46] MacDonald Rderick, *op. cit*.
[47] Paul Fouriers, *op. cit*., pp. 7-20.

mécanismes extra-juridiques divers de résolution des conflits et d'autres mécanismes au sein des entreprises, inventés par des acteurs eux-mêmes (milieu du travail, syndicats, domaine du marché économique, de la science, de la santé, etc.), autres que les législateurs. De ce fait, le droit comme régulateur de la société se voit alors inefficace. Si, à ce qui précède, l'on ajoute au droit son formalisme, sa procédure dans les juridictions, longue et coûteuse, les procès qui durent sans aboutir au jugement du tribunal suivant le temps prévu et souhaité par les bénéficiaires, les décisions qui créent des conflits entre les parties au lieu de les unir, ce sont autant d'exemples de cette faiblesse du droit formaliste. D'où, dans certains pays[48], des recours à d'autres mécanismes de résolution de conflits tels que la médiation, la justice réparatrice, la justice consensuelle, etc., sont suffisamment développés.

I.2.2.3. Caractéristiques du pluralisme juridique

L'on peut constater, à partir des définitions ci-dessus, que les caractéristiques du pluralisme juridique se rangent dans deux catégories. Le pluralisme juridique qui reconnaît l'existence de la cohérence au sein d'une pluralité des ordres juridiques tels que l'on peut les constater dans la relation entre le droit national et le droit international ou l'ordre national et l'ordre international. La deuxième catégorie est celle au sein de laquelle il n'existe pas de cohérence entre les différents ordres existant dans un même territoire. Si l'on considère le droit colonial par rapport au droit coutumier dans les pays anciennement colonisés, il n'y a pas d'harmonie entre les deux systèmes mais ils fonctionnent dans un même espace national.

Le pluralisme juridique est largement constitué par une diversité des tendances qu'un courant comme celui du positivisme juridique. Il existe des tendances multiples qui parfois ne s'accordent pas sur leurs principes de base. Cependant un fond commun existe entre ces différentes tendances, celui d'une remise en cause du positivisme juridique à travers la manifestation des processus de transformation des sociétés actuelles et une

[48] Le Canada est l'un des pays qui a fait avancer dans une voie satisfaisante les citoyens à partir de ces mécanismes de résolution.

absence constante de réajustement au niveau juridique. C'est cette tentative de réajustement qui conduit à recourir à d'autres sources pour combler le vide créé par le légicentrisme kelsénien.

I.2.3. Pluralité des sources du droit

I.2.3.1. Droit et sources morales

La recherche des sources du droit autres que les sources formelles mises en avant par le positivisme juridique s'ajoute à celles qui sont inspirées par les normes et par les valeurs morales de la société politique. L'analyse passe ici par la recherche du lien entre le droit et la morale, dans la quête d'une véritable justice. L'on peut, à cet effet, partir de l'interrogation suivante : la loi juridique qui commande la justice légale est-elle juste ? Cette loi exprime-t-elle une intention morale devant être suivie par le juge, ou s'agit-il uniquement de l'expression d'un ordre social à sauvegarder? Ces questions, et autant d'autres, connexes, nous conduiront dans cette démarche de retrouver ce lien.

> En somme, la légitimité de la norme et de la fonction de juger requiert instamment de relier le concept du système juridique à la catégorie éthique fondamentale de la justice[49] .

Nous partirons de l'analyse de quelques auteurs qui ont traité la question du rapport du droit à la morale, dans le but de fournir une connaissance plus ou moins exhaustive de la relation du droit à la justice dans le sens exact du terme. Nous n'avons pas ici l'intention d'entrer dans l'analyse en détail des éléments-clés de notre étude. Il nous importe avant tout, de les énoncer, succinctement, sur fond d'un débat contradictoire sommaire, leur analyse approfondie devant intervenir dans le chapitre qui suivra.

Force est de rappeler, à ce stade de nos développements, que le lien entre la morale et le droit est le thème-clé de Ronald Dworkin, quand il parle des principes moraux, notamment l'intégrité, devant guider l'activité du juriste et du juge. Dans l'ordre adopté pour notre démarche, nous examinons,

[49] Philippe Coppens, *Normes et fonctions de juger*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 1.

d'abord, la signification du concept de justice, avant d'aborder les approches suivies par les auteurs contemporains, dont nous avons apprécié les débats au tour de cette problématique.

Les différentes théories de la philosophie politique sont réglementées par la législation selon la ligne éthique qui essaie de limiter les excès de l'une ou de l'autre théorie, en fonction, non pas des intérêts particuliers d'un petit nombre d'individus au sein de la société, mais en fonction de l'intérêt général. L'on s'aperçoit, ici, comment la morale joue un rôle d'équilibre, que ce soit sur le plan de la théorisation de la justice sociale ou de l'actualisation de cette justice en forme des lois, les deux étant conçu**e**s en référence à une vision des normes éthiques qui répond à l'harmonie et aux autres valeurs du bien commun de la société. Le rôle du droit est d'ordonner les faits et les conduites. La base de la législation, qui repose sur l'ordre hiérarchique, est celle d'une loi fondamentale conçue par Kelsen.

a) Le concept de justice

L'origine de ce concept est celui qui vient du latin *jubere* qui signifie : ordonner, décréter »[50]. Ici, nous voyons se dégager la signification juridique de ce concept.

Ce concept de justice peut être envisagé sous l'angle de la philosophie politique, de la philosophie du droit ou de l'éthique. Définir ce concept ne signifie pas qu'il importe de reprendre les théories de ces philosophes, mais d'en retenir l'essentiel, en vue d'asseoir l'argument qui s'oriente dans l'angle du rapport de la justice au droit comme nous l'annoncions dans notre introduction.

En effet, les points de vue de philosophes contemporains qui nous intéressent particulièrement pour le moment, s'alignent principalement derrière ceux de deux grands géants de l'époque antique, à savoir : Platon et Aristote. Pour Platon, **«** La justice n'est autre chose que l'intérêt du plus fort […], du gouvernement constitué [51]». Platon distingue la justice pour l'individu et la justice pour l'État. Sous cet angle, la justice est une

[50] Grand Dictionnaire de la philosophie, *Justice*, Larousse-CNRS, 2005, pp. 583-587.
[51] Platon, *La République. Livre VI*, Flammarion, Paris, 2002, p. 316.

harmonie qui met en consonance trois instances et qui produit l'unité d'une pluralité. Ces trois instances de l'individu sont la partie désirante, la partie colérique et la partie raisonnante.

Pour Aristote, la justice se comprend comme une observation de la loi, mais avec un caractère moral et donc lié à la vertu. La justice commande toutes les autres vertus (tempérance, sagesse et courage). Elle est, selon ce philosophe, la vertu politique par excellence. Ensuite, la justice est le rapport à autrui. Aristote distingue la justice distributive (ou de proportionnalité) de la justice corrective ou rectificative ou aussi commutative (ou arithmétique). Aussi bien chez Platon que chez Aristote, le concept de justice contient deux significations différentes. La justice est conçue soit comme un idéal moral, entendue comme valeur. Il s'agit du sens moral de la justice, que l'on retrouve dans les théories du droit naturel. Cee concept comprend aussi le sens juridique d'institution. Ce qui donne sa légitimité à la justice comme institution, c'est son adhésion à l'idéal moral de la société. Cette adhésion s'obtient aussi à partir du modèle qui incarne cet idéal moral d'une société politique.

C'est la signification juridique de ce concept. Ce qui donne la légitimité à la justice comme institution, c'est son adhésion à l'idéal moral de la société. Cette adhésion s'obtient aussi à partir du modèle qui incarne cet idéal moral d'une société politique.

Selon Catherine Audard : « Mais cette intuition fondamentale de l'unité de la justice légale et de la justice morale a été définitivement ruinée par le positivisme juridique qui a séparé le monde du droit et celui de la justice… [52]». C'est dans la théorie du droit naturel que nous pouvons trouver les origines de l'unité de la justice légale et de la justice sociale et morale.

La signification du droit naturel va évoluer à l'époque contemporaine pour prendre un sens plus complexe des droits de l'Homme. Toutefois la loi naturelle devait se préciser d'une manière concrète bien qu'imparfait aussi,

[52] Catherine Audard, « Justice. Les théories de la justice et la philosophie morale », in Monique Canto-Sperber, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale,* PUF, Paris, 1996, pp. 781-789.

celle des lois du droit positif, sans les séparer avec le socle de la morale. L'une et l'autre sont nécessaires pour une société humaine où doit régner la justice digne et vécue par les hommes en commun. Les principes du droit international essaient d'établir un pont sur le plan de fait entre ces deux ordres de droit, mais sans y parvenir efficacement[53].

Selon Dworkin, la justice au sens moral prendrait le même sens que celui de l'intégrité. Ceci nous fait comprendre combien ce concept est plus important dans le domaine sociojuridique lorsqu'il est surtout mis en relation avec la justice-institution, étant bien entendu que toute institution est sociale ou publique.

Sous l'angle de la justice, la loi se comprend comme une troisième personne qui se place entre deux autres personnes en société pour permettre soit un bon partage des biens communs en leur évitant le conflit. C'est là que se situe le sens de la justice par rapport au droit positif. Aristote dira : « Le juste n'existe qu'entre ceux dont les relations mutuelles sont sanctionnées par la loi ». La justice est alors une vertu complète pour la personne. Elle signifie aussi, respect pour soi-même, égalité entre soi et autrui et droit. La justice est donc la volonté libre du bien d'autrui. De là vient que la justice sociale ne doit pas être opposée à la justice comme vertu, puisqu'elle en constitue la tension propre.

b) Justice et droit naturel

Le droit naturel est un droit, par son essence, qui s'approche de la justice au sens de la morale. Il est un droit qui repose sur les lois naturelles. Ces lois sont celles qui se conforment à la nature humaine, c'est-à-dire tel que l'homme a été créé. Ce type de droit a largement inspiré le droit positif, mais à partir de l'époque moderne, et surtout avec la théorie du droit de Hans Kelsen, le droit positif s'est définitivement émancipé du droit naturel qui, aux dires des juristes, n'est pas un véritable droit, du fait qu'il n'est pas fondé sur les faits qui tranchent les conflits résultant des divergences théoriques entre les juristes et les philosophes. D'un côté, les juristes

[53] Les abus de justice existent malgré les institutions internationales de justice, en l'occurrence celle des Nations-Unies, devant lesquelles des crimes se commettent soit par ces Nations soit sous leurs yeux.

soutiennent la théorie positiviste du droit, de l'autre, les philosophes, eux, se placent du côté du droit naturel, en établissant la limite du droit, qui ne peut se fonder uniquement sur des faits, pour rendre justice, ou pour produire un discours cohérent sur la justice.

> Rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions injustes. En passant de tels jugements, nous impliquons qu'il y a un étalon du juste et de l'injuste qui est indépendant du droit positif et lui est supérieur : un étalon grâce auquel nous sommes capables de juger le droit positif[54].

Soulignons, au passage, que le droit international s'est particulièrement inspiré du droit naturel après l'échec du droit positif, échec prouvé par le crime du génocide des Juifs, lorsqu'il fut institué le tribunal de Nuremberg pour juger ce crime.

Qu'est-ce donc que le droit naturel ? Avant d'apporter quelque réponse à la question, essayons de nous interroger sur le rapport entre le fait, la norme et la valeur, dans la ligne de notre étude. Le fait est un donné qui existe comme tel. Mais pour être plus ou moins explicite, nous devons distinguer un fait naturel d'un fait social. Un fait naturel est un donné physique, qui existe dans la nature, et que l'homme peut observer dans sa matérialité, tandis qu'un fait social est un fait ou phénomène qui résulte des hommes vivant ensemble, ou d'un groupe d'hommes. Le fait social existe en tant qu'action, ou en tant que phénomène produit par la société, tel le groupement ou le rassemblement. Le fait social se distingue du fait naturel par le fait que celui-là est le produit des hommes, tandis que celui-ci est le produit de la nature physique. Le fait, par rapport à la norme, et par rapport à la valeur, existe en tant que tel, produit par la nature ou par la société.

Spécifions, ici, la norme, en distinguant la norme sociale de la norme morale ou de la norme juridique. La norme sociale parfois englobe norme morale et norme juridique, et parfois s'éloigne de la norme morale et de la norme juridique, alors que les deux ordres de normes s'apparentent sur beaucoup de points, sans toutefois se confondre.

---

[54] Léo Strauss, *Droit naturel et histoire*, Plon, Paris, 1969, p. 14-15.

Soulignons cependant en passant que les normes juridiques ne peuvent pas ignorer des particularités temporelles ou historiques et géographiques. En comparaison de ces deux autres, c'est-à-dire du fait et de la norme, la valeur est un idéal qui se distingue du fait et de la norme ; elle s'écarte plus du fait que de la norme. Disons, très sommairement, que la valeur s'approche de la norme que du fait, puisqu'elle l'oriente et la dynamise. Il serait, à notre avis, difficile de parler de la norme sans la valeur qui en constitue la visée.

Revenons, alors, à la question : qu'est-ce que le droit naturel ? Le droit naturel est l'ensemble des lois naturelles, tout comme le droit positif est l'ensemble de lois posées par le législateur. La distinction entre les deux n'est pas si facile à établir. Dans l'affirmation : « La norme communiste est injuste parce qu'elle ne garantit pas la liberté individuelle », l'on s'interroge sur ce qu'est la liberté individuelle, pour qu'elle définisse la nature ou le critère d'une norme du droit positif. Le droit est-il susceptible de définir, à lui seul, la liberté individuelle ? Il s'agit d'une question qui heurte la séparation entre le droit naturel et le droit positif.

Bref, la question de la relation du droit et la morale est, en réalité, celle de la justice qui prend, à la fois, le droit comme application de la justice, à travers des mécanismes juridiques (lois et autres formes de normes, tels les actes administratifs, ainsi que les décisions des juges) et de prise en compte, par la morale, de la justice comme un idéal, qui doit guider la pratique juridique, sans, ni ignorer, ni dominer la loi, mais interagir avec, pour parvenir à une véritable justice. Il s'agit, aussi, d'appliquer l'équité, non seulement du droit, mais aussi au sens d'une justice réelle.

Trois points vont nous intéresser dans cette section. Le premier est celui de la définition de la justice et de son rapport au droit. Le second est celui de l'équité et, enfin, celui du droit naturel, par rapport au droit positif. L'objectif de cet examen, dans cette section, est de nous permettre de mener une analyse approfondie dans le chapitre suivant, selon l'orientation de Ronald Dworkin. Nous examinerons le rôle de la morale dans la construction des sources dites formelles en droit (la loi, la jurisprudence, la doctrine et les principes généraux du droit) et son analyse dans les sources réelles du droit (conditions sociohistoriques, économiques, culturelles, etc.)

de la société. L'angle de la morale que nous analyserons est celui de la justice comme équité.

c) Théories philosophiques contemporaines de la justice

Il convient dans ce point, de passer rapidement en revue les théories de grands penseurs qui ont marqué, du point de vue des sources, l'histoire de la pensée juridique. Il s'agit notamment de celles d'Emmanuel Kant, de John Rawls, de Jürgen Habermas et de Paul Ricœur. Leur appartenance à l'époque contemporaine constitue l'élément principal qui a motivé notre choix.

- Emmanuel Kant (1724-1804)

La théorie de la justice en rapport avec le droit qui a marque une large postérité de l'époque contemporaine est celle de Kant. Dans La Première partie de *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit* ». Sous cet angle, Kant s'est particulièrement intéressé à la question du couple droit-obligation, tant du côté de la morale que de celui du droit. Les deux domaines, chez lui, reposent d'une part sur l'élément de l'obligation, au sens déontologique, et de l'autre sur le principe de droit. Voici ce qu'il dit de ce dernier concept : « Le droit est donc l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de liberté [55]».

Quant au rapport entre ces deux concepts, il dit ceci :

> Le concept de droit dans la mesure où il se rapporte à une obligation qui lui correspond (c'est-à-dire le concept moral de celle-ci), premièrement ne concerne que le rapport extérieur, à la vérité pratique, d'une personne à une autre, our autant que leurs actions peuvent en tant que faits posséder (immédiatement ou médiatement) une influence les unes sur les autres[56].

[55] Emmanuel Kant, *Métaphysique de mœurs. Première partie. Dotrine du droit*, Librairie philosophique J.Vrin, 1971, p. 104
[56] *Ibidem.*

Nous constatons sans entrer beaucoup plus en détail de sa pensée dans cette matière plus riche du rapport du droit à la moral, qu'il introduit les autres théoriciens, dans la perspective d'une relation très étroite entre les principes moraux et le droit positif. Il ouvre ainsi la voie aux autres penseurs qui conçoivent la justice non seulement comme application des lois positives, mais en tant qu'une relation réciproque du droit et du devoir comme ce que l'on exige d'autrui et ce que l'on lui doit. De là, la justice n'est plus uniquement comprise comme une application de la norme juridique, plutôt qu'il s'agit d'une visée du bien de tous les protagostes.

Emmanuel Kant distingue d'une part, la raison pratique, qui caractérise le sujet moral et juridique et, d'autre part, la raison théorique ou pure, qui caractérise le sujet connaissant. La raison pratique opère, à la fois, dans le domaine moral et dans le domaine juridique. La morale, tout comme le droit, pour lui, relève du domaine pratique et normatif.

L'obligation du sujet est un principe qui se situe à deux niveaux, à savoir le niveau intérieur : celui de la morale, et le niveau extérieur : celui du droit. L'obligation morale, qui se joue à l'intérieur du sujet moral, rencontre le problème de la liberté du sujet, et donc de l'autonomie de la volonté du sujet. La question, à ce niveau, est celle de savoir comment l'obligation morale agit sur le sujet libre, c'est-à-dire doué d'une autonomie de la volonté. Kant y répond en disant qu'il n'y a pas de contradiction en cela, étant entendu que l'obligation est intérieure au sujet et coïncide avec lui, si bien que le sujet s'accepte en acceptant l'ordre moral qui lui est intérieur, et se choisissant lui-même le mobile de l'action ou de la conduite, en conformité avec et ordre. L'obligation morale n'est pas, en quelque sorte, un ordre, mais un choix du sujet, qui se choisit lui-même, suivant l'exigence morale interne.

Le sujet libre n'est pas obligé par cet impératif moral, parce qu'il le choisit lui-même, en se le donnant comme motif du choix. Le sujet moral possède, en lui, la justification de cet ordre moral, qui lui est intérieur. Dans ce sens, la liberté, dans sa nature, et dans sa fonction, est sauvegardée.

Qu'en est-il du droit, vis-à-vis de l'obligation légale ou juridique ? Ici, Kant répond par la notion de contrainte. Selon Paul Ricœur :

> Kant et Hegel se rejoignent sur ce point dans l'idée que la sanction rétablit le droit. Pour l'un comme pour l'autre, la sanction exprime le corps des conventions morales qui assurent le consensus minimal du corps politique, consensus résumé dans l'idée d'ordre. Au regard de cet ordre, toute infraction est une atteinte à la loi, un trouble de l'ordre[57] .

Étant donné que le domaine du droit est un domaine extérieur au sujet, l'obligation juridique est aussi une obligation extérieure au sujet ; il résulte de la loi que l'État établit, par la voie du pouvoir législatif, qui est un organe du corps politique. La loi oblige le sujet de droit à partir de l'extérieur différemment de l'impératif moral**.** La justification de la règle du droit se trouve dans l'autorité législative qui l'établit. La règle de la morale, dans ce sens, émane du sujet lui-même et se trouve en harmonie avec la liberté du sujet moral.

Du côté du droit, le sujet est-il libre, par rapport à la règle du droit et, si oui, de quelle manière ? L'on dirait que le sujet de droit est libre, par rapport à la contrainte, parce qu'il choisit lui-même d'obéir ou non à la règle du droit. La sanction lui vient par le fait du mauvais choix opéré, en sachant l'existence de la contrainte légale. La contrainte juridique agit comme condition du respect de l'obligation morale. Celui qui est capable d'obéir à la norme morale ne subit pas la contrainte de la loi juridique, étant donné que les deux sortes d'obligations se complètent, pour que le respect de l'obligation humaine soit à la fois au niveau individuel et interindividuel ou social. Les deux sortes d'obligations ont un caractère impératif, étant donné qu'elles doivent être respectées moralement, ou par la contrainte de la loi.

- John Rawls (1921-2002)

La théorie de la justice de John Rawls est entièrement consacrée à la justice comme morale et comme finalité du droit :

> La justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée. Si élégante et économique que soit une théorie, elle doit être rejetée ou révisée si elle n'est pas vraie : de même,

[57] Paul Ricoeur, *Le juste*, Esprit, Paris, 1995, p. 198.

> si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes[58].

Il ne s'agit pas de la justice au sens légal, mais d'une justice qui prône les droits humains et le bien-être des hommes comme principes de base d'une société.

> L'ambition de cet ouvrage sera complètement satisfaite si, grâce à lui, on parvient à saisir les caractères structuraux de cette conception de la justice, implicite dans la tradition du contrat social, ainsi que les moyens de son élaboration ultérieure. Parmi toutes les conceptions traditionnelles, je crois que celle du contrat se rapproche mieux de nos jugements bien pesés sur la justice et qui constituent la base morale qui convient le mieux à une société démocratique[59].

John Rawls précise, dans les pages précédentes, que cette théorie est une critique contre l'utilitarisme qui contient un fond économiste sur lequel Rawls n'est pas d'accord. Étant donné que sa théorie a été largement commentée par d'éminents chercheurs, limitons-nous à la mention des éléments qui permettent d'orienter dans la perspective de la justice comme finalité de tout système juridique cohérent.

D'abord, nous estimons devoir mentionner, pour notre compte, l'intérêt que nous retirons de l'orientation de cette théorie de la justice, qui se fonde sur la tradition du contrat social :

> Mon but est de présenter une conception de la justice qui généralise et porte à un plus haut niveau d'abstraction la théorie bien connue du contrat social telle qu'on la retrouve, entre autres, chez Locke, Rousseau et Kant[60].

Disons, avant d'aller plus loin, que le contrat social, selon Rawls, souligne le caractère démocratique et libre des acteurs. Toutes les parties au contrat social sont des acteurs au même degré de liberté. Ils possèdent le libre choix d'admettre ou non les clauses qui constituent la base du contrat. Ensuite, les objectifs du contrat social sont définis en plein commun accord des parties. Les droits et les obligations des parties contractantes sont

---

[58] John Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, Paris, 1987, p. 29.
[59] *Ibid.*, p. 20.
[60] *Ibid.*, p. 19.

clairement définis dans les clauses constituant le contrat social dans lequel tous les membres de la société politique concernée prennent part.

Enfin, non seulement il y a la liberté et l'égalité parmi les valeurs du contrat social, mais la justice y tient aussi une place de choix comme effet qui en résulte.

Permettons-nous d'ouvrir une parenthèse, qui consiste en ceci que notre travail ne vise pas un droit particulier, à savoir celui d'un État quelconque. L'analyse s'applique surtout aussi bien au droit national qu'au droit international, et donc non à une justice locale, mais **à** celle qui est universellement reconnue. L'argument se justifie par la perspective de notre analyse de la justice et du droit, perspective qui est plus théorique que pratique.

- Jürgen Habermas (1927- .)

La théorie du droit qui reconnaît la relation étroite entre le droit et la morale est aussi développée par le philosophe Jürgen Habermas. Celui-ci a initié une théorie qui va surtout dans le sens de la philosophie pratique. Pour lui, la discussion qui s'applique à la fois à la morale (morale consensuelle) et au droit doit être structurée par des normes qui sont acceptées par toute la communauté des acteurs.

Pour Habermas, le droit opère à la fois la transformation normative et la formation du droit. Le modèle qu'il construit pour expliquer cet argument est celui du modèle procéduraliste fondé sur la rationalité communicationnelle. Affirmer que le présupposé moral est neutre dans un débat ne signifie pas que l'éthique, dans le contexte de la communication, est absente. Les normes, à la fois du droit et de l'éthique, existent dans toute activité sociale de procédure des débats publics :

> Autrement qu'avec la tradition aristotélicienne, il en va aujourd'hui des rapports avec les figures proprement modernes de la philosophie pratique, comme le droit rationnel et une théorie morale déontologique dans le style de Kant. Ces figures remplacent la question existentielle de savoir ce qui, considéré dans sa totalité, est bon pour moi, par la question éthico-

> politique des règles d'une juste vie en commun, qui sont également bonnes pour tous. Sont tenues pour justes des normes qui sont d'un même intérêt pour chacun et qui peuvent par conséquent compter sur l'adhésion unanime des sujets raisonnables. Par-là, le concept de la raison objective incarnée dans la nature ou dans l'histoire universelle s'est transmué en une capacité subjective appartenant à des acteurs. Les acteurs d'emblée égaux veulent régler de façon autonome leur vie commune. Kant et Rousseau conçoivent leur autonomie comme faculté de lier la volonté propre à des lois qui peuvent être adoptées par tous en considération de ce qui qu'i y a d'également bon pour chacun[61].

La théorie de la justice, selon Habermas, se donne pour but d'examiner l'éthique qui s'applique dans les débats publics délibératifs. En effet, sa théorie se préoccupe d'analyser comment la discussion se déroule dans un espace public autour des questions qui suscitent l'intérêt de toute la communauté politique. Selon Habermas, le cadre de discussion doit être structuré autour d'une éthique normative qui commande la nature des débats et définit l'exigence langagière devant guider le contexte de débats. Car, pour Habermas, le critère langagier est déterminant dans un espace de discussion. Pour lui, cet espace doit être défini en conformité avec les normes acceptées par tous les acteurs participant aux débats en vue de la prise de décisions politiques et institutionnelles. Les normes morales concerneront alors tout cet environnement délibératif qui vise le bien-être des acteurs concernés. L'éthique délibérative, à l'avis de Habermas, est la condition d'un véritable vivre-ensemble et d'une société démocratique. La morale, telle qu'elle est envisagée par Habermas, concerne une société politique et s'applique aux débats démocratiques dans la recherche de consensus sur des questions intéressant les choix importants de l'avenir de la société. C'est la morale politique dont il est question dans la théorie habermassienne.

Cette éthique a pour but la recherche des principes d'action susceptibles de guider les débats publics libres et démocratiques. Ces principes peuvent être consensuels, sans toutefois viser des objectifs de la vie bonne, plutôt des intérêts particuliers. L'éthique en question concerne à la fois les acteurs et les institutions. La norme morale, selon Habermas, gouverne l'espace de

---

[61] Jürgen Habermas, « Sur le rapport de la théorie et de la pratique », in *Les études philosophiques*, vol. 4, n° 87, 2008, pp. 487-498.

discussion. C'est cet espace, en effet, qui rend valide la norme morale. Pour qu'il y ait une discussion dans des conditions acceptées, il faut que la norme morale qui dirige cette discussion soit valide.

La théorie morale harbermassienne montre que l'éthique qui conduit à la discussion comme activité sociale. Il peut s'agir d'une discussion intersubjective ou entre les groupes.

Justifiant la place de la philosophie dans la totalité du savoir, Habermas affirme :

> La philosophie reste, comme les sciences, orientée vers des questions de vérité. Mais, à la différence des sciences, elle entretient une liaison interne avec le droit, la morale et l'art ; elle examine à partir de sa propre perspective des questions de normes et d'évaluation. L'éthique de la discussion concerne les rapports tant interpersonnels qu'institutionnels de communication[62].

La définition habermassienne de l'État est la suivante : « L'État est l'association volontaire de citoyens libres et égaux qui règlent leur vie en commun de façon légitime [63]».

La théorie de Jürgen Habermas s'intéresse à la morale des droits de l'Homme et distingue les droits individuels des droits fondamentaux de l'homme. Ceux-ci cernent toute l'humanité, l'humanité dans son ensemble, alors que ceux-là sont particuliers aux individus. L'éthique de la discussion s'intéresse particulièrement à l'éthique qui doit guider les débats publics dans une communauté politique. L'espace de discussion est le lieu où cette éthique doit prendre place, pour que ces débats prennent en compte les intérêts à la fois des acteurs et de la société, en tenant compte des valeurs éthiques partagées. La démocratie, comme principe et valeur, dans un débat public, se fonde sur se fonde sur une éthique de discussion.

La question principale dans cette relation entre le droit et la morale est donc que le droit s'intéresse au fait considéré comme extérieur à la conscience du sujet, alors que c'est un fait qui est imputé à celui considéré

---

[62] *Ibidem.*

[63] Jûrgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997, p. 50.

comme l'auteur. Ensuite, le fait, qui est aussi intentionnel comme condition de la responsabilité juridique, (pénale ou civile) est interne à la conscience. Dans ce contexte, on remarque qu'il y a une ambiguïté dans le cas de la responsabilité juridique. La loi est extérieure au sujet pour juger un acte à la fois interne et extérieur au sujet dont l'acte lui est imputé.

- Paul Ricœur (1913-225)

Concernant la justice, la théorie du philosophe Paul Ricœur est une critique contre le positivisme juridique du droit, plus exactement sous l'angle qui touche, à la fois, la loi, la procédure judiciaire, et même le fonctionnement de l'institution judiciaire.

Sous plusieurs aspects, Paul Ricœur analyse le droit dans sa relation à la morale principalement. Il examine le droit judiciaire, par rapport à la morale, dans l'ouvrage qui porte le titre : « Le juste I ». C'est surtout le fonctionnement de la justice des institutions judiciaires et leur activité qu'il essaie de soumettre à la critique de la justice sous une orientation éthique. Concernant les activités des institutions judiciaires, Paul Ricoeur s'intéresse à la fois à la manière dont les procès sont conduits, suivant des critères qu'il estime ne pas remplir le rôle d'un droit juste. C'est, en somme, en rapport à la morale qu'il les étudie.

Disons, pour faire court ou pour ratisser large, la critique éthico-juridique de Ricœur se centre sur le jugement judiciaire et sur la question de la sanction pénale. Pour lui, le jugement réalisé par le juge est vicié, à en juger sous l'angle du droit ; il est enrobé dans une technique de l'argumentaire juridique, plutôt que de tenir compte des exigences de la justice.

Cette idée de Paul Ricœur nous montre la source de justification de la sanction. Elle ne vient pas de l'institution de la justice ni du juge, mais de la loi. Et, selon lui, la loi est l'expression de la morale sociale. Elle est l'expression de la volonté morale d'un corps social. La loi n'est pas un ordre uniquement établi par le pouvoir politique, mais la loi juridique est une loi

morale, dit-il. C'est ce qu'il dit quand il parle de la loi comme ensemble de conventions morales.

> L'individu n'est alors qu'un écran sur lequel se projettent des désirs, des besoins, des mondes imaginaires fabriqués par les nouvelles industries de la consommation. Cette image de l'individu, qu'il n'est plus défini par les groupes d'appartenance, qui est de plus en plus affaibli et qui ne trouve plus la garantie de son identité en lui-même, puisqu'il n'est plus un principe d'unité et qu'il est obscurément dirigé par ce qui échappe à sa conscience, a souvent servir à définir la modernité[64].

La définition lapidaire d'Alain Touraine permet de définir l'homme, sujet du droit positif. La définition n'est pas sans apporter quelque éclairage. Elle permet en effet de pouvoir comprendre et envisager des critiques contre le positivisme juridique qui réduit l'homme à l'état d'objet des règles juridiques, plutôt que de lui reconnaître une pluralité d'appartenances diverses qui, non seulement définissent son identité, mais permettent aussi de réviser la perspective objectiviste du droit positiviste.

L'homme est l'objet auquel s'applique la loi, d'une manière universelle et abstraite ; puisque telles le veulent, en effet, les caractéristiques d'une loi juridique. Ainsi qu'on le voit, l'objectif de la loi juridique, qui est comprise, par les juristes positivistes, comme une loi positive, sert à façonner un individu fait pour les passions et la consommation, qui ne doivent être freinées que par une norme juridique contraignante. L'argument de Touraine nous introduit donc à une analyse du droit sous l'angle de la morale. L'angle ainsi retenu est compris comme conduisant vers une réelle justice.

Notre préccupation concerne, disions-nous, la relation entre le droit et la morale. L'accent en est mis sur les points de rencontre des deux, sur l'enrichissement des deux, plutôt que sur les points d'exclusion. Les points d'exclusion serviront comme éléments de critique. Il s'agit, en d'autres termes, de convoquer le droit naturel, en lui demandant ce qu'il a pour nous enrichir, en vue de compléter le droit, aux fins d'une véritable justice. De fait, notre préoccupation est de dépasser la justice des lois, tant sur le plan

---

64 Alain Touraine, *Un paradigme nouveau. Pour comprendre le monde aujourd'hui*, Fayard, 2005, p. 48.

du discours juridique que de son application. Le droit naturel est interprété, par les juristes, sous l'angle des droits humains (droits de l'homme), mais l'un, comme l'autre, alimente la vision morale de l'homme, dans son rapport à la loi.

La question qui traverse tout notre travail est celle d'une justice réaliste, adéquate, qui élabore des normes justes et les applique avec justesse. Le seul droit positif n'y suffit pas. C'est pourquoi l'apport de la morale est un avantage remarquable, dans le discours et dans l'application du droit. De là surgit la question sur la philosophie du droit, dans son rapport, à la fois, au droit naturel et au droit positif. La question concernant la nature de la philosophie du droit est importante. La philosophie du droit porte-t-elle sur le droit naturel, ou sur la théorie du droit ?

Le rapport du droit à la morale porte aussi sur l'analyse critique de la manière dont le droit essaie de mettre en place des lois qui protègent les droits individuels et les droits sociaux, un système justice basé sur la répartition des biens matériels et des biens immatériels, entre les personnes au sein de la société.

Citons Paul Ricœur :

> Si, en effet, le conflit, donc en une certaine façon la violence, reste l'occasion de l'intervention judiciaire, celle-ci se laisse définir par l'ensemble des dispositifs par lesquels le conflit est élevé au rang de procès, celui-ci étant à son tour centré sur un débat de paroles, dont l'incertitude initiale est finalement tranch**ée** par une parole qui dit le droit. Il existe un lieu de la société - aussi violente que celle-ci demeure par origine et par coutume - où la parole remporte sur la violence[65].

Paul Ricœur apporte une nuance dans la compréhension qu'il doit y avoir entre le domaine d'activité de la philosophie politique et celui de la philosophie du droit. Sous le rapport du droit, le philosophe s'est intéressé à la question du droit et, surtout, du droit judiciaire. Dans son livre, *Le juste*, il a discuté la question de la justice, des institutions judiciaire et de la procédure en cours d'instance. Paul Ricœur a consacré cet ouvrage à trois

[65] Paul Ricoeur, *Le juste*, *op. cit*., p, 10.

questions du droit, à savoir les lois pénales, la procédure appliquée dans un procès judiciaire et le fonctionnement des institutions judiciaires.

Concernant, d'abord, la loi, qui définit la nature et la fonction de la peine dans le domaine de la justice, Paul Ricœur s'efforce de montrer la limité de la loi, s'agissant de la fonction de la peine en rapport avec la justice dans son ensemble.

Ensuite, il s'attaque au déroulement ou à la procédure du procès judiciaire, depuis l'introduction de l'instance jusqu'à la phase du prononcé du jugement. Il s'interroge concernant la durée de l'instance dans un tribunal.

Enfin, Paul Ricoeur soulève la problématique liée à la fonction de la peine dans le domaine de la justice que revendique le droit. Il aborde toutes ces questions sous un angle juridique et sous un angle éthique. Paul Rcoeur veut savoir si la loi sur la peine et si la pratique des tribunaux honorent la mission de protéger véritablement les droits des justiciables. N'est-il pas, selon la vue de ce philosophe, le souci de respecter la rhétorique juridique ou la logique argumentaire du procès, ou s'agit-il de s'intéresser à la justice de parties en procès ? L'allongement du procès dans lequel participent le juge et la défense ou les avocats, remplit-il le rôle éthique ? De même, la défense s'applique-t-elle à la vérité de la justice, ou s'agit-il de servir uniquement les intérêts de sa clientèle ?

Dans le dispositif procédural lié à la problématique du procès tant pénal que civil, les intérêts sont toujours des intérêts divergents ou opposés. Le procès lui-même, qui est de type accusatoire, ne révèle que des intérêts en opposition, ajouté à cette procédure accusatoire, le principe du droit positif qui s'en tient au seul principe du respect de la loi et au principe d'interprétation minimale. L'éthique, qui vise la sauvegarde des toutes les parties par une justice fondée sur la loi, mais aussi sur le respect du principe de la morale, s'avère être un problème épineux. Cette problématique concerne à la fois le droit législatif et le droit judiciaire et procédural. Il s'agit des exigences de la loi qui règle, à la fois, l'institution judiciaire, la procédure pendant l'instance, et la pratique des activités des juges mêmes.

Paul Ricœur procède par une phénoménologie du sens de concepts utilisés en droit. Dans *Le Juste*, il explicite différents sens du concept de

rendre justice. En premier lieu, juger, c'est opiner, dit-il, c'est une affaire d'opinion sur un problème donné. En second lieu, c'est estimer au sens d'apprécier. En troisième lieu, juger, c'est délibérer, et, enfin, juger, prendre position qui conduit à l'action.

Voici comment il explicite l'acte de juger dans un procès :

> Dans les limites strictes du procès, l'acte de juger apparaît comme la phase terminale d'un drame à plusieurs personnages : les parties ou leurs représentants, le ministère public, le jury du siège, le jury populaire, etc. En outre, cet acte terminal apparaît comme un processus aléatoire ; à cet égard il en est ici comme de la conduite d'une partie d'échecs ; les règles du jeu sont connues, mais on ignore chaque fois comment chaque partie sera amenée à son terme ; le procès est au droit ce que la partie d'échecs est à la règle : dans les deux cas, il faut aller jusqu'au bout pour connaître la conclusion. C'est ainsi que l'arrêt met fin à la délibération virtuellement indéfinie[66].

Ce passage montre le caractère justement aléatoire d'un procès judiciaire qui se déroule comme un jeu plutôt qu'une activité qui engage des vies humaines. Comment un tel acte du juge peut-il aboutir à l'incarcération d'une personne pendant toute la vie ? La question est d'une étendue morale qui invite à réfléchir encore plus en profondeur à propos de la règle juridique principalement liée à la procédure judiciaire. Ici, l'on mentionne un seul aspect ; c'est sans donc parler de toute la procédure judiciaire pour pouvoir se rendre compte des limites des lois qui commandent le travail du jury.

En considérant ce processus comme il vient d'être plus haut décrit, on se demande si cet acte du juge, qui conduit à la conclusion de la délibération et à la condamnation d'une partie qui se retrouve coupable, obéit aux phases exigées dans un processus de délibération au sens où l'entend Paul Ricœur. Rappelons que l'objectif ultime du procès est la résolution d'un contentieux existant entre les parties, ou entre une partie et la société, dans le contexte d'un procès pénal.

À l'analyse de l'ouvrage de Paul Ricœur, on remarque que l'acte du juge va plus loin que la seule conclusion du jugement qui met fin au débat du jury. Deux parties se dégagent, d'une manière exemplaire, dans le processus

---

[66] Paul Ricoeur, *Le juste*, *op. cit*., p. 187.

de procès. Il s'agit, pour les deux parties, d'une part, de la revendication d'un droit et, d'autre part, de la défense contre une charge. On aura compris que le résultat du processus sert de modèle à la résolution d'autres conflits latents, pourvu qu'ils soient de même nature.

Paul Ricœur exprime ainsi encore la visée du procès judiciaire :

> C'est ici qu'il faut faire entrer en ligne de compte une composante plus substantielle que la pure procédure de justice, à savoir quelque chose comme un bien commun, consistant en valeurs partagées ; on aurait affaire là à la dimension communautaire sous-jacente à la dimension purement procédurale de la structure sociétale[67].

Par-delà cet aspect de l'analyse du procès, Paul Ricœur a encore analysé, dans ses autres livres, la problématique de la justice rendue dans les tribunaux avec un regard critique qui dépasse les simples vues d'un juriste. Il convient, en effet, d'analyser la question de la justice dans son ensemble, par rapport aux mécanismes juridiques élaborés à partir des lois établies par les instances étatiques.

C'est dire que, à la définir dans toute son extension sémantique, la justice va au-delà du dispositif juridique des instances législatives et judiciaires ; la justice, selon Paul Ricoeur, réfère à la paix sociale.

Reprenant l'idée dans un autre de ses ouvrages, Paul Ricoeur avertit, à nouveau *:*

> La justice, selon cette lecture, fait partie intégrante du souhait de vivre bien. Autrement dit, le souhait de vivre dans des institutions justes relève du même niveau de moralité que le vœu d'accomplissement personnel et que celui de réciprocité dans l'amitié[68].

Cette morale selon Ricœur souligne deux perspectives : une perspective courte et une perspective longue. La perspective courte concerne le litige que le juge veut résoudre comme étant le cœur du conflit, tandis que la perspective longue touche à la paix sociale que la sentence du jury apporte comme étant la conclusion qui met fin au processus entendu comme procès judiciaire.

---

[67] *Ibid*., p. 191.
[68] *Ibidem*.

Ricœur montre, par ailleurs, que la morale qui guide l'activité judiciaire est, à la fois, une morale téléologique et une morale déontologique, selon la ligne d'Aristote ou de Kant.

Selon Paul Ricœur, la justice et la sollicitude dans l'activité du juge dans un procès pénal se conjuguent, pour permettre aux institutions judiciaires d'obtenir leur finalité, qui est une véritable justice. Bien entendu, même si la loi, au sens juridique, exige que le jugement, dans un procès, soit objectif et impartial, la morale de Ricœur propose que cet idéal de la loi se décline du côté de la sollicitude, pour la considération de l'autre. La considération de l'autre veut dire, ici, que l'autre des parties soit perçu comme une personne, dans son identité, en tant que personne humaine, et non en tant que sujet de droit, sur la responsabilité de qui la loi doit trancher, sans plus. La valeur de la sollicitude appelle l'humanité du juge dans un procès.

Une question cruciale traverse la conscience du juriste, surtout du juriste de profession. Il s'agit d'un défi majeur, qui consiste dans le dilemme entre une justice en conformité avec le droit, et la loi et la sollicité au sens éthique dans la ligne de Ricœur. La problématique est cruciale. Paul y répond en disant que le juge doit amener les parties à un sentiment de rencontre entre eux. La partie coupable devra reconnaître sa faute, et être capable d'assumer la responsabilité de l'acte fautif. Du côté de la victime, il faut qu'il y ait un sentiment de réalisme, qui reconnaît que toute personne peut commettre une faute susceptible de poursuite pénale, par inattention, ou par une faiblesse humaine qui rend la volonté fragile, dans le choix de l'acte à poser. C'est là la source du pardon.

Ailleurs, Paul Ricœur développe la morale sous deux angles, à savoir l'angle de la morale comme obligation, et celui de morale comme visée ou comme finalité. La première catégorie est celle de la morale déontologique, qui est essentiellement développée par Emmanuel Kant, la seconde étant la morale téléologique, celle d'Aristote. Ricœur avertit : les deux catégories de morale sont complémentaires ; elles constituent, dans ce sens, les deux faces d'une seule et même chose, à savoir la morale ou l'éthique.

Plaçant la théorie ricœurienne de la morale dans notre perspective, nous nous rendons compte que les deux orientations de la morale comprennent deux faces d'un seul domaine du droit. Il s'agit de la face du droit comme

norme établie par les instances habilitées, et de celle du droit comme visée de la justice ou, tout simplement, de la face de la justice accomplie par le droit. Disons que le droit est, à la fois, norme et visée de cette norme. La norme se perçoit comme règle obligatoire exigeant l'obéissance de la part de ses destinataires. Mais, en même temps, la norme comprend cette dimension de la visée, qui est l'aboutissement de la norme, c'est-à-dire la réalisation de la justice, qui passe par la loi et par les tribunaux.

Il convient remarquer, en passant, que le législateur travaille de la même manière que le juge. Le législateur juge le contexte général de la société, en le sanctionnant par la loi, tandis que le juge apprécie un cas particulier, en lui appliquant une norme déjà votée par le législateur. L'un, comme l'autre, est un juge, mais à deux niveaux différents.

Il n'est pas de loi votée par le Parlement qui n'ait pas ce caractère répressif. Chaque loi légale a, pour but, de sanctionner une situation sociale considérée comme répréhensible, c'est-à-dire une situation sociale constituant une menace à la vie des personnes ou à la sécurité publique. La loi juridique vient pour réprimer cette situation, anormale selon la société dirait-on. En fait, c'est à travers la compréhension du droit jurisprudentiel que se manifeste la relation entre le travail du juge et celui du législateur.

Il convient, enfin, de faire remarquer que la vision juridique de Paul Ricœur est une vision d'une anthropologie individualiste, qui analyse le sujet de droit en tant que sujet-individu dont les droits sont restaurés par une justice reposant, à la fois, sur les normes, et sur l'intention morale de ces normes juridiques.

Rappelons que la morale ricœurienne est une morale à deux versants : celui de la visée ou la morale téléologique, et celui de l'obligation en tant que morale déontologique**.**

Le législateur table sur la situation générale, alors que le juge s'intéresse aux situations particulières. Le législateur exprime la volonté générale, alors que le juge exprime la volonté du législateur sur une situation particulière. Selon Carbonnier, le juge est un législateur particulier. Pour nous situer sur le plan de la plus grande généralité, la question centrale qui intéresse ce domaine du rapport du droit à la morale est celle de la relation entre les normes juridiques et les valeurs morales. La justice, au sens juridique, ne

signifie pas la concordance entre la valeur morale et la norme juridique. Ici, on en parle tant sur le plan substantiel que sur le plan formel du droit. Le dilemme, en la matière, est celui de se demander s'il faut respecter ses propres convictions morales au détriment de la loi, ou s'il faut la rejeter, au bénéfice des valeurs morales.

La question suscite une interrogation qui touche aussi bien au pluralisme juridique qu'au pluralisme moral, dans une société politique donnée.

Conclusion

Disons, pour conclure cette section, que la relation entre droit et morale rappelle un autre type de relation, d'une relation lointaine, il est vrai, par rapport à cette précédente. Il s'agit de la relation entre le droit positif et le droit divin, de la relation entre la loi du droit positif et la loi de la Bible. Il peut être affirmé, sans excès, qu'un rapprochement est possible, entre ces deux types de loi. Si l'on se réfère à l'histoire du droit, on se rend compte que, dans son contenu substantiel, tout comme dans sa forme, le droit positif s'inspire du droit biblique. La structure du code des lois du droit positif possède presque la même forme que celle de la Bible. La raison en est que le droit romain dont hérite le droit romano-germanique, a été préparé par le clergé catholique, suivant le modèle du droit canonique. C'est le droit canonique qui a donné naissance au droit positif actuel, tout singulièrement dans sa version romano-germanique. Bien des articles, dans des codes juridiques, s'inspirent des versets bibliques. La perspective ainsi brossée ferait l'objet d'une étude plus vaste ; nous n'avons pas, ici, l'intention de nous y appesantir.

Mais qu'à cela ne tienne, cette réflexion nous amène à nous interroger sur la véritable justice. Est-elle celle qui résulte de la loi de contrainte, et qui about à la sanction du non-respect de la loi ?

La véritable justice, nous semble-t-il, se construit autour de valeurs démocratiques basiques d'une société politique. Il s'agit, pour ces valeurs, de la liberté, légalité, de l'unité**.** La justice légale, telle que, à ce jour, elle est conçue par le droit positif, est entachée par d'énormes lacunes. La justice légale aujourd'hui connue est une justice « entre-deux », ni moins ni plus. Elle est une justice entre deux parties qui s'affrontent, dans une opposition résultant de son caractère accusatoire. Cette sorte de justice a pour visée la

séparation des parties en conflit. Qu'il soit à travers le mécanisme de la procédure dans la résolution du litige, ou du résultat de cette résolution, il y a la division ou la séparation des parties, ni plus ni moins qu'une bipolarisation de ce litige. L'on comprend, aisément, que la solution qui provient de la séparation d'un litige social en deux parties opposées, ne peut qu'à aboutir à une crise de la cohésion sociale.

La solution préférable serait celle qui aboutit à la cohésion de la société, par l'unité ou par la réconciliation de parties en conflit. Elle ne peut en aucune façon se laisser entendre comme un déni de justice. Considérée sous l'angle d'un seul pôle du conflit, cette justice viserait à ramener le litige au niveau de la morale comme une solution idéale au conflit, par une simple prise de conscience et par une acceptation de la faute par une partie. Porter le litige au plan de la société, c'est rendre l'affaire politique, et transformer la méthode de résolution de conflits en procès qui occulte le meilleur le responsable du délit.

La véritable justice est celle qui a pour visée l'unité des parties (ou la réconciliation) et la cohésion de la société. Comment y parvenir ? Quelle procédure mettre en place dans un cas de litige ?

Dans un cas de litige, il convient un changement d'objectif, pour la solution du litige. La visée de la cohésion sociale vient de la société elle-même. Au lieu de porter le litige devant des experts qui fondent la recherche de leur solution sur la connaissance au plan rationnel ou sur la technique formaliste des juristes, il faudrait soumettre le litige aux membres de la société, qui ne sont certes pas des experts en la matière, mais qui sont investis de confiance, par la société concernée. Le fond de la solution, dans ce contexte, est un ensemble de valeurs partagées par tous les membres de la société concernée par le litige.

Ces valeurs communes constituent la source et la justification de l'unité et de la cohésion du groupe. Les personnes en conflit étant tous des membres d'une même communauté, le litige les concerne, sans exception. De là, découle que la résolution, intéressant l'unité ou la réconciliation de toutes les parties, est une affaire de tous les membres de cette société. La société va, dès lors, privilégier l'unité, à partir, d'une part, de l'acceptation de la faute par la partie considérée comme l'infracteur, et à partir, d'autre

part, du pardon offert par la partie victime. Le procès se déroule dans un climat de confiance sociale, dans une ambiance favorable à la communauté, plutôt que dans une situation de heurts dirigée par des juristes, réputés experts en matière des conflits. Ceux-ci sont donc substitués par des personnes intègres, choisies par d'autres membres de la communauté. La décision du procès est, dans ce contexte donc, construite sur des valeurs morales et sociales partagées.

Cette justice accorde la priorité, non à la sanction, mais au rachat du membre fautif, par le pardon qui conduit à son intégration au sein de la société. La sanction, dans ce contexte, n'aura qu'une fonction symbolique. Cette justice ne peut, aucunement, se comprendre comme un déni de justice, ni, certes, comme une justice idéale accomplie dans une société tout aussi idéale. L''acceptation facile de la faute et d'une demande facile de pardon ne conviendrait que lorsque la faute s'avère d'ordre mineur. Mais quand il s'agit d'un crime, faut-il le laisser impuni au bénéfice de la cohésion sociale ?

On répondrait en avançant qu'il pourrait y avoir divers modes de gestion des litiges dont, entre plusieurs autres, gestion de crimes et gestion de délits mineurs. Mais encore faut-il rappeler que les crimes sont généralement moins nombreux que les litiges dans la société. Des méthodes de gestion variées divers conviennent donc, selon la nature de la faute ou du crime, tout comme selon leur gravité.

Il s'agit d'une justice intégratrice. Cette justice vise l'intégration des membres considérés comme infracteurs, mais qui retrouvent leur dignité par cette action d'intégration. Les membres de la société, hier considérés comme infracteurs et aujourd'hui intégrés, retrouvent leur place au sein de leur société. Réhabilités, ils deviennent ((plus importants et)) plus actifs qu'avant la perpétration de la faute, étant donné qu'ils sont reconnus comme ayant de la dignité et de la valeur. La justice restaurative trouve son fondement dans la philosophie sociale et dans l'éthique de la société concernée.

Les jurys populaires, qu'on rencontre dans nombre de pays aujourd'hui, s'inspirent de la théorie de la justice restauratrice. Parmi les méthodes suivies par ces jury, figure la mise en valeur des récits de vie, des

recours aux expériences partagées ou à partager, dans le cadre d'une histoire et d'un destin communs. C'est ici le lieu d'aborder la question d'une justice aux normes juridiques orientées dans le sens d'une bonne régulation sociale.

I.2.3.2. Droit et normes sociétales

Cette section présente les débats entre les points de vue des juristes et des sociologues. Ces débats ont abouti à la création de la sociologie du droit. Le rejet, par les juristes, des normes sociétales comme entrant en compte dans une élaboration des normes juridiques, les exclut du travail de contribution efficace du droit aux affaires sociales et ainsi, il restreint le champ du droit. Cette conception est celle du droit moderne. Actuellement, le droit est en train de réviser ses positions en penchant plus du côté de la sociologie qu'il avait auparavant rejetée. C'est cette position nouvelle qui aboutit à cette discipline de sociologie juridique. Le rôle de cette section est de montrer comment, de nos jours, la sociologie influence les études juridiques dans la société mondiale actuelle à la fois globalisée et multiculturalisée.

Le point que nous développons s'intéresse à la problématique de la régulation et du contrôle sociaux. Comment réguler une société, tout en reconnaissant et en respectant son identité, ses coutumes, ses mœurs ? Faut-il réguler juridiquement la société en respectant ce qu'elle est, ou faut-il la réguler en s'inspirant du fondement rationnel ?

Nous proposons comme hypothèse de cette section : La régulation juridique devrait tenir compte de l'ensemble du système social en vue d'assurer un bon processus de reproduction et de transformations sociales. La société doit produire et reproduire ses normes en vue d'une meilleure transformation (qui ne soit ni une rupture ni un frein à une dynamique évolutive).

« L'ouverture aux sciences sociales ne devient critiquable que là où une voix nécessaire au discours juridique revendique la suprématie, et parfois l'exclusivité »[69].

[69] Ortrielf Hoffer, *Principes du droit*, Cerf, Paris, 1993, p. 7.

La réalité sociale constitue la substance du droit. Cette cohérence entre le contenu et la forme est un intérêt particulier de la recherche que nous menons, réunissant les divers domaines concourant à la formation d'une véritable science du droit.

Le droit est à la fois le système normatif de la société et un phénomène social. Cette conjonction d'attributs définit d'une façon réaliste le champ (le domaine) dans lequel le droit doit désormais opérer, mais en même temps elle donne l'orientation de l'épistémologie du droit ou de la méthode qui conduit le droit à adopter une approche pluridisciplinaire. Il s'agit d'une approche qui réunit les deux disciplines dans un champ de recherche commun ou unique. La société exige un mécanisme de régulation (système normatif ou de régulation) et une compréhension des dynamiques sociales et des pouvoirs et acteurs dans les processus de transformations sociales. Il faut aussi une orientation philosophique qui donne l'orientation et la finalité des normes, constructions et transformations sociales. Ceci permet de fonder les droits subjectifs et les normes sociojuridiques sur les valeurs de la société pour donner au droit la légitimité qui lui convient.

Notion de norme

La norme est un concept polysémique, dont les significations sont multiples et parfois divergentes. L'on trouve ce terme dans le domaine de la morale, des sciences sociales et du droit. Les Grecs la désignaient par *nomos*, concept qui signifie culture pour devenir plus tard loi. Son sens courant est celui de règle.

Denys de Béchillon dit ceci :

> …la règle, telle que nos sociétés la reproduisent et se la représentent au premier plan, demeure, quoiqu'on en dise, imprégnée d'abord de l'idée d'obligation, d'autorité, de prescription, de hiérarchie et de contrainte[70].

Pour de Béchillon, la règle se compose, en plus des éléments énumérés plus haut, de trois éléments importants, à savoir : la proposition, le modèle de conduite et la contrainte. Selon la norme, c'est une proposition en tant que formulation d'un énoncé ou d'une idée ; ensuite, elle se comprend

[70] Denys de Béchillon, *Qu'est-ce que la règle de droit* ? Odile Jacob, Paris, 1997, p. 165.

comme un modèle réglementant les comportements humains sociaux, et enfin, elle est une contrainte qui appelle une conformité. Ces caractéristiques conviennent à la fois aux règles juridiques, mais aussi aux autres règles morales, sociales ou coutumières.

Comment alors se distinguent et se recoupent les diverses significations dans leur usage ? Quelle est l'évolution de ce concept ? Quel est le bon sens utilisé en droit ? Ce sont les questions qui nous intéressent dans cette section.

Le concept de norme vient du latin *norma* qui signifie « équerre » ou « règle ». Selon le dictionnaire le Grand Robert de la langue française, le concept de norme signifie d'abord un état habituel, ordinaire, régulier, qui couvre une majorité de cas. On parle dans ce cas d'un fait normal, d'une situation normale, etc. Ensuite, il exprime une mesure effectuée avec une équerre ou une règle. Transposé dans le contexte de la société humaine, le concept signifie « la mesure des conduites humaines ». Il est utilisé dans le domaine des sciences sociales et surtout en droit où il signifie une règle impérative ou une loi.

Selon Gérard Cornu[71], le terme de norme évoque la règle qui marque la direction générale à donner à une conduite. Il signifie directive, standard, etc. Il signifie aussi, selon Cornu, la manière dont il convient de diriger son activité ou la méthode à suivre dans la réalisation de cette activité. Il souligne le caractère obligatoire de la norme.

Parmi une variété de normes, les unes ont une obligation impérative, d'autres sont moins contraignantes. Dans tous les cas, les normes sont des règles qui exigent une obéissance. Elles peuvent fonctionner comme des modèles pour assurer l'ordre et le contrôle social. Le modèle de normes sociales appelle aussi des valeurs qui propulsent les comportements vers un idéal ou un objectif de la société, du groupe ou de l'individu.

[71] Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10 éd., PUF, Paris, 2014.

La norme juridique

La norme juridique a pour fonction de contraindre le comportement humain au sein de la société. Cette contrainte tient une place importante en droit positif comme étant son essence même.

En effet, le droit a pour tâche de réglementer les relations sociales, interindividuelles ou entre des groupes sociaux déterminés. Étant donné que la sociologie étudie ces ramifications au sein de la société, il est alors possible d'affirmer que la sociologie est en étroite relation avec le droit qui lui aussi est chargé de la même fonction. Durkheim a été le premier parmi les sociologues à envisager cette relation étroite entre ces deux domaines, mais il a été prolongé par Georges Gurvitch qui a porté son analyse encore plus loin dans ce domaine[72].

Il faut dire en passant que les sociétés africaines ne séparent pas le droit répressif (droit pénal) du droit restitutif (droit civil) étant entendu que chez les Africains, l'aspect de la solidarité collective prime fortement sur les relations entre deux individus singuliers. On pourrait même dire que l'individu vaut autant que le groupe. La fonction de la régulation juridique dans le système du positivisme juridique revient à l'État comme étant le seul compétent à produire la règle juridique.

Ce qui précède nous amène à parler brièvement de la régulation telle qu'elle est comprise en sciences sociale et en droit. En effet, le concept de régulation a reçu plusieurs significations à travers le temps et l'évolution de ce paradigme. Selon le dictionnaire de la culture juridique, ce concept renvoie à un ordre impératif. Jacques Chevallier en a donné une signification plus ou moins exhaustive, dépassant l'aspect de simple impérativité. Voici ce qu'il dit :

> Le paradigme de la régulation recouvre ainsi désormais deux types de significations différentes : d'une part, l'analyse des processus par lesquels tout groupe social parvient à maintenir sa cohésion et à assurer sa survie, malgré la diversité des intérêts qui existent en son sein ; d'autre part, l'analyse des processus de changement que connaissent les sociétés contemporaines, dans lesquelles la complexité croissante des problèmes

[72] Georges Gurvitch, *Eléments de sociologie juridique*, Aubier, Paris, 1940.

> impose de recourir à des mécanismes plus souples de coordination et d'intégration[73].

Comme nous le constatons dans la signification que Chevallier donne à ce concept, et pour éviter de nous étendre davantage sur la signification dans cette partie préliminaire de notre travail, nous préférons nous focaliser à présent sur le sens juridique de ce concept, sans toutefois ignorer l'importance de son extension dans les autres domaines des sciences sociales.

Sans beaucoup plus approfondir le concept et le domaine d'application de la régulation juridique, l'on peut faire remarquer que la régulation juridique est une des activités sociales dont chaque société humaine se réclame. En affirmant ceci l'on veut faire remarquer que toute société possède du droit et, par ce fait même, a la capacité de réglementer ses actions à partir des critères qui lui sont propres, selon justement la conception qu'elle se fait du phénomène de droit. On comprend donc aisément la réalité juridique, même si le positivisme juridique exige que l'on soit conscient de la singularité et de la spécificité très bien soulignée du droit par rapport aux autres phénomènes sociaux et il importe nécessairement de l'isoler de tout autre phénomène social.

La conception postmoderne dans le domaine des sciences sociales et du droit en particulier souligne le dépassement et l'évolution du droit en montrant qu'il n'existe plus de frontières entre les sciences portant sur le fait social, et que par conséquent se réclamer de l'isolement est une aberration, mais qu'il faut surtout ouvrir les horizons plus larges de l'interdisciplinarité du savoir dans ce domaine. Ceci s'explique par plusieurs facteurs de notre époque qui y conduisent, entre autres la montée de la globalisation économique et du progrès accéléré des sciences et des technologies de la communication et de l'information. Le sociologue allemand Ulrich Beck expose largement la complexité de ce phénomène[74]. Comment le phénomène cosmopolitique favorise-t-il la circonscription du système de

---

[73] Jacques Chévallier, 2001, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, n°49, 2001, p. 827-846.

[74] Ulrich Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Aubier, 2003.

droit dans un espace déterminé, territorial, national, régional ou autre ? La complexité du phénomène de la globalisation crée justement une situation nouvelle, celle du multiculturalisme, qui s'accompagne de la montée en puissance de la revendication de reconnaissance de nouvelles identités.

Complémentarité et dépassement entre la régulation juridique et la régulation sociale

Les relations sociales constituent l'objet d'étude à la fois du droit et des autres sciences sociales bien que le droit réclame de prendre le dessus par rapport à ces sciences soit en précisant ou en restreignant son champ d'application par rapport à ces dernières, mais en y regardant de plus près les deux groupes de sciences se complètent mutuellement. La sociologie, par exemple, décrit en les diversifiant les relations entre les personnes et les groupes au sein d'une société tandis que le droit leur donne un contenu plus normatif en introduisant l'aspect de contrainte qui a un accent plus fort en droit qu'en sociologie. Quoiqu'il en soit la sociologie reste la science fondatrice du droit car c'est elle qui lui fournit l'orientation positiviste qui constitue son cachet particulier par rapport aux autres sciences sociales.

La régulation juridique au moyen de la norme peut avoir deux significations. La première est dite négative, c'est celle de la réglementation des rapports sociaux et des actions sociales moyennant des lois impératives. La seconde, que nous appelons positive, est celle qui vise la poursuite des modèles au sein de la société au moyen des valeurs que la société a construites et qui favorisent l'harmonie dans des relations individuelles et collectives sans qu'il y ait de contraintes extérieures forcées.

Même si la peine peut avoir comme fonction : « …de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience collective [75]».

Cette cohésion est extérieure et ne peut s'obtenir de la même façon que la poursuite des modèles qui incarnent les valeurs dans une société donnée.

---

[75] Emile Durkheim, *De la division du travail*, Aubier, Paris, 1893, p. 76.

Dans son ouvrage, *De la division du travail social*, Durkheim montre la signification du crime et de la valeur de la peine au sein de la société. Cette étape est très importante dans le domaine de la sociologie juridique.

> Quelques sociologues et politologues du droit en France s'intéressent au droit en le considérant non seulement comme un ensemble de règles qui établissent des devoirs et des droits, mais aussi comme un ensemble de règles qui créent des opportunités d'action pour les acteurs sociaux[76].
>
> Suivant l'orientation actuelle du droit qui a pour perspective des politiques publiques développées par les auteurs nord-américains, surtout dans le mouvement des « Critical Legal Studies », le droit et la sociologie sont en dialogue visant la complémentarité. Il s'agit en fait d'une orientation interactive du droit et de la sociologie du droit[77]. Selon ce mouvement, disent Maricio Garcias et Aude Lejeune : « Il faut dépasser la dichotomie traditionnelle de la sociologie du droit entre la règle formelle, la « Law in books », et son application, la « Law in action »[78].

Le droit dépasse la sociologie étant donné que celle-ci vise essentiellement la description des relations sociales alors que le droit s'applique à réglementer ces relations en vue de l'objectif visé par l'autorité de l'État qui est d'établir l'harmonie. On voit alors comment existe une complémentarité de définition et de réglementation des relations au sein d'une société politique.

I.2.3.3. Le droit et les sources culturelles

> Les mondes vécus modernes se différencient les uns des autres à travers les domaines de la culture, de la société et de la personne ». La culture se divise selon la valeur accordée aux questions de vérité, de justice et de goût, de l'art et de la critique de l'art[79]

Dans le cadre de la réflexion sur la reproduction et la transformation sociale, il est important de s'interroger sur la problématique de la relation entre le droit et la culture. L'analyse de cette problématique conduit à envisager une autre question : comment le droit doit-il jouer son rôle de

[76] *Ibidem.*
[77] Stuart Scheingold, *The politics of rights*, Ann Arbor, University of Michigan, 2004.
[78]Mauricio Garcia Villegas et Aude, « La socilogie du droit en France. De deux sociologies à la création d'un projet interdisciplinaire, in *Revue interdisciplinaire des sciences juridiques*, vol. 66, n° 1, 2011, pp. 1-39.
[79] Jürgen Habermas, « Sur le rapport de la théorie et de la pratique », *op. cit.*, pp 487-498.

régulation sociale en vue de permettre une harmonie pacifique au sein de la société, harmonie qui résulte de la rencontre de cultures différentes au sein d'une même société, soit par l'effet de l'immigration (cas des pays européens) ou de la gestion de la fracture sociale résultant de la colonisation dans les sociétés africaines.

La relation droit-culture et les mutations socio-culturelles des sociétés

La question importante ici est de savoir comment le droit contribue aux mutations ou à l'évolution sociale sans empiéter sur les cultures des sociétés concernées. « Par nature le discours juridique est un discours social central : il fixe les règles de jeu essentielles d'une société, s'offre comme un condensé de la culture commune et un système de valeurs… »[80]

Cet argument de Jean-Robert Henry témoigne d'une relation étroite entre le droit et la culture au sein d'une société. Les deux sont complémentaires et concourent au bien-être de la population en favorisant un processus de transformations sociales sans engendrer de rupture au sein de celle-ci ni de déviations sociojuridiques déplorables.

Comment alors établir l'équilibre entre les deux ? L'histoire des sociétés nous montre que les choses ne se passent pas toujours ainsi. Le droit ne contribue pas dans tous les cas à l'évolution des sociétés sans empiéter sur l'harmonie socio-culturelle d'une société donnée. Reprenons, une fois encore, le cas du phénomène colonial dans beaucoup de sociétés, en particulier africaines. La discontinuité en Afrique est remarquable, et ne peut être considérée comme un phénomène historique définitivement dépassé. Il s'agit jusqu'à ce jour, plutôt d'une problématique réelle qui conduit à un questionnement profond.

Le phénomène colonial en Afrique a en effet affecté l'évolution harmonieuse globale des pays africains, au point qu'aujourd'hui la possibilité de redressement de la société sans affecter leur identité s'avère une question cruciale, voire impossible à résoudre.

---

[80] Jean-Robert Henry, « Le changement juridique dans le monde arabe ou le droit comme enjeu culturel », *Droit et Société*, n0 15, 1990, pp. 139-151.

En effet, l'objectif de cette section est d'analyser la problématique qui résulte de la relation entre le droit et la culture, entre le système de droit positif et les autres systèmes de droit, c'est-à-dire les droits traditionnels ou coutumiers. Ce point nous conduira à examiner la relation entre le droit positif et les droits africains. Établir la relation entre le droit et la culture implique une fois de plus la question du pluralisme juridique.

Il s'agit d'autre part de la tentative de comprendre l'implication des mécanismes culturels dans le champ du droit. Cette problématique se pose dans un espace national tout comme il peut se poser aussi sur l'espace international ou global. Nous posons autrement la question de cette relation droit-culture : Le droit prend-il en compte la culture de la société ? Si oui, cela donne-t-il de l'harmonie au sein d'une société ou cela engendre-t-il par contre des conflits liés à la négligence de certains aspects de la culture ? Il faut partir du principe selon lequel la théorie du droit africain ne peut se concevoir autrement qu'une théorie pluraliste du droit reposant sur des expériences historiques et culturelles de l'Afrique.

En effet, étant donné le pluralisme des sociétés et des cultures africaines, la théorie du droit devrait partir de ce contexte socioculturel et envisager le système de droit pluriel qui reconnaît la diversité de groupes sociaux possédant une diversité de cultures en relation résultant du contexte historique complexe de l'Afrique, essentiellement celui de la colonisation. Ces différents droits africains ont un fond commun du droit, le droit coutumier.

Le rôle de l'anthropologie juridique

Ce rôle à notre avis est double. D'une part, il s'agit de remettre en question certaines théories anthropologiques classiques et d'appuyer l'émancipation à l'égard des aliénations socioculturelles résultant de ces théories.

Remise en question des théories anthropologiques par l'anthropologie juridique

Cette remise en question a été proposée récemment par bon nombre d'anthropologues du droit dont Etienne Le Roy, et surtout Norbert Rouland.

Norbert Rouland définit l'anthropologie juridique comme étant : « La discipline qui, par l'analyse des discours (oraux ou écrits), pratiques et représentations, étudie les processus de juridicisation propres à chaque société, et s'attache à découvrir les logiques qui les commandent »[81].

Dans le cas où dans un espace national, il existe une diversité de cultures, comment le droit national doit-il s'y prendre ? Mais aussi, le droit positif prend-il en considération tous les méandres de la culture ?

Les diverses théories d'anthropologie n'ont pas facilité l'étude du droit africain. Ici on peut noter la théorie de l'évolutionnisme. Rouland une fois encore note ce qui suit : « L'évolutionnisme fut la maladie infantile de l'anthropologie. De plus, il servit – souvent de bonne foi – à légitimer les entreprises coloniales[82] ».

Face aux aliénations socioculturelles résultant du rapport droit-culture

Le phénomène d'aliénation sociale se produit parce qu'il y a un changement social provenant des facteurs étrangers à celle-ci au lieu d'être suscité par les phénomènes émanant de la conscience collective de cette société.

Considérer le droit comme une science autonome par rapport à la culture de la société qui l'a produit conduit à une aberration. Il s'agit de provoquer un phénomène anormal de la société qui consiste à produire le changement social par des facteurs externes à la conscience collective, et par là produire des conséquences néfastes au sein de la société et conduire celle-ci à l'aliénation au lieu de l'aider à garder son identité en tant que société culturelle[83].

Au moment où en Europe la question du droit se pose en termes de légitimité de normes juridiques, en Afrique la même question se pose autrement. Il s'agit de la quête de libération du peuple africain et de la

---

[81] Norber Rouland, *Anthropologie juridique*, 1990, p. 7

[82] *Ibidem*.

[83] Si le droit occidental imposé soit par la colonisation ou par l'Etat qui l'a remplacé, impose le changement au sein de la société, il se produit un phénomène social d'aliénation et la société perd son identité propre.

reconnaissance de son identité par le droit. L'Afrique n'a jamais recouvré son autonomie depuis la colonisation jusqu'à l'heure actuelle. Ce sont des formes de domination qui changent mais la domination elle-même demeure.

En effet, les systèmes juridiques hérités de la colonisation continuent de fonctionner sous des apparences de changement[84]. Le véritable changement ne peut s'opérer que d'une manière radicale par le changement des structures diverses de l'Afrique, changement commandé lui-même par le changement de philosophie juridique de l'Afrique.

La question qui mérite d'être posée est de savoir si le droit en Afrique est légitime, effectif. Ou s'il est autonome. Comment se présente son autonomie des sources, de la finalité et même de ses principes ? Quelle est la signification du droit en Afrique ? Quand on parle du droit en Afrique, qu'entendons-nous par-là ? Qu'est-ce que l'Africain se représente lorsque l'on parle du droit ? L'Afrique peut-elle concevoir un avenir qui serait meilleur sans une réforme juridique profonde ? Le droit africain est-il individuel ou collectif ? Autant de questions qui méritent d'être posées.

- Il faut un changement radical du droit hérité de la colonisation.
- Il faut un changement de paradigme et des méthodes pour concevoir une nouvelle forme du droit.
- Il faut s'interroger sur les sources, la finalité et les principes fondamentaux du droit africain.

Deux systèmes juridiques et deux logiques

Ce titre concerne les logiques de deux systèmes différents, celui du droit positif moderne et celui du droit coutumier. La première logique repose sur les systèmes de règles basées sur la pensée individualiste et la seconde sur la pensée collectiviste propre au monde africain. L'existence de l'anthropologie essaie d'adoucir les différences sans les supprimer toutes. La grande erreur est de juger l'un des systèmes en se plaçant dans une logique différente. Cette erreur a caractérisé la plupart des chercheurs

[84] Joseph John-Nambo, « Quelques héritages de la justice coloniale en Afrique », in *Droit et Société*, n° 51, 2002, p. 325-344.

juristes du droit positif occidental. Cette question concerne aussi la question de méthode en droit africain. L'on se demande s'il faut appliquer la méthode du droit positif dans les recherches juridiques en droit africain ou s'il faut rechercher une méthode appropriée. À notre avis, et d'une manière anticipée, il faut envisager une méthode à la fois d'anthropologie et de droit ou d'herméneutique (ou phénoménologie herméneutique) pour les études du droit africain.

L'on admet communément que le droit est une production de la société nationale. Il est le produit de l'État par le pouvoir législatif qui est chargé d'élaborer la loi. Mais il faut rappeler que dans les sections précédentes, nous avons pu voir qu'il existe des facteurs internes ou externes qui influencent l'établissement de la loi.

Dans la complexité du monde actuel, qu'il soit défini par l'espace national ou international, la question du droit et de la culture se pose. Comment réglementer les différents comportements sociaux qui sont par ailleurs affectés par la dimension multiculturelle ? Il s'agit de la relation entre droit et anthropologie.

« Dès lors, le Droit est entré dans une phase inflationniste. Mais il s'est probablement aussi fragilisé : il est moins contraignant quand il se laïcise, moins intériorisé quand il s'écarte de la morale [85]».

Quoi de meilleur entre le contractualisme qui se passe du divin dans la théorie du droit et du droit fondé sur la religion. Les deux cherchent à fonder le droit sur un principe explicatif selon la raison humaine, justification qui place l'explication au sein de cette raison ou au-delà.

> Une contradiction se noue donc au cours du Moyen Âge dans l'évolution de la pensée juridique occidentale. On assiste d'une part à la surdétermination du Droit par rapport aux autres modes de contrôle social (ce dont témoigne son ancrage dans une Raison supposée universelle) et, d'autre part, à la persistance de ses liens avec [p. 56] la religion, ici chrétienne. Le premier trait appartient à la pensée moderne, le second à la pensée traditionnelle. Durant les trois siècles suivants (de la Renaissance à la Révolution française et à l'Empire napoléonien), on tentera, par diverses voies, d'orienter définitivement le Droit vers la modernisation,

[85] Rouland Norbert, *Anthropologie juridique*, *op. cit*., p. 39.

> quitte à rompre toute attache avec le passé traditionnel. Car c'est bien à l'élimination de Dieu de la construction du Droit que procèdent les théoriciens du contrat social (Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau). Ceux-ci forgent un nouveau mythe : celui d'individus libres dans l'état de nature qui, pour protéger au mieux leur liberté, se réunissent en société et, conformément à la Raison, définissent par un contrat des lois et des libertés auxquelles ils renoncent, et celles qu'ils conservent à titre de droits subjectifs[86].

Que ce soit le droit qui se fonde sur le contractualisme ou le droit d'inspiration religieuse, les deux modes trouvent leur justification dans le rôle qu'ils jouent au sein de la société, rôle qui est celui du contrôle social.

> L'archétype de la soumission semble donc isoler de façon radicale les sociétés modernes des autres : il engendre une logique suivant laquelle la société se décharge de ses responsabilités sur une entité extérieure, alors que les archétypes de l'identification et de la différenciation élaborent des logiques selon lesquelles la société est responsable d'elle-même. Comme nous allons le voir, cet écart est cependant moins grave qu'on pourrait le supposer[87].

La pensée de deux logiques du droit, celui de l'Occident et celui de l'Afrique ou de l'Asie (notamment la Chine), montre, selon cet anthropologue du droit, qu'elle repose sur une vision de l'univers plus vaste qui inclut les formes d'organisation, de structure et de contrôle social qui ne sont pas séparées.

Ces deux types de logiques procèdent de deux types de pensée qui sont différentes et dont l'une n'est pas l'émanation ni le résidu de l'autre, mais par contre les deux types de pensées du droit sont différentes et indépendantes l'une de l'autre.

L'acculturation juridique

Ce phénomène est le résultat de la colonisation, phénomène qui se manifeste sur plusieurs secteurs de la société et sa manifestation est comme une domination ; sur le plan juridique, il s'agit d'une imposition du système du droit étranger qui a affecté à la fois le systèmes juridique et ses institutions, mais aussi les institutions politiques que le droit est sensé

[86] *Ibidem*.
[87] *Ibid. p. 43.*

justifier. En d'autres termes, le pluralisme juridique est le résultat de la superposition de structures de la société qui se sont érigées sur le fond de la domination.

> En effet, on constatera que, fondamentalement, nous assistons toujours à la même reproduction du phénomène : acculturation du système traditionnel par par la constitution transitoire d'un système coutumier aboutissant à la liquidation officielle du pluralisme juridique qui se pérpétue après la décolonisation politique[88].

L'on constate, à partir de l'argument exprimé ci-dessus que l'acculturation du droit en Afrique est demeurée un phénomène problématique, depuis la colonisation jusques même à l'heure actuelle. En dépit de leurs indépendances politiques, les pays africains sont restés dans une dépendance marquée vis-à-vis des systèmes juridiques occidentaux. Le phénomène se complique encore davantage lorsqu' on remarque la lenteur avec laquelle les systèmes juridiques en Afrique évoluent comparativement aux urgences problématiques de société dans ce continent.

Droit et interculturalitité ou la reconnaissance multiculturelle

La question ici est celle-ci : pourquoi le droit positif européen (conçu comme le véritable droit) critique-t-il les droits non occidentaux, appelés aussi droits traditionnels, et pourquoi ceux-ci manquent-ils d'efficacité au sein de leurs univers juridiques ?

Ce point nous introduit dans un débat qui engage à la fois le droit, l'anthropologie et la philosophie comme nous l'avons signalé dans notre introduction. Comment, en d'autres termes, questionner les données de la culture africaine/des cultures africaines dans cette approche pluraliste du droit ?

D'abord, ce concept de pluralisme peut être rapproché d'autres concepts comme celui de la diversité ou de la multiplicité. À quoi pensons-nous quand nous parlons de diversité ou de multiplicité ?

Depuis l'antiquité grecque, la problématique métaphysique avait soulevé la relation de l'un et du multiple avec la philosophie d'Héraclite. Cette

---

[88] Norbert Rouland, « Les colonisations juridiques. De l'Arctique à l'Afrique noire »,in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 39, University of California, 1981, pp. 39-136.

question révélait pendant cette période la problématique de l'existence de l'être en tant que tel. Cette problématique a traversé toute l'histoire de la pensée philosophique jusqu'à une époque récente. La recrudescence de cette problématique apparaît cette fois non pas en métaphysique comme telle mais dans le domaine des sciences sociales avec le changement de paradigme. Désormais ce n'est plus la question de l'ordre de l'être comme tel mais du fait social.

Les travaux, en ce sens, des anthropologues[89] du droit comme Christoph Eberhard, Etienne Le Roy et Robert Vachon nous donnent des développements importants à ce sujet. Ces anthropologues du droit nous relient d'une manière encore plus intéressante à l'œuvre du philosophe Richard Rorty qui associe à la problématique du pluralisme le questionnement de la vision du monde, qui a toujours était considérée comme un acquis, surtout dans le domaine de la philosophie.

Nous présenterons les positions du droit issu de cette dialectique interculturelle en montrant leurs limites pour pouvoir proposer celle de la méthode de Paul Ricœur, celle de la phénoménologie herméneutique qui consiste à considérer les données ou les pratiques culturelles ou mêmes les institutions culturelles africaines comme du texte qui exige un travail de déchiffrement sans quoi le travail du juriste n'aurait aucun sens.

Jean Carbonnier parle de l'acculturation et la définit en ces termes : « …il y a acculturation lorsqu'une culture d'origine étrangère est greffée sur une culture autochtone [90]».

Sans perdre de vue notre sujet, nous avons voulu approcher le champ de la philosophie pour chercher des bases méthodologiques afin d'analyser notre thématique, celle de gacaca, envisagée sous l'angle du droit. Nous avons puisé ces bases méthodologiques dans la source de la philosophie développée par le philosophe Ronald Dworkin, celle de l'herméneutique

[89] Ces anthropologues du droit sont contemporains et leurs travaux sont reconnus pour leurs contributions dans le domaine du pluralisme juridique. Nous pouvons simplement mentionner, à titre illustratif, des références suivantes : Robert Vachon, « L'étude du pluralisme juridique. Une approche diatopique et dialogique », in, *Journal of Pluralisme and Unofficial Law*, n° 29, 1990, pp. 164-174 ; Christoph Eberhard, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Ed. des écrivains, Paris, 2002.

[90] Jean Carbonnier, *op.cit.*, p. 18

constructiviste. L'herméneutique se comprend comme une théorie de la compréhension, non seulement des objets comme les vécus, mais aussi des faits sociaux, en l'occurrence des faits juridiques.

Cette méthode dworkinienne nous sera très utile dans la mesure où elle nous permettra à la fois de donner sens aux pratiques juridiques et d'entrer dans le dialogue interculturel en ayant des bases solides qui puissent rendre aisé ce dialogue en réduisant les tensions entre, d'une part, les théoriciens du droit positivistes et d'utre part, les anthropologues, les sociologues et les philosophes du droit. La théorie d'interprétation de Dworkin n'est complète que si elle est appuyée d'autres approches méthodologiques.

Nous croiserons ensuite l'approche de Dworkin avec d'autres apports d'anthropologie et les points de vue de Rorty sur la problématique d'autocréation du sens, pour aboutir à la construction du sens des productions juridiques africaines cristallisées dans des institutions et pratiques culturelles africaines.

Le droit africain et le problème des méthodes

Nous allons montrer comment le droit coutumier africain pose la question de la méthode comme problème épistémologique. Mais, il faut d'emblée dire que la méthode est toujours fonction de son objet, et l'objet en question ici est celui des sources. Étant donné que les sources sont plurielles, la méthode exige un approfondissement.

L'interprétation en droit coutumier africain devrait aller plus en profondeur, au lieu de se limiter à une interprétation dogmatique des textes légaux. Enfin, il s'agit de montrer que non seulement l'individu est le seul sujet de droit, mais que le peuple aussi est sujet de droit, surtout en Afrique où le droit se comprend comme un droit collectif.

En effet, comme on peut le constater à partir des théories du droit positif, les autres systèmes du droit tels que le système du droit africain ou le droit islamique, autant leurs sources que leur finalité, sont différentes à un certain niveau de compréhension (finalité socioreligieuse pour l'Islam et cohésion sociale en Afrique). Il n'est pas étonnant qu'ils existent. L'anthropologie juridique nous en dit plus. Tous les anthropologues du droit

sont unanimes pour affirmer que le droit est un des éléments du système culturel et social global propre à chaque société.

Comme nous l'avons montré dans les pages précédentes, l'analyse approfondie du fait juridique (du droit) ne s'arrête pas à la description des aspects formels mais s'intéresse aux sources et aux principes du droit, ainsi qu'à la finalité du droit qui, chez les peuples africains, en plus de l'ordre social, vise aussi la réconciliation de la société en fonction de la finalité de la société, celle de la sauvegarde de la cohésion sociale.

Quelle est la méthode qui conviendrait au droit africain ?

La méthode qui conviendrait à notre avis pour le droit africain serait la méthode herméneutique dworkinienne appelée herméneutique constructiviste. Celle-ci pourrait distinguer les trois phases que nous réalisons à partir de l'archéologie du sens des éléments ou données culturelles : le dévoilement du sens, la valorisation de ce sens découvert par la méthode herméneutique et l'usage des données découvertes sous la forme de normes socio-juridiques.

Anticipativement, nous pensons que notre droit sera légitime et efficace lorsqu'il sera élaboré en fonction de la nature des problèmes réels des populations de ce continent. Cette méthode sera essentiellement celle basée sur l'interprétation constructive plutôt que la méthode exégétique formelle appliquée habituellement aux textes de lois en Occident.

> Le choix philosophique des anthropologues du Droit est inverse : ceux-ci considèrent la diversité des systèmes juridiques comme une source d'enrichissement culturel. Si l'anthropologie juridique peut consister dans la formulation d'une théorie unitaire du droit, elle ne vise nullement à l'unification du contenu des systèmes juridiques[91].

Les différentes sciences sociales, comme le dit Rouland, ne facilitent pas les études du droit africain. Considéré comme droit étranger l'anthropologue l'étudie en tant qu'observateur extérieur et cela pose un problème de méthode. Autant l'anthropologie que la sociologie ou le droit comparé ne permettent pas de l'étudier car leurs objets sont différents. Le problème qui

[91] Norber Rouland, *L'anthropologie juridique*, *op.cit.*, p. 10.

se pose concernant la méthode est d'étudier le droit non pas en tant qu'observateur extérieur, mais en tant qu'observateur interne.

Génétique de la pensée juridique et son interprétation

Cette génétique procède, comme nous l'avons dit, des trois phases que nous réalisons à partir de l'archéologie du sens des éléments ou des données culturelles : le dévoilement du sens, la valorisation de ce sens découvert par la méthode herméneutique et l'usage des données qu'on a dotées du nouveau sens. (Cette pensée exige un profond mûrissement).

Affirmer qu'une restructuration du droit moderne remet en question le modèle précédent (moderne) du droit, n'est-ce pas une manière justifiée de renforcer l'affirmation selon laquelle les structures des droits africains reposent sur un pluralisme reconnu à travers l'histoire ?

En effet, la remise en question que nous inspire le texte de Rorty nous permet de proposer un travail sur la culture à un triple niveau. Au premier niveau, il s'agit de procéder à un travail de fouille ou d'« archéologie de la pensée culturelle ». Ce travail vise à fouiller dans les vestiges des cultures africaines pour y retrouver des restes qui nous permettent de construire ou de bâtir une architecture culturelle partant de l'exigence de réceptivité des éléments culturels exotiques. Le travail au second niveau sera la valorisation des éléments culturels que l'on a fait émerger et qui étaient enfouis dans l'oubli de la mémoire.

En troisième lieu, il s'agit de mettre en application ces données culturelles dans le but de s'en servir plus utilement à des fins quelconques. Les données culturelles découvertes et valorisées seront d'une grande efficacité une fois appliquées dans la recherche d'explication ou de justification de certains buts qui sont rejetés ou combattus dans la société ou pendant une période donnée de temps.

Ce troisième objectif nous permettra, en ce qui nous concerne, de construire une théorie africaine du droit partant de ces données culturelles. Ce travail ne sera possible qu'en s'inscrivant dans la ligne indiquée par

Rorty à travers son œuvre[92]. La pensée juridique africaine présente-elle une continuité ou une discontinuité tant dans son discours que dans sa pratique ?

Une autre question essentielle est celle de la nature juridique des coutumes africaines dans une analyse théorique du droit. En lisant les travaux de juristes, l'on comprend que les coutumes ont la même signification dans les contextes de droit écrit que dans le contexte de droit non écrit en Afrique avant la colonisation.

La coutume en droit écrit est une des sources formelles du droit. Il s'agit ici des pratiques juridiques qui ne sont ni classées dans les catégories de lois ni dans celles des principes généraux du droit. Elles sont appelées coutumes au sens de comportements ou d'actions juridiques qui ont une nature différente de celles des autres sources du droit. Cette signification est nettement différente de celle que possède ce concept en Afrique avant la colonisation. Ici, la signification de la coutume est celle de lois non écrites possédant la caractéristique d'obligation contraignante comme celle d'une loi écrite.

Dans cette même approche nous suivrons l'herméneutique ricœurienne, non pas pour donner du sens aux règles du droit positif, mais pour éclairer les discours juridiques africains et leurs institutions. L'interprétation donnée par Dworkin mérite à notre avis d'être complétée pour pouvoir ensuite être appliquée aux réalités juridiques africaines. C'est pourquoi le recours à la méthode de la phénoménologie herméneutique ricœurienne donnera plus de poids et d'importance à l'analyse des données juridiques africaines et rwandaises.

Cette méthode de Ricœur consiste à considérer la réalité socioculturelle et juridique comme un texte qui exige un déchiffrement par la lecture. Le monde du texte et celui du lecteur constituent un monde commun ou partage qui permet un travail dialectique. C'est grâce à cette méthode herméneutique que nous pourrons comprendre le sens de la justice de proximité ou de la justice restauratrice en contexte africain et en particulier au Rwanda post génocide.

---

[92] Richard Rorty, *Contingence, ironie et solidarité,* Armand Colin, Paris, 1993.

Le système de droit, selon Rouland, est un choix pour un peuple qui consiste à se déterminer dans les mécanismes de règlement de différends. Il n'y a pas de méthode considérée comme universelle qui satisfait toutes les sociétés du monde et qui exigerait absolument d'être suivie. Ceci prouve que le droit est une composante de la culture qu'une société choisit pour le maintien de sa survie au moyen du contrôle social.

> Car si l'ordre accepté et l'ordre contesté sont présents dans toutes les sociétés, certains autres ordres en sont absents, et surtout certaines sociétés valorisent des ordres plus que d'autres[93].

L'ordre juridique d'une société donnée est fonction du choix du modèle de règlement des litiges qui lui convient pour des raisons que la société elle-même est capable de justifier. S'il existe un droit étatique, il est aussi possible qu'il y ait d'autres systèmes de droit qui ne soient pas forcément de nature étatique mais qui remplissent les mêmes fonctions sociales que celles du juge, représentant de l'État.

L'usage de certains concepts dans divers domaines du savoir ou dans d'autres activités, a souvent une connotation idéologique. Les distinctions entre les concepts des sociétés traditionnelles et modernes, pays moins développés (sous-développés) et pays développés, en sont des exemples. C'est dans le domaine des sciences sociales que des exemples se retrouvent fréquemment. Le concept devrait être pris pour lui-même, plutôt qu'être pris pour une comparaison à intention idéologique de comparaison discriminatoire, comme on en trouve en anthropologie ou en sociologie, voire même en droit. Tout système de droit est l'émanation d'une culture :

> Aussi l'absolu de la loi se déplaça-t-il une nouvelle fois : de nos jours, l'instrument législatif ne sert plus à réaliser d'abord un ordre naturel ou rationnel, mais surtout celui qu'une société se propose d'atteindre, et qu'elle définit dans des idéologies, des programmes et des projets. Ces divers absolus de la loi sont aussi des mythes[94].

La crise du droit positif se manifeste par plusieurs facteurs, notamment : la prolifération des lois, l'existence des réseaux multiples de règles

---

[93] Norbert Rouland, *L'a nthropologie juridique*, *op. cit*., p. 55
[94] *Ibid.*, p. 58.

décisionnelles, l'autonomie réglementaire, tels que le droit administratif, le droit des affaires, etc.

Ceci montre qu'il est grand temps pour l'Afrique de penser à la réforme profonde de son droit, une réforme qui ne vise pas la restructuration du droit mais plutôt un changement profond allant du domaine constitutionnel au domaine réglementaire en passant par le législatif, changement qui permettrait aux pays africains d'adapter les systèmes judiciaires aux politiques publiques et au développement intégré.

Dans cette ligne, Gacaca est l'un des exemples, même si ce système mérite à son tour d'être étudié encore profondément pour qu'il atteigne parfaitement son objectif, celui de la résolution des conflits et une justice durable.

> S'il convient de situer chaque système juridique dans la totalité de la culture et de la société auxquelles il appartient, soulignant ainsi sa spécificité, l'anthropologie juridique entend découvrir les mécanismes généraux qui procèdent à l'élaboration des milliers de Droits dont la trace est parvenue jusqu'à nous. Certains pas, déjà, sont accomplis, et non des moindres[95].

L'anthropologue Norbert Rouland propose le droit qu'il appelle le « droit-modèle » par opposition au « droit-contrainte ». Le premier se rencontre en Afrique avec comme caractéristique l'absence de priorité accordée à la sanction contrairement au second modèle qui repose justement sur la contrainte comme élément déterminant du droit positif moderne.

Conclusion

Le droit est un produit social, il définit une régulation qui dépasse le cadre de la loi et du règlement administratif. Cet état de fait soulève plusieurs questions : le droit étatique doit-il s'adapter dès lors qu'il est confronté aux contextes socioculturels locaux ? Avec cet exemple, on perçoit la nécessité d'articuler le droit positif et les logiques locales. Nécessité d'autant plus forte que la diversité culturelle et les spécificités

[95] *Ibid.*, p. 81-82.

locales sont élevées. Mais comment faire ? La question restant entière, voyons en quels termes elle se pose. Cette question sera étudiée dans les chapitres suivants. La science du droit valorise les analyses descriptives du droit positif.

De plus, les idées enrichissantes qui constituent la matière de cette section seront reprises et approfondies dans le chapitre suivant. Nous n'avons fait que les énoncer jusqu'ici afin qu'elles puissent nous servir d'introduction dans la présentation du travail de recherche.

La crise du droit et de la justice permet de percevoir les zones longtemps cachées de la justification et de la pratique du droit dans les pays longtemps colonisés. Cette crise permet aujourd'hui de révéler ces zones en vue de les étudier et de chercher comment apporter des remèdes à un droit susceptible d'installer la justice qui est un des piliers de la démocratie des sociétés.

L'analyse que nous avons pu mener dans ce chapitre, montre les failles du droit positif partant de ses sources et de la méthode avec laquelle ce droit est étudié. Les autres sources que nous avons pu examiner nous montrent qu'il y a possibilité de corriger ces failles en acceptant les apports venant d'autres sources. Les failles du droit à fournir une justice équitable ne se trouvent pas au seul pôle du droit. Elles sont également imputables à la crise générale de l'Etat moderne et de ses structures. Celles-ci révèlent de plus en plus son déclin. Poursuivant notre chéminement dans les lignes qui suivent, et sous l'angle choisi, nous essayons de confronter les points de vue positivste et du droit- intégrité, chosi par Ronald Dworkin. Cette perspective nous permettra d'entrevoir une critique solide qui conduit au droit juste.

Chap. II. La théorie du droit de Ronald Dworkin

Introduction

La théorie du droit de Ronald Dworkin (1931-2013) est une remise en cause du positivisme juridique hérité de Kelsen. Dworkin postule que le droit ne peut pas se limiter uniquement à la règle du droit. Tant sur le plan du discours que sur celui de sa pratique, le droit devrait puiser également dans la morale les éléments pour son amélioration. Le recours à la morale, selon Dworkin, permettra au droit de réduire les excès du positivisme en favorisant l'interprétation réaliste du droit dans son ensemble. L'ensemble ici fait référence à la loi, la jurisprudence, la coutume juridique et même les principes généraux du droit.

Cette remise en cause du positivisme envisage deux orientations différentes. Il s'agit de critiquer le positivisme juridique, en partant d'une part, de la théorie du droit continental et, d'autre part, de la philosophie anglo-américaine. La première perspective a été réalisée dans notre premier chapitre à travers les critiques contre Kelsen. Pour cela nous nous sommes principalement appuyé sur les auteurs de la théorie du droit produit en Europe. La seconde perspective est celle qui va nous préoccuper largement dans ce chapitre, en partant des critiques réalisées principalement par Ronald Dworkin contre le normativisme kelsenien et Hart.

Ces perspectives nous aident toutes les deux à comprendre le positivisme juridique sous ses différents angles. Elles nous aisent également à envisager une autre alternative qui pourrait inclure de nouvelles visions du droit. Ce renouvellement de la vision du droit est consécutif aux développements actuels de la science juridique, en fonction des transformations sociales actuelles et de la reconfiguration du monde actuel qui est dû à plusieurs facteurs y compris celui de la globalisation. Autrement dit, il s'agit d'intégrer les systèmes de droit qui sont en dehors des univers dans lesquels presque toutes les théories du droit ont été produites. Ces

systèmes juridiques à intégrer sont ceux du monde africain. Il s'agit des systèmes du droit qui se sont construits sur la base culturelle. En second lieu, le droit devra puiser dans d'autres autres domaines, tels que les sciences sociales, la culture, et notamment la morale, d'autres éléments pour son enrichissement. Mais encore faut-il préciser que la morale appartient à un univers culturel donné. C'est cet univers culturel qui donne plus de force et d'étendue au droit et qui établit en conséquence les limites de la tendance moniste du positivisme juridique. Dans ce chapitre nous nous servirons des données à la fois sociologiques, anthropologiques et éthiques pour souligner les insuffisances du positivisme de Kelsen[96] et de Hart[97].

Il faut rappeler, comme nous l'avons dit dans le chapitre précédent, qu'il y a lieu de porter des critiques au droit, en se situant soit à l'intérieur soit à l'extérieur de la science juridique. Nous allons montrer que Dworkin a procédé suivant ces deux perspectives pour corriger les erreurs du droit positiviste tout en touchant les aspects théorique et pratique de ce savoir.

Le travail consacré à l'étude de la théorie de Dworkin présente un intérêt dans l'analyse juridique à plus d'un titre. Ronald Dworkin est un des philosophes américains du droit les plus importants de notre siècle, étant donné, à notre avis, qu'il a su à juste titre réconcilier la théorie et l'activité pratique du droit. Ce philosophe du droit a pu réaliser la théorie du droit à la suite d'une expérience professionnelle dans le domaine judiciaire, ce qui lui a permis de construire une connaissance du droit à la fois dans son élaboration théorique et dans une pratique professionnelle bien équilibrée. Il a élaboré sa théorie à partir de la réalité des questions rencontrées dans le champ professionnel. Cet équilibre échappe à de nombreux théoriciens, surtout dans le monde juridique.

Dworkin fut juge à la Cour Suprême des États-Unis, sous l'autorité de Learned Hand, juge à haute renommée juridique ; il est ensuite devenu avocat avant d'intégrer la carrière académique où il a enseigné et mené des recherches pendant plusieurs années. Dans l'interview au journal The Guardian**,** Dworkin a dit qu'il avait quitté un poste rémunérateur à Wall

[96] Hans Kelsen, *La théorie pure du droit, op. cit*.
[97] Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit, op. cit*.

Street pour mener une vie plus authentique, consacrée à « réfléchir, débattre des sujets difficiles, importants et qui en valent la peine »[98].

Selon Julie Allard :

> Ronald Dworkin passe en effet le reste de son existence à débattre, défendant une pensée originale du droit et des droits, conçue comme socle à toute réflexion politique et sociale. Son œuvre peut être comprise comme une inlassable tentative pour dépasser la séparation stricte du droit, de la morale et de la politique[99].

L'intérêt de notre étude dans ce chapitre n'est pas d'étudier l'œuvre de Dworkin dans toute son étendue, car ce serait un travail immense. Notre tâche consiste, en effet, à analyser certains points de son œuvre qui nous ouvrent à la perspective de la justice sur des bases culturelles. Et Gacaca semble se prêter à ce projet. Le système gacaca est en effet, conçu comme une justice locale. Voilà donc une perspective qui nous conduira vers l'élaboration d'un système de droit puisé dans la justice coutumière. La perspective de Dworkin nous permettra de nous interroger sur le discours et la pratique du droit en Afrique. De là se fonde l'hypothèse des Gacaca comme système de droit rwandais et africain.

Rappelons que l'œuvre de Dworkin est une œuvre très vaste, qui couvre un champ large du savoir. Son oeuvre embrasse à la fois les sphères du droit, de la politique et de l'éthique dans une relation qui les unit toutes. Si les critiques portées contre son œuvre sont nombreuses, toutes, quasiment, reconnaissent néanmoins qu'elle a beaucoup apporté à la problématique juridique qui intéresse notre propos. Elle reste, en effet, toujours actuelle, autant que les débats sur son œuvre sont d'actualité[100].

Le travail que nous présentons (dans ce chapitre comme dans les autres chapitres d'ailleurs) tourne autour de deux axes principaux : les sources du droit et la méthode pour étudier ces sources. Pour Dworkin, l'incomplétude de sources officielles du droit suscite des questions qui le poussent à concevoir d'autres sources qu'il appelle des principes moraux ou des

---

[98] Ronald Dworkin, cité par Julie Allard, « Ronald Dworkin ou le roman de droit », in *la vie des idées.fr*, janvier 2004, pp. 1-8.
[99] Julie Allard, « Ronard Dworkin ou le roman du droit », *op. cit*.
[100] Carty Anthony, « L'impact de Dworkin sur la philosophie du droit anglo-américaine », in *Droit et Société*, n° 2, 1986, p. 7-16.

principes de justice. Ceux-ci aident les juristes et les juges à sortir du cercle juridique dans lequel le positivisme les enferme pour envisager de nouveaux horizons de compréhension du droit à partir du champ éthique, mais aussi de tout autre moyen qui peut aider ce domaine à mieux comprendre et avancer dans les recherches de la justice.

La méthode pour mieux saisir en profondeur ces principes, selon Dworkin, est celle de l'herméneutique ou de l'interprétation qui va au-delà du dogmatisme juridique, méthode qui a toujours servi à l'enfermement du positivisme juridique. Ces deux axes permettent de remettre en question les bases du droit pour le fonder d'une manière nouvelle sur des valeurs et des méthodes plus solides et plus sûres en conformité avec les besoins de la société mondiale actuelle, devenue plus complexe que jamais.

Dworkin part de la pratique juridique pour construire sa théorie du droit. Cette approche est à notre avis intéressante dans la mesure où sa théorie, en trouvant son ancrage dans la pratique, devient une clé d'explication et une réponse aux problèmes que les juristes se posent d'une façon concrète dans leur vie quotidienne.

Nous ne prétendons pas étudier la théorie de Dworkin dans son intégralité. Nous nous proposons de considérer certains aspects susceptibles de nous servir comme outils dans notre étude consacrée à la justice traditionnelle rwandaise. Il est intéressant de constater combien Dworkin accorde de l'importance au travail du juge dans sa théorie du droit. Ce qui nous intéresse particulièrement dans la théorie de Ronald Dworkin est sa pensée concernant les sources du droit et sa méthode d'interprétation juridique. Concernant les sources du droit, il établit une adéquation entre les lois et les principes moraux. Tandis que pour la question de la méthode, il dit que le droit est constitué entièrement de propositions (des concepts) interprétatives, que le droit est entièrement une affaire d'interprétation.

La théorie de Ronald Dworkin n'est pas une théorie du droit naturel ni une théorie qui appuie le positivisme juridique pur. Elle est, en d'autres termes, la synthèse de ces deux orientations du droit. Il s'agit d'une théorie qui soutient que la justice véritable devrait résulter de l'application de la loi, tout en recourant aussi aux principes moraux, c'est-à-dire à d'autres principes que les seules lois écrites. Ceci dit, le droit n'est pas une activité

juridique se conformant à la seule règle du droit, mais en plus de la règle du droit, le juge devrait se laisser inspirer par des principes qui dépassent la simple règle du droit, surtout quand l'on est confronté à des situations juridiques complexes.

La théorie de Dworkin n'épuise pas notre ambition dans cette recherche sur la théorie du droit. Elle en constitue le cadre d'inspiration. Notre projet déborde cette théorie étant donné qu'il prend racine dans un contexte sociopolitique différent de celui de l'auteur. D'où notre souci de ne pas nous laisser enfermer dans cette théorie et de ne considérer que des points essentiels qui nous permettront d'explorer notre étude sans nous sentir obligatoirement circonscrit dans une théorie productrice d'un modèle juridique d'un autre univers sociopolitique et d'une autre époque. Toutefois, permettez-nous d'affirmer que ce modèle nous a paru plus important que d'autres pour notre inspiration et ouvre pour nous la possibilité de laisser l'auteur nous parler et de nous mettre attentivement à son écoute dans le but d'évaluer les éléments-clés de notre hypothèse.

II.1. La théorie dworkinienne des principes

Nous nous proposons d'analyser les principes selon Dworkin en établissant la relation entre l'éthique et le droit et en faisant voir que le sujet de droit n'est pas un sujet qui obéit tout simplement à la règle de droit, mais qu'il obéit aussi à d'autres principes d'ordre moral. Il est question d'examiner la responsabilité éthique des sujets de droit dans les relations juridiques. L'on veut examiner sous cet angle la place de l'éthique dans la définition et l'action du sujet de droit par rapport aux autres sujets de droit et par rapport aux autres domaines de régulation de l'action de l'homme en société.

En effet, pour comprendre la théorie de Dworkin, il faut la situer dans son contexte, c'est-à-dire le contexte américain. C'est aussi le contexte imprégné du positivisme juridique auquel lui-même réagit. Mais aussi, il faut situer cette pensée juridique d'abord dans l'expérience personnelle de son auteur, puis dans son expérience académique. Il faut signaler au départ que l'expérience professionnelle de Dworkin précède son expérience

académique et son activité de recherche scientifique. Il a d'abord été juge avant de se consacrer à l'enseignement et à la recherche. Ce parcours transparaît dans sa théorie juridique où il s'intéresse particulièrement à l'activité du juge, à sa tâche d'interprétation avant de l'étendre à l'ensemble de l'activité théorique et pratique du droit.

Par ailleurs, la théorie dworkinienne du droit ne peut se comprendre que lorsqu'on essaie de saisir les grandes lignes qui la constituent. D'abord il s'agit de comprendre les théories politiques dominantes dans la société américaine de son époque (le libéralisme, le communautarisme et l'utilitarisme, etc.). Ensuite, il s'agit de saisir la place de la constitution américaine et les autres systèmes des normes législatives. Enfin, il s'agit de comprendre les caractéristiques spécifiques des institutions judiciaires américaines. Ceci permettra de situer la pensée dworkinienne dans son contexte global et de saisir l'étendue, la signification et l'objectif voulus par Dworkin et exprimés dans toute son œuvre. Mais l'étendue de son œuvre est telle qu'elle est difficile à circonscrire dans un domaine restreint et précis compte tenu de la diversité de thèmes qu'il a traités.

Les principes moraux dont parle Dworkin ne sont pas de la ligne de la morale rationaliste qui met en évidence le principe d'universalité de la morale. La morale dont il parle est celle d'une société nationale, une morale de la communauté nationale qui comporte ses propres valeurs de la vie bonne. Il s'agit d'une morale située dans un contexte national ou communautaire. Celle-ci, comporte donc une représentation de la société quant au bien, et donc reflète la sociologie des valeurs d'une société donnée.

L'on peut conclure en montrant que l'apport de l'équité au droit positif tel que ce sera démontré dans la théorie de l'intégrité de Dworkin est marqué par une avancée remarquable dans le monde juridique.

II.1.1. Les contextes de l'émergence de la théorie de Ronald Dworkin

> Le risque est grand de ne pas saisir toute la portée de la pensée dworkinienne si on ne la situe pas dans le contexte où elle s'élabore. Il s'agit en effet pour cet auteur de fournir des réponses à un certain nombre

> de problèmes auxquels la théorie du droit et la société américaine de ce temps sont confrontés[101].

Ces éléments contextuels sont en quelque sorte à la base de la formation de la théorie dworkinienne du droit. Ces facteurs qui constituent le contexte de sa pensée juridique sont inséparables de la production de sa théorie étant donné qu'ils constituent ses origines ainsi que son prolongement comme nous allons le voir. Il s'agit de la formation académique suivie, de l'expérience professionnelle et de la carrière académique. Ces différents éléments s'interpénètrent et sont aussi interconnectés.

Formation académique

La formation académique multidimensionnelle ou multidisciplinaire suivie par Dworkin est l'un des facteurs influents de sa théorie. Il a suivi sa formation académique aux lettres aux États-Unis, et ensuite le droit à la School of Law. Cette formation bipolaire lui donne une capacité d'osciller entre le droit et la littérature[102]. Cela lui a permis, comme nous allons le voir, de pouvoir emprunter des images de la littérature qu'il a transposées d'une façon adéquate dans sa théorie pour fournir une illustration plus enrichissante[103].

Carrière professionnelle et académique (juge et professeur de philosophie du droit)

En second lieu, la source de sa théorie lui vient de ses expériences professionnelles variées. En effet, Dworkin a d'abord exercé la profession de juge à la Cour américaine auprès du juge Learned Hand, reconnu par sa grande renommée, avant de devenir avocat. Ces deux expériences, celle de la justice institutionnelle et du barreau, opposées mais complémentaires, enrichissent admirablement le champ professionnel de Dworkin que l'on constate lorsqu'on entre en contact avec sa théorie juridique. Ces expériences professionnelles variées lui ont fourni les outils qui lui

---

[101] Françoise Michaut, « Introduction à la version en langue française », in *Prendre les droits au sérieux* », Paris, PUF, 1995, pp. 23-36, p. 26.
[102] C'est ce qui constitue l'origine de l 'analogie ou de la figure du droit comme le roman à la chaîne que l'on retrouve dans sa théorie du droit.
[103] C'est aussi l'image du juge Hercule qu'il emprunte dans la mythologie antique grecque.

permettent de vérifier la teneur des théories juridiques, de vérifier leur validité et leur légitimité ainsi que de mesurer leurs portée et limites par rapport au champ pratique du droit. Dworkin est l'un des rares théoriciens du droit à avoir réalisé un tel parcours, pluridisciplinaire et complémentaire, lui fournissant un équilibre dans ses analyses. Les implications de ces diverses expériences professionnelles lui ouvrent un champ de recherche plus vaste, une maîtrise remarquable du terrain de son étude. D'où sa pensée est un va et vient constant entre la théorie et la pratique juridique.

Parmi ses détracteurs, nombreux sont ceux qui ont voulu le détacher de ses expériences ou les séparer ou les opposer ; cela les a menés à une incompréhension de sa pensée, et ils l'ont taxé de toutes les faiblesses, car ils avaient ignoré ou négligé l'aspect multidimensionnel de son parcours.

Pour le suivre, pas à pas, selon nous, il faut se situer dans ce dialogue constant entre la théorie et la pratique juridique, c'est ce qui fournira plus de lumière dans la compréhension de sa pensée. C'est aussi en se situant dans ce dialogue que l'on parvient à saisir la cohérence qui existe au sein de sa théorie du droit, dite droit-intégrité, et de son approche d'interprétation. Le dialogue entre les champs pratique et théorique pousse Dworkin constamment à un dépassement et à un renouvellement de sa théorie et même de celles qui l'ont précédées.

Un autre élément qui vient enrichir sa théorie est le caractère jurisprudentiel du droit américain. Cette caractéristique nourrit une fois de plus le caractère dialogique de sa théorie. Dworkin ne reste pas au niveau de la dimension abstraite, mais il oscille entre les niveaux théoriques et pratique de son champ de recherche. Nombre de ces détracteurs ont ignoré cet aspect dialogique de sa recherche, qui par ailleurs est l'un des aspects les plus enrichissants de sa théorie juridique. L'argumentation, la narration et l'interprétation de Dworkin trouvent leur ancrage dans ce dialogue multiple, d'une part entre les divers champs de sa connaissance (lettres, philosophie et droit), et d'autre part entre les champs professionnel et théorique. À notre avis, Dworkin est l'un des théoriciens du droit le mieux accompli. Bien plus, sa spécialisation en droit constitutionnel est aussi un autre atout qui lui permet une fois encore de se lancer dans un nouveau dialogue entre le droit et la politique. On le retrouve dans sa pensée politique sur la question de

l'égalité qu'il considère comme la vertu souveraine par rapport à la justice de Rawls et celle de la liberté.

Une fois encore cet univers complexe de sa pensée suscite en nous la curiosité d'aller encore plus loin dans la compréhension de sa théorie. Par ailleurs, les outils dont il se sert dans ses diverses illustrations renforcent l'argument de pensée dialogique et multidimensionnelle ou pluridisciplinaire et philosophico-juridique. L'on voit à partir de là, que la pensée de Dworkin, en se nourrissant de sources diverses, contribue en même temps à apporter des réponses aux interrogations diverses que théoriciens et praticiens du droit se posaient jusque-là sans trouver de réponses satisfaisantes. Il faut évidemment se situer dans l'univers du droit jurisprudentiel américain pour découvrir plus amplement cette richesse.

Ces différents courants qui se partagent le monde politique et juridique des États-Unis se retrouvent aussi dans les théories comme celle de la justice de John Rawls (qui met en évidence le principe de liberté), et même la théorie politique de Dworkin qui soutient l'égalité. Il sera question de voir l'impact de ces théories dans la mise en évidence de la manière dont ces courants influencent le monde politique et le monde juridique, mais aussi cette perspective nous permet de comprendre que la construction et l'application du droit par le législateur et le juge laissent voir avec clarté les positions politiques des acteurs dans leurs domaines respectifs.

La société juridique de Ronald Dworkin

La théorie du droit de Ronald Dworkin s'inscrit dans l'univers social du droit américain et de la Common Law. Son style manifeste sa tendance à être le plus concret possible. C'est pourquoi il s'exprime dans un style clair en se servant le plus possible d'exemples qui illustrent les arguments qu'il avance. D'autre part le droit américain, comme le dit Legrand, est un système de droit basé aussi bien sur la jurisprudence que sur la loi, et qui a évolué rapidement au cours des 50 dernières années pour devenir de plus en plus un droit de type normatif, comme le droit romano-germanique. Malgré le caractère normatif croissant du droit américain, celui-ci reste toutefois jurisprudentiel plus que normatif. Les décisions des juges se fondent beaucoup plus sur les précédents que sur la règle du droit.

Le rôle et la place des institutions dans le domaine du droit américain

La compréhension du droit de Dworkin passe forcément par la compréhension du rôle et de la place des institutions judiciaires dans l'univers politique et juridique américain.

En effet, il existe une interconnexion entre les institutions politiques et juridiques aux États-Unis. Toutefois, les institutions judiciaires ont une primauté dans les systèmes politique et juridique américain. Ceci définit la place qu'occupe le droit dans le fonctionnement de la politique américaine. Que ce soit en politique intérieure ou étrangère, le droit et les institutions judiciaires ont un rôle déterminant dans la politique américaine. Soulignons entre autres l'importance de la Cour Suprême qui est une institution juridique de haute portée politique capable de remettre en cause et même de changer la décision du Congrès américain. C'est ainsi que l'on trouve la clé de la compréhension de la place de la morale dans la théorie du droit de Dworkin et même le rôle du juge dans les grandes décisions de la société. Le juge n'est pas un exécutant de la loi mais il en est plutôt le producteur. Ici, l'on remarque une grande différence entre le système de Common Law et le droit romano-germanique.

Ensuite, il faut souligner la complexité du système judiciaire américain. Celui-ci se compose de deux systèmes fonctionnant dans un même État. Il s'agit du droit fédéral et du droit des États. En plus des institutions fédérales américaines, il faut ajouter les institutions judiciaires de chaque État qui ont à leur tour des spécificités liées à chaque État. Ces différentes institutions fonctionnent dans une relation hiérarchique, d'une part émanant d'une unique constitution de tous les États, mais aussi se séparant par les caractéristiques spécifiques à chaque État. Chaque État a son système juridique et judiciaire. Cette structure juridique et judiciaire complexe influence la théorie du droit américain. Dworkin n'a pas échappé à ce principe. Il a puisé sa théorie dans cette source complexe[104].

[104] Françoise Michaut, *op. cit.*

La place du juge dans le droit de la Common Law et le droit américain

L'intérêt d'examiner la place du juge dans le droit de la Common Law est dû à l'attention particulière que Dworkin attache à cette problématique dans sa littérature juridique. La place du juge dans le droit américain est à situer dans l'ensemble du système de la Common Law. Voici ce qu'il dit :

> Ainsi, les juristes sont-ils responsables ou assument-ils la responsabilité non seulement de juger - c'est-à-dire de donner des solutions aux affaires, aux litiges portés devant les tribunaux - mais ils prennent également en charge la conduite générale de la législation[105] .

Pour Dworkin, le juge de la cour suprême aux USA évalue l'action du gouvernement en référence aux lois et principalement à la constitution et aux principes moraux de la société américaine. Le législateur, pour sa part, donne les lignes directrices qui définissent à la fois l'action des individus et celles du gouvernement à travers les textes de lois et détermine aussi la façon dont les juges doivent procéder dans leur action.

Ce travail du juge américain est un travail à la fois judiciaire et politique. Il est judiciaire car il est accompli par le juge dans son champ d'action et selon les procédures judiciaires et juridictionnelles. Il est politique car il touche tous les domaines de la société politique y compris les décisions politiques des dirigeants. La cour suprême regarde surtout ce dernier secteur de l'action sociale.

De ce point de vue, l'activité du juge n'est pas une activité simple. Étant donné qu'elle a un caractère complexe, elle exige une méthode juridique appropriée pour bien l'orienter et l'accomplir avec justesse en évitant des erreurs possibles. Selon Dworkin, cette méthode est celle de l'interprétation. L'on peut alors se poser la question de ce que signifie la méthode d'interprétation en droit et selon Dworkin en particulier.

Comme nous l'avons dit précédemment, selon Dworkin l'interprétation est exercée par le juge concernant les décisions politiques du gouvernement

---

[105] Ronard Dworkin, « L'impact de la théorie de Rawls sur la pratique de la philosophie du droit », in *Individu et justice sociale au tour de John Rawls*, Seuil, Paris, 1988, pp. 37-53, p. 38.

et dans les cas juridiques complexes ou les cas difficiles (hard cases), et ce au niveau de la cour suprême et du tribunal, en ce qui concerne les cas difficiles. Le juge de la cour suprême examine surtout si les actes sont constitutionnels et s'inscrivent dans la ligne des principes moraux justifiés par la société américaine tandis que les autres juges examinent quant à eux si les actes respectent ou non les autres lois (législatives ou jurisprudentielles) ainsi que les principes moraux de la justice.

Partant de la préoccupation extraite de la théorie de Dworkin, nous en arrivons à établir le rapport entre sa théorie et la justice gacaca. Ce rapport repose essentiellement sur deux composantes : celle des sources et celle de la méthode juridique. Il faut dire que toute théorie juridique se construit principalement sur ces deux bases. En ce qui concerne Dworkin, sa théorie est celle du droit-intégrité. C'est une résultante de ces deux composantes. S'agissant de sources, elles sont de deux types : l'une légale et l'autre morale.

Étant donné que la théorie du droit repose sur les deux composantes des sources et de la méthode, de même le modèle de gacaca devra comporter ces deux éléments essentiels pour être fondé solidement. Les sources et la méthode lui confèrent une structure cohérente, et de cette manière le gacaca devient un modèle systématique à l'exemple d'autres modèles juridiques reconnus inscrits dans la ligne du pluralisme juridique. La méthode confère aussi au modèle gacaca la capacité d'harmoniser ses deux sources du droit : celles provenant de la culture rwandaise et celles provenant du droit positif. Le système gacaca post-génocide s'est efforcé de parvenir à ce but, mais il lui manquait la méthode efficace pour établir la cohérence entre ses différentes sources et lui donner une structure harmonieuse sous forme d'un système. Nous espérons, quant à nous, que pour que cette méthode dworkinienne d'interprétation puisse mieux s'appliquer au modèle gacaca, il lui faut des apports complémentaires que nous nous proposons de puiser dans la théorie phénoménologique de Paul Ricœur.

D'où, à l'aide des sources cohérentes et d'une méthode efficace, le gacaca sera un modèle juridique susceptible de résoudre de manière plus adéquate les différends dans la société rwandaise et servira comme modèle aux autres chercheurs africains. Il serait débarrassé du formalisme du droit

positiviste inconsistant pour le droit rwandais et permettrait à cette société de parvenir à une gouvernance démocratique et à un développement durable et harmonieux de tous les secteurs du Rwanda aujourd'hui.

II.1.2. Les principes de justice selon Ronald Dworkin

II.1.2.1. Définitions

La relation entre l'éthique et le droit montre que le sujet de droit n'est pas un sujet qui obéit tout simplement à la règle de droit mais qu'il produit aussi le droit. Il est question d'examiner la responsabilité éthique des sujets de droit dans les relations juridiques. Le fil conducteur est ici la question : Quelle est la place de l'éthique dans la définition et dans l'action du sujet de droit par rapport aux autres sujets de droit ?

L'ontologie dworkinienne des principes est difficile à comprendre pour des juristes positivistes qui prétendent trouver la positivité de tout fait et de toute règle juridique.

> J'appelle "principe" un standard qu'il faut appliquer, non pas parce qu'il assurera la survenue ou la protection d'une situation économique, politique ou sociale jugée désirable, mais parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale[106].

Pour Dworkin, les sources dites formelles ou officielles du droit ne fournissent pas de solution suffisante aux problèmes des sources juridiques ni à leur implication dans les questions judiciaires. Il existe en droit des situations inédites ou des cas juridiques difficiles, qui exigent le recours à d'autres moyens dans le travail d'interprétation. Ce sont les principes ou les valeurs morales qui ne sont pas expressément exprimés ni dans les lois législatives ou constitutionnelles, ni dans les précédents judiciaires. Dans ce cas, le recours à d'autres sources que celles reconnues par les positivistes est une nécessité qui marquait un vide juridique sur le plan théorique avant l'œuvre de Dworkin. C'est un fait réel en droit, comme le fait remarquer sa

[106] Ronard Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, 1995, p. 80.

théorie. L'image de l'arbitre[107] dans le jeu de tennis le rappelle une fois encore.

Comment Dworkin définit-il les principes et comment les applique-t-il au domaine pratique du droit ? Cette question justifie l'orientation de la théorie de Dworkin qui est celle de la pratique judiciaire du droit, c'est-à-dire des normes positives. Les principes selon Dworkin ne relèvent pas du droit positif, mais sont au-delà de ce système juridique du droit positiviste et le dépassent.

Les principes selon Dworkin sont des valeurs-clés de la justice. Ils sont des valeurs morales au principe de la justice équitable. Ils sont en quelque sorte des standards qui sont le principe des règles juridiques elles-mêmes. Ils ne sont en soi ni des règles juridiques ni de la morale ou de la justice, ils sont à la base de l'élaboration des règles justes et de la délibération du juge qui la conduit aux décisions équitables dans un procès judiciaire. En somme, ils sont au fondement du droit et de la justice.

Voici l'exemple qui illustre cette théorie juridique des principes selon Dworkin.

> Un groupe de personnes se réunit à Philadelphie et elles y rédigent un texte, qui est accepté par le peuple en conformité avec les procédures stipulées à l'intérieur du texte lui-même, et a continué à être accepté comme on a pu le constater par la suite. Si cela donne à ce document force de loi, c'est nécessairement parce que nous acceptons les principes de moralité politique qu'il manifeste[108].

Ceci nous fait comprendre que les principes de moralité sont des bases fondamentales qui sont de l'ordre de la transcendance et qui fondent les textes de loi y compris la constitution. Si ces principes fondent la constitution, sur le plan légal, il n'existe pas d'autres éléments qui puissent les justifier, sinon en tant qu'ils sont des principes fondamentaux de tout ordre juridique et même politique à la base desquels les autres édifices se trouvent bâtis. Ces principes sont constitués des droits individuels, politiques et sociaux des individus qui ne sont pas expressément exprimés dans les textes de loi.

---

[107] *Julie Allard, op. cit*., pp. 1-8.
[108] Ronard Dworkin, *Une question de principe*, PUF, Paris, 1994, p. 47.

Le droit positiviste a voulu rendre explicites les principes du droit positiviste, mais il n'y est pas parvenu car agir ainsi serait les dépouiller du caractère principiel et en fait des lois législatives. Or, le caractère fondationnel des principes de justice fait qu'ils doivent être capables de fonder le droit et les lois et qu'ils soient considérés comme des sources fondamentales plutôt qu'établies. Certains auteurs du droit positiviste ont essayé même de les systématiser et de les hiérarchiser, mais sans succès[109]. Pour montrer le caractère de la consistance des principes généraux du droit, le théoricien du droit positiviste indique que le juge ne les crée pas, mais il les constate. Il précise que ces principes ne relèvent pas du droit écrit[110].

Il est important de faire remarquer qu'aux États-Unis le droit et la politique sont intimement liés dans les grandes questions qui orientent le destin du pays. C'est pourquoi la compréhension du droit, en le détachant du contexte politique, limiterait une large vision de la réalité politico-juridique (sociojuridique) américaine. La compénétration de ces deux domaines s'explique par ailleurs par la manière dont la Constitution américaine est élaborée. Elle laisse aux juges constitutionnels (de la cour Suprême) le champ libre pour interpréter en vue de prendre des décisions sur des questions politiques sensibles de la vie nationale. La théorie du droit de Dworkin s'inscrit dans cet univers complexe de la vie juridique et politique américaine. Ensuite, il a fait beaucoup de recherche plus spécifiquement en droit constitutionnel. Ceci a aussi impacté sa théorie du droit.

La valeur des thèses de Dworkin réside dans sa perception des limites du positivisme juridique qui prétend fonder tout le droit sur le fait des normes juridiques et d'autres actes judiciaires qui peuvent servir de précédents judiciaires. Il y a chez Dworkin une vision plus vaste et plus globale du droit qui dépasse la simple vision contenue dans le positivisme de la réalité sociale en général et du contexte juridique en particulier.

---

[109] J. Rivero, cité par Pierre Marchal, *Principes généraux du droit*, Bruylant, Bruxelles, p. 20.
[110] Pierre Marchal, *op. cit*. p. 26.

Bouretz ajoute ceci : « Interprétées et jugées, les normes et les lois formeraient à leur tour le texte où s'inscrit l'histoire d'une communauté, la trace des conflits qu'elle rencontre et les solutions qu'elle leur invente »[111].

Cette perception du droit de Dworkin échappe à beaucoup de juristes qui, ne l'ayant pas comprise, se positionnent à son encontre. Il a une remarquable justesse de vision due à sa double formation à la fois philosophique et juridique et à la maîtrise du terrain de recherche qu'il possède par son expérience à la fois pratique et théorique du droit[112]. Selon Dworkin, le droit est une structure architecturale qui rassemble des éléments provenant de sources diverses, formelles et réelles, et qui servent à la fois à l'activité du juge et du juriste. Pour juger, avant de se prononcer sur un cas juridique, il faut avoir épuisé toutes les sources du droit indiquées, capables d'appuyer la décision : règle juridique, jurisprudence, coutume, principes généraux du droit, etc. Tous ces moyens doivent être mis en jeu pour soutenir la décision judiciaire. « …Ces thèses sont énoncées dans un contexte qui leur donnent un relief particulier »[113].

Dworkin considère l'intégrité comme étant le principe fondamental de justice parmi ceux qu'il décrit[114].

II.1.2.2. L'autorité de la loi et les droits individuels

L'autorité de la loi est aussi appelée « théorie du texte de loi » tandis que la seconde théorie est appelée conception fondée sur les droits. Ces deux éléments, qui sont différents dans la vision de Dworkin et qui fondent la justification du droit juste américain, sont aussi complémentaires dans la recherche d'une véritable justice qui n'est pas uniquement celle des lois, mais une justice au sens moral.

---

[111] Pierre Bouretz, *op. cit.*, p. 89.
[112] Julie Allard, *op.cit.*
[113] Michel Tropper, « Présentation. Dossier Ronald Dworkin », *Droit et Société*, n° 1, 1985, pp. 27-30.
[114] Dworkin ne se donne pas la peine de faire l'inventaire des principes moraux, mais il les énonce dans plusieurs endroits de ses écrits. Parmi ces principes qu'il montre, on peut citer l'égalité, développée dans '' *Vertu souveraine''*, et différents droits et libertés exprimés à travers le titre de son ouvrage : *Prendre les droits au sérieux*, *op.cit.*

Dworkin accorde plus d'importance à la justice fondée sur les droits individuels et l'équité qu'à celle qui est fondée sur les textes de lois. Ceci montre le rapport hiérarchique qu'il établit entre les droits individuels face à l'autorité des lois.

> Un gouvernement qui n'agit pas en conformité avec ses propres lois ne peut pas être juste, du moins sur les questions qui importent le plus aux simples citoyens quelle que soit par ailleurs la sagesse et la justice de ses institutions. Mais il est évident que la seule conformité aux lois n'est pas davantage une condition suffisante de la justice ; appliquer les lois avec zèle parfait peut aboutir au summum de l'injustice si ces lois sont elles-mêmes injustes. C'est le contraire avec la conception fondée sur les droits ; une société qui parvient dans une large mesure à appliquer chacun de ses aspects préconisés par la théorie des droits est presque à coup sûr une société juste…[115].

Les principes dont il est question dans la théorie de Dworkin sont le critère d'appréciation de normativité et son application. Les critères de justification de la norme juridique sont aussi les principes de leur effectuation par le juge. La norme ou la méthode juridique, le critère ou même le fondement de cela, sont des principes selon Dworkin, étant donné qu'ils sont, selon lui, antérieurs et supérieurs aux normes et qu'il convient moins de les appliquer que de les interpréter[116]. Ce que l'on convient d'appeler les droits humains manifestent l'incomplétude du droit positif quant à ce qui concerne l'application des normes formelles, d'où l'intérêt d'analyser ce qu'il appelle les « cas difficiles ». La théorie de Dworkin est une synthèse entre les droits individuels et le bien-être de la justice de la société.

> Quand un juge tranche dans un certain sens, ce n'est pas parce que toute autre solution serait exclue par le contenu des textes, mais parce que le juge estime avoir opté pour le bon principe ou, au moins, pour le meilleur de tous les principes que le texte n'exclut pas[117].

Cette théorie met en évidence le problème de la réglementation de la société, d'une part à partir d'un système de normes positives, et d'autre part à partir d'un idéal régulateur à travers des principes de justice. L'idée de

---

[115] Ronard Dworkin, *Une question de principe*, *op. cit*., p. 16.
[116] Pierre Bouretz, « Préface », in *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, pp. 5-22.
[117] Ronald Dworkin, *Une question de principe*, *op. cit*., p. 23.

principe selon Dworkin se fonde sur deux arguments. D'une part l'argument fondé sur la loi que Dworkin appelle théorie du texte de loi et celle qui se fonde sur les droits[118]. Ces deux orientations justifient les positions des juristes dans l'acceptation ou non du positivisme juridique.

Pierre Bouretz appelle les principes défendus par Dworkin des principes méta-juridiques. Voici comment il le formule :

> C'est au fond cet au-delà des règles que cerne en premier lieu la notion de principe : cette réserve de sens contenue dans l'indétermination de la texture du droit et qui fait signe vers ses liens avec d'autres sphères de l'existence humaine[119].

Dans la pensée juridique de Dworkin, la fondation des principes qui se présentent sous un angle libéral n'est-elle pas une contradiction en son sein ? Autrement dit, comment fonder son projet sur des principes moraux tout en soutenant une pensée juridique libérale ? L'idée de principes implique une tradition sur laquelle peuvent reposer des actions pratiques et un discours qui les sous-tend, alors que la pensée libérale renvoie à un idéal se manifestant comme une remise en cause des traditions considérées comme freins aux libertés individuelles. Comment concilier ces deux éléments qui sont à première vue contradictoires ?

Pour répondre à cette question pertinente, il est intéressant de se rappeler du terrain sur lequel on se situe dans les débats qui l'impliquent ; c'est à la fois la fondation des normes d'actions et la liberté d'agir des personnes.

II.1.2.3. Principes politiques et principes de justice

Ces concepts sont utilisés explicitement par Dworkin, lorsqu'il essaie de les distinguer[120]. Les premiers sont fondés sur les arguments politiques plus pratiques tandis que les seconds se fondent sur des arguments de principe qui justifient par ailleurs les droits des personnes qui sont inaliénables. Dans la citation qui suit, Dworkin s'efforce de distinguer les stratégies ou les pratiques politiques et les principes de justice. Voici ce qu'il écrit :

---

[118] *Ibidem*.
[119] Pierre Bouretz, *La force du droit : panorama des débats contemporains*, *op. cit*, p. 66.
[120] Ronard Dworkin., *Une question de principe*, *op. cit.*,p. 23.

> Dans les pratiques politiques de notre pays, deux catégories d'arguments sont acceptées quand il s'agit de justifier une décision politique. On trouve d'une part, les arguments pragmatiques : ceux-ci s'efforcent de montrer que la société se porterait globalement mieux si la politique était appliquée. En ce sens, ce sont des arguments utilitaires. D'autre part, on trouve des arguments qui font appel à des principes : ceux-ci peuvent préconiser l'abandon ou la poursuite d'une politique donnée à cause de son impact sur certaines catégories de personnes, même si la société dans son ensemble est lésée par le changement de politique. Ces arguments ne sont pas d'ordre utilitaire mais d'ordre éthique : ils se fondent sur les droits[121].

Dworkin lui-même fait remarquer que l'acceptation de cette distinction entre les principes politiques et les principes de justice n'a pas trouvé un bon terrain tant de la part des juristes et des théoriciens du droit que des philosophes. Mais le fondement de cet argument se justifie, compte tenu des problèmes des pratiques des juges ainsi que des questions liées à l'interprétation de la loi.

La philosophie du droit implique bien sûr à la fois la réflexion sur les normes et la manière dont ces normes fonctionnent sans entraver des libertés, mais aussi de quelle manière ces normes peuvent fonctionner au sein de la société tout en favorisant l'exercice des libertés individuelles.

Comme, nous l'avons montré dans le chapitre précédent, une norme peut avoir deux sens : celui de contrôle social et celui de possibilité d'organiser des actions au sein d'une société sans qu'il y ait d'entraves des actions des uns contre les autres. Les deux significations de la norme peuvent favoriser la compréhension de la manière dont on peut considérer les deux éléments que nous avons mentionnés plus haut. La valeur des principes moraux contenus dans la théorie juridique de Dworkin vient de la compréhension plus globale de sa pensée. Comment y parvient-il ?

C'est toujours dans la poursuite de son approche dialogique sur les deux plans de son projet de recherche qu'il est parvenu à découvrir l'existence des principes moraux fondamentaux à la base de l'analyse juridique et judiciaire. Ces principes moraux sont aussi le point de départ de l'éloignement de Dworkin par rapport au positivisme juridique. Ayant suivi

[121] *Ibid.*, p. 3.

la formation juridique et pratique de la profession de juge et d'avocat, il ne lui était pas facile d'échapper au dogmatisme juridique inspiré du positivisme juridique, qui constitue le danger et la voie de fait suivie par la plupart des juristes. Il a su mener un chemin singulier, mais plus productif et en conformité avec les nécessités des questions posées à la fois par la théorie du droit et la politique juridique américaine sans exclure le champ philosophique. Ceci lui a permis de concevoir une articulation plus solide de divers champs du savoir en vue de la contribution à la fois à la théorie et au vécu quotidien du droit sur le terrain de la justice judiciaire. Sa pénétration profonde du système jurisprudentiel lui a révélé les lacunes internes au système lui-même.

Ces failles se manifestent surtout au sein de la démarche de l'interprétation dogmatique du droit, surtout de la règle du droit provenant de la théorie lointaine de Kelsen et de Hart[122] qui se présente comme une sorte de circularité au sein de l'interprétation stricte, pilier du droit positiviste. Cette circularité consiste dans une démarche allant de la loi aux faits et des faits à la loi sans possibilité de sortir de ce cercle ainsi construit. La théorie des principes est alors venue au secours de cette limite méthodologique qui non seulement ruinait le droit de ses potentialités énormes dans la construction des théories juridiques solides mais ceci constituait aussi une forme de frein dans la recherche de solutions juridiques et judiciaires aux questions épineuses auxquelles la société américaine faisait face.

Désormais, pour être plus productif, le système juridique solide ne devrait pas ignorer ou se passer de cet apport au plan interprétatif et normatif résultant de la morale politique dans le champ de l'analyse juridique et de la pratique judiciaire américaine. La théorie juridique aidée par les principes moraux conduit à un équilibre souhaité dans le champ théorique, mais aussi permet d'envisager un apport sur le plan de la pratique juridique face aux cas juridiques inédits, mais qui nécessitent forcément des solutions de justice. Ceci en même temps ouvre le droit au pluralisme

[122] Ceci a été démontré plus ou moins en détail dans le chapitre précédent.

juridique réaliste, exigé pour le monde actuel devenu de plus en plus globalisé[123].

Bouretz, en essayant de pousser plus loin l'interprétation des principes dworkiniens, les rapproche des droits de l'homme ; il l'exprime en ces termes :

> En reconnaissant à l'inverse l'incorporation dans le droit des principes de justice, la problématique de Dworkin le ramène au sillage de l'idée d'une humanité porteuse des droits pré-politiques. Conforme à l'une des intuitions fondatrices de la démocratie moderne, celle-ci doit alors pouvoir fournir un socle aux normes juridiques, socle où s'atteste la garantie de leur contenu et s'organise leur application[124].

Ce même auteur, cherchant à trouver un fondement juridique solide aux principes dworkiniens, va jusqu'à en trouver une justification dans ce sens plus solide dans l'un des arguments soutenus par John Rawls dans son ouvrage « Théorie de la justice ». Il dit ceci :

> Donner aux droits de l'homme un fondement en raison, justifier leur universalité par un raisonnement qui ne mobilise aucune hypothèse quant au caractère naturellement bon ou mauvais de l'homme, les installer enfin en position de principe régulateur de la répartition des libertés et des biens, tel est le programme que s'assigne (.) John Rawls[125].

La théorie de Dworkin renouvelle la question controversée du droit et de la politique américaine centrée sur le rôle du jugement et de la méthode à mettre en place pour pouvoir juger les cas juridiques difficiles.

Toute la théorie de Dworkin et en particulier celle des principes est, en effet, une tentative de mise à distance critique du droit positif aussi bien dans son aspect du discours que dans sa pratique. L'apport des principes moraux est en réalité un renouvellement de la problématique des sources du droit, c'est-à-dire celles qui fournissent aux juristes et aux juges des perspectives nouvelles, les uns dans leurs activités de recherche plus solide, et les autres dans leurs pratiques judiciaires plus éclairées. La loi ainsi que

---

[123] Pour résoudre des questions de justice dans le monde globalisé il n'est pas intéressant d'ignorer le principe du pluralisme juridique dans la gestion des procès juridiques suscités aussi par des faits sociaux et situations sociales nouvelles.

[124] Pierre Bouretz, *La force du droit : panorama des débats contemporains, op. cit.*, p. 68.

[125] *Ibid.*, p. 69.

les précédents judiciaires qui ont constitué, depuis des décennies, les sources considérées comme incontestables et suffisantes à fournir l'outil de base du droit, se trouvent désormais mis en doute par l'établissement des principes comme horizon obligé dans l'éclairage de la compréhension des travaux des juristes. Cette prise en charge des principes par Dworkin sera plus tard renouvelée par les représentants du mouvement de Critical Studies. Dworkin s'est donc laissé inspirer par la morale, alors même que les autres chercheurs critiques ont emprunté la voie de la sociologie ou de l'anthropologie avec le même souci de remettre en question les sources formalistes du droit ainsi que les bases épistémologiques sur lesquelles le droit a depuis longtemps bâti son édifice[126].

La théorie des principes permet d'envisager au sein de la société un tissu de relations intersubjectives et la participation à l'exercice d'un pouvoir démocratique partagé. La théorie de Dworkin invite à concevoir un droit qui repose sur la justice constitutionnelle propre à la société politique américaine.

Comment les principes de justice peuvent-ils contribuer au respect, ou du moins au renforcement de la constitutionnalité des actions et des décisions ? Cette question est plus importante dans la mesure où toutes les actions ainsi que tous les facteurs d'ordre juridique ont une valeur remarquable dans la justification de la mise en application des principes constitutionnels. C'est à partir d'un effort d'interprétation que ces principes contribuent au renforcement de la constitutionnalité des actions et des stratégie politiques pour une meilleure poursuite du projet démocratique et du respect incontestable des droits et libertés des personnes. Dès lors que les principes moraux viennent compléter les autres sources du droit au service du juge et du législateur, leur apport non seulement renouvelle le questionnement des limites du positivisme juridique, mais aussi et surtout les principes dworkiniens comblent le vide creusé par le formalisme juridique et corrigent des lacunes des lois et des précédents judiciaires.

---

[126] Jacques Commaille, « La sociologie face au mouvement « Critique du droit », *Le droit et les incertitudes de la recherche « savante », Le droit en révolutions. Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours,* sous la direction de Xavier Dupré de Boulois et Martine Kaluszynski, LGDJ, 2011, pp. 113-134.

Cet argument de Simone Goyard-Fabre nous aide à conclure cette section. Voici ce qu'elle dit :

> Dworkin, on le sait, critique le positivisme : il refuse de réduire le droit aux règles posées par le législateur, fut-ce dans le respect des clauses fondamentales de la Constitution, et il invoque des principes de nature axiologique et éthique qui, « derrière le droit » et plus profond que lui, sont sans cesse soumis à l'interprétation selon le double critère de convenance et de moralité qu'impose, à un moment donné, le développement d'une société[127].

II.2. Théorie de l'interprétation de Dworkin

La théorie épistémologique de Dworkin repose sur la problématique de la méthode d'interprétation en droit après celle de ses sources. Contre l'interprétation dogmatique qui a longtemps servi les juristes et les juges, Dworkin propose une nouvelle méthode, celle de l'interprétation constructive.

La méthode d'interprétation juridique appelée aussi herméneutique juridique a une longue histoire qui correspond à l'histoire du droit même. C'est depuis le droit romain, le premier modèle juridique à être codifié, avec le code justinien attribué à l'Empereur justinien (529-565).

> Dans la tradition méthodologique du droit, l'herméneutique est liée aux difficultés concrètes de l'application des textes. La loi est le produit de l'élaboration contingente. Elle est rédigée par des auteurs divers, à des moments variés. Cependant pour l'interprète, elle est présumée constituer un système cohérent[128].

Comment le système de droit de type logico-déductif, comme système de droit pour résoudre le litige, doit-il être appliqué chez un peuple qui applique un autre système de penser que celui de la logique déductive ? Cela s'ajoute à d'autres incohérences de deux systèmes différents qui s'appliquent à la même catégorie de la population. D'où le motif d'échapper à ce système classique de droit comme unique système de résolution des

---

[127] Simone Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, Paris, 1992, p. 254.

[128] Rabault Hugues, « L'herméneutique juridique, entre crise et refondation pragmatique », in *International Journal of Semiotics of Law*, n° 21, 2008, pp. 175-183.

conflits, pour créer des mécanismes informels ou pour appliquer les mécanismes traditionnels à la société du peuple en question, mécanismes légitimes, mais considérés aussi comme mécanismes informels. C'est là aussi la crise du droit en Afrique subsaharienne.

Cette cohérence du système juridique du droit légal (du droit émanant des corps législatifs) se comporte comme si la loi était élaborée en une fois par un seul auteur d'un seul pays. Cette illusion fait le nœud de tout le système de droit imposé, même dans les pays anciennement colonisés. Il est supposé que les contextes d'élaboration et d'application sont identiques, et que par conséquent son application ira de soi. La sortie de cette illusion du droit demeure impossible pour les juristes africains noirs.

C'est pourquoi des théories nouvelles sont obligatoires pour remettre en cause cette logique du droit et proposer des solutions nouvelles qui tentent de resituer le droit dans les contextes réels et ainsi, trouver son application dans le but de favoriser la dynamique des sociétés africaines sur tous les points de vue. La pluralité de sources entraîne aussi la pluralité de méthodes juridiques d'interprétation ou le pluralisme méthodologique.

II.2.1. Que signifie interprétation ?

L'interprétation se rapporte à la lecture d'un texte et à sa compréhension. Il s'agit d'une recherche de sens qui n'apparaît pas d'emblée ou qui ne s'obtient pas par l'approche descriptive. Qu'est-ce que la méthode interprétative en général et en droit en particulier ?

II.2.2. L'interprétation comme méthode juridique et judiciaire

Il est clair que la méthode d'interprétation est une méthode qui s'applique aussi bien à l'analyse juridique qu'à la pratique judiciaire étant donné que le droit est à la fois savoir et pratique.

Dworkin décrit l'interprétation en ces termes :

> Ma description a supposé une considération particulière de ce que l'interprétation, décrite d'une manière abstraite, est réellement. Dans le contexte que j'ai à l'esprit, c'est une activité qui consiste à essayer d'imposer la cohérence à une conduite qui constitue une pratique sociale, et imposer une cohérence signifie proposer une explication ou un sens cohérents dont cette conduite puisse être considérée comme une expression ou un exemple[129].

La question de la méthode en droit selon Dworkin, est une question essentielle pour le droit dans son ensemble. Il ne s'agit pas uniquement du droit anglo-américain, mais de tout droit. Nous pouvons oser appliquer ce principe au droit colonial qui a longtemps été considéré comme n'étant pas du droit, le droit des colonisés. Comme on le constate en partant de la lecture de Dworkin, la question essentielle du droit est une question d'interprétation, et toutes les normes juridiques sont aussi des interprétations, et même des théories ou des doctrines juridiques sont autant des interprétations. Cette lecture nous éclaire sur la compréhension des limites du droit positif qui n'a pas vu depuis longtemps le droit sous cet angle dworkinien. Selon Dworkin, le droit est un concept interprétatif.

> Je voudrais démontrer ici que la pratique juridique est toujours en soi un exercice d'interprétation, et pas seulement dans certains documents ou certains textes de loi. Si l'on conçoit ainsi le droit, on en fait un domaine qui est profondément politique de part en part. Les juristes et les juges ne peuvent pas se tenir à l'écart de la politique, celle-ci étant prise au sens large de la théorie politique[130].

Il est intéressant de constater ici que l'activité tant juridique que judiciaire est par essence une affaire d'interprétation. Cette position de Dworkin contraste avec la vision positiviste du droit qui soutient la position dogmatiste du droit, c'est-à-dire une position restrictive du champ interprétatif en droit. Selon le positivisme, l'interprétation est réservée à certains textes de loi et à des cas très limités. Toutes les activités des juristes sont des actes d'interprétation car ils se rapportent à la vie politique de la société, peu importe que ce soit le domaine propre de la justice ou non.

---

[129] Ronard Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation », in *Droit et Société*, n° 2, 1985, pp. 99-114.
[130] Ronard Dworkin, *Une question de principe*, *op. cit*., p. 184.

Il faut garder à l'esprit, au risque de se tromper, que la théorie du droit dworkinienne se situe dans un contexte juridique déterminé, celui du droit américain ; transposer sa théorie au droit continental où la théorie du droit est largement centrée sur la loi, serait dénaturer le sens de la théorie interprétative du droit de Dworkin. C'est pourquoi nous avons souligné, au début de ce chapitre, la place et le rôle contextuel de cette théorie dworkienne du droit, sans toutefois oublier que le rôle et la fonction croissante du juge affectent la dynamique du droit dans son ensemble d'où le bougé des repères classiques au bénéfice du rapprochement des pôles théoriques en droit :

> En pratique, chaque ordre de juridiction dispose de sa méthode dont l'origine puise dans les habitudes des juges, transmises de génération en génération et en général peu théorisées. Par ailleurs chaque pays dispose de sa propre tradition[131].

L'interprétation selon Dworkin s'efforce de donner le meilleur de l'objet[132]. L'interprétation selon cet auteur concerne le but de l'intention de celui qui interprète. Ainsi, il distingue trois types d'interprétations. Il y a d'abord ce qu'il appelle l'interprétation scientifique qui consiste à rassembler les données de la recherche en vue de dégager un sens découlant de ces données, généralement des données puisées au sein de la société. Il énumère, en second lieu, l'interprétation créative que l'auteur de l'interprétation réalise en partant d'une œuvre artistique quelconque. Enfin, l'interprétation constructive est la catégorie la plus élevée et la plus profonde de l'interprétation.

II.2.3. L'interprétation vis-à-vis de la normativité juridique

Il faut rappeler que la méthode d'interprétation juridique américaine est dialectique : les jugent débattent et l'on invoque l'histoire et les mœurs[133].

---

[131] Rabault Hugues, « L'herméneutique juridique, entre crise et refondation pragmatique », *op. cit*., pp. 175-183.
[132] Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, PUF, 1994, p. 58.
[133] Rabault Hugues, *op. cit.*

> Il en résulte que la normativité doit être comprise comme un phénomène véritablement complexe. Elle est caractérisée par des arbitrages constants et cristallise souvent les tensions et aspirations qui animent souvent la société. En fait les normes se superposent et se compénètrent de sorte qu'elles signent nécessairement une influence réciproque sur ses cheminements[134].

Selon Dworkin, l'interprétation est un outil méthodologique qui permet d'analyser les textes de loi y compris la constitution, tant dans le sens de chercher la signification du texte en le renvoyant au texte lui-même ou en voulant connaître l'intention des pères fondateurs de la constitution. Qu'elle soit celle de l'esprit du texte ou l'intention du législateur, cette méthode repose sur les principes de morale politique, affirme-il[135].

II.2.3.1. La méthode d'interprétation constructive

La découverte par Dworkin des principes moraux dans le champ du droit positif est, à notre avis, l'un des éléments qui ont contribué à la construction de la méthode d'intéprétation constructive. Comment y est-il parvenu ?

L'on peut parler avec Pierre Bouretz de l'herméneutique des principes[136]. Ces principes sont interprétés par Dworkin comme des règles des valeurs méta-juridiques. Le projet de Dworkin a toujours été de dépasser le positivisme juridique tant dans sa nature ontologique que dans son épistémologie. Le droit qui se fonde uniquement sur la règle de droit et des précédents judiciaires n'a pas satisfait Dworkin. C'est pourquoi il a cherché en dehors du champ juridique ce qui pouvait le compléter et ainsi contribuer à l'élargissement du champ juridique dans son ensemble. Poser le problème de cette manière, consiste à s'interroger à la fois sur le bien-fondé du droit et de son approche. La méthode que propose Dworkin est une méthode d'élaboration du droit, plutôt que celle qui applique d'une manière aussi

---

[134] Sébastien Lebel-Grenier, *Pour un pluralisme radical*, Thèse de doctorat, Université McGill, Montréal, avril 2002, p. 23.
[135] Ronard Dworkin, *Une question de principe*, *op. cit*., p. 46.
[136] Pierre Bouretz « Préface » in *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit*., pp. 5-22.

dogmatique qu'aveugle la loi. C'est justement sur ce point de création du droit que Dworkin se réfère au personnage d'Hercule[137].

« Les théories interprétatives s'adressent par nature à une culture juridique particulière, généralement la culture à laquelle appartiennent leur auteurs »[138].

Cette idée montre que, selon Dworkin, le droit n'a pas une prétention universaliste, mais qu'il s'applique à une communauté culturelle et politique donnée. Dworkin a cherché et a découvert la clé de sa réponse dans la construction de sa méthode d'interprétation constructive qui est aussi une interprétation créative, comme il le dit lui-même. Mais il se place aussi sur le plan de la complémentarité de deux champs théorique et pratique du droit. Explicitant cette méthode, il dit « Car l'interprétation des pratiques sociales et des œuvres d'art se préoccupe dans son essence de buts plutôt que de simples causes »[139].

Il se fait aider aussi par la nature de la culture politique américaine qui ne sépare pas largement les dimensions juridique et politique. En effet, ceci résulte aussi du caractère jurisprudentiel du droit américain, comme nous l'avons montré plus haut. Il existe plusieurs aspects qui le justifient. D'abord, le caractère du jury populaire montre que la politique pénètre le juridique. Il y a un caractère intrinsèque de la vision du droit aux États-Unis. Il y a une compénétration entre le droit et la politique[140].

> Quant au travail du juge, il dit ceci. Les juges forgent au cours de leur carrière et conformément à leurs convictions et à leur caractère, des théories opératoires sur la meilleure interprétation de différents niveaux et des différentes parties des pratiques juridiques de leur ressort. Ils élargissent ces théories et s'appuient sur elles quand ils sont confrontés à des problèmes nouveaux et difficiles, ils s'efforcent de résoudre des cas difficiles de manière cohérente, dans toute la mesure du possible, avec ce qu'ils considèrent comme la meilleure interprétation des décisions que

[137] Hercule est un personnage légendaire de l'antiquité grecque. Ce personnage héroïque, très célèbre, demi-dieu, s'est distingué par le courage, la force et d'autres grands exploits légendaires.
[138] Idem.
[139] Ronad Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, *op. cit*., p. 55.
[140] Julie Allard, *Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2001.

> prennent ou qu'ont pris d'autres juges dans de tels cas. Quand ils ne sont pas d'accord sur le droit, leurs désaccords sont interprétatifs[141] .

L'interprétation selon Dworkin couvre toutes les sphères de la vie juridique. « Aussi, aucune frontière bien définie ne sépare la philosophie du droit de la pratique judiciaire ou de tout autre aspect de la pratique juridique[142] ».

André Berten et Jacques Lenoble rejoignent l'argument de la méthode d'interprétation de Dworkin en disant ceci :

> Développant une approche narrativiste et interprétativiste du droit, Dworkin combat la thèse positiviste d'une réduction du droit aux seules règles posées par les autorités instituées constitutionnellement et met en évidence la composante morale de tout jugement juridique (.). Son œuvre en ce sens n'est pas tout entière dictée par un corps de règles. Le droit est aussi l'affaire de principes soumis à une interprétation constante suivant un double critère du test de convenance (insertion dans une histoire juridique) et du test de moralité politique[143].

Le système juridique est aussi fédéral et régional. Cette particularité du droit américain émane de sa situation politique. De part en part, Dworkin se laisse profondément imprégner par cette culture politique et juridique afin d'y découvrir les richesses et les outils nécessaires à l'élaboration de sa théorie.

II.2.3.2. La législation est-elle la pratique du droit ou sa justification ?

La justification du droit relève de la théorie du droit et dans ce sens, la législation est la pratique du droit, étant donné qu'elle applique les principes du droit exprimés dans la théorie du droit dans l'élaboration des lois. Qu'en est-il du juge de la Cour Suprême des États-Unis par exemple ou des juges de la Cour Constitutionnelle en France ?

---

[141] Ronard Dworkin*, L'empire du droit, op. cit.,* p. 55.
[142] *Ibidem.*
[143] Jacques Lenoble et André Berten, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, E. Story-Scientia, Bruxelles, p. 47.

Sous cet angle dworkinien d'interprétation du droit, on peut dire que la législation et même le juge, produit du droit, suivant l'angle du droit américain appartenant à la famille de la Common Law. L'on peut se demander si, dans le droit continental, romano-germanique, le juge produit du droit comme c'est le cas dans le droit de la Common Law. Dans ce système, le juge interprète fidèlement les textes de loi. C'est ce qu'on appelle interprétation dogmatique. Il ne produit pas du droit. Cet argument renvoie à la théorie des sources du droit.

Dans le droit de la Common Law, les précédents constituent une source du droit au même titre que la loi. Le juge, tout comme le législateur, crée du droit en le renforçant par ses arguments, il enrichit le droit par ses pratiques judiciaires qui sous-tendent des décisions judiciaires. Ainsi dans le monde du droit continental, le sens de l'interprétation ne se situerait que dans la théorie ou dans la philosophie du droit. La signification que Dworkin donne au concept d'interprétation ne s'appliquerait pas dans ces deux domaines. Mais sa vue plus vaste et plus profonde de l'interprétation déborde le domaine uniquement judiciaire au sens de l'interprétation dite stricte ou dogmatique du droit positif occidental. Il faut même noter que cette signification rétrécit ce concept même d'interprétation. Donc, pour comprendre la théorie dworkinenne du droit il faut la situer principalement dans le contexte du droit du Common Law. Non seulement contextualiser le paradigme d'interprétation permet de saisir la théorie du droit de Ronald Dworkin, mais cela permet de saisir la signification qu'il donne au concept du droit dans son ensemble, car pour lui, le droit est essentiellement interprétation.

II.2.4. Le point controversé : cas juridiques difficiles

Dworkin se penche sur des cas difficiles qui revêtent une complexité et un point de controverse entre les juges.

Il est d'abord important de faire remarquer que le souci de Dworkin en construisant sa théorie n'est pas de donner une définition ou une explication minutieuse des concepts en usage dans le domaine qui l'intéresse. Comme on peut l'observer, cela n'est pas sans intérêt, mais Dworkin ne s'y est pas

attardé. Son but fondamental est d'analyser les questions importantes et urgentes dans le domaine de la pratique judiciaire qui n'ont pas trouvé de solution satisfaisante jusqu'à ce jour, mais sur lesquelles il faut se pencher compte tenu de leur intérêt au sein de la société. Il s'agit des questions qui portent sur les principes de justice ou les principes moraux du droit qui inspirent les juges dans leurs décisions.

> Quand un juge s'interroge sur les intentions du législateur, il se demande quelles politiques et quels principes s'accordent le plus naturellement à ce que ce législateur a approuvé ; lorsqu'il se demande ce que le législateur aurait fait s'il avait été confronté au problème présent, il se demande en réalité quelle réponse découle des politiques ou des principes qui sont les plus conformes à la loi votée[144].

Les cas juridiques difficiles que les juges rencontrent dans leur pratique juridique ne trouvent pas de solution ni acceptée par tous ni satisfaisante aux questions des praticiens du droit et des justiciables. Le souci de répondre par des réponses adéquates aux questions réelles passe au premier plan, avant le souci d'une théorie juridique systématique.

II.2.5. La théorie de la cohérence narrative selon Dworkin

La méthode herméneutique en théorie du droit est une problématique importante qui a occupé les juristes et les philosophes pendant longtemps. Dworkin s'inscrit dans ce mouvement pour analyser la méthode pouvant servir de manière pertinente l'analyse des questions juridiques : les problèmes de sources du droit, le problème du dépassement de la théorie elle-même, et le problème épistémologique d'une remise en question du positivisme juridique.

II.2.5.1. Qu'entend-on par cohérence narrative en droit ?

C'est la théorie herméneutique élaborée par Dworkin d'une part comme réaction contre le positivisme juridique de Hart et Kelsen, et d'autre part,

[144] Ronard Dworkin, *Une question de principe*, *op. cit*., p. 29.

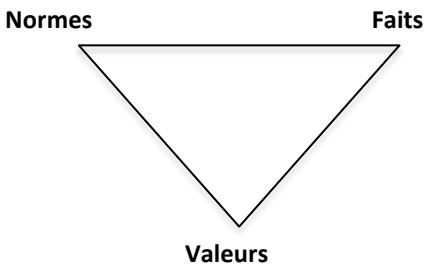
une méthode pour fonder, selon une perspective renouvelée, ce qui constitue les sources du droit. Ces deux questions constituent la thèse centrale de Dworkin : la question des sources du droit - les normes juridiques et les principes moraux - et la question de la méthode à appliquer au droit, l'interprétation constructiviste. Le droit naturel, forme normative du moyen âge, a un aspect d'idéalité qui s'éloigne des problèmes réels de la société. La forme du questionnement juridique se base désormais sur ce qui contribue à l'avancement des questions proprement juridiques.

Par ailleurs, l'image du personnage d'Hercule représente un pouvoir que Dworkin attribue au juge sur le plan d'un idéal d'action. La théorie du droit de l'époque moderne est initiée par Hobbes qui a ramené l'ordre normatif à la volonté humaine de l'autorité étatique. De cette manière, il sépare le droit positif du droit naturel. Le droit positif désormais se préoccupe des questions proprement juridiques, de la relation des faits aux normes. Tandis que le droit naturel du moyen âge associait le droit aux principes métaphysiques.

À notre avis cette tendance du droit positif convient pour s'intéresser de plus près aux questions plus juridiques. La théorie du droit dans ce sens devrait prendre en compte l'apport de l'éthique pour enrichir sa normativité et la centrer à la fois sur la norme et sur la valeur sans bien sûr ignorer les faits qui spécifient et motivent la norme.

La question est alors celle d'une triple relation : norme, fait et valeur.

Comment penser cette triplicité ?



Le schéma ci-dessus montre la relation étroite qui existe entre ces trois éléments qui définissent les rapports des hommes en société. En effet, le droit définit un fait non pas d'une manière essentielle par ce qui le constitue logiquement. Il le définit plutôt par rapport à la norme du droit positif comme une action punissable ou non. Le sens de la sanction n'est pas donné par la loi, mais par un autre mode de savoir qui n'est pas proprement juridique, celui de l'éthique. C'est la valeur qui fait que l'acte ou un fait soit considéré comme infraction ou crime. La loi ne définit que formellement le fait et par rapport à la sanction qui lui correspond. D'où cette triple relation entre la norme, le fait et la valeur.

II.2.5.2. La métaphore du roman à la chaîne

L'image du roman chez Dworkin souligne l'unité du système juridique et de justice. Ce système est une unité de corps et d'esprit, unité de corps de règles et des principes et unité de construction de ces règles. Cette unité se retrouve aussi bien dans le travail d'interprétation de la réalité à réguler que de la situation à juger, travail interprétatif autant que créatif. La figure du roman que Dworkin choisit n'est qu'une image qui peut se modifier, mais avec la seule valeur qu'elle explicite la continuité de l'œuvre interprétative du droit.

> Dans ce cas, le juge occupe une place analogue à celle d'un écrivain de la chaine. Il doit se pencher sur les déclarations des juges précédents non pour déterminer quel était leur état d'esprit au moment de ces déclarations, mais pur déteminer ce qui a été réalisé collectivement, de même que chaque écrivain doit former sa propre opinion sur ce qui adéjà été accompli[145].

Selon lui, le droit ressemble à un roman dont les chapitres sont écrits par un grand nombre d'auteurs, mais ayant un même but, celui de garder l'unité et la collaboration du champ visé. De même le droit est une œuvre conjointe non seulement de plusieurs auteurs comme individus, mais aussi de plusieurs institutions juridiques qui veillent à l'harmonie du droit à travers ses différentes sources (législatives, judiciaires, administratives, mais aussi individuelles qui construisent le droit sous forme de contrat).

[145] *Ibid.*, p. 201.

L'usage du symbole montre, pour Dworkin, la capacité de transcendance dans sa compréhension du droit. Non seulement il est capable de l'interpréter pour lui donner un sens nouveau plus élevé, mais il est aussi capable de faire des analogies du droit par rapport aux autres domaines de la réalité dont les significations dépassent le concret et renvoient à une dimension plus profonde, et donc plus symbolique. Le droit, selon lui, est une œuvre ayant de multiples facettes (découvertes par l'interprétation) et écrite par un grand nombre d'auteurs qui sont des juges ou autres juristes pour perpétuer à travers l'histoire les résultats de leur œuvre, soit comme précédents ou comme résultats d'analyses théoriques, toujours le fruit du travail d'interprétation. Ceci signifie à son avis que le droit n'est pas une œuvre historique et individuelle, mais une œuvre communautaire qui résulte d'une unité de la communauté se reflétant dans l'œuvre que les membres de la communauté bâtissent ensemble, dans une unité de l'œuvre. Il y a, comme nous l'avons dit, une dimension horizontale reflétant l'unité de l'œuvre communautaire, mais aussi il y a une dimension verticale reflétant l'unité ou la continuité historique de l'œuvre communautaire. Pour Dworkin, deux choses comptent dans cette figure, l'unité à travers la continuité du travail juridique et l'amélioration en profondeur du sens produit par le travail de l'interprétation juridique et judiciaire.

Gérard Timsit[146], distinguant deux facettes de la métaphore, rapproche celle de Dworkin de la facette de comparabilité ou du transfert de sens par opposition au sens qu'il appelle plus fondamental, celui de la structure. À notre avis, les deux significations peuvent se retrouver dans cette figure dworkinienne du roman à la chaîne en comparaison avec ces deux versants, horizontal et vertical. Cette figure de Dworkin se présente avec une signification plus fondamentale.

La figure du roman veut insister sur l'unité et l'harmonie du droit dans ses différents aspects. Cette unité s'établit non seulement dans le temps mais aussi au sein de différentes sources du droit, comme le fait voir Dworkin lui-même. Il s'agit de faire intervenir dans le procédé d'interprétation, en plus des normes légales, des principes moraux pour

[146] Gérard Timsit, « Le roman à la chaine. Les limites d'une métaphore », in *Revue internationale de philosophie*, vol. 3, n° 233, 2005, pp. 393-411.

réaliser une justice cohérente et réaliste, conforme à la réalité totale de l'individu et de la société. Il s'agit en d'autres termes d'établir une harmonie entre les contextes de fait et de droit en conformité avec la vision sociale des valeurs, pour juger d'une manière juste les cas inédits de la justice ou les *hard cases* dworkiniens.

Selon Paul Dubouchet, « Sur ce modèle, le juge doit donner également la meilleure interprétation possible de la pratique juridique, celle qui éclaire le mieux la jurisprudence passée et ouvre le plus de perspectives à la jurisprudence future »[147]. Nous pouvons dire que le roman compare l'œuvre du droit à un travail qui prend à la fois l'axe horizontal et vertical de la société, c'est l'angle historique qui considère l'aspect chronologique des faits du droit et l'axe des faits de la société qui sont des relations de contentieux appelant des solutions meilleures, rendues par les décisions des juges dans les tribunaux. À notre avis, cette image est excellente si on la considère comme l'illustration de l'unité de l'œuvre de la justice rendue par les juges dans leur ensemble.

II.2.5.3. Présupposés esthétiques et politiques

C'est ce rapprochement que Dworkin a pu réaliser dans cette théorie du droit-intégrité :

> J'ai fait figurer des affaires judiciaires dans la plupart de mes développements, non pour le plaisir de faire des gammes en histoire ou en théorie juridiques, mais parce que le droit apporte un éclairage intéressant et particulier sur les débats politiques. Quand les problèmes politiques sont débattus dans l'enceinte du tribunal, comme c'est tôt ou tard invariablement le cas aux États-Unis du moins, ces problèmes exigent des décisions qui tiennent simultanément compte des particularités de l'affaire et des principes invoqués[148].

Il est important de saisir la signification que Dworkin donne au droit et à l'interprétation. Pour lui le droit est l'interprétation dans toutes ses dimensions. Ceci signifie que le sens du droit n'est pas entièrement donné

---

[147] Paul Dubouchet, *Modèle du juridique. Droit et herméneutique*, Paris, L'Harmattan, p. 180.

[148]Ronard Dworkin, *Une question de principe*, *op. cit.*, p. 2.

dans la loi ; c'est plutôt le juge et le juriste qui créent en le complétant le sens du droit. Cette perspective est très intéressante si l'on parvient à la comprendre dans toute son étendue. Interpréter le droit signifie, pour Dworkin, lui donner un sens plus global et meilleur que celui qu'il avait. Ce sens n'est pas donné une fois pour toutes ni par la loi ni par les précédents judiciaires. Il s'agit d'un travail continu en termes de processus.

« Il nous faut relever immédiatement une différence générale de structure. Le conventionnalisme et le pragmatisme se présentent en tant qu'interprétations »[149].

D'où l'on soutient que chaque acteur dans le domaine du droit contribue à la création et à l'amélioration du droit. Cette création a un aspect esthétique en ce sens qu'elle vise le degré de beauté plus élevé, sur le plan de sa logique interne et de son contenu.

Le juge et le juriste créent le droit plutôt qu'ils ne l'appliquent. Ceci signifie que le droit ne peut pas se laisser épuiser par la loi. Le droit, poursuit Dworkin, c'est l'interprétation que l'on fait du droit à partir de l'application combinée de la loi et des précédents judiciaires avec la confrontation opérée par le juge d'une situation particulière de l'individu, autrement dit d'un cas d'espèce porté devant un juge. Cette conception du droit est très riche et donne une grande étendue aux actes des juges qui n'agissent pas en simples acteurs chargés d'appliquer la loi. Selon lui, le pouvoir discrétionnaire du juge trouve sa signification et son poids dans cette chaîne des décisions d'autres juges et juristes. Dans une mesure large, d'autres chercheurs, théoriciens et philosophes du droit contribuent à la construction du droit sous forme d'un système cohérent et ordonné qui tient compte du passé et du présent opérant dans une perspective d'avenir.

Dworkin soutient que les hommes ont des droits naturels qu'il faut non seulement reconnaître mais aussi promouvoir de la part du juge chargé par l'autorité de l'État de mettre en pratique la justice par le droit.

Dans ses thèses, Dworkin oppose le droit naturel au positivisme et dit que le juge n'a pas le pouvoir discrétionnaire, mais il applique le droit

[149] Ronald Dworkin, « La chaîne du droit », in *Droit et Société*, n° 1, 1985, pp. 51-79.

naturel qui préexiste grâce à la méthode qui lui donne de parvenir à l'essence du droit sous son plus beau jour. Ce droit naturel n'est que la morale appliquée au droit. À côté de ce droit préexistant, il y a des principes, dit Dworkin, que le juge applique au lieu de juger arbitrairement, selon son propre pouvoir.

Quant à Michel Tropper[150], les principes qui doivent guider les juges et mêmes les parties en procès existent aussi bien ailleurs qu'aux États-Unis. En France, par exemple, ces principes de droit sont dits droits fondamentaux qui guident l'action politique nationale.

L'intérêt dans l'œuvre de Dworkin est aussi dû au fait qu'il est à la fois théoricien et praticien du droit. Cette posture est intéressante, dans la mesure où, d'abord, la théorie de Dworkin est plus proche de l'objet qu'il essaie d'expliquer. Ensuite, sa théorie est une justification de la pratique juridique par le fait qu'elle essaie de chercher et de trouver des réponses aux questions que lui-même et les autres juristes se sont posées dans la pratique de leur action. Enfin, la distance entre la théorie et la pratique est réduite et le degré de fiabilité aussi reconnu.

Dworkin considère essentiellement l'esprit du texte plutôt que le texte lui-même. En agissant ainsi, il fait remarquer que le sens du texte en rapport avec le contexte social n'est pas entièrement contenu dans le texte de loi, qu'il faut aller au-delà du texte de loi pour dégager le sens profond, et de cette façon aboutir à une justice véritable. Selon lui, la loi est une interrelation de la réalité sociale, que ce soit au niveau plus général de la constitution ou au niveau plus particulier d'un règlement administratif ou de la décision du juge. Il s'agit, pour dire bref, d'une oscillation entre la théorie et la pratique juridique qui préoccupe au premier chef le travail de Dworkin.

[150] Michel Tropper, « Présentation. Dossier Ronald Dworkin », *op. cit.*

II.3. La théorie dworkinienne du droit-intégrité

Il est remarquable d'analyser la théorie du droit en s'intéressant aux terminologies employées pour découvrir tout le sens contenu dans l'usage des concepts en question. Dans le cas de Dworkin, il est question de comprendre certains concepts clés tels que les principes, interprétation, intégrité. Dworkin lui-même n'a pas pris soin de donner des définitions à ces concepts, mais l'usage révèle le sens qu'il leur a donné ainsi que les applications diverses qu'il en a faites. La théorie dworkinienne du droit ne peut se comprendre qu'en la situant dans le mouvement d'ensemble de l'évolution du droit depuis la Rome antique jusqu'à l'heure postmoderne et sa base idéologique de la globalisation. L'idée du retour au droit[151] montre à quel point il y a l'incertitude du droit qui consiste à repenser les schémas classiques du juge et du législateur. Le droit procédural s'avère un modèle qui revitalise les recherches juridiques bien qu'il soit encore en voie de définition[152].

II.3.1. Le concept d'intégrité

L'intégrité peut se comprendre de plusieurs manières selon l'angle de vue que l'on choisit. Pour notre propos, l'intégrité concerne les affaires politico-judicaires. C'est en quelque sorte l'exigence des décisions en conformité avec des principes moraux suivant l'éclairage de celui qui en prend la charge.

Selon J. Patrick Dobel, l'intégrité assure la cohésion des institutions de la société. Il la définit comme étant « le respect en toutes circonstances, des engagements et des obligations liés à la fonction »[153]. Selon lui, elle est « la possibilité de tenir ses engagements, de faire cohabiter harmonieusement les

---

[151] Jacques Lenoble, *Droit et communication : La transformation du droit contemporain*, Cerf, Paris, p. 8.
[152] *Ibid*., p. 9.
[153] J. Patrick Dobel, *Intégrité morale et vie publique*, Nouveaux horizons-ARS, Paris, 2003, p. XII.

obligations de la charge, les engagements personnels et la prudence politique »[154]. Il s'agit dans le fait de réconcilier l'action et la réflexion, le respect des engagements et des obligations et la lucidité. Selon Dobel trois éléments-clé constituent l'intégrité, à savoir : les convictions personnelles, les obligations de la charge et la prudence politique. À ces trois éléments constitutifs de l'intégrité, il faut ajouter la responsabilité personnelle dans la gestion des affaires publiques. Il est question de la gestion des charges publiques à travers des tensions multiples et des obligations contradictoires. Ces obligations sont liées aux fonctions ou aux engagements que l'homme prend et sont fondées sur les principes de moralité qui les justifient plus que sur tout autre motif ou toute autre explication qu'lle soit rationnelle ou liées à des normes d'une légalité juridique quelconque.

La notion d'intégrité selon Dworkin appelle justement la gestion des tensions entre les situations judiciaires complexes face aux lois souvent lacunaires. Le contexte exige de faire appel à des principes extra-légaux qui sont des principes de la moralité publique.

L'intégrité implique l'unité des valeurs morales. Dworkin explique cette unité en ces termes :

> J'essaie d'illustrer au moins l'unité des valeurs morales et éthiques. J'élabore une théorie sur ce à quoi ressemble le fait de bien vivre et sur ce que nous devons faire et ne pas faire si nous voulons bien vivre. Cette idée - à savoir que les valeurs éthiques et morales dépendent les unes des autres - est un article de foi ; elle suggère une manière de vivre. Mais elle est aussi une théorie philosophique aussi large que possible.[155]

Le concept d'intégrité morale ne revient pas uniquement à une seule valeur, mais en plus de cette unité elle réunit la théorie morale de ces valeurs et leur pratique.

La théorie dworkinienne de l'intégrité est une troisième théorie (contre le conventionnalisme et le pragmatisme anglais). L'intégrité politique et juridique est la clé de la théorie comme de la pratique juridique du système anglo-américain.

---

[154] *Ibid*., p. XIV.
[155] Ronard Dworkin, *Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs*, traduction française, Labor et Fides, 2015, p. 13.

> Nous avons deux principes d'intégrité politique : un principe législatif, qui demande aux législateurs de s'efforcer de rendre l'ensemble des lois moralement cohérent, et un principe de délibération qui veut que la loi soit considérée comme cohérente de cette façon dans toute la mesure du possible[156].

Par ailleurs, la théorie juridique d'intégrité ou le droit-intégrité est une façon d'ouvrir des perspectives nouvelles au droit positiviste qui échappait aux juristes ou qu'ils ignoraient jusqu'à ce jour. Ces derniers ont longtemps campé sur leur position soutenant la théorie de la hiérarchie des normes qui est développée par Kelsen. En agissant ainsi ils ont empêché le droit d'évoluer dans le champ que Dworkin avait longtemps perçu. En développant sa théorie de l'intégrité, Dworkin a, du coup, ouvert la porte du pluralisme juridique. C'est, ce qui nous pousse à admettre que cette théorie est pertinente pour notre siècle. C'est aussi par ce motif que l'évolution du droit accepte la démystification de la théorie kelsénienne qui avait longtemps poussé le droit à la stagnation.

> Le procès importe d'une autre façon, que l'on ne saurait évaluer en termes d'argent ou même de liberté. Une action en justice comporte inévitablement une dimension morale, et donc le risque permanent d'une forme précise d'injustice publique (…). Le juge ne doit pas se contenter d'établir qui aura quoi, mais aussi qui a bien agi, qui a fait face à ses responsabilités de citoyen, et qui, de propos délibéré, ou par cupidité ou par insensibilité, n'a pas tenu compte de ses propres responsabilités envers les autres ou a exagéré les leurs envers lui-même[157].

Le positivisme juridique a fait ses preuves en son temps dans la sauvegarde des intérêts des États en empêchant des attaques de l'État contre lui-même et contre ses propres intérêts. Quant au contexte colonial, les États colonisateurs se sont servi du droit positiviste comme outil précieux pour imposer et maintenir leur domination sur leurs anciens territoires coloniaux et ont ainsi crées des ruptures dans le parcours normal des peuples colonisés vers leur destin de nations libres. Le temps est désormais révolu, où l'émancipation contre le joug longtemps justifié par les anciennes théories juridiques est désormais chose acquise, et même se veut de plus en plus une

[156] Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, *op. cit*., p. 195.
[157] *Ibidem.*

exigence de respect des droits humains par les États qui revendiquent le statut d'État de droit.

C'est cela la contribution de Dworkin et son mot d'ordre de « prendre les droits au sérieux » qu'il justifie à grand renfort d'arguments. La question essentielle de ce chapitre est aussi la question des sources des normes juridiques. La théorie de Dworkin montre que sans toutefois renoncer au droit positif, il propose de revoir ses sources. Il propose d'introduire dans la théorie des sources du droit la moralité ou de l'intégrité, exprimée comme principes qui ne peuvent en aucun cas se réduire aux normes juridiques explicites, mais qui constituent le fondement des règles juridiques.

On pourrait dire que Dworkin s'intéresse à deux questions principales dans sa théorie : 1) l'ontologie des sources juridiques ; et 2) le problème de méthode en droit. Ici, il propose la méthode d'interprétation constructiviste en droit comme méthode efficace à la fois pour la pratique juridique mais aussi pour construire une théorie juridique solide.

II.3.2. Les critiques de Dworkin contre le positivisme juridique

Dworkin critique le positivisme juridique, notamment selon l'angle développé par Hart. D'abord, il réagit contre la règle de reconnaissance. En effet, la théorie du droit de Hart a conduit Dworkin à envisager sa théorie de droit-intégrité fondée sur sa conception des principaux maux du droit. Ainsi, pour donner plus de poids aux arguments de Kelsen, Hart a construit une théorie reposant sur le sens de la règle de droit. Selon lui, celle-ci se divise en deux catégories : la règle primaire et la règle secondaire appelée aussi règle de reconnaissance. Celle-ci définit la manière de création de celle-là. Les critiques de Dworkin remettent en question le positivisme, le conventionnalisme et le pragmatisme du droit. Ces critiques soulignent l'incomplétude du système positiviste du droit. La théorie juridique de Dworkin est une forme de pluralisme étant donné qu'elle reconnaît d'autres sources du droit que la seule source normative. Le roman à la chaîne souligne aussi les aspects dynamique et statique de la loi, celui de la production de la norme juridique et le caractère obligatoire du contrôle

social par la norme juridique. C'est ce qu'il veut signifier par créer et interpréter le droit.

II.3.3. Principes moraux et droits subjectifs

La théorie du droit de Dworkin établit une relation entre les principes et les droits. Dworkin affirme que « les hommes ont des droits contre l'État ». Il s'agit d'une proposition centrale autour de laquelle se construit son système[158].

Pour Dworkin, les droits sont supérieurs et mêmes antérieurs aux normes positives et sont par conséquent sources de ces normes positives. Dans sa préface de « Prendre les droits au sérieux », Pierre Bouretz les appelle des droits-pré-juridiques[159]. Les droits individuels qui sont opposables à l'État sont à la base des principes qui fondent la justification des juges dans les arguments relatifs à la délibération au cours des jugements dans les cours et tribunaux. Cette question des droits et des principes fleurissent/remplissent aussi dans les débats délibératifs de législateurs lors de vote des lois, et même dans les débats constitutionnels de juges de la cour constitutionnelle.

Les droits des individus

Ces droits constituent l'objet de son ouvrage : « Prendre les droits au sérieux ». Ce titre provocateur interpelle à la fois les praticiens du droit, mais aussi les théoriciens du droit ainsi que l'autorité politique qui trace les lignes politiques du droit et de la justice. Ce thème retient l'attention d'une manière toute particulière chez Dworkin.

Qu'est-ce que les droits selon lui ?

Certains peuvent les appeler « les droits humains » ou les droits fondamentaux des personnes. Ce sont des droits auxquels personne ne peut prétendre porter préjudicie ni violer. Ni la loi (de quelle que nature qu'elle soit), ni le régime politique, ni les décisions des tribunaux, etc. ne peuvent

[158] Pierre Bouretz, « Préface », in *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit*., p. 6.
[159] *Ibidem*.

les violer. Ils sont à la base de toute justice et la justification de toute forme de démocratie.

Sur le plan du droit, ces droits fondamentaux des individus sont à la base de la législation et de toute instance de la justice ; ils sont à la base de toute procédure judiciaire juste et cohérente et sont la source de toutes les théories sur les preuves judiciaires tant civiles que pénales. Comment le droit et la justice les promeuvent-ils ? Telle est la question préoccupante chez Dworkin et chez d'autres théoriciens du droit.

En effet, nous avons montré sommairement, dans le premier chapitre, la manière dont les philosophes que nous avons choisis (comme échantillon) parmi tant d'autres, ont essayé d'argumenter pour la défense de ces droits fondamentaux. Les principes fondamentaux à la base de la justice que Dworkin s'efforce de justifier dans ses différentes thèses reposent sur ces droits.

Ronald Dworkin, pour sa part, a consacré toute son œuvre[160] à faire voir que les droits sont à la base des principes de justice tant politiques que légaux et judiciaires.

François Ost soutient ces droits en ces termes :

> Car aussi bien, les droits dont parle Dworkin, ne sont point les droits subjectifs privés dont il a été question jusqu'ici, mais les libertés fondamentales que Dworkin lui-même qualifie de droits moraux et qui sont consacrés par la Constitution des États-Unis (sic). Ces droits - et ceux-là seulement - ne sont pas susceptibles de marchandage et de compensation. Garantissant le fort contre le faible (le particulier face à la puissance publique, la minorité face à la majorité), ils doivent être intégralement respectés (.). Toute atteinte illégitime à ces droits, selon Dworkin, justifierait la désobéissance civile[161].

Ce sont ces droits qui sont au fondement des principes de justice. Étant entendu qu'ils sont des droits fondamentaux à la base de tout système juridique, ils débordent la règle du droit. C'est pourquoi selon Dworkin, les juges s'en inspirent dans leurs délibérations judiciaires.

---

[160] Toute son œuvre, plutôt que le seul ouvrage qui porte ce titre, est une justification des droits fondamentaux.

[161] François Ost, *Droit et intérêt 2*, FUSL, Bruxelles, 1990, p. 42.

La théorie dworkinienne du droit remet en cause le droit en tant que règle de droit de la vie des personnes en société telle qu'elle est conçue. Voici ce qu'il dit à ce propos dans l'un de ses ouvrages :

> Une fois de plus ma thèse porte sur le résultat final du procès. J'y affirme que les juges tranchent les litiges civils en se fondant sur des principes et non sur des considérations pragmatiques, même dans les affaires les plus délicates (.) Si l'on pense comme moi que les décisions judiciaires qui portent sur le contenu des droits ressortissent au domaine des principes, et que cette dernière affirmation revêt une grande importance d'un point de vue aussi bien théorique que normatif, alors on a intérêt à chercher un moyen terme entre les deux thèses extrémistes sur les droits dont les citoyens disposent en termes de procédure[162].

La théorie de Dworkin est une sorte de pluralisme juridique qui repose sur une multiplicité de sources (légales, morales, sociales, culturelles). Cette compréhension nous permet d'établir un pont entre sa théorie et le chapitre deuxième que nous avons examiné. Le point concernant les sources nous permet d'analyser la théorie des sources de Dworkin.

La théorie des principes guide celle de l'interprétation et du droit-intégrité étant donné que ce sont des principes de justice ou moraux qui sont au-delà des normes législatives et qui sont au fondement de toute interprétation juste de la loi et à la base d'une théorie juridique légitime. Beaucoup d'expériences du passé nous renseignent à suffisance sur l'incapacité de choix des individus et des États concernant les grandes décisions relatives au respect ou à la protection des droits humains. Sans la reconnaissance du droit naturel qui justifie les principes de base d'un droit juste, l'homme s'oriente vers sa ruine.

D'autre part, le droit naturel, base de ces principes, justifie aussi une pratique juste du droit. En effet, la position soutenue par Dworkin nous amène à redonner au droit naturel son importance, car c'est lui qui justifie la légitimité de la justice qui n'est pas uniquement fondée sur les faits mais sur des principes et des valeurs qui déterminent l'horizon de l'interprétation des faits juridiques. Que serait la valeur de la loi sans des principes moraux qui la dépassent et la justifient ? C'est à cette question que Dworkin a réfléchi et

---

[162] Ronard Dworkin, *Une question de principe*, *op. cit*.,

a essayé de répondre à travers toute son œuvre juridico-philosophique et philosophico-judiciaire.

II.3.4. La pratique juridique et sa justification

L'œuvre de Dworkin est d'abord une œuvre scientifique située dans un contexte précis, celui du droit américain. Son itinéraire d'enseignement et de recherche met en évidence les questions rencontrées dans la pratique judiciaire plutôt que celles conçues abstraitement dans une recherche et détachées de la réalité des faits. En lisant son œuvre, l'on se rend facilement compte de sa façon de présenter les choses très simplement, si bien que des gens habitués aux abstractions trouveront dans sa théorie une absence d'un degré de rationalité argumentative suffisant. Pourtant sa clarté reflète justement la proximité entre l'objet de son analyse et les arguments qui le justifient. Ceci constitue à notre avis, un élément important qui situe l'étude dans son texte de manière à aider l'activité des juristes en leur fournissant des assises méthodologiques plus aptes et efficaces.

Il existe chez Dworkin une relation étroite entre les principes moraux qui président à la construction de sa théorie de droit-intégrité et sa théorie d'interprétation. Pour Dworkin, l'interprétation est la méthode applicable à l'activité juridique et judiciaire pour soit (pour le juriste) dégager la compréhension des principes moraux susceptibles de guider le juge, soit appliquer ces principes dans les jugements rendus par le juge. Étant donné que ces principes moraux ne sont pas inscrits dans des textes légaux, ils ne sont pas évidents à appliquer. Il y a alors la nécessité de creuser pour discerner leur sens et les appliquer. Ainsi, la méthode d'interprétation est celle qui permet au juge de se distancier par rapport aux textes de lois qu'il a sous la main pour se laisser inspirer par ce qui est au-delà du texte, qui est exigé d'être recherché ailleurs dans la morale inscrite dans les mœurs et coutumes non formalisés.

À propos de l'accord du droit Ronald Dworkin dit ceci : « Les procès posent toujours, du moins en principe, trois différentes sortes de problèmes :

des problèmes de fait, des problèmes de droit et les doubles questions de morale et de fidélité politiques »[163].

Cet argument de Dworkin montre que les questions qui préoccupent les juristes tant dans le domaine de la théorie que de la pratique juridique relèvent de ces différents ordres. Parfois ils peuvent ne pas s'intéresser à tous les aspects de ces questions mais ils les concernent tous. Spécifiquement, la question de la morale et de la politique en droit n'est pas de la compétence de tout juriste car elle relève du degré de la théorie qui échappe dans une certaine mesure aux professionnels du droit. Elle est de ce fait celle qui intéresse particulièrement les juristes soucieux d'étendre leur connaissance aux questions essentielles qui intéressent la société en vue de l'éclairer sur sa destinée, comme le dit Dworkin, plutôt que de se cantonner à des problèmes de techniques juridiques, qui sont dans une certaine mesure de moindre valeur par rapport à ceux de portée plus théorique.

II.3.5. Le caractère dialogique de la pensée de Dworkin

Un double dialogue marque la pensée de Dworkin. D'une part, il s'agit du dialogue entre la théorie et la pratique juridique, comme nous l'avons montré plus haut. Il s'agit d'autre part, de celui du politique et du juridique.

Ce souci dialogique permet Dworkin de ne se situe ni au-dessus ni en dessous de la réalité du champ juridique. Le but en est de pouvoir examiner tous les contours du droit américain afin d'éviter de tomber dans le pur positivisme. Ni l'un ni l'autre ne donnait la réponse nécessaire aux questions réelles suscitées par la pratique judiciaire. Analyser le droit sans tenir compte de cette relation intrinsèque conduirait à imputer la théorie d'une de ses facettes les plus importantes. C'est au sein de la théorie des principes et en se servant de la méthode interprétative que l'on arrive à percevoir l'étendue et la richesse contenue dans la vision globale du droit américain. On trouve, répétons-le, la compénétration du droit et de la

[163] Ronald Dworkin, *L'empire du droit, op. cit*., p. 3.

politique et de la théorie et de la pratique dans une théorie riche et pleine de promesses d'analyses judicieuses des questions qui relèvent à la fois du droit et de la justice, du juge et du juriste.

Il faut aussi ajouter que la théorie de Dworkin, droit-intégrité, et de sa méthode se sont enrichies par des apports de la sociologie juridique dans laquelle il s'est inscrit. En effet, Dworkin n'a pas construit comme telle une théorie sociologique du droit, mais il y a puisé les données de son analyse juridique par le fait de pénétrer la structure politique de sa société. C'est cette structure de la société politique qui lui a donné des avancées dans la sociologie juridique américaine. D'où les outils dans le domaine du savoir sociologique qui lui ont permis d'aller plus loin dans sa démarche. Comme on le remarque, sa théorie ne s'éloigne pas de la structure sociale comme telle. C'est en cela que provient l'enracinement des principes moraux dans la société politique américaine. De là, il parvient à combiner les données sociologiques et juridiques aux fins de sa théorie.

Par ailleurs, Dworkin est l'un des rares théoriciens du droit qui a pu discuter la question de la justice à la fois sous l'angle politique, juridique et judiciaire. Il ne parle pas du droit au sens d'une théorie qui analyse uniquement les problèmes de la justice sous l'angle juridique, mais il ramène aussi ces questions à leur source qui est la vision démocratique de la société politique. Il essaie en même temps d'être plus concret, plus pratique en plaçant ces questions dans une perspectives judiciaire, perspective qui fait voir la justice dans sa face pratique, de la pratique judiciaire lorsqu'il soulève la question des principes moraux qui doivent guider le juge dans son travail de résolution du litige par le jugement judiciaire.

Certes, comme nous l'avons montré plus haut, le travail de Dworkin est un dialogue entre le droit en tant que norme et en tant que pratique, mais aussi dialogue entre le droit et la politique et entre le droit et la morale. Pour comprendre sa pensée dans toute son étendue, il faut le regarder sous cette multiplicité de relations plus enrichissante. C'est pourquoi sa théorie est plus riche et plus diversifiée. Ceci est la raison même qui justifie notre choix de nous limiter au point du droit, plutôt que d'examiner toute cette pluralité de relations. La prétention d'analyser sa pensée dans toute son étendue nous aurait conduit à la dénaturer, à la réduire ou aussi à être superficiel.

Ceci nous permet de nous ouvrir à la méthode herméneutique de Georges Gadamer pour analyser gacaca. L'ignorance de la méthode de l'interprétation constructive résultant de l'aveuglement du positivisme juridique a conduit à des critiques acerbes opérées à l'égard des pratiques judiciaires et au système de gacaca. Il faut alors relever les faiblesses du positivisme juridique et de sa méthode en s'appuyant sur le pluralisme juridique initié par Dworkin. D'où, Gacaca est aussi et fondamentalement une question de méthode.

II.3.6. Le droit comparé à l'œuvre littéraire

Le droit possède selon Dworkin presque les mêmes caractéristiques que celui du roman littéraire. En tant qu'une œuvre littéraire, présentant une solide cohérence, cette image sert d'analogie au droit, possédant de la même manière une cohérence, constituée par les activités des juristes et des juges à différents niveaux où ils se situent (tribunaux ou cour constitutionnelle).

Le roman à la chaîne est une figure qui illustre l'idée de cohérence que Dworkin possède sur le travail du droit. Ceci montre que Dworkin reste fidèle à la tendance juridique du respect de la norme juridique, soit de la constitution ou des autres actes juridiques et judiciaires. Mais en même temps il se montre indépendant dans son analyse juridique en faisant voir que la cohérence ne signifie pas une fidélité aveugle à la loi, principe du positivisme juridique. Il n'est lié ni au conventionnalisme ni au pragmatisme. Tout en restant attaché au droit par le principe de la cohérence exprimé dans cette image du roman à la chaîne, il marque la différence par un double dépassement : à la fois d'un pragmatisme qui justifie le réalisme presque sceptique du droit et d'un conventionnalisme qui s'attache dogmatiquement à la loi. Il s'agit de la justification de la double mission du juge : créer et interpréter. Cette activité requiert à la fois la valeur ou le principe moral de la justice et la dynamique évolutive du droit. Le droit se fonde, à sa vue, sur le sens moral de la justice et sur l'évolution du droit dans son ensemble.

L'aspect esthétique de cette image renvoie à la qualité d'interprétation que vise le juge dans son activité judiciaire. Entre plusieurs interprétations

possibles, le juge choisit la meilleure qui justifie à la fois l'attachement à l'exigence normative du droit et au principe moral de la justice. Dworkin vise la meilleure position à la fois du droit et de la morale.

II.3.7. Le pouvoir discrétionnaire du juge et les principes du droit

Ces deux éléments sont en quelque sorte contradictoires ou opposés au départ. C'est Dworkin qui leur donne un contenu riche et cette signification riche est susceptible d'être judicieusement exploitée.

En effet, ici on se place sur le plan de théories juridiques qui s'opposent, le conventionnalisme et la théorie de la pratique juridique. La théorie que nous estimons réaliste est, nous semble-il, la théorie interprétativiste produite par Dworkin. Elle consiste en ceci qu'au-delà des textes de loi et du pouvoir reconnu au juge (pouvoir discrétionnaire), il y a des principes juridiques qui sont des valeurs acceptables par la communauté politique qui guident la décision du juge. Ces principes ou valeurs s'imposent à toute activité de décision judiciaire du juge car ils sont acceptables par tous les membres de la communauté politique. Ici l'on constate que le droit est un système interne à une collectivité politique donnée et ne peut être transposé dans une autre collectivité politique sans affecter les structures socio-culturelles de cette communauté politique en question.

Selon Dworkin, le pouvoir discrétionnaire du juge est un prétexte pour couvrir l'absence d'une explication théorique plus solide du droit. En effet le juge, pour corriger les lacunes de la loi, ne se fonde pas sur son pouvoir discrétionnaire comme l'affirme la théorie positiviste du droit ; il se fonde plutôt sur les principes moraux qui commandent sa décision, contrairement à ce qui est affirmé comme tel par le droit positiviste.

II.3.8. Principes dworkiniens du droit et principes généraux du droit conventionnel

Le droit comme une forme d'organisation du politique

Cette vision aux États-Unis est une particularité de cet État qui se retrouve dans son système juridique. Le droit aux États-Unis organise les affaires politiques. Dworkin en dit ceci :

> Quand les problèmes politiques sont débattus dans l'enceinte du tribunal, comme c'est tôt ou tard invariablement le cas, aux États-Unis du moins, ces problèmes exigent des décisions qui tiennent simultanément compte des particularités de l'affaire et des principes évoqués. Chaque affaire doit être examinée individuellement, dans toute la complexité du contexte social où elle s'inscrit ; mais la décision judiciaire tire sa justification dans une conception cohérente et rigoureuse de l'équité et de la justice ; en effet, tel est en dernière analyse le sens de l'autorité de la loi ; l'analyse du droit, conçue au sens large, est une discipline moins abstraite que la philosophie politique traditionnelle, mais elle est aussi plus soucieuse des principes que le simple machiavélisme politique. Ce type d'analyse nous procure le cadre adéquat pour élaborer une philosophie du juste gouvernement[164].

II.3.9. Dépassement du modèle dworkinien

Les théories nouvelles, celle du réseau et de la procéduralisation de la régulation sociale, s'avèrent à notre avis des nouvelles voies d'exploration possibles. La théorie de Dworkin repose sur la justification de la fonction du juge qui doit s'appuyer sur d'autres modèles, des types de normes qu'il appelle des principes de justice. L'on n'hésite pas à recourir à ces principes pour pallier les lacunes des règles formelles du droit positif. Mais la vraie question n'est pas à ce niveau, elle est plutôt de réviser cette fonction compte tenu des exigences de transformations actuelles des sociétés. La théorie de Dworkin comporte des éléments du droit et de la théorie politiques désormais à reconsidérer.

---

[164] Ronald Dworkin., *Une question de principe*, *op. cit.*, 1996, p. 2.

Conclusion

La pensée juridique dworkinienne inscrit notre recherche dans un mouvement juridique comparatif qui met face à face le droit continental et le droit anglo-américain, et les conduit tous deux à un mutuel enrichissement.

La théorie des principes guide celle de l'interprétation et du droit-intégrité étant donné que ce sont des principes de justice ou moraux qui sont au-delà des normes législatives et au fondement de toute interprétation juste de la loi. Ces principes sont aussi à la base d'une théorie juridique légitime. Beaucoup d'expériences du passé nous renseignent à suffisance sur l'incapacité de choix des individus et des États concernant les grandes décisions relatives au respect ou à la protection des droits humains. Sans la reconnaissance du droit naturel qui justifie les principes de base d'un droit juste, l'homme s'oriente vers sa ruine.

D'autre part, le droit naturel, base de ces principes, justifie aussi une pratique juste du droit. En effet, la position soutenue par Dworkin nous amène à redonner au droit naturel son importance, car c'est lui qui justifie la légitimité de la justice qui n'est pas uniquement fondée sur les faits mais sur des principes et des valeurs qui déterminent l'horizon de l'interprétation des faits juridiques. Quelle serait la valeur de la loi sans des principes moraux qui la justifient et même la fondent ? C'est à cette question que Dworkin a réfléchi et a essayé de répondre à travers toute son œuvre juridico-philosophique et philosophico-judiciaire.

Tandis que le rapprochement de Habermas et Dworkin se retrouve en ce que l'analyse d'Habermas se fonde sur les principes des droits fondamentaux (droits de l'homme) et sur les principes de l'État démocratique, et que pour Dworkin par contre le droit repose sur les principes moraux qui déterminent l'activité du juge.

La contribution de Dworkin en droit par sa méthode d'interprétation s'explique par le fait que le conflit d'interprétation en droit résulte à la fois de conflits liés aux convictions (politiques ou juridiques) du juge. Cette contribution va au-delà du simple conventionnalisme de la loi ou la simple dogmatique juridique.

En définitive, dans la ligne de Dworkin, l'on peut soutenir que le positivisme juridique ne permet pas de répondre à toutes les questions que le droit se pose aujourd'hui. Ensuite, l'État n'est plus le seul cadre de référence lorsque l'on veut penser le droit, mais il résulte d'un enchevêtrement polycentré d'actes de natures fort diverses, produits aussi par des acteurs de nature également hétérogène. Aussi, il n'est pas appliqué de façon linéaire de haut en bas. Enfin, les systèmes juridiques ne sont pas tout à fait organisés systématiquement ; c'est pourquoi d'autres mécanismes de résolution des conflits se font jour de façon accrue.

Le droit-intégrité est le modèle qui transforme le droit extérieur, c'est-à-dire le droit formel positif, en une conscience de la justice. Ce modèle transforme l'idéal de la justice en une justice qui imprègne le comportement quotidien du sujet juridique. Ce droit crée une conscience de la justice, un droit juste.

Pour qu'il y ait une réussite du droit dans sa finalité, il faut que la conscience juridique du juge se laisse pénétrer par les principes de la justice qui sont par ailleurs des principes extra-légaux. Si cette imprégnation/compénétration devient réelle ou effective, le droit aura atteint son objectif de la justice. Il ne s'agit pas bien entendu de la justice que l'on attend des tribunaux, mais d'une justice intériorisée dans la conscience juridique.

Comme on peut le constater, la théorie juridique d'intégrité de Dworkin s'ouvre d'une manière plus ostensible aux autres systèmes de droit et de justice dont le fondement n'est pas qu'Étatique. Ces systèmes forment un ensemble que l'on rencontre dans d'autres aires juridiques comme en Afrique ou ailleurs, et qui reposent essentiellement sur d'autres logiques que celle du positivisme juridique. Ce sont ces systèmes aussi importants dans lesquels se situe Gacaca que nous nous proposons d'explorer dans les chapitres qui suivent.

Chap. III. Gacaca dans le système traditionnel rwandais de justice

Introduction

> Le droit est un des éléments de la structuration et de la régulation des sociétés. Produit de celles-ci, il est un instrument qui participe de l'organisation sociale, politique et économique et conditionne le développement. Pour assurer leur fonction, les normes doivent être le reflet des sociétés qui les ont sécrétées au sens où leurs destinataires doivent les reconnaître, les accepter et s'y soumettre de façon spontanée[165].

Lorsque l'on parle du système gacaca, l'on associe immédiatement cette forme de justice au crime du génocide commis contre les Tutsi en 1994. En fait, s'il a été largement vulgalisé à la faveur du contexte immédiatement consécutif au génocide, gacaca vient du fond des âges. Institution, structure et méthode anciennes[166], traditionnelles ou précoloniales de prévention des conflits, de résolution pacifique des conflits, et de consolidation de la paix à l'issue de situations de conflits, gacaca est quasiment aussi vieux que la culture rwandaise. Toute périodisation serait arbitraire, ou presque.

Ce troisième chapitre de notre travail se propose de l'explorer, en montrant sa genèse, que nous avons essayé de situer au sein de l'ensemble de la justice rwandaise précoloniale. C'est là l'objet du tout premier point du chapitre.

Au second point, nous essayerons de l'explorer en partant de sa nature, de ses caractéristiques, au sein de la société rwandaise avant, pendant, et après la colonisation, c'est-à-dire peu avant le génocide, sous ce tout dernier rapport.

---

[165] Keba Mbaye, *Les droits de l'homme en Afrique*, Pédone, Paris, 1992, p. 25.

[166] Nous allons faire usage, d'une façon indistincte, dans ce chapitre, des termes de ''ancien'', ''traditionnel'' ou ''pré-colonial'', pour marquer ou distinguer le droit ou la justice d'avant la colonisation de ceux qui sont post-coloniaux.

Au troisème point, nous examinerons la justice gacaca du point de vue de son fonctionnement, comme système de régulation de la société. Son système de fonctionnement rapproche gacaca du mode restauratif de résolution des conflicts.

En effet, Gacaca est un système de la justice coutumière qui a fait ses preuves dans le Rwanda tant précolonial[167], que dans le Rwanda colonial et post coloniale. Il sera réinterprété et intégré dans le nouveau système de justice, par le gouvernement rwandais qui a été mis en place au lendemain du génocide. La visée en était de juger le très grand nombre de personnes accusées du crime en cause.

L'impact, passablement remarquable, dans le domaine de la justice rwandaise, pousse à un examen approfondi dans le but, non seulement d'évaluer ses succès, mais aussi, ou surtout, de tenter une analyse théorique du droit rwandais et, sur un plan général du droit africain, pour une justice efficace, légitime et durable sur le continent retenu.

Notre objectif dans ce chapitre est d'essayer d'amorcer cette analyse en portant d'abord un regard vers sa source historique, pour ensuite l'étudier dans le chapitre suivant, selon une perspective contemporaine des droits rwandais et africains. De ce fait, nous nous efforcerons de confronter les données à caractère descriptif et critique en vue de réfléchir sur l'évolution des expériences et des pratiques du droit et de la justice au Rwanda avant et après la colonisation. C'est qui nous permettra de tenter d'extraire de ces données, un travail de systématisation de ce domaine encore en friche. Les recherches consacrées aux périodes précoloniale et coloniale, que ce soit des travaux sous forme monographique ou thématique, en cette matière sont insuffisantes.

Il y a donc impérieuse exigence à nous y consacrer, en vue de dégager une analyse systématique de conceptualisation de la justice et du droit rwandais. Les travaux à notre disposition que nous aurons à confronter sont du domaine anthropologique, historique ou de la littérature. C'est là notre

[167] Wa Karega Jyoni (dir.), « Gacaca. Le droit coutumier au Rwanda », in *Travaux de recherches des enseignants de l'Universite Nationale du Rwanda,* Notes polycopiées, CERCOSH, Kigali, 1998.

objectif prioritaire. Nous n'allons pas nous limiter à une simple description, mais au-delà de ce travail, considéré comme préliminaire, nous nous efforcerons d'aller en profondeur pour tenter d'élaborer une théorie du droit africain.

En effet, nous examinons Gacaca comme une justice typiquement rwandaise et africaine en général, car étant enracinée dans la culture tant dans sa forme que dans son fond du droit coutumier. La perspective historique nous servira d'examen du rôle que gacaca a joué dans le domaine de la justice dans le Rwanda précolonial. Signalons qu'il existe d'autres formes de cette justice. Ces dernières sont généralement connues sous le vocable de palabres africaines[168]. Comme justice rwandaise traditionnelle, gacaca possède, en substance, les caractéristiques de la justice restauratrice.

Le droit rwandais précolonial est un droit non-écrit. Il se présente sous forme de coutumes. Il s'agit d'un ensemble de préceptes éthico-culturels et religieux, mais aussi de lois juridiques exprimées à travers divers moyens d'expressions (règlements, pratiques, proverbes, adages, poèmes, légendes, etc.) et de principes moraux. Étant donné qu'il n'a pas été mis par écrit en termes de lois comme on en trouve aujourd'hui même au Rwanda, son mode d'expression est alors celui de son époque.

Contrairement à beaucoup d'autres États africains, la particularité du Rwanda est le fait que ce pays est habité par un seul peuple, un peuple ayant une même culture, une seule langue et des pratiques coutumières communes. Ceci a permis à ce pays d'avoir un pouvoir politique centralisé qui s'étendait sur tout le territoire national. On parle même d'un État précolonial comprenant un pouvoir organisationnel hiérarchisé[169]. C'est sur cette base qu'est construit notre argument dans ce travail, celui de l'existence de l'État rwandais solide et hiérarchisé et d'un ordre juridique sous forme d'un système juridique du droit coutumier. Étant donné son caractère étatique, en plus d'autres institutions politiques, le pouvoir du Rwanda précolonial avait un gouvernement qui émane d'une autorité

---

[168] Jean-Godefroy Bidima, *La palabre : une institution de la parole*, Michelon, Paris, 1997.
[169] Plusieurs écrits, notamment ceux d'Alexis Kagame, comme nous allons le voir dans la suite, décrivent les caractéristiques de l'Etat rwandais précolonial ; son organisation politique et sa structure hiérarchisée.

centrale. Cette autaorité était donc unique présentée placée au-dessus tant des tous les citoyens que des institutions sociales[170]. C'est ici le lieu de se poser la question des fondements du système traditionnel rwandais de justice.

III.1. Les fondements du système traditionnel rwandais de justice

Il est question d'examiner dans ce chapitre : (1) le fondement historique de la justice rwandaise ; (2) le rôle de la philosophie ou de vision du monde rwandaise dans la construction et dans la pratique du droit rwandais ; (3) le fondement éthico-culturel de la justice et du droit rwandais ; (4) le fondement juridique de gacaca en partant des normes coutumières rwandaises. Il s'agit d'analyser ce qui fait de la coutume une norme en droit rwandais. Enfin, (5) le fondement linguistique de la justice et du droit rwandais

Le chapitre se penchera sur l'analyse des principes culturels et moraux qui ont servi dans la réglementation juridique rwandaise. Il faut ici rappeler le principe selon lequel ce sont les principes fondamentaux (philosophiques, éthiques, sociopolitiques, culturels et religieux) qui sont à la base de la législation d'un pays ou d'une société. Nous porterons notre attention sur la justice rwandaise ancienne sous l'angle de son histoire, c'est-à-dire la manière dont la société rwandaise a conçu et appliqué la justice à travers les différentes périodes de son histoire : pendant les périodes précoloniale, coloniale et postcoloniale.

Il s'agira ensuite d'examiner le fondement éthico-culturel du droit et de la justice au Rwanda ainsi que le caractère proprement normatif de ce droit. C'est sous cet angle global d'approche de la justice que l'on peut comprendre gacaca, étant donné qu'il fait partie du système du droit

[170] A ce sujet, il faut lire les données historiographiques de plusieurs auteurs dont, notamment Jan Vansina, *Le Rwanda ancien. Le royaume nyiginya*, Karthala ; Alexis Kagame, *Un abrégé de l'ethnohistoire du Rwanda* , *Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial*, R.P. Albert de.Pagès, *Un royaume hamite au centre de l'Afrique*, Van Campenhout, Bruxelles, 1933.

rwandais dans son ensemble. Enfin, nous examinerons gacaca suivant la perspective juridique. Concernant l'angle normatif du droit rwandais, c'est pendant l'époque précoloniale que le droit possède une légitimité. L'influence du droit colonial se manifeste à partir de 1900, date précisément de l'introduction de la colonisation dans ce pays.

III.1.1. Fondement historique du droit et de la justice rwandaise

Pour comprendre la crise de la justice et du droit dans la situation du Rwanda post génocide, il faut se tourner vers le passé, et en particulier dans le contexte de la justice. C'est en se situant dans ce contexte que l'on peut comprendre aussi gacaca, car celui-ci est un aspect de la justice, surtout dans le contexte du Rwanda ancien.

Le fondement historique de sources juridiques a un double sens qu'il importe d'explorer. D'une part, les sources du droit dites de sources normatives sont contenues dans les données historiques diverses. C'est là l'objet de cette section. Le fondement historique du droit rwandais permet de chercher ou de fouiller dans les sources historiques, en vue d'y puiser les normes qui nous serviront pour la construction d'un modèle de droit propre et légitime pour la société société concernée. Il s'agit de procéder à une double tâche : faire un travail à la fois historique et juridique, c'est-à-dire rechercher les données (sources) de l'histoire dans lesquelles il faut puiser les sources normatives du droit.

En effet, notre intérêt dans ce chapitre concernant la généalogie de Gacaca se centre sur le droit rwandais avant la colonisation. Durant cette période, ce droit ne peut se définir que par rapport à la société qui l'a produit. Le droit et la justice y sont encore authentiquement rwandais. La période de la colonisation qui a suivi a bouleversé de fond en comble les structures de la société dans tous ses aspects[171]. De là vient au moins en partie, la difficulté de bien définir le droit rwandais. Entendu comme justice

[171] Déogratias Byanafashe et Paul Rutayisire, (dir.), *Histoire du Rwanda. Des origines à la fin du XXe siècle*, Université Nationale du Rwanda, Huye, 2011.

authentiquement rwandaise, gacaca se situe essentiellement dans cette période précoloniale. On retrouve cependant certaines de ses traces pendant la colonisation, et même après celle-ci. Il faudra la période postgénocide ou immédiatement consécutive à 1994. Gacaca post génocide est une justice pluraliste parce qu'elle est imprégnée des éléments du système du droit moderne occidental.

III. 1.1.1. Difficultés des données historiographiques du Rwanda

Le Rwanda ancien est une monarchie centralisée. Ses institutions sont sur l'axe du temps slolidement structurées et hiérarchisées. Jan Vansina l'affirme en ces termes : « Il est évident qu'une structure de telle complexité est le résultat de toute une évolution des institutions dans le passé. [172]»

Cette organisation se manifeste dans la stabilité des institutions et la régularité des mécanismes de succession au pouvoir. Ceci se justifie par le fait qu'à la base de cette organisation se trouvent des principes éthiques, politiques et juridiques solides qui assuraient justement l'existence, la permanence et la continuité de ces institutions. Il s'agit d'une erreur qui se manifeste, d'une manière générale, dans l'histoire politico-juridique africaine précoloniale, qui consiste à procéder par généralisation abusive des phénomènes du passé africain. Il y a, là, une méconnaissance des différences soit par ignorance ou par intentions idéologiques, en agissant par simplification qui ne permet pas de reconnaître des différences surtout lorsque celles-ci appelle des jugements de valeurs.

A l'époque précoloniale, la justice rwandaise relève du domaine de l'histoire, particulièrement l'histoire du droit. Au cours de l'époque précoloniale, le système juridique et judiciaire en place est jugé légitime, étant donné qu'il est culturellement rwandais ou qu'il correspond au système de pensée et aux aspirations des Rwandais. Pour autant, justice légitime ne signifie pas justice sans failles. Nous insistons seulement sur le

[172] Jean Vansina, *L'évolution du royaume rwanda des origines à 1900*, Académie royale des sciences d'outre-mer, Bruxelles, 1961, p. 60

fait qu'il s'agit d'une justice et d'un droit produits et appliqués par les Rwandais, selon leur éthos.

Alexis Kagame est l'un des spécialistes du Rwanda précolonial. Dans Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial, nous lisons :

> Les diverses prescriptions décrites dans ce Code expriment le passé de notre pays. Dans ce passé, seuls certains éléments sont incompatibles avec la nouvelle orientation de notre mentalité christianisée et progressivement occidentalisée. Ce sont ces éléments démodés qui doivent être rejetés. Quant aux points exprimant le côté vital et permanent, il ne peut être question d'en faire abstraction dans notre évolution, sans nous exposer à des graves dangers d'ordre social. C'est pourquoi la réorganisation politique et sociale attendue du Plan décennal a pris comme base le système traditionnel que décrit ce Code, en l'adaptant aux exigences de degré actuel de notre progression. Le contenu juridique de cette monographie sera donc abandonné en tant que Coutumier pour être repris, dans son élément permanent, dans la loi écrite, adaptée aux temps nouveaux[173].

Nous revoilà interpellé, sur la nécessité de l'intégration ou de la réinterprétation culturelle, dont il a été plus haut fait mention.

Les analyses portant sur le sujet retenu se proposent d'aller à la racine de la justice rwandaise, plutôt que de prendre superficiellement ce fait social. Si on repose la question de savoir d'une part comment la culture du génocide a progressivement pu s'accomplir au Rwanda, et d'autre part, comment les systèmes de justice importés n'ont pas pu résoudre le contentieux en cause, on trouve l'essentiel de la justification du présent travail de recherche.

Il convient de montrer qu'à travers l'histoire de la justice que nous essayons de parcourir, l'on constate que la rupture sociopolitique du Rwanda est un des facteurs qui justifient le vide dans ce champ d'étude. Cette rupture est due d'abord au régime colonial qui a profondément bouleversé les structures sociales ainsi que les institutions judiciaires du Rwanda. Ensuite, cette rupture a été entretenue par les régimes qui se sont

---

[173] Alexis Kagame , *Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial*, Mémoire de l'Institut royal colonial belge, IRCB, Bruxelles, 1952, p. 11-12.

succédé et qui ont régné en se laissant guider par des idéologies politiques discriminatoires[174].

Etudier le droit d'un peuple, c'est étudier un secteur de la vie de ce peuple. Il n'est pas possible de comprendre un secteur quelconque d'une société sans avoir un regard plus large ou même plus global sur cette société, faute de quoi on s'expose au risque de présenter un savoir juridique tronqué. C'est pourquoi, le droit coutumier africain a été en grande partie présenté avec beaucoup de lacunes et même d'une façon qui désintéressait le lecteur étant donné que faisait défaut cet aspect global qui donne à comprendre cette société.

Il importe donc d'éclairer les zones qui restent à ce jour cachées, dans l'explication des éléments de l'histoire ou de certains phénomènes sociaux que vit aujourd'hui le Rwanda. Dans les sociétés africaines traditionnelles, le travail de la justice au plus haut niveau est un travail qui était confié à une autorité de droit divin. Aussi la notion de justice a-t-elle toujours été liée à la notion de sacré.

Lorsque l'on parle de la justice, on se situe dans le domaine de la philosophie du droit qui établit une triple relation étroite : pouvoir-droit-justice. La justice n'est pas le résultat du droit, mais sa fin. Le droit établi, par le biais du pouvoir étatique, ordonne les normes juridiques et les institutions au service de la justice. C'est là clé pour comprendre la question de la justice, et l'on ne peut la comprendre qu'en se situant dans cette triplicité. Le tout est porté par une vision du monde et de la société que se fait le peuple porteur de cette justice. La justice dépend donc de la philosophie d'un peuple. Dans le cas présent, on peut rapprocher la conception du monde et de la société telle qu'elle est étudiée par l'Abbé Alexis Kagame.

Dans sa littérature, Kagame présente le droit tel qu'il était compris par les Rwandais. Il nous présente deux sources essentielles du droit rwandais avant la colonisation : ubwiru et ubucura-bwenge, mais aussi un grand nombre de coutumes qu'il a essayé de structurer sous forme de code dans

[174] Voir sur ce sujet Antoine Mugesera, *Les conditions de vie des Tutsi au Rwanda entre 1959-1990 : persécutions et Massacres antérieurs au génocide*, Izuba, 2015.

l'un de ses ouvrages[175]. C'est au point où nous pouvons lire : « On peut donc dire que vous avez, pratiquement à vous seul, sauvé de l'oubli, l'essentiel de ce que les Rwandais des générations précédentes considéraient comme leur legs culturel le plus précieux »[176].

Ce volet d'une interview d'un journaliste ivoirien avec l'Abbé Alexis Kagame nous révèle la difficulté de trouver des sources authentiques et fiables de l'histoire du Rwanda dans plusieurs de ses aspects. L'étude des aspects de la culture et de la société rwandaises dans l'ensemble, et plus spécifiquement de la justice et du droit, se heurte à la problématique essentielle des sources susceptibles de nous éclairer d'une façon exhaustive. Cela est particulièrement vrai concernant la période précoloniale. La situation ainsi observée, est due aux mécanismes de l'oralité, qui régit le Rwanda. Ls sociétés sans écriture ont eu du mal à conserver avec soin et d'une manière solide les matériaux constituant les données utiles de recherches historiques des sociétés concernées. Toutefois, des données sur des connaissances fiables - même si incomplètes-, nous sont parvenus, grâce à l'Abbé Alexis Kagame, qui est un érudit.

Nous n'exploiterons pas, en premier lieu, les sources orales qui ont servi de matières clé à sa recherche. Citons-en néanmoins les pans ci-après : proverbes, contes, systèmes de nomination, et d'autres expressions culturelles, etc. La raison de ce choix se justifie par l'approche par l'approche pour laquelle nous avons opté, dès le départ pour appréhender notre sujet. Il serait mal venu de nous intéresser singulièrement à ce corpus de données orales, car l'approche nous obligerait à utiliser la méthode propre à l'anthropologie ou à celle d'autres sciences sociales qui ont pour spécificité de procéder par enquête sur le terrain en vue de recueillir les données de première main pour l'étude. Mais étant donné que ces données nous sont maintenant accessibles en partie, il nous faut les étudier en tant que données d'anthropologie juridique rwandaise contenue dans l'œuvre de cet auteur. Si l'anthropologie juridique rwandaise n'avait pas d'autre source

---

[175] Alexis Kagame, *Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial*, *op. cit*.
[176] Luc Cambrisis, « Entretiens de Pierre Smith avec l'Abbé Alexis Kagame», in *Annales de l'Université d'Abidjan*, Cahiers d'Etudes africaines, Paris, n° spécial, janvier-février 1979, p. 48-54.

écrite, il aurait fallu uniquement procéder par l'analyse de proverbes et d'autres sources orales. Étant donné que nous reconnaissons la valeur scientifique des données présentées dans les ouvrages d'Alexis Kagame, notre tâche sera alors de procéder par l'analyse minutieuse qui renforce ses données en vue d'éclairer notre champ d'étude.

Soulignons, par alleurs, les difficultés rencontrées dans la recherche en historiographie du Rwanda en général et en histoire de la justice rwandaise en particulier. Ces difficultés sont dues à une série de ruptures qu'a connues le Rwanda pendant son histoire. Le processus de ces ruptures semble se décliner en trois étapes historiques.

La première rupture est celle de la colonisation. Celle-ci marque une coupure du développement historiographique du Rwanda ancien. Elle se caractèrise par les sources divergentes de cette histoire. Rwandais et les colonisateurs ne parlent pas ici le même langage. Non seulement leurs versions sur les faits de l'histoire du Rwanda sont différentes, elles sont parfois même contradictoires. D'un côté, l'idéologie coloniale, voire colonialiste, nie la capacité des autochtones à présenter scientifiquement les faits qu'ils décrivent. De l'autre, des Rwandais présentent l'historiographie du pays, sans parfois, être des historiens de formation. Les historiens qui sont formés dans ce domaine n'accordent du crédit qu'à des chercheurs de leur domaine.

La deuxième rupture correspond à la phase qui débute avec le recouvrment de son indépendance par le Rwanda. Cette phase est décrite de façon controversée par les Rwandais eux-mêmes et par des chercheurs étrangers. Ce problème a pour cause le contexte national dans lequel le pays a obtenu son indépendance[177]. Une partie de la population, notamment les Tutsi, a été expulsé peu avant comme après l'indépendance. Ces Tutsi ont été contraints à demeurer en exil, suite à des troubles à caractère ethnique de 1959à 1994[178]. En référence aux écoles coloniale et post-coloniale, se

[177] Cette période peu avant et immédiatement après l'indépendance du Rwanda, le 2 juillet 1962, n'a pas retenu l'attention des chercheurs étrangers, surtout de la colonisation. Plusieurs motifs le justifient que l'on ne peut pas évoquer à présent.

[178] La question de l'historiographie rwandaise constitue un point de controverse remarquable pour les historiens rwandais et même étrangers qui cherchent à décrire

greffent les divisions des Rwandais eux-mêms. C'est ainsi qu'on trouve, chez certains d'entre eux, la subordination de la recherche scientifique à l'idéologie et à la politique.

La troisième rupture est le produit du génocide des Tutsi, à sa phase de 1994. Celle-ci est beaucoup plus radicale que les deux premières. Sa mémoire est vivace, lacinante. Ses conséquences sont toujours perceptibles, tant au niveau des individus qu'à celui de la communauté nationale. La vie nationale s'en ressent, jusqu'à l'echelle des institutions, au départ d'une Consitution elle-même inspirée par la radicalité du génocide.

Il va sans dire que les trois ordres de ruptures ont une incidence directe sur la qualité des sources historiques du système de justice à l'étude. Penchons-nous utilement, à ce stade de nos développements, sur l'histoire orale du Rwanda, telle qu'elle nous est rapportée par Alexis Kagame, et par l'un ou l'autre chercheur[179].

III.1.1.2. Sources historiques de la justice rwandaise

L'histoire des sources du droit et de la justice du Rwanda ancien se heurte à un problème majeur de la connaissance exacte de ces sources du Rwanda et en Afrique en particulier[180]. Outre, les documents écrits présentés par Kagame, on trouve aussi d'autres sources orales essentiellement poétiques[181] telles que : *ubwiru*, ou le code de la royauté,

scientifiquement les faits du passé rwandais. Il existe une série d'idéologies qui encombrent ces chercheurs : idéologie à caractère raciste, ethniste, révisionniste ou négationniste du génocide, etc. Ces poids idéologiques pèsent sur les esprits des chercheurs si bien qu'ils se retrouvent dans une difficulté de présenter les faits dans leur objectivité.

[179] Muzungu Bernardin, « Ubucura-bwenge ou le laboratoire du savoir », dans, *Lumière et société*, Cahiers du Centre Saint-Dominique, n° 35, Kigali, 1997.

[180] L'époque de la colonisation surtout en Afrique s'observe comme une époque privée des sources exactes de la justice, car les intérêts de la colonisation et celui de la justice sont divergents. Pour la colonisation le principe premier est de rendre justice dans les colonies. Il faut même si les conditions le permettent dissimuler le plus possible des vérités compte tenu des injustices et des atrocités qui se commettaient à l'égard des populations habitant dans les colonies. Ici, l'on peut prendre comme unique exemple plus parlant celui de l'affaire du caoutchouc au Congo-Kinshasa sous le régime de l'Etat indépendant du Congo

[181] Les sources orales poétiques sont : *ubwiru* ou le code de la royauté, *ubucura-bwenge* ou la généalogie dynastique, *ibisigo ou* la poésie dynastique *et ibitekerezo* ou la poésie guerrière épique.

ubucurabwenge ou la généalogie dynastique, *ibisigo* ou la poésie dynastique, *ibitekerezo* ou la poésie guerrière épique.

La difficulté des sources concernent aussi la nature même du droit de cette époque.

> L'absence d'écriture ne permet pas de déceler ce qui est purement africain, ce qui a été emprunté à d'autres cultures, ce qui est lu avec des yeux étrangers. L'écoute de gens, l'analyse de dictons, des contes et des comportements généralisés permettent de se faire une idée de la conception de la vie, de la pensée en général.[182]

Trois raisons au moins le justifient. D'abord, le droit africain se décompose en droit autochtone ou coutumier, droit importé de la colonisation et du droit hybride résultant d'une synthèse non cohérente de ces deux modèles précédents[183]. Pour bien repérer cette incohérence, il faut s'imprégner de ces deux modèles sans quoi la compréhension des failles inhérentes à cette synthèse ne sera pas suffisamment perçue. Il faut connaître le système du droit africain pour comprendre son mode de fonctionnement avant l'introduction du droit colonial. Ensuite, il convient de comprendre les bases du système juridique colonial et son mode d'introduction dans les sociétés colonisées pendant l'époque coloniale. Enfin, il importe de saisir l'incompatibilité tant dans le contenu que dans le fonctionnement du droit colonial. C'est là, entre autres, autant des facteurs qui expliquent les limites du droit actuel opérant en Afrique.

L'aperçu historique sur le système de droit et de justice à l'étude nous permet de comprendre les lacunes du droit rwandais actuel. Le même aperçu pourrait nous aider à chercher comment surmonter ces lacunes à travers une vue globale de ce droit, comme au travers de la manière dont il a été construit au fil du temps. Pour mieux comprendre les lacunes du droit actuel, il est nécessaire de jeter un regard dans le passé pour examiner tout le mouvement de son évolution depuis sa naissance jusqu'à sa phase actuelle. Il s'agit d'un chemin long mais qui a son importance. De plus, le

---

[182] Charles Ntampaka., *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Presses universitaires de Namur, 2005, p. 2
[183] *Ibidem.*

regard de l'histoire du droit en général nous permet de comprendre la justice gacaca, étant donné que celle-ci s'inscrit dans l'ensemble du droit rwandais.

L'on essaiera de répondre à la question : la justice rwandaise était-elle une justice fondée sur un droit solide, hiérarchiquement construit ? Les points suivants méritent un important réexamen. Il convient d'ajouter à ces points la problématique de réinterprétation et d'intégration. Des juristes Rwandais ont été souvent tentés de prendre du recul par rapport au droit dans ses différentes phases d'histoire en vue de nous fournir des données complètes en la matière mais sans parvenir à des résultats satisfaisants. Cette difficulté vient encore une fois compliquer la recherche dans ce domaine de l'histoire du droit au Rwanda. Cette situation peut, à notre avis, s'appliquer d'une manière générale à tout contexte africain.

La littérature fournie par Alexis Kagame nous éclaire sur l'histoire de la justice rwandaise plus que quelqu'un d'autre étant donné ses recherches enracinées dans la culture dont lui-même était imprégné. Non seulement ses recherches sont les résultats des informations reçues ; elles sont aussi les résultats de la connaissance provenant de l'enracinement dans sa culture. Il nous présente beaucoup de données qu'il a puisées dans les sources orales grâce à l'éducation culturelle qu'il a reçue et la maîtrise du champ de ses recherches. Kagame est le produit de la culture qu'il étudie, et il connaît ses méandres et il possède une meilleure connaissance du terrain de son étude et de la langue Kinyarwanda, sa langue maternelle et l'unique langue nationale.

a) Place d'Alexis Kagame en anthropologie juridique rwandaise

Né en 1912 et décédé en 1981, Alexis Kagame, ce prêtre, philosophe et historien rwandais est l'auteur d'une œuvre considérable, écrite aussi bien en Français qu'en Kinyarwanda. C'est la langue maternelle qui l'aura permis de mieux faire connaître les sources écrites de la culture rwandaise à travers une abondante littérature.

Monumentale, l'œuvre d'Alexis Kagame comptait jusqu'à environ deux écrits, qui couvrent le domaine très large de connaissance de la culture

rwandaise[184]. Le souci de combler le vide de la littérature écrite sur les réalités diverses du Rwanda et même de l'Afrique a été à la base de l'élaboration de ses ouvrages. Nous pouvons classer son œuvre en quatre catégories principales. La première catégorie concerne la littérature philosophique, plus précisément la philosophie africaine rwandaise. Ce champ de sa recherche comprend deux ouvrages principaux et un article publié dans une revue scientifique[185]. La seconde catégorie concerne le champ d'histoire du Rwanda. Il a consacré deux ouvrages à ce domaine. La troisième catégorie de sa recherche s'intéresse à l'anthropologie rwandaise. À ce champ de recherche, il a consacré deux ouvrages importants qu'il a publiés avant ceux de la philosophie. La quatrième catégorie, enfin, concerne le champ de la littérature rwandaise.

Un élément commun ou fédérateur y transparaît, à savoir le souci de combler le vide de la littérature rwandaise écrite dans tous les domaines. Mais il s'agit aussi de corriger des travaux qui ont été produits en la matière. Nombre d'entre eux accusaient des lacunes. Des erreurs manifestes sont dues à des causes diverses que Kagame a voulu corriger. Essayons d'expliciter, les points centraux de sa pensée, en référence aux catégories d'ouvrages dont il vient d'être plus haut fait mention.

b) Brève présentation de la philosophie africaine rwandaise d'Alexis Kagame

L'œuvre philosophique produite par Alexis Kagame s'inscrit dans un vaste programme qu'il n'a pas pu achever. L'homme était par trop sollicité. Voulant combler le grand vide observé sur les écrits relatifs à l'Afrique et au Rwanda, il a été acculé à étendre ses recherches bien au-delà du champ de sa formation initiale. Aussi a-t-il limité, pour le champ de la philosophie, ses publications aux deux ouvrages susmentionnés. Tant est si bien que, face

[184] Son abondante bibliographie que l'on trouve dans la table bibliographique le prouve clairement. Cette littérature couvre des champs divers et vastes. Etant donné qu'il est le premier chercheur rwandais de cette taille, il a eu très tôt la conscience du besoin de mettre par écrit les richesses de sa culture qui demeurait jusqu'à cette époque dans l'oralité. Même si ds critiques sont formulées, ses recherches sont internationalement reconnues.

[185] « Perception empirique du temps et conception de l'histoire dans la pensée bantu », in *Les cultures et le temps*, Paris, Payot, 1975, p. 103-133.

aux critiques portées à son œuvre, il n'a pas réagi soit pour l'expliciter soit en complétant. Il a préféré, plutôt, couvrir d'autres champs de recherche qu'il avait trouvés encore lacunaires.

Que contient son œuvre philosophique ?

L'œuvre abondante d'Alexis Kagame couvre les domaines suivants selon l'ordre chronologique. Parmi ses ouvrages, certains portent sur l'anthropologie culturelle et juridique rwandaise[186].

> Ces précieuses monographies sont malheureusement déformées par tels théoriciens aprioristes, qui se sont fabriqué un système irrémédiablement momifié en leur esprit et parfois très éloigné de la réalité des faits. Pour ces derniers, tout doit se plier à leur système, et à tout prix. Les conceptions parfois imaginaires que cette catégorie d'écrivains répand dans le public, coûtent cher à nous autres « primitifs ». Si on se limitait à ce qui est réellement observé, de manière que chaque paragraphe dise quelque chose, nous serions mieux connus, et tant de malentendus n'existeraient pas chez les « civilisés » au sujet des « primitifs »[187].

Le point de départ de l'œuvre philosophique d'Alexis Kagame est d'abord le souci de produire des sources écrites dans tous les domaines de la vie de la société rwandaise et africaine en général, et plus particulièrement de l'anthropologie et de l'histoire rwandaise. Bien que la philosophie fut son domaine de recherche doctorale, il aurait préféré la sociologie ou l'anthropologie à la place de la philosophie pour pouvoir répondre aux questions épineuses qui lui étaient posées par l'époque, par la curiosité personnelle ou par le besoin de sa société pendant et immédiatement après la colonisation.

Comprendre son œuvre implique de la situer dans le contexte historique de sa société ainsi que de son histoire personnelle, prêtre du clergé indigène[188].

---

[186] (1) *Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial* (1952), (2) *Les organisations socio-familiales de l'ancien Rwanda (1954)*, (3*) La notion de génération appliquée à la généalogie dynastique et à l'histoire du Rwanda du Xe-XIe siècles à nos jours (1958).*

[187] Alexis Kagame, *La philosophie bantu-rwandaise de l'être*, Mémoire de l'académie royale des sciences coloniales, Duculot, Gembloux, 1956, p. 8.

[188] C'est de cette manière que l'on appelait à cette époque le prêtre autochtone de l'Afrique coloniale.

C'est en philosophie qu'il a réalisé sa thèse de doctorat, d'où son ouvrage[189] de base qui constitue en réalité une philosophie de la culture. Si l'on parcourt tous les chapitres de cet ouvrage, on constate que le point central est la vision culturelle du monde des Rwandais. Il est parvenu à tirer de cette philosophie culturelle une synthèse qui est véritablement philosophique, celle des catégories logiques d'Aristote qu'il ramenées à quatre[190]. D'ailleurs sa philosophie s'inspire profondément de la philosophie aristotélico-thomiste, qui constituait à son époque la plus encouragée par l'Église catholique.

Il a produit ces catégories logiques en les puisant dans la source de la linguistique rwandaise. Ces catégories comprennent : l'homme comme être existant d'intelligence ou *umuntu*, l'être sans intelligence ou *ikintu*, l'être localisateur ou *ahantu* et l'être modal ou *ukuntu*.

En plus de cet apport qu'on lui reconnaît[191], la philosophie d'Alexis Kagame est une contribution à la problématique de la philosophie africaine dans le contexte de son histoire. En effet, l'ouvrage d'Alexis Kagame[192] vient à point nommé comme première réaction d'un philosophe africain à l'égard d'un autre philosophe qui l'a précédé et dont l'œuvre lui a même donné le ton, le prêtre missionnaire franciscain belge du nom de Placide Tempels[193]. L'œuvre de Tempels a marqué toute la philosophie africaine et a suscité des controverses dans les milieux philosophiques africains et même ailleurs. N'étant pas lui-même philosophe de formation, Tempels a servi, en partant de son œuvre, comme détonateur de la pensée philosophique en Afrique qui deviendra plus tard, et d'une manière irréversible, la philosophie africaine[194].

---

[189] Alexis Kagame, *La philosophie bantu-rwandaise de l'être, op.cit.*

[190] Les quatre catégories de l'être sont umuntu, être d'intelligence, ikintu, être sans intelligence, ukuntu, être modal et ahantu, être localisateur, voire, La philosophie bantu-rwandaise de l'être, p.

[191] Bwanga wa Mbenga, *La philosophie du langage d'Alexis Kagame. Contribution à la problématique sur la philosophie africaine*, Editions Noraf, 1988.

[192] Alexis Kagame, *La philosophie bantoue-rwandaise de l'être, op.cit.*

[193] Placide Tempels, *Philosophie bantoue*, Léopoldville, Lovania, 1945.

[194] Alfons J. Smet., *Philosophie africaine,* Presses universitaires du Zaïre, Kinshasa, 1975.

Les thèses développées par Alexis Kagame s'inscrivent dans la ligne d'ensemble de la philosophie africaine, comme une autre manière d'expliciter la pensée de Tempels, et même de la contextualiser dans une culture spécifique, celle des Rwandais. Kagame a voulu montrer que les sources de la pensée philosophique africaine rwandaise sont des sources culturelles et linguistiques. L'on pourrait se demander si cela est dû à la nature de cette philosophie ou à l'absence de littérature philosophique écrite. Lui-même ne l'a pas dit. Il l'a montré d'une manière suffisamment étayée dans ses ouvrages philosophiques[195].

La philosophie africaine et rwandaise d'Alexis Kagame est en définitive une philosophie de la culture. Comme ses écrits le montrent, Kagame a voulu résoudre deux questions importantes à ses yeux : produire des sources écrites sur la culture rwandaise et contribuer à la problématique naissante suscitée par l'ouvrage de Tempels. Nous pouvons affirmer qu'il a contribué à l'avancement de cette double problématique.

La philosophie d'Alexis Kagame est en somme une philosophie engagée qui vise le combat pour la culture, encore considérée sous l'angle d'une vision évolutionniste de la culture non accomplie et d'une anthropologie universaliste ou essentialiste. Ceci transparaît[196] clairement dans le choix des sujets de recherche, même en philosophie.

Cette brève présentation de la philosophie d'Alexis Kagame est à mettre en relation avec les autres secteurs de la vie du peuple rwandais en général et permet en même temps de constater la relation qui existe entre la philosophie comme mode de penser d'un peuple et le type de réglementation de sa société. Il existe, dans le cas du Rwanda une relation étroite entre sa philosophie telle qu'i la présente et la règlementation de la société comme on la retrouve dans les différentes formes de coutumes (coutumes diverses, valeurs culturelles, interdits, ubwiru, etc.).

---

[195] Alexis Kagame, *La philosophie bantu comparée*, 2 ème édition, Présence africaine, Paris, 2014.

[196] Le choix du titre de sa thèse de doctorat justifie ce souci d'une recherche qui fait apparaître une revendication d'une pensée philosophique profonde d'un peuple non encore reconnu par le monde scientifique. Ici la preuve se retrouve dans les thèses développées par Placide Tempels dans son oeuvre « Philosophie bantoue » qui a eu à son époque un grand écho sur la philosophie africaine.

c) L'anthropologie juridique et politique d'Alexis Kagame

L'œuvre d'Alexis Kagame qui attire notre attention en rapport avec le choix de notre sujet de thèse de doctorat, s'inscrit dans le champ de l'anthropologie politique et juridique rwandaise que nous retrouvons principalement dans ses ouvrages : *Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial, Les organisations socio-familiales de l'ancien Rwanda, La notion de génération appliquée à la dynastie et à l'histoire du Rwanda.* Toutefois, il n'est pas exclu que l'on rencontre dans ses autres écrits des éléments qui enrichissent ses vues dans ce domaine[197]. Essayons à présent de présenter quelques éléments qui éclairent notre sujet sans entrer plus en profondeur dans la matière constituant les textes dont il est question dans ce point.

Les éléments de son œuvre repris dans ce point sont puisés dans les deux ouvrages mentionnés plus haut. Concernant le premier ouvrage[198], comme son titre l'indique, il s'agit d'un code culturel sous forme de lois qui régissent les relations au sein des groupes ou des familles de la société rwandaise en général et les comportements de chaque Rwandais en particulier pendant la période qui précède et même pendant la colonisation.

Voici comment l'auteur s'exprime en résumant le premier ouvrage mentionné :

> Depuis plusieurs années, l'auteur s'attache à recueillir la tradition orale existante pour élaborer l'importante description de la coutume du Rwanda avant la colonisation faisant l'objet du présent mémoire. Il l'a présenté à la manière d'un code rédigé pour obtenir plus de clarté. Aussi sérieusement documentée, cette monographie est néanmoins synthétique par son souci de répondre d'avance aux questions qui inquiétaient un esprit civilisé : savoir si on peut exactement comparer le Rwanda précolonial à notre moyen âge occidental, et connaître la valeur intrinsèque sociale et morale de ses institutions. À la première, l'auteur répond en soulignant le double caractère de la société rwandaise : société hiérarchisée et monarchie absolue.[199]

---

[197] La cause profonde du vide de la littérature rwandaise l'a poussé à ne pas circonscrire ses travaux d'une manière rigoureuse à des domaines spécifiques, comme nous l'avons signalé au début de ce texte.

[198] Alexis Kagame, *Le code des institutions du Rwanda précolonial*, *op.cit.*

[199] *Ibid.*, p. 4.

Il poursuit en montrant « [.] l'équilibre réalisé par la coutume grâce à l'existence de l'« armée sociale » et d'une justice communautaire qui dépasse le clan ».[200]

Le contenu de cet extrait justifie l'apport de sa pensée à notre propos. D'abord la structure socio-politique hiérarchisée de la société rwandaise est un présupposé qui implique des normes juridiques, voire éthiques, de la place et du rôle desquelles on ne peut douter. Ces normes ne peuvent qu'être authentiquement rwandaises. En second lieu, la notion d' « 'armée sociale », que développée Kagame dans un autre de ses ouvrages[201] trouve son assise dans le cadre que nous pouvons appeler « la théorie politique » de Kagame, en référence à la société rwandaise précoloniale. Cette théorie justifie aussi l'existence, la consistance et la cohérence d'un système rwandais de justice dont la colonisation ne peut faire l'économie :

> C'est pourquoi la réorganisation du Plan décennal a pris comme base le système traditionnel que décrit ce code, en l'adaptant aux exigences du degré actuel de notre progression. Le contenu juridique de cette monographie sera donc abandonné en tant que Coutumier (sic) pour être repris, dans son élément permanent, dans la loi écrite, adaptée aux temps nouveaux[202].

L'anthropologie juridique qu'il présente vient aussi compléter les données relatives au droit traditionnel. En effet, dans sa littérature, Kagame montre que la société rwandaise avant la colonisation était une société politiquement organisée dans une structure solidement hiérarchisée en forme de pyramide et soumise à un code des lois strictement contraignantes. Au sommet de cette pyramide se trouve l'institution politique de la royauté et de la cour judiciaire du roi.

L'architecture de la société rwandaise se construit autour de la vision du monde des Rwandais et de la société. Au sommet de la société se trouve Dieu, appelé « Imana ». Imana ou Dieu est non seulement le Créateur du monde et de l'homme, mais aussi il est le Législateur Suprême. Il a établi la

---

[200] *Ibidem*.

[201] Alexis Kagame, *La notion de génération appliquée à la généalogie dynastique et à l'histoire du Rwanda de X-XI è siècles à nos jours*, ARSC, Bruxelles, 1958.

[202] Alexis Kagame., *Le Code des institutions politiques du Rwanda précolonial*, *op. cit*., p. 11.

loi qui a une double dimension inséparable selon les Rwandais : une dimension éthique et légale.

Le roi est le représentant d'Imana sur la terre et dans la société des hommes. C'est pourquoi le roi est dispensé de toute forme de rites ; il est au-dessus même des rites sacrés[203]. Le roi représente Imana sur la terre tandis que lui-même est représenté dans la société par les chefs des familles ou des lignages.

« La mystique du pouvoir et de la patrie trouve certes son fondement en philosophie, mais elle ne saurait se confondre avec elle »[204].

La littérature de Kagame contient aussi ses correspondances avec le Père Hulsaert été écrites pendant la période coloniale au Rwanda où les discriminations ethniques attisées par le pouvoir colonial et l'Église prenaient une allure nouvelle.

En tout état de cause, Kagame aurait fourni beaucoup de données pour nous renseigner sur la culture rwandaise ainsi que sur plusieurs aspects dont le droit rwandais, mais il s'est heurté à l'opposition de ses autorités hiérarchiques de l'église catholique qui l'ont obligé à suspendre son travail d'écrire sous prétexte qu'il combattait la vérité de la foi chrétienne.

> En tout cas j'ai reçu l'ordre de ne plus publier en français et tous les écrits que j'avais présentés à la censure du Vicariat ont été arrêtés. Cela ne veut pas dire cependant que je reste inactif : j'écris en attendant l'heure où l'interdit sera levé[205].

La préoccupation d'Alexis Kagame, en entreprenant sa thèse de doctorat, était celle de répondre aux questions épineuses que lui posait la rencontre entre la culture occidentale et sa propre culture. Il est parti du questionnement de la culture pour faire de la philosophie (appelée par d'autres chercheurs de ce domaine d''ethnophilosophie''), et enfin, revenir à la culture pour l'approfondir. C'est pourquoi le nœud de sa recherche est

---

[203] Des rites sacrés comme celui de « Kubandwa », culte envers le grand esprit du nom de Ryangombe, et « guterekera », culte envers les ancêtres du clan auxquels sont soumis tous les autres chefs de famille ou des clans, ne concernent pas le roi étant entendu qu'il est le Représentant de Dieu sur terre.

[204] Alexis Kagame, *La philosophie bantu rwandaise de l'être*, *op. cit.*, p. 20

[205] Kagame Alexis, « Correspondance entre Kagame et Hulstaert » du 28 Avril 1948, in *Centre Aequatoria*, Centre de Recherches Culturelles Africanistes, Bomaya, RD Congo.

la culture vue sous l'angle de la philosophie, de l'histoire, de la littérature, de l'anthropologie du droit.

Il se posait à lui-même les questions relatives à l'explication de beaucoup d'interrogations qui lui venaient de données culturelles et de leur différence par rapport à la culture occidentale. Son but était au départ de faire son doctorat la sociologie[206], faute d'en trouver, il s'est vu obligé de faire de la philosophie, plutôt une philosophie de la culture. La théologie qu'il aurait pu faire dans sa recherche en tant que prêtre, ne répondrait pas à sa préoccupation de trouver des réponses aux questions de la culture.

L'on peut donc se demander comment, par le biais de la philosophie, il a trouvé une voie pour répondre aux questions profondes de la culture. C'est en orientant ses recherches dans une matière dont l'étude relevait d'une approche monographique sur la philosophie rwandaise en partant des données qu'il appelle des « documents institutionnalisés »[207], c'est-à-dire des proverbes, des contes, des poèmes et l'analyse d'autres institutions de la culture rwandaise : divination, magie, etc, qu'il a pu réaliser son dessein.

Les codes des lois écrits par Alexis Kagame sont d'ordre juridique, mais l'on ne s'en est jamais servi dans l'élaboration des lois avant ou après l'indépendance. L'on peut se demander ce qui constitue le motif principal justifie cet état de choses. Pourquoi, en d'autres termes ces sources du droit rwandais n'ont pas pu être exploitées d'une façon plus efficace[208]? L'une des réponses serait que le travail de valorisation des formes juridiques rwandaises traditionnelles engendrerait beaucoup de difficultés ou un travail ardu. Le législateur s'est contenté de ce qui était déjà fait, c'est-à-dire la transposition de lois qui existaient déjà et de les inscrire dans des livres de lois sans se préoccuper de ce que cela pouvait avoir comme implication sur la société rwandaise sous plusieurs aspects.

---

[206] Il a été envoyé à l'Université grégorienne, à Rome, avec son premier souci de faire le doctorat en Sociologie. N'ayant pas trouvé ce domaine dans à l'université, il s'est vu obligé de s'orienter en Philosophie.

[207] *Ibid*., p. 23.

[208] Les sources du droit traditionnel ont été exploitées, mais dans des aspects plus limités. Il y avait possibilité d'aller encore plus loin pour, non seulement enrichir les lois législatives et leur mise en application, mais aussi le système de droit de justice rwandaise d'une façon plus approfondie et plus utile.

Il se pose ici la question de la valorisation des sources proprement rwandaises. L'on peut encore aller plus loin, toujours à propos des sources du droit rwandais. Si le législateur a négligé les textes écrits, il pouvait se donner la peine de fouiller dans la culture pour y trouver d'autres sources qui pouvaient plus enrichir le droit rwandais.

III.1.1.3. Philosophie du droit et philosophie politique rwandaise

Elle trouve son fondement dans la conception de la société rwandaise avant la colonisation. Cette conception se construit sur la base de la structure sociale de la société rwandaise. Selon Alexis Kagame, la société rwandaise est structurée sous forme d'un corps social qu'il appelle « l'armée sociale », appelée aussi la société politique. Il la définit ainsi :

> C'était l'organisation sociale de base assurant à chaque individu la jouissance de ses biens moyennant certaines obligations ; lui donnant un avocat d'office, en la personne du chef d'armée, obligé de le défendre devant tout tribunal, et surtout devant celui du Roi[209].

a) La théorie politique rwandaise : l'armée sociale

L'idée de l'armée sociale évoque le sens de la société organisée politiquement en tant qu'État. C'est d'ailleurs la réalité de l'histoire politique du Rwanda. Selon des sources d'histoire fiables, le Rwanda précolonial était organiquement structuré comme un État moderne, en régime monarchique. Cette organisation politique avait la forme d'un État ou d'une nation qui comprenait la branche politique, l'armée et la justice. Cette dernière institution comprenait trois niveaux de tribunaux : celui du Roi, appelé la Cour du Roi et celui des tribunaux de niveau intermédiaire ainsi que les tribunaux populaires ou les tribunaux des familles appelés gacaca. Les deux niveaux supérieurs, la cour du roi et les tribunaux de chefferie et de sous-chefferies comprenant des structures administratives officielles, ont été radicalement transformés par l'autorité coloniale, alors que gacaca est resté comme une institution populaire de justice au niveau

[209] Alexis Kagame, *Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial, op. cit*., 1952, p. 8.

local, d'abord sous une structure informelle, puis très imparfaitement formalisé compte tenu du rôle pratique qu'il jouait dans la société comme juridiction populaire. De cette façon il a traversé toutes les époques plus ou moins affaibli, sans toutefois avoir totalement disparu[210].

C'est dans cette structure que l'on trouve la véritable signification de gacaca comme justice rwandaise. Le peuple rwandais (généralement les hommes) était soumis à une formation qui le destinait à une charge de la société non seulement dans la justice mais aussi dans d'autres tâches et valeurs telles que le patriotisme, l'unité, le courage, la sagesse, la rhétorique, etc. Cette formation était donnée à la jeunesse et se renforçait à travers les expériences diverses des personnes au cours de leur vie en société.

Pour comprendre la justice rwandaise traditionnelle il faut d'abord saisir les formes d'organisation sociopolitique du Rwanda ancien. En nous référant à ce qui vient d'être dit concernant l'armée sociale, le chef politique était en même temps le juge. Il faut ici rappeler que l'organisation sociale au niveau local était liée aux structures socio-familiales du pays. Au niveau de base, le chef de famille était en même temps le chef politique et le juge de la famille. Celle-ci était considérée comme l'instance de juridiction de base dans la famille rwandaise. Il ne s'agit pas d'interpréter ceci comme une absence d'organisation bien établie en concentrant les différentes responsabilités importantes sur une seule autorité. Ceci fait plutôt comprendre la manière dont la société rwandaise était structurée. De plus l'organisation nationale du pays était construite sur le modèle familial à tous les échelons.

Ensuite, le chef était considéré dans la morale sociale comme un *imfur*a, le sage ou la personne intègre, de sorte que les grandes responsabilités sociales lui revenaient, parce qu'il était l'autorité la plus respectée à cause de son intégrité (*ubupfura)* et du sens de sa morale sociale. L'institution de l'armée sociale avait pour rôle de former les hommes justes et intègres pour garantir la bonne marche de la société et assurer sa justice. C'est là l'origine de l'intégrité au sein de la société rwandaise traditionnelle. L'armée sociale

[210] Filip Reytjens, « Le gacaca ou la justice du gazon au Rwanda », in *Le droit et ses pratiques*, Politique africaine, n° 40, 1990, pp. 31-41.

comprend principalement comme valeur la justice sociale et celle de l'intégrité.

> Pour permettre au roi d'assurer plus facilement la justice à son peuple il existe comme intermédiaire l'organisation de « l'armée sociale ». En vertu de cette organisation, tout citoyen du Rwanda est vassal immédiat du Roi, auquel il doit recourir pour se mettre sous sa protection, s'il se croit victime d'une injustice de la part de ceux qui représentent l'autorité. Il y a donc deux voies pour atteindre le Roi : la voie indirecte avec assistance du chef d'armée (.) pour le procès en appel entre particuliers ; la voie directe, aller au Roi sans intermédiaire et sans l'appui du chef d'armée, lorsque la plainte est dirigée contre ce même chef, avec l'éventualité du recours collectif (.). C'est un crime de lèse-majesté (et puni de la peine capitale) de mettre un obstacle quelconque à ce recours suprême et direct au Roi[211].

L'armée sociale n'est pas à entendre au sens d'une armée de militaires de combat au sens actuel**.** Encore que cet objectif fut aussi primordial au Rwanda, le sens de l'armée sociale signifie plus essentiellement un corps social qui implique la nation rwandaise.

Cette structure sociale joue un rôle indispensable dans l'application du droit au sein de cette société. La théorie de l'armée sociale est la théorie politique qui exprime l'unité ou la communion du peuple rwandais dans une unité nationale. Il s'agit d'un cadre structurel où se croisent les diverses composantes de la culture et ses valeurs. L'on y rencontre les principes et les valeurs principales de la société : le patriotisme, la rhétorique culturelle rwandaise, la justice, l'intégrité, l'art de gouverner, etc. L'armée sociale exprime le sens de la nation avec le principe de l'unité et du patriotisme.

En effet, l'unité nationale du peuple rwandais s'exprime dans une justice qui se veut sociale où tous les membres de la société sont concernés par cette justice, ce qui fait que chaque membre est susceptible d'être juge à condition d'être une personne intègre *inyangamugayo* ou *imfura* en Kinyarwanda.

La théorie politique rwandaise se résume dans la justice sociale construite autour de la valeur de l'unité. Celle-ci se retrouve exprimée dans

---

[211] Aleix Kagame, *Les codes des institutions politiques du Rwanda précolonial, op.cit*., p. 43.

les différentes valeurs sociales comme celles du travail collectif *umuganda*, *girinka*, de l'assistance mutuelle *ubudehe*, de l'éducation *itorero.*

Imihigo ou contrat de performance revêt une valeur exceptionnelle car il a une valeur individuelle mais avec une visée communautaire pour faire avancer la société.

Kagame appelle l'armée sociale, une milice. Il dit ceci :

> Nous avons déjà expliqué que les Milices du Rwanda ancien n'étaient pas destinées uniquement aux combats. Il s'agissait de corporations dont les membres respectifs étaient mobilisables en commun, certes mais auxquels incombaient des devoirs et revenaient des droits à défendre en commun sur le plan social et économique. Ces droits et ces devoirs revêtaient une importance de loin plus grande que celle des obligations guerrières. Voilà pourquoi nous avons tenu à les appeler *Armée sociale*, pour rendre plus exactement la signification réelle de nos anciennes Milice[212].

Toute autre organisation, politique, judiciaire ou militaire repose sur cette structure appelée armée sociale. Même la propriété des bovins ou des terres répond à cette structure.

Filip Reyntjens précise :

> L'armée sociale occupait une position-clé au sein de l'organisation sociopolitique. Elle n'était pas seulement chargée d'assurer la défense du pays, mais elle était capitale également pour le maintien et la transmission des valeurs culturelles et affectives de la société rwandaise[213].

Il ajoute :

> L'ensemble de la structure administrative et politique avait essentiellement trois fonctions : le recouvrement fiscal, le maintien au pouvoir des gouvernants centraux, et la cohésion sociale. Les principaux éléments du gouvernement central sont : le roi (umwami), la reine-mère (umugabekazi) et le conseil des grands chefs (abatware b'intebe)[214].

---

[212] Alexis Kagame, *Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial*, *op. cit*., 51.
[213] Filip Reytnjens, *Pouvoir et droit au Rwanda. Droit public et évolution politique,* 1916-1973, Musée royal de l'Afrique centrale, Tervuren, 1985, p. 24.
[214] *Ibidem*.

À ces trois institutions on peut associer un autre élément important du pouvoir, le tambour sacré (*Kalinga*). C'était l'emblème de la royauté que l'on peut considérer comme le drapeau national.

> L'armée est l'institution sociale de base du Rwanda. […] Tout Rwandais, quelle que soit sa race ou sa condition, y compris le roi, doit appartenir à l'une ou l'autre armée sociale et avoir un supérieur militaire[215].

La théorie de l'armée sociale ne se conçoit pas d'une façon indépendante de la conception actuelle du droit codifié. Il y a un rapport d'interprétation qui permet de donner un sens exact à la loi contenue dans les codes que Kagame nous présente. C'est à interpréter sous l'angle d'une permanence de la loi. Ensuite, elle émane de l'autorité politique. De même, la loi exprimée dans le code de Kagame a pour source la société, mais c'est le roi qui veille à son application. Il faut aussi souligner la hiérarchie des institutions judiciaires en distinguant ainsi le tribunal du chef de l'armée et celui du roi. Mais il faut aussi souligner les droits et devoirs d'une part des membres de l'armée, et d'autre part ceux des chefs des armées. C'est du respect ou de la violation de ces devoirs et de ces droits que découlent des sanctions de la part du roi à l'égard de ses chefs subalternes ou des chefs des armées à l'égard de leurs sujets.

Pendant l'époque précoloniale, il existait une reconnaissance et une jouissance des droits et libertés des individus dans la société rwandaise et ces droits étaient protégés par le système de justice existant à cette époque. Corollairement, l'on peut aussi affirmer qu'il existait la justice du roi et celle du droit commun suivant des structures judiciaires qui répondaient au besoin de justice à cette époque.

Il est important de remarquer la considération des droits communautaires par rapport aux droits individuels dans la société rwandaise et africaine en général avant la colonisation. Dans les sociétés africaines, c'est la communauté qui porte l'individu et l'individu ne vit que pour la communauté. Il ne s'agit pas ici de comprendre que la vision africaine de l'homme est une vision englobante qui sacrifie les intérêts individuels au bénéfice du groupe. Il s'agit plutôt de comprendre que le groupe, constitué

---

[215] Alexis Kagame, *Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial, op. cit.*, p. 20-21.

par des personnes, ne vise aucune autre fin que les biens partagés et les relations harmonieusement vécues.

La signification de partage ou de communion renvoie au rôle ou à la place que la communauté réserve à l'individu dans la philosophie sociale rwandaise et africaine. L'existence individuelle n'a de sens qu'en étant insérée dans un univers social partagé, dans lequel l'individu trouve son bonheur, mais aussi le bonheur partagé par le groupe. Les libertés et les droits des individus ne sont pas sacrifiés mais partagés par le groupe. Par contre, le mode de vie individualiste ne se concevait pas dans cet univers communautaire africain et rwandais.

L'organisation sociale du Rwanda ancien se trouve contenue dans un grand ensemble sous forme de famille, appelée *ingabo* ou armée sociale (du terme *umugabo* ou homme au singulier). La signification de l'armée sociale est explicitée par Alexis Kagame :

> Dans le Rwanda traditionnel, l'armée n'est pas uniquement destinée aux combats ; elle forme une vaste corporation, à laquelle incombent principalement des droits et des devoirs d'ordre social. Ce serait une grosse erreur que d'entendre par armée chez nous des organisations purement militaires[216].

Donc, la séparation des attributions sociales et militaires n'existait pas dans la société rwandaise d'avant la colonisation. Les hommes possédaient à la fois les devoirs de faire la justice au sein de la société et de protéger le territoire contre d'éventuelles attaques extérieures.

L'institution de l'armée sociale ou *ingabo* en Kinywanda, qui signifie ensemble de tous les Rwandais matures de sexe masculin, a une profonde signification, et est à la base de l'organisation de la société rwandaise sous forme de groupes sociaux descendant d'un ancêtre commun. Cette famille plus large s'appelle la parentèle[217]. Une ou deux parentèles forment une armée sociale commune.

> Aussi sérieusement documentée, cette compilation est néanmoins synthétique par son souci de répondre aux questions qui inquiétaient un

[216] *Ibid*., p. 21.
[217] Le terme de parentèle se trouve suffisamment explicité dans son ouvrage, *Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial, op. cit.* .

> esprit civilisé : savoir si l'on peut exactement comparer le Rwanda précolonial à notre moyen âge occidental, et connaître la valeur intrinsèque sociale et morale de ses institutions. À la première, l'auteur répond en soulignant un double caractère de la société rwandaise : société hiérarchisée et monarchie absolue. Sur le second point il ne se prononce pas, mais il s'efforce de montrer, au long de sa monographie, l'équilibre réalisé par la coutume grâce à l'existence de l'« armée sociale » et d'une justice communautaire qui dépasse le clan[218].

Ce passage est un extrait du résumé de l'ouvrage d'Alexis Kagame. Il ajoute : « Il espère qu'à la rédaction d'un code nouveau qui devra tenir compte de l'apport européen, on respectera la tradition nationale dans ce qu'elle a de meilleur[219] ». Kagame parle de lois sociales pour éviter le conflit qui résulterait de termes empruntés à une autre langue.

L'existence de la hiérarchie dans la structure sociopolitique de l'armée sociale se fonde sur l'existence des lois qui organisaient cette structure hiérarchique. C'est aussi au sein de cette législation d'ensemble de la société rwandaise (ou la Société-Nation) que l'on situe la juridiction gacaca.

Dans cette théorie de l'armée sociale, il importe d'examiner la place de la loi et celle du pouvoir politique dans la structuration des relations des personnes et des institutions au sein de la société rwandaise précoloniale. Est-ce la loi qui réglemente ces relations ou est-ce le roi qui dicte les comportements sans l'existence de lois ou en se passant des lois existantes ? De quelle manière la loi ou l'autorité politique requiert-elle la légitimité de l'usage de la force physique au sein de la société ?

Il importe de mentionner la hiérarchie des lois coutumières telles qu'elles sont présentées par Alexis Kagame et Mgr Aloys Bigirumwami. Selon ces chercheurs, il existait dans l'institution judiciaire rwandaise, une hiérarchie de juridictions. Au niveau supérieur se trouvait la cour du roi. À l'échelle intermédiaire se trouvait la juridiction de la chefferie, tandis qu'à l'échelle inférieure se trouvait gacaca. Même si l'on dit que gacaca est un tribunal populaire, il faut préciser qu'il se situe dans cette hiérarchie des tribunaux qui composaient l'institution judiciaire rwandaise. Il ne s'agit pas de penser que l'on s'efforce de déformer la structure des tribunaux pour l'adapter aux

[218] *Ibid.*, p. 21.
[219] *Ibidem.*

structures des juridictions modernes. Nous ne faisons que rappeler que les tribunaux du Rwanda avant la colonisation étaient bien structurés hiérarchiquement avec des compétences bien distinguées dans cette institution.

Il faut souligner les objectifs visés par la législation rwandaise. Il s'agit de préserver la vie de la société et de ses membres, de mieux vivre longuement, d'assurer la survie, de se conserver en perpétuant la procréation, d'éduquer les enfants, de vivre dans l'harmonie sociale, d'organiser la société et de se donner de la valeur par rapport aux autres membres et aux étrangers. La loi vise le vivre ensemble suivant le mode communautaire. Le droit rwandais vise la réglementation de l'organisation de la vie publique et les relations entre les Rwandais bien que cette division comme telle n'existât pas (celle de la vie publique et privée).

Kagame a su distinguer cette organisation publique dans son *Code des insitutions politiques,* et pour la vie privée, repris le *Les organisations socio familiales de l'ancien Rwanda*[220]. Ces deux ouvrages se répartissent les domaines juridico-sociaux. Selon les expressions juridiques on pourrait dire qu'il s'agit pour le premier du droit privé ou civil, plus précisément celui relatif à la famille, tandis que le second concerne le droit public. Il s'agit des lois qui concernent les grandes questions de la société rwandaise : l'ensemble des normes concernant le droit administratif, les propriétés terriennes et le bétail. Comme en Afrique et au Rwanda, il est reconnu que le domaine juridique ne distingue pas d'une manière tranchée le droit public du privé comme tel, il y a lieu d'indiquer les ensembles qui permettent de reconnaître la manière dont la législation fonctionne au sein de la société et la manière dont les gens résolvent les litiges entre eux.

b) Le rôle du langage (langue) dans la pensée et dans le droit

Alexis Kagame souligne d'une manière insistante la place de la langue dans la pensée philosophique d'un peuple. Il a exprimé ce point de vue dans

[220] Ces deux ouvrages que nous avons déjà mentionnés renferment des principes normatifs, selon Kagame, du droit public et du droit privé dans le Rwanda ancien.

son œuvre philosophique répartie en deux volumes différents mais complémentaires[221].

Pendant l'époque précoloniale, il existait des modes d'expression et de communication que la société utilisait pour fixer le message et le transmettre avec facilité. C'est par ces moyens d'expression que nous trouvons le droit rwandais avant l'époque coloniale.

Il convient de relever quelques exemples.

- *Irivuze umwami* : la parole du roi (la valeur que possède la parole prononcée par le roi en tant que législateur principal du pays) ;
- *Urujya kujya i bwami rubanza mu bagabo* : le procès qui est porté à la cour du roi doit être soumis aux hommes. Il s'agit de la hiérarchie des instances judiciaires au Rwanda colonial. Avant que le procès soit déféré au roi, il doit d'abord commencer par l'instance de base ou dans gacaca.
- *Ntihica umwami, hica rubanda* : ce n'est pas le roi qui tue mais c'est le peuple qui tue. Ceci signifie que la justice du roi est une justice qui veille au bien de tous et ne porte atteinte à personne. Lorsque le procès est porté devant le roi, le justiciable espère recevoir une justice impartiale.

Ensuite, il faut souligner que malgré cette faille de l'absence de l'écriture, les lois coutumières rwandaises sont hiérarchisées. Il existe des lois coutumières que l'on peut appeler des principes de la justice et d'autres lois coutumes qui servent de normes de conduite dans le quotidien de la société.

Dans cette ligne, l'on s'interroge sur le sens ou la nature de la règle de droit. La règle de droit est une règle écrite ; elle peut être aussi orale, comme dans les sociétés marquées par l'oralité. La règle de droit n'est pas obligatoirement écrite. L'écriture de la règle de droit permet sa fixation et une forme de vulgarisation facile, mais la règle peut aussi être non-écrite.

C'est l'interprétation qui permet de découvrir le sens de la règle dans ses deux expressions : écrite ou orale. La question est de savoir si la méthode

[221] Alexis Kagame *La philosophie bantu-rwandaise de l'être*, *op.cit.* , p. 3-4.

d'interprétation est la même dans ces deux formes d'expressions ou bien s'il y a une spécificité de chacune de ces deux expressions.

III.1.1.4. L'anomie de la période coloniale- L'absence d'un système de droit et de justice légitime et efficace

Le pouvoir colonial a introduit le pluralisme juridique dans le système rwandais de justice sans pouvoir établir une harmonie /cohérence dans la relation de ces deux systèmes opposés au départ dans leurs fondements. Le résultat auquel a abouti le régime colonial au Rwanda se présente comme une sorte d'anomie. L'on peut observer ce fait à partir des contradictions des valeurs, des institutions et des relations sociales qui se sont transformées en sources de conflits[222] qui ont préparé de près ou de loin le génocide contre les Tutsi de 1994.

Cette période sur le plan juridico-administratif se remarque par une précarité qui s'explique par des intérêts divergents des pays colonisateurs et des situations complexes qui se jouaient dans les pays métropolitains (première et deuxième guerres mondiales) et leurs conséquences sur les colonies. Ces contradictions du régime colonial ont abouti à l'anomie de la société culturelle rwandaise. On peut observer au Rwanda à propos de la situation que traversait ce pays après la première guerre mondiale : « Initialement, la responsabilité administrative était confiée aux militaires et il faudra attendre encore quelques années pour que le Rwanda puisse bénéficier d'une administration civile complète[223] ».

La problématique de la rupture ne concerne pas uniquement le domaine politique. C'est aussi un problème qui a touché tous les secteurs de la vie de la société victime du régime de la colonisation. Cette rupture peut s'observer par la déstructuration des normes sociales (lois, coutumes et

---

[222] La naissance des conflits ethniques date principalement de la période coloniale. Non seulement ces conflits sont apparus pendant cette période mais aussi ils ont été exacerbés par le pouvoir colonial à la veille de l'indépendance, à partir de l'intensification l'idéologie de la majorité ethnique comme condition de la démocratie au Rwanda et même au Burundi voisin.

[223] Filip Reytnjens, *Pouvoir et droit au Rwanda. Droit public et évolution politique*, Mussée royal de l'Afrique centrale, Tervuren, 1985, p. 40

interdits culturels et sociaux) et des valeurs qui constituent l'ultime justification de ces normes. Ces normes sociales possèdent aussi le pouvoir de contrainte à des niveaux différents

Les bases sur lesquelles se construisent le droit et la justice étaient fragiles, à en croire les archives des colonies, étant donné qu'elles visaient autre chose que l'essence d'une véritable justice. Pour le comprendre, il faut considérer les sources comme nous les avons analysées dans le chapitre introductif de ce travail. Le contexte de la colonisation a ses propres enjeux qui ne sont pas ceux d'installer une justice solide, mais de viser les intérêts économiques et expansionnistes des États métropolitains. Ici, il est important de voir comment, pour analyser un système de droit dans un pays ou dans un contexte historique donné, il sied d'examiner les enjeux dominants. Ceci détermine les mobiles qui fondent un système de justice donné. Au Rwanda comme ailleurs en Afrique, les mobiles sont ceux de la colonisation en priorité.

La mise en contexte du droit permet de révéler les enjeux à la base d'une construction du droit colonial et sa mise en application par les différents acteurs de la justice (armée, administrateurs, magistrats, etc). La justice à l'époque coloniale, comme on peut le lire dans les archives de cette époque, n'est pas l'affaire des magistrats, mais d'autres acteurs que le pouvoir colonial jugeait utiles en sa faveur. Même l'armée assurait la justice dans ce contexte de la colonisation, s'il cela s'avérait opportun.

Il y a des raisons de questionnement et de recherche de réponses appropriées. Il s'agit d'une réflexion critique sur l'état des lois dans un contexte de dépendance absolue comme celle de la colonisation, surtout en Afrique. Ces interrogations émergent dans ce point de notre travail concernant une interrogation profonde d'un ordre ou d'un système juridique quelconque dans un État soumis à un statut juridique donné. Il s'agit ici du statut plutôt que du régime juridique. Car on peut parler de régime juridique là où il existe un État de droit. L'on peut affirmer qu'il s'agit dans le contexte de la colonisation qu'ont connu les États africains, d'un déni de droit. Il s'agit d'une absence de système juridique au sens propre du terme. Là où il y a absence, au sens d'une domination d'un État sur un autre État, d'un pouvoir légitime qui assure le destin du pays, il y a déni du droit, et

c'est bien cela le contexte africain lors de la colonisation. Il n'y a pas eu uniquement de la domination politique et économique, mais aussi privation des droits dans tous les aspects : droits sociaux et culturels, droits politiques et économiques, etc.

Dans ces conditions on ne peut parler de l'existence d'un ordre juridique quelconque d'un État. L'on peut choisir un seul exemple parmi un nombre considérable d'autres d'écrits à ce sujet. Le porte-parole de la gauche républicaine, Jules Ferry, prononce devant le parlement français :

> Il faut dire ouvertement que les races supérieures ont un droit vis-à-vis des races inférieures. Je répète qu'il y a pour les races supérieures un droit, parce qu'il y a un devoir pour elles. Elles ont le devoir de civiliser les races inférieures[224].

Cet état de chose fut pout le Rwanda, une occasion de réfléchir sur les conditions d'un passage aisé d'un pouvoir monarchique centralisé vers un pouvoir démocratique décentralisé sans qu'il y ait de crise profonde de la société.

C'est l'existence d'un système de droit et de justice solide et cohérent fondé sur des principes et des valeurs et de la loi, reconnu et accepté par le pouvoir en place (en l'occurrence celui de la colonisation) qui pourrait être la condition sine qua none pour assurer une transition harmonieuse. C'est l'absence de ce système cohérent qui fut à la base de la crise qui a suivi et qui a conduit au génocide des Tutsi de 1994. Le système traditionnel n'a pas été reconnu par le pouvoir colonial alors que le système colonial était un système qui correspondait au peuple et à son système de pouvoir.

Le lien entre le pouvoir politique et le système de droit et de justice est nécessaire pour qu'il y ait passage harmonieux. L'absence de cette transition harmonieuse sur le plan politique, juridique et culturel dans son ensemble est la cause de la rupture des institutions d'avant et celles d'après la colonisation. D'où la colonisation est reconnue comme la cause de la rupture de la structure socio politique et du système de régulation de la société rwandaise sur tous les plans. C'est profondément le poids de la colonisation qui marque cette rupture qui a abouti à l'hécatombe du

[224] Ce discours a été prononcé le 28 juillet 1885, http://www.herodote.net/XIX_siecle-syntese-44.php

génocide des Tutsi de 1994. Le texte qui suit constitue un témoignage vigoureux du chercheur juriste qui a non seulement mené des recherches sous forme monographique sur le Rwanda mais surtout il fournit un témoignage tangible du fait qu'il y a vécu pendant une longue période.

> La monarchie jouait dans ce complexe un rôle légitimateur éminent. Bien qu'en fait les pouvoirs du mwami fussent naturellement limités, la théorie de la royauté rwandaise faisait du roi un monarque absolu dans le sens le plus complet du terme. [225]

Cet état de chose n'était pas cohérent avec l'esprit de la colonisation plus précisément à cette époque. Reyntjens poursuit en le démontrant clairement en ces termes.

> Cependant un roi indigène surhumain, et de surcroît souvent perçu comme inhumain était inacceptable par l'Administration belge, étant contraire non seulement à sa perception de la justice, mais également à une administration rationnelle. C'est ainsi que étape par étape l'Administration détruira les fondements symboliques de la monarchie, sans se rendre compte toujours des conséquences à terme dévastatrices de ses interventions qui s'échelonnèrent…[226].

À partir de ces arguments, l'on voit clairement que la situation qui a suivi dans le contexte d'une absence de continuité du droit et de la justice, et même des institutions sociopolitiques cohérentes ne pouvait pas manquer de conduire le pays dans les crises profondes jusqu'au génocide.

Nous pouvons conclure en disant que l'articulation de la théorie politique et juridique est évidente et se manifeste dans cette hiérarchie sociopolitique. Ceci fait que la société politique rwandaise précoloniale est une société théocratique dont l'échelon suivant le sommet constitue la place du roi et en dessous de celui-ci se trouvent les chefs de familles. Cette vision hiérarchique et théocratique fait que le roi et les chefs de familles sont des êtres sacrés dotés d'un pouvoir sacré de procréation et celui de bénir ou de maudire leurs descendants.

Il est surprenant d'apprendre qu'Alexis Kagamé a été empêché par ses autorités hiérarchiques ecclésiastiques d'étendre ses recherches à d'autres

---

[225] Filip Reyntjens, *Pouvoir et droit au Rwanda. Droit public et évolution politique*, *op. cit.*, p. 77-78 ;
[226] *Ibidem.*

sujets qu'il aurait pu développer, conséquence du contexte historique complexe de la colonisation, où l'Église était mêlée aux affaires du gouvernement colonial. Les aspects de son œuvre développés dans ce texte sont des domaines de la philosophie et de l'anthropologie sans y inclure l'histoire et la littérature. La raison justificative est tout simplement d'ordre méthodologique.

III.1.2. Fondements de l'éthos et justice rwandaise traditionnelle

La réflexion consiste à savoir ce qui constitue le fondement éthique pour juger les actions et les conduites des personnes au sein de la société. Les conduites morales affectent tous les autres aspects de la vie des Rwandais durant des siècles de son histoire, étant donné qu'il n'existait pas une nette séparation entre la vie politique, économique, morale et sociale dans la société rwandaise. Tout était lié, c'est pourquoi les valeurs morales semblent commander toutes les autres valeurs de la société. Il s'agit précisément de la problématique des sources morales de la société rwandaise La justice au sens de la loi du droit positif sans fondement éthique n'existait pas au sein de cette société. Pour nous permettre de mieux comprendre l'éthique de la société rwandaise, il faut d'abord examiner la vision du monde dans la sagesse rwandaise.

> En Afrique centrale, trois idées maîtresses forment le support de la structure sociale et de la pensée en général : l'existence d'une force vitale qui unit les générations, la hiérarchie au sein de la famille et la primauté de la communauté par rapport à l'individu[227].

Le fondement éthique de la justice rwandaise est associé à la philosophie ou à la vision du monde des Rwandais, d'une part, et à celle de la conception de la société comme une société communautaire qui repose sur le sens élevé de la cohésion sociale, le partage et la participation collective à la vie de la communauté. Cette conception contraste avec la conception individualiste de la vie en société sur laquelle est construit le droit moderne

[227] Charles *Ntampaka, Introduction aus systèmes juridiques africains, op. cit.,* p. 3

qui prend ses racines dans la modernité occidentale. D'après cette dernière conception l'homme et la société se comprennent sous l'angle du droit positif comme sujets individuels ou collectifs du droit, tandis que celui-ci se définit en tant qu'ensemble des normes qui prennent fondamentalement en charge les droits subjectifs contre tout assujettissement de l'autorité ou de la collectivité.

De l'autre côté, la conception communautaire de la société n'ignore pas les droits subjectifs, mais accorde la priorité à la collectivité qui ne s'oppose pas à ses membres, mais veille plutôt à leur bien-être, sans toutefois oublier le contrôle de la collectivité sur les individus à travers des lois mais aussi d'autres normes sociales qui agissent comme des contraintes, mais non impératives.

Dans les sociétés africaines, il existe deux sortes de lois, les unes obligatoires et les autres non obligatoires, mais exerçant une contrainte sur les comportements des individus au sein de la société. Ceci diffère de la conception individualiste développée dans les sociétés modernes surtout occidentales, où les lois qui ne sont pas des lois impératives ne peuvent pas exercer une contrainte sur les individus, car elles ne sont pas assorties de sanctions.

S'agissant du principe de participation, Ronald Dworkin dit ceci :

> … personne ne peut être considéré comme un membre d'une unité collective s'il n'est pas en position d'intervenir sur ce que fait l'agent collectif comme tel(.) : le rôle de chaque membre doit être ajusté au fait qu'il est un membre égal aux autres[228].

Dans ce point nous examinerons la cosmologie rwandaise et l'anthropologie philosophico- morale pour comprendre la vision globale de la justice. La société rwandaise était une société hiérarchisée avant la colonisation. Cet argument a été prouvé par plusieurs auteurs dont Kagame qui dit :

> Il n'y a aucun doute que les diverses institutions sociales, juridiques, religieuses et même parfois purement culturelles reposent sur des

[228] Ronard Dworkin, ''Deux conceptions de la démocratie'', in Lenoble J. et Dewandre N., *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Esprit, 1992, p. 130.

> principes philosophiques[229]… La vérité est que les mots sont un symbole et que leur signification réelle n'y est pas toujours renfermée.[230]

III.1.2.1. La cosmogonie rwandaise

D'après les Rwandais, l'univers est une sorte de structure à trois étages. Voici ce que dit Kagame :

> L'univers rwandais est disposé en trois étages. L'étage médian est constitué par la terre que nous habitons. Sous la terre se trouve le monde abyssal, habitat de abazimu (esprits des défunts) ; c'est pour cette raison que la région inférieure est appelée i Kuzimu (chez les non-vivants). Au-dessus de la terre est situé l'étage supérieur ou le ciel (ijuru), habitat de Dieu et de certains êtres de force extraordinaire, tel que le tonnerre. Le bleu du ciel est une espèce de rocher en forme de dôme ; il sert de base au ciel et de toiture à la terre. Le dôme gigantesque s'élève de la limite circulaire de la terre[231].

La terre, considérée comme le point central de cette structure cosmique rwandaise, est le domaine de la vie. C'est le lieu habité par les vivants, c'est encore ce lieu qui donne la valeur aux deux autres mondes, qui dans la croyance populaire lui ressemblent bien que ses habitants soient différents et parfois non parfaitement identifiables. L'étage supérieur d'après la croyance populaire est la demeure des êtres puissants dont le personnage considéré comme le chef du lieu (roi d'en haut) est symbolisé par le coq. Ce monde est considéré comme un lieu redoutable, mystérieux, personne même les défunts ne peut y accéder. Tandis que le lieu sous la terre est compris comme la demeure des êtres morts, mais dont la conduite était irréprochable durant leur vie.

Ceux qui meurent dans des conditions non confortables, c'est-à-dire qui ne bénéficient pas des soins de parents au cours de leurs dernières heures de vie ou qui avaient des ennuis dans leurs familles ou dans leur entourage, ne peuvent pas entrer dans cette demeure sous terre. Leur surgissement dans le monde des vivants est redouté, ils peuvent être la source du malheur de leurs

---

[229] Alexis Kagame, *La philosophie bantu-rwandaise de l'être*. Mémoire de l'académie royale des sciences coloniales, Bruxelles, 1956, p. 16.
[230] *Ibidem.*
[231] Alexis Kagame, *La naissance de l'univers,* Imprimerie du Marais, Bruxelles, 1955, p. 23.

parents ou à l'origine de certaines calamités. Dans les expressions courantes, le monde des vivants est appelé *i buntu* et le monde des défunts *i buzimu*. Ce même auteur ajoute :

> Cette présentation de la cosmologie rwandaise ne devrait avoir, dans l'état actuel de nos recherches, qu'une valeur d'hypothèse de travail car une pensée qui n'a pas un seul auteur identifiable mais qui appartient plutôt à la tradition populaire peut difficilement accuser une telle rigueur et cohérence[232].

Les sources de cette conception sont les mythes, les contes ou proverbes, ou des expressions courantes. C'est ainsi qu'il existe une expression de ce genre lorsqu'on s'adresse à une personne en désarroi et qui semble avoir perdu la tête, on dit en kinyarwanda *va i buzimu ujye ibuntu* (quitte le lieu des non-vivants et rentre dans le monde des vivants).

L'idée essentielle que Kagame a pu retenir de cette cosmologie rwandaise est celle de l'étendue comprise comme quelque chose de fini. D'après lui, le fait que la tradition rwandaise a délimité le « monde cosmique », comme étant circonscrit entre les limites de dôme circulaire qui fait comprendre qu'ils ont l'idée d'un univers limité et fini.

Après avoir examiné brièvement la conception de la réalité cosmique dans la culture rwandaise, nous allons essayer de saisir ce qui fonde l'éthique rwandaise.

III.1.2.2. Matrices du lien social

Ce sujet relatif à la sociologie rwandaise est un sujet large et complexe qui exige qu'il faut aller plus loin. Mais, vu le souci de circonscrire notre étude, nous sommes obligé de nous limiter à l'essentiel de ce qui constitue le principe d'organisation sociopolitique du Rwanda précolonial susceptible de nous éclairer dans la compréhension du système juridique et de justice de l'époque précoloniale.

En effet, l'organisation sociopolitique du Rwanda ancien s'ordonnait autour du principe de la cohérence et de l'harmonie à travers des structures familiales solides (liens de sang et liens par alliances matrimoniales ou pacte

[232] Alexis Kagame, *La philosophie bantu-rwandaise de l'être*, *op. cit.*, p. 274.

de sang). Même le pouvoir au niveau national dépendait de cette structure familiale[233]. Le pouvoir national est un pouvoir royal théocratique dans lequel Dieu est l'Autorité Suprême qui règne sur le Rwanda. Il s'agit d'une vision de la grandeur nationale.

Dans ce point nous traiterons du principe de la famille qui assurait la cohérence dans la société rwandaise : *urugo, inzu, umuryango* et *ubwoko*. La cohésion sociale repose sur une communauté de sang et de territoire. Selon Byanafashe :

> Cette entité sociale possède une cohésion interne basée sur trois types de liens : biologiques, affectifs, économiques et sociaux. Ce principe a maintenu sa force de cohésion entre les membres jusque dans ses extensions sociales les plus larges : le lignage, le clan et même les monarchies claniques[234].

La famille rwandaise obéissait au principe double de la patrilinéarité et patrilocalité, excepté la famille royale qui était à la fois patrilinéaire et matrilinéaire à cause du pouvoir royal qui était partagé entre le prince et sa mère, c'est-à-dire le roi et la reine-mère.

a) Imana (Dieu).

L'adage en Kinyarwanda *Imana yirirwa ahandi igataha iRwanda* qui signifie 'Dieu séjourne ailleurs, mais le soir Il retourne pour passer la nuit au Rwanda'. Cet adage montre le rôle et la place que le peuple rwandais accordait à Dieu, *Imana*. Cet adage veut encore signifier que dans l'imaginaire des Rwandais, Dieu a pour demeure le Rwanda. D'où une vision qui consiste en ceci que le Rwanda est un lieu de prédilection d'Imana, Dieu. Ici, il faut comprendre que la signification d'Imana n'est pas à attendre au sens commun de Dieu. Les Rwandais avaient une signification de prédilection de Dieu envers son peuple rwandais. Dieu est non seulement le gouverneur du Rwanda, mais Il est le Père qui aime ses enfants et leur demeure. L'on ne peut aimer ses enfants sans aimer leur domicile. Si l'on aime ses enfants l'on aime aussi là où ils habitent. Pour le Rwanda, entre l'homme et Dieu, il y a une relation de filiation étroite.

---

[233] Déogratias Byanafashe, « La famille comme principe de cohérence de la société rwandaise traditionnelle », in *Les cahiers. Lumière et Société*, n° 6, août, 1997, pp. 3-26.
[234] *Ibidem*.

Pour corroborer cet argument, Jean-Luc Galabert dit ceci : « La dimension sacrée de son autorité puise sa légitimité dans le rapport qu'entretient l'ensemble de la société avec la nature et les forces invisibles qui la fécondent ou la stérilisent[235] ».

Imana est aussi la source de moralité dans la culture rwandaise. Il est le créateur de l'univers et de tout ce qui existe. Dieu est le Créateur et la providence. Non seulement il a créé l'univers, les choses et les hommes, mais aussi il continue à s'occuper de ses créatures.

La source de la normativité régissant le peuple rwandais et les autres peuples africains à l'époque précoloniale dans son ensemble dépend de cette croyance en l'être suprême. Non seulement cette croyance inspire le droit mais aussi les autres normes comme la morale, les comportements sociaux comme tels et aussi le monde religieux. Il faut souligner qu'il existait une compénétrabilité entre ces divers univers normatifs chez les peuples africains anciens. Mais cela montre aussi que le fondement de toute chose dans la culture rwandaise se trouve dans la religion. C'est dans la religion que l'on trouve le fondement de toute valeur et de toute norme solide. La religion possède aussi une dimension communautaire plutôt qu'individualiste. Même les valeurs morales ont principalement ce caractère communautaire.

> De façon habituelle, parler des religions africaines revient à l'inventaire des pratiques fétichistes, magiques, superstitieuses, vaines croyances et culte des ancêtres et des génies ou esprits, etc. Pourtant la clé de voûte de notre univers religieux se trouve dans cette croyance et reconnaissance à l'égard de cette réalité suprême qui porte divers noms locaux (.) Ne pas comprendre cela, ce n'est rien comprendre à l'essentiel de notre patrimoine religieux[236].

La loi naturelle a pour législateur, en effet, l'être suprême *Imana*. Cette loi naturelle consiste à reconnaître ce qui est bien à faire et ce qui est mal à éviter. Cette loi est inscrite dans la nature humaine du Rwandais pour le Créateur. *Imana* non seulement a élaboré cette loi, mais aussi il éveille à son application à travers les êtres désincarnés, c'est-à-dire, les esprits des

---

[235] Jean-Luc Galabert, *Les enfants d'Imana*, Izuba, Lassay-le-chateaux, 2012, p. 418.
[236] Bernardin Muzungu, *Le Dieu de nos pères. Les sources de la religion traditionnelle du Rwanda et du Burundi*, T1, Presses Lavigerie, Bujumbura, 1974, p. VIII.

ancêtres naturels ou adoptifs[237]. Transgresser cette loi morale implique violer cette loi divine. C'est là le fondement éthique du Munyarwanda. Le respect de cette loi morale relève de l'harmonie socioreligieuse. Dieu n'est pas éloigné de la société humaine et les membres de cette société ne sont pas isolés les uns des autres. Il y a une harmonie sociale et cosmique. Dieu veille non seulement à l'ordre social, mais aussi à l'ordre de l'univers qu'il a créé.

La morale du Munyarwanda dépend de tout cet ensemble. Cette vision de la réalité témoigne du sens très poussé du sacré et d'une vision transcendante de l'existence humaine. Celle-ci ne se limite pas à ce que nous voyons, mais se situe dans un réseau complexe. L'homme est en étroite relation avec Imana à travers les ancêtres. Ceux-ci assurent la médiation entre Imana et les hommes.

D'après Muzungu Bernardin, le régime monarchique considéré comme de droit divin faisait du Rwanda une théocratie. C'est à ce titre affirme-t-il, qu'on pouvait parler du *Imana y'i Rwanda*, le Dieu du Rwanda. Le concept de *théocratie* a pour signification, le pouvoir dans lequel l'autorité, considérée comme émanant de l'Être suprême, est exercée par un groupe de personnes ou par un souverain, représentant sur cette terre de cet Être suprême. La nation elle-même était considérée comme appartenant exclusivement à Imana. Cette participation au pouvoir divin faisait du roi une personne sacrée, et le patriotisme était considéré comme un devoir sacré.

b) Umwami

Voici comment Gérard Prunier décrit la place du roi : « Mais le roi n'est que le sommet d'une pyramide complexe des relations politiques, culturelles et économiques »[238].

---

[237] Alexis Kagame distingue ces deux catégories d'esprits dans la culture rwandaise. Les esprits naturels sont ceux des ancêtres qui sont morts, tandis que les esprits désincarnés sont ceux à qui on doit des rites de sacrifices mais dont on ne connait l'existence que par des mythes de la culture, notamment, les mythes religieux.

[238] Gérard Pruner, *Rwanda, 1959-1995. Histoire d'un génocide*, Dagorno, Paris, 1997, p. 21.

Suivant la signification plus profonde du Rwanda ancien, *umwami* ou le roi n'est pas du rang des communs des mortels, il est de rang divin. Voici une partie d'un des plus anciens poèmes qui essaie de dire ce qu'est le Roi dans la conception rwandaise.

Permettez que j'apprenne au roi le lieu où habite Imana :
Imana, je le contemple en la demeure que voici.
Je trouve que le roi est Imana rendu accessible à nos prières,
L'autre Imana, c'est lui qui le connaît,
Nous voyons le roi quant à nous.

Celui-ci est le plus grand de nos prédécesseurs,
C'est lui Imana, c'est lui le Tout-puissant
C'est lui Imana auquel nous demandons du feu ;
Voulant être riches, c'est chez lui que nous allons chercher les bénédictions.

Le souverain que voici boit le lait trait par Imana,
À son tour il trait pour nous.
Ainsi le lait devient abondant au Rwanda. »

Les autorités politiques, *Umwami* ou le roi et *abatware* ou les chefs, considérées comme des médiateurs entre Imana et les hommes, étaient aussi comprises comme sacrées.

c) Abatware et Ibisonga ou les chefs et les sous-chefs politico-administratifs

Les chefs politico-administratifs[239] appelés *abatware* en Kinyarwanda, étaient des autorités de l'ancien Rwanda qui occupaient un rang directement inférieur à celui du Mwami. Non seulement ils assumaient les fonctions politico-administratives dans la monarchie rwandaise, mais ils étaient aussi des juges à l'échelle intermédiaire entre les juridictions de base ou les juridictions de famille appelées gacaca et la cour du Mwami. L'on pouvait distinguer trois domaines dans leur fonction. D'abord, il y avait le chef de

[239] Alexis Kagame, *Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial*, *op. cit*.

l'armée sociale. Celui-ci s'occupait des affaires de l'administration, chargé surtout des affaires politico-militaires du pays. Ensuite, il y avait des chefs du sol, chargés de l'administration des affaires foncières. Enfin, il existait des chefs chargés de l'élevage, surtout l'élevage du gros bétail.

d) La société

La société rwandaise comprend deux dimensions verticales et horizontales. La première concerne la relation entre l'homme et la divinité ainsi que les esprits et le roi qui représente Imana, tandis que celle horizontale concerne les relations entre les membres de la société regroupés dans les différentes familles naturelles ainsi que les corporations ou les armées sociales. Cette double solidarité non seulement faisait de l'homme *munyarwanda* un être sacré, mais aussi lui conférait toute sa valeur. D'autre part, les hommes en société ont besoin de l'autorité pour harmoniser les devoirs et les droits des membres ainsi que les relatons entre les personnes.

Le Rwanda, d'abord formé par des petits royaumes, s'est finalement constitué en État, le Rwanda et tous les Banyarwanda[240] se sont retrouvés dans ce « État-Nation ».

> Les Banyarwanda se rencontraient dans plusieurs cercles concentriques, dans des Institutions qui soudaient ensemble et cimentaient leur *ubunyarwanda*. Ils se rencontraient sous la même Institution *Ubwami*, dans différents corps d'armées *Ingabo*, pour la défense de la nation.[241]

Il existait d'autres structures d'initiation et d'encadrement de la jeunesse appelées *itorero*, une sorte de corporation chargée de l'éducation. La langue Kinyarwanda était l'unique langue du pays. Non seulement elle est demeurée un instrument d'unité nationale mais aussi le véhicule de la culture dans le domaine de la morale, des œuvres historiques, littéraires, artistiques, poésies, proverbes, contes, musiques, etc.

---

[240] Le concept de Banyarwanda a été utilisé, et même jusqu'aujourd'hui pour exprimer la même signification que celle des Rwandais. Certains auteurs rwandais considèrent ce concept comme ayant une signification plus exact du Rwanda dans la langue Kinyarwanda. Le préfixe *ba* exprime la catégorie de personnes regroupées soit en famille restreinte, intermédiaire ou nationale.

[241] Antoine Mugesera., « De la destruction des valeurs rwandaises fondamentales », in *Education à l'unité*, *Cahiers Lumière et Société*, n°18, Juin 2000, pp. 19-39.

e) La famille

La famille est le noyau central de la société rwandaise. Elle comprend la famille nucléaire et la famille élargie. Cette notion de famille exclut celle de l'individualité dans la culture rwandaise. Si le sujet existe en tant que membre actif de la société, au Rwanda cette conception est à dissocier de celle de l'individu au sens d'un sujet isolé des autres personnes au sein de la famille élargie et de la société. Au Rwanda cet être individuel n'existe pas, car toute personne est liée aux autres par des relations solides et complexes. Cette conception du sujet revêt une signification profonde au sein de la société rwandaise et africaine en général.

La famille est le lieu par excellence où les valeurs fondamentales sont cristallisées et où se déroule l'éducation fondamentale des enfants. La personne appartient d'abord à sa famille qui lui reconnaît sa valeur, qui la protège et définit sa place au sein du groupe. Elle est l'intermédiaire entre le sujet personnel et la société dans son ensemble.

En effet, dans l'histoire du Rwanda, la notion de famille a une importance remarquable étant donné qu'elle est liée à celle de la nation. La nation rwandaise d'avant la colonisation s'est construite autour de l'idée de famille. D'où l'appellation de *Rubanda rw'umwami* ou le peuple royal, au sens de la population nationale. La famille était constituée des structures hiérarchisées selon l'ordre de l'étendue et du pouvoir[242] sur ses membres. C'est ainsi qu'on peut distinguer, les familles primaires constituées du père, de la mère et de leurs enfants non mariés, les familles étendues et la famille nationale. L'évolution de la signification de la nation va de pair avec celle de famille. Sous cet angle l'on distingue dans l'histoire du Rwanda précolonial deux phases dans lesquelles on remarque un changement de signification des structures de la famille en fonction de l'évolution de la signification de la nation. En effet l'évolution de l'organisation sociale de type communautaire va influencer la notion de la nation. Ce phénomène d'évolution sociale marque le passage des royautés encore divisées vers la

[242] L'autorité de la famille sur ses membres est à la fois politique, judiciaire et religieuse.

dynastie *nyiginya* qui crée un pouvoir central du Rwanda au sens propre d'une nation[243].

f) Les solidarités traditionnelles

Gérard Nyirimanzi a essayé de classifier les solidarités caractéristiques de la société rwandaise traditionnelles sous différentes catégories.

1. Les solidarités familiales

Ce type de solidarité constitue la principale catégorie des solidarités qu'il décrit. Il s'agit de la catégorie des solidarités naturelles ou biologiques fondées sur des relations familiales. C'est sur ce lien que se greffe l'unité nationale qui est la manifestation plus large de la famille selon la compréhension culturelle rwandaise.

2. Les solidarités sociales

Celles-ci sont constituées des corporations sociales au niveau national avec comme modèle le plus connu *Ingabo* ou les armées sociales, comme on l'a vu plus haut qui étaient à la fois des cadres de socialisation de la population et de formation militaire.

3. Les solidarités économiques

Le Rwanda comprenait deux principales activités économiques : l'élevage et l'agriculture. Ces deux activités ont généré deux types de relations socialement solides : ubuhake et ubukonde. La première catégorie est basée sur l'élevage et la seconde sur l'agriculture.

4. Les solidarités idéologiques

Celles-ci relèvent de la religion. La croyance en un seul Dieu créateur a soudé les Rwandais dans la construction idéologique de la société. Celle-ci s'exprime dans des symboles et rites communs.

g) Le sujet ou la personne

La personne dans la culture rwandaise est conçue comme un être essentiellement social. Il est un-être-avec-autrui. On le comprend selon la

---

[243] Déogratias Byanafashe, « La famille comme principe de cohérence de la société rwandaise traditionnelle », *op. cit*.
La dynastie *nyiginya* est la dynastie royale qui a régné sur le Rwanda pendant toute la période précoloniale après l'unification du pays en un seul royaume appelé le Rwanda.

ligne de Servilien Sebasoni[244] l'homme : *kuba*, être, *kubaho*, être-là et *kubana*, être-avec-autrui. La relation sociale définit la place de l'homme dans la société, dans l'univers et sa relation avec Dieu. C'est sa famille qui lui donne son identité. Il est caractérisé par *umutima* ou *roho (*mot d'origine swahili) et *umubiri*. Selon Kagame l'homme comprend, dans la conception rwandaise traditionnelle, *umubiri*, *umutima* et *igicucu*.

III.1.2.3. Les valeurs morales fondatrices de la société/culture rwandaise ancienne

Les valeurs qui constituent la moralité rwandaise sont nombreuses, les unes sont explicites tandis que d'autres font partie des pratiques des Rwandais. Les énumérer serait un travail superflu, citons-en simplement quelques-unes : communion *ubusabane*, unité, *ubumwe* intégrité, *ubupfura*, justice *ubutungane*, vérité *ukuri*, solidarité *ubusabane* au sens du vivre ensemble et réconciliation *ubwiyunge*. Elles constituent des valeurs piliers autour desquelles la moralité culturelle rwandaise se trouve édifiée.

Les valeurs ajoutées aux matrices du lien social constituent la base du vivre ensemble du peuple rwandais. L'on ne peut pas parler de la réconciliation sans essayer de retrouver les vertus morales traditionnelles. S'il faut chercher les textes justificatifs de cet argument et bien d'autres avancés dans ce texte comme preuves rassurantes, il faut aller dans les proverbes rwandais qui contiennent des expressions millénaires qui affirment ce que l'on dit dans les domaines divers. C'est pourquoi il est reconnu dans la conviction des Rwandais que l'unité et la réconciliation doivent d'abord se réaliser en tant que communion de tous les Rwandais.

Cette communion est à situer au niveau de la conscience individuelle d'*Umunyarwanda*. Pour pouvoir développer les valeurs de l'éthique sociale, le *Munyarwanda* avait au fond de sa conscience le sentiment d'intégrer l'autre dans sa sphère de vie, dans sa conscience. La présence de l'autre ne constitue pas quelque chose d'encombrant ni une présence gênante qui pèse sur sa conscience. Cette communion est plutôt une reconnaissance et une

[244] Servilien Sebasoni Manzi., *Les origines du Rwanda*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 115.

intégration dans la sphère d'existence de l'autre, non pas avec indifférence, mais comme constituant une dignité à reconnaître et à promouvoir. Ceci exige un effort de dépassement de soi, une sorte de mort de soi-même, de son égoïsme et de son ethnisme, pour une résurrection dans la convivialité véritablement éprouvée.

Cette communion se situe au niveau des relations entre deux membres d'un petit groupe ou du quartier avant de s'étendre à l'échelle sociale plus large, et même à l'échelle de la société nationale. Il faut alors dépasser l'individualisme matérialiste et les considérations ethniques. Les différentes valeurs basiques de la culture rwandaise sont à concevoir sous l'angle de la relation communautaire des personnes au sein de la société. Chaque valeur appelle d'autres valeurs pour constituer ensemble un bloc sous forme du socle de la vie familiale et sociale des Rwandais.

Toutes les institutions culturelles sont aussi construites sur ce socle de valeurs qui sont liées les unes aux autres. L'être sacré ou *Imana* est non seulement le garant de ces valeurs pour veiller au respect des liens sociaux solides, mais il est le promoteur primordial. Il est le Législateur suprême de toutes les lois et coutumes de la culture elles-mêmes reposant sur le fond de ces valeurs. Durant les temps immémoriaux, les Rwandais ont entretenu une relation étroite avec l'être suprême. C'est pourquoi, il est à présent invité à reconnaître et à valoriser le sens du sacré.

L'existence en effet perd sa signification profonde chez le Rwandais si elle se limite uniquement à ce qui est immédiat, visible ou palpable. Elle trouve son véritable sens lorsqu'elle se situe dans un projet lointain qui vise la transcendance de l'homme non pas dans le sens de son plus être uniquement mais vers ce qui est Autre, Absolu, Transcendant à qui on donne le nom d'*Imana*.

Il convient de souligner les valeurs éthiques qui ont permis l'organisation de la société rwandaise dans tous ses aspects. Ces valeurs ont soudé la société durant des siècles et ont facilité la bonne marche de la vie de notre société. L'événement de la colonisation est venu détruire ce qui constituait la cohésion, ou du moins la source et la communion de la vie des Rwandais.

La destruction des valeurs proprement humaines par la colonisation a provoqué la désarticulation de la société rwandaise sur tous les plans (social,

moral, culturel, religieux, juridique, etc.), lequel phénomène a conduit au génocide. Le génocide des Tutsi qui constitue l'étape culminante de la crise profonde de la société a mis fin non seulement aux valeurs humaines comme telles mais a aussi détruit les bases de ce qui constitue l'humanité dans l'homme[245]. Ici le mal a été conçu comme l'ultime bien tant recherché. La phase préparatoire du génocide constitue le règne des antivaleurs : le non-respect de l'autre, la discrimination, différentes formes d'inégalités. Dans la société rwandaise le droit et l'éthique sont étroitement liés dans la conception de la justice. La loi n'est pas la seule norme juridique qui gouverne la justice, il existe aussi des principes moraux ou culturels qui concourent à la justice

III.1.3. Fondement juridique de la justice rwandaise traditionnelle

> Les diverses prescriptions décrites dans ce Code expriment le passé de notre pays. Dans ce passé, seuls certains éléments sont incompatibles avec la nouvelle orientation de notre mentalité christianisée et progressivement occidentalisée. Ce sont ces éléments démodés qui doivent être rejetés. Quant aux points exprimant le côté vital et permanent de notre passé, il ne peut être question d'en faire abstraction dans notre évolution, sans nous exposer à de graves dangers d'ordre social[246].

Le fondement normatif du droit de cette époque est celui de la coutume ayant les caractéristiques de loi avec sa composante de contrainte sociale obligatoire. Il faut signaler en passant que la coutume n'était pas écrite, mais étant donné qu'elle constituait la norme de conduite de la société, elle était exprimée oralement, mais elle était connue parfaitement par la population si bien qu'elle constituait la ligne de conduite dans les pratiques de la vie quotidienne, dans l'éducation des jeunes rwandais, et orientait le système judiciaire de cette société. Elle assurait principalement le mode de régulation sociojuridique de la société rwandaise précoloniale.

---

[245] Emmanuel Levinas, *op.cit.*.
[246] Alexis Kagame, *Le code des institutions politiques du Rwanda precolonial*, *op.cit.*, p. 10

Le phénomène à critiquer qui est couramment en pratique en Afrique est celui de la séparation, de la rupture, commencée par la colonisation et continue après celle-ci, entre les moyens de résolution des conflits traditionnels et modernes. Cette rupture a été soutenue par maints chercheurs et acteurs politiques africains considérant ces institutions traditionnelles comme étant en marge d'autres institutions politico-juridiques modernes. Cette considération est critiquable et a empêché ces moyens traditionnels de résolution de conflits d'évoluer pour contribuer au bien-être et à l'intégration harmonieuse de ces sociétés. L'unité du système africain se retrouve à la fois dans les structures sociopolitique et juridique. Le fait que le chef est en même temps juge n'est pas étonnant dans un système social. Ce qui est important est qu'il est censé incarner les valeurs de la société et suivre les principes que cette société met en avant. La combinaison de cette double fonction résulte justement de la conception sociale de la population qui est une conception non pas de séparation des domaines mais leur unité. C'est un principe philosophique qui guide la conduite et les actions des dirigeants et de l'ensemble de la société.

Le Rwanda a opéré un pas par rapport aux autres pays africains dans l'intégration de ces institutions traditionnelles dans d'autres institutions modernes. Nous connaissons un nombre suffisant d'exemples qui illustrent cette capacité d'intégration des institutions traditionnelles dans les institutions modernes. Ceux que l'on peut citer sont : itorero comme système d'éducation traditionnellement rwandais. Imihigo ou contrat de performance comme des moyens qui existaient dans la société rwandaise traditionnelle. Ce sont des vœux ou des promesses que l'on faisait pour réaliser un projet quelconque. On s'y tenait jusqu'à l'accomplir sans quoi l'on pouvait courir un risque de malheur automatique. La capacité d'intégration des institutions traditionnelles a plusieurs avantages dans le développement socio-politique et économique d'un pays.

1° avantage : assurer une évolution continue de la société sans rupture

2° avantage : enraciner le développement dans tous les aspects d'un pas dans son identité culturelle

3° avantage : légitimer les institutions dans leur terroir culturel

4° avantage : permettre à la population de vivre son identité socio-psychologique en conformité avec son identité culturelle.

III.1.3.1. Le système de droit et de justice

Dans le Rwanda précolonial, depuis plusieurs siècles avant la colonisation, le pouvoir central était organisé au travers des institutions aussi organisées[247]. C'est cela qui a permis une bonne élaboration de la législation sous forme d'un système de lois, bien qu'elle ne fût pas condensée dans des documents écrits, mais exprimée dans une littérature traditionnelle qui avait sa valeur, celle essentiellement des textes poétiques. Cet argument qui soutient l'existence d'une législation rwandaise avant la colonisation est corroboré par plusieurs auteurs historiens et anthropologues.

> Dans l'ancien Rwanda, la position et les pouvoirs du mwami faisaient partie d'un ordre social global où l'importance des éléments d'ordre mythique et religieux était grande. Cet ordre était pyramidal et équilibré…
>
> Le concept de la royauté sacrée rwandaise comportait notamment les dimensions suivantes : (a) un ensemble symbolique incorporant les caractéristiques sacrées de la fonction royale ; (b) un cadre idéologique procurant une légitimité à l'organisation des relations sociales ; (c) un axe institutionnel autour duquel se développait la vie politique du royaume(.)[248]

a) Le système de droit divin

Le Rwanda ancien était considéré comme une société théocratique de pouvoir divin. Dieu était considéré comme le Roi et Législateur Suprême[249].

Rappelons que la justice au Rwanda précolonial allait de pair avec une bonne gouvernance, surtout pendant le règne du monarque Mibambwe

---

[247] Gamaliel Mbonimana, « Le royaume du Rwanda des origines à 1900 », in Byanafashe D., (dir.), *Histoire du Rwanda des origines au XX e siècle*, Université Nationale du Rwanda, Huye, 2011, pp. 85-172.
[248] Filip Reyjtens, *op.cit*., p. 77.
[249] Bernardin Muzungu, *op. cit*. 8.

Gisanura[250] qui régna au 17ème siècle. Celui-ci se distingua dans sa façon de gouverner le pays dans une grande justice. Il a fait régner la justice sociale dans le sens de la justice distributive, l'instauration du débat contradictoire dans le procès judiciaire (instauration d'une procédure judiciaire qui n'existait pas avant lui), il instaura aussi la procédure d'enquêtes secrètes pour rechercher des preuves. Il faut examiner les deux aspects positifs et négatifs de la justice pendant ces trois périodes de l'histoire. Nous ferons l'analyse de cette phase du droit en partant des textes des lois tels qu'ils sont élaborés par rapport aux réalités sociales rwandaises. Ceci nous permettra de comprendre l'incohérence de ce droit.

Pour saisir la crise de cette période, il faut se reporter aux structures socio-politiques de la société telles qu'elles étaient vécues avant la colonisation. Ceci nous permet de découvrir l'origine des crises sur le plan de la justice dans son ensemble.

b) Le système du droit coutumier

Le droit coutumier du Rwanda ancien comprend le droit politique ou constitutionnel, le droit public et le droit civil ou le droit des personnes dans leurs relations particulières dans la société. Le droit constitutionnel est contenu dans le code *ubwiru*, appelé *code ésotérique*, les droits public et civil sont présentés par Alexis Kagame[251]. Les autres sources peuvent nous servir pour étayer les arguments présentés par cet auteur car celui-ci nous a présenté ses recherches dans le souci permanent de faire connaître le régime juridique élaboré et pratiqué dans le Rwanda ancien.

c) Les sources normatives du Rwanda ancien

Dans toute organisation humaine, l'on peut distinguer deux éléments essentiels qui définissent cette organisation. Il y a les principes fondamentaux à la base des normes et des valeurs et les formes à laquelle on attribue ces principes et normes qui commandent les actions. Ces principes

---

[250] Selon Byanafashe Déogratias, ce monarque a mis en évidence la justice sociale sous la forme de l'Etat providence dans l'Europe moderne.

[251] Alexis Kagame, *Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial* s'intéresse au droit public et *Les organisations socio familiales du Rwanda ancien* concerne le droit civil.

sont à la fois de l'ordre axiologique et normatif. L'organisation sociopolitique rwandaise obéit à ce principe de base. Ces principes et valeurs de la société rwandaise sont hiérarchisés. On distingue des normes et des valeurs majeurs et mineurs.

Pour pouvoir comprendre ce point, il faut d'abord examiner l'aspect de l'organisation politique de la société rwandaise. Cette société était une société remarquablement organisée et hiérarchisée en tant que société politique nationale au sens propre du terme. Les sources qui justifient cet argument sont à la fois historiques, juridiques et anthropologiques.

> À travers une nouvelle lecture de l'histoire de l'Afrique noire, on peut se rendre compte de l'existence d'institutions locales qui traversent des périodes successives, généralement transmises au moyen des traditions orales et des coutumes, avec des caractéristiques et des dimensions particulières qui en font des ensembles de dispositions sociales cohérentes, servant de guide aux rapports sociaux. Ajoutons que ces dispositions – principes, règles, directives, assemblées - ne sont pas forcément édictées par une autorité politique. Et ceci est aussi valable lorsqu'elles revêtent un caractère juridique. Malgré le fait que cette réalité soit arrivée à notre époque, et que personne n'ose nier qu'elle est concrète, les chercheurs et les politiciens autant à l'extérieur qu'en Afrique même semblent obstinés à l'ignorer ou du moins à lui attribuer une place très secondaire. Rarement ces réalités dépassent la curiosité muséologique ou folklorique pour être intégrées à l'étude et à l'analyse prospective sur la condition actuelle des « États » africains et sur l'avenir de ces sociétés[252].

« Il faut toutefois ajouter que le pouvoir politique n'est pas fort parce qu'un État existe - sous-entendu comme force - mais plutôt parce que la source de sa légitimité se trouve dans la constitution d'assises sociales internes. »[253]. La colonisation a légué à l'Afrique une structure mentale et des institutions non légitimes.

La hiérarchisation des normes, coutumes, interdits et valeurs permet de se rendre compte de la manière dont la société était construite. Ici, il faut alors distinguer les valeurs sociales majeures et les valeurs sociales mineures. Ensuite, distinguer les lois, plus contraignantes par rapport aux

---

[252] Daniel Dos Santos, « La place du droit coutumier dans la formation des Etats africains », in *Atelier du CR03 au XVe Congrès international des sociologues de langue française*, Ducroux Anne-Marie (dir.), Québec, 2002, pp. 1-17.
[253] *Ibidem.*

coutumes, considérées comme moins obligatoires. Les lois peuvent être des principes ou des règles tout simplement. Enfin, les interdits majeurs et mineurs.

d) Ubwiru ou le code constitutionnel de la royauté du Rwanda ancien

Ubwiru constitue une source du droit rwandais plus intéressante si l'on y pénètre pour constater sa grande richesse non seulement comme source du droit mais aussi comme texte constitutionnel oral. Bien que ce document légal soit d'un genre littéraire oral, il contient une source profonde du droit rwandais précolonial. Voici ce que dit Jean-Luc Galabert :

> Les différentes voies « inzira » composant l'ubwiru formaient une sorte de constitution rituelle. Cette loi fondamentale du royaume avait la forme de textes mémorisés qui déclinaient très précisément le protocole des rites royaux[254].

Ubwiru c'est un mot kinyarwanda qui se traduit par le secret ou ce qui est caché. C'est le sens premier ou général de ce concept. Plus spécifiquement, il signifie un genre littéraire particulier du Rwanda précolonial, ou le code de la royauté[255]. Selon Byafashe Déogratias :

> Le code dynastique ou royal, le genre littéraire le plus ancien de notre littérature orale est un document oral officiel qui était détenu sous forme d'un poème par les spécialistes appelés Abiru [...] Ces dépositaires étaient des conseillers spéciaux du roi en matière des règles relatives au pouvoir et au comportement du roi lui-même[256].

L'institution d'Ubwiru ou le code dynastique royal du Rwanda précolonial a été traduit par Alexis Kagame comme *le code ésotérique* ou aussi, le « code cérémonial ésotérique de la dynastie », mais aussi, il a été traduit par d'autres[257] comme *le rituel royal*. Ubwiru est donc considéré comme la constitution du pouvoir monarchique du Rwanda ancien. Étant

---

[254] Jean-Luc Galabert, *op. cit.*, p. 245.
[255] Roger Héremans, *Introduction à l'histoire du Rwanda*, De Boeck, Bruxelles, 1973.
[256] Déogratias Byanafashe, ''Les sources de l'histoire du Rwanda'', in *Histoire du Rwanda. Des origines à la fin du XX ème siècle*, Université Nationale du Rwanda, Huye, pp.
[257] Marcel Heltefert et André Coupez, *La royauté sacrée de l'ancien Rwanda. Texte, traduction et commentaire de son rituel*. Musée royal de l'Afrique centrale, Tervuren, 1964.

donné son expression sous forme de poèmes cela constituait une épineuse difficulté de l'étudier en profondeur mais assurait une bonne mémorisation. Ubwiru, comme Kagame l'a fait connaître, est une sorte de code des lois de la royauté. L'importance attachée à ce code dénote sa valeur constitutionnelle du pouvoir royal rwandais.

Kagame a essayé d'expliquer ce qu'est ubwiru. Il s'agit, selon lui, d'un document du genre littéraire poétique oral. Cette forme poétique, ajoute-t-il, permettait sa conservation sans la moindre altération, car l'altération par ajout ou par omission entraînait la sanction de la peine de mort contre le dépositaire qui se révélait responsable de cet acte considéré comme un crime à l'égard de la nation tout entière, étant entendu qu'il s'agissait d'une faute contre le pouvoir national. Voici ce que Kagame dit au sujet de son contenu :

> Le contenu du « Bwiru » est plus vaste que les poèmes dont le code se compose. Il y a en effet deux sections qui ne sont pas formulées dans les poèmes ; à savoir irage ry'abami ; ce qui signifie : « les dernières volontés des Rois, que leurs successeurs devaient exécuter à perpétuité, à l'égard des lois particulières »[258].

À cette première section, il ajoute la deuxième *Umurage w'ingoma,* qui signifie : le testament de succession au trône, lequel poème contenait les autres lois de succession au trône telle que la loi relative au choix des reines-mères de la lignée royale répartie sur quatre des générations des rois[259] ». Il ajoute, en explicitant la structure de ce code :

> La section la plus étendue de ce code est constituée par 18 longs poèmes, appelés « Voies ». Les dépositaires du code qui étaient très nombreux, ne connaissaient pas tous l'entièreté du code. Chacun d'entre eux ne connaissait que les passages dont le roi l'avait investi[260].

---

[258] Alexis Kagame, *La notion de generation appliquée à la généalogie dyanstique et à l'histoire du Rwanda*, ARSC, Bruxelles, p. 14.

[259] Le choix des reines-mères était aussi prévu dans ce document constitutionnel plutôt qu'être un simple choix de principe au moment de ses fiançailles. Ceci se justifie par le fait que la reine-mère jouait un rôle important dans le mandat de règne des rois rwandais de cette époque.

[260] Alexis Kagame, *La notion de generation appliquée à la généalogie dynasitique et à l'histoire du Rwanda, op. cit.,* p. 12.

C'est un document à caractère constitutionnel car il organise le fonctionnement des institutions politiques de la royauté du Rwanda ancien. La valeur constitutionnelle de ce texte était telle qu'il se distinguait par son invariabilité. Ce code, en effet, ne connaissait pas d'altération comme Kagame nous l'a fait connaître.

Voici ce qu'il témoigne :

> Lorsque le monarque convoquait ses fonctionnaires en vue de se faire déclamer le code, l'entretien se déroulait toujours devant des témoins qualifiés. Oublier un passage du poème dont vous avez été investi, cela équivalait à une espèce de trahison qualifiée et le coupable était immédiatement exécuté[261].

Cette rigueur liée au respect de la constance du code pendant plusieurs générations explique justement la stabilité des institutions politiques de la royauté. C'est pour cette raison que nous affirmons sans conteste que ce code d'*ubwiru* est un code réellement constitutionnel, quant à son objet, sa nature, sa structure comme texte poétique et à sa finalité pour la nation toute entière.

Selon Kagame, *Ubwiru* joue à la fois le rôle de témoignage historique et anthropologique, mais permet aussi de comprendre l'histoire de la justice rwandaise, étant donné qu'il est la seule source orale qui ait gardé une grande constance, sans qu'il eût pu être modifié par le temps ni par des événements multiples qui affectent généralement des sources historiques orales. Sans le considérer du côté surtout d'une histoire rigide, des faits, ubwiru présente comme caractéristique légale, un principe de normativité plus constante par rapport aux autres sources du même genre. *Ubwiru* remplit à la fois le rôle de témoignage historique, de genre littéraire oral et le rôle de loi constitutive ou sorte de charte nationale du Rwanda précolonial.

Voici ce que dit encore Alexis Kagame : « L'histoire du Rwanda ne se comprendrait pas en dehors d'Ubwiru, car les événements les plus décisifs y ont trouvé leur fondement…[262] »

---

[261] *Ibidem.*

[262] Alexis Kagame., *Un abrégé de l'ethnohistoire du Rwanda*, t 1, Editions universitaires du Rwanda, Butare, 1972, p.11.

L'exigence reconnue aux juristes concernant la structure des lois serait-elle reconnue à ces sources d'ordre oral ? Nous répondons par l'affirmative car ce qui est légal ne repose pas uniquement sur la structure formelle des textes de lois, mais surtout sur le contenu qui en fait véritablement une loi. Ubwiru remplit donc cette condition du contenu légal.

Selon Byanafashe[263], Kagame a divisé ubwiru en quatre catégories de poèmes : *irage ry'umwami* ou testament personnel de chaque souverain, *umurage w'ingoma* ou testament de succession au trône, *inzira z'ubwiru* ou poèmes formant le texte officiel retenu par cœur par les ritualistes Abiru et qui montrent comment on doit procéder pour assurer le bonheur du pays, *intekerezo z'ubwiru* ou histoire et commentaire des trois titres précédents.

Ubwiru avait deux fonctions : la fonction rituelle et la fonction législative. Législative car ubwiru était une institution dont les fonctionnaires s'appelaient abiru qui étaient des créateurs de cette forme de législation pour assurer la permanence des institutions politiques et asseoir la stabilité de la royauté. Ubwiru en tant qu'institution législative est le Parlement actuel. Tandis qu'ubwiru, comme texte oral sous forme poétique est un texte constitutionnel. Voici ce que dit le professeur Mbonimana Gamaliel :

> On pourrait dire par analogie que l'institution ubwiru contenait à la fois la loi fondamentale de la royauté, les lois et règlements ainsi que les rites propres à conjurer les malheurs réels ou possibles et à assurer la fertilité des champs, la fécondité des hommes et du bétail, l'annexion et la domination des pays étrangers conquis par le Rwanda[264].

Ce qu'il faut comprendre dans la vision rwandaise de la réalité c'est l'unité étroite entre le divin, l'humain et le matériel. Les *abiru* étaient un groupe de dignitaires royaux destinés à créer des lois avec le roi et de veiller à leur mise en application. Ils constituaient ce que nous pouvons appeler par les termes actuels, le parlement.

L'institution officielle d'*abiru* était complétée par celle d'ubucurabwenge. On ne peut en dire beaucoup étant donné qu'elle avait la

---

[263] Déogratias Byanafashe., « Les sources de l'histoire du Rwanda », in Byanafashe Déogratias (dir), *op.cit*., p. 13-31.
[264] Gamaliel Mbonimana, *op.cit*. p. 85-172.

fonction de retracer la lignée généalogique de la dynastie royale *Nyiginya* et celle de la reine-mère. Souvenons-nous que dans la tradition rwandaise précoloniale, la reine-mère co-régnait avec son fils. Au cas où celui-ci l'avait perdue, les *abiru* lui choisissaient une mère adoptive.

En définitive, le code de la royauté du Rwanda précolonial appelé ubwiru est un texte oral exprimé sous forme poétique. Son contenu est un ensemble de normes qui constituent le fondement de la royauté du Rwanda ancien. Ce texte a traversé plusieurs générations (règnes) de monarques pendant une longue période de son histoire. Nous l'analysons en tant que source du droit rwandais bien que son interprétation exige un travail hardi de spécialistes herméneutes ou exégètes capables de nous en fournir le sens profond.

e) Les autres normes issues des pratiques de justice

Le droit rwandais comprenait à la fois le droit, entendu comme ensemble des normes et des procédures pour instruire et juger le procès d'une façon systématique et procédurale, avec le système d'enquête et de comparution contradictoire. Le roi Mibambwe Gisanura est reconnu comme le fondateur du droit normatif[265].

Les autres lois sont soit des interdits sociaux ou religieux. Elles sont essentiellement exprimées dans l'ouvrage d'Alexis Kagame « Le code des institutions politiques du Rwanda précolonial » où s'expriment les lois du droit public et « les organisations socio familiales » qui contiennent des lois d'ordre civil, bien que dans le Rwanda précolonial cette subdivision du droit n'existait pas. Ce code est en quelque sorte un code pénal et administratif du droit public. Il complète le code d'Ubwiru qui est un code du droit constitutionnel.

f) Les règlements

Gacaca s'inscrit dans ce grand système hiérarchisé des normes juridiques et morales qui structurent l'organisation d'ensemble de la vie nationale. Les interdits sont des formes de réglementation de la conduite du

[265] Bernardin Muzungu., « Mibambwe Gisanura. Le Salomon rwandais », in *La justice pour une reconciliation nationale*, Cahier *Lumière et Société*, n° 9, avril, 1998, pp. 17-24.

peuple. Ils comprennent toutes les caractéristiques d'une loi : la faute et le mode de sanction. Bien qu'ils apparaissent comme des normes magico-religieuses, ils ont pour objet les comportements des individus au sein de la société. Aloys Bigirumwami[266] a mené une étude à ce sujet sans pouvoir entrer en profondeur dans l'interprétation du sens plus profond qu'ils véhiculent, mais le rôle qu'ils jouaient au sein de la société montre clairement qu'ils constituent un mode de réglementation important au sein de la société rwandaise précoloniale.

g) Les interdits

Dans la culture rwandaise, on distingue des normes qui organisent des institutions et d'autres normes qui réglementent la vie des Rwandais en société et au quotidien (les interdits mineurs et les interdits majeurs). Ce sont ces différentes composantes qui assuraient la structure normative architecturale de la société rwandaise et permettaient la prévention ou la résolution des conflits sociaux en conformité avec ces normes et valeurs sociales.

h) L'articulation des lois et coutumes avec les solidarités traditionnelles.

Ce point a une importance capitale. Les lois, les coutumes ainsi que les valeurs traditionnelles s'enchevêtraient pour maintenir la cohésion sociale de la communauté rwandaise.

Qu'est-ce que la coutume versus la loi ?

Le modèle familial peut servir à concevoir un modèle national avec le secours des lois, des coutumes et des valeurs qui sont des moyens pour assurer le contrôle social en maintenant l'unité et l'identité du groupe. Tous ces différents éléments faisaient de la société rwandaise, une société organisée dans un système bien construit (par des normes, des coutumes, des interdits et des valeurs)

---

[266] Aloys Bigirumwami, *Imihango n'imigenzo n'imiziriririzo mu Rwanda*, trad. Les usages, tabous et pratiques traditionnels dans la vie coutumière au Rwanda, 4 ème édit., Diocèse de Nyundo, Rwanda, Nyundo, 2004.

III.1.3.2. Organisation judiciaire rwandaise précoloniale

C'est dans la structure de juridiction que l'on peut comprendre explicitement la place de gacaca dans cet ensemble que constitue le système à la fois du droit et de la justice au Rwanda avant la colonisation. De fait, gacaca comme juridiction de base a continué à fonctionner, même avant la colonisation mais comme un système de justice coutumier sans régime de loi explicite mis en place pour renforcer l'importance et le fonctionnement de ce tribunal de base pourtant plus sollicité selon Filip Reyntjens[267].

a) La cour du mwami

Celui-ci est considéré dans le régime des juridictions actuelles comme la cour suprême de justice où sont prises de grandes décisions sur des crimes ou d'autres infractions à des questions majeures relatives à la sécurité nationale ou à d'autres questions de portée nationale. Elle constituait aussi l'instance de derniers recours des justiciables ou d'appel d'autres tribunaux. Reyntjens décrit le pouvoir judiciaire du roi en ces termes : « En tant que juge suprême, ses sentences étaient sans appel ; en tant que législateur il avait le droit de modifier les coutumes [268]».

b) Les tribunaux de chefferie

Considérés comme la Haute cour dans le régime rwandais actuel, les tribunaux de chefferie sont aussi compétents pour des questions importantes d'ordre public. Cette instance gère des questions foncières, celles d'élevage et d'autres questions du droit commun, de droit public ou civil.

c) Les tribunaux spécialisés

Les tribaux spécialisés portaient sur les matières foncières (*ubutaka)*, d'élevage (*umukenke*) et militaire (ingabo). Chacun de ces domaines avait sa propre juridiction. Mais il faut ajouter que, selon Reyntjens, le juge de

---

[267] Filip Reyntjens, « Le gacaca ou la justice du gazon au Rwanda », in. *Le droit et ses pratiques.* Politique africaine, n° 40, décembre 1990, pp. 31-41.
[268] Filip Reyntjens, *Pouvoir et droit au Rwanda. Droit public et évolution historique de 1916-1973*, Musée royal de l'Afrique centrale, Tervuren, 1985, p. 25.

l'armée sociale était en même temps compétent pour les autres affaires citées plus haut.

d) Le gacaca ou le tribunal local de base et sa compétence

Le gacaca est le tribunal au bas de l'échelle des juridictions rwandaises traditionnelles. Cette juridiction portait sur des matières moins importantes par rapport aux premières juridictions citées. Néanmoins, elle a une très grande importance car elle réunit toutes les matières intéressant la société et suit, à cause de cette valeur, une procédure beaucoup plus simple, tout en respectant les normes à la fois juridiques et morales de la société. Elle a aussi son importance car elle a résisté aux influences de toutes les époques[269], pendant et après la colonisation, même après le génocide. Son importance culturelle a fait qu'elle n'a pas subi l'altération par le temps. C'est la raison même qui a fait qu'elle soit récupérée pendant une crise majeure de la justice au Rwanda au sortir de la catastrophe du génocide de Tutsi de 1994. La sanction la plus élevée de gacaca était l'ostracisme qui consistait à excommunier ou à isoler un membre de la famille ou de la société qui s'était rendu coupable d'un crime.

En conclusion, le point concernant les fondements de la justice dans le Rwanda ancien nous a révélé que gacaca est un système de justice qui s'enracine dans la justice et de droit rwandais, et a pu traverser les différentes époques de l'histoire rwandaise sans qu'il fût altéré depuis la colonisation jusqu'à l'époque des régimes ultérieurs. Cette résistance à travers les époques est due au fait que gacaca comme entité juridique de base incarne les principes et les valeurs de la justice culturelle rwandaise. Les autres instances de la justice se sont transformées au cours de l'histoire depuis la cour du roi jusqu'au tribunal de la chefferie, tandis que gacaca s'est maintenu comme une justice pratiquée au sein de la juridiction de base et qui a fonctionné selon les normes coutumières basiques. Les deux principes piliers de la culture rwandaise sur lesquels gacaca s'est construit sont : l'intégrité individuelle et la cohésion sociale. La justice et le droit en général au Rwanda se sont vu transformés par le système politique et juridique de l'époque coloniale.

---

[269] *Ibidem*.

Les analyses menées dans ce point nous ont permis de comprendre que la justice gacaca n'est pas un système sorti du vide. Il a été produit et taillé par les systèmes rwandais de justice à tous les niveaux de son histoire. C'est en le situant dans le terroir culturel et dans l'ensemble du système rwandais de justice ancien que l'on peut saisir plus clairement les motifs qui ont favorisé son institutionnalisation et son insertion aisée dans le système rwandais de justice post génocide, en même temps que de saisir les causes de sa réussite.

III.2. Gacaca dans l'univers de la justice rwandaise traditionnelle

Après avoir examiné la justice rwandaise durant la période pré-coloniale et pendant la colonisation, il convient à présent d'isoler gacaca pour l'analyser en tant qu'institution de la justice mais faisant partie de la justice rwandaise dans son ensemble. Tant à l'époque précoloniale qu'à l'époque coloniale et même postcoloniale, cette justice gacaca a gardé son importance au sein de la société rwandaise comme mode de justice et moyen de résolution de conflit. Il faut dire en clair que cette justice a dû s'adapter aux transformations du droit et du pouvoir colonial sans être profondément affectée dans son contenu et dans ses objectifs. C'est ce qui justifie en quelque sorte notre choix de recherche sur ce thème perçu comme problématique.

Nous analyserons gacaca en partant de trois perspectives. D'abord, comme une institution de justice à travers son évolution dans l'histoire de la société rwandaise pendant les périodes précoloniale, coloniale et postcoloniale. Ensuite, nous allons l'analyser dans sa nature comme institution de justice en partant de ses sources en rapport avec les autres modes de justice qu'a connus la société rwandaise (justice du roi, par exemple). Enfin, nous l'examinerons suivant le rôle ou la fonction qu'il a jouée dans la société comme mode de résolution des conflits. Il s'agit, ici, d'examiner son mode d'organisation, de fonctionnement et ses structures judiciaires.

Le gacaca comme justice participative de la population a pu traverser des époques soit en se conservant ou en se modifiant en partie pour contribuer à la dynamique de la justice au Rwanda. L'on examinera si elle est une justice transitionnelle ou une forme de médiation. Elle a fonctionné comme justice transitionnelle après la crise de la justice provoquée par le génocide. Mais, avant et pendant la colonisation, et même après le génocide, la justice gacaca a pris la couleur d'une forme proche de la médiation en tant que moyen de résolution de conflit pré juridictionnel. De toute façon, étant enraciné dans un système différent de celui dans lequel la médiation s'est développée, gacaca diffère de la médiation sur plusieurs points que nous aurons à examiner.

La structure judiciaire au Rwanda ancien est une hiérarchie pyramidale où au sommet se trouve la cour du roi, des tribunaux de chefferie et de sous-chefferie et à la base les tribunaux populaires ou familiaux appelé gacaca. La justice gacaca se situe dans cette architecture de la justice rwandaise à l'époque précoloniale. Déogratias Byanafashe appelle ce tribunal coutumier le tribunal de première instance[270]. Pour saisir cette institution judiciaire de base dans le Rwanda ancien, il convient d'abord de bien comprendre les structures sociopolitiques et culturelles de la société rwandaise avant la colonisation. C'est sur ces structures du type familial que se sont construites toutes les formes de hiérarchie d'autorité de cette époque : autorité politique, militaire, religieuse, judiciaire et même l'autorité morale. C'est aussi autour de ces structures que sont construits le droit et la justice rwandaise aujourd'hui.

> À travers une nouvelle lecture de l'histoire de l'Afrique noire, on peut se rendre compte de l'existence d'institutions locales qui traversent des périodes successives, généralement transmises au moyen des traditions orales et des coutumes, avec des caractéristiques et des dimensions particulières qui en font des ensembles de dispositions sociales cohérentes, servant de guide aux rapports sociaux.[271]

[270] Déogratias Byanafashe et Bernardn Muzungu, « Système judiciaire du Rwanda », in cahiers *Lumière et Société*, n° 11, août 1998, pp. 37-55.
[271] Daniel Dos Santos, « La place du droit coutumier dans la formation des Etats africains », *op. cit*., pp. 1-17.

III.2.1. Nature et caractéristiques de gacaca traditionnel

III.2.1.1. Gacaca comme système juridique et comme institution de justice

a) La signification conceptuelle de gacaca

Le concept de gacaca a été mal interprété depuis l'époque de la colonisation. Essayons de revenir à son sens originel. En effet, dans l'étude de tout concept, il y a une origine, considérée comme la genèse d'un concept, et son évolution. Ainsi, en va-t-il de gacaca. Le concept lui-même a été traduit littéralement par l'herbe ou le gazon. Tandis que la justice qui lui est associé a été comprise comme la justice du gazon. Si ailleurs, on parle d'arbre à palabres, ici, on parle de justice de gazon.

Etymologiquement, le terme gacaca dérive du terme *agacaca*. Acacaca, en Kinyarwanda est un type d'herbe généralement assimilé au gazon. Ce concept a donc pour sens premier, un espace physique ou un terrain couvert d'herbes. Cet espace est supposé être un espace plan où l'on s'asseyait. Il s'agit normalement d'un espace au milieu ou à proximité du village. Au milieu du village rwandais, pousse gnénralement une herbe sous forme de gazon où on aimait s'asseoir pendant les moments importants de la communauté. C'est là l'origine de cette catégorie d'herbes. Il s'agit d'une herbe naturelle. Le lieu de gacaca est au cœur du village ; c'est un espace public ou personne n'est exclu. La signification profonde de ce concept renvoie à la fois au lieu physique, et surtout à l'espace socioculturel qui comporte une signification profonde et qui va au-delà du sens étymologique. Seul un analyste superficiel de la justice gacaca post génocide rétrécicerait ce concept en le réduisant quasiment à son étymologie.

La signification socioculturelle renvoie au lieu ou à l'environnement social où les sages aiment s'asseoir pour débattre des choses importantes de la société y compris le règlement des litiges. Habituellement les sages y prennent place soit par invitation par le chef du village, soit suite à une rencontre d'échanges spontanés ou résultant d'un besoin de rencontre comme invitation non exprimée qui appelle ceux qui ont des litiges. Il s'agit

d'un espace public connu et respectueux. Il s'agit d'un espace découvert ou l'on accueille les visiteurs ou les étrangers.

Cet espace est public parce que personne n'en est exclu excepté des personnes réputées pour leur mauvaise conduite. Celles-là étaient exclues des débats importants de la communauté, car elles étaient des perturbateurs de l'ordre public, ou parce qu'elles pouvaient divulguer des secrets.

La justice de gacaca résultait de tout ce contexte socioculturel qui était un univers ouvert et partagé par tous. Il faut souligner que quand il s'agissait des affaires importantes, certaines catégories de personnes en étaient exclues pour diverses raisons socio éthiques : absence de maturité, l'absence d'intérêt de participation, etc.

La justice de gacaca était alors une justice participative, qui impliquait toute personne adulte de la communauté. Ce sont les personnes appelés *inyangamugayo* ou les sages qui organisaient les séances des débats, soit débat d'intérêt public, soit débat visant la résolution de litiges entre les parties concernées. Ces sages étaient distingués par leur intégrité morale et sociale, par leur bon sens du jugement ou par leur sens du débat contradictoire : leur capacité dialectique, sens logique dans les débats, etc.

Gacaca était un Conseil des sages de la famille ou du quartier. Le conseil était institué en vue de régler les conflits au sein de la communauté. Les normes de jugement sont celles de la culture, normes ou interdits sous deux formes : interdits majeurs ou mineurs, ue nous avons abordés plus haut.

b) La signification juridique de ce concept de gacaca

Gacaca est un phénomène de justice qui a pris une signification nouvelle après le génocide des Tutsi. Le gacaca post-génocide n'est ni justice du gazon ni tribunal. Sur la longue durée de l'existence pré-, péri-, et post-colonial, gacaca est une institution de justice qui revêt un sens à la fois théorique et pratique. Gacaca est une réalité sociale qui est comprise comme système de droit qui comporte un fondement de la justice et des tribunaux.

La théorie de gacaca renvoie à la théorie de la justice qui a existé au Rwanda avant la colonisation, fonctionnant avec force, pour réglementer la

société, et pour résoudre les conflits entre les Rwandais eux-mêmes ou entre tel Rwandais et étranger rédisant ou de passage dans le pays[272]. Des analystes de tous bords ont commis une certaine méprise, ou une méprise certaine. Interprétant cette réalité, ils n'y ont pas vu une réritable institution rwandaise de justice. Ils l'ont réduit à un tribunal de villageois certes compétents pour des querelles entre voisins du même village, entre les membres d'une même famille, ou entre deux familles voisines. Nombre d'analystes y ont donc vu une forme de justice qui n'a ni finalité profonde ni procédure reconnue ou acceptable.

Comment une juridiction peut-elle fonctionner sans procédure ni finalité quelconque, bref, sans base théorique quelconque. La question n'est pas rhétorique. Les lacunes observées dans les critiques formulées à l'égard de la justice gacaca et à l'égard de ses juridictions accusent des insuffisances sur le plan théorique du droit.

Nous l'avons dit plus haut : gacaca est une institution de justice qui a existé « depuis la nuit de temps », et qui a pu traverser la crise de la justice pendant la colonisation[273]. Cette institution de justice a joué un rôle important à l'époque précoloniale avant d'être étouffée par le système de droit colonial, qui est d'inspiration positiviste.

Ce mode de justice se fonde sur une philosophie sociale et politique rwandaise précoloniale éprouvée. Cette philosophie exprime une vision du monde de l'homme et de la société qui repose sur deux principes majeurs. Il s'agit d'une vision unitaire du monde et de la société construite sur la vision d'un Dieu unique Imana. Lavision de la société et se trouve condensée dans l'œuvre de Monseigneur Aloys Bigirumwami[274] et surtout dans les travaux d'Alexis Kagame, comme dans d'autres travaux, tels que celui de Bernardin

---

[272] Cette justice servait comme système de justice qui permettait de résoudre les conflits même à l'égard d'un étranger dont le procès avait eu lieu au Rwanda pour quelques raisons.
[273] Après la colonisation cette institution existe et fonctionne selon les données de Philip Rentjens.
[274] Aloys, *Imigenzo, imiziririzo mu Rwanda*, trad. Les usages, tabous et pratiques traditionnels dans la vie coutumière au Rwanda, 4 ème édit., Diocèse de Nyundo, Rwanda, Nyundo, 2004. Il convient de signaler que cert ouvrage de 335 pages, n'a jamais été traduit, excepté un petit résumé de 20 pages réalisé par l'éditeur de la présente édition.

Muzungu[275]. Le contenu de cette justice est celui d'une justice fondée sur l'éthique et la sociologie rwandaises. Elle vise la réglementation et la sanction des infractions au sein de la société en se basant sur les valeurs morales telles que l'intégration et l'unité de la société. Le but est de sanctionner les fautes, mais aussi d'intégrer les personnes coupables après aveu ou repentance. La philosophie rwandaise repose sur une vision unitaire de la société, la place de l'homme est au sein de cet ensemble cosmique et social. L'homme est uni à l'univers qui l'entoure tout en faisant partie de sa communauté. Sa fratrie se compose des personnes vivantes mais aussi des morts. Delà vient que la justice rwandaise affecte ces deux dimensions de l'existence humaine.

c) Gacaca vu sous l'angle de son évolution historique

Perçue sous l'angle de son histoire, la justice gacaca se comprend de différentes façons, qui sont complémentaires. Dans sa phase précoloniale, elle est une instance familiale de justice, mais qui possède les mêmes sources que celles des instances supérieures suivant la hiérarchie de la justice de cette époque. Elle est une justice reconnue par le système rwandais de justice

Voilà ce que dit Byanafashe à ce sujet : « Le but de ce tribunal, en plus de la justice à l'égard des individus en conflit, est la protection de la société dont la famille est la cellule primaire »[276].

S'agissant de son objet et de sa compétence matérielle, il dit ceci :

> L'objet de ce tribunal était toute cause, au civil comme au pénal, pour laquelle son intervention était sollicitée. Les causes civiles concernaient surtout les terres arables, le bétail et se nommaient « amahugu ». Les causes pénales concernaient toutes violences, appelées en notre langue, « ibyaha »[277].

Quant à sa finalité, il dit que :

> Les procédés utilisés dans ces procès reviennent toujours à une seule idée : cimenter l'unité que tendent à lézarder ces litiges et ces violences.

[275] Bernardin Muzungu, *Le Dieu de nos pères*, *op. cit.*
[276] Déogratias Byanafashe et Bernardin, « Le système judiciaire du Rwanda », *op. cit*.
[277] *Ibidem*.

> Voilà pourquoi l'aspect familial prévalait au-dessus des intérêts égoïstes des individus en conflit. Les membres de la famille se portaient garants de l'ordre, des réparations exigées et des moyens de coercition pour les récalcitrants. Ces moyens pouvaient aller jusqu'à l'excommunication ou au bannissement[278].

Pendant la phase coloniale, la transformation de tout le système rwandais de justice n'a pas épargné la justice gacaca. Celle-ci n'a pas été détruite, mais son rôle a été trasformé, de manière à devenir un moyen informel de résolution de conflits à l'échelle locale, plus spécifiquement dans les milieux ruraux.

Durant la période post indépendance, on remarque une légère évolution au sens d'une quasi-formalisation de cette institution. Elle devient un moyen de résolution de conflit mais reconnue par des institutions juridico-administratives locales, c'est-à-dire des entités administratives de base appelées cellules administratives. Elle a pour sources les principes et valeurs culturelles non codifiées avec des procédures simples et adaptées à la population à qui elle est destinée. Selon l'étude d'enquête menée par Filip Reytjens, cette justice est beaucoup plus fréquentée, et d'une manière librement choisie par la population justiciable que toute autre instance de justice à cette époque. Voici ce qu'il dit :

> Si l'institution n'est prévue par aucun texte légal ou réglementaire, elle est aujourd'hui intégrée au processus de solution des litiges au niveau local. Le gacaca est reconnu et utilisé tant par les populations que par les autorités locales. C'est ainsi qu'il est convoqué et présidé par le conseiller du secteur (c'est-à-dire le conseiller communal élu par son secteur et représentant celui-ci au conseil communal)[279].

Par ce maintien de gacaca, elle a été récupérée après le génocide pour juger le crime du génocide et d'autres crimes qui lui sont associés. Cet argument se justifie surtout parce que dans certaines entités politico-administratives du pays, quelques temps après le génocide, des essais de gacaca ont été menés dans le sens d'une tentative de réconciliation, avant sa formalisation par des instances compétentes de l'État en 2001.

---

[278] *Ibidem*.
[279] Filip Reyntjens, *Le gacaca ou la justice du gazon au Rwanda, po. cit.* pp. 31-41.

Ce regard sur l'institution de justice gacaca nous permettra de la comprendre plus en profondeur dans les analyses qui vont suivre, car les arguments qui seront développés mettront l'accent sur sa nature multiple qui est le résultat des différentes mutations subies au cours de l'histoire de la justice rwandaise. D'autre part, ces arguments nous permettent de relier le chapitre précédent qui s'est appesanti sur la justice rwandaise en général avec la vision ultérieure de cette justice et qui justifie les motifs de la présente étude, celle de la permanence de gacaca comme forme rwandaise de justice de tous les temps[280].

III.2.1.2. Éléments caractéristiques de la juridiction gacaca traditionnelle. Instances judiciaires Gacaca

a) Gacaca comme conseil-tribunal

Selon des études menées sur gacaca, l'on peut remarquer que ce mode de justice s'oppose à la justice du droit positif qui est une justice qui condamne alors que la visée de gacaca est de réconcilier les parties en conflit. Dans la culture rwandaise traditionnelle, le procès est suivi d'une étape de réconciliation entre la victime et l'auteur de la faute, du côté pénal et entre le demandeur et le défendeur du côté civil. Cette réconciliation est une sorte d'agapè de tous les membres de la collectivité étant donné que la société se réjouit d'être parvenue à repousser le mal qui s'était introduit dans la société et qui avait pour objectif de la ronger au point de la détruire. Lorsque le mal est vaincu par un procès réussi, étant parvenue à la réconciliation, la société s'en réjouit. C'est le but de la sanction donnée au fautif d'offrir à la collectivité une bière à partager pour se réjouir ensemble de ce résultat positif qui satisfait toutes les parties. La réussite du procès dans gacaca ne réside pas uniquement dans une bonne argumentation des juges, mais aussi et surtout dans la réconciliation des parties, qui en fait est une réconciliation de toute la communauté, et non pas uniquement entre deux individus en litige, car le mal est aussi un mal partagé parce qu'il vise

[280] Les différents arguments que nous avons dans cette étude affirment cette permanence de gacaca contrairement à la conception transitionnelle de cette justice et proposent sa récupération dans le système rwandais actuel de justice et de droit.

à détruire la société. Cette conception de la victoire collective sur le mal est le but du procès de gacaca dans le système de justice rwandaise traditionnelle. Là, il n'y a pas seulement un bon jugement, il y a aussi un bon climat social qui se rétablit. Ce double objectif caractérise gacaca traditionnel.

Le système gacaca manifeste une capacité de décentralisation du pouvoir judiciaire en portant de la justice à l'échelle de la population, c'est-à-dire proche de celle-ci. Ceci facilite la participation de la population à cette instance de justice comparativement au système de justice moderne où le tribunal est beaucoup plus bureaucratique que son travail d'aider les citoyens à résoudre leur problème de justice. Cette justice de proximité permet à la population de s'y retrouver par la simplicité de sa procédure et la connaissance par toute la des normes qui assurent le déroulement de ses activités judiciaires.

b) La procédure du conseil-tribunal gacaca

Il faut rappeler au départ que gacaca est beaucoup plus un système de droit et de justice qu'un tribunal, moins encore un jury. Il s'agit d'un système de droit et de justice étant donné qu'il est lié à d'autres éléments de signification qui lui donnent sa valeur sociojuridique et de la consistance dans la résolution des conflits au sein de la société rwandaise traditionnelle. Cette signification en tant que système de droit et de justice a conduit à sa transposition et à son amélioration en vue de l'adapter au contexte ultérieur pour le rendre apte à juger des crimes plus lourds que dans le Rwanda ancien. Le gacaca-conseil comme mode traditionnel de tribunal ne s'écarte pas largement des tribunaux modernes. Le conseil de gacaca appelé en kinyarwanda *inteko* est à la fois tribunal et jury. Dans ce contexte du processus judiciaire, nous parlerons de gacacaca comme jury. Voici les différentes étapes de sa procédure dans un procès traditionnel.

c) La faute

La faute ou le litige est considérée comme l'élément déclencheur du processus gacaca. Remarquons que dans le système de justice traditionnelle,

il n'existe pas de distinction entre le domaine public et le domaine privé du droit[281], tout y mêlé et est essentiellement public étant donné son caractère communautaire. Conformément à la conception rwandaise traditionnelle de l'homme, ce que l'on considère dans le droit moderne comme appartenant au civil est du domaine du public. Le dualisme juridique : public et privé, pénal et civil n'existe pas dans le système du droit rwandais traditionnel. Cette remarque permet de comprendre le processus de gacaca dans son tribunal-conseil. Tout acte considéré comme nuisible à l'individu ou au groupe est perçu comme une faute ou une infraction au sens juridique et est donc punissable de la même manière que l'acte considéré comme relevant du domaine public en droit positif. La faute peut concerner l'individu ou le groupe. Qu'il concerne l'un ou l'autre, c'est une faute qui est infligée à toute la communauté, et il est donc puni de la même manière. C'est donc la faute qui est le point de départ du procès judiciaire dans la culture rwandais traditionnelle.

d) Le jugement

Le jugement appelé en kinyarwanda *guca urubanza* est traduit par 'trancher la palabre ou le procès'. Il s'agit de conduire le jugement suivant la procédure normale exigée, d'instruire le procès en vue de juger. Mais, dans la logique de gacaca, il s'agit d'une phase initiale qui ne constitue pas la finalité du processus judiciaire de cette justice. Cette phase consiste à procéder par les mesures qui sont exigées par la procédure du conseil des sages : convocation des parties, comparution, preuves par témoignages et enquêtes, et prononcé du jugement favorable ou contre l'accusé. Cette phase est une étape intermédiaire qui s'ouvre à deux autres étapes plus essentielles. Le jugement du tribunal conseil de gacaca peut inculper ou déclarer non coupable l'accusé. Dans le cas où l'accusé est déclaré coupable par le jury des sages, les étapes suivantes suivent.

f) Le repentir

L'accusé peut consentir à la décision du jury ou refuser. S'il refuse, le jury va lui appliquer une décision encore sévère ou l'accusé peut faire

[281] Charles Ntampaka, *Introductions aux systèmes juridiques africains, op. cit*., p. 53.

recours à l'instance supérieure. Ce droit lui est reconnu par le système de droit rwandais traditionnel.

Dans le cas où l'accusé accepte la décision du jury, ceci signifie qu'il reconnaît sa responsabilité de la faute commise, et il demande pardon.

g) La réconciliation - intégration

Si l'accusé est acquitté, c'est le plaignant qui est dans ce cas considéré comme coupable d'avoir accusé son frère ou son voisin injustement. Dans les deux cas, il va y avoir la procédure de réconciliation car le conflit est déjà créé. Lorsque l'accusé s'est rendu coupable, il y aura un acte symbolique mais plus significatif de verser une sorte d'amende appelée en kinyarwanda *icyiru*, qui signifie acte de réparation, différente du dédommagement, car celui-ci doit y être lorsqu'il s'agit d'une propriété de quelqu'un qui a été endommagée. L'*icyiru* est une bière que les membres du jury partagent avec les deux parties comme signe qui atteste l'acceptation de la responsabilité de la faute par le coupable et la demande de pardon.

h) La signification d'icyiru dans la justice rwandaise traditionnelle

Dans la conception du droit rwandais traditionnel, la sanction revêt une signification double. D'abord, elle s'exprime d'une manière symbolique par l'*icyiru*, qui est un objet matériel, précisément une bière à partager par tous les acteurs dans les procès, le dédommagement que le coupable doit obligatoirement donner à la victime, s'il y a eu destruction de la propriété ou vol d'un bien de l'« accusant ». L'icyiru ne dispense pas le coupable de payer à la partie accusante le dédommagement et ceci ne se substitue pas à l'icyuru. Chaque élément a sa fonction symbolique irremplaçable dans la pratique de la réconciliation.

L'icyiru est un mode allégé de sanction qui a comme caractère l'acceptation par l'auteur d'une faute commise et de l'offre d'objet symbolique comme signe de réparation de la faute ou du tort causé à la victime. Ce bien auquel l'auteur consent est un bien à partager par la communauté familiale ou des voisins en signe de réparation de l'auteur et de et l'expression de la demande son intégration par la communauté à laquelle

il appartient. L'acte de consentement par l'auteur de la faute et l'offre de cet objet a pour résultat l'effacement de la faute et son intégration.

La sanction d'icyiru représente aussi un signe de réconciliation des deux parties en procès. Le jury dans cette circonstance de partage et même dans toute la procédure gacaca représente la communauté qui ne peut pas être présente matériellement ou physiquement. Ce sont les membres du jury qui sont des personnes reconnues et choisies selon le critère d'intégrité morale et sociale. Cette instance est essentielle, étant considérée comme le prolongement du procès qui n'est pas encore défensivement clos. La procédure de réconciliation suit aussi son cours. Elle est bien entendu une affaire non pas entre le coupable et la victime, mais c'est d'abord la partie de l'accusé qui se réconcilie avec la partie plaignante et les deux ensemble avec la communauté représentée par les sages intègres, membres du jury.

La signification essentielle de la réconciliation réside en ceci que dans la culture rwandaise tout agissement qualifié de fautif envers le groupe ou envers un individu est perçu comme une atteinte à toute la communauté. Dans ce sens, tout acte nuisible envers une personne membre de la collectivité s'avère comme une atteinte envers toute la communauté. C'est pourquoi l'on préfèrerait appeler cette justice, une justice communautaire. D'où alors, tout le sens de la réconciliation de l'individu avec la communauté plutôt qu'avec sa victime.

Dans certains cas, la justice familiale gacaca pouvait condamner lourdement un membre de famille qui s'était rendu coupable, d'une faute lourde et souvent lorsque l'auteur était devenu incapable de s'amender ou de se corriger. Charles Ntampaka dit ceci à ce sujet :

> Certaines décisions pourtant peuvent être très sévères, notamment l'exhérédation, c'est-à-dire l'exclusion d'un membre de famille insoumis de la famille et des biens familiaux occupés. La personne ainsi exclue perd tous ses droits et n'assume aucune obligation au sein du groupe. Cette sanction peut être comparée à la mort civile. La famille considère la personne comme morte et assure son remplacement dans toutes les fonctions familiales[282].

[282] *Ibid.*, p. 54.

i) Le recouvrement de l'intégrité ou l'intégration d'un membre dans le corps social de son groupe

Le recouvrement de l'intégrité du coupable qu'on appelle aussi intégration du fautif est une étape qui s'accomplit dans la réconciliation par des paroles d'un sage adressées au fautif en termes de conseils pour lui faire prendre conscience de sa responsabilité de la faute commise et ses conséquences au sein de la communauté. C'est à l'issue de la phase éducative que la personne coupable recouvre l'intégrité qui lui avait été ôtée par sa communauté. L'intégration renoue ses liens avec les autres et lui ouvre l'opportunité de participer au bien-être de la collectivité avec entière confiance, sans préjugés ni méfiance, même s'il s'était rendu coupable de grands délits au sein de la société. Nous ne pouvons pas manquer de mentionner la part active des deux parties en conflit au départ et celle des sages intègres dans la réconciliation. Cette participation des parties, parfois représentées ou accompagnées par les groups auxquels ils appartiennent n'enlève par la responsabilité du coupable ni la place de la victime dans cette affaire. La personne rendue coupable par sa faute, demeure responsable de la faute commise jusqu'à ce qu'elle soit repentie, pardonnée et intégrée.

Nous concluons donc que gacaca traditionnel était à la fois une instance de jugement mais aussi d'intégration du coupable après s'être réconcilié avec sa communauté. La sanction remplit deux fonctions importantes au sein de cette justice traditionnelle. En premier lieu, elle est un signe de réparation de la faute commise, qui se traduit par le déséquilibre produit au sein de la société par l'acte mauvais ou l'infraction, et la réparation au sens moral symbolisé par le geste d'icyiru. En deuxième, la sanction joue le rôle de prévention de la récidive de la part du coupable réintégré. La sanction ne va pas sans le discours éducatif prononcé par le président du conseil-jury ad hoc.

j) L'institution de gacaca comme droit et justice communautaire

Comme nous l'avons vu dans le point précédent, les caractéristiques de la justice rwandaise avant la colonisation s'appliquent aussi à la justice

gacaca étant donné que celle-ci fait partie de la hiérarchie de cette justice d'ensemble.

La justice gacaca se présente comme l'échelle inférieure dans la hiérarchie, et comporte tous les ingrédients de la justice culturelle. Comme nous l'avons aussi précisé, gacaca incarne l'esprit de cette justice rwandaise ancienne. La justice gacaca incarne les valeurs et les principes de la justice rwandaise précoloniale Elle repose sur les coutumes, les interdits, les valeurs et autres pratiques qui structurent la vie morale de la société. Sans négliger les droits individuels, elle met au premier plan les valeurs de la communauté qui sont en même temps celles de ses membres. Elle a comme principe : combattre le mal sous toutes ses formes et promouvoir le bien commun en établissant la cohésion sociale.

Les éléments caractéristiques qu'il importe d'examiner sont principalement : les normes qui président à son action, les procédures mises en œuvre dans les procès, les formes de sanction, la qualité des juges ainsi que ses résultats. Nous analyserons aussi l'évolution de cette institution avant de voir sa mise en pratique comme justice de la société. Gacaca implique une justice de proximité et de participation populaire qui a fait preuve de contribution énorme pour la consolidation de la paix, l'unité et la réconciliation de la société rwandaise.

Justice de base de la société rwandaise, gacaca entendu dans le sens de la justice familiale, incarne les fondements de la vision globale de la justice rwandaise jusqu'à son échelle supérieure de l'époque ancienne. Ce sont les mêmes principes qui président à la justice rwandaise que l'on retrouve dans gacaca traditionnel. Bien qu'elle fût intégrée dans le système de justice rwandaise traditionnelle, sa signification comme institution de base de la société incarne toute la signification de la justice et du droit du Rwanda ancien. Ce qui la constitue comme institution de justice et de droit, ce sont ses sources et les principes à la base de sa réglementation sociale.

Voici ce que dit encore Reyntjens à ce porpos: « Dans la commune que je présente ici, il y a en moyenne une réunion du gacaca par semaine et par secteur à laquelle tous les habitants de la colline peuvent participer »[283].

Le constat du Professeur Filip Reyntjens, nous montre l'image de la pratique de gacaca pendant la période récente avant le génocide. Mais cette image reflète aussi gacaca dans sa nature réelle longtemps avant cette période. Il s'agit bel et bien de la justice populaire qui rejoint l'assentiment de ses justiciables comme on le remarque dans le propos du professeur Reyntjens.

> Globalement les données reproduites ci-dessus témoignent du degré d'effectivité for élevé de la procédure du gacaca d'autant plus qu'il n'existe pas à ce niveau des voies d'exécution formelle (.) Même si elle n'est pas étatique la procédure gacaca est juridictionnelle[284].

III.2.2.Gacaca et ses caractéristiques

Nous pouvons essayer d'analyser les éléments qui constituent les caractéristiques de gacaca comme justice. Il s'agit d'une justice restaurative, une justice participative et de proximité, une instance de réconciliation et un mode de résolution des conflits.

Le gacaca de l'époque précoloniale se fonde sur les principes de la culture ainsi que des valeurs culturelles piliers tels que : L'intégrité comme vertu morale et sociale de base ; la communion qui favorisait la cohésion sociale ; la vérité comme condition des témoignages facilitant la justice équitable et la réconciliation qui évitait des sanctions pénales rigoureuses.

Ces vertus ajoutées aux autres normes comme des interdits à la fois majeurs et mineurs sont ses principes à la base de la justice à l'époque précoloniale. Il ne s'agit pas de chercher la justice fondée sur des lois positives, mais des normes ajoutées aux valeurs et autres principes assuraient la justice au sein de la société, dans les choix des juges ou dans le

---

[283] Filip Reyntjns, *Le gacaca ou la justice du gazon au Rwanda, op.cit, pp. 31-41*.
[284] *Ibidem*.

cas de délibération lors d'un procès judiciaire. Les lois sous forme de textes écrits n'existent pas, et n'auraient aucune valeur si elles existaient, étant donné que ce que la société recherche dans les affaires de la justice ce n'est pas tant ce qui est construit par la raison abstraite, mais le résultat d'une expérience millénaire qui permet de résoudre le conflit et d'assurer la cohésion sociale.

Dans cette section nous voulons considérer de manière détaillée la justice gacaca, en l'isolant de l'ensemble du droit rwandais traditionnel.

L'on peut partir des questions suivantes.

- Quelle est la nature de gacaca par rapport à l'ensemble de la justice rwandaise ?
- Qu'est-ce qui fait la spécificité de gacaca comme mode de justice proprement rwandais en le comparant au droit classique et à la justice qui a existé dès l'avènement de la colonisation au Rwanda ?
- Qu'est-ce qui marque son évolution pendant les périodes précoloniale, coloniale et même post coloniale ?

Pour répondre à ces questions, nous dirons dès le départ que gacaca incarne l'esprit du système juridique rwandais dans son ensemble. Nous essayerons de mettre à l'épreuve gacaca comme institution juridico-culturelle dans le Rwanda précolonial. Il s'agit d'examiner si réellement gacaca est un système de justice et de droit *sui generis* et d'examiner son évolution dans le temps avant d'être réintroduit dans le système rwandais de justice post génocide.

À notre avis, le gacaca n'est pas un ordre juridique à part si nous le considérons dans l'ensemble du système juridique rwandais avant la colonisation. Il s'agit d'un ordre unique qui vise la justice et le rétablissement de la cohésion sociale. Toutes les lois de la législation rwandaise n'ont que ce but commun : rendre la justice et bâtir la cohésion de la société. Sous cet angle il y a un objectif commun. C'est cet objectif commun que nous essayons de montrer dans ce travail. La justice et la construction de la cohésion sociale se retrouvent comme fondements du droit et de la justice rwandaise avant la colonisation. Ce qui est important, comme on peut le constater, ce n'est pas la victoire du formalisme comme

dans le droit positif, mais l'édification de la société à la fois par la sanction des coupables et la cohésion sociale en permettant la réconciliation des coupables avec la société et leur intégration par celle-ci en restituant aux membres fautifs leur valeur au sein de la communauté.

Si nous avons voulu donner l'histoire du droit rwandais c'est pour nous permettre de saisir gacaca dans ce grand arsenal du système de droit et de la justice rwandaise. C'est là le but de l'aperçu historique que nous avons réalisé.

1) Sa nature (en partant de ce qu'on aura vu dans la section précédente)
2) Ses caractéristiques : justice restaurative, participative ou justice de proximité ou populaire et intégrative. Ici nous partirons des théories de la justice restaurative contemporaine.

III.2.2.1. Gacaca comme instance éthico-juridique

Le conseil de gacaca n'était pas uniquement pour juger les coupables mais aussi une occasion d'éduquer aux valeurs fondatrices de la société de celui qui se révélait coupable. Ce conseil, contrairement au tribunal du droit positif moderne, distinguait une phase d'instruction du procès et du jugement et une autre phase d'éducation de l'individu qui s'était rendu coupable. Il ne s'agissait pas de le punir sans plus mais le président de l'instance prenait le temps nécessaire pour instruire le coupable sur sa conduite morale et sociale. C'est cette instruction qui donnait du sens à la sanction et conduisait le fautif au repentir et à renoncer à la récidive. Cette deuxième phase était aussi essentielle que la première. La première visait la sanction pour faire prendre conscience au coupable de sa faute et la seconde consistait à l'éduquer par des conseils solides en vue de l'intégrer dans la communauté. C'est de cette manière que les membres de la communauté parvenaient à renoncer sans une forte coercition aux fautes antérieures. Les trois phases caractérisent l'instance de gacaca traditionnel.

III.2.2.2. Gacaca comme système de reconstruction de la société

Ici gacaca comporte le caractère restauratif ou reconstructif de la cohésion sociale au point de vue normatif ou de réglementation et au point de vue de résolution des différends. Il possède des normes et des principes de réglementation et de contrôle social. C'est pour cette raison qu'on le désigne comme justice restaurative. Il n'est pas uniquement une instance judiciaire mais aussi un système de régulation sociale.

> L'évaluation de gacaca par les conseillers communaux est globalement très positive. Ils le considèrent comme un important instrument de réconciliation entre familles et voisins, et comme un procédé permettant de réduire les mésententes et de faire la paix sociale[285].

Jusqu'à présent, nous avons analysé gacaca sous l'angle du fondement historique, éthico-culturel et juridique. À présent, il est question de l'étudier en le définissant par rapport à sa fonction judiciaire et juridique. Nous avons dit que nous avons préféré l'analyser étant donné qu'il est un mode de justice culturel de niveau local par rapport à l'ensemble de la justice rwandaise, et de cette manière, il a résisté aux altérations qui ont affecté les autres instances de la justice rwandaise, alors que gacaca a existé avant, pendant et après la colonisation, voire même après le génocide, ce qui a permis de résoudre la crise majeure de la justice rwandaise pendant cette période critique. Nous allons examiner justement sa nature qui a fait qu'il puisse résister à la tentation de changement ou d'altération en tant que justice proprement rwandaise.

Bien qu'étant présenté comme un tribunal de base, gacaca va au-delà du tribunal dans le contexte traditionnel. Il traduit l'esprit de tout le système du droit rwandais par son contenu à la fois de justice et de cohésion et d'éducation sociale.

Toutes les sources de la justice rwandaise sont aussi celles de gacaca. Elle est la justice de base de la société. Ces sources sont constituées par des coutumes et des pratiques sociales quotidiennes à caractère normatif. Elles sont exprimées parfois comme des maximes, des proverbes, des leçons

[285] *Ibidem.*

légendaires, et ceci suivant les catégories d'âges et a parfois le rôle éducatif. C'est à travers des séances de formations dans les écoles traditionnelles appelées amatorero, au singulier itorero, que ces principes sont enseignés. Elles sont aussi des valeurs véhiculées par des individus ou incarnées dans les modèles et institutions culturels de la société. C'est sur la base de ces principes que les différends sont réglés d'une façon acceptée unanimement par la population, membres des familles ou des habitants des voisinages.

Peut-on établir une hiérarchie des principes sur base desquels ces différents conflits sont réglés jouant le rôle de moyen de régulation ou de contrôle social ?

En tant que principes réglementant les conduites sociales et réglant les conflits entre les membres de la société, ces sources nécessitent une hiérarchisation. Une telle conception relève du droit positiviste. Dans la société rwandaise ancienne chaque valeur et principe avait un rôle important à jouer, indépendamment de la catégorie des personnes ou du sens de la justice morale des individus.

Nous avons essayé de distinguer sommairement les interdits majeurs et les interdits mineurs. La distinction de ces deux catégories est fonction du poids de la sanction qu'encourt l'infracteur à ces interdits, mais tous ont une importance normative remarquable. Ces sources et principes combinaient des fonctions au sein de la société, comme la fonction éthico-culturelle pour règlementer la conduite morale des individus. La fonction morale de la société n'est pas dissociable de celle de la justice au sens juridique de résolution des conflits. Dans la société culturelle, la justice embrasse les deux versants de l'individu, celui de l'intériorité et de l'extériorité qui sanctionne un comportement donné au sein de la communauté.

III.3. Gacaca comme mode de régulation juridique

Dans cette section, l'on cherche à montrer que la régulation juridique par la coutume et par la loi ne doit pas avoir une rupture mais plutôt une

continuité pour donner l'harmonie à la société dans ses différents aspects. La régulation telle qu'elle a été réalisée s'est distinguée par la rupture dans ces deux modes de régulation. Comment la continuité est-elle possible ? Il s'agit de comprendre le rôle juridique de la coutume dans la société rwandaise traditionnelle. C'est ce que nous avons vu concernant ubwiru. Ce texte sous une forme poétique est une loi fondamentale en tant que texte constitutif de la société rwandaise ancienne avant la colonisation. Il contient les grands principes de la nation : le mode de succession, problème économique majeur. À la base de tout système juridique se trouvent les principes moraux, culturels et religieux et des normes coutumières contraignantes qui inspirent la formation d'un système juridique donné. L'exemple du droit romain illustre cette situation[286]. Mais aussi les droits africains qui se sont transformés par le contact avec le droit colonial.

> Le législateur ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites[287]….

Même si les principes propres à chaque société n'ont pas eu suffisamment de poids pour fonder les droits africains postcoloniaux, certains éléments de la coutume ont été pris en considération dans l'élaboration des normes juridiques. Le Rwanda qui nous intéresse ici fait partie de ces pays imprégnés par les systèmes juridiques coloniaux. L'on s'interroge sur les aspects proprement rwandais qui sont restés dans le système de droit rwandais postcolonial. Répondre à cette question permet d'élaborer une théorie importante du droit africain. Partant de l'analyse des différents textes qui portent sur la manière dont la société rwandaise agissait sur elle-même à travers son système de règlementation, l'on se rend compte d'une situation importante sur laquelle il convient de concentrer notre attention dans ce point de notre chapitre.

En effet, ces différents textes nous présentent une autre manière de régulation sociale. Il faut dire qu'il n'en existe pas un seul. Ces normes culturelles qu'avait formées le peuple rwandais confirment cette façon

---

[286] Robaye R., *Le droit romain*, Academia, Louvain-la-Neuve, 2014.
[287] Portalis cité par Norbert Rouland, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Albin Michel, 1991, p. 9.

particulière d'élaborer et d'appliquer des normes conformément à la nature de cette société, à l'identité des Rwandais et au contexte culturel de la société rwandaise de l'époque.

Le mode d'élaboration des normes juridiques rwandaises n'a pas été respecté par le droit colonial. Le législateur colonial, qui était par ailleurs souvent un agent administratif, ayant à l'esprit le modèle universaliste occidental du droit, s'est contenté d'appliquer purement et simplement le système de droit de son pays d'origine en sous-estimant le modèle local.

Il ne s'agit pas de s'imaginer, à ce niveau, simplement ce que pouvaient être les conséquences, mais surtout il s'agit de se situer avant tout sur le niveau de la légitimité du droit. Celui-ci a pour but de contribuer à une meilleure régulation de la société et à une bonne application des lois et règlements ainsi construits. Ce premier critère n'a pas été pris en considération. Ensuite, la difficulté de la mise en application des normes juridiques qui ne répondaient pas aux intérêts ou ne satisfaisaient pas aux droits des autochtones, a été perçue, mais sans souci de la résoudre. Enfin, il s'agit de l'absence d'évaluation judicieuse de la situation juridique réelle produite par ce système inadéquat pour se rendre compte des conséquences que cela engendrerait. Les conséquences ne sont pas observées sur le plan uniquement juridique, mais c'est toute la société rwandaise qui se retrouve affectée par les transformations sur tous les plans et qui continuent à l'affecter aujourd'hui. Les liens sociaux ainsi que les repères axiologiques ont été bouleversés. C'est la rupture de la structure sociopolitique qui a affecté toute l'histoire du Rwanda jusqu'à ce jour[288]. Le pays a été plongé dans un dualisme ethnique cyclique.

Le droit colonial viole le principe des droits humains, surtout de la liberté d'un peuple de disposer de son autonomie et du principe de l'égalité des peuples qui sont les piliers de la Charte africaine de droit de l'homme[289].

[288] La conséquence est aujourd'hui le génocide et son corollaire du conflit ethnique difficile à résoudre jusqu'à présent.
[289] Article 19 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

III.3.1. La régulation de la société

La question qui intéresse maintenant est celle de connaître le fondement des sources et de la méthode de régulation dans les systèmes de régulation des droits africains. Selon Dworkin, deux sources inspirent tout système juridique et judiciaire. Les normes juridiques et les principes moraux. Les normes juridiques sont des normes éprouvées en droit positif, c'est-à-dire des normes obligatoires édictées par l'autorité étatique. Ici l'on peut s'interroger sur la nature des normes du droit africain, et sur la nature de l'autorité politique en Afrique. Concernant l'autorité qui édicte des lois, la société rwandaise fut une société politique sans écriture, nous lui reconnaissons l'existence de l'autorité de l'État monarchique. Ici nous nous référons à l'histoire du Rwanda[290].

Le système de droit repose sur la nature de la législation et de la sanction. Il s'agit d'*ubwiru* comme loi fondamentale, et dans le cas du droit social ou civil, l'*icyiru* comme forme de sanction qui est une sanction symbolique, signe de la réconciliation entre les membres de la société. Pour aller plus loin dans cette analyse il faut adopter une méthode d'herméneutique en tant qu'archéologie de la culture pour dégager de la littérature traditionnelle d'autres éléments constituant les sources juridiques contenues dans notre culture traditionnelle.

Il faut, par ailleurs, un dialogue continu entre la culture traditionnelle et la mentalité moderne pour arriver à un enrochement du droit rwandais surtout enraciné dans les principes et les valeurs de la culture. L'exigence d'un intellectuel africain est de combattre contre les séquelles de la colonisation sur plusieurs fronts : juridique, politique, économique, culturel, etc. en procédant par l'approche archéologique de la culture, c'est-à-dire le retour aux ressources culturelles pour leur éviter de disparaître dans la nuit de l'oubli. Il faut enfin définir notre destinée et nous placer sur une voie sûre qui nous y conduit.

Le phénomène de la colonisation a provoqué une fracture au sein des sociétés africaines en créant deux univers de normativité juridique

[290] Gamaliel Mbonimana, *op. cit.*

incohérents. Il s'agit de l'univers de la normativité traditionnelle et celui de la normativité occidentale.

En effet, l'Afrique précoloniale avait son système propre de normativité sur les plans juridique, éthique et religieux. Ce système fonctionnait d'une manière efficace pour assurer l'ordre et la cohésion de la société. Le phénomène de la colonisation est venu bouleverser ce système en instituant un ordre nouveau inadéquat et inefficace pour la société et qui a joué le rôle de déstructuration de tout l'ordre existant.

Les deux systèmes de normativité ont continué à fonctionner mais d'une façon déséquilibrée. Le système de normativité juridique colonial s'est imposé, mais il n'était ni reconnu ni accepté par la population qu'il était supposé servir, et celle-ci ne recourait pas à sa justice à moins d'y être forcée. La justice traditionnelle jouait un rôle de fait remarquable.

III.3.2. Gacaca comme justice de type restauratif

Bon nombre des représentants ont essayé d'analyser la justice restaurative, en particulier sous le mode pénal. À la croisée de la réinvention de modes locaux de justice et de droit occidental se trouve gacaca comme système de justice néo-traditionnel.

Considérant la justice pénale gacaca, les aveux ont eu en échange le pardon et la libération ou aussi les autres mécanismes de réduction des peines (TIG, sursis, etc.). Sous cet angle gacaca est une justice *sui generis*, étant donné qu'il n'est ni parfaitement de la justice traditionnelle villageoise précoloniale, ni de la justice moderne du droit positif. Il réunit les aspects positifs de chacun de ces deux systèmes en les canalisant suivant les objectifs prioritaires que le pays, le Rwanda, s'est donnés : lutter contre l'impunité et reconstruire la société par la réconciliation. Étant donné l'ampleur du crime que gacaca est sensé juger, il possède des modèles divers de la justice restaurative : d'une part, le modèle de rétribution pénale et d'autre part le modèle de réconciliation communautaire.

III.3.2.1. Les piliers de la justice reconstructive

Ils sont la dignité des victimes. Celles-ci sont fragilisées par la justice classique surtout avec les avocats de la défense avec les *cross examinations* (contre-interrogatoire) qui enfoncent les clous dans les plaies encore saignantes des victimes. Nous avons des témoignages de témoins victimes de viols aux débats contradictoires à ArushaCe modèle n'est pas nouveau dans le système rwandais ancien de justice. Il a existé, à côté de la justice de la cour du roi, des mesures de justice de type rétributif qui consiste certes dans un degré moindre par rapport au crime que le pays a connu en 1994. C'est compte tenu de la teneur du crime que l'État rwandais a essayé d'adapter la justice gacaca au contexte du crime commis. En substance, il faut dire que cette adaptation n'a pas altéré sa signification ou essence traditionnelle, celle de la justice qui vise l'établissement des relations sociales rompues par le contentieux. Elle s'applique aux Rwandais qui sont à la fois parties et juges dans ce même système comme le prévoit la justice gacaca traditionnelle. Dans ce sens, gacaca a réduit les peines moyennant certaines mesures, en réalité non reconnues ou non acceptées par la justice pénale.

III.3.2.3. Le modèle restauratif gacaca ou la justice reconstructive

> Aujourd'hui, la politique de la réconciliation et sa mise en œuvre à travers les juridictions gacaca constitue le principal espace public à travers lequel l'héritage du génocide des Tutsi est articulé et débattu publiquement[291].

L'application de la loi pénale de gacaca n'a pas effacé son rôle restaurateur des relations sociales rompues par la fracture du génocide. Les mesures de la réduction des peines ont été prévues par la loi gacaca et mises en application dans les différents procès de cette justice. Le but de ces mesures consistait au rétablissement de la cohésion de la société sans

---

[291] Alexandre Dauge-Roth, *Réconciliation nationale et réconciliation personnelle : une nouvelle ère testimoniale pour les survivants du génocide des Tutsi, 15 ans après le génocide perpétré contre les Tutsi (1994-2009). Défis et perspectives*, CNLG, Kigali, Avril, 2010, p. 276-300.

laquelle la société et le pays dans son ensemble demeurerait dans le chaos des conflits. C'est pourquoi il a fallu que les juridictions gacaca punissent mais sans tenir compte à tout prix de la rigueur de la loi du droit positif. Le ménagement de la justice à la fois qui punit et réconcilie a favorisé la restauration de cette cohésion sociale qui fait défaut non seulement à cause du génocide, mais aussi qui manquait pendant de longues décennies de l'histoire antérieure à ce tragique événement.

Réagissant contre la catégorisation des crimes du génocide contre les Tutsi, José Kagabo dit ceci :

> Dans cette histoire, la notion de la grande et de la petite culpabilité n'a plus de signification […] C'est le génocide toujours, que certains ont pensé et organisé, que d'autres ont exécuté avec leur propre entendement. Ou bien on considère le génocide simplement dans ses aspects théoriques, on privilégie les catégories de pensée de ceux qui l'ont planifié, ou bien on le considère comme un acte accompli concrètement, impliquant non seulement les acteurs, mais les modalités de son accomplissement[292].

III.3.2.4. Gacaca comme justice participative et de proximité

La justice de proximité est une nouveauté dans les appareils de justice classique. Ce modèle met en évidence l'intérêt des justiciables et les particularités des politiques publiques de justice. Ceci montre que les gouvernements qui mettent en place ces politiques ont des histoires et des dynamiques propres. Face à ces dispositifs apparemment nouveaux pour les systèmes de justice classique, les réticences des juges ne manquent pas de se manifester, mais en même temps la valeur des juges non professionnels, mais adaptés aux contextes culturels, sociologiques de l'époque seraient un atout important pour une telle analyse théorique du droit et de ses avatars.

---

[292] José Kagabo cité par Hélène Dumas, *Le génocide au village. Le massacre des Tutsi au Rwanda*, Seuil, Paris, 2014, p. 279.

III.3.3. Apport des sources du droit

Le parcours que nous venons de réaliser nous montre ce qu'est le droit lorsque nous examinons les différentes sources de la régulation et du contrôle social sous ses différents aspects. Ce parcours nous révèle la nature du droit que l'on rencontre dans notre société et dans d'autres pays africains, celui du pluralisme juridique. C'est un fait incontournable dans nos sociétés qui ont connu la domination coloniale, au départ, une relation normale, qui s'est transformée en relation de domination des uns sur les autres sur plusieurs aspects. Ce pluralisme se perçoit ici comme pluralisme juridique, pourtant, il s'agit bien entendu d'un pluralisme que l'on peut aussi appeler pluralisme multi-culturaliste qui embrasse plusieurs aspects de mélanges d'éléments et de valeurs culturelles : valeurs, technologies, normes juridiques, religions, activités ludiques, productions et consommations, goûts, etc. Toutes les sociétés du monde peuvent être considérées comme pluralistes, même s'il y a de la variance dans la vision et les pratiques.

Suivant l'inventaire déjà fait, l'on constate que ce pluralisme juridique est un pluralisme déséquilibré, parce que marqué plus par une série de ruptures que par de la continuité. Non seulement ce pluralisme juridique est un déséquilibre, il est aussi une rupture sur le plan de la régulation et du contrôle social, d'où la source des conflits des pays qui ne sont pas encore parvenus à trouver des systèmes de régulation solides et légitimes qui correspondent aux aspirations des peuples auxquels ils sont destinés.

La régulation juridique doit, selon Dworkin, s'inspirer à la fois des normes législatives et des principes de justice qui sont propres à chaque société politique. Les sources du droit, comme le droit lui-même qu'elles engendrent, ne sont pas des faits naturels bruts et intangibles. Elles sont le produit d'une société culturelle donnée qui les reconnaît comme légitimes. Pour qu'une société soit bien régulée, elle doit s'autoréguler, c'est-à-dire produire elle-même ses lois qui la gouvernent et qui assurent sa permanence par des mécanismes de contrôle reconnus et acceptables. Les lois doivent reposer sur des principes qui assurent leur stabilité et leur contrôle régulier.

Lorsque nous examinons les pays colonisés qui ont connu une forte domination, en l'occurrence les pays africains, l'on se rend compte qu'ils

n'ont jusqu'à présent pas eu de principes éthiques et culturels qui fondent leurs lois et assurent le contrôle de la constitution des institutions et de la marche des sociétés. Cet état de choses est la manifestation des ruptures résurgentes et la source des conflits qui entravent le développement du continent africain. La législation que nous avons découverte dans le système de droit rwandais traditionnel avant la colonisation serait capable d'assurer son harmonie la prémunir des crises des conflits possibles.

III.3.4. Problème de méthode

L'analyse des sources du droit coutumier nous révèle la nécessité d'examiner l'importance de la méthode pour remettre à jour ces sources. Les travaux menés par Alexis Kagame constituent une sorte de chantier en ce domaine qui exige des améliorations et un approfondissement plus remarquable.

La description dont il a été question dans ce point consiste à faire voir que le travail épistémologique qui vise la recherche du sens par les méandres des sources et des méthodes du droit et de la justice est un travail sans cesse à reprendre et à prolonger. Les travaux sur les lois coutumières et autres réalités culturelles traditionnelles surtout de l'Afrique n'ont pas bénéficié de recherches en profondeur visant en fin de compte la valorisation de ce qui constituait la matrice de ces sociétés désormais perdue ou enfouie dans la nuit des temps. Les ramener de l'oubli à la surface de la mémoire et désormais de la connaissance plus fouillée serait un travail de héros.

Les données dégagées dans cette analyse ont montré que le droit traditionnel rwandais est une réaction contre le droit formaliste qui a pour fondement le légalisme juridique et l'obligation extérieure à la conformité à cette exigence formaliste. Le droit rappelle, qu'en plus du respect à la norme juridique, il y a d'autres éléments nécessaires dont il faudrait tenir compte pour parvenir à une réglementation constructive de la société. Le formalisme légaliste ne peut pas manquer de discréditer ce modèle de droit importé et imposé et qui s'est perpétué jusqu'à l'époque actuelle. Les résultats de son impact négatif sur les sociétés rwandaise et africaine ne

manquent pas d'échos sur plusieurs aspects. D'où la recherche d'autres modèles à partir de l'examen de nouvelles sources et à l'aide de nouvelles méthodes pour un renouvellement continuel de la justice du continent africain.

C'est là la nécessité de notre choix de la méthode interprétative de Dworkin. Développée et appliquée dans un autre contexte, elle s'avère sans apport considérable si elle est appliquée d'une façon brute sans opérer des adaptations et des aménagements nécessaires en conformité avec la nature des sources et le contexte social dans lesquelles elles ont été développées.

Il est possible de réconcilier les efforts méthodologiques de Kagame avec l'interprétation de Dworkin et de remarquer la façon dont la méthode dworkinienne peut servir à l'approfondissement de la méthode herméneutique de l'histoire des sources du droit et de la justice rwandaise. Ceci s'appliquerait, par exemple, aux sources sur lesquelles peu de recherches ont été menées. Il s'agit des interdits qui ont fonctionné en qualité de normes plus importantes de la régulation et du contrôle social, mais qui ont aussi servi comme sources dans les règlements des conflits sociaux. D'autre part, les sources d'ubwiru plus profondes encore, exigeraient des études plus approfondies sur des méthodes solides pour retrouver leur signification actuelle dans la société rwandaise d'aujourd'hui.

Les données anthropologiques et sociologiques dans la construction du droit sont d'une importance capitale. Dworkin, nous indique qu'il s'agit d'une condition incontournable de l'élaboration d'un système juridique efficace. Non seulement cette méthode oblige à sortir du statu quo du droit positif en acceptant de s'adapter à l'environnement socio-culturel de sa construction, mais aussi elle doit être flexible pour mieux servir ces sociétés auxquelles ces normes sont destinées.

Les résultats provenant des études de la sociologie et de l'anthropologie juridique en Afrique[293] prouvent que les normes du droit positif servent une

[293] L'exemple le mieux indiqué est celui de divers travaux de Norbert Ruland qui sont spécifiquement anthropologiques, mais aussi qui servent en sociologie africaine étant donné que ce domaine n'est pas beaucoup exploité comme tel. L'on peut dire que les données anthropologiques permettent aussi de révéler les situations relatives à la sociologie juridique en Afrique.

petite portion de la population dans la problématique de résolution des conflits. Le constat est que les conflits sont résolus dans les systèmes locaux informels qui n'entravent aucunement la marche de la société. Cet état de choses se complique lorsque d'autres enjeux se conjuguent avec ces moyens informes et engendrent des conflits à l'échelle tribale ou ethnique. Norbert Rouland appelle les cellules sociales africaines complexes à l'échelle nationale, des « micropatries », qui sont gérées par des systèmes ou des mécanismes selon des normes et des principes culturels. Un effort pour faire sortir les institutions de la société politique dans un statut informel serait une bonne façon de conduire la société à la maturité et de l'aider à parvenir à son auto gouvernance plus efficace et beaucoup plus durable.

Les conflits sociaux qui s'élèvent à l'échelle politique en se transformant en conflits armés naissent ou se nourrissent dans une certaine mesure, par la négligence des autorités politiques à prendre en compte ces sources informelles d'actions parfois collectives qui ne sont pas encadrées par des principes et lois officielles comme réponses aux aspirations de ces micropatries et sont empêchées de se manifester comme des identités reconnues par des lois officielles. Il serait plus intéressant et utile, au lieu de les opprimer, d'établir des lois qui les rendent plus visibles et compétitives en leur accordant un espace libre et viable de manière à développer leurs initiatives d'action dans des espaces ou des formes de vie selon leurs aspirations profondes et selon leurs principes et normes propres qui fondent leurs actions et qui devraient leur être reconnus.

Conclusion

En confrontant les différentes littératures sur gacaca, nous remarquons que son mode d'organisation et de fonctionnement en tant que justice populaire, n'a pas beaucoup changé à travers différentes époques qui ont précédé le génocide au Rwanda. Comme mode à la fois de justice, de régulation juridique et de contrôle social, Gacaca est reconnu durant toute la période avant, pendant et après la colonisation. Gacaca est à la fois un système de droit, avec une juridiction populaire que l'on appelait le conseil des sages. Gacaca est aussi une instance d'éducation à l'éthique

socioculturelle. Une valeur fondatrice de la société rwandaise préside à l'élection des sages. Il s'agit d'*ubupfura* qui se traduit par « *noblesse d'esprit* ». La valeur d'ubupfura rejoint le concept d'intégrité dans la théorie dworkinienne du droit.

Comme modèle qui rejoint les principes dworkiniens de sa théorie du droit intégrité, Gacaca nous conduit à réfléchir sur les sources et sur les méthodes efficaces qui pourraient nous permettre de l'introduire dans le Rwanda moderne, en le contextualisant. Cette contextualisation n'est possible que moyennant une méthode du droit. Cette méthode est de cellesqui sont appliquée à l'étude des sources, et qu'inspire de celle de l'interprétation constructive selon Dworkin.

Les sources éthico-juridiques font du gacaca moderne un modèle efficace dans la même ligne que celle du droit-intégrité de Dworkin qui est basée sur les principes moraux de la réconciliation et de la cohésion sociale. De là vient que la justice gacaca est davantage un mode de justice réconciliatrice, sur fond de participation populaire, plutôt qu'un mode de justice strictement restaurative[294].

La justice rwandaise traditionnelle comprenait d'une part l'instance supérieure du mwami qui s'inspirait d'un droit basé sur des normes obligatoires. Elle comprenant d'autre part, l'instance de base qui avait pour normes et pour principes, ceux de la culture. De même pour résoudre la crise qui, en matère de la justice, a été produite par le crime du génocide contre les Tutsi, le gouvernement rwandais, a à traves une loi organique[295], réintroduit le système gacaca en le dotant de la structure formelle du droit positif moderne.

---

[294] Howard Zahr, *Justice restaurative : pour sortir des impasses de la logique punitive*, Labor et Fides, Paris, 2012.

[295] Loi organique qui a établi la catégorisation des auteurs du crime de génocide et les autres crimes contre l'humanité. Cette catégorisation distinguait les planificateurs du génocide dans la première catégorie, les autorités ainsi que les organisateurs des crimes dans la catégorie 2 et les génocidaires de grand renom, dans la catégorie 3 et la catégorie 4 comprenait ceux qui ont pillé les biens et les propriétés tant mobiliers qu'immobiliers de victimes. Cette loi a été modifiée plus tard en réduisant à 3 catégories les auteurs du génocide.

Les valeurs morales de la société rwandaise sont à la base de la justice précoloniale. Ces valeurs sont à mettre en relation avec les principes dworkiniens de justice. Ceci nous aide à concevoir un modèle de justice qui tient compte à la fois des vertus morales et des principes de la culture, comme en avise Dworkin dans sa théorie du droit-intégrité. De là vient que gacaca se conçoit comme le modèle qui résulte de cette synthèse de la justice rwandaise et de la théorie de Dworkin. Ce modèle tient compte des principes et des vertus morales, ainsi que des lois juridiques élaborées par le pouvoir étatique.

Ce modèle théorique permet d'envisager son aspect pratique, c'est-à-dire les structures des juridictions ainsi que des systèmes de procéduralisation, pour parvenir à une justice équitable plutôt que formelle. Ces principes et vertus morales constituent des principes constitutionnels du droit rwandais précolonial. Ces principes ont manqué dans les textes constitutionnels du droit rwandais moderne.

Ce système de justice a été malheureusement détruit par la colonisation. Il a été remplacé par un autre, basé sur les lois écrites du droit positif, élaborées par les autorités coloniales, sans se préoccuper de l'impact, à long terme, sur la société dans son ensemble. Le résultat de cette situation du droit aura été, d'une part, le rejet du système de justice importé, et le repli sur le système traditionnel, qui est demeuré un système informel, mais plus efficace au sein de la société.

Il faut rappeler, ici, que le système bipolaire de la justice pénale et et de la justice civile n'existait pas chez les Rwandais. Le droit civil est aussi le droit pénal dans la mesure où ce qui touche l'individu impacte toute la société dans son ensemble.

Dans le chapitre suivant, nous examinerons la nature du gacaca post génocide, ses caractéristiques et ses pratiques. Nous envisagerons, également de voir dans quelle mesure gacaca peut nous aider à construire un modèle nouveau, susceptible de résoudre les crises du droit et de la justice laissées par la colonisation. Ce modèle devra s'adapter aux contextes actuels dans le but de favoriser une bonne conception de la démocratie et une gouvernance efficace en vue d'un développement durable. L'ensemble du

système ainsi conçu, serait fondé sur des institutions solides, de celles qui seraient adaptées aux contextes actuels de l'Afrique.

Chap. IV. Modèle réformé de justice gacaca

Introduction

« Considérant que ces infractions ont été commises publiquement, sous les yeux de la population, qu'ainsi elle doit relater les faits, révéler la vérité et participer à la poursuite de jugement des auteurs présumés »[296].

Au sortir de l'horreur du génocide perpétré contre les Tutsi entre avril et juillet 1994, la volonté de ne pas céder à la tentation de vengeance a été affirmée avec force. Il fallait mettre fin au cycle de l'impunité, identifier, juger les coupables et rendre justice aux victimes de cette horreur. C'est dans cette voie que l'État rwandais s'est engagé dans un processus de réformer la législation et d'organiser la justice sous une forme nouvelle, voire inédite. La législation a réformé de fond en comble les règles de droit et l'appareil judiciaire en vue de cet objectif. C'est à la fois la construction du droit et de la justice qui allait connaître un nouveau jour pour venir au secours de la justice classique devenue impuissante face au contexte de l'époque. « L'étude des génocides provoque des ruptures paradigmatiques et pose des questions épistémologiques à ces différents savoirs qui doivent respectivement revoir leur façon de penser[297] ».

La crise de la justice rwandaise post génocide a permis de revenir au droit traditionnel gacaca dans une tentative de solution à cette crise. Ceci s'est avéré une grande réussite de la justice rwandaise. Plusieurs motifs le justifient. D'abord, gacaca a su faire révéler la vérité des aspects de crime du génocide, apects qui étaient jusque-là ignorés par le ministère public. Même la nature semble s'être associée à gacaca, comme on le lit ci-dessus :

---

[296] Préambule de la Loi Organique n° 16 du 19/06/2004 relative à la création, l'organisation et le fonctionnement des juridictions gacaca.

[297] Hélène Dumont et Mireille Paradelle, « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime du génocide ? Etude de cas à partir des juridictions traditionnelles gacaca du génocide des Tutsis du Rwanda », *Criminologie*, vol. 39, n° 2, 2006, p. 97-135.

> Dix-sept ans après, le pays n'a pas fini d'enterrer ses morts. Les aveux obtenus dans le cadre des procédures judiciaires ou les déplacements des terrains causés par les pluies diluviennes contribuent à la découverte des corps. Le processus de deuil n'a ainsi pas fermé son ultime parenthèse.[298]

Ensuite, il s'est avéré possible d'accélérer les procès grâce à la multiplication des juridictions pour connaître les procès de ce crime. Enfin, il a permis de juger un grand nombre des accusés, et ainsi éviter une criminalisation collective et donc une dépénalisation par la déresponsabilisation de la masse populaire qui a participé à la commission du crime. Voilà pourquoi, entre autres, nous faisons notre, la démarche ci-après :

> Nous serons ainsi amenés lors de cet essai, à étudier davantage la relation entre les choses que le contenu des choses elles-mêmes [...] Cette démarche nous amènera à franchir constamment cette barrière qui sépare artificiellement la science du droit de la sociologie, de la sociologie juridique, voire de l'histoire. Il s'agit avant tout de réconcilier le droit avec son objet au sein d'une étude globale[299].

La problématique de ce chapitre concerne la réévaluation des limites du modèle positiviste du droit, en fournissant d'abord des réponses de justice aux crises engendrées par le génocide. Le questionnement qui y est inhérent nous semble être le suivant :

- Gacaca est-il parvenu à un jugement équitable des accusés génocidaires ?
- Comment résoudre les contentieux entre les Rwandais en utilisant un système de justice basée sur le système du droit positif importé qui ne cadre pas avec leur vision du monde et avec la réalité sociale ?
- Comment résoudre la question des victimes qui revendiquent que la justice soit faite et des prisonniers qui réclament le jugement ou la libération ? D'une part, les victimes demeuraient sans recevoir la justice des membres de leur familles massacrés, certains d'entre eux rendus

---

[298] Hélène Dumas et Korman R., « Espaces de la mémoire du génocide des Tutsis au Rwanda. Mémoriaux et lieux de la mémoire », dans *Afrique contemporaine*, vol. 2, n° 238, 2011, pp. 11- 27.

[299] Serge Diebolt, *Le droit en mouvement. Eléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse de doctorat, Université de Paris X- Nanterre, 1990, p. 6.

infirmes par les violences corporelles et sexuelles, leur biens non restitués ; d'autre part la population carcérale dépassait en nombre la capacité d'accueil dans les prisons et réclamait la justice.

Dans la perspective d'expliciter la généalogie de gacaca, nous utiliserons le terme de gacaca néo-traditionnel pour le distinguer du gacaca de l'époque rwandaise précoloniale. Cet angle de vue doit apparaître dans l'ensemble de ce chapitre. Il s'agira donc de montrer d'une manière claire qu'il y a eu évolution, non seulement de la compréhension de gacaca à travers sa pratique, mais aussi à travers sa construction comme une nouvelle institution de justice. Il conviendra enfin de jeter un regard sur l'impact de la justice gacaca et sur les relations sociales qui se sont retissées après quatre années de sa clôture.

Inspirée de la théorie du droit-intégrité dworkinienne, notre analyse critique du modèle positiviste nous donne la clé d'explication du modèle gacaca dans le but de le comprendre et d'explorer sa contribution à la résolution des conflits au Rwanda. Le modèle dworkinien nous permet aussi de critiquer les limites de gacaca néo-traditionnel tant dans sa réglementation que dans sa pratique de manière à nous permettre d'envisager un modèle plus performant et plus durable, mais aussi qui ne soit pas statique, mais plutôt dynamique en fonction de l'évolution de la société. Examinons à présent les failles de la justice pénale classique, face aux contextes rwandais post génocide, ainsi que l'insitutionnalisation de la justice gacaca néotraditionnel.

IV.1. Justice pénale post génocide au Rwanda

IV.1.1. Le contexte global de la société rwandaise au sortir du génocide et de la guerre

Tous les problèmes, au sortir de l'horreur du génocide et de la guerre, pevent être ramenés à trois défis majeurs. D'abord, il s'agit du contexte des crises multiples et sans précédent de tous les secteurs de la vie nationale au

sortir du génocide. Ensuite, vient la période de débats surtout concernant la question de la justice. Enfin, la mise en place de la législation sur le crime du génocide et des institutions judiciaires.

En effet le génocide perpétré contre les Tutsi au Rwanda en 1994 a fait plus de 1.050.000 victimes sur le laps de temps de 100 jours. Au lendemain du génocide, plus de 3 millions de personnes avaient fui le pays vers les pays voisins, et plus de 120.000 personnes soupçonnées d'avoir participé au génocide avaient été arrêtées et détenues provisoirement[300].

De multiples études[301] concernant la situation globale du Rwanda immédiatement après le génocide contre les Tutsi fait apparaître la convergence de plusieurs facteurs qui expliquent les crises que ce pays a traversée pendant son histoire et qui a atteint son paroxysme avec le génocide contre les Tutsi en 1994. Les crises laissées par cette catastrophe donnent lieu à des études qui engagent plusieurs disciplines, y compris celle concernée par la justice qui nous intéresse ici. Au sortir du génocide la crise avait frappé de plein fouet tous les secteurs de la vie nationale. C'est ainsi que du côté de la justice, la tentative de solution a poussé les autorités du pays à rassembler différents acteurs de la société au Village Urugwiro[302] pour réfléchir sur les stratégies à adopter pour faire face à cette interrogation épineuse de la justice. Les présumés auteurs de ce crime ainsi que les victimes attendaient impatiemment que la justice soit rendue.

Voilà la situation qui a prévalu à la conception de la justice à la manière rwandaise, à travers le système gacaca, après l'échec de la justice classique. Il faut signaler en passant qu'au Rwanda, malgré la ratification par le gouvernement déchu, la loi n'avait rien prévu comme sanction contre le crime du génocide. Il fallait tout élaborer : la loi et les institutions, ainsi que la mise en place du personnel requis pour résoudre ce problème. Mais la

---

[300] SNJG, *Rapport présenté à la clôture des activités des juridictions gacaca*, Kigali, juin, 2012.

[301] Ces études ont été réalisées par des ONG, des chercheurs experts internationaux et d'autres chercheurs indépendants, parmi lesquels nous pouvons mentionner des rapports de l'ONU.

[302] C'est un forum des acteurs nationaux qui s'est mis en place pour réfléchir sur l'urgence de la question de la justice qui suscitait beaucoup d'interrogations à l'égard de l'ampleur de la question des présumés auteurs du génocide qui attendaient le jugement.

question qui revenait alors était de trouver la capacité matérielle et humaine pour l'organisation de cette grande entreprise de la justice.

Il convient ici de décrire les défis internes de la société rwandaise de l'époque devant la crise engendrée par le génocide sous l'angle sociopolitique, juridique et économique.

IV.1.1.1. Le défi d'ordre social

La société rwandaise au sortir du génocide était totalement paralysée et déstructurée. Une partie de la population venait d'être massacrée, une autre avait pris le chemin de l'exil tandis que celle exilée depuis les événements de 1959 rentrait dans le pays, désemparée, et même traumatisée de l'hécatombe qui venait d'emporter les siens. Toutes les infrastructures étaient complétement délabrées. Le gouvernement qui venait de se mettre en place, sans moyens matériels ni humain, ne savait par où commencer ni comment mettre en place les institutions totalement détruites. Le nombre de veuves et d'orphelins ainsi que les victimes de violences sexuelles ont augmenté le nombre de victimes de cette catastrophe de l'humanité. C'était le chaos ; tout était à reconstruire.

Face à ce chaos, il fallait reconstruire le tissu de la société rwandaise, mettre en place et faire redémarrer les institutions de l'État. Partant du contexte dans lequel se situaient les différentes composantes de la société, la cohabitation semblait impossible. Une grande partie de la population était soupçonnée d'avoir participé au génocide perpétré contre les Tutsi, tandis qu'une autre venait de rentrer d'exil après plus d'une trentaine d'années hors de leur pays ; celle-ci était consternée des massacres et d'autres victimes trouvés dans le pays. Il fallait recomposer ensemble le tissu social dans cette atmosphère très complexe et très tendue entre ces deux groupes de la population.

IV.1.1.2. Le défi d'ordre politique

Le gouvernement s'est immédiatement mis en place, le 19 juillet 1994, après l'arrêt d'un génocide qui avait couvert tout le pays. Organiser politiquement la société, mettre en place les institutions après la destruction

de toutes les infrastructures nationales, tant matérielles qu'immatérielles, rétablir la paix, l'ordre et la sécurité nationale sur le sol couvert de corps en décomposition qui jonchaient les rues, les villages et les collines inhabitées, semblait un rêve irréalisable. Il fallait dans cette atmosphère organiser toute la vie nationale. Il faut rappeler que le Rwanda est un petit pays de 26338 km² de superficie, sans ressources économiques suffisantes, même dans les situations normales de la vie nationale.

IV.1.1.3. Le défi économique

La destruction des vies humaines s'accompagnait de celle de toutes les infrastructures publiques et économiques du pays : banques pillées, magasins d'alimentation brûlés, marchés sans provisions, etc. Les investisseurs étrangers de leur côté, avaient fui le pays. Du point de vue de l'agriculture, principale source de l'économie rwandaise, celle-ci avait été aussi mise par terre durant cette atmosphère de guerre et des massacres des Tutsi. Il fallait attendre longtemps avant que les paysans puissent revenir aux travaux des champs. Il a fallu longtemps pour relever l'économie qui était totalement ruinée. Mais, c'est peutêtre le défi de la justice qui allait s'annoncer le plus difficile à relever.

IV.1.1.4. Le défi de la justice

Le défi de la justice à cette époque consistait à rendre justice prioritairement aux victimes du crime du génocide. Il fallait immédiatement arrêter les présumés auteurs de crime, d'où les prisons se sont retrouvées débordées. Il faillait ensuite organiser au plus vite le personnel et les infrastructures juridiques et judiciaires. Une partie du personnel venait d'être tuée, une autre exilée.

Il faudrait faire remarquer que le gouvernement mis en place n'avait ni moyens matériels ni institutions préalables pour permettre une mise en place des structures solidement réfléchies. Il a fallu du génie comme du miracle pour mettre les choses en marche. Malgré toutes ces contradictions au-delà de l'imaginable, le gouvernement de transition s'est vite mis à l'œuvre : sans budget, sans infrastructures, sans rien excepté la détermination ferme

des dirigeants qui se plaçaient au-dessus des obstacles en fixant le regard uniquement vers l'avant.

Soulignons la disproportion entre le mode juridique du droit positif et l'ampleur du crime commis, le degré des violences et les moyens utilisés par les auteurs du crime commis, non seulement par l'armée mais aussi par les dirigeants politiques, l'élite intellectuelle et la masse de la population. La complexité de la crise de la justice était telle qu'il était quasi impossible d'y répondre suivant la logique classique du droit positif.

Face à cette crise complexe et presque sans issue, le gouvernement rwandais a eu recours au mode traditionnel de justice qui a permis de décanter cette situation par la justice traditionnelle participative qui a permis de juger ce crime de masse par cette justice populaire. La justice gacaca devait aussi contribuer à réconcilier la population extrêmement divisée et déchirée.

IV.1.2. Les caractéristiques spécifiques du génocide des Tutsi au Rwanda et ses conséquences

La complexité de la justice pénale au Rwanda post génocide est fonction de la complexité des crimes du génocide contre les Tutsi commis dans l'espace de cent jours en 1994. La tentative d'établir un rapport entre cette justice et la nature du crime de ce génocide est une entreprise risquée, car le génocide lui-même échappe à une quelconque caractérisation étant donné que sa nature dépasse toute tentative de définition en des termes précis. Voici ce qu'affirme le rapport indépendant mais commandité par l'ONU sur ce génocide contre les Tutsi au Rwanda.

> Quelque 800 000 personnes ont été massacrées lors du génocide de 1994 au Rwanda. Le carnage dont hommes, femmes et enfants ont été victimes au cours d'une centaine de jours entre avril et juillet 1994 constitue l'un des événements les plus abominables qui entacheront à tout jamais le XXe siècle dans la mémoire des hommes. Les Rwandais ont tué des Rwandais, décimant avec férocité la population tutsie du pays, mais s'attaquant aussi aux Hutu modérés. D'inqualifiables atrocités ont été commises, par les milices et les forces armées, mais aussi par les civils contre d'autres civils.

> Outre qu'elle n'a pas empêché le génocide, la communauté internationale n'a pas fait cesser la tuerie une fois qu'elle a commencé. Cette défaillance a laissé de profondes blessures dans la société rwandaise et pèse encore aujourd'hui sur les rapporta assombris entre les rwandais et la communauté internationale, en particulier l'Organisation des Nations-Unies ; les plaies ouvertes doivent être pensées, pour le bien du peuple rwandais et pour celui de l'ONU. C'est pour le Rwanda, pour l'ONU et pour tous ceux, où qu'ils se trouvent, qui risqueraient d'être victimes d'actes de génocide à l'avenir, qu'il importe d'établir la vérité[303].

De manière générale, le génocide est un processus qui se développe suivant huit étapes suivantes : catégorisation, symbolisation, déshumanisation, organisation, polarisation, préparation, extermination et déni[304]. S'agissant du génocide contre les Tutsi, la nature de ce crime est d'abord celle d'un génocide ; crime que l'on ne peut ni punir ni pardonner, comme dira Antoine Garapon. C'est ensuite, pour le cas du génocide contre les Tutsi, un crime qui se distingue principalement des autres par l'ampleur de la participation de la population dans l'entreprise d'extermination.

Ce crime d'autre part, se décompose en crime de proximité et crime rapide selon l'ampleur qui a caractérisé la participation de la population à l'extermination des Tutsi dans ce dernier génocide du siècle.

> Une méthodologie encore inédite reste à inventer pour se saisir d'un massacre si différent d'expériences historiques déjà très étudiées : un massacre méthodiquement préparé par un État, et perpétré avec les moyens militaires dont tout État dispose, mais relayé par une extraordinaire mobilisation des liens de voisinage, sans laquelle on ne peut imaginer ni un tel nombre de victimes en si peu de temps, ni de tels déploiements de cruauté dans les mises à mort. Un massacre dont les familles se sont faites souvent, en leur sein, le relais. Un massacre intra religieux dont les lieux de cultes ont été un des théâtres privilégiés. Un massacre dont les femmes, et aussi les enfants ont été partie prenante(.) un massacre sans exemple, sans précédent, sans équivalent[305].

---

[303] Rapport de la commission indépendante d'enquête sur les actions de l'Organisation des Nation-Unies lors du génocide de 1994 au Rwanda, du 15 décembre 1999, Rapport commandité par le Président du Conseil de Sécurité de l'ONU à la demande du Secrétaire Général de l'ONU.

[304] Gregory H. Stanton., http://genocidewatch.org/genocide/tenstagesofgenocide.html.

[305] Stéphane Audoin-Rouzeau, « Préface », in Hélène Dumas, *Génocide au village. Les massacres des Tutsi au Rwanda*, Seuil, 2014, pp. I-VIII.

Non seulement le génocide contre les Tutsi est un crime conçu, planifié, organisé et conduit par les hautes autorités du pays[306], mais aussi il a impliqué une grande masse des citoyens ordinaires de tous âges, sexes et appartenant indistinctement à toutes les catégories professionnelles. Il s'agit d'un génocide de type particulier, perpétré suivant une méthode systématique et sélective. Nous esquissons quelques caractéristiques.

IV.1.2.1. Crime d'État

Comme tous les autres génocides reconnus par les États et l'ONU, le génocide contre les Tutsi est reconnu comme crime d'État. Cet argument se justifie par la place du premier plan du régime en place à cette époque, quant à la conception, la préparation, l'organisation et l'exécution, surtout par l'armée et la milice que le gouvernement avait formée pour cet effet. Non seulement l'État a impliqué ses forces armées et la police, mais aussi la masse populaire, surtout à l'aide de ses média[307].

IV.1.2.2. Génocide populaire – Le crime de masse

En plus des forces armées nationales (armée, police et la milice *interahamwe ou les intrépides*), les différents politiques, civils et même religieux ont participé et entraîné la masse populaire à doubler l'intensité des cruautés et de l'étendue sur tout le territoire national.

La qualification du génocide comme crime de masse perpétré contre les Tutsi peut se comprendre de deux manières au moins. D'abord, il s'agit d'un crime qui a été commis par un grand nombre de leaders de différentes institutions publiques et autres ainsi que par la masse des citoyens ordinaires. Non seulement le génocide a impliqué une participation massive de la population ordinaire, mais surtout l'exécution de ce crime présente le

---

[306] Selon, Jean Kimonyo, *Rwanda. Un génocide populaire*, Karthala, Paris, 2008, il s'agit à la fois d'un crime populaire et d'un crime d'Etat.

[307] En plus de nombreux journaux que le gouvernement s'est servi pour mobiliser la population à la participation massive aux massacres génocidaires. Voir à ce sujet : Jean-Pierre Chrétien, *Rwanda : les médias du génocide*, Karthala, Paris, 2002.

caractère de participation collective de groupes de criminels dans les actes commis.

Mentionnons une des caractéristiques du génocide en question, celle de chasse aux victimes. Au moment des horreurs, les bourreaux pourchassaient les victimes du génocide en groupes accompagnés de chiens de chasse sur les collines et partout dans les lieux de cachettes. Les groupes que l'on appelait *ibitero* en kinyarwanda, qui signifie, attaques organisées en groupes, étaient dirigées contre les victimes partout dans les lieux de cache. Les attaques ciblées des génocidaires suscitaient une grande crainte chez les victimes ; ce qui les poussait à se regrouper dans des lieux antérieurement considérés comme sécurisés (Églises, écoles, couvents de religieux ou religieuses, etc.). Le regroupement des victimes était aussi un facteur qui favorisait leurs massacres collectifs.

Le crime de génocide au Rwanda s'accompagne d'une situation d'impunité récurrente. Le planificateur avait voulu que ce crime soit un crime de masse avec comme résultat la culpabilité collective et donc une déresponsabilisation[308].

En effet, depuis 1959 jusqu'en 1994, les violences à caractère ethnique, plus particulièrement dirigées contre les Tutsi, sont restées impunies. Les données historiques enregistrent une série d'événements de violences et de massacres contre les populations civiles tutsi : en 1959, 1963, 1973,1990. Dès 1959, les premiers massacres des Hutu contre les Tutsi sont enregistrés, suivis de la fuite des premières vagues de Tutsi vers les pays voisins. En 1963, quelques années après, et en 1973, de nouveaux massacres sont dirigés contre les Tutsi. Les massacres répétés dans ces différentes phases contre les Tutsi sont restés impunis. Après le génocide de 1994, les planificateurs espéraient que ce crime resterait impuni comme dans les phases antérieures, compte tenu de l'implication d'un nombre extrêmement élevé de la population civile.

Comment punir et réconcilier ? Et comment punir une masse de personnes civiles impliquées dans le crime par le gouvernement et son

[308] Paul Rutayisire., « Les juridictions gacaca : originalité et acquis », in *Dialogue*, n° 197, octobre 2011-janvier 2012, pp. 10-21.

armée ? Telles sont deux questions épineuses qui ont suscité le lancement des juridictions gacaca. Mais la justice gacaca a fort heureusement déjoué ce piège en jugeant le plus grand nombre possible d'accusés[309].

À la participation de la masse au crime du génocide contre les Tutsi correspond la participation populaire au jugement des accusés, au crime de masse correspondent des juridictions populaires pour les objectifs suivants. Le premier objectif est de révéler la vérité des actes commis, les circonstances de leur exécution, le degré de participation des auteurs, les moyens utilisés, les lieux où sont enterrés les morts, etc. Ensuite, il s'agit de permettre l'accélération des procès, de lutter contre l'impunité (étant entendu qu'il s'agit d'un crime de masse), de permettre la réconciliation de la population et de manifester la capacité des Rwandais à résoudre par eux-mêmes leurs problèmes par des moyens traditionnels proprement rwandais.

IV.1.2.3. Génocide de proximité

Le crime de proximité signifie que ce crime a impliqué les membres des familles contre leurs parents, les pères et les mères de famille qui tuent leur enfants parce qu'ils sont Tutsi ou parce qu'ils ont l'apparence de Tutsi. En plus des massacres dirigés contre les voisins de quartiers, de villages et de collines, le génocide contre les Tutsi a un caractère intra et interfamilial. Intrafamilial, parce qu'on retrouve dans une même famille, victimes et bourreaux étant donné que l'un des conjoints est tutsi, et que l'un ou l'autre parent trahissait ses enfants, parce que leur mère ou leur père est tutsi.

Ce crime aussi rappelle les armes utilisées, les mécanismes de tueries, les lieux de crime, les catégories d'acteurs criminels.

IV.1.2.4. Génocide reconnu par sa rapide exécution

Le génocide contre les Tutsi au Rwanda a duré moins de cent jours ; commencé en avril, il a été arrêté en juillet 1994.

---

[309] Le tableau n° 1 nous montre le nombre total de procès jugés. Ils sont pour rappel, 1.958.634 procès jugés dans un délai de 7 ans.

IV.1.2.5. Génocide délibérément mal annoncé

C'est enfin, un génocide délibérément ou non annoncé avec une plus grande confusion dans les médias internationaux, tandis que les média nationaux s'efforçaient de propager des informations contraire à la réalité de la situation.

IV.1.2.6. Un génocide marqué par une polarisation ethnique

Le gouvernement en place à l'époque a gagné son pari. Il avait présenté tous les Tutsi tant de l'intérieur que de l'extérieur du pays, comme des ennemis du peuple. Ils devaient donc être éliminés, à la faveur ou à l'ombre de la guerre, que le gouvernement responsable du génocide voulait remporter contre le Front Patriotique Rwandais[310]. Contre l'innommable que se trouve être le génocide, la justice sera comme une sorte d'antidote.

IV.1.3. Solution à la crise et évolution de la justice

Face à l'ampleur de la situation, l'affaire ne concernait en priorité ni l'ONU ni l'ancienne métropole, la Belgique, ni aucun autre pays ; seul le Rwanda devait assumer sa responsabilité pour son propre destin. De ce fait, bien que le problème pût apparaître comme sans solution sur le plan juridique et judiciaire pouvant conduire à la poursuite de hauts responsables du crime, et donc amnistier la masse populaire impliquée, le gouvernement rwandais mis en place s'évertua à chercher une solution d'un tout autre genre, celle de la justice à base culturelle. D'autre part, l'ONU, se trouvant devant un tel défi, a d'abord ressenti une dette morale à laquelle il fallait obligatoirement répondre. C'est ainsi qu'elle a reconnu les crimes commis au Rwanda à cette période, comme relevant de crime universel, donc de génocide. Dans le même temps l'acte internationalement légal a ordonné la mise en place du tribunal chargé de la poursuite des auteurs de ce crime. Le

[310] Le Front Patriotique Rwandais ou le FPR, était un mouvement politico-militaire qui avait rassemblé des Rwandais, dans le but de mettre fin à leur exil, par des négociations ou par la force, en cas de refus par le gouvernement en place, de leur paisible.

Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR) se limitait à la poursuite des hauts responsables de ce crime sans tenir compte de la masse des citoyens ayant aussi participé à ce crime[311].

C'est ainsi que les poursuites de ce crime se sont jouées sur deux plans : national et international. Étant donné l'orientation de notre travail et tenant compte des données suffisantes des travaux sur la justice rendue par le TIR, bien qu'à sa clôture, il lui est reproché de n'avoir pas pu résoudre tant de défis[312], nous faisons l'économie des analyses détaillées à ce sujet pour nous permettre de nous pencher plus à fond sur la justice interne du Rwanda.

IV.1.3.1. Mise en place des juridictions

Après avoir identifié la nature du problème de la justice à cette époque critique, le gouvernement devait établir la législation qui permettrait de mettre en place à la fois des lois sanctionnant le crime de génocide et des institutions judiciaires pour conduire la justice de tous les auteurs sans exception. C'est à ces deux priorités que le gouvernement a dû faire face pendant cette période.

Les juridictions devant être mises en place et ayant pour mission les poursuites des responsables des actes du crime de génocide contre les Tutsi peuvent être rangées en trois catégories. D'abord des juridictions ordinaires, ont été chargées des jugements des procès des accusés présumés auteurs du crime de génocide des Tutsi placés dans la première catégorie. Ensuite, les juridictions spécialisées ont été créées spécialement par la loi organique votée en 1996 pour connaître le crime de génocide et d'autres crimes qui lui

---

[311] Les études faites à ce sujet montrent que la masse populaire a participé activement au génocide. La laisser impunie serait continuer dans la logique de l'impunité de la même manière que les régimes qui ont précédé et qui ont préparé et exécuté le plan d'extermination des Tutsi en 1994. C'est un plan commencé à partir de 1959, compte tenu des discours des autorités politiques et d'actes de massacres à caractère ethnique opérés par cette même masse populaire et nourris pendant une longue période par l'éducation à l'idéologie ethnique.

[312] La résolution no n° 955 du 8 novembre 1994 a institué ce tribunal avec la mission de juger uniquement les hauts responsables de ce crime. Les travaux et les rapports du TPIR à Arusha en Tanzanie sont nombreux. Certains parmi ces travaux montrent à suffisance les lacunes de ce Tribunal en comparaison avec les moyens à la fois financiers et en personnel de justice dont il était en possession durant tout son mandat.

sont associés. Enfin, les juridictions gacaca sont instituées pour venir au secours des juridictions ordinaires après leur échec. Cet échec avait principalement les raisons suivantes : le nombre élevé de la population carcérale qu'il fallait juger dans un délai raisonnable, la lutte contre la culture de l'impunité longtemps entretenue par les pouvoirs politiques antérieurs et enfin il fallait en même temps juger et réconcilier la population en situation de déstructuration quasi totale.

Pour ce fait, nous examinerons la législation des juridictions (ordinaires et les chambres spécialisées) avant de nous attacher plus en détails aux juridictions gacaca et à leur jurisprudence.

IV.1.3.2. L'évolution de la législation interne et la mise en place de juridictions gacaca

La crise aiguë de la justice a conduit à une série d'interrogations sur la forme des juridictions à mettre en place pour venir au bout de cette crise. C'est ainsi qu'une série de tentatives a mené les autorités politiques à préférer les juridictions gacaca par rapport aux autres formes de juridictions classiques du droit positif relevant de la justice pénale nationale ou internationale, ou à l'amnistie, à défaut d'une justice appropriée au contexte de cette époque. Il sied de rappeler que la réforme des institutions judiciaires devait être précédée par la réforme législative qui devait réglementer ces institutions. De fait, la loi sur le crime du génocide n'existait pas dans la législation rwandaise avant 1994, excepté les Accords internationaux et la Convention du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du crime du génocide ainsi que la Convention du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerres et des crimes contre l'humanité, dont le Rwanda est partie signataire depuis 1968. Ensuite, il s'agira de montrer le processus de la législation qui a conduit à opter pour cette justice traditionnelle. Enfin, c'est expliquer les obstacles que cette législation a rencontrés, se manifestant dans une série d'amendements de loi sur gacaca.

La raison d'être majeure de gacaca n'était pas de désengorger les prisons qui avaient accueilli la population carcérale plus élevée par rapport à l'espace prévu, mais son but est de permettre le jugement des accusés et la réconciliation du peuple rwandais avec lui-même. Le désengorgement des

prisons est une raison secondaire eu égard aux droits des victimes au procès équitable.

Les moyens de réduction des peines ont été une possibilité de faciliter la réconciliation des Rwandais avec eux-mêmes. D'où le sens de la réduction des sanctions ou l'établissement de sanctions alternatives[313]. Les efforts de la justice post génocide mise en place par le gouvernement rwandais peuvent être synthétisés de la manière suivante.

Le premier effort a été la mise en place de la législation nationale qui sanctionne le crime du génocide au Rwanda. Ceci s'est concrétisé par la promulgation de la loi organique n° 08/96 du 30 octobre 1996. Cette loi prévoyait la sanction du crime du génocide et la création au sein des juridictions ordinaires, de chambres spécialisées pour juger le crime de génocide et d'autres crimes contre l'humanité associés au génocide des Tutsi de 1994.

Les chambres spécialisées ont fonctionné pendant cinq ans avant la mise en place des juridictions gacaca. Le deuxième effort est celui d'une mise en place passablement acutalisée du mode traditionnel rwandais de justice gacaca pour pallier la justice dans le pays.

IV.1.4. L'institutionnalisation des juridictions gacaca néo-traditionnelles

Les débuts du processus des juridictions populaires gacaca sont caractérisés par des réticences très marquées provenant d'horizons variés. D'abord les diverses sphères représentant des États et des organismes internationaux imprégnés du droit positif classique sont réticentes face au mécanisme de gacaca non encore éprouvé. Ensuite, à l'intérieur du pays, les rescapés ne croyaient pas à un jugement équitable des juridictions gacaca étant donné qu'il s'agissait d'une expérience unique et originale que l'on n'avait jamais vue et apparemment incapable de juger « le crime que l'on ne

[313] La loi organique portant sur la création de gacaca prévoyait, dans son article 69, parmi les sanctions celle des Travaux d'intérêt général (TIG), *op. cit*..

peut ni punir ni pardonner » selon les mots d'Antoine Garapon . Ils pensaient qu'il s'agissait d'un stratagème pour disculper les accusés. Les accusés n'étaient pas, quant à eux, assurés de la justice de gacaca. Ils disaient que c'était une stratégie du gouvernement pour se venger. D'autres personnalités et organismes influents, à leur tour doutaient de la justice de gacaca étant donné que la justice pénale classique, tant interne qu'internationale, avait échoué. Il était inconcevable qu'un système juridique et judiciaire de type traditionnel puisse juger le crime du génocide, encore moins un génocide populaire ou de masse. Le génocide contre les tutsi a ceci de spécifique que nonobstant les autorités et les autres acteurs politiques ainsi que l'armée, il lui est reconnu la participation de la masse populaire civile à grande échelle. C'est là l'objectif d'une justice inédite.

> L'originalité de la politique de justice au Rwanda prend sa source dans la singularité du génocide lui-même. En effet, planifié au cœur de la hiérarchie militaire et politique, son exécution a exigé la participation de la population dans les proportions considérables[314].

La stratégie pour surmonter cela a été de départager les accusés entre les juridictions ordinaires et les juridictions populaires gacaca. La mesure pour y parvenir était de catégoriser les prévenus suivant le degré de leur participation et la position socio-politique qu'ils occupaient au moment de la commission de ce crime.

Le Gacaca a toujours été considéré comme une juridiction que ce soit dans le Rwanda ancien, pendant la colonisation ou même après l'indépendance du pays. Mais à y regarder de près, l'on se rend compte que sa signification va au-delà de la juridiction, étant donné qu'il y a à sa base des principes qui le guident et sont formulés d'une façon structurée, en termes de loi pour venir au secours de la justice rwandaise après le génocide des Tutsi en 1994. Voici quelques-uns de ses principes :

> Sinon tout un peuple sur les collines assis sur les lieux même des crimes du génocide, se réunissait, se faisant aider par les listes des morts et des vivants, se rappelait les faits, instruisait les dossiers à charge et à décharge, écoutait les aveux et témoignages, questionnait les contextes, et les circonstances, pesait le pour et le contre, établissait les niveaux de

[314] Hélène Dumas, « Histoire, justice et réconciliation : les juridictions gacaca au Rwanda », in *Mouvements,* vol. 1, n° 53, 2008, p. 110-117.

> responsabilité, catégorisait les prévenus et prononçait le verdict avec droit d'appel en cas de nécessité. Voici en gros ce qu'est gacaca post génocide. Il se caractérise ainsi : La souplesse, la flexibilité, l'adaptabilité et le souci constant de trouver des solutions ont guidé le processus gacaca tout au long de sa mise en œuvre[315].

Dans cette section, l'on essayera de comprendre ce qui constitue le gacaca post génocide ou néo-traditionnel. Nous partirons du contexte de sa naissance, l'évolution de son organisation, sa structure, son fonctionnement, sa mission et l'exercice de ses activités.

IV.1.4.1. Les lois régissant les juridictions gacaca

L'établissement des juridictions gacaca se réalise d'abord dans sa construction à travers un processus législatif suivi de sa pratique judiciaire. Ensuite, cette législation a établi des catégories d'auteurs du crime pour permettre une justice de tous les auteurs, et ainsi faciliter une bonne procédure dans la conduite des procès. En bref, les principes de gacaca post génocide ont guidé les procès et ses objectifs sont les suivants : la catégorisation des prévenus en fonction de la gravité des actes dont ils sont accusés, la procédure de plaidoirie de culpabilité, de repentir et d'excuses et la commutation des peines avec des peines alternatives ou le TIG.

En effet, la poursuite de la répression de ce crime commence par l'établissement de la loi[316] de 1996 visant à sanctionner le crime de génocide et d'autres crimes qui lui sont liés. Cette loi organique a institué des chambres spécialisées pour ce crime au sein des juridictions pénales ordinaires et militaires.

> Cette législation comporte deux innovations essentielles par rapport aux instruments de protection du droit international et des droits humains. D'abord, elle définit les responsabilités selon quatre catégories. Ensuite, elle donnait la possibilité d'une réduction des peines à tous les auteurs

---

315 Antoine Mugesera, « Un pari gagné : Les juridictions gacaca », in *Dialogue*, Trimestriel, n° 197, Octobre-Janvier, 2012, p. 1-9.

316 Minijust, *Loi organique n° 8/96 du 30/8/1996, portant organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou des crimes contre l'humanité commis à partir du 1er octobre 1990*, J.O.R.R, 1996.

> exceptés ceux classés en la première catégorie, en échange des aveux complets[317] .

Cette classification permet de regrouper les auteurs du crime de génocide et d'autres crimes apparentés commis au Rwanda suivant une catégorisation spéciale, comme l'annonce ce texte de loi. La première catégorie comprend ceux qui ont planifié, organisé et supervisé le génocide, les autorités politico-administratives au niveau national, préfectoral, communal, de secteur, de la cellule qui ont participé au génocide ; les meurtriers de grand renom ainsi que ceux qui ont commis des actes de tortures sexuelles. La deuxième catégorie regroupe ceux qui ont commis des actes d'homicide volontaires ou comme complices. La troisième catégorie inclut ceux qui ont commis d'autres atteintes graves à la personne humaine. La quatrième catégorie enfin implique ceux qui ont commis des infractions contre les biens des victimes.

Cette catégorisation permet de réduire les peines des personnes inculpées : la diminution de la durée d'emprisonnement, la commutation des peines en travaux d'intérêt général (TIG).

L'étape suivante est constituée par les débats au village Urugwuro sur trois points principaux : examen du contentieux de génocide, réflexions sur les possibilités de solution à y apporter et mise en place de la commission ad hoc pour étudier les modalités de mise en place du système de justice traditionnelle gacaca. Cette commission a élaboré un projet de loi qui a abouti à la loi sur gacaca n° 40/2000 du 26 janvier 2001.

La loi organique régissant la création, l'organisation et le fonctionnement des juridictions gacaca[318] constitue le point de départ d'une nouvelle ère de la justice rwandaise. Il s'agit d'une introduction dans la justice rwandaise du modèle traditionnel de justice qui n'était pas suffisamment connu depuis l'introduction du droit colonial jusqu'à son institutionnalisation en tant que justice désormais reconnue pour juger le crime du génocide contre les Tutsi

---

[317] SNJG, *Rapport du Service national des Juridictions gacaca*, Kigali, p. 15.

[318] Minijust, *Loi organique n° 40/2000 du 26 janvier 2001 portant création des « Juridictions GACACA » et organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou des crimes contre l'humanité, commis entre le 1er octobre et le 31 décembre 1994.*

commis dans ce pays. L'introduction de ce modèle de justice par la législation marque le point de départ des activités judiciaires à l'échelle nationale pour venir au secours de la justice classique éprouvée par la crise de justice engendrée par le crime de génocide.

Ce tableau permet de comprendre le principe à la base de l'établissement de cette loi et le lancement de ses activités. Plusieurs phases marquent ces activités. D'abord, il y a eu la phase d'essai ou phase pilote. Cette phase à son tour comprend l'étape de collecte des informations sur la nature des actes commis, l'identification des auteurs et des victimes, les lieux des crimes ainsi que les lieux où sont jetés les corps des victimes. Cette phase a été suivie de celle des procès-pilotes. À l'issue de chaque phase correspondait un travail d'évaluation pour constater soit des avancées ou des obstacles à la réalisation des objectifs des tribunaux gacaca.

a) La nature de la sanction contre le crime commis

Si l'on regarde l'ampleur et la complexité du crime commis, l'on ne trouve aucune commune mesure des sanctions infligées aux auteurs par les tribunaux gacaca avec celles exigées par tribunaux classiques. Le but est qu'il faut plutôt envisager une double priorité qui renvoie à la fois à l'exigence de la justice et à l'impératif de coexistence sociale. C'est pourquoi, et compte tenu des ramifications des relations au sein de deux groupes (Hutu et Tutsi) et leur proximité géographique, il a fallu mettre la priorité sur un double objectif de la justice, parfois difficile à comprendre mais exigé par ce contexte, à savoir : punir et réconcilier.

Le degré de réduction des sanctions, l'une des caractéristiques de gacaca s'observe sur plusieurs points. D'abord, il s'agit de la catégorisation des prévenus. À y regarder de près, le crime de génocide ne fait pas de distinction quant aux actes qui le constituent en tant que crime de génocide. Suivant le droit classique tous les actes constituant le crime de génocide doivent être punis des mêmes peines. La justice gacaca a mis de côté ce principe en catégorisant dans la loi les prévenus. Ensuite, cet assouplissement de la justice se remarque dans les autres mesures de réduction de peines moyennant certains allègements : la plaidoirie de culpabilité, l'aveu, la demande de pardon, etc. Enfin, il s'agit d'un mode de sanction particulière appelé TIG ou Travaux d'Intérêt Général. Ces trois

catégories de sanctions sont spécifiques de gacaca dans la législation rwandaise.

b) La structure administrative

Cette structure a dû subir des modifications en fonction de l'évolution du processus des procès gacaca. Initialement, la coordination nationale des juridictions gacaca était confiée au Département de la Cour Suprême de justice, appelée 6ème Chambre, créée à cet effet. Cette chambre ne disposait d'aucun pouvoir législatif. Son rôle était de coordonner les activités des procès des juridictions. Après la modification de la loi sur les juridictions gacaca partant des résultats de l'évaluation des activités de la phase-pilote de ces juridictions, le Parlement, par la loi de 2004 sur les juridictions populaires gacaca, a créé le service au niveau national appelé « Service National des Juridictions gacaca » ; cette institution dispose de son autonomie financière et est chargée de la coordination et du suivi du déroulement quotidien des activités liées aux procès. La création de cette institution a rendu le déroulement plus efficace et rapide. Ce service de coordination avait ses branches au niveau de chaque district pour permettre le suivi et la coordination des activités d'une manière plus souple à l'échelle locale en étant présent aux activités des juridictions dans les secteurs et les cellules administratives de base.

c) La structure judiciaire

La structure judicaire de gacaca

Une remarque qui doit être examinée. Après sa clôture, Gacaca devrait être considéré comme une justice transitionnelle puisée dans la justice traditionnelle qui existait avant le génocide, pendant l'époque antérieure à la colonisation, et même après l'indépendance du Rwanda. C'est pourquoi il n'est pas convenable de la qualifier de justice transitionnelle. Même si elle a été récupérée par le gouvernement rwandais pour venir au secours de la justice post génocide, il serait intéressant de l'envisager à présent dans notre étude comme une justice susceptible d'une évolution pour résoudre les autres contentieux de la société rwandaise d'une façon permanente plutôt que transitionnelle. La raison majeure qui justifie sa permanence est que le gacaca est une institution judiciaire rwandaise qui a toujours existé pour

régler les contentieux au sein de la société rwandaise comme nous l'avons montré en détail dans le chapitre précédent. Il ne s'agit donc pas d'une justice inventée pour le but spécifique (contextuel) du contentieux post génocide.

d) La juridiction

On se rappellera que les juridictions gacaca sont hiérarchiquement structurées de la manière qui suit[319] : au degré inférieur se trouve la juridiction de la cellule, compétente pour les infractions liées au crime de génocide relatives au meurtre et aux biens des victimes ; au degré supérieur la juridiction de Secteur qui a le ressort du secteur administratif, et enfin, la juridiction d'appel, qui a aussi le ressort du secteur administratif. Suivant la loi juridiction doit connaître sont celles de la première catégorie des criminels, c'est-à-dire les tueurs de grand renom, les procès de viols comme crimes liés au génocide. La juridiction inclut aussi la nature du jury.

e) Le jury

Ce jury ou le siège de gacaca est composé des 9 juges intègres[320] avec 5 juges, mais qui sont des prévus par la loi en qualité de remplaçants des juges empêches.

IV.1.4.2. Les objectifs poursuivis par les juridictions populaires gacaca

Les objectifs de gacaca visaient la collecte des informations et la conduite des procès.

- Révéler la vérité des faits des crimes et des auteurs selon qu'ils se sont distingués dans les actes de massacres,

---

[319] MINIJUST, *Art. 2 de la loi organique n° 13/2008 du 19/05/2008 modifiant et complétant la loi organique n° 16/2004 du 19/06/2004 portant organisation, compétence et fonctionnement des Juridictions gacaca chargées des poursuites et de jugement des infractions constitutives du crime de génocide et d'autres crimes* contre l'humanité commis entre le 1er octobre 1990 et le 31 décembre 1994 telle que modifiée et complétée à ce jour.
[320] *Ibid*, Art. 4.

- Lutter contre l'impunité étant donné la masse des participants dans les tueries,
- Accélérer les procès : Ni les victimes ni les détenus n'auront plus à attendre longtemps la réalisation de la justice. L'application de la loi permettra une plus grande rapidité de la justice populaire que de la justice classique,
- Contribuer à la réconciliation de la population rwandaise : le processus gacaca permettra la cicatrisation et la réconciliation de la population,
- Des approches innovantes en matière de justice criminelle au Rwanda : Manifester la capacité de trouver la solution originale des Rwandais à leur crise.

Parmi les objectifs il y a aussi la libération de la parole par tous les acteurs/intervenants de gacaca : parler de ce qui s'est passé, informer les victimes des lieux où se trouvaient les corps de leurs morts pour leur permettre de faire le deuil. C'est aussi l'occasion d'exprimer les émotions leur permettant de revivre le deuil comme une sorte de thérapie. Ce point concernant les objectifs de gacaca nous amène à l'examen de la jurisprudence de cette justice.

IV.2. La jurisprudence gacaca

L'examen de la jurisprudence gacaca nous permettra de réévaluer le degré de réalisation des objectifs que l'on avait assignés aux juridictions gacaca : révéler la vérité des faits du génocide contre les Tutsi, accélérer les procès, arriver à la réconciliation entre les Rwandais, combattre l'impunité et évaluer l'originalité rwandaise de ce système de juridictions.

Cette réévaluation est un travail essentiel car il permet d'affirmer ou non la capacité sur le plan à la fois théorique et pratique, légal et judiciaire de ce système rwandais de justice. Il s'agit d'une autre manière d'examiner la justice typiquement rwandaise à partir des sources culturelles de son système de droit. C'est un défi majeur à l'ère actuelle où le droit, à travers ses différentes théories, accuse des faiblesses qu'il importe de corriger, principalement la manière dont le droit a été implanté en Afrique et même

sa gestion actuelle en comparaison avec les autres mécanismes de résolution des conflits divers dans ce continent. Comme le dit Joseph John-Nambo :

> Or ces principes ne pouvaient être appliqués en Afrique ni intégralement ni de façon satisfaisante car, malgré les apparences historiques, les institutions impliquent toujours des structures sociales et une conception qui ne se transfèrent pas d'une société à une autre[321].

En effet, les procès de génocide ont commencé devant les tribunaux ordinaires en décembre 1996. En 1998, ces tribunaux n'avaient jugé que 2192 cas sur les 120.000 provisoirement détenus dans les différentes prisons du pays et d'autres qui étaient encore recherchés, et qui devaient alourdir le nombre déjà élevé de prévenus. Cinq ans après, c'est-à-dire en 2002, le nombre total de personnes jugées était de 7181. Il fallait alors 120 ans pour juger tous les accusés, selon Bizima Jean-Damascène[322]. Pourtant, au cours de sept années, c'est-à-dire du 15 janvier 2005 au 18 juin 2012 date de leur clôture officielle des Juridictions gacaca, celles-ci ont jugé près de 2000 000 procès, soit 1958.634[323].

La jurisprudence gacaca constitue un processus qui a débuté par la phase de récolte des informations et la mise en jugement des accusés jusqu'au prononcé des décisions des tribunaux. Ce point va s'intéresser à toute la procédure pendant le déroulement des procès et aux décisions rendues par ces juridictions. Ce processus comprend deux principales phases : la phase pilote et phase des activités des juridictions au niveau national. Chaque phase comprend à son tour la phase de collecte d'informations et la phase de jugement[324]. Une analyse de la manière dont la loi et la procédure sont conçues et exécutées sera intéressante.

Quelques cas relevés de la jurisprudence gacaca pourront illustrer l'analyse des procès suivant la procédure spécifique des juridictions gacaca en la comparaison avec les tribunaux ordinaires dans les but d'indiquer la

---

[321] Joseph Nombo -John, « Quelques héritages de la justice coloniale en Afrique noire », *Droit et Société*, n° 51/52, 2002, p. 325-344.
[322] Jean-Damascène, Bizimana « Les aspects juridiques de gacaca », *Dialogue*, n° 197, Kigali, octobre 2011-janvier 2012, pp. 44-61.
[323] Voir le tableau ci-dessous à la page 281 qui montre en détail les nombres des personnes jugées, condamnées et acquittées.
[324] SNJG, *Rapport du Service National des Juridictions gacaca*, Kigali, 2012.

différence du point de vue à la fois de la construction de la loi et de sa mise en pratique du point de vue de la procédure, des enquêtes, des modes de preuves, de la conduite du procès du début jusqu'à la phase du jugement. Cette comparaison permettra de dégager les aspects positifs et négatifs de la justice gacaca par rapport à la justice pénale classique.

D'abord, il sera question d'examiner la mise en pratique de la loi par gacaca à partir des objectifs qui lui sont assignés. Ensuite, il s'agira d'examiner si cette mise en application de la loi respecte les principes proclamés par la Déclaration Universelle des droits de l'homme, document de base du droit international public. Deux principes importants dans ces juridictions gacaca : la politique d'aveux et la décentralisation du système judiciaire. Il s'agit bien entendu d'une justice de proximité qui consiste à rendre justice au lieu du crime par la population de ce lieu même.

Pour permettre de bien analyser ce procès, il faudrait d'abord se rappeler de tous les éléments constituant l'essence de gacaca : ses objectifs, sa procédure ainsi que le jugement rendu ; il faudrait rappeler aussi le mode d'exécution de ce jugement. Les éléments du procès sont les suivants : la nature ou le degré de juridiction (sa compétence) et le jury (les juges intègres), l'objet du litige, la personne incriminée, les modes de preuves, les témoins à charge et à décharge.

Cette analyse porte spécifiquement sur le fond, c'est-à-dire sur la question liée à la définition des infractions et des peines, à la procédure et à la structure des juridictions gacaca. Elle portera aussi sur l'effectuation de la justice dans son aspect pratique. Ceci permettra aussi de mesurer l'avantage des sanctions par rapport aux buts majeurs lui assignés : la sanction des auteurs comme preuve de la lutte contre l'impunité et de la réconciliation nationale.

La jurisprudence de gacaca comprend les phases suivantes. La première phase est celle de récolte des données qui rassemblent des informations plus étendues sur les crimes commis (collecte des informations et établissement des listes). La deuxième phase est celle que l'on appelle la phase–pilote, qui a consisté dans une mise en jugement pour tester la loi et les principes de gacaca (loi substantielle, procédure, juridictions, modes de preuves, qualité des juges intègres, etc.) illustrée par la conduite des procès et les jugements

rendus (au premier degré, jugement en opposition et jugement d'appel et en révision).

IV.2.1. Le déroulement des activités de gacaca

La tâche de gacaca consistait à relater les faits de crime, à révéler la vérité de ces faits, à faire participer toute la population à la poursuite et au jugement des accusés à l'aide des assemblées populaires organisées dans les entités judiciaires différentes, étant donné que ces crimes ont été commis publiquement. Les membres des assemblées se constituaient à la fois partie plaignante et témoins. De cette façon, la participation de chaque membre est un devoir civique obligatoire[325] pour fournir des informations[326] sur les actes commis : l'identité des auteurs et la nature des actes du crime, les armes utilisés dans les massacres, la date ou le lieu de l'exécution de ces actes, les lieux où les corps des victimes ont été jetés.

IV.2.1.1. Phase de collecte d'informations

Il faut noter au départ que la révélation de la vérité constitue le préalable de la justice gacaca, sans cela rien ne serait fait. C'est pourquoi la phase d'information met en évidence la révélation de la vérité en détail, c'est-à-dire des faits et des actes du crime de génocide commis, de leurs auteurs, des lieux d'exécution de ces actes, des lieux où les corps des victimes ont été jetés, des armes utilisées, etc. L'identification comprenait différents éléments : ceux qui ont planifié, ceux qui ont organisé, ceux qui ont confectionné les listes de personnes à tuer, ceux qui ont distribué les armes du crime, ceux qui ont mis en place des barrières, ceux qui ont participé à des tueries à l'intérieur ou à l'extérieur de chaque cellule, ceux qui ont été

[325] MINIJUST, *Préambule de la LO sur gacaca, n° 40/2000 du 26/01/2001, op. cit.*

[326] Les informations plus détaillées sont contenues dans les documents à la disposition du siège de chaque juridiction gacaca. Ce sont ces informations, complétées par les témoignages fournis par les participants aux différentes assemblées gacaca qui ont guidé les actions des juges Inyamugayo depuis les étapes d'instruction des procès jusqu'à celles des jugements.

tués parce qu'ils ont refusé de participer aux tueries, les lieux où ont été jetés les corps des victimes, la nature de la mort de chaque victime, etc.

IV.2.1.2. Phase- pilote

a) Étape de comparution

Le principe de ces juridictions est que la population de chaque colline constituant une juridiction est à la foi témoin, juge et partie. C'est d'ailleurs ce principe de participation active de la population qui a permis l'accélération des procès par une chaîne d'information sous forme de récits des faits qui a permis de reconstituer la vérité dans les faits des crimes de génocide et l'établissement des responsabilités des auteurs de ces crimes. Ce principe est aussi facilité par la catégorisation des suspects détenus ou libres.

b) Étape de jugement

Il faut rappeler que ces deux phases du procès ont été rendues faciles et rapide par la procédure simple et moins complexe des juridictions gacaca comparativement à la procédure des tribunaux classiques. Moins les structures de juridictions gacaca sont complexes, plus rapide est le déroulement de leur procès. Dans toutes ces phases, il faut montrer les caractéristiques spécifiques en comparaison avec les tribunaux ordinaires.

Pendant cette période de 7 ans, ces juridictions ont jugé des personnes accusées selon le tableau ci-après.

Catégorie	**Nombre des procès**	**Ceux qui ont été condamnés**				**Acquittements**	**%**	
		Total	%	Aveux	%			
Cat 1	60.552	53.426	88.3	22.137	41.4	7.126	11.7	
Cat 2	577.528	361.590	62.6	108.821	30	215.938	37.4	
Cat 3	1.320.554	1.266.632	96	94.054	7.4	54.002	4	
Grand total	1.958.634	1.681.648	86	225.012	13.3	277.066	14	

Source. Résumé du rapport présenté à la clôture des activités des juridictions gacaca

Parmi les éléments à analyser figurent la place, la catégorie, la signification des peines infligées aux personnes inculpées ; parmi ces peines on signalera le TIG (travaux d'intérêt général) ou commutation des peines en peines alternatives.

Pour apprécier gacaca il faut partir des principes de justice selon Dworkin et de règles législatives en utilisant une méthode d'interprétation plus réaliste que la méthode d'interprétation stricte qui restreint le droit positif. L'appréciation de gacaca sur le plan de la loi et la jurisprudence a pour bases les principes de justice culturels et la méthode.

Notre travail pose, entre autres questions, celle de la valeur/validité des peines infligées aux personnes inculpées pour crime de génocide et autres crimes contre l'humanité commis au Rwanda entre le 1er octobre et le 31 décembre 1994. Le travail revient aussi sur la qualité des juges intègres ou *inyangamugayo* en cherchant à savoir si, ces derniers, ont la qualité de juger les crimes de génocide et d'autres crimes contre l'humanité sans une formation académique solide en droit pénal national ou international ?

IV.2.1.3. Le lancement des activités proprement dites

Le lancement des activités des juridictions gacaca est l'étape principal qui a succédé celui de la phase d'essai ou la phase- pilote. A l'issue de cette dernière, les juridictions établies sur toute l'étendue nationale, ont commencé les travaux des procès. Il s'agissait, pour les juridictions de cellule et de secteur, de rassembler les données de collecte d'informations obtenues dans les différentes assemblées, suivi des procès proprement dit dans les différents ressorts des tribunaux gacaca. Il faudrait rappeler que l'évolution des procès s'accompagnait des amandements des lois qui ont eu lieu en 2004, 2007 et 2008, avant la clôture des juriductions qui s'est effectuée en 2012.

IV.2.2. Analyse juridique de quelques procès jugés par gacaca

Cette analyse va porter sur trois procès récoltés comme illustration de la justice de gacaca.

La réussite de gacaca est due d'une part à la qualification des crimes suivant la catégorisation établie par la loi déjà mentionnée, des crimes et des responsabilités des auteurs du génocide contre les Tutsi. Cette catégorisation permet d'identifier les auteurs suivant le degré des crimes commis et de la responsabilité dans la participation à ces crimes. Ceci offre la facilité aux juges et à la population d'identifier les auteurs déjà mis sur la liste dans la cellule pendant la phase de collecte des informations.

Ce critère de qualification des faits de crime selon la catégorisation des actes, et partant de la responsabilité des auteurs facilite leur jugement. C'est une simplification de la tâche pour les juges inyangamugayo. Cette stratégie s'avère une réussite dans la récolte des informations quant à la révélation de la vérité.

Donc la catégorisation des auteurs selon le degré de participation par la loi facilite le procès une fois que la vérité est révélée dans la phase de la collecte des informations.

IV.2.2.1. Le procès de Rwicaninyoni Ismaël Simon

a) Les parties en procès

Accusé : Ismaël Rwicaninyoni Simon

Plaignant : Fortuné Muzanamariya

Le procès d'Ismaël Rwicaninyoni est un procès jugé en appel en date du 09/10/2011, dans la juridiction gacaca du Secteur de Ngoma, dans le District de Huye (Butare), c'est dans la ville de Butare.

b) Le jury

Le jury de gacaca appelé siège ou *inteko* en Kinyarwanda, est composé de 9 juges intègres, inyangamugayo en Kinyarwanda, qui siègent dans un procès et de 5 juges intègres considérés comme des remplaçants au cas où l'un des juges s'absentait lors du procès[327]. Étant donné l'ampleur du procès en appel et le désir de parvenir à un jugement impartial, le siège de la juridiction du secteur de Ngoma à Butare a fait appel à un autre jury présumé neutre, d'une juridiction de Kigali.

c) Les chefs d'accusation

Il est chargé de trois chefs d'accusation. Ces accusations portent d'abord sur (1) la planification des massacres du génocide. Il est accusé d'être l'un des planificateurs en dirigeant des réunions préparatoires des massacres ; (2) il est accusé de s'être conduit en militaire lors des massacres, avec comme preuve le port de la tenue militaire lors des massacres ; (3) le meurtre d'un homme du nom de Mabuye, Tutsi qui fut son voisin de quartier. Ismaël Rwicaninyoni est accusé d'avoir conduit sa victime à bord de son véhicule au lieu de massacre, qui est le quartier voisin de celui où ils habitaient.

d) Les modes de preuves- Témoignages

Les modes de preuves sont des témoignages des personnes ayant assisté aux faits constituant le crime du génocide. Mais les juges intègres ont aussi fait une descente sur le terrain dans le quartier où habitaient le bourreau et sa victime et au lieu de massacre.

Les témoins à charge étaient au nombre de 12

Les témoins à décharge sont aussi au nombre de 6

e) Le déroulement du procès

Une longue durée et l'abondance des témoignages dans ce procès montrent que le jury de gacaca veillait au respect de l'impartialité dans le travail de l'instruction et du jugement. L'accusé avait la liberté de s'exprimer dans ses interventions de la défense.

---

[327] MINIJUST, *Loi organique n° 16/2004 du 19/6/2004*, art. 8, *op. cit*.

f) Les conclusions et le jugement rendu

Le jury a reconnu la culpabilité de Mr Ismaël RWICANINONI et a prononcé la peine d'emprisonnement à perpétuité conformément à l'article de la loi sur gacaca[328].

Cette décision reflète la conformité de gacaca à l'équité mais aussi au respect de la loi en la matière. Ceci se révèle d'une part comme un aspect positif de gacaca conformément aux principes des droits humains relatifs à la justice équitable.

En nous référant au rapport écrit des décisions de ce procès, on peut constater les lacunes du rapport de la décision du jury non suffisamment motivée. Ceci montre la culture de l'oralité dans laquelle baignent les juridictions gacaca. Les détails écrits du rapport dans ce procès ne sont pas dégagés. Toutefois ceci ne supprime pas la valeur de cette décision du jury. Ce que l'on peut constater, c'est que tous les points de vue discutés dans le jury à huis-clos ne sont pas mis par écrit. Ceci se remarque dans le prononcé du jugement qui se déroule publiquement en conformité de la loi sur gacaca.

À l'issue des débats contradictoires et publics entre les parties, à l'aide de la catégorisation des actes de crime, le jury prononce la sentence, déclarant l'accusé coupable ou innocent. Dans le cas du procès qui nous occupe à présent, Ismaël RWICANINYONI a été déclaré coupable selon les chefs d'accusation annoncés plus haut : qu'il s'est distingué par le port d'arme que lui-même reconnaît dans sa défense. Ensuite, il reconnaît avoir transporté Mr Mabuye au lieu de la mort/l'assassinat. Il est alors condamné pour le meurtre de ce dernier.

IV.2.2.2. Le procès de Mariyabwana Wellars

a) Les parties en procès

Accusé : Mariyabwana Wellars

Plaignant : Uwuburiza Marie-Rose

[328] *Ibid.*, art. 72.

b) Le jury

Le jury est compoésé de 9 membres des personnes intègres, comme la loi organique[329] le prévoit.

c) Les chefs d'accusation

Il est accusé d'avoir participé au massacre de 8 personnes tuées à Gitarama (Muhanga actuel) pendant le génocide et dont les corps ont été retrouvés dans l'enceinte de l'alimentation Alice qui avait pour gérant l'accusé Mariyabwana Wellars.

Il est aussi accusé d'avoir participé activement au contrôle des passagers au poste de la barrière près de son domicile à Gitarama.

d) Les modes de preuves – témoignages

Les preuves sont consitituées de témoignages à chage et à décharge.

e) Le déroulement du procès

Comme dans les autres procès, la procédure est simplifiée, étant donné que le mode de justice basé sur le principe de proximité. Le procès est public. L'audience est marguée par l'alternance des échanges entre les juges, les témoins et les avis de l'assemblée, qui aussi droit à la parole.

f) Les conclusions et le jugement rendu

Mariyabwana Wellars est déclaré coupable des faits qui lui sont imputés.

Il est condamné à une peine de 19 ans d'emprisonnement.

g) La motivation du procès

Voici comment elle est libellée : « Après l'examen à huis-clos, le jury trouve que Mariyabwana est responsable de la mort de 8 personnes tuées dans l'enceinte de l'Alimentation Alice à Gitarama ».

Le procès n'est pas motivé comme il le faut. La motivation du procès est rédigée dans une phrase courte comme on le remarque dans cette citation.

---

[329] *Ibidem.*

Toutefois, si on se réfère aux normes relatives à la procédure des juridictions gacaca, il existe un formulaire dans lequel le secrétaire du jury mentionne les détails du procès.

Mais il s'agit d'un formulaire préétabli qu'il faut remplir selon la manière prévue pour faire avancer vite les procès.

IV.2.2.3. Le procès de Mugenga Laurent

a) Les parties en procès

Accusé : Mugenga Laurent

Plaignants : Niyonagira Renata et Rwemalika Étienne

b) Le jury

Le jury est composé de 9 personnes intègres comme l'article 8 de la loi organique[330] le prévoit.

c) Les chefs d'accusation

Mugenga Laurent est accusé de participation dans les massacres de plusieurs personnes Tutsi tuées et du pillage des vaches de victimes à Kinyamakara, colline de Mwendo, Cellule de Mwendo, Secteur de Rwaniro, dans l'actuel District de Huye, l'ancienne province de Gikongoro[331]. Parmi ces personnes massacrées, certaines habitaient ce lieu tandis que d'autres y étaient réfugiées en provenance d'autres lieux où elles étaient poursuivies.

d) Les modes de preuves - témoignages

Ce sont des témoignages à charge donnés par des complices dans le même crime des massacres de Mwendo dans l'ancienne province de Gikongo.

---

[330] *Ibidem.*

[331] Cette répartition territoriale ne doit pas induire en erreur, car les entités territoriales ont été changées depuis 2004. Dans ce cas-ci une partie de l'actuel district de Nyamagabe qui appartenait à la province de Gikoro se trouve désormais dans le district de Huye suite à ce nouveau découpage.

Témoins à charge : Kamanzi Innocent et Rusagara Michel

e) Le déroulement du procès

Dans le premier procès, procès en opposition, Mugenga Laurent a été condamné. Les deux témoins déjà condamnés et en cours de purger leur peine d'emprisonnement, ont donné des témoignages qui attestaient sa participation dans les massacres mentionnés plus haut. Ils disaient que Mugenga Laurent a pris part aux massacres des Tutsi à Mwendo dont ils ont été accusés et auxquels ils ont reconnu leur participation et demandé pardon. Ils ont avoué qu'ils étaient ensemble avec Mugenga Laurent. Ces attaques ou *ibitero* n'ont pas tué seulement, mais elles ont aussi pillé des vaches appartenant aux victimes.

Ces auteurs condamnés ont dénoncé pour la première fois Mugenga Laurent en 2000 pendant la phase de récolte des informations alors qu'ils étaient déjà en prison. En deuxième lieu, ils ont témoigné des mêmes faits en 2005. Ils ont encore donné ces mêmes témoignages à charge de Mugenga dans deux procès de Gacaca dans lesquels ils comparaissaient, c'est-à-dire celui du 28/1/2008 et du 11/2/2009.

Mugenga a plaidé non coupable. Dans sa défense, il disait qu'il avait été victime d'une complicité des témoins à charge qui voulaient qu'il prît part au remboursement des vaches pillées.

Ces témoins se sont contredits dans leurs témoignages par après. En effet, au cours de deux procès, au premier et au deuxième degré dans lequel Mugenga Laurent comparaissait, ces témoins ont porté des témoignages à décharge et en faveur de l'inculpé. Ils ont dit qu'ils avaient dit des mensonges pour qu'il prît part au remboursement des vaches pillées comme l'avait aussi affirmé Mugenga lors de sa défense.

f) Les conclusions et le jugement rendu

Le jury de recours gacaca a reconnu la culpabilité de Mugenga Laurent et l'a condamné pour avoir participé aux massacres de plusieurs personnes Tutsi dans les attaques de Mwendo dans le Secteur de Rwaniro, appartenant à l'ancienne province de Gikongoro. Les motifs de sa condamnation sont fournis par les premiers témoignages des deux

témoins. Ceux fournis, après, au cours de deux procès dans lesquels Mugenga comparaissait n'ont pas été retenus par le jury comme étant des témoignages authentiques. Le jury a, après délibération, reconnu que les motifs des témoins de décharger l'accusé Mugenga n'étaient pas fondés. Il est condamné à une peine de 17 ans d'emprisonnement.

Il faut noter que dans les preuves par témoignages, il y a le risque de mensonges ou de complicité dans les mensonges étant donné que d'autres raisons peuvent pousser des témoins à passer à côté de la vérité malgré eux. A partir ce ces différents points analysés, il savère important de mener une analyse critiques, sur différents aspects, de résultats de la justice gaca.

IV.3. Analyse critique des résultats de la justice gacaca

L'analyse critique des résultats de la justice gacaca portera à la fois sur l'élaboration des juridictions gacaca et sur leurs pratiques. Il s'agit notamment du cadre légal, des objectifs de gacaca, de sa structure judiciaire et du système de sanctions et de sa jurisprudence. Concernant le cadre légal, on s'interrogera sur l'élaboration de la loi sur gacaca. Les objectifs de gacaca ont été annoncés plus haut. La structure judiciaire de gacaca nous présente le système décentralisé des juridictions. Les ressorts de ces juridictions correspondent aux entités administratives locales qui sont des cellules ou des secteurs administratifs. Cette structure facilite une proximité de la justice ainsi qu'une participation de la population dans les différentes séances organisées par ces juridictions. La structure décentralisée s'applique aussi aux juges intègres[332]. Concernant enfin le système des peines, les sanctions prévues par la loi gacaca sont conformes à la catégorisation des accusés et comportent des mesures de réduction des peines et d'autres

[332] Les juges intègres sont élus par les habitants des entités administratives locales d'où ils habitent et doivent siéger dans les juridictions faisant partie des ressorts se trouvant dans leurs entités administratives. Aucun juge n'est autorisé de siéger dans une juridiction hors de son ressort.

mécanismes pour alléger la lourdeur de la peine en vue de faciliter la réconciliation.[333]

IV.3.1. Portée et faiblesses de cette justice

> Le génocide de 1994 a affecté la population rwandaise dans sa totalité. Il n'est pas une famille présente au Rwanda à cette époque qui n'ait été touchée directement ou indirectement par les tueries, soit qu'elle ait perdu un parent, un ami, soit qu'elle ait compté dans ses rangs un tueur, un délateur, un spectateur passif ou un de ces justes qui, parmi les Hutus, aidèrent les Tutsis à fuir ou à se cacher. Au vu de cette réalité, il est aisé de comprendre l'impératif de confier à cette même population, qui compte dans ses rangs criminels et victimes par centaines de milliers, le jugement du génocide. Il s'agit là d'une véritable nécessité et le seul moyen surtout pour la population rwandaise de faire face, dans l'ensemble, au crime qui l'a si dramatiquement frappée et de tenter, ensemble de s'en relever.*[334]*

L'analyse critique de ces chercheures porte à la fois sur l'élaboration et les expériences des juridictions gacaca. Il convient pour nous de nous servir de ces analyses externes effectuées par les non rwandais nous permettre de dégager nos critiques qui ne soient pas uniquement fondées sur un point de vue unique provenant des Rwandais eux-mêmes qui sont les premiers protagonistes de cette justice.

IV.3.1.1. La portée de la loi gacaca

Gacaca est une justice élaborée sous la forme de la législation rwandaise moderne, sur la base du droit traditionnel. Ceci signifie que les tribunaux gacaca ont été mis en place à la suite de la loi votée par le parlement rwandais dans le but d'ériger ces juridictions comme un système de justice constituant un contrepoids au droit positif moderne. Il ne s'agit pas

---

[333] La loi organique de 2004 détermine ces mesures qui sont : les aveux, la plaidoirie de culpabilité, la demande de pardon, le TIG.

[334] Hélène Dumont Mireille Peradele, « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime du génocide ? Etude de cas à partir des juridictions traditionnelles gacaca saisies du génocide des Tutsis du Rwanda » », in *Criminologie*, vol. 39, n° 2, 2006, p. 97-135.

d'affaiblir cette institution au départ traditionnelle, mais plutôt de l'adapter aux contextes réels de la société rwandaise dans le but de permettre à ce pays de résoudre efficacement ses conflits. Il s'agit bien plus de systématiser ce mode de justice en le rendant souple et pratique du point de vue de la procédure en termes de consensus.

Il convient rappeler que dans les tribunaux gacaca, des Rwandais ont été jugés par d'autres Rwandais en conformité du principe de gaca suivant: « Tout fonctionne avec la population par la population [335]». Même si le crime du génocide n'existait pas dans la justice gacaca traditionnelle, il faut dire que la nouveauté dans le contexte de la justice au Rwanda ne réside pas uniquement dans l'application de cette justice mais aussi dans sa conception. Il est très important de souligner cet aspect, car par le processus d'élaboration et d'application dans le but d'adapter cette justice traditionnelle rwandaise, le droit rwandais a opéré une mutation très profonde dans le domaine de la théorie du droit et de la justice proprement rwandais. C'est la signification même de notre sujet relatif à la dynamique du droit. Les juges, selon Dworkin, cherchent dans leurs décisions de justice à justifier des règles de droit et de la jurisprudence en proposant la meilleure lecture possible.

En effet, le mode de justice gacaca se rapproche du droit-intégrité dworkinien au point de vue de son élaboration et de ses pratiques. Bien que les règles juridiques qui ont guidé les activités des juridictions gacaca aient été suivies, l'inadéquation entre les règles formelles et les faits du crime sont clairement remarquables. D'où, il fallait avoir recours aux principes d'intégrité morale de la culture pour combler ce vide de loi positive. Étant donné que ce sont des Rwandais qui jugeaient d'autres Rwandais, il est clair que les bases de la morale culturelle sur lesquelles les juges inyangamugayo s'appuyaient, étaient partagées. D'où, il était facile de trouver des éléments justificatifs pouvant aider à surmonter des vides juridiques, et de trancher les procès d'une façon acceptable par toutes les parties en conflits.

Eu égard au changement d'une telle envergure, le droit rwandais ne devrait plus être pensé comme avant. Il s'agit d'une opportunité susceptible

[335] Jean-Damascène Bizimana, « Les aspects juridiques des juridictions gacaca », in *Dialogue*, n° 197, Octobre 2011- Janvier 2012, p. 44-61.

de conduire à la théorie du droit rwandais et africain basée sur des mutations historiques dans des contextes parfois inédits, d'autant plus qu'ils jaillissent des situations sociales nouvelles, internes rencontrées et des défis aussi nouveaux. Des initiatives de dirigeants conjuguées à l'expertise des chercheurs de multiples obédiences, peuvent aider à faire face à certaines crises et de permettre de trouver des solutions appropriées à ces crises.

Ce travail de construction sur base des valeurs nationales rwandaises appliquée à la technique juridique, a permis au Rwanda de se distinguer internationalement dans sa façon propre de résoudre ses conflits. À partir du travail de la législation du droit traditionnel, le Rwanda a donné aux chercheurs l'occasion de reconsidérer le droit tel qu'il a été conçu et appliqué jusqu'à ce moment dans ce pays. Il s'agit en d'autres termes d'établir les limites de ce droit qui s'est avéré incapable de faire face aux défis majeurs de la nation en matière de justice et de permettre aux chercheurs d'aller plus loin, non seulement dans ce contexte spécifique de la crise engendrée par le génocide, mais d'envisager globalement les limites du droit tel qu'il a été conçu et appliqué jusqu'ici. Il s'agit d'étendre ces lacunes du droit dans son ensemble, c'est-à-dire de l'appliquer sur plusieurs domaines de la vie nationale tant dans le secteur public que dans le secteur privé.

C'est donc l'occasion de penser à de nouveaux frais, de nouveaux modèles du droit, de construire de nouvelles théories du droit et de la justice susceptibles de résoudre des questions diverses du droit tel que celles du droit foncier, du droit de la famille, du droit de la propriété dans une société non encore marquée par une extension plus grande de l'individualisme des personnes comme dans les sociétés d'ailleurs, à l'instar de l'occident. En agissant ainsi, la science du droit fera un grand progrès dans le monde africain, en enracinant la connaissance théorique du droit dans les réalités socioculturelles du pays. Ceci permettra aussi à la population de jouir de ses droits et libertés d'une manière plus authentique et légitime, sans être toujours à la remorque des modèles juridiques d'autres sociétés que l'on a toujours l'habitude de considérer comme des modèles incontournables à imiter.

La complexité du crime lui-même ajoutée à celle de la participation massive de la population a rendu la tentative de solution doublement problématique. La première question était de savoir comment punir les auteurs du crime de génocide ? Ensuite, comment punir le génocide populaire à caractère intrafamilial et interfamilial ?

a) Législation sur les juridictions gacaca

Cette législation a permis, après révision de la première loi n° 40/2001 du 26 janvier 2001, une bonne structure de gacaca et a facilité le déroulement des travaux de gacaca parce que reposant sur un consensus, d'une manière générale, tant du côté de l'État, des praticiens de gacaca (Inyangamugayo), des membres de SNJG, des observateurs étrangers, des experts du droit et de la population. Ceci a permis une vue compréhensible de cette justice et une acceptation de ses juridictions, de la part des acteurs étrangers qui n'avaient pas une connaissance suffisante du mode traditionnel antérieure à la législation de gacaca postgénocide. Ceci ne signifie pas, cependant, que gacaca est parvenu aux résultats parfaitement satisfaisants de ses objectifs.

1. **La procédure simple et rapide** : rendant ainsi gacaca un système de justice moins complexe et moins compliqué. Ceci a permis aussi l'accélération des procès et le désengorgement des prisons.

2. **La catégorisation des prévenus** : celle-ci a été appliquée au fur et à mesure des amandements des lois organiques relatives aux juridictions gacaca, comme nous l'avons montré précédemment**.**

3. **Les mécanismes de réduction des peines ou les peines alternatives** : aveux, plaidoirie de culpabilité, repentir et excuses et sursis.

4. **Les mesures** allégées **de sanctions** : TIG, commutation des peines, sursis, repentir et excuses.

5. **La justice de proximité** qui permet de porter le procès au lieu où le crime a été commis est un avantage parce que les habitants du lieu sont les seuls qui connaissent la réalité des faits et peuvent témoigner de ce qui s'y est passé.

6. **La justice participative** a l'avantage que la population se constitue en partie et juge. Parmi la population du lieu où le crime a été commis, une partie se constitue en juge, une autre en accusation et une autre en parties en cause.

b) L'intégrité des juges des tribunaux gacaca

De manière générale les juges de gacaca, appelés juges intègres, sont caractérisés par l'intégrité. Leurs expériences judiciaires ont montré que leur intégrité a été mise en cause à cause des comportements de certains juges par leurs conduites non dignes de leurs actes en violation de la loi organique sur gacaca[336].

En effet, une société à peine sortie d'une profonde rupture qui l'avait marquée pendant plusieurs années n'a pas manqué d'être affectée par cette conjoncture. La preuve en a été que des juges élus par la population se sont vus accusés de participation aux crimes de génocide pendant les enquêtes, dans la phase de la récolte des informations, ce qui les a obligés à démissionner en attendant d'être traduits en justice, ou bien, ils ont été arrêtés selon ces enquêtes, conformément à la loi gacaca. De cette façon le principe d'intégrité a été remis en cause. Il a fallu remplacer certains de ces juges par d'autres élus par la population.

En deuxième lieu, d'autres juges ont été accusés de corruption pendant le déroulement des procès. Étant donné que ceux-ci travaillaient sans rémunération à cause de l'incapacité financière de l'État à leur payer un salaire, ces juges se sont retrouvés dans une pauvreté qui les obligeait à chercher un moyen de survie. Il s'agit de ceux qui n'avaient pas d'autres revenus que les fonctionnaires ou d'autres personnes qui travaillaient dans les secteurs privés. Enfin, le niveau d'instruction constituait un autre motif du défi de l'intégrité des juges des juridictions gacaca. Ces juges n'étaient pas à la hauteur pour interpréter suffisamment les lois en les confrontant aux principes de la culture et aux contextes complexes de la commission de ces crimes. Ici, il y a la difficulté de retrouver l'unité de sens par certains des juges intègres.

---

[336] Minijust, *Loi organique n° 13/2008 du 19/05/2008, op. cit.*

Telles sont des failles rencontrées sur le plan de la jurisprudence de gacaca, et qui ont été extraites de critiques faites à l'encontre de ces pratiques. Elles concernent à la fois la capacité de l'exploitation des sources et la conduite morale des juges. Nous pouvons les résumer comme suit. Il s'agit d'abord de la conjoncture complexe dans laquelle les juridictions ont œuvré et ensuite des conditions matérielles des juges à la sortie de la crise du génocide. Enfin, la problématique du nombre élevé de juridictions pour accélérer les procès a poussé le législateur à être souple dans les critères de choix des juges intègres, incluant aussi des personnes qui n'avaient pas un niveau suffisant d'instruction pour faire face à l'exigence du travail d'interprétation de la loi et des principes moraux culturels face aux actes du crime.

c) Les tâches dévolues aux juridictions gacaca

Au départ, gacaca est venu au secours de la justice pénale, autant nationale qu'internationale, à pouvoir juger le nombre élevé des personnes détenues en attendant le jugement. Déjà les résultats de la justice pénale rwandaise montrent en 2000 que les procès prendraient 150 ans[337] pour juger tous les accusés. Tandis que la justice nationale permettait de projeter la fin de ces projets à un avenir lointain.

Mentionnons que notre travail se situe à quatre ans de distance après la clôture des juridictions gacaca. Ceci permet d'évaluer leurs résultats quant à la réconciliation à travers les relations sociales telles qu'elles se présentent aujourd'hui compte tenu de ce recul de temps. Cette distance permet justement de porter un démenti aux objections de résultats positifs de gacaca qui ont été faites avant ou immédiatement après sa clôture. Il s'agit d'un argument important qui mérite d'être solidement explicité pour permettre de vérifier sa véracité par rapport à la réalité des faits au sein de la société. Mon argument avancé plus haut confirme la contribution remarquable dans le rétablissement de bonnes relations au sein de la société rwandaise à cause des travaux des juridictions gacaca, soit dans les jugements de procès, soit

[337] Jean-Damascène Bizimana, « Les aspects juridiques de juridictions gacaca », in *Dialogue*, revue trimestrielle, octobre 2011- janvier 2012, n° 197, Kigali, p. 44-61.

dans le dialogue durant les séances de gacaca pendant toute la durée de son fonctionnement.

IV.3.1.2. Sur le plan de son application

> C'est parce qu'elle s'enracine dans la culture juridique traditionnelle rwandaise, parce qu'elle est rendue sur les collines mêmes où les crimes ont été perpétrés, et parce qu'elle est, de ce fait, totalement accessible aux justiciables comme aux victimes, que les responsables du projet gacaca sont convaincus de sa légitimité, de son intelligibilité et de son acceptation par l'ensemble des Rwandais.[338]

Les juridictions gacaca ont combiné les principes de deux systèmes sans harmonie. Il s'agit des juridictions constituées des juges intègres mais de l'application des lois du droit positif (il faut illustrer par des dispositions légales qui explicitent cette situation). Nous disons que la composition des jurys de ces juridictions est de type traditionnel alors que les lois à suivre dans le jugement sont du droit positif. Ensuite, la procédure est mixte : semi-positive et semi-traditionnelle. Il fallait harmoniser la loi avec le contexte socio-juridique et le système de compréhension (ou de penser) de la population rwandaise.

Cet état de chose nous conduit à un réexamen approfondi et à un questionnement sur la possibilité de mise en harmonie de ces systèmes juridiques différents opérant dans un même univers socio-juridique (commun).

Il était bien évident que la tradition juridique, même modernisée au fil des années, ne pouvait appréhender sans ajustements majeurs un crime ayant impliqué des centaines de milliers de personnes, tant dans les rangs des victimes que des accusés. Ces distorsions, contournements, altérations, voire même les dysfonctionnements constatés à ce jour étaient donc inévitables.

Ces critiques qui rejettent les apports des expériences des jugements rendus par les juridictions gacaca reflètent les points de vue d'un grand nombre de chercheurs que nous n'allons pas discuter dans ce travail, et qui

---

[338] Hélène Dumont et Mireille Paradelle, *op. cit.*, pp. 97-135.

nient la contribution de gacaca dans la reconstruction de la société rwandaise par le moyen de la réconciliation. Il est clair qu'en portant les lunettes de la justice de la facture occidentale, on ne peut pas manquer de déprécier les travaux réalisés par ces juridictions. Globalement, les critiques formulées dans cette citation se positionnent surtout, non pas par rapport aux résultats exacts de gacaca, mais à partir des arguments construits d'avance et qu'il fallait à tout prix prouver sur base de recherches. Ces résultats de recherches sont le fruit d'une posture du droit positif que l'on n'aime pas remettre en cause en le fondant sur d'autres sources, comme nous avons pu le remarquer dans la théorie du droit dworkinienne.

Contrairement aux arguments soutenus par des juristes positivistes sur la justice gacaca, d'autres chercheurs ont affirmé l'impact positif de cette justice quatre années après sa clôture.

> Malgré l'ampleur des destructions évoquées, nous avons pu identifier trois recherches portant sur la contribution du processus Gacaca à la réconciliation (.), plusieurs témoignages soulignant le rapprochement entre des familles de rescapés et de personnes condamnées revenues dans leurs villages après avoir effectué leur peine.[339]

Il faut réconcilier dans une bonne harmonie ces deux systèmes différents de justice pour arriver à une justice équitable qui tient compte à la fois de la protection des droits des accusés et des victimes.

Quelques difficultés peuvent être observées dans les jugements de gacaca. D'abord, il s'agit par exemple de transfert des procès dans la phase de recours en révision d'un système de justice à un autre système, c'est-à-dire des juridictions gacaca vers des juridictions ordinaires ou l'inverse.

Le processus gacaca s'est réalisé à travers des étapes successives. La première phase, la plus importante, de la justice gacaca, est celle de l'enquête ou de la récolte des informations sur la préparation, l'organisation et la commission des actes de crime de génocide. La seconde phase est celle de la comparution des accusés, tandis que la troisième est la phase du

[339] Masengesho Kamuzinzi., « Jeu stratégique et empathie altruiste dans le processus de réconciliation post-gacaca, in *Déviance et Société*, vol. 40, n° 3, 2016, pp. 347-368. Masengesho Kamuzinzi indique que d'autres recherches antérieures sur le même sujet ont été réalisées respectivement en 2008, 2010 et 2011 confirmant les résultats positifs relatifs à la réconciliation au Rwanda, réalisée par les juridictions gacaca.

jugement. Ces trois phases principales sont organisées au niveau national par des juridictions différentes et selon les catégories[340] des accusés : juridiction de la cellule et du secteur. La juridiction d'appel recevait les recours ou des jugements en appel, principalement au second degré des jugements provenant des juridictions de secteurs. Il faut avouer que la jurisprudence gacaca se présente comme un processus des juridictions se manifestant au niveau de sa législation et au niveau des procès à travers les trois phases constituant le procès : phase de recueil d'information, phase de comparution et phase de jugement.

La révélation de la vérité est la clé de la réussite des juridictions gacaca étant donné que c'est la principale source de la preuve qui conduit à un jugement équitable. Lorsque les choses sont dites telles qu'elles sont, les faits tels qu'ils se sont déroulés et les actes commis tels qu'ils ont été réalisés, il y a alors la facilité d'accélérer les procès dans un sens d'équité.

IV.3.1.3. Failles des juridictions gacaca

La législation

L'art. 93 de la loi n° 16/2004 du 19/6/2004 concernant la révision par gacaca d'un procès rendu par les tribunaux ordinaires a été amendé par l'art.24 de la loi organique n° 13/2008 du 19/5/2008 qui prévoit que « le jugement coulé en force de la chose jugée rendu par une juridiction civile ou militaire peut faire l'objet d'une demande de révision auprès de cette même juridiction ». Cette disposition a conduit à des erreurs avant son amendement. Depuis qu'elle a été amendée les lacunes ont été réduites. Ceci se justifie par le fait que ces juridictions gacaca relèvent du système de droit néo-traditionnel à base culturelle en comparaison avec le système de droit positif. Les moyens de recours devraient se faire au sein du même système de justice plutôt que de faire passer d'un système à un autre surtout au niveau des recours ou de la révision d'un procès déjà jugé.

[340] Il faut rappeler que les catégories ont été modifiées pendant le processus de juridictions gacaca. Toutefois la catégorisation a été respectée pendant tout le processus de juridictions gacaca.

Le législateur a élaboré la loi sur le mode du droit positif. Le législateur s'est inspiré du système du droit positif et de cette façon, il a élaboré des normes légales du droit positif alors que le contexte socio-juridique que ces normes doivent régir relève du système du droit traditionnel (les principes de gacaca). Pour être plus explicite, nous dirons que les normes relatives aux sanctions sont de l'ordre du droit positif étant donné que les juridictions gacaca ont la compétence de juger et de condamner les coupables en leur infligeant les sanctions jusqu'à l'emprisonnement perpétuel. Ces sanctions vont à l'encontre des principes de la réconciliation. Même si les coupables relèvent de la première catégorie que l'on a renvoyée aux juridictions gacaca, il faut dire que cette décision législative est, à notre avis, contraire aux principes fondamentaux de la justice gacaca. Ceci ne veut pas dire qu'il ne fallait pas punir dans les juridictions gacaca. Nous disons plutôt qu'il fallait juger les coupables pour ne pas soutenir ou favoriser l'impunité ; c'est ce qui est d'ailleurs contraire aux objectifs de gacaca. Mais les sanctions devraient avoir un caractère moins lourd, comme les prescrivent les lois pénales du droit positif. L'on pourrait dire que la loi prescrivant les sanctions (les peines d'emprisonnement à perpétuité) de gacaca viole les principes de la réconciliation communautaire selon la culture rwandaise. La catégorisation des crimes justifie le principe de réconciliation en renvoyant les crimes majeurs aux tribunaux ordinaires ainsi que les mesures de réduction des sanctions pénales (aveu et demande de pardon, plaidoirie de culpabilité, TIG, etc.).

Application de la loi

C'est aussi au niveau de l'application de la loi organique sur gacaca que l'on retrouve des failles. Essayerons de voir ce que dit Alain Wijffelels :

> La justice au sens moderne présuppose l'existence de deux éléments. En premier élément un élément matériel, la diffusion des jugements (qui permet d'en prendre connaissance), et en second lieu un élément intellectuel, la motivation des jugements (qui permet de reconnaitre le principe de droit sur lequel repose la décision)[341].

[341] Alain Wijfells, *Introduction historique au droit*. *France, Allemagne, Angleterre*, PUF, Paris, 2010, p. 55.

En analysant les trois jugements que nous avons pris par hasard, comme exemple parmi un nombre élevé de procès, nous avons constaté une erreur commune, celle du manque de deux éléments indiqués ci-dessus. En premier lieu, les procès, de gacaca, ne sont pas jusqu'à présent portés à la connaissance des lecteurs libres, et deuxièmement la motivation des jugements ne sont pas suffisantes pour justifier le fondement de droit sur lequel repose la décision des juges.

IV.3.2. Analyse critique des objectifs des juridictions gacaca et de leur réalisation

Parmi les objectifs que nous avons mentionnés précédemment, revenons à sur la révélation de la vérité pouvant faciliter l'établissement de la responsabilité des planificateurs, des organisateurs et des exécutants.

En effet, la révélation de la vérité est l'élément déterminant et qui marque le point de départ de la justice gacaca. Le déroulement des procès est fonction de la révélation de la vérité des faits de crime commis. C'est aussi sur ces faits révélés que se fondent les preuves qui doivent guider les décisions des juges dans les procès gacaca. Sans une réelle révélation des faits du crime, l'on doute des témoignages donnés dans les différents procès et donc de la justice rendue par ces tribunaux gacaca.

L'établissement des listes des accusés du crime de génocide dans ses différents aspects a constitué une des difficultés dans la révélation de la vérité. Ceux qui se sont retrouvés sur la liste des accusés ont pris l'option de se taire, le principe de *ceceka*. Même les membres de leurs familles ne voulaient pas dire la vérité qui pouvait soumettre les leurs au procès parce qu'appartenant à l'une des catégories des personnes poursuivies pour ce crime. La révélation de la vérité qui constitue en même temps la phase principale de la récolte d'information, a permis de reconstituer les faits des trois mois tragiques. Cette reconsitution bien qu'elle fût douloureuse au niveau psychologique, en provoquant des scènes atroces chez les survivants, elle a été bénéfique pour la ma mémoire et le deuil. La justice classique n'aurait servi à rien si le récit de la mort ne clarifiait pas les faits, une manière de soigner les blessures des survivants. La reconstitution du récit de

la mort, même si elle se révèle atroce, a un bienfait que nulle autre justice tant nationale qu'internationale n'aurait fourni.

Le sens de la vérité dans ce récit est capital. Raconter les diverses atrocités et leur forme d'exécution, raconter aussi la manière dont tel voisin du quartier, tel membre de la famille par les alliances familiales agissait contre le voisin du même village ou contre son parent, indiquer là où les corps de l'un ou l'autre parent du survivant présent ont été jetés, tels sont les effets des séances de gacaca. La justice de proximité, voilà ses avantages. Il faut rappeler que chaque séance était constituée par les voisins, soit les criminels ou leurs parents et les rescapés (survivants). Rien n'est à cacher ou à tromper, étant donné que la séance se tient au site de la mort, c'est-à-dire à l'endroit même où les atrocités se commettaient. Cette façon diffère des enquêtes que le magistrat aurait menées avec toutes les sinuosités que l'on reconnaît à la procédure judiciaire de la justice pénale du droit positif classique.

Les participants au gacaca parlent d'une vérité vivante des faits vécus, accomplis ou vus, plutôt que de raconter de l'histoire des faits passés. C'est un récit vivant qui confronte les sentiments des survivants et des bourreaux ou de leurs parents. Cette séance est tragique à vivre.

IV.3.3. Justice pénale du droit positif et justification de gacaca

Le système néo-traditionnel gacaca s'avère une justice qui vient rendre compte des limites des procès pénaux classiques : international, le cas du TPIR, et des tribunaux internes du Rwanda. Il est important d'examiner dans ce point comment le tribunal TPIR à Arusha a échoué, tant dans le devoir de juger les criminels présumés en référence aux moyens mis à la disposition du tribunal que dans le nombre des procès jugés durant tout son mandat et dans l'incapacité liée à la nature de ce tribunal de contribuer à la reconstruction nationale de la société rwandaise post génocide.

Nous développerons aussi l'argument selon lequel les tribunaux nationaux du Rwanda ont échoué dans la mise en application de la loi du

26/6/1996, pour juger les présumés génocidaires dans le délai raisonnable. C'est ce qui a conduit l'État rwandais à réinstaurer le système traditionnel gacaca en le réadaptant au contexte socio judiciaire post génocide.

Cet aspect introduit dans le système gacaca traditionnel une nouveauté qui en fait un système renouvelé, admettant un aspect de consensus formel résultant de la loi de la procédure judiciaire. Et ces deux éléments rendent gacaca traditionnel rénovant.

L'excès de la justice du droit positiviste est de considérer la justice sous l'angle universaliste de la loi. De cette façon, il ignore les contextes politique (les particularités de la nature et de la gestion de la société par le pouvoir public), sociologique (structures sociales qui favorisent la mise en place de la justice de proximité suite aux relations sociales qui se prêtent à ce type de justice) et anthropologique du droit (facteurs anthropologiques qui président au système d'enquêtes dans un procès civil ou criminel), qui ne manquent pas d'influencer les décisions judiciaires des juges. Une telle conception repose sur la politique judiciaire et de justice.

IV.3.4. Caractère dynamique du modèle juridique gacaca

Dès le départ, il faut rejeter cet argument qui réduit gacaca uniquement à un ensemble de tribunaux populaires. Ceux-ci sont l'une des manifestations par laquelle gacaca a été vulgarisé. Mais c'est un système de droit et de justice rwandais qui va au-delà de ses manifestations, étant bien entendu qu'il a toujours joué un rôle dans la résolution des contentieux sociaux et qu'il est enraciné dans la culture et l'éthos rwandais. Ensuite, gacaca n'est pas une forme de justice transitionnelle, étant donné qu'il est ancien comme la culture rwandaise elle-même. Il a sans doute subi l'évolution comme les autres facteurs de la culture. La forme de juridiction établie après le génocide des Tutsi de 1994 est le résultat de son évolution selon les contextes divers (historique, social, juridique et judiciaire, etc.) dans lesquels il est enraciné.

> Tout un pays était en procès avec lui-même, et tout le peuple au tribunal en audience publique. Partout, aux mêmes jours, aux mêmes heures, sur les mêmes collines du pays, de la cellule à la province, les juridictions gacaca étaient en plein travail, le peuple rwandais s'auto-questionnant, s'auto-jugeant dans le but de se ressouder, de reconstruire et de se réconcilier avec lui-même. C'était à la fois très dur, inouï mais admirable[342].

Gacaca est donc un système de droit qui a résisté aux altérations multiples qu'a connu la société rwandaise. Cette capacité qui se manifeste dans son évolution est le but fondamental de notre étude qui l'analyse comme système de droit et de justice solide et légitime. Cet argument contredit sa qualification de justice transitionnelle.

> L'universel n'est plus à chercher seulement du côté du procès - celui-ci montre ses limites constitutives face à un crime aux telles dimensions - pas plus que du côté de loi (…), mais dans une fonction : rendre possible une nouvelle coexistence, relancer les institutions[343].
>
> …il importe de puiser dans notre histoire multiséculaire des valeurs positives traditionnelles indispensables à l'existence et à l'épanouissement de notre Nation[344].

IV.3.5. Gacaca et les autres moyens de résolution des conflits

Nous nous proposons dans ce point d'explorer les éléments communs et différents entre ces deux institutions de justice rwandaise. Comme nous l'avons signalé plus haut, l'on peut comprendre gacaca à deux niveaux. Le premier niveau est celui de gacaca post génocide qui a fonctionné comme une justice transitionnelle et qui a été mené à son terme. Le deuxième niveau est celui d'une forme nouvelle, mais issue de gacaca, ce que l'on appelle les « Comités des Conciliateurs », appelés en anglais *Mediation*

---

342 Antoine Mugesera., « Editorial », in *Un pari gagné : Les juridictions gacaca*, Dialogue, n° spécial, octobre 2011- janvier 2012, p.3-4.

343 Antoine Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Odile Jacob, Paris, 2002, 297.

344 Constitution de la République du Rwanda, art. 11n° spécial du 24/21/2015, J.O.R.R., 2015.

comittees et qui fonctionnent jusqu'à présent sous la forme d'une justice alternative ou un moyen alternatif de justice.

IV.3.5.1. Gacaca et la justice transitionnelle

Ses objectifs et ses caractéristiques la définissent comme une justice qui a fonctionné pendant une durée déterminée, et à laquelle il a été mis un terme. Nos critiques portent justement sur ces objectifs qu'on lui a assignés en tant que justice transitionnelle alors qu'elle a toujours existé[345], et à notre avis elle devrait être réinvestie pour servir de modèle qui rénove la justice et le droit rwandais. Cela n'a pas été fait, et c'est ce qui a réveillé notre attention pour chercher les éléments pour sa construction comme modèle typiquement rwandais et efficace, et de là, trouver les voies et moyens pour le rendre plus pratique et adapté au contexte rwandais de justice aujourd'hui.

IV.3.5.2. Gacaca et les Comités des Conciliateurs

Au Rwanda, il existe un autre moyen alternatif de résolution des conflits appelé *Inteko z'abunzi* en Kinyarwanda ou Comités des Conciliateurs. Ce moyen de résolution rwandais, compris comme un mode de justice pré-juridictionnelle, existe au Rwanda depuis une période relativement récente à côté de la justice institutionnelle classique[346]. Cette justice est réglementée par la législation rwandaise[347]. D'une manière sommaire, nous disons que les deux institutions s'inspirent du modèle traditionnel de justice gacaca. Pour marquer la différence entre gacaca qui a jugé les crimes du génocide contre les Tutsi et la justice communautaire (ou les Comités des Conciliateurs appelés aussi Mediation Comittee) instaurée par l'État

[345] Le chapitre III de ce travail s'est focalisé sur la généalogie de gacaca et montre qu'elle est une justice qui trouve ses racines dans l'histoire et la culture rwandaise, et qu'elle n'a pas cessé de fonctionner même si la justice coloniale l'a réduite à un simple moyen de résolution de conflit sans grande importance même aux yeux des Rwandais de l'époque après l'indépendance et sous les régimes qui ont précédé le génocide.

[346] Minijust, La loi organique de 2006 a mis en place cette forme de médiation pré-juridictionnelle du Rwanda

[347] Minijust, La loi n° 24 bis du 14/6/2010 a mis en place cette institution améliorée des Comités des Conciliateurs. Cette loi a été révisée par la loi n° 02/2015 du 16/7/2015.

rwandais depuis 2004 pour aider la population par la création de mécanismes populaires plus souples de résolution des conflits.

a) Les éléments en commun

Les deux formes de justice sont des systèmes communautaires qui émanent de la justice traditionnelle. Les juridictions gacaca post génocide ont la compétence de juger les crimes de la deuxième catégorie ainsi qu'une partie de la première catégorie.

b) Les éléments de différence

Gacaca est un mode de justice qui a fonctionné comme une forme juridictionnelle avec la caractéristique d'une justice transitionnelle, mais qui, en réalité existait déjà dans la société rwandaise depuis l'époque très ancienne tandis que les Comités des Abunzi sont des modes pré-juridictionnels de résolution des conflits. Ceci constitue un élément principal de leur différence.

Ils sont différents, au niveau, surtout, des compétences respectives qui leur ont été attribuées. Les juridictions gacaca post génocides se sont vues confiée la compétence de juger les crimes de génocide alors que Abunzi est une instance chargée de résoudre des conflits mineurs (des conflits tant civils que pénaux de valeur inférieure par rapport aux autres niveaux de tribunaux judiciaires).

La justice émanant de juridictions gacaca diffère en grande partie de la justice des tribunaux classiques sur plusieurs points et analyser gacaca sous l'angle des juridictions du droit positif classique engendre des conclusions qui risquent d'aller à l'encontre des résultats de gacaca.

Critiquant les procès des tribunaux du droit pénal classique Mark Osiel dit ceci : « Lors de ces procès, on ne voit pas s'exprimer une « conscience collective » avec des principes moraux partagés par tous »[348]. Plusieurs facteurs distinguent gacaca de ces autres modes de juridictions. Parmi ces

[348] Mark Osiel, *Juger les crimes de masse. La mémoire collective et le droit*, Seuil, 2006, p. 23.

facteurs nous pouvons en mentionner quelques-uns que nous considérons comme majeurs.

- Les destinataires de cette justice du côté des accusés et du côté des accusateurs ;
- Le contexte de la commission des crimes du génocide et d'autres crimes liés au génocide ;
- Les objectifs de cette justice : punir et réconcilier ;
- Les juges de gacaca sont des personnes reconnues pour leur intégrité morale et sociale alors que les juges de la justice classique sont des experts formés dans le domaine du droit positif.

IV.3.5.3. Gacaca comme système rwandais de droit et de justice

Ce système se construit autour des éléments du droit et de la justice traditionnelle rwandaise avec comme caractéristiques de la procédure : flexibilité, souplesse, rapidité et réconciliation, participation, proximité de la justice en fonction de la proximité du crime, sanctions adaptées aux situations des coupables (mesures de réduction des peines, aveu ou non, demande de pardon, etc.), catégorie ou gravité/degré de la commission du crime du génocide. Les objectifs de gacaca sont la révélation de la vérité, la reconstruction de la société déchirée et la lutte contre l'impunité en jugeant le crime inédit.

IV.3.5.4. Contribution de gacaca au niveau institutionnel

La justice gacaca a servi comme test pour évaluer le principe de l'État rwandais exprimé dans sa Constitution[349]. La réussite de ce modèle de justice a permis au gouvernement de s'assurer des apports venant des ressources de la culture pour que, après avoir été éprouvées dans le domaine de la justice, ces ressources soient transposées dans les autres secteurs tant publics que privés pour faire avancer leurs différents projets. Ici, nous pouvons mentionner à titre illustratif, le secteur de l'emploi où la pratique

[349] Consitution de la République du Rwanda, *art. 11*, *op. cit.*

culturelle du contrat qui existait dans le Rwanda ancien est utilisée aujourd'hui pour une meilleure performance[350].

Les critiques contre la justice gacaca sont essentiellement fondées sur ses objectifs, à savoir : la révélation de la vérité, la réconciliation, la lutte contre l'impunité, l'accélération des procès et l'originalité de ce système de justice. L'on examinera chaque objectif pour constater la portée ou les limites de ce système de justice tant dans sa construction que dans sa mise en application à travers ses juridictions et ses juges intègres.

Il est intéressant de lire les critiques que beaucoup d'experts juristes ont portées contre les juridictions gacaca. Ces experts se positionnent du côté du droit positiviste sans se soucier de certaines théories qui peuvent justifier ou motiver la remise en cause ou non de certaines de leurs positions. Nous aurons l'occasion dans les points qui suivront de porter des critiques plus approfondies à ce sujet.

IV.3.5.5. Portée et limites

IV.3.5.5.1. Portée

Nous allons fonder notre réflexion sur l'événement du génocide qui a remis en cause à la fois le pouvoir de la loi et du juge. La loi s'est avérée incapable d'assurer la commande des forces des Nations Unies et d'autres organisations de cette institution en vue de protéger la population rwandaise civile et vulnérable contre les cruautés et les massacres dirigés par le pouvoir génocidaire. Face à cette situation le droit international et sa législation ont échoué. En second lieu, après la perpétration du crime du génocide, une fois encore le droit international et le droit national ont été

[350] Le Rwanda a actuellement restauré cette pratique sous forme d'un contrat que l'on appelle « contrat de performance » pour évaluer les résultats des travaux accomplis. Cette pratique a été introduite d'abord dans le secteur de l'administration publique. Après avoir constaté des performances réalisées grâce à cette pratique, l'Etat l'a étendue dans les autres instituions et établissements publics. A présent, même les institutions privées se sont approprié cette formule compte tenu de ses meilleurs résultats dans les domaines divers de l'emploi. D'autres pratiques culturelles ont inspiré les autres secteurs comme le domaine de la santé où l'on retrouve une bonne politique de l'assurance maladie, appelée « ubudehe » en Kinyarwanda qui signifie entraide mutuelle.

impuissants pour juger ce crime de masse dans sa complexité. Ni Arusha ni les juridictions nationales ordinaires n'ont su le juger selon les normes temporelles exigées. D'où le recours aux juridictions populaires gacaca, une justice traditionnelle, mais adaptée du point de vue de sa forme. C'est d'ailleurs cela qui a suscité beaucoup de critiques qui ne maîtrisaient pas la culture rwandaise. Ces positivistes du droit jugeaient gacaca dans sa forme sans oser entrer dans le fond de cette justice. Ces expériences accusent le droit actuel et son outil la loi de leurs échecs qui appellent une fois encore un regard nouveau sur le renouvellement en profondeur en s'éloignant des modèles juridiques classiques obsolètes.

IV.3.5.5.2. Limites

Du côté de la loi : une loi spéciale qui a une forme du droit positif mais dont le contenu relève du système du droit culturel.

- Du côté des juges inyangamugayo : ils font partie du groupe des accusés (hutu) ou sont du côté des accusateurs, les rescapés, car tous les tutsi sont considérés comme des rescapés étant donné qu'au moins chaque famille a perdu un membre. L'accusation d'absence d'intégrité de certains juges est liée au constat de corruption.

- Du côté des juridictions (l'organisation et la structure des juridictions) : le nombre élevé de juridictions sur l'étendue nationale est aussi un obstacle pour assurer la coordination de manière efficace par le Service national des juridictions gacaca.

- Du côté de l'État **:** tendance d'ingérence dans les affaires des juridictions parce qu'il est le responsable de toutes les activités des juridictions**.**

- Du côté des témoins **:** certains témoins n'ont pas voulu témoigner de toute la vérité des faits vus ou entendus.

Ce sont les facteurs sociopolitiques, culturels et économiques de la société qui doivent susciter des changements de la réglementation juridique et non l'inverse. En effet, la réforme du droit gacaca réalisée par les Rwandais est un effort remarquable, arrivé malheureusement avec du retard,

à cause des gouvernements d'avant le génocide qui n'ont pas mis l'accent sur la justice en général et la justice coutumière en particulier. Cela se justifie par l'impunité qui a régné au Rwanda pendant longtemps, même avant que le génocide n'éclate. D'autre part, cette réforme a des imperfections. Comme on le sait, gacaca a joué comme un droit transitoire, qui a pris cours pendant la résolution des contentieux du génocide, et puis après, a disparu.

S'il est vrai que gacaca est un système de droit authentiquement rwandais, y-a-t-il une raison suffisante pour qu'il puisse disparaître après avoir contribué à résoudre des conflits de justice qui n'ont pas eu de solution avant ? Des positivistes du droit l'ont accablé de critiques, sans alternative, et ceci a occasionné l'incertitude de gacaca après sa réalisation remarquable. Il s'agissait de l'absence de recherches soutenues qui auraient dû l'appuyer et le prolonger, et par ce fait le préserver contre ces subversions, qui n'envisageaient aucune solution ni avant ni après le génocide. Il faudrait opérer un renouvellement du modèle gacaca dans le but de réhabiliter le système de droit et de justice rwandais. Ce modèle sera celui qui à la fois fonde la conception de la justice et de ses institutions et en même temps établit un relais entre le passé et l'avenir dans un examen radical de sa réalisation actuelle. Le point de la critique de gacaca, nous permet de revenir sur les objets de l'épistémologie juridique de cette jusitice dans la ligne de Dworkin.

IV.4. Apport de la théorie des sources et de l'approche interprétative de Dworkin aux composantes de la culture rwandaise

Cette théorie contribue à un double niveau à la compréhension des éléments constitutifs de la justice dans la culture rwandaise. D'abord, il s'agit de vouloir valoriser ces éléments en les plaçant au niveau des normes comme sources ainsi que de procéder à la méthode d'interprétation dworkinienne pour creuser le véritable sens du droit et des normes socioculturelles déjà hiérarchisées.

IV.4.1. Le défi épistémologique

La difficulté peut être d'ordre épistémologique pour pouvoir mettre à jour les éléments des droits traditionnels africains. Ceci résulte soit de l'insuffisance de méthode de la part de chercheurs juristes et cela conduit à ne pas considérer les sources des normes de la culture à leur juste valeur, c'est-à-dire comme des véritables sources du droit. Ce défi peut aussi s'appliquer à gacaca.

> La tâche du philosophe du droit est alors de réfléchir sur cette incompréhension ou carence en cherchant à ouvrir un concept sans le détruire, à s'appuyer sur les données de l'ethnologie, en tant qu'elle opère un décentrement, pour dépasser les antithèses classiques, à reculer les frontières aux limites où une définition ne peut être postulée a priori, où « le négatif à son positif » et où « le positif a son négatif »[351] .

La problématique du droit traditionnellement africain rencontre l'obstacle d'une méthodologie efficace pour étudier les coutumes et d'autres éléments qui servent comme cadre normatif au sens juridique. Le sens par exemple des interdits sur le plan juridique n'a pas été suffisamment exploité par les chercheurs pour plusieurs raisons.

> Si la lecture des droits coutumiers est, hormis quelques exceptions, décevante, la raison principale en est que la coutume est privée de la langue de ses formulations propres et de son contexte historique, que le droit y est réduit à sa définition positiviste qui en fait un code de règles obligatoires[352].

IV.4.2. Contradiction entre le droit colonial et la justice du point de vue des sources

Les sources du droit rwandais ancien ne résidaient pas uniquement dans la positivité de la loi, mais aussi dans une dimension mystique qui faisait l'autorité du roi. La violation de cet aspect mythique et mystique précipita le pays dans un gouffre dont il ne sortît plus. Cette mystique se trouve

---

[351] Raymond Verdier, « Ethnologie et droits africains », in *Journal de la Société des Africanistes*, tome 33, 1963, pp. 105-128.
[352] *Ibidem*

exprimée dans des lois contenues principalement dans l'ubwiru et les cérémonies rituelles que ces lois réglementaient. L'ubwiru constituait un ensemble de lois qui régissaient la royauté. Ce code de lois et leur pratique constituée d'actions à la fois sacrées et non sacrées incarnaient la dimension de la puissance gouvernante du roi de l'ancien Rwanda. Leur destruction le précipita dans un gouffre dont il n'est plus sorti jusqu'au génocide.

> En 1925, la résidence informa Musinga que le rite d'umuganura […] était désormais interdit, et avec lui d'autres rites contenus dans l'ubwiru, le rituel ésotérique de la Cour [...]. Cette interdiction frappait de fait des cérémonies uniques de la cour et constituant sa légitimité. Ces éléments intangibles étaient aussi importants à l'autorité de la royauté que le droit de vie et de mort. Musinga connaissant le rôle légitimant ces pratiques, savait pourquoi il voulait préserver les idées, cérémonies et coutumes vieilles de plusieurs siècles. Et il croyait lui-même et son peuple, à l'efficacité réelle de certains de ces rites. Cependant, pour l'Administration belge, ces coutumes religieuses ou purement cérémonielles étaient des ''superstitions'' qui entravaient la marche vers le progrès[353] .

La dimension sacrée des lois et des pratiques était aussi importante que leur respect pour l'harmonie de la société rwandaise précoloniale. Briser cette chaîne de relations impliquait de détruire ce qui constituait le fondement de la culture et la survie de la population rwandaise. L'autorité coloniale n'a pas tenu compte de cela.

Le droit rwandais ne connaissait pas cette distinction binaire qui consiste dans le droit public et le droit privé. Le droit est unique étant donné que chaque affaire dans la conception rwandaise se situe sur ces deux sphères du droit : public et privé.

L'analyse des sources du droit nous révèle quelques interrogations qui nous conduisent à dépasser une simple description du droit tel qu'il a été construit et appliqué dans les deux périodes de l'histoire de la justice rwandaise en vue d'essayer de relever des failles concernant tout le système de droit qui conduit à une justice préférable selon notre ligne de recherche.

---

[353] Filip Reyntjens, *Pouvoir et droit au Rwanda. Droit public et évolution politique*, *op. cit.* , p. 82.

En partant de la situation du droit colonial, nous nous apercevons que le droit précolonial obéissait aux aspirations des citoyens d'une époque qui se révèle aujourd'hui comme possédant quelques failles. Le droit rwandais à l'époque précolonial a pour sources la morale culturelle et sociale, ainsi que des normes contraignantes du droit si l'on considère son impact obligatoire sur les comportements des personnes au sein de la société.

Il lui manque la structure formelle du droit actuel qui est importante ainsi que le travail d'évaluation dans le but d'adapter le droit au contexte social qui évolue.

La construction du droit dans la société traditionnelle nous sert comme matériau pour repenser le droit africain aujourd'hui, plutôt que de revenir à ce système de droit parfois dépassé par l'époque, les contextes et les besoins nouveaux de la société (facteur social, économique, moral, religieux, etc).

Faudra-t-il s'inscrire dans la logique du système juridique traditionnel ? Quel est le principe de base de ce droit ?

Le principe à la base de la colonisation est l'exploitation économique qui ne coïncide pas avec les intérêts de la justice pendant cette époque de la colonisation. Il est important d'examiner cet argument plus à fond pour constater le manque d'intérêt même des études approfondies pendant et après la colonisation. Au Rwanda la prétendue justice sociale n'était qu'une confusion résultant du manque de connaissance des paramètres anthropologiques de la société rwandaise qui fut à la base des situations dramatiques et des injustices qui ont conduit au génocide de 1994.

Dans le Rwanda ancien, le système de droit était de deux types : le droit de l'État monarchique dans lequel les normes juridiques étaient obligatoires et comprenaientdes sanctions sévères, et le gacaca ou justice populaire qui incarnait les valeurs de la culture. Le droit monarchique a été détruit par le pouvoir colonial alors que gacaca, malgré l'affaiblissement qu'il a connu, s'est toujours maintenu avant, pendant et après l'indépendance, avant qu'il soit récupéré par le gouvernement établi dans le pays après le génocide. C'est cette résurgence qui en fait un modèle incarnant la culture et ses valeurs et fait en même temps qu'il soit une justice légitime. Et de cette manière, il est susceptible d'inspirer le droit rwandais actuel après l'échec

du droit positif qui a conduit à l'horreur du génocide et ses effets qui seront toujours difficiles à conjurer.

L'on a découvert que le système de droit rwandais traditionnel se caractérisait pas deux types ou du moins deux niveaux de justice : la justice qui gouvernait les relations du pouvoir monarchique et le droit qui gouvernait les relations au sein de la population. Rappelons que le système rwandais ne distinguait pas le droit public du droit privé. Cette distinction est une influence du droit moderne importé du droit colonial. Tous les secteurs de la société sont à la fois publics et privés, en fonction de la conception de l'homme et de la société au sein de la culture rwandaise. C'est là la raison majeure qui justifie la visée ultime de la justice rwandaise, celle de la cohésion communautaire et l'établissement et la permanence de l'harmonie au sein de la société

IV.4.3. Théorie de Dworkin au regard de la littérature juridique d'Alexis Kagame

Les codes des lois écrits par Alexis Kagame sont d'ordre juridique, mais l'on ne s'en est jamais servi dans l'élaboration des lois ni avant ni après l'indépendance. L'on peut se demander quelle raison justifie cet état de choses. L'une des réponses serait que le travail de valorisation des formes juridiques rwandaises traditionnelles engendrerait beaucoup de difficulté ou un travail ardu. Le législateur s'est contenté de ce qui était déjà fait, c'est-à-dire la transposition de lois qui existaient déjà et de les inscrire dans des livres de lois sans se préoccuper de ce que cela pouvait avoir comme implication sur la société rwandaise sur plusieurs aspects.

Il se pose ici la question de la valorisation des sources proprement rwandaises. Si le législateur a négligé les textes écrits, comment pouvait-il se donner la peine de fouiller dans la culture pour y trouver d'autres sources qui pouvaient enrichir le droit rwandais ?

> En vue de cette tâche, il nous semble important d'aborder la formation des États africains non pas comme s'ils étaient ou devraient être la reproduction des États nations occidentaux, mais plutôt comme des corps

> sociaux concrets, des institutions historiquement et socialement constituées, fondées sur des ordres juridiques propres à leurs sociétés.[354]

Il est intéressant de lire les critiques que beaucoup d'experts juristes ont porté contre les juridictions gacaca. Ces experts se positionnent du côté du droit positif sans se soucier de jeter leur regard sur certaines théories qui peuvent justifier ou motiver la remise en cause ou non de certaines de leurs positions. Nous aurons l'occasion dans les points qui suivront, de porter des critiques plus approfondies à ce sujet.

> Le but de l'articulation opérée par ces régimes était d'aboutir non pas à un métissage des cultures mais à la reproduction de deux mondes distincts et séparés, tout en préservant la suprématie des valeurs de la puissance conquérante. Celles-ci étaient toujours déterminantes en dernière instance et définissaient le cadre ainsi que les limites des pratiques et de l'action des institutions africaines[355].

> Ne pas tenir compte des résultats possibles et réels de ces moments historiques, c'est adopter une perspective qui se prétend « unique », celle de l'universalisme homogénéisant régnant[356].

Il est important de lire l'histoire du Rwanda et de l'Afrique en général pour constater les lacunes d'interprétation, sans même s'étendre sur d'autres aspects spécifiques de la culture, de la morale ou du droit. Dans cette perspective, la grille de lecture que l'on constate dans les différents travaux d'historiens et autres chercheurs sur l'Afrique est celle de l'auteur colorée de sa propre culture et à son histoire.

Si l'auteur procède à une analyse du droit ou du pouvoir africain, il le fera fréquemment sous le prisme de la comparaison qu'il établit consciemment ou non entre sa société d'origine et la société qu'il analyse. Cette lacune est liée principalement à la question fondamentalement critique de méthode et une vision plus large d'épistémologie anthropologique. Il est clair que l'erreur ne manquera pas dans une analyse scientifique dans le domaine des sciences humaines en particulier qui rend délicate la perspective du chercheur. Il faudrait qu'il vérifie cette perspective pour se

---

354 Daniel Dos Santos, « La place du droit coutumier dans la formation des Etats africains », *op. cit.*, p. 1-17.
355 *Ibidem*.
356 *Ibidem*.

demander la qualité des données produites dans sa recherche. Il se glisse souvent des penchants idéologiques dans le savoir de ces domaines. Il faut lire les analyses des anthropologues pour s'en convaincre.

D'autre part, pour pouvoir procéder à la recherche du sens de la justice donné par l'historiographie rwandaise, il faut croiser les données historiques pour dégager l'idée d'ensemble de ce qui constituait le vrai sens de la justice au Rwanda. Le droit au Rwanda repose sur les structures organisationnelles du pouvoir politique rwandais de cette époque. La loi est la coutume dictée par les précédents judiciaires ou les pratiques sociales qui constituent les textes de lois (écrits ou oraux).

La justice gacaca se base fondamentalement sur le principe de l'éthique dans la justice précoloniale, pendant la colonisation et même après le génocide. La raison principale d'une sanction élevée imposée au condamné par gacaca résulte de deux ou plusieurs motifs principaux. Premièrement, le prévenu n'a pas dit la vérité considérée comme valeur principale rwandaise à sauvegarder surtout devant un crime qu'on a commis délibérément. Le second motif est celui du crime lui-même. La nature du crime du génocide dans la culture rwandaise est un crime qu'on ne sait pas nommer, un concept qui dépasse ce qu'on peut imaginer, ce qu'on peut penser ou concevoir. La sanction alors qui lui correspond dans la culture correspondrait à la mort du prévenu. Mais l'éthique rwandaise oblige de lui pardonner en lui accordant une peine d'emprisonnement. L'emprisonnement n'est pas un donné de la culture rwandaise. Cette idée mérite une considération, le sens de l'emprisonnement.

La justice gacaca est dite justice restauratrice car elle est à la fois justice participative et de proximité. Partant de la théorie des principes de Dworkin, nous verrons que les principes sont une source du droit à la fois qui inspire le juge et le législateur. Ces principes de droit d'inspiration morale sont une source de lois et influencent fortement le travail d'interprétation du juge.

Dworkin nous intéresse à plus d'un titre. D'abord, il est un penseur, théoricien qui s'est efforcé de ramener l'activité juridique au niveau d'un discours doté d'une généralité qui fait la richesse de la science du droit. Ensuite, il est un praticien du droit. Il a une expérience dans le domaine pratique du droit du fait de l'avoir lui-même pratiqué à l'une des étapes de

sa vie professionnelle. Il fut avocat du barreau/juge dans une cour de justice. En effet, dans ses écrits, il a su lier les deux versants de l'activité d'un juriste. Ceci fait que sa théorie n'est pas restée un discours coupé de la réalité d'un praticien, mais est plutôt une pensée qui s'intègre d'une manière adéquate à la logique du professionnel juriste. D'après lui, il y a une dialectique cohérente entre sa théorie et la pratique juridique et judiciaire.

Selon Dworkin, en réaction contre le positivisme, ces sources de droit ou principes (autrement appelés des standards qui sont d'inspiration morale) ne sont ni limités ni clairement définis par la loi parce qu'ils sont nombreux et émanent de la morale de la société politique. Selon ce théoricien, ces principes existent dans toute société parce qu'ils sont les productions de la société. Étant donné que ces principes existent dans chaque société, nous affirmons qu'ils se trouvent dans la société rwandaise, et sont inspirés par la philosophie (ou la vision du monde) des valeurs de la morale de la culture rwandaise. Ces principes sont la source de la justice gacaca et peuvent par conséquent fonder le droit rwandais étant donné qu'ils existent et s'enracinent dans la culture rwandaise. Ils constituent une véritable source à la fois de la justice et du droit rwandais ; ils sont les productions de la société et définissent fondamentalement les droits et les obligations des membres de la société rwandaise et expriment les libertés et les autres droits des personnes.

Non seulement ces principes ou standards moraux sont justifiées par les valeurs de la société politique nationale (société culturelle rwandaise), mais aussi ils sont capables de fonder le système de droit rwandais et sont à la base d'une gouvernance démocratique efficace. Ils ont ceci de plus important qu'ils sont authentiquement rwandais et sont facilement acceptés et vécus par les Rwandais contrairement à la règle de droit qui est une importation étrangère difficilement acceptable ou même à l'égard desquels la population garde une profonde méfiance. Cette règle de droit extérieure est en quelque sorte aliénante parce qu'elle ne répond pas aux aspirations profondes des Rwandais.

Notons que chez Dworkin, les éléments basiques tels que la liberté et l'égalité qui renforcent son libéralisme et que l'on rencontre dans les discours et dans des pratiques sociales qui conduisent à la reconnaissance de

la diversité des systèmes juridiques, explique en même temps son pluralisme juridique. Cette liberté est aussi la caractéristique du droit jurisprudentiel et permet une large manœuvre du juge à l'intérieur du champ juridique.

Partant de principes étudiés par Dworkin, l'on peut affirmer sans difficulté que dans le système rwandais, ils peuvent être regardés comme supérieurs à la règle de droit et l'inspirent, car ils sont authentiquement rwandais et expriment leur propre vision du monde et des valeurs. Ils sont pour cette même raison à la base de l'unité et de la réconciliation de la société rwandaise post génocide mais aussi ils fondent les politiques publiques du gouvernement rwandais post génocide.

L'analyse de ce système de justice reconstructive[357] repose sur deux éléments importants : les sources et la méthode. Les sources sont des principes et valeurs culturelles et des normes législatives. Les principes sont la cohésion sociale, l'harmonie sociale, la réconciliation et la capacité de gestion de son contentieux par ses propres moyens nationaux. Les normes législatives sont des lois organiques votées par le parlement rwandais pour résoudre le contentieux du génocide.

Il faut essentiellement fonder les arguments de sa justification dans une construction théorique du droit aussi bien que dans la pratique de la justice étant bien entendu qu'ils relèvent de deux systèmes de justice distincts, mais s'avèrent complémentaires par des expériences du passé[358]. Ensuite, la théorie du droit montre que le droit positif est aux limites de sa justice. D'où, la nécessité d'autres modèles qui ne répondent pas dans le fond aux critères obligatoires du droit positiviste.

La question est alors : est-il possible qu'un autre système, tel que gacaca puisse réaliser une justice équitable ? C'est là que nous allons recourir à la théorie de Dworkin pour montrer que son analyse de cas difficiles s'applique aussi au crime de génocide, conçu comme un crime

[357] Concept emprunté à Antoine Garapon, « Préface », in Mark Osiel, *Juger les crimes de masse. La mémoire collective et le droit*, Seuil, 2006, p.10

[358] Certains qualifient gacaca de mode hybride de justice étant donné qu'il mélange la forme du droit positif avec le contenu du droit traditionnel du Rwanda précolonial.

universellement répréhensible, qui appelle, pour le cas des crimes[359], un système particulier de justice et le jugement aussi particulier. Il n'a pas à se référer aux principes du droit pénal qui regarde les infractions normalement commises et jugées.

Le droit selon Dworkin combine les normes de la justice au sens du droit positif et les normes qui font référence aux principes éthiques et politiques ou culturels pour parvenir à la justice équitable. Nous soutenons que le système de droit et de justice gacaca, étant donné ses réalisations tant dans le Rwanda ancien que dans le Rwanda post génocide est considéré comme un système de droit et de justice qui doit être intégré dans le système rwandais de justice. Ceci dit qu'il faut l'établir de nouveau plutôt que le rejeter dans la nuit de l'oubli, en le considérant comme justice transitionnelle. Il ne suffit pas non plus de le reprendre uniquement comme une sorte de médiation[360]. Le gacaca sous forme de médiation judiciaire est insuffisant à notre avis, vu sa valeur et son impact beaucoup plus grands dans notre société d'avant et après le génocide.

Conclusion

La justice gacacaca s'inscrit dans la philosophie de la justice des Rwandais, la détacher de son univers de pensée et des valeurs, c'est la dénaturer. C'est toute la problématique des jugements appréciatifs opérés par maints juristes positivistes. Ils ont voulu transposer le contexte rwandais tant du crime que de sa justice à un autre contexte qui lui est différent. Ceci a certainement généré des incompréhensions que ces auteurs parfois n'ont pas voulu admettre ou tout simplement ont ignorées. La justice comme toute sa procédure et les mécanismes de sanctions relèvent de la conception de la société et des relations entre les personnes au sein de la société.

---

[359] Antoine Grapon qualifie les grands crimes, notamment celui du génocide, « des crimes que l'on peut ni punir ni pardonner ».

[360] MINIJUST, Loi Organique n° 02/2010 du 09/06/2010, portant organisation, ressort, compétence et fonctionnement des comités des Conciliateurs, détermine la forme actuelle de justice qui reprend certains éléments de gacaca, J.O.R.R.

Les crimes commis au Rwanda sont interprétés de diverses manières par les non-Rwandais, et partant, de la justice gacaca. Les Rwandais ont leur façon de concevoir ces crimes en fonction de plusieurs facteurs qui s'entremêlent, les uns liés à leur histoire et les autres à certains éléments que l'on peut attribuer à la culture ou à un certain atavisme. Les formes de sanction, les unes sont juridiques et légales, les autres non-légales et extra-juridiques mais explicables en partant du fond de culture et du contexte social, qui peuvent avoir une signification de morale culturelle. Cet aspect a été souvent ignoré ou tout simplement négligé par des juristes non-Rwandais ou mêmes professionnels.

En définitive, il importe de rappeler que le crime du génocide commis au Rwanda est un crime qui sort des crimes connus et généralement sanctionnés par la loi du droit pénal existant. La preuve en est l'incapacité des tribunaux du droit interne du Rwanda et de celle du droit international établi à Arusha, le TPIR, compte tenu des procès qu'il a pu mener à terme par rapport au nombre de procès qu'il aurait dû achever.

Notre analyse a porté sur la structure des juridictions, la procédure mise en place, la nature de la sanction, la qualité du juge et la composition du jury tant du point de vue théorique que de la pratique de la justice gacaca post génocide. L'on pourrait dire que le pluralisme n'est pas l'essence de gacaca, mais il est un facteur historique, circonstanciel qui l'a marqué dans son évolution en le façonnant pour le rendre apte à l'adaptation au mode actuel du point de vue de sa forme légale. Il s'agit du modèle dynamique convenable au contexte africain.

Chap.V. Modèle pour une dynamique africaine du droit et de la justice

Introduction

> Il est nécessaire de formuler de nouvelles règles qui tiennent à la fois compte de l'évolution et des valeurs traditionnelles encore ressenties par la communauté rwandaise comme une nécessité sociale[361].

Les transformations des sociétés qui se remarquent ailleurs, dans les autres continents, concernent également le continent africain. Elles requièrent de repenser le mode de régulation de la société sur le plan juridique comme sur les autres plans. C'est ce défi qui nous pousse à réévaluer nos systèmes de régulation, dans les différents secteurs de la vie juridique (justice, économique, gouvernance, emploi, etc.) des sociétés africaines.

Notre objectif, dans ce chapitre, consiste dans la réhabilitation des normes, des valeurs et des principes du droit et de la justice qui ont présidé à l'organisation de la société rwandaise, avant de pouvoir examiner la sanction comme correctif contre des violations de ces normes propres à la nature du droit positiviste.

Comment mettre en place un dispositif susceptible de garantir ces transformations sans entraver la bonne marche des sociétés concernées. Comment s'intéresser aux mesures visant la promotion et l'éducation sociales par des valeurs et des principes de la société qui assurent l'enracinement des actions et comportements des membres de la société ?

Nous reprochons au système du droit positiviste la priorité qu'il accorde à la sanction contre les violations des droits et des libertés des individus. Ce

---

[361] Charles Ntampaka, La *filiation en droit rwandais. Etude de droit africain comparé*, Musée royale de l'Afrique centrale, Bruxelles, p. 7

système a impacté notre société jusqu'à sa destruction par des conflits allant jusqu'au crime de génocide.

La question consiste à savoir comment réhabiliter ces normes, valeurs et principes constitutifs de la société rwandaise ancienne. Il convient de le rappeler, car les parties précédentes ont essayé de répondre à cette même question sans épuiser les réponses.

Bref, comment le droit peut-il contribuer au dynamisme des sociétés rwandaise et africaine actuelles ? C'est la question centrale de notre travail. Le dernier chapitre prend le parti d'y revenir pour tenter de fournir des éléments qui complètent les chapitres précédents.

Nous nous occuperons de réévaluer, à partir de la perspective interne et externe (régulation et application judiciaire), les normes du droit positiviste qui ont géré notre société pendant longtemps en essayant d'apporter des éclairages sur ses limites et de les dépasser sur le plan de la construction conceptuelle et pratique. En deuxième lieu, nous essayerons d'élaborer un modèle du droit qui, à notre avis, serait capable de faire évoluer le droit et la justice en Afrique.

Le modèle du droit que nous voulons élaborer se construit autour des caractéristiques essentielles qui le définissent comme système du droit dynamique pour sauver la situation de la justice de ce continent. Ces critères se définissent suivant l'orientation de départ que nous nous sommes fixée. Il part du modèle gacaca que nous avons analysé et intègre les principes dworkiniens et sa méthode, mais aussi de la méthode procéduraliste.

D'abord, ce modèle devra être un modèle pluraliste. Il devra combiner les systèmes du droit positif, c'est-à-dire du droit formaliste, mais avec des sources extra-juridiques ou des sources provenant d'autres systèmes notamment africains, puisés dans les sources culturelles. Ensuite ce modèle sera reconstructif, au sens d'un modèle restauratif ayant en son sein les ingrédients d'une reconstruction de la société à travers les principes de résolution de conflits, mais aussi de régulation et de contrôle social. Enfin, ce modèle puisera dans la théorie procéduraliste les éléments qui le confirment comme modèle issu des débats, tant dans son élaboration que dans ses pratiques comme justice participative.

Comme justice restaurative et participative, nous avons vu dans les chapitres qui précèdent que le rôle des données anthropologiques et sociologiques est incontournable dans les systèmes juridiques susceptibles de parvenir à une justice véritable. La théorie de Dworkin en témoigne à suffisance lorsqu'il montre que les principes de justice sont des produits au sein desquels un système de justice quelconque opère. L'analyse critique du système gacaca vient renforcer les arguments dworkiniens. Les données issues de gacaca renouvelé se retrouvent dans le système de justice du Rwanda ancien. Comment ce modèle s'écarte-t-il de la justice transitionnelle ? Parce que celle-ci est une justice qui a joué le rôle de résolution de conflits à la sortie d'une période de crise et se clôt dès que sa mission a atteint son but.

La thèse que nous soutenons dans ce travail est celle du modèle dynamique du droit et de la justice en Afrique. Il a pour visée la restauration de la société victime d'un passé profondément marqué par une crise multiforme. Il a comme caractère la pluralité des sources, les unes culturelles, et les autres provenant du droit positif. Ce modèle utilise l'approche multidisciplinaire essentiellement interprétative et procédurale. Il apparaît clair que ce modèle est une amélioration du modèle gacaca avec comme objectif la réhabilitation des sources et principes du droit et de la justice africaine de manière à permettre ce continent de parvenir au niveau d'une justice équitable, une gouvernance démocratique et un développement durable et équilibré.

V.1. À la recherche des sources et des méthodes

Le nouveau modèle en perspective met en évidence la problématique des sources et des méthodes. Ceci dit qu'il résulte du souci de dépasser et de rechercher de nouvelles sources et des méthodes adéquates pour le renforcement du droit et de la justice.

V.1.1. Les sources du modèle en question

Dans cette section nous examinerons une pluralité de sources juridiques sous plusieurs angles. Le pluralisme, comme d'ailleurs les autres courants de la philosophie du droit, se définit de différentes façons selon les orientations des auteurs. Pour notre cas, il s'agira d'opter pour une orientation qui vise une intégration harmonieuse des sources juridiques africaines, de leurs valeurs et des principes de la culture. Il sera question d'opérer une synthèse de ces différentes sources normatives du droit positif et celles de la culture.

V.1.1.1. Pluralité des sources juridiques

a) Les sources normatives du droit positif

Pour apprécier le modèle qui fait l'objet de notre étude, il importe de faire une double analyse, interne et externe de manière à nous permettre de retenir les sources et leur pertinence suivant l'objectif que nous nous sommes donné. Les sources normatives substantielles du droit positif ont été analysées dans le chapitre I, et les faiblesses relevées nous permettent d'envisager d'autres voies de solution.

En effet, le système positiviste du droit, par ses sources formelles et bien que ses avantages soient reconnus, se clôt sur lui-même et empêche son ouverture vers d'autres sphères juridiques plus larges tant au niveau de son élaboration que de son applicabilité. D'où les conséquences de l'ineffectivité du droit, de son manque de dynamisme et de son absence de possibilités plus larges pour s'adapter aux autres systèmes juridiques appartenant aux autres univers juridiques et culturels.

> Le pouvoir officiel et les sociétés sont déconnectés et la régulation étatique ne permet pas de structurer effectivement l'intérêt à agir, matériel et symbolique, de l'ensemble des acteurs (institutions publiques, société civile, secteur privé, etc.)[362].

[362] Muller Marion et Claire Launay-Gama, ''Pluralisme juridique et normatif. Une voie pour refonder la gouvernance », in *Pluralisme dans les sociétés multiculturelles,* Dossier

Pour que le droit positif puisse nous être profitable et contribuer à la dynamique de notre système de droit et de justice, et contribuer à une gouvernance efficace, il est nécessaire qu'il s'adapte en ouvrant des horizons nouveaux à sa conception en vue d'aspects plus importants visant son évolution.

Sous l'aspect formel, le système de droit en question devrait ajouter parmi ses caractéristiques celle du pragmatisme juridique, à savoir : la simplicité, la flexibilité et le dynamisme des procédures juridiques. Ces caractéristiques permettront au droit de jouer son double rôle de résolution de conflit et de régulation sociale d'une manière plus efficace et plus aisée en réduisant la rigidité de la sanction pénale par des mesures qui favorisent le redressement des délinquants et l'intégration sociale.

b) Les sources extra-juridiques

Nous rappelons ici les sources extra-juridiques par opposition aux sources normatives formelles, celles découvertes dans la théorie d'intégrité juridique dworkinienne et dans la justice rwandaise. La théorie dworkinienne accepte à la fois les normes formelles du droit positif, tout en les complétant par des principes de justice. Les principes de justice dworkiniens se retrouvent aussi dans la culture rwandaise, ayant la même fonction et des appellations différentes.

Des principes de justice existent au sein de la culture rwandaise, sont opérationnels et permettent le travail de la justice sous le mode de précédents judiciaires, longtemps appliqués comme mode de justice plus dominant avant l'usage des textes écrits importés du droit objectif par la colonisation, et laissés jusqu'à ce jour comme héritage du passé. Toutefois cet héritage exige une révision dans ses principes.

D'autres sources et principes de la culture rwandaise sont donc enfouis dans les décombres en tant que patrimoine culturel abandonné par l'histoire à cause d'une part, du manque de l'écriture, et d'autre part, de la domination coloniale. Le travail du chercheur sera de mener un travail de fouille

---

proposé par IRG à l'occasion de la rencontre internationale, Institut de recherche et de débat sur la gouvernance (IRG), Lima, 12-14 décembre 2011.

archéologique de la culture pour mettre à jour ces principes et normes qui sont soit des lois, soit des coutumes ou des interdits culturels, mais aussi des valeurs éthiques inhérentes à la culture rwandaise. Partant de la méthode d'interprétation, les lois législatives doivent être des lois construites sur les bases de ces principes et adaptées au contexte socio-culturel dynamique du peuple rwandais auquel elles sont destinées. Cette adaptation est un travail efficace mais de longue haleine qui permettra leur effectivité au sein de la société. Il s'agit d'un travail qui conjugue à la fois les efforts du droit, de la philosophie du droit et de la philosophie politique et sociale et de l'éthique du peuple rwandais pour que ces lois rejoignent l'intérêt à la fois social et psychologique des Rwandais qui sont les consommateurs ou destinataires de ces lois législatives.

« La création de nouveaux territoires et la fixation de leurs frontières se sont faites sans que les Africains aient été consultés et ils ont difficilement accepté leur mise en dépendance »[363]. Cette phrase reflète la situation et l'état d'esprit des Africains qui y ont œuvré depuis l'événement de la colonisation jusqu'à aujourd'hui, malgré les indépendances obtenues. Les découpages territoriaux opérés par l'autorité coloniale étaient régis par le système du droit positif de cette époque.

Ce contexte de domination qui se cristallise dans les systèmes juridiques divers des pays anciens colonisateurs nous montre la place et le rôle du droit positif importé qui transparaît dans les projets politiques, économiques et du développement de ce continent en perpétuelle domination, se métamorphosant en prenant des formes continuellement masquées.

L'héritage colonial du phénomène juridique est devenu un fait incontournable dont l'Afrique ne peut plus se passer. C'est pourquoi, depuis les indépendances des pays africains, ces héritages du champ juridique, en rencontrant les contextes multiples des sociétés africaines post indépendances, ont vu se créer des systèmes juridiques pluralistes qu'aucune société politique africaine ne peut ignorer.

[363] Hélène d'Almeida-Topor, *L'Afrique au 20è siècle*, Armand colin, Paris, 1999, p. 9.

V.1.1.2. Le principe du pluralisme normatif

> La détermination de la règle coutumière s'avère nécessaire dans la mesure où certains législateurs reconnaissent au droit populaire oral la même force qu'à la règle écrite dans certains domaines (.) Ces différents droits disposent d'un certain nombre de principes communs notamment la recherche du rétablissement de l'harmonie sociale comme finalité du droit[364].

L'argument exprimé plus haut comme tant d'autres que nous avons indiqués, montre que le pluralisme juridique s'impose en Afrique comme principe mais exige que les différentes normes puissent être systématisées en vue de la cohésion sociale.

Ce principe de la pluralité de sources normatives, à notre avis, demande à harmoniser, en intégrant tout en modifiant si nécessaire, les normes et principes provenant des univers culturels différents pour en constituer un système unique de droit et de justice. Il s'agit d'un effort difficile mais envisageable avec possibilité de réalisation efficace. L'expérience rwandaise nous en convainc. Et c'est dans la ligne de la théorie dworkinienne des sources juridiques que nous pouvons justifier cette possibilité d'harmonisation. Celle-ci montre qu'il est possible que les sources juridiques formelles soient complétées par d'autres principes de justice provenant non pas du droit objectif comme tel mais puisés dans la société politique ou la culture d'une société donnée.

En effet, en réconciliant le droit positif avec le droit traditionnel fondé essentiellement sur les coutumes et d'autres formes de réglementation socio-juridique de la culture, le gacaca post génocide que l'on peut aussi appeler gacaca moderne est devenu un mode de justice pluraliste. Ce caractère pluraliste se remarque dans son évolution qui s'est avérée indispensable et efficace.

Le système gacaca est ainsi parvenu à restructurer le droit sous forme de normes qui commandent des juridictions « modernes » en tant que lois établies par l'autorité étatique. Cet aspect d'un droit inscrit dans un système de lois votées par le parlement est une avancée énorme du droit rwandais.

---

[364] Charles Ntampaka, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, *op.cit.*, p. 5

Certains juristes qui prétendent camper sur des positions extrêmes peuvent penser que ce type de droit n'est qu'un avatar du droit positif. Il faut justement dire que le droit positif moderne tel qu'il a toujours été compris, est désormais amélioré au bénéfice du droit qui apporte un nouveau paysage au système du droit, celui du pluralisme juridique réaliste qui combine des modèles différents en leur trouvant leur complémentarité plutôt qu'en soulignant des aspects divergents. C'est cela, à notre avis, l'apport de gacaca telle qu'il a été établi au Rwanda par la loi post génocide[365]. C'est pour cette même raison que cette loi a pu trancher la question de la justice pénale post-génocide. Elle a été complétée dans ce qui lui manquait pour être capable de résoudre le contentieux qui n'a pas été résolu, ni par le droit « moderne » national ni par le droit pénal international[366]. Ceci exclut gacaca du système transitionnel de justice pour l'enraciner dans un système nouveau de justice permanente. Il est clair qu'en tant que droit qui se construit encore, bien des choses sont encore à inventer pour le parfaire tant dans sa théorie que dans ses pratiques de reformulation judiciaire et procédurale.

a) Les sources normatives

Elles ont une valeur juridique reconnue par les usagers du droit objectif ainsi que par d'autres systèmes juridiques de forme législative. La forme législative revêt une importance conventionnelle universelle. Leur validité est interne au système positiviste du droit.

b) Les sources extra-juridiques

- **Les principes dworkiniens**

Les principes dworkiniens sont des bases en amont et en aval des règles formelles de droit. Qu'entendons-nous par-là ? Les normes positives n'épuisent pas tout le sens de la normativité juridique, que ce soit au niveau

[365] MINIJ, Loi organique n° 40/2000 du 26/01/2001, portant création des juridictions gacaca et organisation des poursuites des infractions constitutives du crime du génocide ou des crimes contre l'humanité commis entre le 1er octobre 1990 et le 31 décembre 1994.
[366] L'exemple du TPIR est clair à ce point pour nous renseigner sur les faiblesses du droit pénal international.

de leur compréhension théorique ou de son application. Les règles du droit constitutionnelles ou législatives sont exprimées sous une forme générale alors que les contextes qu'elles sont appelées à réguler sont d'autres choses. Ce sont alors des principes de justice qui leur donnent de la valeur du point du vue de leur sens et du point de vue pratique. Confrontées à leur limite par rapport aux situations particulières, les règles positives n'épuisent pas tout leur sens et n'aboutit pas à leur réelle effectivité. La signification d'une norme juridique, comprise comme une série de concepts ou d'expressions langagières, n'offre pas tout son sens, car celui-ci ne peut pas être épuisé une fois pour toutes.

Le sens rejaillit toutes les fois que l'on a affaire à elle. C'est à la fois une richesse et une limite d'une norme juridique positive si l'on parvient à bien saisir toute son amplitude en tant qu'ensemble d'autres éléments langagiers qui la constituent comme norme et non comme fait positif ou brut dont le sens est donné une fois pour toutes. C'est pourquoi les principes, compris comme des sources, ont aussi une valeur juridique considérable aux yeux de Dworkin, mais aussi aux yeux d'autres théoriciens qui établissent les limites normatives du positivisme juridique. Voici comment Simone Goyard-Fabre l'explicite en ces termes :

> Selon Dworkin, il est exact que deux types de standards coexistent dans la sphère juridique, mais cela signifie, qu'il existe a law behind the law : en d'autres termes, par-delà les règles du droit proprement dites, il y a des principes ou standards qui ne sont pas des règles et sont d'une autre nature qu'elles[367].

Il ajoute que, le principe d'après Dworkin, « sert de guide pour appliquer telle ou telle règle[368] ».

Nous reconnaissons, de notre part cette valeur qui nous a permis de la transposer dans notre culture comme source inspiratrice du droit au même titre que les sources normatives formelles.

---

[367] Simone Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992, p. 231.
[368] *Ibidem*.

- **Les sources rwandaises**

Ce sont soit des coutumes, des valeurs ou d'autres principes contenus dans la culture rwandaise. D'une façon particulière, il nous importe de reconsidérer quelques-unes d'entre elles.

- **Les interdits et leur valeur normative**

Les interdits mineurs ou majeurs possèdent une signification normative. Leur catégorisation se fait en fonction de la gravité de leur transgression par des infracteurs et transparaît dans la sanction leur infligée. Même si ces interdits ne sont pas des lois, ils ont une valeur normative, fonctionnant comme des lois et servant à juger les fautifs.

Mais les principes, aussi appelés matrices du lien social, les valeurs morales des citoyens ainsi que des modèles sociaux sont aussi des présupposés normatifs qui servent aux juges dans leur travail non seulement pour juger mais aussi pour interpréter les situations judiciaires. C'est d'autant plus nécessaire que les contextes d'élaboration de lois et le vécu juridique de la population ne sont pas de même nature. Les unes sont du droit positif, les autres relèvent de l'univers culturel.

- **Les maximes de la langue rwandaise et les proverbes**

Ces principes de la culture sont une grande richesse sur le plan de la normativité sociale et culturelle. Ils jouent le rôle de normes qui peuvent être à la fois juridiques, culturelles, religieuses, etc. Les récupérer en vue de leur usage proprement normatif dans le domaine de la justice serait d'un apport considérable et contribuerait efficacement au dynamisme du droit.

Les principes ainsi que des lois dans les juridictions culturelles sont plus généralement implicites qu'explicites. Ils sont d'autre part, incarnés dans les modèles et les comportements sociaux et individuels, et dans la personne de juge intègre. C'est la raison pour laquelle le gacaca post génocide a réussi son entreprise de juger les coupables. La population a une crédibilité dans le modèle du juge intègre au même degré que dans la loi des textes écrits.

Ajoutons que la loi et les autres normes juridiques ne sont pas uniquement écrites, elles sont aussi orales, et sont incarnées dans des

modèles et dans des institutions culturelles, ainsi que dans certains personnages respectueux et idéalisés par la société. Ces bases normatives sont aussi constituées d'événements historiques et de vécus de la population qui se sont cristallisés dans les proverbes et dans les autres adages et expressions de la culture. Tout ceci sert d'interprétation au juge. Voilà l'obstacle dans la problématique d'interprétation des juges africains formés à l'occidentale.

> Réfléchir sur la rencontre des rationalités juridiques consiste à affirmer, après analyse, que la création du droit est un phénomène multidirectionnel que ni l'État ni la société civile ni la coutume ne sauraient monopoliser en Afrique[369].

Partant des expériences pratiques menées par les tribunaux traditionnels gacaca, et même dans une large mesure par les tribunaux modernes, l'on constate qu'ils se servent aussi bien des précédents judiciaires que des lois écrites. Ceci remonte au système judiciaire culturel, étant donné que toutes les situations juridiques ne sont pas formalisées et que les principes qui servent aux juges intègres ne sont pas explicitement définis pour leur permettre de prendre des décisions aisément au cours des procès. C'est un fait aussi que l'on rencontre dans le système du droit commun.

Il est important de dégager la valeur juridique de ces normes dans la construction du système juridique rwandais et en Afrique dans l'action judicaire des juridictions. Les juges doivent être formés aux principes de l'intégrité de la culture à la fois pour agir comme des juges qui maîtrisent la technique juridique actuelle du droit positif, mais aussi pour être reconnus par la population comme leurs représentants dans le domaine de la justice. Même s'ils ne sont pas des élus de la population, ils représentent l'institution publique de la justice dans laquelle la population doit se reconnaître dans les affaires judiciaires.

Il est nécessaire de réduire l'écart considérable entre les juristes formés en droit positiviste occidental en Afrique d'une part, et la population qu'ils représentent, sur le plan de la compréhension et de l'interprétation des réalités juridiques et judiciaires au sein de la société.

---

[369] Jean-Godfroy Bidima, « Rationalités et procédures juridiques en Afrique », in *Diogène*, n° 2, 2003, pp. 81-97.

L'illustration pour attester l'équilibre entre la formation juridique et la maîtrise de la culture nous vient de l'entretien[370] que nous avons eu avec un juriste burundais responsable d'une entité juridico-administrative locale dans son pays. Il s'agit des procès dans lesquels deux différends opposaient des hommes. D'une part, celui du vol de pirogue, et d'autre part le vol d'une vache. Les deux procès exigeaient, pour être réglés, des preuves, des faits ou des témoignages. Comme les deux sortes de preuves étaient insuffisantes pour régler les deux différends, le juge a dû recourir aux éléments de la culture dans son enquête. Pour le conflit de la pirogue, le juge a interrogé le prévenu sur le lieu où il a fabriqué sa pirogue et le type d'arbre qu'il a utilisé, étant donné qu'en ce lieu il n'existe pas de marché de pirogues, mais ce sont les propriétaires ou usagers qui les fabriquent. Seul le plaignant a fourni des éléments de réponses satisfaisants, étant donné qu'il avait taillé lui-même sa pirogue alors que le voleur n'avait pas tous ces éléments.

Le deuxième cas est celui du vol de la vache. Le juge a utilisé la même tactique que pour le premier cas. Il a demandé le nom et la couleur de la vache qui a mis bas la vache volée. Seul le propriétaire a donné les éléments de réponses satisfaisants comme pour le premier différend. Ces deux exemples montrent combien le contexte africain de justice a besoin de recourir à d'autres principes extra-légaux pour juger des différends.

Dans le monde occidental où le droit positif est né et s'est développé, le juge incarne les valeurs d'intégrité morale de la société dans laquelle il œuvre. Par contre en Afrique, le juge est un jeune ou un adulte formé dans le professionnalisme de la technique juridique et judiciaire d'un autre système de pensée et d'agir que celui de sa culture. Il faut alors une solution à cette question qui ne réside pas uniquement au niveau des institutions qui rappellent un changement, mais les juges doivent aussi être formés et initiés au système juridique et judiciaire qui correspond au mode de penser de sa société culturelle.

[370] Notre entretien du 23/4/2014 avec Ndayishemeza Jean-Berchmas qui fut responsable d'un secteur administratif au Burundi, Louvain-la-Neuve.

V.1.1.3. Légitimité des sources du modèle dynamique du droit

Partant de cette harmonisation des sources et des principes, l'on peut arriver à l'appréciation de la valeur ou de la pertinence juridique de ces différentes sources quant à la construction d'un système de droit et de justice, mais aussi quant à sa pratique. Ceci n'est possible qu'à la condition de mettre en place une approche efficace pour permettre de parvenir à cet objectif fixé, celui de la construction du modèle en question. La condition de la dynamique de la méthode mise en place sera d'une grande nécessité pour parvenir à cet objectif. Nous pouvons nous référer, à titre illustratif, à certaines normes culturelles rwandaises.

a) La reconstruction et la dynamique sociojuridique

Toutes ces différentes sources contribuent à l'évolution du droit et donc à l'évolution même des sources, de leur nature et de leur fonctionnalité normative et régulatrice au sein d'une société. La justice qui possède, en effet, les ingrédients de la restauration des relations rompues de la société est une justice constructive qu'on ne trouve pas au sein du système classique de justice. Gacaca s'avère un modèle qui a pu jouer ce rôle, fondé sur les acquis de la culture et capable de contribuer à cette restauration de la société. Si ce modèle parvient à remplir le fossé creusé par l'histoire dans le secteur de la justice, il est par conséquent le modèle requis, susceptible de résoudre beaucoup de contentieux de la justice et d'éduquer la société aux valeurs de la dignité et des droits des individus et des groupes sociaux au sein d'une société politique.

L'apport de ce système juridique rwandais restauré est d'avoir renouvelé tout le système de droit et de justice rwandais qui, dans sa nature nouvelle, a servi comme passage d'un système de droit traditionnel vers un système de droit moderne dont le contenu est proprement culturel[371] et revêtu d'une forme légale du droit positif moderne. C'est une nouveauté et un apport

[371] A ce sujet, il faudrait lire le *Rapport de clôture des activités des juridictions gacaca, op. ct*., ainsi que la loi relative à l'organisation et au fonctionnement de ces juridictions de 2007.

remarquable pour le droit africain. Cet apport se justifie par le fait qu'avant la crise de justice provoquée par le crime du génocide, le système du droit rwandais, comme d'ailleurs les autres systèmes africains, se remarquait par son dualisme de justice déséquilibrée : gacaca ou système coutumier et le système du droit moderne, sans qu'il y ait d'harmonisation entre les deux. Gacaca post génocide a donc permis cette harmonisation en maintenant le contenu du droit rwandais que le législateur a revêtu d'une forme conventionnelle du droit positif moderne. Mais certes, cette justice a fonctionné comme une justice de transition pour résoudre une situation de crise passagère. Ce caractère transitoire est un hiatus, car ce système n'a pas joué pleinement son rôle de rénovation de tout le système d'une manière plus durable. D'où le droit objectif en vigueur dans ce pays reste inchangé. Il faudrait, à notre avis, qu'en rendant permanent ce mode gacaca, il affecterait aussi le système de droit dans son ensemble et contribuerait encore plus largement à la réévaluation positive faite par les acteurs de l'univers juridique et judiciaire au niveau national et même régional[372].

Soulignons que c'est un des points d'imperfection de cette justice, car gacaca post génocide comme justice transitionnelle ne satisfait pas notre ambition d'un renouvellement de tout l'appareil de justice de manière à le rendre permanent. Gacaca devra ainsi fonctionner comme vecteur d'un nouveau système juridique au service d'une gouvernance adéquate. Ensuite, dans cette tâche d'harmonisation, tant sur le plan de la construction théorique que sur la pratique juridique et judiciaire, cette justice faciliterait la mise en place des stratégies solides visant les adaptations des études juridiques aux conditions réelles des sociétés dans un monde africain en évolution rapide dans son rapport à la mondialisation.

Il revient au chercheur africain de travailler pour une bonne harmonisation entre le contenu et la forme légale, mais aussi une tâche d'harmonisation dans sa pratique du point de vue de la procédure et des institutions judiciaires adéquates pour ce système juridique élaboré. Cela contribuera encore plus remarquablement dans sa légitimité en tant que droit

[372] L'impact de la justice gacaca n'est pas que national. D'autres acteurs de la justice régionale et africaine, et des hommes politiques viennent au Rwanda pour apprendre les acquis de cette justice.

proprement rwandais et africain. L'historien Elikia Mbokolo renforce notre argument en affirmant ce qui suit :

> Des études sur des pratiques effectives du droit dans les différents États africains, permettent de voir comment coexistent, s'articulent, s'affrontent s'arrangent ou se combinent, les uns dans les autres, les droits étrangers plu ou moins tropicalisés, et bien sûr les coutumes, les traditions qui, elles-mêmes ont une histoire. Ce qui précède veut dire qu'aujourd'hui, nous, hommes de science et acteurs sociaux, sommes tiraillés entre gérer l'héritage ou inventer le futur. Ou encore adopter une pratique commode et routinière, celle des institutions juridiques et judiciaires, ou une pratique issue de l'imagination créatrice. Il nous semble que du point de vue de l'histoire et de la philosophie du droit, et aussi de l'enseignement et de la pratique du droit, nous sommes condamnés à la création et à l'imagination, beaucoup plus qu'à la gestion de l'héritage. Nous dirions finalement, que nous devrions nous réjouir de cette condamnation[373].

La tâche, pour notre part, est encore immense, mais il est possible d'y parvenir par des recherches intensément menées en collaboration, d'un côté entre africains eux-mêmes et de l'autre entre africains et africanistes. Rendre compte de ce point de passage du système gacaca et de son apport sur le plan juridique et judiciaire, et ouvrir une nouvelle perspective de recherche aux autres chercheurs dans ce domaine encore peu exploré, tel est l'un des objectifs que nous poursuivons dans cette étude.

b) Mesures de redressement socio-psychologique des délinquants

Ces mesures sont le résultat de l'évaluation de la situation post procès lorsque l'on compare les deux systèmes de justice : la justice pénale classique et la justice restaurative.

L'on s'interroge sur les relations post-procès en comparant les résultats de la justice gacaca et ceux de la justice pénale classique. Cette comparaison nous permet de comprendre une fois de plus la justice qui vise la reconstruction ou la restauration de relations rompues par des crises, des

---

[373] Elikia Mbokolo, « Histoire des droits africains au XXIè siècle », in Camille Kuyu Mwissa *(dir.), Repenser les droits africains pour le XXIème siècle*, Ed. Menaibuc, 2001, pp. 65-68.

conflits ou des actes de criminalité. C'est la nécessité de la justice de type restauratif.

En effet, la justice reconstructive ou restaurative aboutit au rétablissement des relations sociales et interindividuelles qui ont été détruites par ces conflits. C'est cela même sa finalité. En la comparant à la justice pénale classique, on trouve que, celle-ci, au lieu de ressouder les liens rompus, creuse beaucoup plus la rupture au sein des liens sociaux. Le prononcé du jugement pénal crée un sentiment de frustration entre les parties, surtout la partie perdante, et par conséquent cela engendre une dissidence entre les sujets qui ont comparu. La nature de la justice pénale qui sanctionne avec force le perdant, empêche celui-ci de se réconcilier avec la partie adverse. Il résulte alors une rupture des relations entre les deux justiciables qui devient une rupture plus large lorsqu'elle affecte toutes les personnes qui ont pris part à ce différend.

La justice restaurative a pour finalité, quant à elle, la consolidation des relations sociales et pyschologiques entre les membres de la société et entre les sujets individuels qui ont été concernés. La situation post-procès est intéressante lorsqu'il s'agit d'examiner ces types de relations qui ont été construites. La consolidation de relations post procès est une nouveauté de la justice restaurative, notamment gacaca au Rwanda[374].

L'évaluation continue des résultats par rapport aux objectifs fixés est la stratégie adoptée par les acteurs de la justice gacaca. Elle peut aussi servir comme critère du nouveau modèle en cours d'élaboration. D'autre part, dans cette même ligne, la réconciliation suivant la justice gacaca n'est pas une finalité en soi. Ce que gacaca vise, c'est plutôt l'unité qui passe par la voie de la réconciliation. Celle-ci est donc un moyen qui mène à l'unité de la population et donc par là, à l'unité de toute la nation rwandaise.

Si le droit positif est un moyen pour parvenir à la finalité de la justice, il n'est donc pas le seul moyen pour cette fin. L'on peut admettre qu'il existe d'autres formes de droit et de mesures de résolution des conflits qui visent la même finalité de la justice. L'on peut penser aux autres formes de droit qui reposent sur des pratiques sociales comme normes à mettre en œuvre pour la

[374] Masengesho Kamuzinzi , *op. cit.*

résolution de conflits conformément aux exigences de chaque société désireuse de faire régner la justice. L'on peut reconnaître que les interdits culturels, comme nous l'avons indiqué précédemment, sont des pratiques sociales renouvelées pour s'intégrer dans l'ethos de la population suivant le degré d'évolution de celle-ci.

c) Les limites de la positivité normative confrontée aux contextes particuliers de la société

Il s'agit de la positivité juridique critiquée par rapport aux contextes dans lesquels cet ordre juridique s'élabore et auxquels il s'applique. S'il faut envisager le droit étatique au sens d'une critique profonde du droit, l'on peut sans doute parvenir à mettre en doute les bases de ce droit. Quelle est la nature de l'État qui a produit le droit africain ? Serait-ce l'État africain ou un modèle étranger importé sans aucun aménagement de manière à faciliter une gestion efficace de ses affaires ? Si l'État lui-même est un modèle importé par la colonisation, toutes ses institutions méritent aussi d'être réévaluées dans le but d'interroger aussi leur pertinence dans les contextes de leur application en Afrique.

Le droit a été et reste un savoir considéré comme savoir dogmatique, réservé uniquement aux initiés, éloigné des réalités sociales et culturelles des personnes et des groupes[375]. D'où le maintien des personnes dans une sorte d'enfermement de ce mode de savoir et de pratique qui se réclame du savoir ayant l'ambition de libérer les individus et les groupes concernés. Ensuite le droit, à cause de son formalisme, s'est toujours considéré comme un savoir universel, qui s'applique dans chaque société avec les mêmes principes de pensée et de pratiques. D'où l'absence de critiques qui a caractérisé le droit pendant de longues périodes surtout dans les pays anciennement colonisés. L'on pouvait porter des critiques sur les autres connaissances sauf en droit considéré une fois encore comme un savoir objectif, suivant cette expression : ''droit objectif '', résultant du postulat positiviste du droit. Voilà pourquoi en Afrique noire surtout, le droit reste

[375] Pierre Noreau, « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté… à la recherche de soi », in *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, Septembre-Décembre 2011, pp. 687-710.

comme une science positive qui renferme des vérités infaillibles et des axiomes qu'il n'est pas possible de remettre en question.

Repenser le droit en Afrique noire devient une tâche urgente qui consiste à remettre en question ce mode du savoir qui a empêché les pays africains d'évoluer en les enfermant dans un savoir dogmatique, mystifié par toutes sortes d'idéologies techniciennes.

Notre tâche dans ce travail consiste à apporter une analyse du droit tel qu'il est construit et appliqué au Rwanda depuis la colonisation jusqu'à la catastrophe du génocide en 1994. À la base, il y a la question qui consiste à savoir comment le génocide a été conçu et exécuté par un gouvernement se réclamant de l'État de droit signataire de tous les accords internationaux y compris celui de lutter contre le crime du génocide[376]. Mais aussi, il s'agit de se demander comment le génocide a eu lieu au Rwanda à cette époque justement où des forces et agences onusiennes étaient présentes pour le maintien de la paix et la protection des personnes. Que signifie, en ce sens, le droit aussi bien interne qu'international pour n'avoir pas empêché le crime du génocide et les autres crimes contre l'humanité de s'abattre sur les Tutsi rwandais en présence des forces et des organisations onusiennes au moment de cette catastrophe ?

Si l'État est considéré comme la source de la loi et le garant du droit, d'où lui viennent les principes qui fondent ses actions tant dans l'établissement de la loi que dans ses mécanismes et en assurent la meilleure réalisation ?

Cette question est importante et relève du questionnement du type de pensée décisionniste.

Partant de l'article « la théorie du droit de ruse », l'auteur montre que la loi est secondaire par rapport à la coutume. Suivant notre point de vue, il ne convient pas d'opposer la loi à la coutume, mais il s'agit plutôt de montrer que les deux sont des formes de règlementation sociale et doivent agir de concert et de manière complémentaire au sein de la société. Là où la loi ne remplit pas son rôle adéquat compte tenu des facteurs contextuels (facteurs

[376] ONU, *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Adoptée par l'Assemblée des Nations-Unies, 9/12/1948.

culturels ou structures étatiques de décentralisation, par exemple), il convient de choisir la forme de règlementation qui convient pourvu que les droits des groupes et des individus ne soient pas enfreints.

Il faut même aller plus loin en dépassant l'opposition entre droit écrit et droit coutumier, entre loi et coutume. Il faudra parvenir à fondre l'un dans l'autre et ainsi dissiper les oppositions entre les deux. Il faudrait mettre en place des mécanismes qui permettent de formaliser les principes culturels d'intégrité et la coutume en partant du principe de flexibilité appliqué par gacaca.

Il est déconcertant de constater les contradictions au sein même du droit formel, même si les esprits habitués à ce genre d'analyse ne peuvent pas le percevoir de cette manière. Comment les structures des lois peuvent-elles être indistinctes des domaines qu'elles règlementent ? Le cas illustratif ici est celui du droit de propriété qui obéit aux mêmes critères que le droit de la famille, pour ne considérer que celui-là. Il est clair que les faits sociaux concernés, le mode de raisonnement et même les formes et la manière de sanctionner les coupables ne doivent pas être les mêmes dans ces deux domaines qui sont diamétralement opposés. À notre humble avis, il faudrait concevoir les choses autrement. C'est l'un des facteurs de justification de la crise du droit législatif qui ne cesse de s'accroître à l'époque actuelle.

Les domaines sociaux devraient spécifier les formes de réglementation juridique. C'est pourquoi l'universalisme juridique et formaliste s'est révélé comme la source de la crise juridique d'aujourd'hui. À notre avis, si le droit africain doit satisfaire les conditions d'un droit légitime il faut que :

- Ce droit soit décentralisé en fonction des individus et des groupes auxquels il est destiné ;
- Ce droit doit tenir compte des facteurs culturels pour être bien intégré à la fois dans sa justification et dans son application ;
- Ce droit doit absolument répondre aux besoins de justice des peuples auxquels il est destiné ;
- Ce droit doit se conformer dans sa production et dans sa pratique aux exigences de la normativité qui respectent les droits et libertés des personnes et des groupes concernés ;

- Le modèle de ce droit doit prendre en compte d'autres formes de régulation que la seule forme étatique qui est le reflet du modèle occidental (concrètement il s'agit de la forme coutumière de régulation ou de réglementation) ;
- Au lieu que le droit soit le moteur de transformations socio-politiques et économiques des pays africains, il faudrait que la situation s'inverse, c'est-à-dire que ces réalités africaines transforment le droit, que le droit s'adapte aux besoins réels des sociétés africaines.

V.1.1.4. Gacaca néo-traditionnel suivant la théorie de Dworkin

La perspective dworkienne nous permettra de nous interroger sur le discours et la pratique du droit en Afrique, plus spécifiquement sur le Gacaca comme système de droit rwandais et africain. À partir de présupposés normatifs basés sur des principes de justice et des règles juridiques et de méthode, le droit-intégrité dworkinien nous aide non seulement pour évaluer gacaca, mais aussi pour repenser le droit africain, plus précisément le droit de l'Afrique centrale. Cette partie du continent africain possède en grande partie des éléments communs de la culture. Bien que le droit-intégrité n'ait pas produit un modèle systématique du droit, mais partant de ses sources et de sa méthode il nous aide à repenser le système juridique africain suivant le contexte juridico-social et politique de ce continent en vue de trouver un modèle susceptible d'enraciner le droit dans ses propres principes et valeurs.

Ce modèle devra ainsi permettre aux États africains de surmonter les contradictions générées par des lois inefficaces reposant sur des systèmes incohérents provenant d'origines diverses, mais il permettra aussi de résoudre les conflits sociaux par des mécanismes judiciaires solidement articulés et légitimes. Nous nous référons à l'exemple de certaines institutions culturelles rwandaises qui ont inspiré la politique gouvernementale rwandaise telles que : *itorero* ou corporations des formation citoyenne, *ingando*,ou camps de solidarité, ubudehe, mutualité de

santé, umuganda, travail communautaire, *girinka*, politique d'élevage communautaire des vaches *ndumunyarwanda*, identité citoyenne rwandaise

Sous l'angle de la philosophie politique et du droit, cet espace public doit être régi ou réglementé par une loi votée par le législateur. Les politiques publiques doivent être régies par des lois qui les institutionnalisent et permettent leur applicabilité efficace au sein de la société. C'est un avantage à la fois pour l'État et pour la population étant donné que sa régulation permet le respect des droits et des devoirs réciproques de l'État et de la population. Dans ce sens, l'État n'est pas le seul producteur de la norme juridique. La population participe à cette tâche le biais de la législation, mais aussi lorsqu'elle joue le rôle du jugement dans la résolution des conflits à l'aide des principes et normes culturelles de la société.

Bref, ces principes constituent une véritable source du système du droit rwandais et sont à la base d'une véritable justice acceptable par les Rwandais. Ils respectent leurs droits et leur dignité et précisent même les obligations des Rwandais en tant que citoyens étant entendus qu'ils sont les productions de la société.

La question demeure de savoir comment ces principes sont exprimés dans la culture rwandaise et à travers la vision du monde et les valeurs proprement rwandaises[377]. Ces valeurs qui véhiculent ces principes moraux sont discutées par Dworkin dans sa théorie du droit des principes, sa théorie pluraliste qui n'est par ailleurs ni positiviste ni jus naturaliste mais une théorie que l'on pourrait appeler interprétativiste ou théorie d'interprétation juridique.

Cette théorie de l'interprétation ou pluraliste nous aidera par ailleurs pour analyser la méthode pouvant nous permettre de dégager ces principes moraux qui sont enfuis dans les valeurs culturelles et dans les autres éléments de la culture que Kagame appelait en les décrivant comme des structures linguistiques ou aussi exprimées dans les proverbes rwandais. Pour les découvrir il faut, à notre avis, utiliser la méthode herméneutique ou

[377] Les œuvres d'Alexis Kagame et d'Aloys Bigirumwami nous fournissent des données intéressantes à ce sujet comme nous l'avons indiqué précédemment.

interprétative. Cette méthode herméneutique est aussi appelée phénoménologie herméneutique par Paul Ricœur.

Nous pouvons conclure qu'étant donné que ces principes existent aussi dans d'autres cultures africaines, ils peuvent par conséquent fonder aussi leurs systèmes de droit car ils sont des sources qui émanent de leur philosophie. Il s'agit de procéder à une étude herméneutique pour les mettre à jour étant entendu qu'ils sont contenus dans leurs différents éléments culturels ainsi qu'à travers les valeurs culturelles africaines.

Notre étape ultérieure sera d'envisager cette herméneutique de la culture en commençant par celle de la langue Kinyarwanda pour dégager ces éléments et valeurs de la culture rwandaise. Cette conception bouleverse à coup sûr le système du droit colonial et de sa justice, une fois bien analysée.

Bref, à notre avis, au lieu que la règle du droit d'inspiration positiviste fonde uniquement le système du droit rwandais, il faut plutôt que les principes culturels et moraux fondent le système du droit et de la justice, et même inspire la nature des règles juridiques. Ensuite ces principes doivent inspirer à la fois les règles constitutionnelles, législatives et même les règles jurisprudentielles ou la décision du juge. Ils sont en conséquence supérieurs à la règle de droit étant donné qu'ils émanent de la culture rwandaise tandis que cette règle de droit est inadéquate compte tenu de son inspiration du droit et de la philosophie étrangers au monde rwandais.

Il est donc nécessaire de montrer que le système de justice national rwandais qui existe jusqu'à présent demeure étranger à la société rwandaise.

1) Ce système n'a pas pu assurer la sécurité ni maintenir l'ordre dans la société rwandaise à travers son histoire (la preuve : les conflits au Rwanda depuis la colonisation et qui ont abouti au génocide des Tutsi en 1994).
2) Après le génocide ce droit de type occidental n'a pas pu résoudre la crise de la justice de la société rwandaise post génocide (provoquée par le nombre élevé d'accusés pour crime du génocide et d'autres crimes contre l'humanité étant donné que le génocide a duré 100 jours ; d'où d'autres crimes ont trouvé l'occasion favorable pour leur exécution).

3) Les Rwandais fréquentent rarement les instances de justice (l'on peut voir l'enquête à ce sujet). Les instances de la justice sont considérées par la société rwandaise comme lieu où s'exerce la contrainte ou tout simplement sont une affaire de personnes non intègres.
4) Le système d'enseignement du droit dans les universités rwandaises demeure du type professionnel, et donc n'a pas d'impact profond dans le renouvellement du droit, étant donné la formation juridique qui n'apporte pas une contribution de haute portée concernant le devenir de la société ni dans la résolution des questions épineuses de la justice rwandaise. Pourtant la formation juridique devrait viser une connaissance orientée vers les réformes profondes de la justice rwandaise et même la révision des lois et de la politique juridique dans son ensemble.
5) La formation et la recherche en droit n'a pas une perspective de réformes en profondeur dans le système d'enseignement du droit au Rwanda et en Afrique en général.

Il faut noter que la philosophie sociale et politique au Rwanda nous fait comprendre la vision de la société selon la culture rwandaise. Cette vision de la société met l'accent sur les relations sociales qui, dans la société rwandaise, se distingue de la société occidentale. Dans cette dernière, l'on souligne un relâchement des relations au groupe, d'où les questions liées au conflit sont renvoyées à un tiers anonyme, c'est-à-dire le juge. Tandis que dans la société rwandaise, comme c'est d'ailleurs le cas dans toutes les sociétés africaines où les relations des personnes au sein du groupe sont encore solides, l'on a tendance à soumettre le litige à un ami ou à un groupe d'amis ou à la famille pour un besoin de solution. Le juge comme personne anonyme n'a pas de place dans ces sociétés. C'est la raison pour laquelle la justice du juge n'a pas une grande influence, et l'on a tendance à recourir au cadre informel, mais efficace dans la résolution des conflits, tans des conflits d'ordre civil que pénal dans certains cas. Le premier objectif de la justice restaurative est la prise en charge de la justice par la population elle-même.

Restaurative et pluraliste, la justice gacaca combine le droit étatique, les principes de la culture rwandaise, et du pragmatisme juridique. L'objectif fondé sur le principe culturel rwandais est celui de ressouder la population rwandaise par le renforcement des liens sociaux et du vivre ensemble. C'est le but premier de gacaca, même ses mesures de sanctions reposent sur cet objectif du vivre ensemble. Les sanctions prévues et données par les juridictions gacaca n'ont pas une fin en soi. Elles visent le rétablissement de la cohésion sociale brisée. N'est puni par gacaca que celui qui refuse de se repentir, de plaider coupable ou d'avouer en vue d'une demande de pardon. Ces sanctions sont radicalement opposées à la logique de la sanction pénale selon la justice pénale classique. Selon cette justice, la sanction constitue même le bien-fondé de cette justice.

L'on peut catégoriser la méthode selon notre orientation en trois rubriques. La première rubrique est celle de la méthode d'interprétation constructive dworkinienne. Celle-ci constitue le point central de la méthodologie de notre chapitre. Ensuite, la méthode herméneutique de Paul Ricœur qui nous donnera une orientation de recherche de sources normatives sous forme de fouille archéologique. Enfin la méthode de procéduraliste qui inclut dans le modèle du droit l'aspect de discussion sous forme de débat des acteurs dans le domaine de la construction de normes mais aussi comme méthode participative dans la mise en pratique du droit dans les juridictions.

1. Ce chapitre a pour but d'analyser le droit comme constructivisme social qui résulte d'une adéquation entre les sources et la méthode et entre les exigences historico-sociales du contexte de la société.

2. À notre avis, à la suite de Dworkin, la méthode juridique est celle d'interprétation qui consiste à rechercher le sens des données culturelles enfouies dans les plis de l'histoire sans écriture d'abord et de l'histoire coloniale marquée par sa domination sur les réalités culturelles du peuple colonisé.

3. La méthode sera aussi celle de la procéduralisation du droit comme le propose Jacques Lenoble.

V.1.1.5. Système des débats délibératif comme forme de participation à la construction du modèle juridique

Sous cet angle, l'on admet que gacaca, est un modèle qui introduit l'élément des débats délibératifs sous forme de participation non seulement dans les procès, comme l'ont réalisé différents acteurs dans les juridictions gacaca, mais cette méthode servirait aussi dans les débats visant à une construction de tout autre mode de justice et de droit convenant à une société. Cette théorie aussi, en proposant le système délibératif, vise l'attention aux droits fondamentaux des individus dans la promotion d'une démocratie et une gouvernance légitime. Cette théorie rejoint en même temps l'argument de Dwokin de *Prendre les droits au sérieux.*

Le nouveau modèle inspiré de gacaca réformé devra désormais être un système de droit qui place l'homme comme sujet en interaction et en interrelation avec les autres sujets au sein du groupe auquel il appartient : famille, clan, association, etc., sans y être dissous, dans le but de contribuer à l'avancement du droit et de la justice dont les citoyens sont des acteurs efficaces. « L'anthropologie juridique nous rappelle ensuite que nous devons nous rendre maîtres du Droit, le confier à l'homme, et non l'inverse »[378].

Cette tâche du droit consistant à positionner l'homme dans sa culture est une nouveauté qui exige une analyse approfondie. La raison en est que la conception rwandaise et africaine de l'homme ne parvient pas, jusqu' à présent, à le libérer socialement et totalement du groupe auquel il appartient. Concevoir l'homme comme sujet libre par rapport à son groupe ne signifie pas qu'il s'agit de développer sa subjectivité individuelle coupée de son appartenance et de son ancrage à son groupe, mais de le rendre capable de liberté et de responsabilité, capable de s'autogérer et de faire des choix dans une grande autonomie, en vue d'enrichir par ses atouts la société tout entière.

De cette manière, l'homme devient au sein de sa société et vis-à-vis de sa culture, non pas consommateur du droit mais plutôt producteur de la norme juridique dont il est lui-même conscient de la valeur, et à laquelle il est libre

[378] Norbert Rouland, *L'anthropologie juridique*, *op. cit.*, p. 81.

d'obéir. Ceci dit, l'homme parvenu à ce stade d'autonomie, est en mesure de mettre en pratique la règle du droit à travers les institutions, et finalement il est non seulement apte à contribuer à la production de la norme du droit mais aussi d'en assurer l'effectivité, l'évaluation ou le contrôle. Telles sont les tâches auxquelles ce modèle devra convier tous les Rwandais pour le développement durable et pour une gouvernance démocratique efficace. De cette manière chaque Rwandais sera apte à son auto-formation visant son auto-libération et une prise de conscience en vue de prendre en charge des institutions plutôt que de les subir.

Cette nouvelle perspective est une rénovation dans la sphère juridique qui a toujours fonctionné comme une instance uniquement régulatrice et de contrainte plutôt qu'une instance libératrice de la société. Il devra donc en permanence se ressourcer dans la culture pour maintenir sa position en équilibre. Le nouveau modèle devra ainsi, édifier la société par le biais d'une formation solide, de citoyens responsables de leur destin et créateurs de leur système régulateur.

Nonobstant des exigences de la positivité normative reconnue, le travail de production du droit est par ce fait une activité de tous les acteurs de la société. L'approche pour y parvenir est de procéder par des débats délibératifs autour du fait social de justice. Les principes moraux et culturels conjugués à cette méthode procédurale permettront d'atteindre ce but.

Il faut noter que toute théorie devrait tenir compte, sans y être absolument contrainte, de la problématique contemporaine de la mondialisation pour faire face à ses critiques externes ou même internes. Le regard externe et interne ne peut pas ignorer cette situation sociopolitique et même géopolitique actuelle. Le nouveau modèle devra s'apprécier en fonction de principes surtout internes du système de droit et de justice qui sous-tendent de grandes théories du droit reconnues et acceptées pour leur légitimité. Ceci signifie que les critères exigés par ce modèle réclameront des conditions de définition claires et solides.

V.1.2. Problème de méthode

Les méthodes sont à analyser en fonction de l'environnement social qui produit et consomme les normes juridiques et morales, mais aussi en fonction de la nature de ces sources (culturelles, juridiques ou morales). La méthode herméneutique juridique devrait combiner l'interprétation constructive de Dworkin et celle du procéduralisme habermassien.

V.1.2.1. Méthode constructive dworkinienne

L'on peut revenir ce point en montrant que la méthode dworkinienne est une méthode visant la création sociale à partir de nouvelles normes et principes de justice qui parfois existent à l'état latent au sein d'un groupe social ou d'une société politique donnée.

D'où cette méthode nous aide à reconstituer de nouveaux principes et de nouvelles formes de normativité juridique de la société permettant d'agir dans le sens de la justice. La méthode dworkinienne, en ce sens, nous permet de renouveler des interdits normatifs en les transformant en pratiques sociales susceptibles d'agir comme principes de régulation et comme règles juridiques au service de la résolution des conflits au sein de la société. C'est donc ce que nous essayerons d'exiger de ce nouveau modèle renouvelé de gacaca et que nous appelons modèle dynamique de droit et de justice.

V.1.2.2. Apport de la théorie dworkiniemnne de la méthode

La théorie herméneutique constructiviste de Dworkin vise la transformation des pratiques et des connaissances contextuelles ainsi que d'enrichir les champs plus variés des diverses questions juridico-sociales. C'est pourquoi l'élaboration de la théorie du droit propre au droit interne des pays africains nécessite un travail assidu à partir d'une mise en œuvre de la méthode d'interprétation des données culturelles africaines. En effet, cette méthode nous est utile, dans la mesure où elle ne se limite pas au contexte juridique considéré comme universel, mais elle est ouverte et permet une contextualisation aisée d'interprétation. Il nous est possible de faire une

transposition ou une application plus large de l'interprétation juridique en tenant compte des principes qui la fondent et non des détails qui compliqueraient sa mise en œuvre dans des contextes similaires.

L'herméneutique dworkienne est plus intéressante car elle ne concerne pas uniquement l'activité du juge, mais elle vise le sens de tout phénomène juridique. Appliquant cette méthode au contexte du Rwanda engendré par le génocide, l'on constate que tous les événements, les actes humains et les résultats combinés des facteurs divers vécus ou observés, exigent une recherche approfondie du sens du juridique qui va au-delà de la déduction rationnelle ou de toute activité discursive visant à expliciter par la méthode historique, sociologique ou autre, les réalités sociales survenues et leurs effets.

La méthode sera principalement une interprétation mais de type pluraliste. Ceci signifie que l'interprétation embrassera des aspects divers pourvu qu'elle permette de développer une théorie du modèle susceptible de promouvoir le droit dynamique en Afrique. Une seule méthode ne saurait à elle seule suffire pour une telle entreprise, étent donné qu'elle est complexe compte tenu des enjeux qu'elle renferme. Cette interprétation à visée pluraliste complète en la prolongeant la méthode interprétative constructive de Dworkin, qui la définit comme une méthode visant l'angle de la compréhension de la réalité juridique sous un bon jour. Voilà ce qu'il dit :

> Je parle ici seulement de ce que j'appelle l'interprétation constructive, qui peut être comprise comme simplement ayant le but suivant : tenter de faire d'un objet que l'on doit interpréter le meilleur possible en son genre[379].

L'interprétation constructive telle que l'envisage Dworkin est une méthode ouverte, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une interprétation susceptible d'intégrer d'autres formes d'interprétation des faits juridiques, en visant comme il le dit lui-même, un effort plus élevé de compréhension de l'objet juridique à étudier. Cette qualité d'ouverture élargie de sa méthode, que d'aucuns peuvent qualifier de faiblesse, nous paraît au contraire d'une

[379] Ronard Dworkin « L'impact de la théorie de Rawls sur la pratique de la philosophie du droit », *op.cit*., pp. 37-53.

grande richesse pour saisir les objets juridiques qui doivent être pris en considération sous un angle pluraliste du modèle du droit africain.

Lorsque le modèle s'avère pluraliste, il est à la fois restauratif, dynamique incluant les aspects de l'herméneutique juridique et d'un procéduralisme du point de vue de l'évolution de la construction et de la mise en pratique progressive du modèle. La théorie de l'intégrité se manifestait dans la personne des *inyangamugayo* en kinyarwanda, que l'on appelle les sages intègres. Ce sont des juges de gacaca, tribunaux hiérarchisés selon les entités administratives de base du pays : cellule et secteur. Les juges de gacaca se remarquent par leur intégrité morale comme base de toutes les autres valeurs telles que la vérité, le patriotisme, justifié par leur travail bénévole, sans exiger de rémunération pour un travail qui les engage jour et nuit ; il en est de même de la participation de la population aux séances des juridictions et de la tâche spécifique des inyagamugayo dans le travail de juridiction.

Il s'agit d'un modèle qui combine à la fois le modèle restauratif et le modèle procédural après les avoir contextualisés, c'est-à-dire en les intégrant dans le contexte spécifique de la société rwandaise d'aujourd'hui en profonde mutation. La conciliation de ces deux modèles devra résulter d'un travail d'interprétation constructive, comme le dit Dworkin.

Le modèle procédural tel que l'a conçu Lenoble ne peut pas s'appliquer d'une manière brute ou immédiate (ou s'appliquer à la lettre) à la société rwandaise en mutation profonde, mais il est susceptible de nous inspirer en tant que modèle en nous permettant de prendre certains de ses aspects qui sont pertinents dans l'objectif de contribuer à construire le modèle adéquat pour notre société. Il s'agit notamment de prendre en compte la méthode procédurale héritée de Habermas qu'il faudra appliquer à nos réalités sociales dans le but de produire un nouveau modèle qui intègre, en le complétant, le droit gacaca. Ce modèle devra nous servir comme méthode d'opération du droit restauratif.

Le droit procédural met en évidence à la fois le rôle de la collectivité et de l'individu dans le processus des débats délibératifs. Telle est notre thèse dans ce travail. Il s'agit d'un modèle de droit qui favorise l'action participative tout en accordant une place aux sujets individuels dans les

débats collectifs. Cette place des individus faisait défaut dans nos sociétés traditionnelles étant donné que le groupe semblait engloutir l'individu dans une masse populaire qui privait l'individu de la parole et d'autres moyens de participation collective. Le sujet du droit procédural devient l'acteur-participatif. Ce modèle pourra aussi intégrer le modèle restauratif dans l'objectif de la réconciliation de la société avec elle-même et de la réintégration de certains de ses membres condamnés par les actes criminels pendant le génocide perpétré au Rwanda contre les Tutsi.

Il faut prendre cette justice comme matière à laquelle il faut appliquer la forme procédurale du droit procédural. Ceci se justifie par le fait que le droit procédural met l'accent sur le processus de construction d'un modèle juridique qui nécessite un contenu auquel il faut appliquer cette méthode. La justice restaurative sert de matière ou de contenu au droit procédural qui est considéré comme vide, et donc il a besoin à son tour de matière dans le processus de sa reconstruction en tant que modèle juridique. Ce modèle procédural doit se fonder selon Lenoble sur le principe pragmatique contrairement au modèle habermassien qui se justifie par le principe de la raison communicationnelle. L'homme en tant que sujet de droit ne doit pas uniquement subir des décisions prises sans ou contre lui sans y participer activement. Le rôle de la participation gacaca est à la fois la participation dans l'élaboration de la loi, donc dans la procéduralisation du droit et dans sa mise en œuvre dans des institutions judiciaires réinventées.

La méthode dworkinienne d'interprétation comme méthode ouverte aux analyses juridico-sociales s'avère à notre avis pertinente. Ceci se justifie par le fait que les transformations des sociétés actuelles sont très complexes de telle sorte que pour analyser la complexité de leurs enjeux il faut utiliser sa méthode d'interprétation constructive que lui-même explique comme étant ouverte à des situations sociojuridiques nouvelles et à de nouveaux facteurs qui entrent en jeu dans ce changement. Les changements sociaux sont en perpétuelle réalisation. D'où la nécessité d'une méthode ouverte aux adaptations provoquées par ces changements difficilement prévisibles.

Le principe des cas difficiles est à mettre en relation avec cette absence à la fois de la loi, mais aussi, une fois la loi mise en place, de chercher comment l'appliquer. La loi organique sur la répression de ce crime était

> en quelque sorte un acte contraire au principe juridique de la non-rétroactivité de la loi. Mais le gouvernement rwandais s'est appuyé sur son acte de ratification de la Convention[380] sur la répression du crime pour élaborer la loi. Ceci est dû au principe du droit rwandais concernant la hiérarchie des normes qui établit les Accords internationaux au deuxième rang après la Constitution dans l'ordre hiérarchique des lois dans le système du droit rwandais. Cette réinvention de la justice gacaca est à rapprocher du principe dworkinien des cas difficiles.

L'approche interprétative a, d'abord, servi à l'élaboration de la loi organique sur gacaca, mais aussi à juger les crimes du génocide. Il a fallu un grand travail de recherche pour repenser le système juridique et judiciaire qu'il faut mettre en place dans cette situation rwandaise inédite de justice.

La contribution philosophique de notre recherche est aussi cette prestation critique qui permet la conceptualisation du cadre lui-même de recherche, c'est-à-dire le cadre de la justice rwandaise. Selon Durkheim, les normes et les valeurs sociales assurent la cohésion sociale et facilitent son contrôle vis-à-vis de ses membres[381]. Aucune société au monde n'existe sans des normes et des valeurs pour assurer sa survie. Gacaca est, de ce fait, l'un des moyens que la société rwandaise a mis en place pour assurer cette cohésion depuis l'époque précoloniale, et qui a été récupéré par le gouvernement rwandais après le génocide contre les Tutsi, dans le but d'assurer la justice et rétablir la cohésion sociale.

Par ailleurs, nous nous sommes servi d'une triple approche complémentaire, vue la complexité interdisciplinaire de notre sujet : la description, l'interprétation et l'analyse critique. Les trois approches concernent les faits, le droit et les arguments justificatifs. Le premier domaine de l'étude, constitué des faits, comprend les faits de l'histoire, de la culture et les faits sociaux en tant que tels. Le second concerne le droit. Il s'agit des lois ou d'autres actes juridiques qui rentrent dans le cadre de notre étude. Enfin, il s'agit des arguments rationnels de type philosophique qui les justifient, en les soutenant ou en les rejetant tout en les situant dans leur contexte.

---

[380] ONU, *La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, op. cit.*
[381] Emile Durkheim, *op. cit.*

V.1.2.3. La méthode procédurale et le décentrement du juge

La théorie procédurale développée par les auteurs de l'action appliquée en sciences sociales nous apporte un plus quant à la méthode juridique, étant donné qu'elle vient pour corriger Dworkin concernant la place centrale qu'il accorde au juge.

La théorie procédurale portant sur l'action en sciences sociales se formule en ces termes selon Marc Maesschalck : « La procéduralisation offre une approche du travail en sciences sociales qui permet de retrouver le sens du débat où l'apprentissage de différents points de vue l'emporte sur la défense d'un territoire d'expertise. »[382]

Marc Maesschalck ajoute que : « Cette conception de la délibération démocratique permet de mieux mettre en évidence, dans le champ des interactions sociales, le rôle joué par une délibération décentralisée sur des enjeux de société. »[383]

Appliquée au domaine juridique, l'approche procédurale nous permet de considérer le modèle juridique comme un modèle qui s'obtient par l'approche procédurale de l'action sous forme des débats délibératifs dans la construction des normes juridiques. C'est ce qu'affirme Jacques Lenoble lorsqu'il parle du droit procédural[384], et que nous appuyons à notre tour.

Pour ces auteurs, les débats auxquels tous les acteurs d'une même société politique participent génèrent un système d'action à la fois politique et juridique qui requiert l'accord de tous. Cet accord se situe sur le plan de la construction et de la pratique du modèle normatif. Remettant en cause la place prépondérante du juge dans le jeu de la mise en œuvre du droit telle que l'affirmé Dworkin, la théorie du droit procédural montre que tous les

---

[382] Marc Maesschalck, « Formalismes et théories de l'action. Les enjeux d'une problématique », in *Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit*, UCL, n° 19, 1996, pp. 1-25.
[383] Marc Maesschalck, « Quelle philosophie des normes aujourd'hui ? Gouvernance et apprentissage social », in *Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit*, UCL, n° 138, 2008, pp. 1-30.
[384] Jacques Lenoble, *Droit et Communication : La transformation du droit contemporain*, Cerf, Paris, 1994.

acteurs participent activement dans les débats délibératifs visant la construction et la pratique du modèle juridique.

La méthode procédurale est susceptible de s'appliquer au modèle pragmatique dans l'objectif de l'améliorer étant donné que cette approche permet de l'orienter dans le sens d'un processus des débats entre les acteurs dont l'aboutissement n'est pas défini d'avance. La transformation du pragmatisme juridique en débats clairement définis entre les acteurs rend ce modèle crédible, et la finalité partagée des acteurs réduit l'angle de l'incertitude du pragmatisme. La raison théorique et pratique se rejoignent dans la démarche processuelle et dans la finalité voulue par les acteurs.

Le procéduralisme juridique tel qu'il est mis en évidence par Jacques Lenoble apporte un élément important dans la méthodologie juridique parce que le modèle que nous nous efforçons d'élaborer a pour rôle non seulement de résoudre les conflits au sein de la société par les mécanismes judiciaires classiques des tribunaux et d'autres mécanismes sociaux à inventer, mais il visera aussi deux autres objectifs. Il servira de mesure de régulation des rapports tant publics que civils de la société et de contrôle social. Cet environnement est celui du monde africain.

V.1.2.4. Méthode interdisciplinaire ou pluraliste

La méthode dworkinienne d'interprétation est une méthode qui ouvre au pluralisme méthodologique. Selon Dworkin, l'interprétation est une méthode constructive en ce sens qu'elle vise une meilleure signification du phénomène juridique, c'est-à-dire produire une meilleure compréhension possible des concepts normatifs et des principes de justice.

Cette perspective constitue une ouverture large aux autres méthodes qui visent le même objectif de recherche du meilleur sens possible. Elle se distingue dans ce sens de l'interprétation dogmatique du droit classique qui recherche la signification plus étroite des textes de loi.

Suivant cet angle, l'interprétation dworkinienne est une méthode inclusive. Elle englobe d'autres méthodes appliquées aux phénomènes juridiques, y compris la recherche des sources coutumières encore cachées ou non encore reconnues par la communauté juridique. En ce sens,

l'interprétation constructive n'est pas dissociable de l'herméneutique telle que celle de Gadamer qui vise la revalorisation des traditions culturelles variées y compris les données normatives coutumières.

Ce caractère d'ouverture de l'interprétation de Dworkin constitue, à notre avis, sa grande richesse dans le domaine tant du droit substantiel que judiciaire ou procédural. De cette façon, elle s'ouvre à la méthode pluraliste, plus précisément la méthode interdisciplinaire, et par là elle contribue par sa complémentarité à enrichir plus que d'autres méthodes en droit le champ juridique actuel confronté aux grands défis provoqués par l'évolution accrue des sociétés postmodernes. Elle contribue en même temps à l'enrichissement du modèle gacaca en lui conférant un caractère dynamique pour lui permettre de dégager à la fois le sens vrai du phénomène juridique et de contribuer à une meilleure systématisation des ordres juridiques africains. Ceci implique l'intégration dans ces modèles des sources, principes et valeurs provenant de la culture pour qu'ils aient une meilleure signification.

Dans son aspect méthodologique inclusif, l'interprétation constructive rejoint en le complétant le procéduralisme méthodologique qui met en évidence les mécanismes des débats visant la mise en place des lois et des principes suivant la ligne résultant du consensus collectif de la société politique. Cette convergence méthodologique contribue aussi à rechercher les données culturelles sous la forme de normes qui demeuraient non reconnues ou déformées à dessein par des acteurs du monde juridique passé ou actuel. Pour mettre plus en lumière l'argument précédent, il suffit de donner des exemples des sources que nous avons analysées plus haut, celles de ubwiru, interdits culturels, maximes langagières, etc.

Il convient donc d'affirmer que l'interprétation constructive dworkinienne dépasse du point significatif, le cercle judiciaire ainsi que les actes judiciaires, tels qu'ils ont été toujours conçus par le droit positiviste, en ce sens qu'elle vise l'articulation des sources normatives et l'intégrité des institutions judiciaires et d'autres mécanismes procéduraux et judiciaires tels les enquêtes et d'autres modes de preuves judiciaires.

Dans la perspective du droit positiviste, la signification de la preuve judiciaire est très limitative. En effet, si l'on prend en considération des

actes criminels à caractère de génocide ou autres crimes constatés dans les études actuelles, l'on défie la valeur de la matérialité des faits constituant leur preuve. Ce principe peut aussi s'appliquer au rejet des témoignages comme mode de preuves efficaces comme nous l'avons mentionné dans le cas des juridictions gacaca, où les témoignages ont été presque le mode principal de preuve pour attester les crimes et les méthodes de leur exécution au Rwanda. Il en est de même, aujourd'hui, si l'on considère l'échelle de criminalité facilitée par la technologie actuelle.

La méthode constructive s'avère donc efficace à la fois dans la systématisation des modèles de droit et de justice et leur mise en application pour parvenir à des résultats de justice efficaces. Cette méthode couvre un champ plus large du social.

L'articulation harmonieuse des normes et des principes moraux de la culture aboutit incontestablement au principe d'intégrité des institutions de justice. Nous pensons, enfin, que la compréhension de cette ligne d'ouverture de la méthode dworkinienne contribue à une meilleure saisie de la théorie et de la philosophie du droit qui reconnaissent l'apport réciproque de la morale et du droit.

En conclusion, l'objectif poursuivi dans ce chapitre consistait dans l'effort de parvenir à une efficacité/effectivité des lois pour permettre à la fois la résolution de nos contentieux, mais surtout permettre leur prévention soit en tant que crime ou tout simplement comme désordre social. Parce qu'en Afrique les lois juridiques ne régissent pas la vie nationale de manière à prévoir facilement les conséquences des actes sociaux. Les normes juridiques doivent arriver à gérer les comportements sociaux de manière plus ou moins prévisible. Il faut que la loi prenne la place de l'autorité politique souvent individualisée en Afrique, pour parvenir à une bonne démocratie. Il est souvent observé que le droit occidental laissé par la colonisation et formellement amélioré repose sur un autre type de rationalité, c'est-à-dire celle de la logique mathématico-déductive de type syllogistique qui ne satisfait pas au même critère de raisonnement en Afrique.

Les principes dworkiniens que nous avons pu relever, nous ont servi comme argument clé pour dégager les principes et les valeurs contenus dans

les coutumes et les autres normes culturelles et religieuses de la société rwandaise qui ont d'ailleurs servi à l'adaptation de gacaca traditionnel au droit moderne. Ces principes ont servi à la réappropriation du système judiciaire moderne. La méthode herméneutique juridique devrait combiner l'interprétation constructive de Dworkin et celle du procéduralisme habermassien. Le procéduralisme habermassien tel qu'il est mis en évidence par Jacques Lenoble apporte un élément en plus dans la méthodologie juridique parce que le modèle juridique que nous nous efforçons d'élaborer a pour rôle non seulement de résoudre les conflits au sein de la société par les mécanismes judiciaires classiques des tribunaux et d'autres mécanismes sociaux à inventer, mais aussi ce modèle visera deux autres objectifs. Il servira de mesure de régulation des rapports tant publics que civils de la société et de contrôle social.

V.2. Modèle dynamique africain du droit et de la justice

Le modèle que nous voulons proposer est-il celui du positivisme juridique ou du droit naturel ? Il n'est ni l'un ni l'autre. Il est plutôt un des modèles du droit pluraliste. Ce modèle est ouvert car il inclut plusieurs aspects qui admettent des systèmes, des sources et des méthodes ayant des bases normatives communes, celles de la régulation de la société et de la garantie de l'ordre public, présupposant les moyens de prévention des conflits et un système éducatif de la société. La régulation des relations sociales est un moyen durable de prévenir les conflits au sein d'une société politique et à ses frontières.

Pour le dire plus concrètement, le modèle qui nous intéresse emprunte les caractéristiques du pluralisme marqué d'une certaine manière par un positivisme plus large, comme dira Michel Rosenfeld, « le pluralisme compréhensif », en plus de la théorie d'intégrité de Dworkin, du procéduralisme habermassien et de la théorie constructive de gacaca

Ce modèle évite d'une part le monisme et d'autre part le dualisme juridique, parce qu'il est justement pluraliste. Le monisme se caractérise par son exclusivité, tandis que le dualisme se focalise sur la bipolarisation du

droit. Pour le cas de l'Afrique le dualisme se remarquera par la séparation entre le droit traditionnel ou coutumier et le droit moderne.

Ce modèle est à notre avis un pluralisme constructiviste doublé du caractère délibératif de la société. Comme on le constate, ce modèle se rapproche, tout en le dépassant, du modèle gacaca néo-traditionnel tel qu'il a été expérimenté dans la société rwandaise post génocide. Il est en outre, un modèle qui a pour objectif la décolonisation du droit en Afrique. Le système juridique africain étant celui de l'État, il est donc le reflet du modèle étatique importé de l'extérieur par la colonisation au cours de la période passée, mais aussi entretenu actuellement par les juristes africains eux-mêmes et les leaders politiques africains (Voir Jacques Vanderlinden, *Pluralisme*) et il est difficile de les en détacher (cfr Daniel dos Santos, *La place du droit dans la formation des États en Afrique*). Le devoir ne sera pas uniquement de décoloniser le droit mais aussi toutes les institutions étatiques, car créées par le système juridique issu de ce modèle en question.

V.2.1. Le modèle gacaca néo-traditionnel

Pour pouvoir dégager les éléments caractéristiques du modèle de dynamisme juridique en Afrique, il sied d'examiner d'abord et d'une manière synthétique, les éléments que nous avons pu découvrir dans le modèle gacaca post génocide. Ces éléments servent de point de départ pour envisager le nouveau modèle dynamique. C'est à partir des lacunes que nous constatons dans le modèle précédent (justice gacaca) que nous faisons un dépassement vers l'avant. Ainsi, nous suggérerons des caractéristiques qui complètent ce premier modèle en vue d'élaborer un modèle qui remplit les conditions exigées pour l'Afrique, pour relancer les changements exigés dans le domaine juridique et de la justice pour le monde actuel dans le but de rechercher des voies et des moyens permettant de sortir des crises et de marcher sur la voie de l'évolution suivant un itinéraire fiable.

La phase de sa conception s'est réalisée suivant une méthodologie de mise en œuvre de consultations multiples sous forme de discussions entre les représentants des différentes couches de la société. Ce projet a été soumis aux différentes instances en partant des hautes autorités politiques

jusqu'à l'ensemble de la population en passant par les autres acteurs y compris la société civile, contrairement au schéma classique reconnu à tout autre projet de loi. Ce projet a été initié par les consultations sous formes de débats délibératifs entre les membres de la société et du gouvernement ainsi que d'autres acteurs non rwandais experts dans les matières diverses et invités par le gouvernement en vue d'apporter leur contribution à ce projet.

Sur le plan de sa mise en œuvre, gacaca a fonctionné suivant un processus à travers des juridictions populaires participatives. Ces juridictions populaires ont fonctionné aussi dans un processus à double niveau. Au premier niveau, les séances gacaca réunissaient les habitants d'une cellule administrative locale dans la phase de récolte des informations. Ces séances avaient la forme de débats entre tous les habitants de la même colline ou du même quartier urbain dans le but principal d'éclairer l'événement du génocide dans ses grands aspects et d'apporter les éléments essentiels qui serviront dans les procès dans lesquels la population était à la fois juge, témoin et partie.

V.2.1.1. Nature du modèle

Le gacaca post génocide que nous appelons gacaca néo-traditionnel se définit à partir des éléments essentiels suivants :

Système pluraliste : gacaca post génocide se révèle, après une analyse des éléments qui le constituent, comme un système pluraliste ayant comme présupposés, des sources diverses : lois, principes, valeurs, etc. ;

Visée reconstructive (ou restaurative) : gacaca avait, parmi les objectifs principaux, la reconstruction du tissu social et le rétablissement de la cohésion sociale déchirées par les crises multiples qui ont affecté la société pendant une longue période de son histoire (discrimination ethnique et régionale, règne de l'impunité, mauvaise gouvernance, etc.) et qui ont abouti à l'hécatombe du génocide ;

Procéduralisme méthodologique : au niveau de son élaboration et de sa pratique.

Procéduralisme judiciaire : sur le plan théorique de la loi permettant de concevoir substantiellement des lois et sur le plan pratique, les procédures et

les institutions judiciaires ou les juridictions. Gacaca a joué ces deux rôles sur le plan législatif et judiciaire.

Les lois sur gacaca ont été le fruit de débats importants dans les différentes instances pour parvenir au consensus depuis le parlement, mais aussi à des évaluations continues des services de gestion des gacaca[385].

V.2.1.2. Caractéristiques du modèle

- Souplesse
- Dynamisme
- Rapidité
- Flexibilité

Ces caractéristiques s'appliquent à la fois aux sources et à la méthode d'approche ou la procédure dans sa formation et sa mise en pratique

Le modèle gacaca a puisé dans les ressources du passé culturel rwandais pour résoudre le crime opposant les couches de la société et dont l'ampleur échappait à toute autre solution de justice. La méthode ainsi mise en place était une herméneutique mais qui s'ignorait. Celle-ci a été aidée par les débats délibératifs qui ont généré la loi et les jugements des juridictions.

Ces différentes caractéristiques nous amènent à la réévaluation de ce système gacaca à l'aide de la théorie d'intégrité de Dworkin comme nous l'avons analysée au chapitre deuxième de ce travail. Ce modèle de justice nous a donné le cadre d'appréciation de gacaca au niveau de sa construction et de son application.

V.2.2. La déconstruction du phénomène juridique

Le travail de déconstruction en droit est un apport du pluralisme juridique qui réagit contre le monisme positiviste en établissant les limites

[385] La gestion des activités des juridictions gacaca a été attribuée successivement à la Cour Suprême de justice et par le Service National des Juridictions Gacaca (SNJG).

de celui-ci à partir des questions épistémologiques de ses sources et de sa méthode. Cette remise en question épistémologique résulte d'une nouvelle vision de la science du droit qui change sa vision classique de sa production par l'État et de sa structure formaliste rejetant ainsi la place des individus et des collectivités.

L'apport, avons-nous indiqué, consiste donc à remettre en cause le formalisme du droit positif en proposant un modèle du droit non seulement qui intègre les normes éthico-sociales, mais qui reconnaît la valeur juridique des normes culturelles. Il faut les introduire en les adaptant au contexte dans lequel elles devront opérer, et ainsi renouveler sa place au sein de la société en devenant de plus en plus dynamique et efficace conformément aux exigences, aux enjeux et à la perspective de l'évolution la société sur tous les plans.

V.2.2.1. Le décentrement culturel et juridique

Ce décentrement est la condition pour l'élaboration du nouveau modèle de droit et de justice pour susciter des transformations nécessaires pour l'Afrique unie.

Dans son ouvrage, *Contingence, ironie et solidarité*, Richard Rorty voit d'une manière pertinente l'erreur classique de l'universalisme d'abord philosophique mais qui finit par s'étendre dans les autres domaines du savoir. Il reproche aux auteurs de s'être trompés en envisageant une telle perspective. Il dit ceci :

> Les métaphysiciens s'efforcent de s'élever au-dessus de la pluralité des apparences dans l'espoir que, vue des hauteurs se manifestera une unité inattendue : une unité qui est le signe que l'on a entrevu quelque chose de bien réel, quelque chose qui se tient derrière les apparences et les produit[386].

Le déplacement de l'universalisme en droit est possible.

Pour Rorty, la contingence de toute théorie repose principalement sur la contingence du langage. La théorie s'exprime forcément par un langage humain. Ceci implique que, l'homme situé dans un environnement

[386] Richard Rorty, *Contingence, ironie et solidarité*, Armand Colin, Paris, 1993, p. 89.

socioculturel et historique donné, n'est qu'un individu de telle société, telle culture, telle histoire aussi particulière. La généralisation de cet environnement humain est une erreur, une exagération et une prétention du droit révolue. S'agissant du contexte juridique, ce point de vue de Rorty se manifeste encore plus significativement, étant donné que le droit ne peut être qu'un droit pour une société humaine bien précise et ne peut être transposable sans affecter l'identité des sujets qui le reçoivent. L'expérience la mieux connue qui nous donne plus d'illustration est celle de la colonisation. L'aboutissement de l'imposition du droit métropolitain est l'aliénation des populations colonisées dont les séquelles de la domination ne sont pas encore effacées aujourd'hui. Ces sociétés les vivent au quotidien par des conflits et des guerres qui trouvent leur origine dans le passé colonial et qui seraient évités sans ces traces que l'on ne cesse de déplorer[387].

Le décentrement dont il est question ici se situe dans un effort de transcender un penchant ethnocentriste qui caractérise chaque société politico-culturelle. Dans cette société on trouve souvent, si pas toujours, une tendance à généraliser ou à percevoir les choses sous le prisme de sa culture ou de son système juridique. L'anthropologie juridique nous en convint suffisamment[388].

V.2.2.2. Révision des concepts et du langage

La question du langage est le point clé de la théorie de Rorty. Ce qui fait la contingence des théories dans les différents secteurs du savoir c'est le langage, phénomène social toujours situé dans une aire culturelle donnée. Malgré le contexte actuel de la globalisation du monde, le langage demeure une réalité située dans un environnement social particulier.

---

[387] Nous faisons ici référence au génocide au Rwanda qui est l'aboutissement de ce passé colonial et dont la gestion des conséquences est sans cesse un lourd fardeau pour le gouvernement rwandais et sa population. Parmi les conséquences se trouve la justice qui nous intéresse dans ce travail, mais aussi la tranche de la population faite des rescapés du génocide qui ont des séquelles psychologiques difficiles à soigner.

[388] Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, *op. cit*.

L'on ne donne que les interprétations du monde résultant de nos ressources langagières. D'où la négation d'un rationalisme pur qui conçoit la réalité dans son essence, indépendante de limitations particulières de notre manière de la comprendre à travers les expressions langagières. Selon Rorty les théories sociales n'échappent pas à ces préjugés. Si la connaissance que nous avons de la société est une série d'interprétations que nous pouvons faire de la réalité, la théorie universaliste est alors un ensemble de préjugés qui exige une révision fondamentale. Il s'agit d'une théorie pragmatiste qui s'avère plus ou moins adaptée au contexte du monde social actuel.

André Berten et Jacques Lenoble rejoignent Rorty en disant ceci :

> En effet, le sens se constitue au sein de multiples jeux du langage qui sont autant de formes de vie, de "praxis vitales" qui préconstituent en quelque sorte le sens que le mot attribuera aux choses [...]. Le langage comme lieu du sens est inscrit dans la praxis vitale d'où est issue la multiplicité des formes de vie constitutives des jeux de langage particuliers[389].

Ce n'est pas uniquement une manière d'utiliser les mots mais cela renvoie à la praxis en tant que forme de vie. D'où le langage ne serait pas considéré comme isolé du contexte d'usage et même de la production.

Nouvelle construction normative du droit

Après avoir opéré ce renversement des choses, l'on peut alors envisager une nouvelle perspective de construction normative du droit dans un sens réaliste. Le droit, d'une façon particulière, est un produit des concepts dans un langage aussi particulier, celui du formalisme juridique. Le courant « Critique du droit », développé en Europe dans les décennies passées et le « Critical Legal Studies », développé aux États-Unis, appuient notre thèse d'une révision du dogmatisme juridique longtemps soutenu dans la doctrine du droit, surtout le droit français. Mais le dogmatisme juridique est en passe de perdre son crédit dans le monde juridique actuel.

Ce formalisme devrait être le langage d'un droit particulier dans un sens réaliste, mais le positivisme juridique en a fait un langage universel à tout

---

[389] Jacques Lenoble et André Berten, *Dire la norme : Droit, politique et énonciation*, Bruylant, Bruxelles, 1990,

droit digne de ce nom. Ce qui vient d'être discuté pourrait convaincre plus ou moins suffisamment pour apporter des correctifs à cette tendance de généralisation digne susceptible de balises. La conception du droit en Afrique doit tenir compte de deux choses.

V.2.2.3. La vision africaine de la justice

La vision africaine de la justice s'inspire de la vision de l'homme, du monde et des choses des Africains. Cette vision africaine se retrouve exprimée dans des documents différents sur l'Afrique. Il ne faut pas avoir la prétention d'une vision africaine structurée dans une pensée systématique comme on en trouve dans le monde occidental. Il faut la chercher dans les documents anciens oraux et écrits sur l'Afrique et son peuple. La vision africaine du monde souligne la dimension de la justice exprimée sous une forme implicite.

Joseph Nambo John, parlant de la justice coloniale dit ceci :

> La réflexion doit porter d'abord sur ce qui se caché derrière ce patrimoine judiciaire, c'est-à-dire qu'au-delà de la simple lecture des institutions judicaires, il faut percevoir la vision du monde qui sous-tend l'infrastructure judiciaire coloniale reprise par les États africains indépendants. Pour comprendre sa cohérence interne, donc celle du système judicaire africain actuel, l'approche institutionnelle celle ne suffit pas ; encore faut-il la combiner avec la démarche anthropologique qui, elle, a le mérite d'aller au-delà des référents idéologiques coloniaux.[390]

Le droit objectif a fait ses preuves en son temps, dans la sauvergarde de de l'intégrité de l'Etat et la protection de ses propres intérêts. Quant au contexte colonial, les Etats colonisateurs se sont servi du droit positiviste comme d'un outil précieux, pour imposer et maintenir leur domination sur leurs anciens territoires coloniaux, et ont, ainsi, créé des ruptures dans le parcours normal des peuples colonisés vers leur destin de nations libres. Le temps est désormais révolu, où l'émancipation contre le joug longtemps

[390] Joseph John-Nambo, « Quelques héritages de la justice coloniale en Afrique noire », *op. cit.*, pp. 325-343.

justifié par les anciennes théories juridiques, est désormais chose acquise, et même se veut, de plus en plus, une exigence de respect des droits humains, par les Etats qui revendiquent le statut d'Etat de droit**.**

V.2.2.4. La pratique juridique interne de l'Afrique

Il s'agit d'une justice qui s'applique en Afrique suivant l'inspiration coutumière ou qui se dégage de l'esprit de lois selon la compréhension africaine de l'homme, de ses relations avec les autres, avec les choses et avec le monde physique. Il y a là toujours une dimension visible et une dimension invisible pour les Africains, inspirée d'ailleurs ou de leurs traditions.

Le conflit en Afrique est compris comme une maladie sociale de nature éthico-religieuse qu'il faut soigner pas la thérapie de la conciliation entre les groupes dont appartiennent les individus en conflit plutôt que de trancher un litige à la manière du droit moderne.

> En effet, à chaque fois qu'éclate un conflit conçu comme une maladie sociale, diverses forces entrent en jeu : les forces du visible, les vivants qui souffriront nécessairement de ce malaise lequel malaise se répercute sur les forces de l'invisible et les ancêtres qui animent activement la société globale.[391]

Le pouvoir judiciaire en Afrique précoloniale est inséparable des autres pouvoirs tels que le pouvoir politique et religieux. Le juge était aussi soit un chef politique ou un chef religieux suivant le poids de la religion que la société en question possède. Ceci montre l'importance attachée à la justice qui ne peut être soit déléguée ou être confiée à n'importe quel membre de la famille ou du quartier étant donné que ce devoir est un devoir sacré de la société qui doit être exercée par une personne reconnue et respectueuse des coutumes et des mœurs de la société. Cette situation est générale pour la majorité des pays africains précoloniaux[392].

---

[391] *Ibidem*.
[392] *Ibidem*.

Un regard sur l'histoire récente de la colonisation en Afrique, prouve que la justice africaine n'est pas directement le fruit des Africains eux-mêmes. Celle-ci est plutôt commandée par les pays colonisateurs, en se référant à la nature des constitutions et des institutions du dit continent. La justice actuelle est un héritage non encore maitrisé, malgré plusieurs décennies après la colonisation africaine. Aussi bien les constitutions que des autres lois, ne reflètent pas la nature des pouvoirs ou des structures sociales, politico-économiques africaines. Lavroff Dmitri nous le montre clairement :

> L'action exercée directement par l'ancienne puissance coloniale est la forme la plus nette de cette influence externe. L'adoption des textes constitutionnels par les États francophones d'Afrique noire, fut, tout d'abord, directement commandée par l'ancienne puissance coloniale. Les territoires français d'Outre-mer ont été amenés à se prononcer sur un texte constitutionnel à l'élaboration duquel ils n'avaient que très faiblement participé(.). D'une part, le principe de l'organisation constitutionnelle du pouvoir politique était imposé aux nouveaux États par la force des choses. D'autre part, la forme des constitutions qui devaient être adoptées par les États membres de la Communauté était largement prédéterminée(.). Il en fut de même pour les anciennes colonies belges[393].

Comme il apparaît dans cette citation, les États africains n'ont choisi ni la ligne politique qu'ils devaient suivre ni le type de droit qu'il fallait adopter. Tout était commandé à la fois par la fragilité de leur pouvoir politique au sortir de la colonisation et le manque de maîtrise de la culture politique étrangère imposée. Le droit, dans ces conditions, ne pouvait être autrement qu'un prêt-à-porter. Le résultat de cette situation est l'acculturation qui se manifeste parfois comme un pluralisme ou parfois comme une domination du droit étranger sur le droit autochtone.

---

[393] Georges Lavroff Dmittri, *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire. Les Etats francophones*, Pedone, Paris, 1976, p. 205.

V.2.3. Élaboration du nouveau modèle juridique

V.2.3.1. Nature et caractéristiques du modèle

a) Nature du modèle

Le modèle qui fait l'objet de notre étude est un modèle pluraliste et dynamique. De fait, l'interdisciplinarité du savoir scientifique n'est pas un phénomène étrange dans la recherche universitaire. Notre travail, dans le cas d'espèce, appelle cette interdisciplinarité qui inscrit notre modèle dans la ligne du droit en construction. Il s'agit du modèle de gacaca dans sa nature, mais amélioré dans le but d'adapter la justice aux structures socio-juridiques et culturelles de la société. De cette façon, le modèle pourra exploiter les valeurs et les principes de la morale culturelle et sociale de la même façon que la loi. C'est là l'apport de la théorie de Dworkin.

Ce modèle est le résultat de notre analyse en partant du modèle rwandais de justice gacaca modernisée ou réinventée. Il doit reposer à la fois sur la loi et sur la jurisprudence (qui se base principalement sur les sources réelles du droit : sources coutumières, éthiques, sociales, religieuses, etc.). En concevant le système de droit sous cet angle, c'est donner du poids à la jurisprudence, c'est-à-dire au droit qui repose sur les précédents judiciaires, plus qu'à la loi. Ceci signifie que gacaca, système de droit africain, doit être un système jurisprudentiel plutôt que législatif. De cette façon, il exploiterait les sources matérielles ou les sources réelles de la même façon que les sources officielles.

b) Caractéristiques du modèle

Le nouveau modèle inspiré de notre analyse de gacaca réinventé en rapport avec notre travail doit avoir les caractéristiques suivantes :

- Devrait être un système ayant une structure normative sous forme de loi législative : c'est le résultat de gacaca réinventé, post génocide ;
- Devrait se fonder sur des principes moraux fondamentaux enracinés dans la société ;

- Devrait être contextuel, c'est-à-dire tenir compte des transformations sociales de la société concernée suivant le temps, dans son ensemble ;
- Devrait promouvoir à la fois les droits (libertés et devoirs) individuels et collectifs ;
- Devrait se fonder sur les aspirations démocratiques d'une société politique pluraliste et dans un État de droit (tout en tenant compte des valeurs religieuses, culturelles, éthiques, etc.) ;
- Devrait s'ouvrir au dialogue avec d'autres modèles existant ailleurs, dans les autres sociétés d'univers culturels différents ;
- Devrait se fonder sur la méthode d'interprétation constructive.
- Ce modèle devra être dynamique en ce sens qu'il s'efforcera continuellement de recueillir des sources moyennant une méthode efficace et adaptée à cette entreprise. C'est la méthode d'interprétation constructive, selon Dworkin.
- Le modèle du droit en question n'est pas seulement dynamique, mais il devra être plus créatif et inventif à la fois du point de vue de la mise en œuvre d'outils méthodologiques et d'intégration de nouvelles sources normatives récupérées de diverses sources historiques.

V.2.3.2. De la pluralité à la modélisation

Nous partons d'une pluralité des savoirs comme nous l'avons annoncé dans l'introduction de ce travail pour aboutir au résultat de cette pluralité des données réunies dans une synthèse qui constitue le modèle dynamique du droit africain. Il pourrait paraître comme une gageure qui obligerait à rassembler dans une même orientation des outils d'analyse hétérogènes provenant d'horizons aussi différents des savoirs scientifiques. Mais c'est l'aboutissement obligé de notre choix de départ. Il s'agit plutôt d'une perspective méthodologique et épistémologique qui oriente et renforce notre recherche.

Le modèle en question, se veut une richesse plutôt qu'un appauvrissement qui proviendrait d'un assemblage d'éléments incohérents. Notre approche prouve notre attachement à une ligne logique et cohérente

que nous avons suivie dans ce cheminement.. Du droit à l'éthique, de l'histoire à l'anthropologie et à la sociologie, l'on a abouti à un modèle du droit et de la justice rwandaise qui reprend les éléments du fond et de la forme en vue de parvenir à élaborer un modèle pluriel.

La justice dont il est question comme finalité de ce modèle est celle de la restauration de l'ordre social brisé par des crises diverses, à partir d'une régulation adéquate de la réalité sociale ainsi que de la mise en place des mécanismes judiciaires et des moyens non judiciaires de résolution des conflits. Ces deux facteurs de la justice doivent avoir comme présupposés les situations socio-politiques, culturelles et historiques de la société visée par ce modèle. L'interdisciplinarité permet d'entrevoir une méthode qui combine des approches méthodologiques variées en vue de l'objectif commun de rendre le droit juste. Les différentes méthodes annoncées se résument dans une seule et unique méthode, celle de l'interdisciplinarité.

a) Ressources culturelles

Le modèle de justice gacaca nous a permis de comprendre que chaque société a ses ressources culturelles propres dans lesquelles elle est appelée à puiser des moyens susceptibles de faciliter ses innovations dans les secteurs multiples de la société nationale. Il suffit que la société politique se donne des objectifs et mette en place les moyens nécessaires tout en maintenant une volonté ferme et éclairée sur ces moyens et objectifs visés.

b) Méthode interdisciplinaire

C'est le point central de notre travail. Il faudra parvenir à envisager notre théorie sous cet angle, qui combine une diversité de disciplines en vue d'un but commun celui de la justice. Si, comme nous l'avons annoncé dans notre introduction, le droit est un moyen alors que la justice est sa finalité, nous devons au bout du compte établir une relation entre les deux, et c'est justement le but de notre thèse. Le droit devra servir la justice au sens le plus complet du terme et c'est là le sens du modèle à proposer : celui qui rend le droit juste.

Ceci signifie que le droit doit se concevoir dans le sens où il devient capable de transformer ses principes antérieurs en vue d'une justice

adéquate, digne de la société dans laquelle il s'applique. Le droit est l'une des sciences sociales et son objet est celui du phénomène social et non la norme ou la régulation de la société qui est un objet secondaire.

Nous avons attaqué notre objet-cible sous l'angle des sources et des méthodes, ce qui, par ailleurs, est une question essentiellement épistémologique, mais qui va au-delà du droit et embrasse justement le champ interdisciplinaire du savoir (dans lequel nous avons inclus l'histoire, l'anthropologie, l'éthique, le droit, etc.).

Notre but est de proposer un modèle théorique du droit qui soit au fondement de la justice au Rwanda, un droit qui repose sur les sources plurielles du droit à visée commune, et non uniquement sur les lois édictées par l'État. La théorie d'intégrité construite autour des sources et de la méthode que Dworkin propose pourrait inspirer, en partant de notre contexte spécifique, un modèle qui ne relève pas uniquement ni de la culture, ni du droit positif, mais qui fait la synthèse des deux pour permettre une justice à la fois enracinée dans la culture et orientée vers la modernité actuelle dans le Rwanda contemporain. Il s'avère que le contexte rwandais aujourd'hui, compte tenu de sa longue période de l'histoire marquée par une série de crises, n'est pas favorable à la réception du droit positif à l'occidentale. Il faut un réexamen plus approfondi tant dans la justification que dans la pratique du droit pour tenter de dissiper ces crises à l'aide de la réglementation de la société. L'effort que le gouvernement s'efforce d'accomplir dans le domaine des politiques publiques[394] exige aussi d'autres efforts inventifs pour aller plus loin dans l'éradication des crises du passé que finalement l'on considère comme étant des crises ataviques.

[394] Le gouvernement essaie de se réapproprier le passé en l'intégrant dans les domaines divers des politiques publiques. Ici on peut citer quelques exemples tels que : *imihigo* que l'on traduit par le contrat de performance, *ubudehe* ou l'entraide sous forme de mutuelle de santé et d'autres mécanismes publics d'entraide, *ingando* ou l'éducation à la citoyenneté, *umuganda* ou le travail communautaire, etc. Ses politiques sont puisées dans la culture rwandaise précoloniale. Ces politiques ont permis au gouvernement actuel de surmonter beaucoup d'obstacles en essayant d'enraciner les pratiques que l'on retrouve dans l'ethos de la population. Cela évidemment est facilité par le fait que le Rwanda est habité par un peuple ayant une même culture, une même langue et des coutumes et us communs.

V.2.3.3. Modèle pour une justice communautaire

Il s'agit du renouvellement une fois de plus de la problématique du modèle que nous avons envisagé depuis notre point de départ. En effet, les normes juridiques qu'il faut élaborer doivent contribuer à la mise en place de la justice communautaire qui est une justice adéquate à la société rwandaise selon sa culture et son histoire. La société rwandaise est une société comprise au sens d'une société communautaire. Les valeurs et les principes (et les lois coutumières) de la culture rwandaise sont essentiellement communautaires.

Le cadre théorique pour élaborer ce modèle du droit communautaire est celui de Ronald Dworkin. La théorie dworkinienne repose sur le réexamen des sources et de la méthode juridique en vue d'un droit qu'il appelle droit-intégrité. Ce modèle dworkinien du droit-intégrité est essentiellement un modèle qui repose sur la pratique juridique, c'est-à-dire axé sur le travail du juge. Cette pratique juridique consiste justement à interroger les éléments constituants comme modèle centré sur l'activité du juge. Ces éléments sont donc les principes de justice et la méthode constructive.

Pour Dworkin, les sources du droit sont à la fois des lois législatives et les principes de justice. Rejetant les théories antérieures largement positivistes, Dworkin construit sa théorie du droit-intégrité, qui repose sur une vision renouvelée des sources juridiques et de la méthode qu'il faut appliquer. Concernant la méthode, pour permettre la découverte ou la mise en évidence des principes de justice, Dworkin propose la méthode d'interprétation constructive, comme étant plus efficace pour servir au juge dans les tribunaux habitués à user du pouvoir discrétionnaire en l'absence des lois et des précédents judicaires et confronté aux cas difficiles. Ces principes de justice ou principes moraux de société permettent aux juges de la Cour suprême de justice américaine l'appréciation des politiques publiques et des stratégies politiques américaines.

Le droit communautaire coutumier gacaca repose sur la revalorisation sociale de ses valeurs-piliers qui sont : l'unité, la cohésion sociale, la réconciliation et l'intégration sociale de ses membres. Les sources juridiques de gacaca sont les lois et les principes culturels (lois coutumières

et les valeurs morales). Les lois et les systèmes des tribunaux à élaborer suivront le modèle communautaire du droit gacaca.

Gacaca est un système de droit rwandais construit/élaboré à partir du droit coutumier et ainsi parvenu au standards d'un droit acceptable pour notre époque. Nous terminerons par des critiques à l'endroit de gacaca comme un système encore en construction qui demande des améliorations pour le renforcer mais aussi lui permettre de jouer le rôle de modèle pour l'évolution du droit en Afrique aujourd'hui.

> L'individu, dès sa naissance, appartient à une communauté, qui le précède, lui confère une part essentielle de son identité, et à l'intérêt de laquelle sa liberté subjective est au moins partiellement subordonnée. La communauté politique, à laquelle appartient l'individu, n'est pas le produit d'un contrat social abstrait, aux clauses universelles, dictées par une raison abstraite. Chaque communauté jouit d'une personnalité propre, d'une identité spécifique, qui s'incarne dans une forme de vie particulière (éthos) et développe un projet politique qui reflète le but de la communauté, sa raison d'être ou son destin. L'éthique et le destin de la communauté s'ancrent dans une tradition historique, qui lui donne sa consistance, sa légitimité à laquelle les institutions et les membres de la communauté se réfèrent constamment pour déterminer, dans un souci de continuité et d'accomplissement, le sens de leurs actions.[395]

En ce qui nous concerne, la théorie de la justice communautaire vise à remettre en question le modèle individualiste existant du droit. Elle propose d'introduire des sources nouvelles ou renouvelées qui sont des principes moraux et des lois coutumières de la société rwandaise, comme soubassement dans la construction des lois législatives et leurs moyens d'applications (procédures et structures de juridictions) en rapport avec le droit dans sa forme substantielle, matérielle et procédurale ou judiciaire.

La définition des faits considérés en tant qu'infractions et leurs sanctions, mais aussi la définition du contenu des contrats, doivent se fonder sur les mêmes bases de visée de la bonne communauté. Les valeurs éthiques qui sous-tendent cette visée de la bonne vie dans la société rwandaise sont relevées une fois encore par Jean-Luc Galabert : unité, intégrité,

---

[395] Benoit Frydman, *Transformations du droit moderne. Introduction aux grands courants de la pensée juridique*, Kluwer, Diegem, 1999, p. 64-65.

réconciliation, intégration des membres de la société punis comme infracteurs, etc.

Le génocide perpétré au Rwanda a pour cause la rupture des valeurs-piliers de la culture constitutive de la société rwandaise, conséquence de la colonisation. L'univers culturel où se vivent ces valeurs de la culture traditionnelle est celui de l'armée sociale (explicitée par Alexis Kagame). La vision traditionnelle rwandaise de l'armée sociale est susceptible d'inspirer la théorie communautaire du droit rwandais aujourd'hui.

La méthode d'interprétation dworkinienne pourrait se préciser dans une relation de dépassement de la méthode de la phénoménologie herméneutique ricœurienne.

a) La conception décentralisée de la justice : les sphères de justice

À partir de la mise en évidence des sources et de la méthode ainsi conçues, nous aurons élaboré le modèle communautaire du droit et de la justice gacaca comme modèle capable et efficace pour renouveler le droit rwandais en construisant une société juste et démocratique. Le droit africain et rwandais doit se concevoir sous l'angle comparatif et complémentaire pour ouvrir plus ses horizons et bien s'inscrire dans le champ du droit pluraliste.

> Le droit d'un peuple exprime l'esprit de ce peuple (Volksgeist). Il est le produit de son histoire et le moyen de perpétuer l'existence de la communauté, de resserrer les liens entre les membres, en protégeant les valeurs propres qu'elle s'est donnée[396].

Le regard sur la justice décentralisée, nous amène suivant notre ligne de recherche à une conception de la notion de sphères de justice différemment de la manière de celle de Michael Walzer[397]. Notre conception a un double niveau : celui de la construction théorique de la notion de justice sous l'angle des sphères ou d'une multiplicité d'instances de la justice, et le

---

[396] *Ibid.*, p. 65.

[397] Michael Walzer, *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité*, Seuil, Paris, 1997. Nous avons emprunté le concept de sphères de justice chez ce philosophe qui, pour sa part, s'oriente dans la ligne de la philosophie politilique.

niveau pratique où ces sphères sont comprises comme des cadres d'exécution de cette conception de justice décentralisée. Au lieu d'élaborer des instances judiciaires à la manière des Comités des Conciliateurs ou des *Inteko z'Abunzi* (en Kinyarwanda), nous essayons de concevoir des modes de justice à l'échelle locale de la société. La justice décentralisée, ici proposée, aurait pour contribution :

- Ce modèle de justice pluraliste et locale suivant le niveau de son fonctionnement vient corriger la rigidité de la justice classique tant pénale que civile et même commerciale.
- Il favorise la responsabilité des citoyens par la prise en main de la gestion et la résolution de leurs conflits.
- Il contribue au renforcement du vivre ensemble au sein de la société et à l'établissement des liens sociaux solides
- Il favorise aussi la participation à la création du droit par le système jurisprudentiel simple et diversifié.
- Ce modèle de justice revitalise la culture dans la gestion des litiges des citoyens appartenant à cette culture commune.
- Il contribue à la libération de la parole par le dialogue et permet une reconstruction psycho-sociale du groupe.
- À partir des débats délibératifs ce mode de justice contribue à l'éducation de la société par la mise en pratique des valeurs de la société et par la prévention des conflits possibles.

Le modèle proposé par notre étude réunit deux visées essentielles et complémentaires. Il s'agit d'abord de la visée épistémologique. Celle-ci s'intéresse à la problématique de la recherche des sources de justice et à la mise en pratique d'autres comme sorte de test dans le but de les réhabiliter comme nous l'avons mentionné dans l'introduction de ce chapitre. Il vise, dans ce même volet épistémologique, la recherche et la mise en pratique d'une méthode susceptible de contribuer à la construction du système juridique adapté aux contextes de la société. La deuxième visée est celle de la justice. Ce modèle constitue une tentative d'élaboration de la théorie juridique visant une justice reconstructive et efficace de la société. Celle-ci est en contradiction avec le modèle

classique de justice qui vise la sanction comme finalité de l'application de la loi.

Ces deux piliers du modèle que nous essayons d'élaborer sont, à notre avis, susceptibles d'aider l'Afrique et le Rwanda en particulier à sortir du cercle des conflits interminables et à bâtir des sociétés de citoyens responsables et fiers dans le but d'avancer vers leur propre destinée et celle de leur nation. Le modèle a comme condition le pragmatisme juridique motivé par une vision favorable de la réussite dans sa mise en application.

Trois motifs justifient le pluralisme juridique en Afrique. D'abord, le droit africain se décompose en droit autochtone ou coutumier, droit importé de la colonisation et du droit hybride résultant d'une synthèse non cohérente des deux modèles précédents. Pour bien repérer cette incohérence, il faut s'imprégner de ces deux modèles sans quoi la compréhension des failles inhérentes à cette synthèse ne sera pas suffisamment perçue. Ensuite il faut comprendre les bases du droit fondant le système juridique colonial et son mode d'introduction pendant l'époque coloniale dans les sociétés colonisées. Enfin, saisir l'incompatibilité tant dans le contenu que dans le fonctionnement du droit colonial. Ceci conduit à percevoir les limites du droit actuel opérant en Afrique et le besoin d'une remise en question profonde dans le but d'une reconstruction du droit africain conforme aux structures sociales de ce continent et des perspectives de la gouvernance démocratique durable.

Il est important de préciser que le caractère réformé de gacaca résulte de sa formalisation, d'abord dans la constitution et ensuite dans des lois organiques, c'est-à-dire le droit de contenu culturel coulé dans le moule moderne de droit, en tant que loi organique prévue par la constitution rwandaise et comportant des juridictions caractéristiques du droit judiciaire moderne.

b) Facteurs linguistiques et modélisation juridique

La problématique linguistique est aussi l'une des conditions essentielles du modèle juridique dont la société rwandaise et africaine a besoin. Pour atteindre ses objectifs à l'aide des moyens envisagés, la société est aussi

obligée d'entrevoir les capacités linguistiques qu'il faut mobiliser. Il s'agit de s'interroger sur les outils linguistiques et conceptuels nécessaires et pertinents pour parvenir à modéliser la justice et le droit. L'on constate, à partir des expériences diverses, le blocage provenant de ces outils si l'autorité politique et la société dans son ensemble n'y attachent pas une grande importance. La quasi-totalité des pays africains post-indépendance sont victimes de crises liées aux langues héritées de la colonisation, qu'elles n'ont ni maîtrisées ni abandonnées pour des motifs de choix justifiés. L'argument pour soutenir la nécessité d'un approfondissement des facteurs linguistiques se trouve renforcé une fois de plus par le contexte du Rwanda engendré par le génocide.

Les facteurs linguistiques se révèlent particulièrement intéressants lors qu'on analyse les arènes du génocide et la complexité des situations que devaient scruter les juridictions gacaca. Nommer, en des termes précis, des instruments du crime (objets utilisés dans les massacres, etc.), scruter les expressions langagières des médias, les discours des autorités politico-administratives et d'autres différents leaders des groupes privés et religieux, exige d'avoir une connaissance linguistique suffisante.

L'on constate clairement la nécessité d'un réexamen de la problématique linguistique au Rwanda et ailleurs en Afrique. Les langues parlées par la majorité des Africains sont en opposition avec ce que les autorités appellent les langues officielles. Les créations linguistiques et autres outils conceptuels nécessaires aux progrès multiples de l'Afrique sont empêchés par le manque de capacités d'expression d'une façon digne et responsable des réalités africaines. C'est la condition du dépassement des ruptures multiples de l'histoire africaine et de l'affranchissement de l'héritage colonial non choisi et non assumé.

Le droit devra être l'image que reflète le corps social en Afrique. Tout comme en Afrique il n'existe pas au sein d'une même nation un dualisme social tranché (la société traditionnelle et la société moderne), de même, il ne peut y avoir dualisme juridique (un droit traditionnel et un droit moderne). Ceci serait une contradiction face au projet d'évolution et d'intégration de structures multiples tant sociales que politiques, économiques et juridiques dans l'Afrique d'aujourd'hui.

Le but est d'examiner le système de droit pour repenser une justice légitime et efficace. Le droit doit répondre aux critères d'un droit juste. Il s'agit du droit fondé sur les principes de la justice, dont les lois et les institutions satisfont à la condition de la justice, c'est-à-dire d'une justice équitable. Les exemples dans l'histoire de l'humanité, à l'instar du droit nazi, montrent que tout droit ne remplit pas le critère d'un droit juste.

c) Articulations des ordres normatifs et institutionnels

Comment les normes coutumières peuvent-elles devenir des lois du droit positif moderne sans bousculer les mœurs et les comportements du peuple concerné ?

En d'autres mots, peut-il y avoir articulation entre les ordres coutumiers et le droit étatique ? À quelle condition ?

La constitution rwandaise exprime dans son article 11 en ces termes le principe de la culture comme source des solutions endogènes :

> En vue du développement national, de la promotion de la culture et de la restauration de la dignité, les Rwandais, se basant sur leurs valeurs, mettent en place des mécanismes de solutions endogènes en vue de résoudre des questions qui le concernent[398].

Ce principe trouve son illustration, à notre avis, dans le domaine de la justice, surtout la justice gacaca pour résoudre la crise récurrente illustrée par des discriminations ethniques et l'impunité depuis la période coloniale jusqu'au génocide. Résoudre les conflits récurrents au Rwanda exige de repenser en profondeur le système de droit et de justice pour une meilleure reconstruction de la société à l'aide d'une bonne contextualisation des faits et du droit.

Cette articulation pourrait être un apport très important au droit africain. Elle permettrait d'enrichir les droits africains par des héritages culturels qui constituent l'élément majeur des normes juridiques et morales qui régissent la vie quotidienne en Afrique. Si ces héritages parviennent à être récupérés et intégrés dans la sphère du droit africain, ils permettront au droit d'obtenir sa légitimité. Les institutions africaines de justice seront cohérentes et les

[398] Constitution de la République du Rwanda, *art. 11, op. cit.*

actions des sociétés et des gouvernements que ce droit et ces institutions régissent pourront être beaucoup plus profitables. Étant intégrés dans le schéma mental des populations, ces héritages pourront dans ce sens gérer des actions au sein de la société politique pour supprimer les contradictions entre ce qui est conçu et planifié et ce qui est effectivement réalisé, qu'ils soient des projets étatiques ou autres.

Par ailleurs cette politique juridique permettrait aux citoyens de participer à la chose publique d'une manière active et aisée. Les contradictions et les juxtapositions des systèmes divers et incohérents des institutions des normes juridiques et des institutions publiques aboutissent au désintéressement des citoyens, et ainsi les rend étrangers aux affaires publiques dont ils sont supposés être à la fois producteurs et destinataires.

d) Intégration des normes et institutions à travers le processus délibératif

L'État à lui seul ne peut parvenir à cette réussite d'harmonisation de ces deux niveaux des ordres sans faire participer tous les acteurs de la société. Il faut qu'il y ait un processus délibératif. C'est la condition d'une réalisation harmonieuse d'un équilibre légitime qui n'est pas perçu comme un passage d'une phase à une autre, d'une société coutumière à une société moderne sur le plan juridique. Il faut qu'il y ait plutôt le phénomène d'intégration que celui uniquement de passage.

Cette intégration s'opère surtout dans les secteurs constituant le creuset de la vie nationale : le développement surtout de la technologie et d'autres éléments de la modernité tels que par exemple l'éducation, les conditions favorables des soins de santé, l'habitat confortable, les moyens de transport et de communication faciles. Ces conditions poussent à la formation d'agglomération des habitants sous forme de centres urbains. Il en résulte alors des structures socio-politiques et économiques nouvelles qui engendrent des rapports sociaux nouveaux. D'où la conception de nouvelles normes pour régir des rapports nouveaux de la population. Il se produit dans le même temps des mentalités (mœurs nouvelles) qui appellent une nouvelle réglementation des rapports sociaux. Mais naît aussi le besoin de nouvelles institutions qui assurent le maintien du bien-être des individus. Voilà

pourquoi se manifeste le besoin de changement de la société sur plusieurs plans et la naissance de normes nouvelles résultant de contextes socio-culturels et politiques nouveaux. Il faut de nouvelles infrastructures de base : écoles dotées de nouveaux équipements, centres sanitaires équipés selon les besoins nouveaux de la société, routes améliorées, etc.

Tous ces facteurs nécessitent une nouvelle réglementation juridique et des institutions adaptées aux rapports sociaux nouveaux et aux besoins des individus. Les besoins se diversifient : les besoins primaires cèdent la place aux besoins secondaires d'un autre ordre (besoin d'expression, d'information et de communication), le respect des droits humains, les transactions économiques et commerciales à l'échelle nouvelle. Le système classique de production des normes juridiques se transforme. Il y a l'intérêt de participation à la gestion de la chose publique. D'où la nécessité de la démocratie sous forme de processus délibératif à travers des débats publics où il y a échanges argumentés des points de vue et consensus dans la prise de décision. On passe d'une société moins complexe à une société plus complexe, de la société traditionnelle à une société moderne.

Il y a aussi le changement de la législation juridique. Mais il faut à la base les principes éthiques de la culture sur laquelle se construisent les normes juridiques pour qu'elles soient légitimes et efficaces pour être applicables. Le Rwanda fait un effort dans ce sens, mais ces efforts devraient être soutenus par des recherches plus engagées qui éclairent l'État dans ces politiques dans le but de concilier les buts et les moyens de manière à parvenir à une harmonie entre le développement et les valeurs socio-culturelles de la société.

Ce phénomène de transformation des sociétés a eu lieu aussi dans beaucoup d'autres pays africains. La question est celle du droit qui n'a pas tenu compte des contextes locaux et a transposé des textes légaux des pays métropolitains sans processus d'intégration des lois coutumières ou de réaménagement du droit coutumier et des institutions judiciaires et autres, conformément aux structures sociales nouvelles et aux besoins nouveaux des individus. Cette nécessité se fait surtout sentir depuis la décolonisation et au fur et à mesure que les pays africains s'urbanisent. Il s'agit d'étudier le rapport entre le développement et le droit dans les pays africains. Le modèle

juridique à proposer pourrait s'inspirer d'autres modèles qui ont existé ailleurs. La seule difficulté est que la crise du droit est une crise de la nature du droit dans son fond qui se remarque même dans les pays de longues traditions juridiques.

Ces mêmes problèmes se posent dans les pays africains en processus d'urbanisation, avec d'autres facteurs qui méritent d'être examinés en conformité avec le cadre contextuel des pays concernés.

V.2.3.4. Le rôle de l'État et le facteur contextuel : le pragmatisme rwandais

Le rôle de l'État dans le contexte juridique est de susciter la participation des différents acteurs sociaux. Il rassemble des opinions en vue de provoquer des débats délibératifs. Il tient compte de la contextualisation des lois à travers des principes exprimés dans le modèle constitutionnel, lui aussi contextualisé. Il n'est pas l'unique producteur des normes juridiques, mais il suscite et coordonne des actions collectives des citoyens à travers des institutions qui reflètent la nature de la société et les identités citoyennes.

En effet, la vision politique rwandaise que nous avons appelée « pragmatisme politique » est le levier du changement à tous les niveaux de la vie nationale rwandaise. Ce pragmatisme a pour objectif de concevoir d'abord ce que l'on veut comme peuple et de chercher ensuite les moyens et stratégies efficaces pour y parvenir. Ce modèle politique rwandais a permis d'élaborer une politique nationale rwandaise pour faire sortir ce pays d'une crise aiguë engendrée par des politiques discriminatoires qui ont débouché sur le génocide contre les Tutsis.

Le Rwanda d'après le génocide a adopté une politique de changement rapide dans tous les secteurs de la vie nationale. Ce changement politique repose sur quelques principes piliers, à savoir : la rapidité des décisions et des actions, la flexibilité dans le processus, la souplesse des moyens et des stratégies, et l'évaluation progressive des réalisations des buts. Ces principes s'appliquent à la fois à la conception et à la mise à exécution des politiques publiques que l'État se choisit, mais inspirées de la tradition rwandaise. On

se rappellera d'analyser ces politiques puisées dans la tradition sous l'éclairage de la méthode herméneutique.

Inspiré du modèle pragmatiste d'ailleurs, notamment d'origine américaine, le gouvernement rwandais a adopté des mesures souples et rapides en vue de la transformation du paysage politique, économique, sociale et éducatif construit sur la bases de la tradition culturelle rwandaise[399].

Les principes énoncés de rapidité, souplesse et flexibilité permettent d'intégrer ces politiques dans la vie publique nationale. Au départ, vécus dans le creuset de la tradition culturelle rwandaise avant la colonisation, ces principes ont été récupérés, adoptés et intégrés dans la ligne politique en vue d'un changement efficace en fonction des exigences de cette ligne politique et des besoins actuels de la population. C'est là la source du développement du Rwanda et la force qui a permis d'affronter de multiples crises qui ont secoué le pays et qui continuent à le menacer.

Le Rwanda est, de par sa nature géographique, un pays exigu, d'une superficie de 26.338 km2 pour une population de 11.533.446 d'habitants, soit 481 hab/km2[400]. Il est enclavé, et n'a ni ressources économiques importantes (pas de ressources minières suffisantes, pas de terres cultivables suffisantes ni d'espaces d'élevage). Il vit grâce à une bonne gestion de ce qu'il possède comme revenu et d'une gouvernance efficace. Cette politique nationale a été aussi adoptée dans les autres secteurs, notamment le secteur juridique.

V.2.3.5. Des principes de justice

Sur le plan du droit, le Rwanda a élaboré une politique juridique basée aussi sur le principe de la régulation dynamique. Puisé aussi dans les ressources culturelles de la justice rwandaise précoloniale, gacaca est le

[399] Nous avons parlé précédemment des politiques publiques élaborées par l'Etat rwandais : *itorero*, cercle de formation culurelle, *ubudehe*, entraide mutuelle, *ingando*, camp de solidarité et de formation citoyenne, *imihigo*, contrat de performance, *ndumunyarwanda*, affirmation de l'identité rwandaise.

[400] http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/tend/RWA/fr/EN.POP.DNST.html , consulté le 23/8/2016 à 18 :46, source : Banque mondiale.

modèle issu du choix politique et mis en application suivant les mêmes principes que nous venons d'examiner sommairement. De cette manière, l'État a adopté un droit administratif qui n'est pas rigide. Les règlements régissant l'univers politico-administratif sont flexibles de manière à permettre une bonne gestion et souplesse des institutions publiques et à laisser une marge à de possibles réaménagements au cas où ils s'avèreraient nécessaire. D'aucuns perçoivent cela comme une sorte de despotisme du pouvoir qui prive les citoyens de leurs droits et libertés publiques, mais il s'agit plutôt d'une gouvernance efficace qui se conforme aux exigences de son contexte sociohistorique et politico-économique. Suite aux urgences des questions épineuses à résoudre, le gouvernement engage le pays dans son ensemble dans cette mouvance marquée par la rapidité, de manière à permettre au droit administratif d'intégrer plus facilement les politiques publiques et les institutions aux évolutions de la société, sans qu'il y ait heurt ni obstacles dans le processus de la gouvernance démocratique et du développement. C'est cela le secret de la réussite de ce petit pays.

Par ailleurs, il faut bien rappeler que la ligne politique nationale n'est pas dissociable de l'exigence juridique, qui a pu faire sortir le pays d'un chaos hérité du génocide. Cette politique est construite autour des objectifs pensés et choisis par l'État et les stratégies et mécanismes qui guident les processus de réalisation et d'un droit dynamique adapté à la fracture historico sociale et les problèmes urgents adaptés au contexte de l'époque, ainsi qu'un établissement des institutions sur base de régulation juridique flexible susceptible d'une évaluation souple des objectifs que l'État s'est assignés.

V.2.3.6. Système juridique positif comme frein à la dynamique juridique

Il ne fait aucun doute que le droit tel qu'il est construit et appliqué aujourd'hui en Afrique est un obstacle à la dynamique de la société sur plusieurs plans.

En effet, la lenteur dans la régulation juridique en Afrique et le système à la base de cette régulation ne sont pas adaptés aux situations qu'ils gèrent et de cette façon empêchent les mécanismes mis en application des idées et des

politiques publiques, économiques, politiques, sociales ou du travail. Il manque de ce fait une politique juridique efficace et capable de promouvoir les politiques publiques, par exemple en rapport avec les droits et libertés dans certains domaines tels que les médias, la politique d'assurance et de cette manière, les États se retrouvent exposés à des critiques des pays développés qui les condamnent à la lenteur ou au despotisme du pouvoir politique.

En réalité, le gouvernement n'en peut rien si le système de régulation juridique n'est pas adapté à des réformes nouvelles et solides qui permettent au gouvernement d'agir rapidement, efficacement et d'une manière durable. Il s'agit en réalité de l'incompatibilité de l'évolution des systèmes juridiques par rapport aux exigences des gouvernants et aux besoins de changement des citoyens. Nous avons évoqué le cas du Rwanda qui a décidé d'agir d'une façon pragmatique, en faisant fi de ce que diraient les organismes étrangers qui l'accusent d'être despotique dans ses décisions alors qu'ils n'ont pas compris les véritables enjeux auxquels le pays fait face pour surmonter ces diverses crises et faire face aux menaces futures. En ce qui concerne ce pays, il a opté pour le principe de la rapidité pragmatique, de la souplesse des décisions et des méthodes réversibles si les conditions des choix qu'il s'est donnés s'imposent. Le formalisme de la règle du droit est un handicap majeur dans le développement en Afrique partant d'une analyse externe au droit. Du point de vue interne ce formalisme juridique empêche l'évolution du droit en Afrique d'une façon plus considérable.

Nous rappelant de gacaca, trois principes ont présidé à sa réussite. D'abord, il s'agit du contenu culturel des lois. Les normes juridiques orientant les juridictions et les actions de gacaca reposent sur un fond culturel. Ensuite, la procédure gacaca se construit autour des principes de rapidité, de souplesse et de flexibilité étant bien entendu que les situations et contextes qu'il est appelé à gérer sont inédits. Enfin, les sanctions sont des sanctions adaptées. Elles sont adaptées aux catégories des prévenus selon le degré de gravité dans l'exécution (ou la participation au crime) du crime de génocide et d'autres crimes qui lui sont apparentés. Mais aussi elles sont adaptées partant des mesures de réduction des peines (aveu, demande de pardon, témoignages donnés lors des séances gacaca, etc.). Tous ces principes et mesures visent l'objectif de lutte contre l'impunité en

sanctionnant le nombre le plus élevé possible de criminels, au lieu de les amnistier par le simple principe de condamner quelques figures représentantes des coupables.

Dworkin, en proposant un renouvellement des sources juridiques vise à satisfaire le besoin d'adapter la loi aux cas juridiques, le droit à la réalité contextuelle, et ainsi combattre l'enlisement (routine) et la lenteur de la justice classique. Son analyse est centrée sur le travail du juge, étant donné que sa préoccupation est la justice avant de s'étendre au système juridique dans son ensemble. Il veut mettre en écho les besoins de justice et le système judiciaire adéquat des États-Unis. Ce renouvellement repose sur ce principe que le droit devrait prêter plus d'attention à la justice qu'au formalisme juridique sur lequel se construisent les systèmes des normes du droit positiviste moderne. Les principes de justice dworkiniens qui sont exprimés dans le titre de l'un de ses ouvrages : « Prendre les droits au sérieux » sont à rapprocher de ceux de gacaca, de la réconciliation et de la lutte contre l'impunité.

Ce qui est donc plus appréciable chez Dworkin, c'est le déplacement de la perspective du renouvellement du droit formaliste vers le droit créateur susceptible d'adapter les normes et les conditions de justice aux contextes sociaux réels et de cette façon, devenir aptes à faire évoluer la société mondiale actuelle.

V.2.3.7. Problématique de la méthode interdisciplinaire

Les méthodes préconisées par les théories du droit sont insuffisantes selon de multiples auteurs[401] qui les ont examinées. La méthode d'explication mise en évidence par le positivisme juridique s'est révélée insuffisante. D'autre part, la méthode compréhensive, appliquée avec succès en sciences sociales et mise en honneur par les représentants du courant jusnaturaliste, est devenue aussi incapable de résoudre la question épistémologique de méthode en droit. C'est pourquoi des questions

[401] Parmi ces auteurs on peut citer Paul Dubouchet, le plus récent qui titre son ouvrage : *Le modèle juridique : droit et herméneutique*, où il nous nous montre dans une analyse claire, les limites de ces différentes méthodes.

nouvelles qui naissent à partir des confrontations entre les différentes théories et les contextes de leur application suscitent des questions épistémologiques nouvelles liées aux méthodes mises en place aujourd'hui en droit.

L'effort de combiner les univers de la culture et de la modernité dans le but de parvenir à cette harmonie intégrative, exige de s'investir d'une manière plus approfondie dans un débat délibératif et de caractère évaluatif continu. Cette problématique comporte comme point central et crucial les débats autour d'une approche pertinente pour repenser les traditions et les intégrer dans la modernité adéquate aux sociétés africaines concernées.

Cette méthode a pour orientation une prise en compte de tous les facteurs du passé de ces sociétés depuis la phase des mythes jusqu'à celle de la technologie, sans rien négliger ni rejeter et de les soumettre au crible de l'analyse avec le soin de dégager des éléments constructifs pour le monde africain et ses sociétés aujourd'hui. Les principes et les valeurs de la culture doivent être extraits à partir de cette méthode en vue d'opérer une synthèse harmonieuse entre ces deux univers qui ont été toujours conçus en termes d'opposition ou de contradiction plutôt que complémentaires et sources d'enrichissement réciproque. Cette approche devra conduire à l'effacement de l'asymétrie qui existe entre ces deux univers de la culture œuvrant dans une même sphère de la société étatique.

La question centrale de notre étude est : Comment construire un modèle du droit adéquat pour l'Afrique pour permettre à ce continent de parvenir à une véritable justice qui respecte les principes de la démocratie et les droits humains, mais aussi qui favorise un développement harmonieux dans tous les secteurs de la vie sociale de ce continent ? Ce modèle (système de droit) qui est de surcroît pluraliste, devra se fonder sur les réalités et expériences africaines diverses et tiendra compte des grandes questions du monde actuel et des grandes théories du droit qui sont construites aujourd'hui.

V.2.3.8. Méthode d'interprétation suivant ce nouveau modèle

La méthode d'interprétation juridique en Afrique devrait s'imprégner de la connaissance de la culture pour aider le juge à ajuster ses connaissances au contexte du procès qui est le produit conjoint de ces deux univers : culturel et technique juridique. Ceci permettra au juge de donner sens à ces normes à caractère implicite ou informel contenu dans la culture. C'est dans le génie culturel que le juge se ressource pour découvrir le vrai sens de la loi adapté au contexte judiciaire non explicite dans une affaire présentée devant le juge

Ceci relève non pas de la théorie positiviste du droit mais de la sociologie ou de l'anthropologie du droit, et donne lieu au pluralisme juridique en théorie et dans la pratique judiciaire des juges dans les tribunaux. Ceci rejoint la théorie du droit intégrité dworkinienne de la méthode appliquée à la théorie des principes.

Il est surprenant de constater qu'en Afrique, les gouvernements essaient d'élaborer des politiques publiques et des plans de développement, mais sans envisager des projets de refondation des systèmes juridiques et judiciaires qui devraient facilement permettre une meilleure élaboration de ces politiques et leur mise en application aisée. Une harmonie entre les plans politiques, économiques, culturels et de développement serait facilitée par une révision des systèmes juridiques en vue de les rendre plus acceptables par tous les citoyens et les autres acteurs impliqués dans ces différents plans, et ainsi les doter d'un pouvoir d'efficacité et de durabilité.

La problématique de la méthode devrait être complétée par un deuxième volet, celui des débats démocratiques sur des questions de lois plutôt que de laisser ce problème au seul législateur dans son élaboration et au juge dans la phase de mise en application des lois votées. Il s'avère généralement en Afrique que le referendum ne concerne que les seules normes constitutionnelles et que les autres normes législatives sont l'affaire des législateurs. Les débats auxquels participent tous les acteurs de la société sont enrichissants et contribuent à la construction des lois qui répondent efficacement aux exigences des citoyens qui sont leurs destinataires

privilégiés. Créer les mécanismes de dialogue consultatif entre les concepteurs des lois et les citoyens, d'une part, et les juges à travers des débats de natures variées peut favoriser un bon dynamisme du droit et une efficacité de la justice dans une société nationale.

V.3. Application du modèle dynamique africain du droit et de justice

V.3.1. Du point de vue des sources

Les sources normatives visent deux objectifs essentiels au sein de la société : la prévention des conflits par la régulation et l'exercice du contrôle social et la résolution des conflits lorsqu'ils se sont produits au sein de la société.

En effet, nous avons mentionné, concernant la justice rwandaise traditionnelle, des sources normatives principales, à savoir : les sources légales non écrites appelées lois coutumières légalisées, des interdits et des principes et valeurs culturelles. Ce sont ces sources normatives qui régulaient la société et permettaient la résolution des conflits. En considérant gacaca post génocide, l'on remarque une évolution notable. Dans la société rwandaise ancienne, la résolution des conflits se faisait sur base de ces lois coutumières légalisées, des valeurs traditionnelles et des précédents judiciaires. La procédure était simple, et dominait le principe de l'oralité car la société était sans écriture. Après le génocide, les lois formelles gacaca deviennent écrites et légalisées. Ceci signifie deux choses. D'abord leur consultation devient aisée, parce que les juges intègres ont les textes de lois entre les mains. Ensuite, ils peuvent procéder à un procès-verbal écrit et facilement conservable et consultable[402].

[402] Les cas illustratifs du jugement gacaca que nous avons mentionnés dans le chapitre précédent constituent des exemples suffisants pour étayer les arguments qui nous intéressent dans ce point. L'on peut aisément s'y référer pour mémoire.

Bien que, selon le constat dans nos analyses précédentes, le procès-verbal soit rédigé d'une manière sommaire et incomplète, l'on peut tout de même lui reconnaître certains éléments indispensables et facilement conservables. Ces éléments sont utiles pour servir à d'autres fins ou usages ultérieurs (en cas d'appel, ou la mise en exécution du jugement). S'agissant du modèle que nous avons analysé, les sources se combinent au sein de la société : les sources légales, mais aussi des normes éthico-sociales jouent ce même rôle normatif dans l'objectif du vivre ensemble.

Dans le Rwanda post génocide, les choses se sont allégées. Les lois formelles sont écrites ce qui permet aux usagers de la justice de se servir des textes de lois et d'autres règlements produits par la Commission nationale des Juridictions gacaca appelée Secrétariat National de Juridictions gacaca. Alors et même après la clôture des juridictions gaca, le gouvernement rwandais a mis en place par une loi législative, un autre mécanisme permanent de résolution des conflits appelé « Comités des Conciliateurs ». Ces comités s'occupent des délits de droit commun. Ce sont en quelque sorte des tribunaux pré-juridictionnels.

V.3.2. Du point de vue de la méthode

D'abord, essayons de répondre à ce point. En quoi cette théorie se distingue-t-elle de la théorie de la justice dans la ligne de la philosophie politique ?

Quelques éléments nous servent de réponse. D'abord, la théorie juridique met en évidence l'aspect régulateur de la société et des mécanismes de résolution des conflits au sein de cette même société.

V.3.3. Du point de vue des structures juridictionnelles

V.3.3.1. Juridictions

V.3.3.2. Jurys populaires

Le système des jurys populaires n'existe pas en Afrique. Les palabres africaines ne sont pas du même type. C'est pourquoi le modèle dynamique, pour être légitime et pouvoir incarner les valeurs de la justice au sein de la société culturelle, il faudrait envisager des formes de tribunaux à l'instar des jurys populaires. Dans ces jurys, les personnes intègres devraient être associées à la justice dans les tribunaux, et constituer ainsi des structures semblables aux jurys populaires dans lesquels siègent d'une manière permanente une partie constituée de personnes ou de sages intègres reconnus et choisis par les pairs. Dans le cas plus pratique, le jury pénal devrait être organisé de manière à y inclure des personnes intègres, qui sont les plus crédibles aux yeux de la population en fonction de leur sagesse et de leur intégrité morale et culturelle. Le juge serait associé aux ingamuganyo qui ont légitimité populaire pour la raison d'une mise en valeur de la dimension culturelle dans les procès judiciaires.

De cette manière on aura satisfait l'impératif socioculturel aux exigences normatives législatives et judiciaires dans la vie nationale. Dans le jury, il faut donc des juges juristes et des juges qualifiés de sages intègres revêtus de la légitimité au sens culturel de la population.

Dans ces conditions, il s'avérera nécessaire de former les juges intègres aux notions basiques du droit d'une part, et d'autre part soumettre les juges dans le système du droit positiviste, aux exigences de la connaissance des données culturelles pour bien accomplir leur tâche dans le but d'adapter les principes juridiques aux contextes sociojuridiques avec efficacité.

C'est cela que l'on reproche à gacaca, le manque de juges professionnels dans les juridictions populaires gacaca. Mais la responsabilité n'incombe pas aux autorités de l'État ni aux chargés de la coordination des affaires d'avancement des procès gacaca. La raison principale serait liée d'une part au nombre insuffisant de juges professionnels à cette époque au Rwanda

surtout qualifiés pour ce type de crime, et d'autre part à l'urgence de la justice qui s'imposait suivant les réclamations pressantes des prévenus contre la capacité carcérale de les garder pendant longtemps et la possibilité de l'État à les entretenir, et aussi aux revendications d'obtenir la justice de la part des victimes et de leurs familles.

V.3.3.3. Juges

Suivant le modèle que nous proposons, les juges sont repartis dans deux catégories. La première catégorie comprend des juges formés suivant le droit classique, ceux qui possèdent les connaissances juridiques requises du modèle positiviste du droit. La deuxième catégorie est constituée par des juges qui ont des connaissances socioculturelles suffisantes. Ceux-ci viennent compléter les lacunes des juges du droit classique surtout celles qui proviennent de l'ignorance de la culture et de ses valeurs et principes qui permettent de rendre la loi plus efficace et effectif par l'articulation de ces deux systèmes celui fondé sur la culture et celui fondé sur la science du droit positif. Ces deux catégories de juges devraient se retrouver dans un même jury dans le but de réaliser une complémentarité des connaissances, des valeurs et des principes d'une justice digne et adapté à la société.

V.3.4. Cadres d'exécution de la justice communautaire

Ces sphères de la justice ont pour ambition de résoudre des conflits ou des litiges suivant des cadres variés de la société : cadre socio-professionnel (écoles, universités, banque, travailleurs au marché, etc.), familial, voisinage de quartier, club, etc. Ces sphères autonomes devront toutefois être régies par des normes simples et souples dans leur mode d'organisation et de fonctionnement et devront être des comités organisés suivant la taille du groupe de fonctionnement.

V.3.4.1. Objectifs

Ces formes de justice visent la résolution ou la gestion des litiges au niveau local favorisant une cohésion sociale et une reconstruction de la société par la réconciliation et le dialogue entre les membres de groupes restreints.

V.3.4.2. Mode de gestion

Structures simples, souples et autonomes ou indépendantes des instances politico-administratives et judiciaires. Ce sont des sages intègres qui sont appelés à régler les conflits suivant des normes, des principes et des valeurs socio-culturelles de la société. Les conflits des groupes sociaux restreints sont réglés par ces comités des sages intègres.

V.3.4.3. Moyens

Des normes simples et souples, des principes de la culture, des valeurs morales de la culture ou de la religion.

V.3.4.4. Qualités de juges

Les juges des comités de justice seront reconnus par leur valeur d'intégrité morale et d'autres valeurs et vertus morales rwandaises telles que l'unité, l'honnêteté, la justice, la vérité, la réconciliation, etc., comme des autres sages de gacaca. Ils devront mettre en avant le souci prioritaire de rendre justice en assurant la reconstruction et la cohésion sociales.

V.3.4.5. Compétences et ressort des comités de justice

Les comités de justice sont compétents dans diverses matières à condition que les groupes leur soumettent leurs litiges. Les sages intègres peuvent aussi solliciter les parties en conflits de leur soumettre les litiges en vue d'une résolution pacifique. Le règlement du litige se fait dans une procédure simple, suivant le mode de gacaca.

Le ressort de ces comités de justice varie suivant le volume du groupe qui se constitue en comité. Il n'existe pas de normes rigoureuses en cette matière.

V.3.5. Du point de vue des effets de la restauration des liens sociaux

Du côté de la restauration des relations brisées par les effets du crime du génocide contre les Tutsi, les résultats des études réalisées surtout par les chercheurs Rwandais[403], nous éclairent suffisamment sur l'approche restaurative de la justice gacaca suivie par les membres de la société rwandaise. Car la question que l'on se pose après le génocide en partant de certains résultats d'analyse des expériences de gacaca, est celle de la signification de la justice au sens du droit positif. Là, on constate un grand échec de cette justice, que ce soit au Rwanda ou ailleurs en Afrique, dans les autres contextes de conflits similaires.

Cette approche restaurative gacaca a conduit aux aveux, mais on observe aussi après quatre années post gacaca que des implications sur le processus de reconstruction psychologique sont remarquables. Ceci trace un chemin plus remarquable parcouru dans la voie de la réconciliation entre Rwandais, particulièrement ceux qui sont plus concernés par les effets du génocide. Ce sont les effets de justice post gacaca qui permettent d'affirmer sa nécessité comme modèle indiqué aux contextes de la société et à la nature du génocide contre les Tutsi compris comme crime de masse. L'on se rend bien compte que la réconciliation réalisée grâce aux débats induits par gacaca va jusqu'à la réparation psychologique des protagonistes plus concernés parmi les rescapés et leurs bourreaux. Ce sont des résultats intéressants des situations consécutives aux jugements rendus par les juridictions participatives gacaca.

---

[403] La recherche plus intéressante et plus récente sur la réconciliation post-gacaca de la société rwandaise est celle du chercheur rwandais Masengesho Kamunzi, *op. cit*., pp. 347-368.

Comme nous l'avons dit, dans les chapitres précédents, gacaca est un résultat du processus dans lequel ont participé plusieurs acteurs et à des niveaux assez différents. Cette expérience participative fait partie des caractéristiques de gacaca post génocide. C'est ceci qui explique notre méthode procéduraliste. Du début à la fin des juridictions gacaca, tant dans sa construction que dans sa phase pratique, les débats entre les acteurs constituent un élément déterminant. D'abord, la mise en place de la loi sur gacaca est passée à travers des débats[404] entre les représentants de la population. Le projet de mise en place de la justice gacaca a été lancé, le processus d'élaboration de la loi a commencé. Enfin, la participation s'est manifestée à travers les débats au sein des séances gacaca, dans toutes ses différentes phases. La démarche en question, pourrait guider les autres débats délibératifs autour des systèmes juridiques et de justice adéquats pour les pays africains.

Conclusion

Faut-il conclure ? Telle est la question qui nous revient à l'esprit après ce parcours qui nous a conduit pas à pas à revenir sur les points soulevés au départ : ceux relatifs aux systèmes juridiques et à la justice en Afrique. Le constat de notre analyse peut se résumer en quelques points.

Droit comme prêt à porter.

L'analyse du droit que nous avons hérité de la colonisation et qui fonctionne dans les sociétés africaines ressemble aux choses prêtes à porter avec quelques aménagements que nous pouvons appeler des « évolutions des législations africaines ». Ce droit prêt à porter ne pouvait ni pendant la colonisation ni dans les États post-colonies permettre aux sociétés africaines de parvenir aux droits fondamentaux des citoyens de la manière souhaité. Dire tout simple de « droit de la colonisation » est une contradiction car la colonisation ne peut être gouvernée par le droit au sens vrai du terme. Il

[404] Ces débats ont eu lieu dans le « Village Urugwiro », la colline où se situe la présidence de la République du Rwanda.

s'agit plutôt d'un droit masqué comme les expériences historiques de la colonisation le montrent.

Institutions sans innovation

Les institutions tant politiques que juridiques gouvernées un des systèmes juridiques décrits ci-haut ne peuvent que refléter cette absence de la conformité des réalités sociales africaines, et par conséquent entraîner des modèles étatiques formes exemplaires des anciens pays colonisateurs.

Système juridique sans vigueur

Le système juridique construit au tour du droit stable et rigide ne peut que conduire à créer une société sans dynamisme et sans autocréatrice de son avenir.

D'où le besoin d'une remise en cause des tels modèles juridiques et politiques en vue de tenter un autre modèle plus dynamique et ouvert aux richesses diverses qui peuvent l'édifier et lui donner plus de vigueur.

En effet, le modèle théorique qui m'a inspiré est celui de Dworkin qui repose sur une problématique des sources du droit et de la méthode juridique. Ce modèle m'inspire dans la remise en question des sources du droit positiviste tel qu'il est élaboré et appliqué dans la société rwandaise. Ensuite, il s'agit d'une question de méthodologie du droit positif dans l'application du droit comme dans sa construction.

La question était celle de la méthode qu'il faut pour élaborer les sources du droit en Afrique et leur mise en application. La contribution du modèle ainsi élaboré repose sur la recherche de solutions pour la reconstruction de la société après une rupture due à l'absence de justice (l'existence de l'impunité) qui a conduit à l'horreur du génocide.

La compétence des juridictions gacaca se trouve justifiée par le principe du droit comme construit social qui permet de modifier sa normativité en fonction de la situation contextuelle épineuse de la société qui appelle à repenser l'institution et les instances judiciaires et à les rendre souples de manière à répondre aux défis posés par la rupture du génocide qui s'est

abattu sur le Rwanda. L'État a dû modifier la compétence traditionnelle de gacaca pour la doter de la capacité de répondre aux défis en question.

La prise en charge par le peuple des libertés et des droits des citoyens est une réussite qui résulte de la compréhension de la valeur de participation collective aux affaires politiques et judiciaires qui les concernent. Le modèle du droit serait le moyen pour les éduquer à cette fin tandis que les mesures de la justice seraient un moyen de leur évaluation. Le droit a pour mission d'éduquer la société à sa prise en main de son destin malgré des fractures que les sociétés africaines ont connu. La tâche en ce sens est doublement lourde, mais c'est à partir de l'effort de chaque membre de la société dans un horizon de participation collective qui permet d'effacer cette brisure. La valeur morale africaine de la cohésion est un atout important pour assurer des pratiques collectives et partagées. C'est la seule voie de lutter contre l'isolationnisme individualiste importé d'ailleurs et qui engendre des conflits interminables et sans solutions, vue leur ampleur.

Le modèle que nous suggérons est à la fois un moyen de résolution des conflits par le droit, un moyen de leur prévention, mais aussi un moyen d'éducation aux valeurs collectives et subjectives de nos sociétés africaines.

Chap. VI. Modèle juridique contextuel

Introduction

> Réfléchir sur la rencontre des rationalités juridiques consiste à affirmer, après analyse, que la création du droit est un phénomène multidirectionnel que ni l'État ni la société civile ni la coutume ne saurait monopoliser en Afrique[405].

En nous inscrivant dans l'horizon de l'élaboration d'un nouveau modèle du droit pour l'Afrique, nous avons eu l'exigence de partir d'une évaluation critique de la justice gacaca néo-traditionnelle par rapport à ses sources et à sa méthode, dans la perspective de tenter d'élaborer un modèle contextualisé du droit.

L'étendue et la complexité de la justice gacaca ne permettent pas que l'on puisse explorer tous ses aspects ; c'est pourquoi nous avons préféré l'étudier sous l'angle que nous nous sommes fixé, c'est-à-dire l'évaluer dans le but d'établir ses limites sur le plan théorique et philosophique du droit en vue de la dépasser en proposant un modèle susceptible de combler ses lacunes, essentiellement sur le plan de sa théorie.

Il va s'agir, dans ce chapitre, d'abord de poser des critiques à l'égard des arguments avancés dans les chapitres précédents. Nous porterons ensuite ces éléments au niveau d'une critique du discours juridique.

Enfin, nous allons élaborer une base théorique qui le justifie comme modèle dynamique, efficace et solide. Ceci nous permettra de trouver un fondement solide de ce nouveau modèle dynamique que nous estimons être plus efficace du point de vue de son effectivité et de sa légitimité. Avant d'en arriver à formuler ces critiques, il convient de passer en revue, d'une manière succincte, les positions divergentes mais complémentaires constituées, d'une part, par les critiques qui ont soutenu les pratiques et les

---

[405] Jean-Godfroy Bidima, « Rationalités et procédures juridiques en Afrique », *op. cit*., p. 81- 97.

jugements rendus par gacaca, et d'autre part, les positions qui ont rejeté ou émis des réserves quant aux réalisations de cette justice. Ceci sera le point d'entrée de cette critique.

Le plan qui sera suivi est le suivant. D'abord il sera question de présenter les points de vue pour et contre gacaca. Ensuite, nous marquerons notre position critique par rapport aux avis fournis par ces deux positions qui, à notre avis, sont complémentaires dans une étude évolutive comme celle-ci. Enfin, nous présentons le modèle critique que nous estimons pertinent pour la situation juridique en Afrique. Nous estimons que ce modèle nous fournira des éléments pour des recherches ultérieures sur la théorie/les théories du droit, inspirera des décisions des législations africaines, agira comme un mécanisme de résolution des conflits et jouera un rôle dans la proposition des pratiques juridictionnelles au Rwanda et en Afrique.

Notre analyse critique dans ce chapitre tourne autour d'un axe bipolaire. Il s'agit, d'une part, d'une analyse qui fait un retour sur les éléments épistémologiques et, d'autre part, d'une analyse qui porte sur les éléments entrant en jeu dans l'élaboration et la mise en œuvre du modèle juridique annoncé. Ces éléments sont notamment : les acteurs sociétaires, l'autorité politique, le facteur de la temporalité et le facteur linguistique (celui-ci met en jeu la compréhension du domaine de dro

it considéré comme un domaine de la logique du concept et d'une technique juridique particulière). Le projet de ce modèle est ambitieux. Celui de la modélisation systémique du droit qui s'efforce de transformer les données diverses d'histoire, d'anthropologie, de sociologie et de philosophie pour en faire un tout cohérent, celui d'un système juridique ou système autopoïétique, toutefois en relation avec le fait social qui en est en même temps origine et finalité.

VI.1. Brève présentation des débats

Relevons cette observation d'un juriste rwandais, avant d'entrer en matière :

> Les juridictions gacaca ainsi instituées combinaient à la fois des éléments issus des pratiques coutumières de résolution des différends et des aspects de la justice moderne. La procédure cardinale de ces juridictions était basée sur une règle coutumière de justice participative selon laquelle « tout fonctionne avec la population et par la population ». La population en est à la fois Juge, Témoin et Partie. C'est pourquoi les auteurs des crimes ont été conduits sur les lieux où les faits ont été commis afin de restituer la vérité historique et judiciaire[406].

Deux principaux ordres du discours se dégagent d'une manière exemplaire à propos des critiques sur les juridictions gacaca. Le premier discours soutient les juridictions gacaca tant dans l'élaboration de ce dernier que dans sa pratique. Le second soulève des arguments critiques sur son élaboration et sa pratique comme mode de justice contextualisé. Ces différents débats contribuent à son évolution étant donné qu'ils suscitent des questions sur lesquelles il est utile de se pencher pour découvrir les aspects permettant d'envisager des améliorations à ce système.

VI.1.1. Plaidoyers de gacaca : généalogie, élaboration et jurisprudence

Les différents éléments constitutifs de notre analyse se regroupent autour des éléments suivants. D'une part, l'analyse qui procède des sources normatives qui ont régi gacaca et la manière dont elles ont été appliquées. D'autre part, l'analyse va concerner les acteurs et d'autres facteurs tels que la temporalité et les contextes de la société rwandaise (historique, sécuritaire, économique, juridique, etc.).

Telle que nous l'avons présentée, la justice gacaca est une orientation qui s'est inspirée d'une abondante littérature, tant du côté de sa généalogie que de sa jurisprudence dans les procès des auteurs du crime du génocide et des autres crimes contre l'humanité qui lui sont rattachés.

En effet, la généalogie de gacaca nous a révélé l'essence de gacaca précédant les formes juridiques et judiciaires apportées par le pouvoir colonial (Chap. III). Cette justice traditionnelle s'intègre dans l'ensemble du

[406] Jean-Damascène Bizimana, o*p. cit.*

système traditionnel rwandais de justice. Ses sources comme ses structures judiciaires sont inspirées de la justice conçue selon la vision rwandaise de l'homme et de la société. À l'époque de la colonisation, cette justice a perdu sa valeur en tant que facteur régulateur de la société et est devenue un simple moyen de résolution des conflits locaux, au niveau des entités administratives de base[407].

Après le génocide, le gouvernement rwandais a réactivé le système gacaca en l'adaptant aux nouveaux contextes socio-juridiques et judiciaires de l'époque post génocide afin de lui permettre de conduire les procès de génocide.

> La spécificité rwandaise a eu pour conséquence que les auteurs du génocide sont innombrables, difficiles à identifier, et que les rescapés doivent jusqu'à aujourd'hui vivre au jour le jour, sur les collines, en compagnie des tueurs, excepté là où le génocide a tellement bien abouti que les familles tutsi n'existent simplement plus[408].

Les résultats, lors de la clôture de ses juridictions, sont satisfaisants, suivant les études qui ont été menées par bon nombre de chercheurs[409]. Cette appréciation s'articule autour de quatre objectifs poursuivis par gacaca, à savoir : la révélation de la vérité des faits constitutifs du crime du génocide, la lutte contre l'impunité, l'accélération des procès et sa contribution au processus de réconciliation des Rwandais. Suivant ces recherches, les éléments principaux sont les adaptations provenant de gacaca traditionnel, à savoir : les systèmes de sanctions, les formes de juridiction. Tandis que la catégorisation des accusés est une invention que l'on ne retrouve pas dans le gacaca traditionnel. C'est là la justification d'une réappropriation du système de justice qui reflète la capacité des Rwandais à se réapproprier ce système. Gacaca post génocide, suivant les vues de ces chercheurs, n'est pas une transposition de gacaca traditionnel,

---

[407] Filip Reytjens, « Le gacaca ou la justice du gazon au Rwanda », *op.cit*.,

[408] Jacques Fierens, « Justice traditionnelle et justice moderne dans l'Afrique des Grands Lacs », in *Journal of International Criminal justice*, n° 3, 2005, pp. 696-919.

[409] Nous pouvons mentionner parmi ces recherches : SNJG, *Rapport du Service National des Juridictions Gacaca*, Kigali, 2012 ; CCM, *Evaluation du processus Gacaca. Résultats par objectif*, Université Nationale du Rwanda, Butare, 2012 ; Dialogue, *Un pari gagné. Les juridictions gacaca*, numéro de la revue Dialogue consacré à l'étude des résultats de Juridictions gacaca, octobre-novembre 2012

qui serait d'ailleurs impossible compte tenu du changement des contextes de son application, mais une recréation par réactivation du système de justice en fonction de l'intérêt fondamental de la société. L'objectif majeur de gacaca est la restauration ou la reconstruction de l'harmonie sociale à l'aide de la réconciliation qui passe par la justice.

> Après avoir décidé d'établir un système de justice spécifiquement conçu pour le règlement du contentieux du génocide, mais sans le moindre modèle sur lequel se baser, le gouvernement rwandais a pris la décision d'avancer avec prudence en commençant par une phase pilote. L'objectif de cette phase était de glaner de l'expérience et d'évaluer le processus en vue d'ajuster, au besoin, des aspects du projet avant de le déployer à l'échelon national[410].

Sur le plan théorique, la justification de gacaca se fonde, d'une part, sur les limites révélées de la justice moderne de gérer les questions de justice de façon universaliste et, d'autre part, sur la réappropriation de gacaca basée sur les principes du pluralisme juridique qui accepte la créativité juridique comme initiative visant la coexistence de systèmes juridiques différents dans un univers sociojuridique quelconque.

Les conclusions des rapports données par les autorités administratives qui ont géré ces juridictions ainsi que les recherches qui ont apprécié positivement le processus gacaca ont été sujettes à des critiques à propos de la non-réalisation de ses objectifs de manière appropriée.

VI.1.2. Présentation des positions critiques à l'égard de la justice gacaca : objectifs de gacaca

Certaines des recherches qui ont critiqué l'élaboration de gacaca post génocide émanent de plusieurs sources : des ONG, des recherches à caractère individuel, qu'elles soient académiques ou non. Ces études se centrent autour de cinq axes qui constituent les objectifs de gacaca : la révélation de la vérité du crime de génocide, la lutte contre l'impunité,

[410] PRI, *Huit ans après… Le point sur le monitoring de la gacaca au Rwanda*, PRI, 2010, Kigali, p. 21.

l'accélération des jugements des procès, la contribution à la réconciliation des Rwandais et les approches novatrices de la justice pénale.

En réalité, ces critiques peuvent être principalement ramenées à trois points, à savoir : le contentieux, le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire et la nature du système gacaca.

a) Le contentieux de génocide

Le contentieux qui constitue l'objet dont s'occupe la justice gacaca est le génocide lui-même. Le crime de génocide est d'une telle ampleur qu'il devient difficile de le juger[411]. Il n'existe aucun tribunal, même internationalement compétent, qui soit capable de le prendre en charge. Pire encore, le génocide commis au Rwanda a pour complexité propre qu'il s'agit de massacres de Rwandais par d'autres Rwandais, contraints tous à cohabiter impérativement sur un même espace après l'horreur. Malgré l'effort accompli par le gouvernement rwandais en inventant ce mode de justice, les juridictions gacaca n'ont pas abouti à une justice équitable ni à réaliser la réconciliation souhaitée[412].

b) Le respect du principe d'indépendance du pouvoir judiciaire

Ce principe n'a pas été respecté par la justice gacaca dans certains de ses aspects. L'État a largement participé à la résolution du contentieux du génocide au Rwanda. Le Service national chargé du suivi des Juridictions Gacaca n'est pas une institution judiciaire de type classique. Il s'agit d'une commission nationale à caractère multidimensionnel : politico-administrative et judiciaire à la fois, instituée pour juger le crime du génocide. Les motifs qui le justifient, à en croire le gouvernement rwandais, sont nombreux. Selon les données de ces recherches, les Juridictions gacaca n'ont pas abouti à une justice équitable.

---

[411] Les critiques de Valérie Rosoux, Jacques Fierens, Digneffe, pour ne citer que ceux-là, soutiennent la position critique à l'égard du fonctionnement et des résultats des juridictions gacaca.

[412] La référence est faite aux groupes de recherches dont les principaux sont : PRI, Evaluation de gacaca, ASF, IDEA.

c) Le système de justice hybride

Gacaca est, dans sa nature même, un système de justice hybride. Il s'agit d'un système constitué en partie par le gacaca traditionnel et en partie par le système de justice pénale du droit moderne.

Selon Jean-Damascène Bizimana, « les Juridictions gacaca ainsi instituées combinaient à la fois des éléments issus des pratiques coutumières de résolution des différends et des aspects de la justice moderne[413] ».

Si nous essayons de creuser en profondeur le système néotraditionnel gacaca, nous constatons que ces critiques sont fondamentalement basées sur un point de vue juridique, celui du droit positiviste moderne. Mais elles constituent par ailleurs la richesse de gacaca. Elles marquent l'innovation de ce système et définissent son angle dynamique. Ceci montre qu'aussi bien les principes que les normes juridiques peuvent tous être réversibles en vue de favoriser l'évolution dynamique de la justice du droit positiviste formaliste. Le système juridique actuel devrait accorder plus de place au droit substantiel qu'au formalisme procédural. De cette façon, le pragmatisme téléologique comme approche nécessaire du droit pourra trouver ~~sa~~ une meilleure place dans l'arsenal du droit tant international qu'interne. Les principes moraux pourront s'associer à cette téléologie judiciaire dans le but de rendre une justice véritable et adéquate destinée à la société. Cela demandera aussi un grand effort d'invention d'un mode de justice adéquat et contextualisé. Les positions pour ou contre gacaca nous amènent à un examen critique des acquis que ce système de justice a laissés à la communauté rwandaise et qui peuvent servir d'exemple ailleurs.

VI.2. Positionnement critique et acquis de gacaca

Le positionnement critique concerne le point de vue critique tiré de la confrontation des positions favorables et défavorables à l'égard de gacaca. Il résulte de l'analyse des objectifs de gacaca annoncés précédemment.

---

[413] Jean-Damascène Bizimana, *op. cit.*, pp. 44-61.

Cette ligne critique nous permet d'envisager le modèle qui a pour objectif la compréhension du rôle que l'homme joue dans une société entièrement à caractère communautaire. Il se construit autour d'une conception communautaire du sujet de droit. Il est un sujet libre et responsable de lui-même et de ses actes, mais aussi face aux autres dans un espace commun où les biens et les valeurs sont partagés par tous. De ce point de vue, il est compréhensible que l'homme soit le sujet du droit, en tant que justiciable qui assume une charge judiciaire quelconque. Il est donc capable de participer aux débats délibératifs visant le bien de tous et les droits fondamentaux de chacun.

La révision épistémologique des données africaines de l'histoire est nécessaire, car non seulement elle remet en question ces données, mais aussi elle permet d'envisager des perspectives neuves qui permettent de construire de nouveaux savoirs et de nouvelles pratiques dans plusieurs domaines où l'homme se trouve au centre de la perspective. Le droit qui nous intéresse ici est l'un de ces domaines qui font partie de l'histoire africaine. La science juridique africaine ne peut aucunement se passer de l'histoire, car elle s'inscrit dans ce mouvement qui la constitue dans une certaine mesure.

VI.2.1. Fondement justificatif des positions favorables à la justice gacaca

Ces positions sont inspirées soit des principes du pluralisme juridique soit du pragmatisme juridique. Les critères de justification de ces positions reposent sur l'enracinement culturel du modèle de justice gacaca. Les représentants de la tendance en faveur de gacaca soutiennent leur argument en affirmant que gacaca est un système issu de la culture rwandaise et qui a fonctionné à partir de bases normatives culturelles de la justice et en conformité avec la situation contextuelle. Les normes et les structures juridictionnelles à la base de cette justice sont mixtes. Elles sont issues des valeurs morales de la culture rwandaise, de la situation sociopolitique et juridique du pays, le tout inspiré par la vision du monde et de l'homme des Rwandais. C'est pourquoi les résultats obtenus ont permis de poser les bases

d'une reconstruction de la société à partir des efforts de réconciliation des groupes sociaux.

VI.2.2. Fondement justificatif des positions contre gacaca

Inspirées du positivisme juridique, les tendances qui rejettent la validité de gacaca confessent leur malaise vis-à-vis des arguments de gacaca exprimés dans sa législation ou dans ses expériences pratiques et qui ne respecteraient pas les principes du droit positif reconnus universellement, à savoir les principes de la justice équitable, du droit de la défense, de la procédure, de la qualité et de l'indépendance du juge. Ces critiques concluent de cette manière à l'impossibilité des résultats efficaces d'une justice qui ne tient pas compte de principes basiques acceptables et au fait que l'on n'y retrouve pas les constantes formelles de toute justice reconnue dans tous les systèmes juridiques et judiciaires universels.

Les critiques qui désapprouvent ou soutiennent la justice gacaca justifient toutes la possibilité de son perfectionnement au moyen d'une évaluation sans cesse à renouveler. Les points de vue dégagés dans notre étude qui soutiennent le statut de justice de gacaca et ceux qui le désapprouvent sont tous inspirés de ces deux courants de la théorie juridique : le positivisme et le pluralisme juridique. Rattacher gacaca à la formalisation systématique reconnue et acceptée du droit est le critère de base de l'appréciation de gacaca selon les positions critiques contre cette justice. Ces positions sont du côté normativiste kelsénien ou du côté des positivistes modérés.

La problématique essentielle que rencontrent les juridictions gacaca est celle de la coexistence de deux systèmes[414] de droit dans un même système gacaca. À partir du moment où gacaca a été exprimé sous un moule formel de la loi, les juridictions gacaca sont accusées de non-respect des règles relatives aux multiples principes du droit positif, tant dans sa formulation

[414] L'argument qui montre le paradoxe de gacaca, est suffisamment explicité dans l'article publié par Jacques Fierens, « Gacaca Courts between Fantasy and reality » « Les juridictions gacaca entre rêve et réalité », *op. cit*., p. 696-919.

que dans ses pratiques. Ceci relève directement de la théorie du droit. Gacaca est une combinaison de ces deux modèles du droit, et le crime du génocide élève le droit positif au niveau international. Ceci fait que gacaca, du fait de son hybridisme juridique, est confronté aux principes du droit international qu'il devrait aussi respecter.

VI.2.3. Évaluation de gacaca à l'égard la justice pénale restaurative

Le modèle de justice qui se rapproche de gacaca néotraditionnel est la justice restaurative qui constitue un mode nouveau de justice pénale. Pour pouvoir évaluer les pratiques de gacaca, il serait intéressant de recourir au modèle de la justice restaurative pénale. « Dans l'idéal, la justice restaurative sera un catalyseur qui permettra, collectivement, de mettre à jour et d'évaluer les besoins, les responsabilités et les attentes de chacune des parties concernées[415] ».

Les critiques contre gacaca nous ont permis de pénétrer une fois encore plus à fond la théorie des systèmes comparés de droit pour nous permettre d'établir les limites de chaque système et de chercher les moyens juridiques qui peuvent nous offrir des voies de sortie. Les différentes théories analysées relatives aux sources et aux méthodes du droit renforcent cette contribution en établissant une fois encore les limites de la légalité confrontée à des situations de fait qui en appellent à la justice.

Nous sommes convaincu que les juridictions gacaca ont manqué aux obligations d'une justice équitable à cause de son non-respect des principes de la justice pénale classique. Cette justice à son tour a été remise en cause par des systèmes nouveaux de justice, parmi lesquels nous trouvons le modèle restauratif ou les formes variées de médiation pénale. Si des formes nouvelles de conflits apparaissent, allant des simples délits aux grands crimes internationaux, il est alors important de penser à des modes nouveaux de justice qui peuvent répondre plus ou moins urgemment et

[415] Zehr Howazad, *La justice restaurative. Pour sortir des impasses de la logique punitive*, Labor et FIDES, Genève, 2012, p. 53.

efficacement aux impératifs commandés par ces nouvelles situations. Il s'agit en d'autres façons des limites qui se retrouvent dans les systèmes de droit objectif moderne[416]. Le modèle restauratif a l'avantage de concilier les mesures des peines et de pardon.

« Surtout dans un pays où les bourreaux étaient nécessairement amenés à revivre à côté de leurs victimes, la réinsertion des coupables devenait un objectif immédiat et une forme de réconciliation s'imposait[417]. »

La justice pénale restaurative nous amène à reconsidérer le rapport du droit à la justice. Il s'agit d'un rapport de finalité entre ces deux éléments. Cependant, il convient d'emblée de mettre en évidence les courants de la philosophie du droit qui définissent différemment ce rapport. Le courant positiviste avance que le droit contient en son sein à la fois la justice et les normes qui la définissent et la circonscrivent, c'est-à-dire à la fois les normes substantielles, les normes procédurales et les normes judiciaires qui incluent en même temps les sanctions.

Une autre tendance insiste sur ce rapport qui place la finalité du droit dans la justice, indiquant que l'essence de justice ne peut pas être contenue dans les normes positives. La justice va au-delà des normes positives qui la définissent. Ce courant trouve son origine dans le droit naturel, mais se prolonge et se ramifie dans les différentes formes de justice actuelles. La divergence des courants actuels du droit repose sur certains points clés, dont les sources, la méthode et la place du juge.

Les résultats de ces débats nous ont conduit à rapprocher gacaca du mode restauratif sans toutefois l'y inclure. Il existe quelques éléments de différence par rapport à la forme pénale de cette justice. En effet, dans le cas de gacaca, l'interdit, ou *kirazira* en Kinyarwanda, est un principe moral et juridique en droit rwandais[418]. Il signifie à la fois l'acte et la sanction

---

[416] Pierre Noreau, « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté… à la recherche de soi », in *Les Cahiers de droit,* vol. 52, n° 3-4, Septembre-Décembre 2011, pp. 687-710.
[417] Jacques Fierens, « Les juridictions gacaca entre rêve et réalité », *op. cit*.
[418] C'est pour cette même raison que nous avons distingué les interdits majeurs et les interdits mineurs. Les interdits majeurs veulent signifier des crimes qui encourent des sanctions lourdes tandis que des interdits mineurs signifient des actes mauvais ou des infractions ou des délits qui encourent des sanctions moins lourdes ou des icyiru, signifiant une amende.

correspondante. Il peut signifier l'infraction ou le crime. L'interdit peut se comprendre suivant le degré de gravité de la violation de la norme juridico-morale ou de l'acte mauvais commis ou de l'acte litigieux. Comme justice de type restauratif, gacaca a rempli, à un degré limité, les trois fonctions de la justice : l'inculpation des auteurs du crime, la réconciliation et la restauration des relations sociales.

VI.2.3.1. La justice

Gacaca devait jouer le rôle de la justice relative au crime de génocide qui n'est pas uniquement à comprendre au sens classique de la justice restaurative. L'impunité dont on parle dans le gacaca ne se limite pas uniquement au crime de génocide, mais elle remonte plutôt au passé où les crimes de sang étaient commis sans être sanctionnés[419]. La justice gacaca a essayé de mettre en œuvre une justice souple tenant compte de ce passé, en établissant des mesures de réduction des peines[420]. Gacaca est compris comme justice de proximité. Celle-ci est à la fois géographique par rapport aux crimes, juridictionnelle, voire culturelle.

VI.2.3.2. La réconciliation

La réconciliation, dans le contexte du Rwanda, devait être consécutive à la justice. À ce niveau, la justice restaurative mérite d'être réactualisée selon les contextes spécifiques de son application. Devant le crime de masse, on comprendrait difficilement la simple réconciliation qui ignorerait les moments historiques des crimes répétitifs.

---

[419] Pour pouvoir comprendre la justification profonde de l'impunité, il faut rentrer dans l'histoire du Rwanda depuis la période coloniale jusqu'en 1994. Beaucoup de crimes de sang étaient commis, avec pour cause la discrimination ethnique sans être sanctionnés. C'est pourquoi la justice restaurative au sens général ne pouvait pas être appliquée au Rwanda sans une justice qui tient compte de ce passé qui, pendant longtemps, entretenait des actes impunis au sein d'une société gouvernée par des lois et des instituions.

[420] Ces mesures de réductions de peines sont une synthèse de la culture rwandaise et des normes juridiques du système anglo-américain.

VI.2.3.3. La reconstruction de la société

Elle est l'objectif final de gacaca qui tient forcément compte de ces deux autres phases qui obligatoirement devaient la précéder pour que le rétablissement des relations puisse se bâtir sur des bases solides. Il faut dire qu'il y a eu des obstacles multiples qui ont empêché de parvenir de manière souhaitée à la reconstruction de relations sociales solides[421].

VI.3. Point de vue théorique

La problématique principale du modèle juridique appliqué au contexte africain souligne l'aspect essentiellement épistémologique des sources et des méthodes. Cette problématique conduit à questionner aussi le modèle à mettre en place.

VI.3.1. Pluralisme juridique et pragmatique

Sans nous appesantir sur la question des définitions conceptuelles, nous dirions tout simplement que le pragmatisme, dans son sens le plus large, vise l'efficacité dans un horizon plus contextualisé. Sous cet angle, nous avons préféré nous orienter suivant la perspective de la contextualisation de la justice à l'aide des objets juridiques.

En effet, nous porterons notre réflexion sur les caractéristiques du pragmatisme juridique et téléologique et sa méthode. L'on examinera aussi la limite de la raison moderne, surtout dans sa tentative de recherche de nouvelles pistes qui visent le développement de la régulation des actions en société. De ce fait, la normativité de l'action ne doit pas être un frein dans l'évolution de la science juridique, elle devrait au contraire s'ouvrir aux autres champs du savoir juridique contextualisé. Le droit est bien entendu une parcelle du vaste champ de la culture.

---

[421] Ceci s'explique par le fait que la commission nationale de l'unité et de la réconciliation poursuit la tâche et, elle-même est appuyée par ''Ndumunyarwanda'' projet national socio-culturel initié par l'Etat qui se poursuit jusqu'aujourd'hui.

Notre conception de gacaca post génocide va dans ce sens. La réappropriation du système gacaca, par sa formalisation pour l'adapter au contexte de son émergence comme justice renouvelée ou réinventée, vise son évolution comme système qui doit s'adapter au contexte en se transformant dans un de ses aspects pour être plus efficace. C'est là, à notre avis, le côté le plus intéressant de gacaca qui mérite une attention particulière et qui constitue en même temps sa grande richesse. Toutefois, nous avons reconnu ses côtés faibles dus aussi bien à sa législation lacunaire qu'à sa jurisprudence qui n'a pas respecté les principes de la justice du droit positif.

Malgré ses lacunes, gacaca ne devrait pas se caractériser par sa stagnation par rapport aux contextes changeants[422]. L'on sait que cela est un principe du droit formaliste qui, d'ailleurs, marque son côté faible. L'on ne peut le soutenir sans l'engager dans un blocage qui l'empêche d'évoluer vers des horizons plus enrichissants, parce qu'en ce sens le droit devient une science sociale qui s'enrichit par une symbiose entre ses principes internes et les exigences des transformations sociales. Dans la perspective pluraliste, nous pensons qu'il n'y a pas de pluralisme juridique sans pragmatique qui l'accompagne pour permettre des adaptations des objets juridiques en élaboration aux contextes de société.

Même s'il est considéré comme science, le droit ne devra pas se distancier de sa dimension génétique qui l'enracine dans le contexte anthropologique qui l'a fait naître. Le côté téléologique en constitue une porte d'entrée dans cet horizon nouveau et fait du droit une véritable science du phénomène social dans son ensemble. L'analyse de la genèse de gacaca nous permet d'entrevoir sa visée téléologique comme justice pour la société.

---

[422] Nous avons été interpelé par l'article de Mureille Paradelle et Hélène Dumont, « L'emprunt de la culture, un atout dans le jugement du crime du génocide ? Etude de cas à partir des juridictions gacaca saisies du génocide des Tutsis au Rwanda », in *Criminologie*, vol. 39, n° 2, 2006, p. 97-135. Cet article montre que gacaca postgénocide n'a pas gardé le même statut que celui de gacaca traditionnel. Cependant, nous ne partageons pas ce point de vue, car, à notre avis gacaca, pour devenir une justice efficace, devrait évoluer pour s'adapter au contexte du crime de génocide au Rwanda et à ses conséquences pour être une justice efficace.

La téléologie juridique conduit à mettre en relation le droit procédural et le droit substantiel en vue de conclure à un statut du droit pour les temps africains.

Il serait, par ailleurs, intéressant de croiser les approches pragmatique et téléologique pour évaluer les résultats auxquels on peut aboutir.

VI.3.1.1. Méthodologie du pluralisme pragmatique et téléologique

Il faudrait maintenir les constantes de ce modèle de justice qui sont des vertus culturelles sur le mode d'intégrité morale des citoyens. Ces constantes se retrouvent tant dans le système de justice que dans la gouvernance de la société. Il est indispensable de tenir compte des transformations diverses sans que celles-ci détruisent la cohérence du système social qui reflète la vision totale de la société et des exigences de son époque. Il s'agit d'envisager la culture et la vision du monde dans une interaction dynamique. C'est un principe universel aujourd'hui, mais qui s'effectue à grande vitesse en Afrique, suite à plusieurs facteurs, basés à la fois sur l'héritage du passé, mais aussi sur les contextes de la mondialisation actuelle qui tend à l'universalité du monde. Sous cet angle et dans les contextes de changement à plusieurs niveaux, réfléchir sur ce modèle de justice est important dans la mesure où le système en question viserait la réduction de la puissante tendance actuelle du monde à engloutir, dans un système global aveugle, les sociétés en quête de leurs identités.

Il faut rappeler que le pragmatisme juridique au Rwanda n'a pas été uniquement l'affaire des juridictions gacaca, mais avant cela cette approche a été mise à l'honneur dans les réformes juridictionnelles rwandaises du droit classique en combinant les sources des systèmes de *Common Law* et de *civil law*[423].

[423] Human Right Watch, *La loi et la réalité. Le progrès de la réforme judiciaire au Rwanda*, Kigali, juillet 2008.

VI.3.1.2. Le pragmatisme téléologique

Dans cette ligne, nous nous proposons d'opérer un déplacement du domaine de l'éthique. En effet, partant de la dynamique transformative du discours à l'action pratique de l'éthique comme science normative, Marc Maesschalck inspire d'une manière judicieuse notre propos sur le modèle dynamique juridique dans les lignes qui suivent :

> Son intérêt est plutôt de saisir un champ pratique dans sa dynamique évolutive, en tant qu'il comprend bien entendu des discours, mais également des actions, des productions institutionnelles et des positionnements collectifs visant à modifier des situations vécues[424].

Le point de vue que l'auteur souligne nous permet de saisir les transformations dynamiques de la normativité juridique vers les apprentissages à travers le processus communautaire, apprentissages qui se forment dans le processus pragmatique et qui construit ses principes à partir de ces apprentissages mêmes. Les apprentissages collectifs participeront à l'élaboration du système juridique ensemble avec l'autorité législative et politique.

Il faudrait éviter de tenir pour acquises les théories qui justifient les pratiques de justice déjà explorées comme étant les seules possibilités existantes. Notre thématique cherche à montrer que, dans tout domaine, des possibilités encore inexplorées existent et qu'il faut les essayer pour redynamiser à la fois le savoir et guider les pratiques de société. Pour pouvoir décoller, les outils méthodologiques existants sont nécessaires dans la recherche de nouveaux horizons de connaissance théorique.

Dans notre contexte, le pragmatisme téléologique juridique s'ouvre comme une de ces possibilités de recherche à essayer, étant donné que les modèles théoriques du droit dans ce continent ne sont pas suffisamment mis en honneur. Les raisons justificatives de cette situation font déjà partie des élaborations théoriques fructueuses dans ce domaine. Le pragmatisme téléologique appliqué en droit vient renforcer le pluralisme juridique en

---

[424] Marc Maesschalck, *Les transformations de l'éthique. De la phénoménologie radicale au pragmatisme radical*, P.I. Peter Lang, Bruxelles, 2010, p. 9.

l'inscrivant dans l'horizon de la théorie dynamique du droit. De cette façon le pragmatisme téléologique serait justifié.

En effet, le pragmatisme téléologique est le principal motif justificatif des pratiques de gacaca. La finalité poursuivie, qui s'est révélée dans ses actions malgré des essais et tâtonnements sur le plan épistémologique et dans les résultats sur le plan de ses objectifs, est un motif suffisant pour la garantie appréciative de gacaca.

Rendre justice aux procès qui la réclamaient est le résultat à la fois de la révélation de la vérité, non parfaite certes, et du démarrage du processus de réconciliation et ce sont des éléments rassurants de la justice quant à la finalité poursuivie et réalisée par les procès gacaca. Une telle affirmation ne relève pas d'un penchant quelconque, mais se justifie par les résultats dégagés dans les recherches qui nous ont inspiré surtout quelques années après le procès gacaca[425].

Le pragmatisme procéduraliste a progressivement cédé la place du dialogue collectif au bénéfice de la commission désignée à cet effet par l'État. Bien plus, gacaca néotraditionnel n'a pas su articuler suffisamment les sources culturelles dans le nouveau système créé. Sur le plan législatif, la loi écrite ne montre pas d'une façon systématique la grande place des sources culturelles dans la justice traditionnelle, telles que par exemple le rôle de la force des interdits culturels, le pouvoir de la parole, etc. De tels éléments et bien d'autres qui avaient du poids dans la tradition de la justice rwandaise précoloniale n'ont pas une place manifeste pour aider les juges qui n'avaient pas une formation juridique suffisante. C'est la faiblesse de la normativité juridique.

Toutes ces erreurs exigeaient l'apport de la méthode à appliquer dans les recherches dans ce domaine. Ces recherches n'étaient pas possibles au cours des pratiques de justice ; ce travail résulte plutôt des reculs successifs par rapport aux jugements déjà rendus. Des travaux simultanés de recherches approfondies mêlées aux pratiques en cours ne peuvent pas coïncider. Affirmer que gacaca a réalisé des pratiques expérientielles sans méthode serait une exagération abusive, mais il faut plutôt dire qu'il a mis en place

[425] Masengesho Kamuzinzi, *op.cit*.

une méthodologie non annoncée dans les textes, car un travail sans méthodologie ne peut aboutir à des résultats de quelque nature qu'ils soient.

Ensuite, des failles ont été observées dans les pratiques des juges inyamugayo pour interpréter les lois écrites. Ces juges, sans formation juridique mais reconnus par leur sagesse pratique et leur intégrité morale, se sont vus coincés devant un nombre considérable de lois, des procédures et des structures judiciaires sans y être suffisamment préparés. La formation qu'ils ont reçue ne correspondait pas à la tâche qui leur était confiée. Ils se sont retrouvés devant un problème d'interprétation des textes de loi qui commandaient largement leurs pratiques (interprétation des preuves, des sanctions, interprétation du sens du discours des aveux et de demande de pardon, etc.).

Ceci enrichirait largement le système africain de droit. Mais en même temps il faut procéder à une réappropriation de l'herméneutique pour tirer grand profit de cette méthode ; cette réappropriation consiste à adapter la méthode dworkinienne au contexte de la justice rwandaise pour tirer profit d'une formulation législative plus réaliste des textes de loi.

> Toute théorie du droit doit se comprendre elle-même comme une interprétation constructiviste qui tente de trouver un point d'équilibre entre les pratiques juridiques (application des règles) et leurs justifications sociales. Elle intègre donc toujours une certaine référence à un jugement externe ne fut-ce que sous la forme d'une certaine référence aux standards de moralité de la communauté d'appartenance, c'est-à-dire une référence à un état déterminé des idéaux de régulation sociale du groupe concerné[426].

Il ajoute que :

> L'originalité de cette synthèse est qu'elle parvient à inclure une dépendance du droit à l'égard des faits sociaux, tout en déterminant a priori les conditions de sa modélisation pratique dans la forme d'un engagement coopératif. Ce qui est en cause fondamentalement dans cette détermination de la reconnaissance sociale, c'est la confiance qu'ont les acteurs dans le potentiel de la gouvernance idéale du système de régulation. Cette confiance ne dépend ni de la définition conventionnelle des rôles dans le système ni des expériences réussies au sein des pratiques

[426] Marc Maesschalck, *Les transformations de l'éthique. De la phénoménologie radicale au pragmatisme social*, *op. cit.*, p. 211.

> rendues possibles par ce système. Elle dépend de l'action coopérative à laquelle le système juridique est capable d'engager ses agents officiels[427].

L'auteur souligne ici l'aspect coopératif des autorités politiques et des autres agents sociaux dans la construction non seulement des normes pour une durée déterminée, mais dans l'élaboration d'un système qui rend possibles et durables ces normes juridiques. Dès que ce système est mis en place, il facilite aussi l'effectuation de la gouvernance idéale construite par le pouvoir politique de la société. Cette gouvernance est aussi le résultat de la convergence des principes moraux et des normes juridiques du droit positif. C'est là le point de rencontre de l'herméneutique et du positivisme juridique. Les deux courants du droit ne doivent pas s'exclure s'il faut faire advenir l'édification d'un système juridique efficace et susceptible d'une meilleure coopération entre différents acteurs sociaux et entre eux et les officiels.

Nous reconnaissons, en faisant une telle analyse, le rôle du pragmatisme juridique qui a été mis en place au Rwanda, mais dont on peut reprocher le manque d'une inspiration théorique solide qui pourrait lui assurer des assises solides. Toutefois le travail qui est le nôtre a pour visée, comme nous l'avons montré précédemment, l'élaboration d'une théorie qui vise à restructurer dans un système d'ensemble les réalisations de ce système de gacaca pour lui donner ces bases explicatives qui lui manquaient. Nous nous inscrivons en faux contre le positivisme pragmatiste, pour accorder plus de place à un pluralisme qui reconnaît l'apport de l'herméneutique juridique. Celle-ci nous semble porteuse d'espoir pour le relèvement du système juridique africain étant bien entendu sa contribution à l'intégration des sources culturelles qui complètent d'une façon beaucoup plus utile le droit appliqué en Afrique.

Sans avoir recours à ces sources, le droit positif conservera ses blocages qui l'empêchent de devenir un système dont l'importance tient à l'un de ses penchants envers les richesses africaines, mais qui l'empêchent surtout de s'adapter au schéma mental de sa population ancrée dans l'univers des valeurs éthico-culturelles, ce qui constitue d'ailleurs sa différence par rapport aux autres sociétés. C'est ce qui par ailleurs est une grande richesse,

---

[427] *Ibid.*, p. 215.

car source d'équilibre et d'harmonie dans le domaine moral, mais aussi dans le vécu juridique.

Maesschalck conclut en soutenant l'approche herméneutique dworkinienne en disant : « À la suite de Dworkin, il est ainsi devenu plus satisfaisant le lien entre la pratique interprétative d'une communauté des praticiens et l'évolution du système juridique lui-même, en tant que système ouvert à son usage social[428]. »

La téléologie juridique est une caractéristique du pragmatisme juridique que nous retrouvons aussi dans le processus du fonctionnement de gacaca. Ce qui se remarque au Rwanda, c'est que la réglementation de gacaca a été plusieurs fois modifiée en fonction des questions nouvelles de la justice qui naissaient mais avec un seul objectif : parvenir à la justice à la fois qui punit et réconcilie la population dans un but final de rétablir les relations rompues par des crises historiques multiples.

Il est difficile de comprendre la visée de gacaca sans se représenter la nature de la société rwandaise et la situation conjoncturelle dans laquelle cette justice s'inscrit. La société rwandaise est une société historiquement divisée[429], non pas parce que cette division est une caractéristique de cette société, mais parce qu'elle est un fait de son histoire.

Notre position appuie le pragmatisme juridique sans toutefois glisser vers le penchant positiviste, mais plutôt herméneutique. La raison en est que le positivisme se construit sur sa logique déductive instrumentaliste et sa forme syllogistique qui exclut de cette façon les autres formes de logique inspirées d'autres sources juridiques.

Bref, nous sommes d'accord sur l'influence du pragmatisme juridique, mais qui exclut le positivisme du droit.

Les sources historiques kagaméennes d'anthropologie juridique ont aussi des aspects incomplets. Kagame s'est efforcé de présenter cette littérature mais avec un souci plus informatif que l'approfondissement du sujet en question. Il aurait fallu d'autres recherches plus approfondies et plus

[428] *Ibid*., p. 218.
[429] La division dans le sens de la discrimination.

complètes pour nous donner une connaissance claire du droit rwandais d'avant la colonisation. Cette connaissance historique du droit rwandais aurait comme résultat de fournir des bases solides pour remettre en question le système juridique du pouvoir colonial et, de cette manière, permettre au pouvoir en place de résister à la domination. Celle-ci a profité principalement de l'ignorance des peuples colonisés sur leurs droits fondamentaux et de l'absence d'une construction théorique solide des principes et des structures juridiques sur lesquels reposait le système de droit précolonial. Ceci aurait été le résultat de recherches juridiques africaines précédant la colonisation. Même après la colonisation, si ces recherches avaient été réalisées, les droits africains auraient résisté au nouveau système introduit et même la situation juridique d'aujourd'hui serait satisfaisante dans la prévention et la résolution de crises. Il y a eu du retard dans ce domaine, retard que le seul travail de recherche de Kagame n'a pas pu combler ni avant ni après lui. Le chantier qu'il a laissé constitue pourtant une base solide pour les études juridiques rwandaises aujourd'hui.

Le domaine de la théorie juridique en Afrique constitue aujourd'hui un domaine de recherche privilégié non seulement pour permettre d'asseoir des systèmes juridiques solides pour les résolutions des conflits récurrents en Afrique, mais aussi pour que ces recherches soient une des clés de solution pour une gouvernance démocratique dans ce continent et le moyen assuré de participer aux actions diverses dans le concert international. Qu'il s'agisse de la politique interne ou internationale des pays africains, la possibilité de gagner ce pari est basée sur leur capacité d'asseoir des systèmes juridiques solides qui sont le reflet de politiques nationales aussi solides de ce continent.

Le droit serait un outil important pour la libération de ce continent, s'il était couplé à des connaissances plus approfondies et interdisciplinaires des divers domaines axés sur les contextes d'avant et d'après la colonisation en Afrique.

VI.3.2. Du pluralisme pragmatique à l'herméneutique constructiviste

Gacaca a mis en œuvre un pragmatisme méthodologique comme simple pratique, en l'absence de laquelle elle n'aurait pas abouti aux résultats satisfaisants.

> La nature localisée et accessible de l'approche gacaca était perçue comme s'affichant en vif contraste par rapport à la déconnexion et à la lenteur du Tribunal pénal International pour le Rwanda (TPIR) désigné par les Nations-Unies[430] .

Aussi bien du côté de sa construction comme modèle de justice que de sa pratique, Gacaca a opéré à la fois comme un pragmatisme procédural et téléologique, qui articulait les normes du droit positif aux principes culturels de la société rwandaise. Le but final de gacaca était la reconstruction de la société qui, obligatoirement, devrait passer par la justice et la réconciliation. Cette justice était la seule voie qui restait, basée sur la responsabilité criminelle à la fois collective et individuelle, après que d'autres eurent échoué[431].

En définitive, l'herméneutique dworkinenne inclut à la fois l'approche pragmatique et celle procédurale. Dans sa visée de la meilleure signification possible, cette méthode ouvre le champ de donation du sens à tout phénomène juridique, au-delà de la seule activité du juge. Ainsi, la multiplicité méthodologique se ramène à l'unité du sens juridique contextualisé.

La méthode herméneutique dworkinienne questionne le positivisme juridique en même temps qu'elle établit ses limites. En effet, grâce à cette méthode, nous sommes allé au fond de la culture pour découvrir d'autres

---

[430] PRI, *Huit ans après : Le point sur le monitoring de la gacaca au Rwanda*, Kigali, 2010, p. 14. Cette même ONG comme d'autres recherches d'ailleurs, qualifient gacaca traditionnel de séances informelles. Ces séances étaient plutôt formelles étant donné qu'elles étaient reconnues par la société, ou par la coutume selon le langage du droit positif colonial.
[431] Idem.

sources qui étaient presque oubliées, ignorées ou cachées (Chap. III). Nous avons ensuite testé les pratiques jurisprudentielles de gacaca à partir de cette méthode dworkinienne. Les résultats des juridictions de gacaca nous ont révélé que l'approche mise en pratique dans la jurisprudence gacaca néotraditionnelle est celle du pragmatisme téléologique appuyé par le procéduralisme juridique.

Le procéduralisme se remarque par les expériences de gacaca qui ont suivi une procédure évolutive par des échecs et des améliorations progressives qui ont permis de corriger les erreurs à partir des ajustements législatifs et à travers des structures judiciaires pour faire avancer les procès. Il s'agit d'une approche pragmatiste, mais qui n'a pas été par avance suffisamment étudiée. Ceci n'apporte pas une contribution remarquable sur le plan théorique, il s'agit plutôt d'une preuve de faiblesse, sur le plan épistémologique de la méthode, qui conduit ce système à une dégradation plutôt qu'à une continuité évolutive qui doit caractériser toute démarche scientifiquement éprouvée. D'autre part, ces pratiques ont fait des erreurs liées au pragmatisme largement commandé par le contexte d'urgence des procès nombreux à juger par rapport au temps imparti assez limité suite aux différentes pressions, tant internes qu'externes, exercées sur le gouvernement rwandais pour libérer ou juger les prisonniers dans un bref délai. Le motif de ces erreurs est aussi dû au manque de connaissances juridiques suffisantes et à l'absence de maîtrise de la technicité judiciaire exigée par le système du droit positif moderne. Le pragmatisme méthodologique est inefficace tant au niveau de la législation que des pratiques judiciaires dans les juridictions populaires.

En effet, l'amendement répété des lois est le résultat de l'urgence contextuelle pour dissiper le blocage rencontré dans les expériences judiciaires de gacaca. Cette urgence influe sur toutes les actions tant législatives que jurisprudentielles et empêche le recul pour permettre une révision des lois et de la procédure institutionnelle sur base des réflexions mûries résultant des expériences qui permettent une évaluation réaliste et lente ; tout semble provenir de la vitesse des procès. Cette vitesse est contre-indiquée dans les procès judiciaires dans le système judiciaire ordinaire. L'on peut alors s'imaginer ce que peut être le résultat de jugements rendus dans ces conditions de pression sur la procédure judiciaire, surtout dans les

juridictions de crimes de portée inédite. Il s'agit de pressions financières, de rapports de journaux et d'autres médias étrangers, de la pression interne provoquée par la fragilité psychologique due à la culpabilité que l'on se fait suite à des préjugés sur des systèmes africains incapables de conduire leurs affaires avec maîtrise et dans une bonne direction.

L'on ne peut pas cacher les failles multiples du système gacaca, le manque de connaissance théorique suffisante en droit pour favoriser un tel passage du système juridique positiviste à celui de gacaca néo traditionnel, à peine en processus de construction. Dans des conditions normales, il aurait fallu plusieurs années pour étudier et mûrir le système à mettre en place dans de telles conditions de justice. Mais l'urgence des situations du génocide non prévues et défiant le système de justice existant n'autorisait pas de telles conditions, compte tenu de l'échéance limitée du travail juridique et judiciaire.

Bref, il faut dire que l'échec de la justice gacaca dans certains de ses aspects est dû à une convergence de facteurs, les uns indépendants du système lui-même et les autres à sa faisabilité. Sur le plan théorique, ces erreurs s'expliquent par l'absence de théories juridiques nécessaires pour des études approfondies des transformations qui affectent le passage d'un système à un autre au niveau de l'épistémologie juridique.

1. Rôle épistémologique de l'approche téléologique

L'interprétation téléologique repose sur des arguments qui justifient sa référence aux contextes pluriels. En effet, le pragmatisme juridique est une approche justificative de la justice gacaca post génocide, étant donné qu'effectivement elle vise le résultat de la justice et de la réconciliation de la société. Cette approche trouve son application surtout dans le type de droit jurisprudentiel.

Selon Benoit Frydman, « Le pragmatisme envisage le droit non pas comme un concept philosophique, mais comme un instrument, un outil qui

permet aux juristes de résoudre les problèmes dont ils ont la charge[432] ». Le pragmatisme est un courant de pensée né à partir du contact de l'expérience et de l'action.

Nous sommes en train de montrer que gacaca a pu accomplir sa tâche de rendre la justice pour des milliers de prisonniers accusés de participation au génocide contre les Tutsi. Il est important de rappeler que gacaca a pu se déployer grâce sa démarche jurisprudentielle qui s'est appuyée sur le principe méthodologique du pragmatisme juridique reconnu dans nombre de jurisprudences dans les divers domaines du monde juridique. Il est vrai que cette justice montre des failles à plusieurs endroits, surtout au niveau de la formulation théorique comme système de justice qui se situe dans sa phase d'initiation, du point de vue de ses investigations théoriques normatives. Toutefois, si les concepteurs de gacaca n'ont pas pu les expliciter d'une façon claire, l'approche de gacaca trouve son fondement dans un type de pragmatisme juridique justifié par certaines théories méthodologiques épistémologiques du droit. Cette approche ne s'écarte pas largement de celle de l'herméneutique dworkinienne[433].

L'internalité et l'externalité du droit conduisent à une remise en question du système juridique. Pour critiquer le droit, il faut sortir du droit et se positionner à distance par rapport à ce système, qui se considère lui-même comme autopoïétique, afin d'établir ses propres limites et d'envisager les possibilités de connexion avec les autres modèles du savoir, c'est là la voie pour échapper aux critiques de ses propres limites.

> Nous pouvons constater chez nous un certain déclin de la référence à l'intention de l'auteur et à l'histoire de la règle au profit de la recherche des solutions qui tentent de combiner la recherche de solution adaptée aux circonstances avec un recours aux principes généraux au fondement de l'ordre juridique. De manière non surprenante, ces observations

---

[432] Benoît Frydman, « La méthode pragmatique du Professeur Van Ommeslaghe », *Allocution prononcée à l'occasion de la conférence Perelman exceptionnelle du 26 novembre 2010*, ULB, Bruxelles, 2010.

[433] A y voir de plus près, l'approche pragmatique en droit s'apparente dans une certaine mesure à l'interprétation dworkinienne, lorsque surtout on se penche du côté de l'approche interprétative constructiviste, comme l'envisage Dworkin lui-même.

> rejoignent celles des auteurs de la Common Law, en particulier les travaux de R. Dworkin[434].

Une justice aussi complexe que la justice gacaca appliquée au contexte du grand crime reconnu par la politique du droit international qu'est le génocide, ne peut être appréhendée que sur base d'une convergence des méthodes, comme d'ailleurs des sources multiples appliquées à un tel contexte judiciaire complexe. La nature du crime et le contexte de la justice obligent au choix de méthodes pour parvenir à une solution estimée plus ou moins satisfaisante. Il ne s'agit pas à notre avis d'établir des limites de gacaca en se situant uniquement dans une seule perspective du droit positiviste, sans s'intéresser à l'étendue de la situation que ce crime engendre dans le domaine judiciaire.

Nous sommes revenu plus d'une fois sur la remarque de la complexité du crime de génocide, en particulier commis au Rwanda, sur plusieurs aspects qui ne peuvent s'analyser que sous un seul angle. C'est ceci qui explique la possibilité de convergence de la méthode herméneutique associée au pragmatisme méthodologique juridique, comme le montre Benoît Frydman.

> Il s'ensuit que l'étude du droit ne peut être dissociée du contexte social dans lequel la règle peut être mobilisée et produire ses effets. Cette thèse englobe l'idée, développée ci-avant, suivant laquelle le sens de la règle peut être déterminé par référence au contexte de son application, mais elle dépasse de beaucoup la question particulière de l'interprétation judiciaire et affecte la conception pragmatique du droit et ses méthodes dans leur ensemble[435].

La dynamique du modèle que nous avons envisagé implique dans le même temps celle des sources et de l'approche méthodologique juridique et judiciaire.

Il faut, dans ce sens, envisager l'interdisciplinarité tant du côté des objets que de celui des méthodes du droit pour lui offrir les opportunités de son enrichissement.

---

[434] Benoît Frydman, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'école de Bruxelles », in *Revue interdisciplinaires d'études juridiques*, Université Saint-Louis, Bruxelles, vol. 70, n° 1, 2013, p. 92- 98.
[435] *Ibidem.*

> Le juriste et le philosophe du droit ne sont pas extérieurs au terrain observé, ils y participent pleinement et à un double titre. D'une part, sur le plan technique, il appartient au juriste et au théoricien du droit, de construire, mettre au point, développer, expérimenter et transposer, au moyen des ressources de l'ingénierie juridique, les normes et les dispositifs qu'ils mettent ainsi à la disposition des acteurs dans le cadre de la lutte pour le droit. En outre, le juriste et le philosophe du droit sont eux-mêmes engagés dans cette lutte à laquelle ils prennent une part active, au service des causes qu'ils entreprennent de défendre[436] .

La dynamique du droit ainsi démontrée dans ces lignes ne concerne pas seulement le domaine du juridique privé, mais elle s'applique aussi à la recherche de l'innovation dans le domaine du droit pénal tant au niveau international qui s'intéresse aux grands crimes que du domaine interne considéré comme le champ particulier où se commettent ces crimes. Il y a des pratiques jurisprudentielles en tant que pratiques exploratoires de test d'approches et des épistémologies des sources juridiques qui renouvellent d'une manière extraordinaire les recherches et les applications actuelles du droit en divers domaines.

2. Herméneutique constructiviste et téléologique

Partant de ce qui a été dit précédemment (Chap. I), l'on remarque que l'absence de méthodes pour les études et les pratiques du droit en Afrique est une question épineuse qui n'a pas été suffisamment exploitée. L'on constate donc qu'une combinaison des méthodes serait un atout important pour résoudre cette crise (Chap. V). Nous avons proposé dans le chapitre précédent le croisement de méthodes qui offre une possibilité de pluralité d'approches pour produire des résultats qui répondent à la problématique du droit et de la justice en Afrique. Étant donné que le droit en Afrique est pluraliste, il faut aussi une méthode pluraliste. Le pluralisme pragmatique et méthodologique répond, à notre avis, à cette inquiétude méthodologique.

Nous estimons, quant à nous, qu'il ne s'agit pas d'une erreur de procéder par ce déplacement, car la jurisprudence repose sur les mêmes principes, qu'elle soit du domaine privé ou public du droit. Ceci se justifie par le fait

[436] *Ibidem.*

que la jurisprudence est fondamentalement une justice qui repose aussi bien sur la norme juridique que sur l'équité dont la visée essentiellement téléologique est de rendre justice.

La jurisprudence gacaca nous montre qu'il s'agit d'un pragmatisme juridique qui a fonctionné dans un processus continuellement réversible. Ce pragmatisme a fait qu'il a pu évoluer malgré des faiblesses qu'on peut lui reconnaître. Ceci nous amène à envisager une possibilité d'améliorations de cette justice en proposant de faire de cette jurisprudence un système consistant et permanent, non seulement par une systématisation des principes et normes juridiques, mais suivant l'objectif final de la justice. Il s'agit de proposer une approche qui la rende plus systématique, celle de l'herméneutique qui s'oriente vers une interprétation téléologique des questions juridiques tout en puisant, comme nous l'avons dit ailleurs, dans les sources juridiques culturelles qui permettent de mieux enraciner ce système de justice et de l'adapter aux contextes génétiques.

La méthode exégétique souvent avancée en droit classique ne répond pas à ce nouveau contexte du droit en Afrique. Il devient alors nécessaire de s'interroger sur cet aspect épistémique. La méthode pragmatiste téléologique appliquée par la jurisprudence gacaca devra être adéquatement complétée par celle d'interprétation téléologique, qui par ailleurs complète celle de Dworkin. Celle de Dworkin pourra nous aider à rechercher des sources qui ne sont pas contenues dans le droit positif, mais aussi à appliquer cette méthode d'interprétation téléologique pour faire avancer la jurisprudence qui constitue une des sources importantes en droit en Afrique.

Dans sa génétique, la méthode d'interprétation téléologique ou la méthode téléologique vise l'interprétation de la loi édictée par le législateur. Mais notre analyse nous révèle que les sources formelles ne suffisent pas pour rendre la justice en Afrique et faire évoluer le droit dans ce continent comme il le faudrait, en contextualisant les normes formelles du droit positif ; d'où la nécessité de proposer de nouvelles sources pour un but social dans l'application de la normativité juridique.

De nouvelles méthodes sont aussi nécessaires[437], de même que l'analyse approfondie de ces méthodes, dans le but d'étendre leur applicabilité. C'est pourquoi il est indispensable d'envisager un dépassement dans la compréhension de ces méthodes et leur application aux normes juridiques. C'est-à-dire envisager une proposition d'aller au-delà de ce qui est strictement prévu par la loi dans le but de faire évoluer la recherche, mais aussi de compléter la jurisprudence en élargissant les aspects variés de la source jurisprudentielle. La méthode est fonction des besoins sociaux de la justice. Ceci a conduit à l'évolution de la méthodologie dans le domaine de la jurisprudence par laquelle le juge se comporte comme législateur dans les contextes qui manifestent le vide juridique, notamment celui de grands crimes internationalement reconnus tels que le génocide.

3. Système du droit dynamique et contextuel pour une justice adaptée.

Le modèle que nous essayons d'élaborer est un modèle pluraliste, dynamique et contextuel. Son caractère dynamique devrait impulser le changement au sens de l'évolution par contextualisation des sources et des méthodes en vue de provoquer/impulser des pratiques sociales de justice (ou des pratiques juridiques). La contextualisation en question s'obtient au moyen de l'adaptation des objets juridiques aux contextes multiples de la société. C'est là le but final de la justice contextualisée.

La contextualisation de la justice exige une un constructivisme juridique bien pensé. Le dynamisme du modèle conduit à son tour à la contextualisation des objets juridiques et permet une création sociale des normes et des pratiques juridiques. C'est là le but du modèle en élaboration qui vise à compléter gacaca par cet effort de dynamisme et de contextualisation qui consiste à générer des apprentisages/pratiques de justice en conformité avec des exigences de société. Les objets juridiques sont des normes et des principes juridiques, des méthodes et des pratiques juridiques qui devraient mis en interaction permanente.

---

[437] Aurélien Porteuse, *Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne*, Editons Publibook, Paris, 2014.

En effet, l'approche pragmatique permet d'établir une relation active entre, d'une part, normes, principes et méthodes juridiques et, d'autre part, des apprentissages sociaux de justice. Ici, on se rappellera les sphères de justice que nous avons suggérées au chapitre précédent. Les sources et les méthodes juridiques devront générer des apprentissages juridiques, qui à leur tour pourront susciter l'auto-évalutation de l'effectuation de normes et méthodes ainsi que des institutions et structures de justice mises en place.

Le tout conduit, au-delà de la restauration de la société, ~~vers~~ à son perfectionnement en impulsant des forces créatrices dans les secteurs multiples du développement, à savoir : le développement scientifique et technologique, le développement économique ainsi que le développement d'une réelle gouvernance démocratique.

4. L'évolution de la légalité en droit en Afrique

Le principe de la rigidité de la loi juridique positive devra évoluer, pour donner de l'importance au principe de factualité que réclame le pragmatisme social.

Il nous revient donc de reconnaître gacaca, malgré certaines de ses failles, en mettant en évidence la dimension pragmatique dans le processus dynamique qui le constitue. C'est pourquoi il convient même de parler du droit gacaca néo traditionnel. L'approche qui l'a guidé est celle du pragmatisme que l'on ne retrouve pas souvent dans le système du droit positif classique.

Il y a donc des motifs solides qui nous poussent à l'analyser sous l'angle du pragmatisme téléologique qui vise avant tout une finalité sociojuridique de la justice comme problématique à résoudre. S'intéresser à cet aspect systématique aurait eu son importance à cet égard, mais la préoccupation prioritaire de l'autorité rwandaise était celle de la factualité. À cet égard, l'urgence était d'ordre pragmatique social avec visée téléologique.

En outre, notre analyse vise à compléter ce pragmatisme de gacaca pour poser des bases méthodologiques que nous estimons solides, celles de la recherche de sources à partir d'une méthode herméneutique qui recherche des sources dans un but de justice. De là nous constatons que, bien que cette

justice ait évolué sous forme d'essais et d'erreurs dans sa formulation législative et ses expériences judiciaires, la finalité a justifié clairement le motif de son existence comme système de justice devenu une pratique juridique et judiciaire ayant inspiré plusieurs chercheurs juristes et même des théoriciens du droit rwandais et étrangers.

5. De la souveraineté populaire à la souveraineté du juge

Pour pouvoir critiquer les deux tendances en opposition vis-à-vis de gacaca, il convient de nous servir de la méthode herméneutique dworkinienne. Selon Dworkin, toute activité qui vise la recherche du sens est une interprétation. En nous inscrivant dans cette ligne de pensée, nous nous sommes efforcé de découvrir le sens de la justice gacaca néotraditionnel dans l'objectif de réconcilier les deux courants (positions) pour et contre gacaca, principalement sur le point relatif au principe de la compétence et de l'indépendance des juridictions. Il convient de dire, à notre avis, que ces deux principes sont réunis dans le système gacaca néotraditionnel dans le principe de la délégation du pouvoir de juger.

En effet, le gacaca traditionnel n'avait pas le pouvoir de juger le crime de sang. Dans la société rwandaise précoloniale ce crime ne se vengeait pas par un autre crime. Mais dans le nouveau gacaca, il y a eu délégation du pouvoir du juge par la population qui possède la souveraineté au moyen des élections populaires des juges intègres. En élisant les juges gacaca, le peuple a délégué ce pouvoir dont il avait le monopole selon le principe démocratique. Dans le Rwanda ancien, la compétence de juger le crime était uniquement réservée au Mwami lorsque cela dépassait le principe de la vendetta. Étant donné le principe de la démocratie moderne qui consiste en la souveraineté du peuple et en sa capacité de le confier à ses représentants et aux juridictions, il a échu alors aux Rwandais de (confier) céder son pouvoir à ces élus qui sont des juges réputés pour leur sagesse dans la vie sociale et qui sont reconnus pour juger les auteurs du génocide contre les Tutsi. Selon le principe démocratique, ce n'est plus le roi ou toute autorité politique qui dispose du monopole de décision sur la gestion du crime de génocide que le pays n'a jamais connu dans son passé. Il en résulte que le

pouvoir revient au peuple de donner ou de retirer un mandat à ses filles et fils qu'il se choisit pour le bien commun.

Ce principe ne répond pas uniquement à la problématique de la compétence des juridictions, mais l'État a aussi cédé son pouvoir en se laissant substituer par la commission instituée pour le suivi de ces juridictions. Ce service n'est cependant pas mis en place par élection, mais mandaté par l'État au sens où il s'agit de partager des responsabilités compte tenu du poids de la mission des juges élus. Le service national du suivi de gacaca assume une double tâche qui consiste en l'administration du suivi et l'accompagnement des juridictions par la formation ou le service de coordination des activités, comme cela se fait dans le fonctionnement des juridictions ordinaires, qui assume cette double mission de juger et d'assurer l'administration de ses activités.

Il s'agit, à notre avis, d'une bonne politique de la justice qu'il faudrait soutenir, car elle répond à la logique démocratique. L'autorité politique accepte de partager son pouvoir avec la population à travers les juges élus ou une commission instituée. Cette politique marque un niveau de passage que les juristes positivistes n'ont pas mis en évidence. Il s'agit du passage de la tradition à la modernité juridique pour permettre une justice contextualisée.

Le droit, comme science, devra permettre une évolution de ses objets, de ses sources et de ses méthodes vers une dynamique beaucoup plus enrichissante qui ouvre des perspectives nouvelles consistant en l'intégration ou l'organisation à travers des structures nouvelles qui s'adaptent mieux aux impératifs nouveaux des sociétés. C'est dans ce contexte que le droit et la justice rendront un meilleur service à la communauté tout en s'ouvrant aux nouvelles perspectives du savoir et des apprentissages de la justice sociale. La problématique du courant postmoderne convie toute institution de connaissance et de pratiques à une recherche qui vise des modèles pluriels selon les besoins nouveaux de la société qui ne cessent de se faire jour à l'époque actuelle.

Parfois les méthodes de recherche peuvent figer l'évolution des connaissances scientifiques diverses. S'il est acceptable que le paradigme du savoir scientifique puisse changer, il faudrait agir dans ce même sens

concernant d'autres problématiques épistémologiques telles que les méthodes et les sources en ce qui concerne le domaine juridique, surtout dans le champ encore en friche du droit africain qui intéresse particulièrement notre étude. De cette façon, le chercheur sera convié à inventer et réinventer de nouveaux objets d'étude qui font avancer les savoirs dans des directions neuves. C'est ce que la théorie de Dworkin nous a permis de saisir à travers des objets épistémologiques qu'il a construits lui-même. La perspective de la dynamique juridique s'explique dans ce sens par la méthode herméneutique constructiviste qui laisse des espaces ouverts pour de nouvelles découvertes.

Cette herméneutique, après l'avoir prolongée et adaptée, nous l'avons mise au service de la compréhension de gacaca comme système susceptible de rendre service tant au domaine de la recherche africaine que de ses applications, aussi bien dans la prévention que dans la résolution des conflits. De même, cette méthode nous a aidé dans la compréhension de la manière dont gacaca traditionnel offre des opportunités pouvant mener à une forme de justice nouvelle et contextualisée.

La justice gacaca avait été comprise comme une justice mal élaborée et maladroitement appliquée. Sa loi et ses pratiques nous ont permis d'extraire une matière qui nous a servi d'outil pour une analyse susceptible de se prolonger plus tard, si nécessaire à travers de nouvelles pistes de recherches ultérieures. Il s'est avéré alors comme un système de justice et un paradigme de recherche intéressant le contexte africain actuel pour une remise en question des systèmes, dont l'évolution est remarquablement lente.

L'une des failles de gacaca est de n'avoir pas pu expliciter ce niveau de passage dans certains de ses textes légaux, comme par exemple dans le préambule de sa loi organique. Il a fallu des textes de lois qui montrent clairement les étapes transitoires de gacaca traditionnel vers gacaca moderne, les conditions de ce passage, de même que la justification des exigences de fonctionnement du nouveau mode institué.

À notre avis, les erreurs gacaca ne reposent pas principalement sur ses pratiques, bien que'à ce niveau aussi des erreurs soient observables, mais plutôt sur son mode d'élaboration qui aurait dû dissiper des conflits d'interprétation. Nonobstant ses amendements répétés, il a fallu aller plus

loin en fondant sa validité sur des bases théoriques suffisantes et solides plutôt que de laisser cette tâche à la jurisprudence. Ce sont en réalité les conséquences de la combinaison de deux systèmes du droit continental et de la *Common Law* sans harmonisation efficace.

Le déplacement de la méthode dworkinienne s'est révélé, pour nous, comme une avancée significative pour des études juridiques ultérieures destinées à l'Afrique. La méthode d'interprétation, il faut le reconnaître, est une herméneutique ouverte à la création de nouvelles connaissances dans les univers du savoir divers.

6. La problématique linguistique

Le langage a un grand rôle dans l'entreprise de la justice. Il y a un écart que nous remarquons qui se situe à plusieurs niveaux mais que nous pouvons principalement ramener à deux. D'abord la technique juridique se base essentiellement sur le principe de la rigueur conceptuelle. À l'inverse, la culture rwandaise ne se préoccupe pas de cet aspect. Transcrire les objets juridiques du système juridique positiviste moderne dans le contexte culturel en Afrique pose le problème de ce transfert conceptuel et de sa traduction. Ensuite, il s'agit de deux niveaux de discours : celui de l'écrit et celui de l'oral. Le discours oral caractéristique des cultures africaines n'épouse pas toutes les subtilités des concepts juridiques du droit positif créés, développés et appliqués dans un autre univers culturel.

Les deux motifs sont à la base, à notre avis, du vide juridique que l'on retrouve dans le système gacaca, dans sa législation et sa jurisprudence, et même dans les autres systèmes du droit africains. Il y a beaucoup de non-dits, aussi bien dans la législation que dans la jurisprudence de gacaca. Ces non-dits sont compris comme des lacunes du droit, tant dans sa formalisation que dans son application. Il faut de l'ingéniosité pour maintenir la richesse culturelle qui ne peut pas s'épuiser ~~pas~~ dans les tournures expressives du droit positif moderne héritier du cartésianisme, tout en tenant compte des précisions conceptuelles qui trouvent leur ancrage dans la culture. Il existe, en conséquence, des constantes culturelles dans tous les systèmes culturels du monde, mais aussi on peut remarquer des spécificités dans chaque univers culturel. La question épineuse est celle de

savoir comment maintenir ces deux pôles apparemment contradictoires mais mutuellement enrichissants.

7. L'impératif de cohabitation

L'impératif de cohabitation post génocide détermine la finalité de la justice gacaca. Après le génocide, les familles des survivants, d'une part, et les bourreaux et leurs familles, d'autre part, sont contraints de vivre ensemble. Cette situation représente un défi majeur que les autorités politiques et la société sont appelées à gérer. Le Rwanda est un petit pays du point de vue de sa superficie. Ceci fait qu'il y a une forte concentration démographique, tant dans les milieux urbains que dans les milieux ruraux. Cette cohabitation est facilitée d'abord par les différentes mesures mises en place dans le but de contribuer à la réconciliation et à l'unité nationale depuis la fin du génocide. C'est dans cette même perspective que l'on situe la justice gacaca. L'on peut affirmer que la justice gacaca a obtenu des résultats satisfaisants, si l'on observe aujourd'hui le niveau d'acceptation entre les groupes des Rwandais et du vivre ensemble au sein des espaces de vie partagés sur toute l'étendue du pays. Dans les milieux urbains, la population partage les mêmes quartiers, les mêmes milieux professionnels, les mêmes villes : Kigali et les villes provinciales. Ils fréquentent les mêmes services : services publics, services de santé, écoles, universités, appartenance aux mêmes mutualités, associations coopératives, etc.

Dans les milieux ruraux, la population se répartit dans les mêmes villages ; les individus et les groupes sociaux se retrouvent dans les mêmes associations coopératives, les mêmes églises, les mêmes marchés, etc. Cela ne serait pas possible sans un effort de vivre ensemble qui a été initié par différentes actions, y compris la justice gacaca, et les efforts de participation de la population. La preuve n'exige pas une recherche scientifique quelconque, mais une simple observation suffit pour s'en rendre compte.

Si l'on regarde de près, parmi les groupes Tutsi qui sont revenus d'exil après 1994, chaque famille a perdu au moins un parent ; et dans le groupe Hutu, presque chaque famille a un membre qui a été accusé et poursuivi pour avoir participé aux massacres du génocide. Dans une telle situation, et compte tenu de l'étendue géographique très étroite du pays, la cohabitation

ne serait pas possible sans un effort de la part de tous les groupes nationaux et sans une justice qui y a contribué d'une manière remarquable. Nous ne pouvons pas nier les erreurs qui ont été relevées dans les pratiques de gacaca, mais la situation actuelle de cohabitation entre les groupes sociaux au Rwanda est une preuve de sa contribution que l'on ne peut pas ignorer.

Ni le formalisme juridique, ni le respect des principes internationaux des droits de l'Homme, condition d'une justice équitable, ne pouvaient conduire à un tel résultat. Le pragmatisme juridique et téléologique au secours d'une justice culturelle a pu donner des résultats que nous venons de montrer. Le pragmatisme juridique se comprend, en définitive, comme une doctrine et une méthode juridique de résultats et d'efficacité**.**

Conclusion

Le droit actuel devra accorder plus de place à l'aspect substantiel qu'à l'aspect formel, à la finalité plus qu'aux normes procédurales. De cette façon le pragmatisme téléologique aura plus de place dans le renouvellement du mode de justice pour ainsi permettre aux recherches théoriques d'envisager de nouveaux systèmes qui permettent au droit de dépasser son cercle formaliste. Le dépassement ne se fera pas suivant une ligne droite, mais à partir des convergences de systèmes qui s'influencent, mais aussi qui peuvent s'exclure, tout en gardant un même objectif, celui de la justice. Pour éviter le monisme ou même le dualisme de perspective, il faudra~~it~~ favoriser une diversité de sources et de méthodes, ce qui permettra aux théories juridiques d'aller plus loin. De ce point de vue, la pluralité de sources associée au pluralisme méthodologique conduira à une téléologie judiciaire de manière à parvenir à une justice véritable et digne. Ceci exige un grand effort d'invention et de réinvention des systèmes comme de ~~la~~ créativité juridique remarquable.

À notre avis la théorie dworkinienne nous y a convié, parfois même de manière imparfaite sous un certain angle de vue lorsque l'auteur affirme que l'interprétation juridique doit viser la meilleure signification possible.

C’est là, en définitive, la mise en rapport du droit et de la justice que nous avons proposée tout au long de ce parcours. La tâche, certes, n’est pas achevée, il faudra aller encore plus loin dans l’exploration des multiples champs de savoirs et des pratiques en perspective en Afrique qui sont en latence, attendant d’autres recherches approfondies et d’autres pratiques pour un renouvellement continuel de société.

Conclusion générale

Notre problématique consistait en l'analyse du rapport du droit à la justice. Ce rapport est celui de l'instrument et de sa finalité. Il s'agit en d'autres termes d'examiner dans quelle manière le droit pourrait nous conduire à une véritable justice. Pour parvenir à ce but, il nous a fallu suivre un itinéraire qui consistait en une analyse à la fois des sources et des méthodes du droit pouvant nous aider à parvenir à une justice solide et efficace en Afrique.

En effet, partant de son histoire, le continent africain a été depuis longtemps le lieu de multiples injustices sous couvert de systèmes juridiques modernes exprimés dans des structures formelles solides du droit positiviste. Suivant la ligne de Kelsen, le droit positif est une science comme toutes les autres sciences de la nature, transposable dans toutes les sociétés humaines, partant des critères épistémologiques universels des sources et des méthodes juridiques.

L'analyse du premier chapitre nous a permis de dégager des failles remarquables du positivisme juridique sur plusieurs points de son système, de ses principes et de ses structures formelles. Nous nous sommes servi des données de la théorie juridique de Ronald Dworkin pour évaluer les limites du positivisme juridique moderne. Plusieurs angles étant possibles, nous avons intentionnellement préféré l'orientation de Dworkin, compte tenu non seulement des critiques qui ont remis en question le droit moderne, mais aussi et surtout des voies de solution qu'il nous a proposées, celles des sources et de la méthode juridique contredisant le système juridique classique. Ayant été lui-même formé au droit positiviste et ayant exercé la carrière du juge et d'enseignant, Dworkin a pu suggérer le dépassement des limites du positivisme tout en proposant d'autres éléments qui servent de sources pour aller plus loin, surtout face aux questions épineuses qui débordent de la jurisprudence. Ce sont des sources morales, que lui-même appelle des principes de justice, qui, à son avis, sont susceptibles de venir au secours des limites du système du droit positif qu'il a étudié.

En opérant le déplacement de ces sources dans le contexte rwandais et africain, nous avons pensé réaliser un grand tournant de la théorie du droit susceptible de remettre en cause le système juridique importé de la colonisation et longtemps appliqué sans que l'on puisse évaluer ses faiblesses, en vue de remédier à la situation de la justice qui en résulte. Partant de ses sources et de sa méthode, le modèle dworkinien nous a aidé à réévaluer le positivisme, tant au niveau de la construction théorique que pratique. Cette théorie dworkinienne nous a permis en même temps de procéder à une appréciation du système gacaca.

Issue d'une justice traditionnelle précoloniale et récupérée après le génocide de 1994 au Rwanda, cette justice nous a permis de déterminer ses conditions d'insertion éventuelle dans le système de droit moderne. Cette réévaluation s'est centrée essentiellement sur l'analyse de sa généalogie depuis l'époque précédant la colonisation jusqu'à la situation post génocide.

Notre recherche s'est focalisée fondamentalement sur l'analyse des sources, principalement des sources culturelles en matière de justice, de droit et d'histoire du droit, ainsi que d'autres méthodes susceptibles de nous aider à retrouver, dans les décombres de la culture, un enrichissement pour une nouvelle forme de régulation sociojuridique efficace.

Le problème de la justice dans la contribution au développement joue un rôle central dans plusieurs secteurs, allant du domaine privé au domaine public. Nous pensons tout particulièrement au domaine de la famille, au domaine foncier, ainsi qu'aux mécanismes propres au Rwanda pour résoudre les conflits post-génocide. Le droit dans notre pays manque d'études approfondies qui visent la réévaluation du positivisme juridique tel qu'il est étudié et appliqué dans les pays africains.

Notre proposition d'un type particulier de pluralisme juridique pourra aider dans ce domaine à réconcilier modernité et tradition. Un droit et une justice mieux enracinés dans la culture jouent un rôle de ferment important pour un développement efficace et durable. Le développement au Rwanda a besoin d'une régulation sociojuridique solide et efficiente.

Depuis une dizaine d'années, la politique de notre pays est orientée vers la recherche de solutions aux problèmes sociaux et de développement à partir des principes et valeurs de la culture, comme la médiation du gacaca,

le contrat de performance (*imihigo* en kinyarwanda) et le travail collectif (*umuganda* en kinyarwanda) en matière du droit de travail, la solidarité sociale (l'*ubudehe* en kinyarwanda*)* en matière d'assurance des soins de santé, l'identité citoyenne (*ndumunyarwanda* en kinyarwanda), en matière d'identité nationale, etc. Toutes ces politiques publiques enracinées dans la culture nécessitent encore des recherches qui permettent d'en évaluer et d'en consolider les effets en termes de régulation sociojuridique et même économique. Nous epérons, à ce niveau, grâce aux recherches ultérieures, une contribution à cet édifice de régulation sociale et juridique inspirée des valeurs et de la philosophie de la culture rwandaise. Certes, les théories visant à repenser le droit et la gouvernance en Afrique sont non seulement une nécessité, mais aussi une urgence.

La problématique de la justice, comme nous avons pu le constater, concerne tous les aspects de toute société politique, partant des structures de la justice judiciaire jusqu'aux aspects de l'implémentation des politiques publiques du développement, même à l'échelle locale. Le phénomène de la régulation juridique étant incontournable dans tout secteur de la vie humaine, il s'avère nécessaire que cette réglementation emprunte une voie compatible avec les mœurs et habitudes de chaque société culturelle. C'est pourquoi, dans le but d'assurer une justice adéquate, le droit devra s'assurer qu'il incarne dans ses normes les caractéristiques de l'environnement socioculturel de son application. Cela permet non seulement de garantir une justice intégrée, mais aussi de redynamiser toutes les couches de cette société de manière à les rendre partie prenante et acteurs dynamiques dans l'élaboration et la mise en pratique des normes qui doivent les régir. C'est là la signification véritable de la procéduralisation du droit.

Notre objectif n'est pas de décharger l'État de la responsabilité de l'organisation politique de la société à l'aide des structures et institutions au sein de son territoire national. Il s'agit plutôt d'élargir la gestion des espaces et des biens communs en impliquant les citoyens qui sont aussi des acteurs importants dans le processus et la dynamique de la société en vue de maximiser les résultats et d'étendre les opportunités à tous les secteurs et échelons nationaux. Il s'agit aussi de promouvoir les droits et libertés des sujets dans les affaires qui les concernent en tant que citoyens et acteurs dans les divers secteurs de production nationale.

En étudiant gacaca, notre but n'était pas uniquement d'évaluer les aspects jurisprudentiels de cette justice, ni de vouloir faire découvrir sa génétique, bien que cela soit aussi indispensable. L'étude nous aura servi de clé pour comprendre l'enracinement sociojuridique du système gacaca. Outre l'évaluation du fonctionnement de ce système de justice, il s'agissait surtout de partir de gacaca pour analyser le système de justice dans sa globalité en vue de le refonder sur des bases théoriques, des sources, des méthodes juridiques, plus consistantes, notamment épistémologiques. Cette perspective nous a permis de remédier aux difficultés que rencontre la justice en Afrique, en s'efforçant de réviser les systèmes juridiques de ce continent, difficile à mettre en œuvre. La lenteur de l'évolution de ces systèmes a impacté remarquablement la vie nationale des pays africains.

En effet, il est bien attesté que des institutions nationales solides aujourd'hui, tant en Afrique qu'ailleurs, reposent sur des bases juridiques pour être efficaces et durables et pour répondre aux besoins urgents des populations. La façon de transformer ces institutions dans le but de les rendre plus solides est d'analyser les outils théoriques qui permettent d'évaluer l'élaboration du système de justice gacaca, mais aussi sa solidité sur le plan de la justice applicable dans les structures judiciaires des différents secteurs de la pratique juridique des personnes et des groupes. C'est à partir de là que la gouvernance sera véritablement démocratique et les droits fondamentaux des citoyens respectés. C'est aussi une méthode efficace pour éviter, de manière durable, les conflits récurrents en Afrique.

Plutôt que de vouloir prioritairement mettre en place des moyens et stratégies pour résoudre les conflits, il faudrait prévoir la façon de stabiliser les institutions, ce qui est la condition *sine qua non* d'une paix durable et d'un développement harmonieux pour ce continent. Il arrive que les normes du droit positiviste ne s'articulent pas d'une manière cohérente avec le tissu culturel, ni avec la justice sociale exigée par le contexte d'application des normes en question. Ce qui compte, aux yeux des populations qui réclament justice, ce ne sont pas des normes bien structurées selon une technique hautement élaborée par de grands experts en matière de droit formel, mais c'est plutôt la finalité poursuivie. C'est l'effectivité et la légitimité du droit qui passent avant les meilleures formes du juridique que l'on puisse envisager. L'herméneutique juridique et téléologique pourrait mener à ce

but. Cela dit, un système dynamique du droit, tel que celui que nous avons essayé de suggérer, exige des méthodes nouvelles, ou celles existantes mais contextualisées.

La question de concilier la justice et la réconciliation des Rwandais apparaît de prime abord comme une gageure, étant donné que ces deux objectifs ont des visées opposées. La justice vise le jugement des auteurs des faits reconnus comme des actes criminels alors que la réconciliation, pour sa part, poursuit uniquement l'entente entre les protagonistes à partir de la reconnaissance des torts par l'auteur, suivie de la demande et de l'octroi du pardon par la partie lésée, ces principes étant régis par la justice restaurative.

Suivant les données de notre recherche, la justice gacaca est parvenue à relier les deux objectifs, même si l'accomplissement de sa démarche et de ses pratiques n'a pas été parfaitement réalisé, comme c'est, d'ailleurs le cas de toute justice humaine.

L'approche mise en œuvre est celle du pragmatisme qui, certes, a accusé des lacunes. Il faudrait signaler immédiatement qu'il s'agissait d'une méthode qui a permis à cette justice d'évoluer selon le principe pragmatique d'essais et erreurs. Il y a eu, dans le processus de gacaca, et à plusieurs reprises, des amendements des lois et des ajustements des structures juridictionnelles. Le tout visait un objectif commun, celui de la reconstruction de la société à l'aide de l'approche pragmatiste et téléologique de façon inventive.

Téléologisme, pragmatisme ont inspiré les mesures de gacaca post génocide et méritent des critiques, sans qu'il faille pour autant devoir déprécier ou rendre ce système de justice nul. Elles constituent par contre des moyens de renforcer celui-ci par des apports dont le but est d'apporter des améliorations, pour le rendre plus efficace dans l'avenir du continent africain. Le modèle dynamique du droit se caractérise donc par le pragmatisme juridique résultant de l'interprétation téléologique des normes et des principes juridiques.

Les prises de position des juristes positivistes par rapport à la justice gacaca sont certes nécessaires, mais elles n'empêchent pas que cette approche pragmatiste soit reconnue dans la justice post génocide, après

d'autres expériences dans les autres domaines du droit, surtout du droit économique, malgré les failles qui lui sont reconnues.

La question que l'on aura à se poser est celle de la hiérarchie des normes juridiques du modèle en élaboration. Si cette problématique ne concerne pas uniquement le modèle pur du droit de Kelsen, peut-on alors admettre que même un autre modèle comme le modèle dynamique que nous élaborons pour l'Afrique possède aussi cette hiérarchisation des normes et des principes qui le constituent comme système ? Le bouleversement de toutes les institutions en Afrique par la colonisation a trouvé sa forme dans le droit positif. La fabrique du droit en Afrique coloniale a été un travail de copier-coller des lois des pays métropolitains sans tenir compte des structures socio-politiques et culturelles existantes.

C'est pourquoi les efforts de production et de transformation du droit et de la justice hérités de la colonisation sont beaucoup plus lents eu égard aux urgences suscitées par des questions diverses de normes institutionnelles et du droit judiciaire après cinquante ans d'indépendance africaine.

Poser la question du droit et de la justice en Afrique, c'est aussi interroger les conditions de sécurité et de développement qui sont aussi des questions épineuses. Notre étude vise aussi à répondre à ces questionnements en analysant la problématique du modèle de justice qui prend les deux bouts de l'histoire de l'Afrique : l'Afrique précoloniale et post coloniale marquée par des moments critiques de discrimination ethnique ou de conflits régionaux sempiternels. En réalité le phénomène qui a pu déclencher toutes ces inquiétantes interrogations, suivies de recherches, est celui du génocide contre les Tutsi au Rwanda en 1994. La question globale est celle de savoir si l'héritage laissé par ce passé en matière de droit et de justice a suscité des études et des recherches sans aboutissement ou l'inverse et quelles en sont les conséquences dans la vie globale des Africains.

« Les institutions impliquent toujours des structures sociales et une conception qui ne se transfèrent pas d'une société à une autre[438] ».

[438] Joseph Nambo-John, *op. cit.*, pp. 325-343.

Si la justice gacaca continue à susciter des débats scientifiques provenant d'horizons de recherche divers, elle aura, à notre avis, atteint l'un de ses objectifs essentiels de redynamiser les droits et la justice dans le continent africain. Ces recherches, espérons-nous, susciteront des actions tant d'autres chercheurs que des décideurs politiques en vue d'améliorations qui concourent à la réalisation d'une bonne gouvernance et d'une meilleure protection des droits fondamentaux des citoyens. Cette justice pourra donner lieu à l'arrêt des conflits récurrents dont les populations africaines sont perpétuellement victimes.

Sous cet angle, les débats contradictoires dans le domaine de la recherche sur les juridictions gacaca ne sont pas un conflit stérile. Il s'agit plutôt d'une impulsion génératrice d'initiatives dont les chercheurs africains ont besoin pour aller plus avant dans des domaines divers. Ces débats sont exigés pour renforcer les connaissances multidisciplinaires et complémentaires.

L'Afrique a été, et depuis bien longtemps, considérée comme un continent de stagnation, eu égard aux lacunes provoquées par un passé non assumé et non maîtrisé dont l'une des conséquences néfastes est caratérisée par le manque de chercheurs orientés surtout vers une recherche interdisciplinaire plus accrue. Des recherches sont produites par des Africains et des non-Africains sur l'Afrique, mais leurs lacunes sont dues à l'absence d'une vision convergente et orientée vers la solution des problèmes à partir de perspectives multiples. C'est un combat de géant qu'il faut sans cesse mener et qui a pour objectif de se lancer dans la course que suscite la globalisation du monde actuel. Celle-ci exige des efforts soutenus pour remporter le pari du progrès sous ses différentes facettes. Les exigences épistémologiques qui inventent et réinventent des paradigmes et des méthodes nouveaux constituent un atout pour y parvenir.

Notre tâche dans ce travail n'a pas consisté en un travail d'élaboration conceptuelle systématiquement construite, mais détachée de la vie. Face à la mémoire des victimes des cruautés de 1994 au Rwanda, nous avons préféré être les témoins de cette horreur et de la vulnérabilité de victimes sans défense. De cette manière, nous avons essayé de comprendre, en vain, en scrutant la justice, les motifs qui ont aveuglé les autorités et les acteurs du génocide jusqu'à les inciter à infliger le mal radical du génocide non

seulement à ces hommes, femmes et enfants victimes, mais aussi à l'humanité tout entière que ces victimes représentent à ce moment et dans ce lieu même. Nous avons sans cesse en mémoire ces événements, chaque fois que le soleil se lève ou se couche, signe de l'alternance de leurs souffrances qui ne tenaient compte ni du jour ni de la nuit, pendant une longue période de temps. À ce moment même, le Conseil de sécurité des Nations Unies continuait de siéger sur d'autres urgences. Alors que casques bleus et d'autres agents onusiens étaient présents au Rwanda, les corps des victimes continuaient à joncher les rues de Kigali et des autres lieux ruraux où habitaient des Tutsi[439].

Notre travail reflète enfin la rencontre de ces deux mondes : le monde du sujet et celui de la société civile, les deux s'articulant autour du crime et du jugement, crime infligé par l'État à ses citoyens qu'il avait l'obligation à la fois morale et juridique de protéger.

Notre travail de thèse, estimons-nous, offre dans ce sens une petite contribution orientée essentiellement sur la théorie de la norme juridique et l'analyse critique d'autorégulation à travers des processus de réforme multisectorielle.

La perspective de notre recherche sera de susciter des chercheurs de secteurs divers et de les inciter à se lancer dans des projets pour un avenir meilleur du continent. Cela, à l'aide des opportunités possibles et accessibles et en vue d'élargir les horizons vers des secteurs tels que le développement de la coopération économique et des politiques publiques administrées par une régulation juridique solide qui vise une meilleure intégration des aspects multiples, y compris ceux des valeurs de la culture.

[439] Nous faisons référence principalement à Bisesero, montagnes de Kibuye, province de l'ouest du Rwanda, où pendant plusieurs mois, un grand nombre de Tutsi attendait en vain le secours de l'armée turquoise.

Bibliographie

---

1. Ouvrages généraux

- Bijne Melkevik (2001), *Rawls ou Habermas : une question de philosophie du droit*, Bruylant, Bruxelles.
- Bioy Xavier (2003), *Le concept de la personne humaine en droit public : recherche sur le sujet de droits fondamentaux*, Dalloz, Paris.
- Bouretz Pierre (1991), *La force du droit : Panorama des débats contemporains*, Ed. Esprit, Paris.
- Brimo Albert (1978), *Les grands courants du droit et de l'Etat*, 3e édition, Pedone, Paris.
- Cornu Gérard (2014), *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, Paris.
- Cherot Jean-Yves et Frydman Benoît (2012), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Bruxelles.
- Diebolt Serge (1990), *Le droit en mouvement. Eléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse de doctorat, Université de Paris X-Nanterre.
- Dobiel Jean-Partick (2003), *L'intégrité morale et la vie publique*, Nouveaux horizons-ARS, Paris.
- Druet François-Xavier et Ganty Etienne (dir.) (1999), *Rendre justice au droit. En lisant le Juste de Paul Ricœur*, Presses Universitaires de Namur, Namur.
- Dubouchet Paul (2001), *Le modèle juridique. Droit et herméneutique*, L'Harmattan, Paris.
- Dubouchet Paul (2003), *Commons et Hayek. Défenseurs de la théorie normative du droit*, L'Harmattan, Paris.
- Dubouchet Paul (2005), *Philosophie et doctrine du droit chez Kant, Fichte et Hegel*, L'Harmattan, Paris.
- Durkheim Emile (1960), *De la division du travail social*, PUF, Paris.

- Durrkheim Emile (1907), *Les règles de la méthode sociologique*, Alcan, Paris.
- Feriel Kandil (2012), *Fondements de la justice*, PUF, Paris.
- Frydman Benoît (1999), *Les transformations du droit moderne. Introduction aux grands courants de la pensée moderne*, Kluwer Editions Juridiques Belgique, Bruxelles.
- Goyard-Fabre Simone (1992), *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, Paris.
- Gurvitch Georges (1940), *Eléments de sociologie juridique*, Aubier, Paris.
- Larousse (2005), *Grand dictionnaire de la philosophie*, Larousse-CNRS.
- Levinas Emmanuel (1971), *Totalité et infini. Essai sur l'extériorité*, Martinus Nijhoff, La Haye.
- Mazabraud Bertrand (2017), *De la juridicité. Le droit à l'école de Ricoeur*, Presses universitaires de Rennes, Rennes.
- Renard Georges (1930), *Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, vol. I., Sirey, Paris.
- Gibet Lafaye Caroline (2006), *La justice comme composante de la vie bonne*, Les presses de l'Université de Laval, Laval.
- Gilissen John (dir.) (1972), *Le pluralisme juridique*, éd.de l'Université de Bruxelles, Bruxelles.
- Gunnarsson Asa et al. (dir.) (2007), *Exploiting Limits of Law. Swedish Feminism and the challenge to Pessimism*, Ashgate Publishing, Farnham (UK).
- Herrera Carlos Miguel et al. (2001), *Actualité de Kelsen en France*, Bruylant, Bruxelles.
- Hoffer Otfried (1993), *Principes du droit*, Cerf, Paris.
- Hubien Hubert (1971), *Le raisonnement juridique*, Bruylant, Bruxelles.
- Habermas Jürgen (1997), *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, Paris.
- Kant Emmanuel (1971), *Métaphysique des mœurs. Première partie : Doctrine du droit*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris.

- Lajoie André et al. (1998), *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruylant, Bruxelles.
- Lenoble Jacques et Maesschalck Marc (2011), *Démocratie, Droit et Gouvernance*, Les Editions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, Sherbrooke (Québec).
- Lenoble Jacques (1994), *Droit et communication : La transformation du droit contemporain*, Cerf, Paris.
- Lenoble Jacques et Berten André (1990), *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Ed. Story-Scientia, Bruxelles.
- Lenoble Jacques et Maesschalck Marc (2009), *L'action des normes, Eléments pour une théorie de la gouvernance*, Les éditions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, Sherbrooke (Québec).
- Lerminier Eugène (1829), *Introduction générale à l'histoire du droit*, Tarlier, Bruxelles.
- Maesschalck Marc (2010), *Les transformations de l'éthique. De la phénoménologie radicale au pragmatisme radical*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles.
- Maesschalck Marc (2014), *La cause du sujet*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles.
- Martial-Braz Nathalie et al. (2011), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, ed. Economica, Paris.
- Mazabraud Bertrand (2017), *De la juridicité. Le droit à l'école de Ricoeur*, Presses universitaires de Rennes, Rennes.
- Ost François et van de Kerchove Michel (2002), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses universitaires Saint-Louis, Bruxelles.
- Ost Fançois et van de Kerchove Michel (1987), *Jalons pour une théorie critique du droit*, FUSL, Bruxelles.
- Perelman Chaïm et al. (1971), *La règle du droit*, Emile Bruylant, Bruxelles.
- Platon (2002), *La République. Livre VI*, Flammarion, Paris.
- Portuese Aurélien, *Le principe d'efficience économique dans la jurispudence européenne*, Ed. Publibook, Paris.
- Posner A. Richard (2001), *Frontiers of legal theory*, Havard University Press, Havard.

- Poulain Jacques et al. (2010), *Justice, droit et justification. Perspectives transculturelles*, Peterlang, Bruxelles.
- Rabault Hugues (1997), *Interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, Paris.
- Rawls John (1987), *Théorie de la justice*, Seuil, Paris.
- Renaut Alain et Sosoe Lucas (1991), *Philosophie du droit*, PUF, Paris.
- Ricœur Paul (1995), *Le juste*, éd. Esprit, Paris.
- Ricœur Paul (2001), *Le juste 2*, éd. Esprit, Paris.
- Ricœur Paul (2005), *Le juste, la justice et son échec*, Ed. L'Herne, Paris.
- Ricœur Paul (2008), *Amour et justice*, Ed. Points, Paris.
- Rigaud François (1997), *La loi des juges*, éd. Odile Jacob, Paris.
- Rorty Richard (1990), *L'homme spéculaire*, Seuil, Paris.
- Rorty Richard (1993), *Contingence, ironie et solidarité*, Armand Colin, Paris.
- Rouland Norbert (1991), *Aux confins du droit : anthropologie juridique de la modernité*, PUF, Paris.
- Rouland Norbert (1988), *Anthropologie juridique*, PUF, Paris.
- Rouland Norbert (1990), *Anthropologie juridique*, PUF, Paris.
- Solberg P.-C. et Cros Guy-Charles (1930), *Le droit et la doctrine de la justice*, Ed. Felix Alcan, Paris.
- Touraine Alain (2005), *Un nouveau paradigme. Pour comprendre le monde d'aujourd'hui*, Fayard, Paris.
- Trigaud Jean-Marc (1987), *Essai de philosophie du droit*, Studio editoriale di cultura.
- Trigaud Jean-Marc (1988), *Philosophie juridique européenne, les institutions*, L.U, Japadre editore.
- Van Den Bossche Marc (2004), *Ironie et Solidarité. Une introduction au pragmatisme de Richard Rorty*. L'Harmattan.
- Villey Michel (1975), *Introduction au droit*, Dalloz, Paris.
- Villey Michel (1975), *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrétien, 4 ème éd., Paris.
- Wijfells Alain (2010), *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, PUF, Paris.

B. Droit positif

Ouvrages

- Béchillon Denys (1997), *Qu'est-ce qu'une règle de Droit* ? Odile Jacob, Paris.
- Carbonnier Jean (1988), *Flexible droit : pour une sociologie sans rigueur*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, ~~1988~~.
- Grzegorczyk Christophe, Michaut Françoise et Tropper Michel (1992), *Le positivisme juridique*, E.A.J., Paris.
- Hart Herbert Lionel Adolphus (1976), *Le concept de droit*, FUSL, Bruxelles.
- Bergel Jean-Louis (2005), *Le pluralisme*, PUAM, Aix-en-Provence.
- Kelsen Hans (1945), *General Theory of Law and State*, New York, Russell and Russell Publishers.
- Kelsen Hans (19477), *Théorie générale du droit et de l'Etat*, New York, trad. de Béatrice Laroche, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Kelsen Hans (1953), *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, trad. Thévenaz Henri, éd. La Braconnière, Paris**.**
- Kelsen Hans (1962), *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisnmann, ed. Dalloz, Paris.
- Kelsen Hans (2005), *Controverses sur la Théorie pure du droit : remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, trad., Panthéon – Assas, Paris.
- Marchal Pierre (2014), *Principes généraux du droit*, Bruylant, Bruxelles.
- Scapelli Uberto (1996), *Qu'est-ce que le positivisme juridique* ?, trad. Colette Clavreul, Bruylant L.G.D.J., Paris.
- Teubner Gunther (1989), *Le droit, un système autopïétique*, PUF, Paris.

Articles

- Bouthroumieux Charles (1951), « Une critique allemande du positivisme »**,** in *Revue internationale de droit comparé, 3*(1), pp. 81-90.
- Chénot Bernard (1953), « L'Existencialisme et le Droit », Revue française de science politique, *3*(1), pp. 57-68
- Lemasson Laurent (2008), « La démocratie radicale de Jürgen Habermas. Entre socialisme et anarchie », in *Revue française de science politique*, *58*(1), pp. 39-67.
- Pierre Noreau (2011), « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté… à la recherche de soi », *Les Cahiers de droit, 52*(3-4), pp. 687-710
- Tine Antoine (2000), « Jürgen Habermas : entre pluralisme et consensus. La réinvention de la modernité ? », *Ethiopiques*, 64-65.

C. Pluralisme juridique

- Braibant Guy, Canivet Guy et Commaille Jacques (2007), *Perspectives juridiques*, PUF, Paris.
- Commaille Jacques et Kaluszynski Martine (2007), *La fonction politique de la justice*, La découverte, Paris.
- Chazel François (2003), *Du pouvoir à la contestation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.
- Chazel Francois et Commaille Jacques (1991), *Normes juridiques et régulation sociale*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.
- Chénot Jean-Yves et Frydman Benoît (2012), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Bruxelles.
- Coleman Jules (2001), *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- François Lucien (2001), *Le cap des tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Bruylant, Bruxelles.
- Kymlicka Will (2003), *La théorie de la justice. Une introduction*, 1990, trad. fr. Marc Saint-Upéry, La Découverte, Paris.
- Lajoie André et al. (1998), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruylant, Bruxelles.

- Lebel-Grenier Sébastien (2002), *Pour un pluralisme radical*, Thèse de doctorat, Université McGill, Montréal.
- Masaji Chiba (1989), *Legal pluralism. Toward general theory through Japanese Legal culture*, Tokai University Press, Tokyo.
- Otis Ghislain (2013), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, Paris.
- Romano Santi (2002), *L'ordre juridique*, Dalloz, 2e ed, Paris.
- Rosenfeld Michel (2000), *Les interprétations justes*, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, Paris.

Articles des revues

- Alliot Michel (1985), « La coutume dans les droits originellement africains », *Bulletin de liaison de LAJP*, n° 7 -8,
- Bailleux Antoine (2005), « A la recherche de formes du droit : de la pyramide au réseau ! », *R.I.E.J.*, vol. 55, p.91-115.
- Cahier d'anthropologie du droit, *Juridicités* (2006), *témoignages réunis à l'occasion du quarantième anniversaire du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris*, numéro hors-série, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, Karthala, Paris.
- Eberhard Christophe (2002), « L'antrhopologie du droit : un itinéraire entre altérité, complexité et interculturalité », *Conférence donnée à l'Université Jules Verne de Picardie,* Amiens.
- Griffith John (1986), « What is legal pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial law*, 24, pp. 1-55.
- Habermas Jürgen (2000), « Sur le rapport de la théorie et de la pratique », *Les études philosophiques*, *4*(87), pp. 487-498.
- Le Roy Etienne (2003), « Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité », *Les pluralismes juridiques*, *Cahiers d'anthropologie du droit 2003*, pp. 7-15.
- Maesschakck Marc (1996), « Formalismes et théories de l'action. Les enjeux d'une problématique », *Les Cahiers du Centre de philosophie du droit*, UCL, 19, pp. 1-25.

- Masschalck Marc, « Quelle philosophie des normes aujourd'hui ? Gouvernance et apprentissage social », *Les Cahiers du Centre de philosophie du droit*, UCL, 138, pp. 1-30.
- Merry Sally Engle (1988), "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, *22*(5), pp. 869- 896.

D. Ronald Dwordkin

Ouvrages

- (1977) Dworkin Ronald and Marshall Cohen, *Equality and preferential treatment*, Princeton University Press, Princeton.
- (1988) « L'impact de la théorie de Rawls sur la pratique et la philosophie du droit », in François Terré (dir.), *Individu et justice sociale, autour de John Rawls*, Seuil, Paris.
- (1993) *Life's Dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia*, HarperCollins, London.
- (1993) *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, Knopf, New York.
- (1994) *L'empire du droit* (trad. fr. E. Soubrenie), PUF, Paris.
- (1995) *Prendre les droits au sérieux* (trad. fr. M.-J. Rossignol), PUF, Paris.
- (1996) *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, Harvard UP, Cambridge.
- (1996) *Une question de principe*, PUF, Paris (trad. fr. A. Guillain de *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard UP, 1985)
- (2000) *Do Liberty and Equality Conflict? Living as Equals*, Oxford UP, Oxford.
- (2000) *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge and Harvard UP.
- (2004) Dworkin R. and Justine Burley, *Dworkin and his critics*, Malden, Blackwell.
- (2006) *Is democracy possible here*?, Princeton University Press, Princeton.
- (2006) *Justice in Robes*, Harvard University Press.

- (2011) *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*, Cambridge (Mass), Harvard University Press.
- (2015) *Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs*, Labor et Fides, Genève

Articles

- (1963) "Judicial discretion", *The Journal of Philosophy*, 60, pp. 624-638
- (1965) "Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *University of Pennsylvania Law Review*, 113, pp. 669-690.
- (1965) "The Elusive Morality of Law", *Vilanova Law Review*, 10, pp. 631-639.
- (1966) "Lord Devlin and the Enforcement of Morality", *Yale Law Journal*, 75, pp. 986-1005.
- (1971) "Rights and Interests", *New York Review of Books*, *16(*4).
- (1972) "Social Rules and Legal Theory", *Yale Law Journal*, 81, pp. 855-890.
- (1975) "Hard Cases", *Harvard Law Review*, 88, pp. 1097-1109.
- (1975) "The Law of the Slave-Catchers", *Times Literary Supplement* (London), Dec. 5, p. 1437.
- (1977) "What Moral Philosophies can learn from the Law?" *University of Maryland Law Forum*, 7, pp. 114-122.
- (1981) "What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare" *Philosophy & Public Affairs*, 10, pp. 228–40.
- (1981), "What Is Equality? Part 2: Equality of Resources," *Philosophy & Public Affairs*, 10, pp. 283–345
- (1983) "What Liberalism isn't?" *Social Philosophy and Policy*, vol. 1.
- (1985) "Morality and Conflict", *New York Review of Books*, 32(16).
- (1987) "Plea for philosopher", *New York Times*, section 1 p. 26.
- (1987), "What is Equality? Part IV: Political Equality, *University of San Francisco Law Review*, , vol. 22, p. 1-30
- (1987) "What is Equality? Part III: The Place of Liberty", *Iowa Law Review*, 73, pp. 1–54.

- (1987) "What Is Equality? Part 4: Political Equality," *University of San Francisco Law Review* 22, pp 1–30
- (1989), "Liberal Community", *in California Law Review*, vol. 77, p. 479-505.
- (1989) "Liberal Community", *California Law Review*, vol. 77, pp. 479-505 (trad. partielle dans *Libéraux et communautariens*, A. Berten *et al.* Paris, PUF, 1997).
- (1990) "Foundations of Liberal Equality", in Grethe B. Peterson (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, XI, pp. 1-119.
- (1990) "Equality, Democracy and Constitution: We the people in the Court", *Alberta Law Review*, *28*(2), pp. 324-346
- (1990) "Taking Rights Seriously in the Abortion Case", *Ratio Juris*, 3, pp. 68-80.
- (1991) "Right to death", *The New York Review of the Books*, 31, pp. 14-17.
- (1991) « La Cour Suprême des Etats-Unis : controverse constitutionnelle », *Pouvoirs*, 59, pp. 5-16.
- (1992) "Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled", *University of Chicago Law Review*, 59, pp. 381-432.

Ouvrages sur Ronald Dworkin

- Aarnio Aulis (2011), *Essays on the Doctrinal Study of Law*.
- Bailleux Antoine (2007), "Hart vs Dworkin" and its progeny. Actualité du « combat des chefs » dans la littérature anglo-saxonne", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 59, pp. 173-200.
- Chalanouli Christina (2010), *Kant et Dworkin : De l'autonomie individuelle à l'autonomie privée et publique*, L'Harmattan, Paris.
- Dworkin Ronald et al. (1989), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, Paris.
- Edvinsson Reidar (2009), *The Quest for Description of the Law*, Springer, London.
- Hershovichz Scott (2006), *Exploring law's empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford University Press, Oxford.
- Morabito Christian Vandenbraeck Michel (2012*), embedding the equality dimension in MDG's: intergenerational transmission of*

inequalities and implications for post, UNICEF and UN Women, Global Consultation on Addressing Inequalities. Thematic The World we want 2015.
- Ripstein Arthur (2007), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Rodriguez-Blanco Veronica (1999), *Moral objectivity and law: between the legal theories of Ronald Dworkin and Michael Moore*, thèse, Université de Cambridge, Cambridge.
- Stephen Guest (1997), *Ronald Dworkin*, Edinburgh University Press, Edinburgh.

F. Gacaca

Les droits et les cultures africaines

- Almeida-Topor Hélène (1999), *L'Afrique au 20e siècle*, Armand Colin, Paris.
- Bidima Jean-Godefroy (1997), *La palabre : une institution de la parole*, Michalon, Paris.
- Bornkamm Christopher (2012), *Rwanda'Gacaca Courts: Between Retribution and Reparation*, Oxford University Press, Oxford
- Byanafashe Dégratias et Rutayisire Paul (dir.) (2011), *Histoire du Rwanda. Des origines à la fin du XXe siècle*, Université Nationale du Rwanda, Butare-Huye.
- Garapon Antoine (2002), *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Odile Jacob, Paris.
- Mbaye Keba, (1992), *Les droits de l'homme en Afrique*, Pédone, Paris.
- Mbokolo Elikia (2001), « Histoire des droits africains au XXIe sicècle », in Kuyu Mwissa Camille (dir.), *Repenser les droits africains au XXIe siècle* (pp. 65-68), éd. Menaibuc, Yaoundé.
- Mugesera Antoine (2015), *Les conditions de la vie des Tutsi au Rwanda 1959-1990 : persécutions et massacres antérieurs au génocide*, Izuba, Lassay-le-Château.
- Notomb Dominique (1965), *Un humanisme africain. Valeurs et pierres d'attente*, Lumen vitae, Bruxelles.

- Ntampaka Charles (2005), *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Presses Universitaires de Namur, Namur.
- Ntampaka Charles (2001), *La filiation en droit rwandais. Etude du droit africain comparé*, Musée royale de l'Afrique centrale, Bruxelles.
- Osiel Mark (2006), *Juger les crimes de masse. La mémoire collective et le droit*, Seuil, Paris (1997 version anglaise).
- Sebisaho Robert (1996), *Le pacte de sang africain. Une institution du vivre ensemble*, Thèse de doctorat, UCL, ISP, Louvain-la-Neuve.
- Sherti Epimaque (2014), *Génocide et reconstruction de la paix au Rwanda*, L'Harmattan, Paris.

Justice restaurative et gacaca

- Bastard Benoit et Guibentif Pierre (2007), « La justice de proximité : la bonne distance, enjeu de politique judiciaire », in *Droit et Société, 2*(66).
- Bigirumwami Aloys (2004), *Imihango, imigenzo n'imiziririzo mu Rwanda*, 4e édition, Diocèse de Nyundo, Nyundo, Rwanda.
- Cario Robert (dir.), (2012), *Les Rencontres détenus-victimes, l'humanité retrouvée*, L'Harmattan, Paris.
- Cario Robert et Mbanzoulou Paul (2010), *Justice restaurative. Une utopie qui marche ?*, L'Harmattan, Paris
- Jacquot Stéphane (2012), *La Justice Réparatrice : Quand victimes et coupables échangent pour limiter la récidive*, Éditions L'Harmattan, Paris.
- Cario Robert, (2010), *Justice restaurative. Principes et promesses*, L'Harmattan, Paris.
- Clark Phil (2010), *The gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda. Justice without Lawyer*s, Cambridge University Press, Cambridge.
- Digneffe Françoise et Fierens Jacques (dir.) (2003), *Justice et gacaca : l'expérience rwandaise et le génocide*, Presses universitaires de Namur, Namur.

- Fisanick Christina (2004), *The Rwanda genocide*, Greenhaven Press, Farmington Hills (Michigan).
- Galabert Jean-Luc (2012), *Les enfants d'Imana*, Izuba, Lassay-le-Château.
- Janheinz Jahn (1958), *Muntu. L'homme africain et la culture négro-africaine*, Seuil, Paris.
- Jones A, Nicholas, (2010), *The Courts of Genocide: Politics and the Rule of Law in Rwanda and Arusha, Politics*, Routledge, New York.
- Jones A. Nicolas (2010), *The Courts of Genocide, post genocide justice and reconciliation*, Cambridge, University Press.
- Lavroff Dmittri Georges (1976), *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire. Les Etats francophones*, Pedone, Paris.
- Lespinay Charles (2000), « Valeurs traditionnelles, justice de proximité et institutions (Rwanda et Burundi) », in Emile Mworoha (dir.), *Construire l'Etat de droit*, Paris, L'Harmattan.
- Muzungu Bernardin (1974), *Le Dieu de nos pères* (3 vol), Presses Lavigerie, Bujumbura.
- Nadeau Christian (2008), « Responsabilité collective, justice réparatrice et droit pénal international », *Revue française de science politique*, *58*(6), pp. 915-931.
- Ntahombaye Philippe (1996), *L'institution des Bashingantahe en tant que mécanismes traditionnel de prévention et résolution pacifique des conflits au Burundi*, Unesco, Paris.
- Nyirimpunga Fidèle (1973), *La morale des non-chrétiens et le Christianisme au Rwanda*, Université de Fribourg, Fribourg.
- Rutayisire Paul (dir.) (2012), *Evaluation du processus gacaca : résultats atteints par objectifs*, Université Nationale du Rwanda, Butare.
- Salomé Van Billoen (2008), *Les juridictions gacaca au Rwanda : une analyse de la complexité des représentations*, Bruylant, Bruxelles.
- Smet J. Alfons (1975), *Philosophie africaine*, Presses universitaires du Zaïre, Kinshasa.

- SNJG (2012), Rapport de la clôture des Juridictions gacaca du 18 juin 2012, in *Rapport administratif du Service national des Juridictions gacaca* », SNJG, Kigali.
- Hategekimana Sylvère (2011), *La justice pénale restaurative : essai de son application dans les grands crimes internationaux au Rwanda***,** Ed. Universitaires européennes, Sarrebruck.
- Temples Placide (1945), *Philosophie bantoue*, Lovania, Lépoldville.
- Zehr Howard (2012), *La Justice restaurative*, Labor et Fides, Genève.
- Human Right Watch (2008), *La loi et la réalité. Le progrès de la réforme judiciaire au Rwanda*, Kigali.
- PRI (2010), *Huit ans après… Le point sur le monitoring de la gacaca au Rwanda*, PRI, Kigali.

Articles

- Bizimana Jean-Damascène (2011), « Les aspects juridiques de gacaca », in *Dialogue*, 197, pp. 44-61.
- Byanafashe Déogratias (1997), « La famille » in *Lumière et société*, 6.
- Centre de gestion des conflits (UNR, Butare) (2001), « Ruptures socio-culturelles et conflit au Rwanda », *Cahier du centre de gestion des conflits*, 2.
- « Le quotidien de la justice en Afrique » (2002), *Droit et Socité*, *2* et *3*(51-52).
- Dauge-Roth (2009), « Réconciliation nationale et réconciliation personnelle : une ère testimoniale pour les survivants du génocide des Tutsi », *15 ans après le génocide perpétré contre les Tutsi (1994-2009). Défis et Perspectives*, CNLG, Kigali, pp. 276-300.
- Dumas Hélène et Korman Rémi (2011), « Espaces de la mémoire du génocide des Tutsis au Rwanda. Matériaux et lieux de mémoire », *Afrique contemporaine*, *2*(238), pp. 11-27.
- Dumas Hélène (2008), « Histoire, justice et réconciliation : les juridictions gacaca au Rwanda », *Mouvements*, *1*(53), pp. 110-117.

- Fierens Jacques (2005), « La juridictions gacaca entre rêve et réalité », *Journal of International Criminal justice*, 3, pp. 696-919.

- Inteko Ishinga Amategeko (2001), *Umuco nyarwanda*. *Inama nyunguranabitekerezo igamije guteza umuco imbere*, Ed. rwandaises, Kigali.
- John-Nambo Joseph (2002), « Quelques héritages de la justice coloniale en Afrique noire », *Droit et Société, 50*(52), pp. 325-344.
- Masengesho Kamuzinzi (2016), « Jeu stratégique et empathie altruiste dans le processus de réconciliation pos-gacaca », *Déviance et Société, 40*(3), pp. 347-368.
- Mugesera Antoine (1997), « Les stéréotypes ethniques », *Lumière et société*, 7.
- Ntagara Augustin (1983), « L'éthique rwandaise à travers les proverbes », in *Sagesse et vie quotienne en Afrique*, 7, Kigali.

- Reyntjens Filip (1990), « Le gacaca ou la justice du gazon au Rwanda », *Politique africaine*, Les droits et ses pratiques, 40, pp. 31-41.
- Verdier Raymond (1963), « Ethnologie et droits africains », *Journal de la Société des Africanistes*, 33, pp. 105-128.
- Wa Karega Jyoni (dir.) (1998), « Gacaca. Le droit coutumier au Rwanda », in *Travaux de recherches des enseignants de l'Université Nationale du Rwanda, Notes polycopiées*, CERCOSH, Kigali.

G. Abbé Alexis Kagame

- (1945), « Le Rwanda et son roi », in *Aequatoria,* 8, pp. 41-58.
- (1949), *Indyohesha-birayi* ou *Le Relève-goût des pommes de terre*, Traduit par Anthère Nzabatinda, Éditions Royales, Kabgayi (Rwanda).
- (1949), *Isoko y'amajyambere* (Sources of progress). Kabgayi (Rwanda), Éditions Morales, 51.
- (1950), *Bref aperçu sur la poésie dynastique du Rwanda*, Bruxelles, Éditions universitaires.

- (1952), *La divine pastorale*, Ed. du Marais, Bruxelles.
- (1952), *Le Code des institutions politiques du Rwanda précolonial*, Mémoire de l'Institut colonial belge, Bruxelles.
- (1952), *Umulirimbyi wa Nyili-ibiremwa.* Astrida, Butare.
- (1953), « Mes premiers contacts avec la civilisation », *Séances de l'Institut royal colonial belge*, *24*(3), pp. 851-862.
- (1954), *Les organisations socio-familiales de l'ancien Rwanda*. ARSC, Bruxelles.
- (1955), *La naissance de l'Univers*, (Deuxième veillée de "La divine pastorale"), Ed. du Marais, Bruxelles
- (1955), *La philosophie bantu-rwandaise de l'être*, Extraits, ARSC, Bruxelles.
- (1956), *La philosophie bantu-rwandaise de l'être*, Mémoire de l'Académie Royale des Sciences coloniales, Bruxelles.
- (2014), *La philosophie bantu comparée*, 2ème édition, Présence africaine, Paris.
- (1958), « Le sacré païen, le sacré chrétien », in *Aspects de la culture noire*, Présence africaine, Paris.
- (1959), *La notion de génération appliquée à la généalogie et à l'histoire du Rwanda*, ARSC, Bruxelles.
- (1961), *L'histoire des armées-bovines de l'ancien Rwanda*, ARSC, Bruxelles.
- (1963), *Les milices du Rwanda précolonial*, ARSC, Bruxelles.
- (1965) Préface, in Dominique Nothomb, *Un humanisme africain*. Bruxelles, pp. 7-12.
- (1968), « La place de Dieu et de l'homme dans la religion des Bantu », *Cahiers des religions africaines*, 2, pp. 213-222.
- (1969), « Conscience chrétienne et conscience africaine », in *Cum Paraclito* (Niyundo), n° spécial, pp. 46-56.
- (1969), « La fin ultime des Bantu ou point de départ de la morale traditionnelle », in Actes du colloque *Ethique chrétienne et valeurs africaines,* Kinshasa, Faculté de Théologie Catholique.
- (1969), « Le fondement ultime de la morale bantu », *Au cœur de l'Afrique*, 9, pp. 231-236.

- (1970), *Introduction aux grands genres lyriques de l'ancien Rwanda*, Éditions universitaires du Rwanda, Butare.
- (1972), *Un abgrégé de l'ethnohistoire du Rwanda*, T1, Éditions Univers, Butare.
- (1975), « Aperception empirique du temps et conception de l'histoire dans la pensée bantu », in *Les cultures et le temps* (pp. 103-133), Payot, Paris.
- (1975), *Les cultures et le temps*, Payot, Paris.
- (1975), « L'ethnophilosophie des "Bantu" », in *La philosophie contemporaine, Chronique*, t.IV (pp. 589-612), éditée par R. Klibansky, Florence.
- (1975), *Un abrégé de l'histoire du Rwanda*, de 1855 à 1972, T2, Éditions Univers, Butare.
- (1976), "The empirical apperception of time and the conception of history in Bantu Thought", *Cultures and time* (89-116), The Unesco Press, Paris.
- (1976), « L'historicité de Lyangombe, chef des Immandwa », *Cahiers des religions africaines 10*(19), pp. 5-18.
- (1976), *La philosophie bantu comparée*, Présence Africaine, Paris.
- (1976), « Le problème de "l'homme" en philosophie bantu », *Les Actes du Séminaire d'Addis-Abeba*, in C. SUMNER (dir.), *African philosophy - La philosophie africaine, Addis-Abeba*, pp. 105-112.
- Bidima Jean-Godefroy (2003), « Rationalités et procédures juridiques en Afrique », in *Diogène*, 2, pp. 81 à 97.
- Garnier Eugène (1952), *L'apport de l'Afrique à la pensée humaine*, Payot, Paris.

H. Textes législatifs

- Constitution de la Rép. du Rwanda de 2003 révisée en 2015, Journal Officiel, n° Spécial du 24/12/ 2015, J.O.R.R.
- Loi organique n° 08/96 du 30/8/1996 portant organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de

crimes contre l'humanité commis à partir du 1er octobre 1990, Journal officiel, n° 12/09/1996.

- Loi organique n° 40/2000 du 26/01/2001, portant création des juridictions gacaca et organisation des poursuites des infractions constitutives du crime du génocide ou des crimes contre l'humanité commis entre le 1er octobre 1990 et le 31 décembre 1994, JORR.
- Loi organique n° 16/2004 du 19/12/2004, portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions gacaca chargées de poursuite et du jugement des infactions constitutives du crime de génocide et d'autres crimes contre l'humanité commis entre le 1e octobre 1990 et le 31 décembre 1994, J.O.R.R.
- Loi organique n° 4/2012 du 15/6/2012, portant suppression des juridictions gacaca et fixant les mécanismes de résolution des litiges qui étaient de leur compétence, J.O.R.R.
- La loi organique n° 37/2016 du 08/09/2016 déterminant l'organisation, ressort, compétence et fonctionnement du comité d'*Abunzi*, Official gazette, n° 37 bis of 12/09/2016.