

LE CONCEPT D'ÉTAT DE DROIT AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL

Maurice FLORY*

Le concept d'*État de droit* est sans doute né au XVIII^e siècle, lorsque la justice a commencé à prendre son indépendance par rapport à l'absolutisme monarchique. Il s'est précisé avec la naissance des droits de l'homme et avec l'élaboration progressive des techniques mises au service de leur défense. L'expression est entrée dans le langage courant pour désigner les formes d'État démocratique par opposition aux dictatures de toute espèce (1).

L'existence et la reconnaissance d'un *État de droit* soulève un ensemble de problèmes qui montre la complexité d'un concept qui est en réalité situé dans l'histoire, dans la géographie, dans le temps et qui relève d'une forme déterminée de culture. Le concept est en outre composite car il fait appel tout à la fois à la notion d'État, à celle de droit et plus précisément, en ce qui concerne cette communication, au droit international.

Quel État ?

Pour qu'il y ait *État de droit*, il faut un État qui organise et garantisse le respect du droit en général et plus particulièrement le respect des droits de l'homme. Or, l'État est une institution récente en Europe et beaucoup plus récente encore ailleurs dans le monde ; elle se met en place lentement, requiert des conditions précises et suppose un minimum de développement économique.

Si, aujourd'hui, l'État recouvre formellement l'ensemble de la terre, cela ne signifie pas pour autant qu'il ait atteint partout le niveau de développement nécessaire pour garantir le respect du droit. L'importation du modèle « État » n'en garantit pas mécaniquement le fonctionnement efficace sur tous les plans. On sait aujourd'hui d'expérience qu'il existe des apparences d'État, des États imparfaits, voire des États incomplets (2).

* Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille III.

(1) HERMET (G.), BADIE (B.), BIRNBAUM (P.), BRAUD (P.), *Dictionnaire de la Science politique et des institutions politiques*, A. Colin, 1994, p. 103-104. Pour l'évolution du concept et pour ses voisins anglais (*rule of law*), américain (*due process of law*) et allemand (*Rechtstaat*) voir CHEVALIER (J.), *L'État de droit*, Montchrestien, 1992, avec une utile bibliographie.

(2) Cf. notamment BADIE (B.), *L'État importé, l'occidentalisation de l'ordre politique*, Fayard, 1992 ; BADIE (B.), et SMOUTS (M.C.), *Le Retour du monde*, Dalloz, 1992 ; BADUEL (P.R.), (éd.) *État moderne, nationalismes et islamismes, Revue du Monde musulman et de la Méditerranée*, n° 68-69, 1994.

Il a fallu plusieurs siècles aux États occidentaux pour accéder à l'*État de droit*. Ils l'ont d'ailleurs fait selon des modalités diverses et avec des moyens de protection dépendant des relations établies entre les individus et le pouvoir. Mais de toute façon un ordre juridique complet et organisé suppose un haut niveau de développement qui se traduit non seulement au plan économique, mais aussi plus globalement au plan politique et culturel. Un *État de droit* implique un système démocratique, le respect de l'individu quel qu'il soit, quelles que soient ses croyances. Cette tolérance – ce respect d'autrui – ne peut se réaliser sans un minimum de laïcité. Or, on sait qu'il existe en ce domaine des traditions culturelles fort différentes. En particulier le respect de l'autre n'est pas conçu de la même façon dans les pays occidentaux et au sein du monde musulman (3).

Le rapport entre l'État et la Nation a aussi une incidence évidente sur la réalisation de l'*État de droit*. Un État qui correspond à une nation homogène parviendra plus facilement à faire régner dans ses frontières une loi applicable à tous ses sujets. A cet égard le monde musulman se distingue encore, car ce n'est ni l'État, ni la nation qui constituent la clé de son système politique, mais une communauté fondée sur la religion, ce qui garantit une autre sorte d'unité.

Quel droit ?

On a pu penser que tout État est par définition un *État de droit* dans la mesure où il est le créateur souverain de son ordre juridique. Aussi, jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle, on ne s'est guère préoccupé de ce que pouvait recouvrir un *État de droit*, de son contenu substantiel. Aujourd'hui au contraire on s'accorde à reconnaître que tout État n'est pas forcément un *État de droit* et ne se réduit pas à un simple agencement hiérarchisé des normes juridiques. Tout État peut se prévaloir d'un droit ; mais les dictatures ont aussi un droit, des codes, un journal officiel et même des tribunaux dont la fonction est de faire appliquer ce droit. Et pourtant l'existence d'un droit ne suffit pas pour entrer dans la catégorie d'*État de droit*. Lorsqu'on évoque l'*État de droit*, il faut prendre en compte le contenu des normes : « le signifiant *État de droit* n'a de sens que par rapport à un certain signifié ; la hiérarchie des normes n'est que l'enveloppe formelle d'une conception au fond du pouvoir et des libertés que tout à la fois elle transcrit et préserve... La conception formelle se trouve donc relayée par une conception matérielle qui l'englobe et la dépasse... L'État de droit devient l'antithèse du totalitarisme » (4).

L'*État de droit* se réclame de la souveraineté de la loi et récuse la volonté arbitraire des hommes. Cette loi doit être légitimée, ce qui renvoie au processus démocratique d'élaboration de la norme et donc au vaste problème des sources du droit.

(3) Voir entre autres : GARDET (L.), *La Cité musulmane*, Vrin, 1954, notamment la 4^e partie consacrée à l'humanisme musulman ; BOISARD (M.A.), *L'Humanisme de l'Islam*, Albin Michel, 1979 ; BEN ACHOUR (Yadh), *L'État nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, Tunis, 1980, notamment p. 199 et s. ; *Islam et droits de l'homme*, sous la direction de CONAC (G.) et AMOR (A.), Économica, 1994 ; Association pour le développement des libertés fondamentales, *Islam et droits de l'homme*, Librairie des libertés, Paris, 1984.

(4) CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, op. cit. p. 106, 116, 128.

Ainsi se précise le sens de l'*État de droit* : c'est un État où la loi est l'expression de la volonté générale, ce qui implique un processus démocratique qui, sous quelque modalité que ce soit, résulte de l'accord de la majorité des citoyens. On le voit, l'*État de droit* comporte bien une référence démocratique. Il a fallu deux ou trois siècles pour en arriver là c'est-à-dire pour passer d'une source transcendante à une source démocratique. Encore reste-t-il pour beaucoup de citoyens, dans quelques domaines tels que la bioéthique, une référence nécessaire à un droit naturel qui est une forme de transcendance, ce qui explique l'existence de certains désaccords graves et de contestations qui peuvent prendre parfois des allures violentes.

Aujourd'hui un *État de droit* est celui dans lequel toutes les autorités et tous les individus se trouvent liés par des règles générales et impersonnelles préétablies, en un mot par la loi, et par une loi légitimée grâce à l'accord de la population (5).

Toutes les cultures n'ont pas atteint cette étape. Certaines ont recours à un droit qui reste profondément ancré sur une source divine. C'est le cas des pays musulmans qui se réclament du Coran et de la *chari'a*. Cette référence à une source transcendante peut évidemment prendre des formes très différentes, plus ou moins officielles ou plus ou moins strictes (voir la différence sur ce point entre des pays tels que la Turquie, le Pakistan, l'Arabie ou le Soudan) (6).

On a considéré longtemps que la société internationale n'avait pas à s'occuper des droits de l'homme qui relevaient du domaine réservé à la souveraineté de chaque État, au même titre que le choix du régime politique. La violation dramatique des droits de l'homme par les dictatures durant la deuxième guerre mondiale devait entraîner une évolution concrétisée au niveau mondial par les textes fondateurs de la Charte de l'ONU, de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des Pactes relatifs à la protection internationale des droits de l'homme avec un prolongement par des Pactes régionaux parmi lesquels la Convention européenne des droits de l'homme. À deux niveaux, universel et régional, le droit international a ainsi élaboré un corps de règles de droit positif. Peut-on alors parler d'un État de droit au regard du droit international ?

L'État de droit en droit international

La référence à un *État de droit* en droit international renvoie nécessairement aux grands textes que sont la Déclaration universelle des droits de l'homme et les Pactes qui prétendent avoir une valeur universelle. René Cassin, le rédacteur principal de la Déclaration, nous en donne la caractéristique

(5) Cf. VASAK (K.), *Les Dimensions internationales des droits de l'homme*, UNESCO, 1978, p. 3-4.

(6) Pour le point de vue de l'Islam sur le droit international, cf. ETIENNE (B.), *Contre le droit international* ; pour le point de vue du droit international sur le comportement des pays musulmans, et FLORY (M.), *Islam et droit international*, in *L'Islam dans les relations internationales*, Édisud, 1986, p. 103 et s. et 47 et s.

essentielle : « Elle est universelle par son inspiration, par son expression, par son contenu, par son champ d'application, par son potentiel, et elle proclame directement les droits de l'être humain au regard de tous autres, à quelques groupes sociaux auxquels ils appartiennent les uns et les autres » (7).

En droit positif, cette universalité proclamée est pourtant contestée. Un certain nombre de pays n'ont pas voté la Déclaration, soit en raison d'une abstention (Arabie Saoudite), soit par absence (Yémen) et les débats de l'époque montrent bien les réticences de la plupart des États musulmans, même de ceux qui ont voté favorablement (8). C'est essentiellement autour de la liberté de religion que tournent les débats, c'est-à-dire des articles 18 et 19 de la Déclaration, le texte des Pactes étant sur ce point plus discret, et donc plus facilement accepté.

Ces attitudes négatives ou réservées posent la question de l'universalisme à deux niveaux : à celui de l'usage des concepts occidentaux sur la transculturalité desquels on s'interroge de plus en plus devant les déboires de leur exportation dans le Tiers-monde, et à celui de leur valeur juridique universelle en droit positif (9). En stricte analyse juridique, la Déclaration universelle n'est qu'une recommandation de l'Assemblée générale; elle n'est donc pas obligatoire. Quant aux Pactes, ils sont des traités proposés à la signature et à la ratification des États et ils ne lient que les États qui acceptent de s'y soumettre.

Les États qui hésitent à s'engager contestent alors le caractère universel des droits de l'homme tels qu'ils apparaissent dans les textes des Nations Unies; ils font remarquer qu'au moment de leur élaboration la communauté internationale était restreinte et que les pays occidentaux y disposaient d'une prééminence évidente (10). Comment ne pas s'interroger alors sur la véritable nature de l'homme pris en compte? S'agit-il de l'homme en général, et cet homme existe-t-il? Ou se réfère-t-on à un homme situé dans le temps et dans l'espace? La structure mentale de l'homme peut-elle être réduite à un seul modèle, en l'occurrence l'homme du XX^e siècle européen ou occidental?

Si un pluralisme des cultures est admis en ce domaine, il faut alors s'interroger sur la possibilité d'autres modèles de l'*État de droit* et en cas de réponse positive, on peut se demander s'il est possible d'envisager une conception minimum des droits de l'homme qui pourrait être acceptée par toutes les composantes d'un monde pluriculturel.

Cette démarche qui suppose une hiérarchie entre les différents droits de l'homme a suscité de longues controverses et a été récusée par la Déclaration de Téhéran adoptée à l'unanimité par la Conférence internationale des droits de

(7) CASSIN (R.), L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle, *Mélanges Scelle*, I, p. 77-78.

(8) Voir notamment TAVERNIER (Paul), Les États arabes, l'ONU et les droits de l'homme; La Déclaration universelle des droits de l'homme et les Pactes de 1966, in *Islam et droits de l'homme*, Économica, 1994, p. 57; JOHNSON (G.), *La Déclaration Universelle, 40^e anniversaire*, UNESCO, L'Harmattan, 1991, p. 61 et s.

(9) BADIE (B.), HERMET (G.), *Politique comparée*, PUF, 1990, p. 23 et s.

(10) C'est bien ce qu'a exprimé à plusieurs reprises BEDJAOUI (M.), *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1970, II. t. 130, p. 473; *Pour un Nouvel Ordre Économique International*, UNESCO, 1979, p. 51-54.

l'homme de 1968 qui proclame dans son article 13 l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Mais dans la pratique il faut bien admettre que la distinction existe dans de nombreux textes et qu'en outre elle peut être utile pour faire progresser l'idée d'universalité.

Le problème s'est posé notamment au lendemain de la guerre en raison des divergences entre les démocraties occidentales et les pays communistes. Faut de pouvoir faire partager l'intégralité des droits tels que formulés dans la Déclaration, il fallait au moins tenter de protéger dans un premier temps les libertés essentielles (11).

Le problème revêt une autre dimension culturelle avec les exigences de l'Islam. Le monde communiste n'a duré qu'un temps et il s'agissait d'un monde laïc. Il en va différemment avec le *dar el-islam* qui se perpétue depuis treize siècles et qui est fondé sur une religion révélée, ce qui semble indiquer que les divergences qui pourraient exister avec toute autre règle ne sont pas négociables. Doit-on alors, au nom des textes du droit international, dénier au monde musulman l'accès à un *État de droit* ?

L'idée d'*État de droit* ne paraît pas contraire à la philosophie du *dar el-islam*. C'est au niveau de la légitimation du droit que se situe la différence puisque la source d'inspiration du droit n'est pas le peuple mais la volonté divine exprimée soit à la lettre dans la *chari'a* pour les États islamistes, soit moins directement par l'impossibilité pour la loi d'aller à l'encontre de la parole divine exprimée dans le Coran (12). Il s'ensuit des différences sensibles avec les droits définis dans la Déclaration, dans quelques domaines touchant notamment à la famille, à la propriété et à la liberté religieuse. Mais si sur ces sujets il y a divergences, faut-il en déduire qu'il ne saurait y avoir dans ces pays un *État de droit* ? Les conséquences en seraient graves puisque une partie du monde se verrait dénier la possibilité d'appartenir à ce qui apparaîtrait comme une forme supérieure de l'organisation de la Cité et à ce qui est défini comme l'idéal des Nations Unies. Mais par ailleurs si l'on admet l'appartenance possible des pays musulmans à un *État de droit*, il faut en déduire la nécessité d'un ajustement pour conserver à ce concept une indispensable cohérence et sortir du malaise latent qui existe aujourd'hui entre le monde musulman et l'humanisme des Nations Unies. C'est à cette mission que s'attachent les « dialogues » culturels qui sont tentés de part et d'autre de la Méditerranée, soit entre religions, le dialogue islamo-chrétien (13), soit entre États, le volet culturel du dialogue euro-arabe (14). La tâche est difficile et passe par un effort de compréhension réciproque et d'ouverture à l'autre ; elle nécessite des formula-

(11) Sur la notion de droits fondamentaux, cf. VAN BOVEN (T.C.), Les critères de distinction des droits de l'homme, in VASAK (K.), *Les Dimensions internationales des droits de l'homme*, UNESCO, 1978, p. 45 et s.

(12) Voir le numéro 12 de *Pouvoirs*, sur les régimes islamiques, 1980 ; ETIENNE (B.), *L'Islamisme radical*, Hachette, 1987 ; BURGAT (F.), *L'Islamisme au Maghreb*, Karthala, 1988.

(13) Cf. MOUBARAC (Y.), *Les Musulmans, une consultation islamo-chrétienne*, Beauchesne, 1971 ; LELONG (Michel), *l'Islam et l'Occident*, Albin Michel, 1982 ; SANSON (H.), Les religions dans l'espace méditerranéen, in *La Méditerranée, espace de coopération ?* CERIC, Économica, 1994, p. 59 ; voir aussi la revue *Islamochristiana*, publiée à Rome par l'Institut pontifical d'études arabes et islamiques.

(14) BOURRINET (J.), (éd.) *Le Dialogue euro-arabe*, Économica, 1979 ; BENCHENANE (M.), *Pour un Dialogue euro-arabe*, Berger-Levrault, 1983.

tions plus souples ; or, l'expression elle-même peut revêtir dans les textes un caractère sacré parce que révélé et donc intangible. Il reste alors l'interprétation ; la fermeture de l'*ijtihād* (15) depuis des siècles pourrait laisser croire à une impasse définitive ; il conviendrait cependant de vérifier si, dans les faits, l'interprétation est aussi fermée qu'on le prétend ; rien ne permet d'affirmer que ce verrou ne cédera pas un jour.

Il existe une distance entre les principes proclamés, leur traduction juridique et leur application. Les mécanismes de protection des droits de l'homme sont loin d'être parfaits et bien peu contraignants au niveau universel. Mais l'*État de droit* fait l'objet d'une création continue dans sa substance. Le pragmatisme aidant, une homogénéisation progressive des droits fondamentaux se réalise lentement au fil des années, sous l'inspiration des Nations Unies et, au plan des applications concrètes, se profile un *État de droit* minimum, acceptable pour tous. Cet effort s'appuie sur une opinion internationale désormais attentive aux droits de l'homme ; on peut espérer qu'il s'en dégagera peu à peu une vision plus universelle d'un *État de droit*, étant supposé que chaque famille culturelle peut ajouter à cette base minimale des exigences qui lui sont propres.

(15) « Effort de réflexion et d'interprétation afin d'apprécier un cas ou établir une règle. C'est un concept clé de l'époque moderne qui, récusant l'idée que la Communauté devait se borner à imiter la pratique des anciens en appelle à la « réouverture » pour assumer le changement et promouvoir le progrès en islam », MORSY (Magali), *Lexique du Monde arabe moderne*, Dalloz, 1986.