

L'ÉTAT DE DROIT ENTRE POLYARCHIE MULTICENTRÉE ET ANARCHIE GLOBALISÉE

Par François Crépeau*

Dans un ouvrage magistral¹, Jacques-Yvan Morin, professeur émérite à l'Université de Montréal, entre autres titres, nous offre les résultats de plusieurs années de recherche en profondeur sur un sujet encore mouvant, à la jonction de la science politique, du droit comparé et du droit international, résultats exposés lors du cours qu'il a donné en 1995 à l'Académie de droit international de La Haye.

L'hypothèse de travail définit initialement l'État de droit comme un « ordre juridique effectif permettant le contrôle du pouvoir et, partant, la protection des droits de l'homme » (p. 36). Dans l'ordre interne, on étudie successivement les origines théoriques du concept d'État de droit dans la science politique et juridique occidentale depuis le Moyen Âge, puis sa place dans le droit constitutionnel contemporain. Dans l'ordre international, on présente les garanties juridiques de l'État de droit dans les régimes régionaux puis dans le régime universel (onusien) de protection des droits et libertés. Reprenons successivement ces divers angles.

Après avoir passé en revue les origines ecclésiastique et impériale de la limitation du pouvoir par le droit, une analyse du concept de « *Rule of Law* » rappelle le précepte de Bracton : « il n'y a pas de roi là où domine la volonté et non la loi », puis le lent grignotage par le Parlement anglais des pouvoirs de prérogative royale, au travers des *Petition of Grievances*, *Grand Remonstrance*, *Petition of Rights*, et autres *Bill of Rights*. Étudiant les fondements philosophiques de l'État de droit, on montre l'influence de John Locke et de Montesquieu sur l'évolution des idées libérales et individualistes en Europe, alors que « la primauté de l'individu appelle la prééminence du droit ». La Révolution américaine permettra une mise en œuvre d'un certain nombre de principes de la *Rule of Law*, que les textes successifs issus de la Révolution française s'avéreront incapables de protéger. En Allemagne, Kant donnera au « *Rechtsstaat* » les fondements philosophiques qui lui permettront, au siècle suivant, d'émerger pour s'opposer au « *Polizeistaat* ». Carré de Malberg en France, Dicey en Angleterre seront les apôtres respectivement de l'État de droit et de la *Rule of Law*, et conditionneront l'évolution du contrôle du pouvoir administratif : « *audi alteram partem* », « *nemo iudex in sua causa* », « *due process* », « *fair hearing* », etc.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois aux États-Unis, au Canada, puis, après 1949, en Allemagne, viendront compléter le tableau, instituant ce que ses

* Professeur de droit, Département de sciences juridiques, Université du Québec à Montréal (UQAM) et Directeur du Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (CÉDIM).

¹ J.-Y. Morin, « L'État de droit : Émergence d'un principe du droit international » dans *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, tome 254, La Haye, Martinus Nijhoff, 1996 [tiré à part en édition hors commerce].

critiques appellent à tort un « gouvernement des juges »². La conclusion de cette partie souligne qu'« aucun instrument plus efficace » que l'intervention des juges n'a pu être forgé et signale l'importance de la structure polyarchique de nos sociétés complexes : « Le mécanisme de garantie de l'État de droit et des libertés fondamentales repose, en dernière analyse, sur un régime de gouvernement dans lequel tous les pouvoirs font preuve de modération et acceptent l'existence de contre-pouvoirs » (p. 118). Et citant Claude Émeri : « La polyarchie repose sur l'État de droit, les deux termes sont inséparables, quasiment interchangeables » (p. 119).

En somme, on pourrait affirmer que le droit qui met en œuvre ces mécanismes polyarchiques, loin de servir de caution formelle à un décideur unique se servant de la règle juridique pour masquer une décision politique, tend à renvoyer en fait les décideurs multiples à des choix socio-politiques qu'ils doivent justifier au plan moral et politique avant de pouvoir les couler dans la forme légitimante de l'énoncé juridique. Le débat canadien sur l'avortement et le statut juridique du fœtus — dans ses multiples retournements judiciaires, législatifs, médiatiques et politiques — illustre à la fois la richesse (capacité d'intervention significative de multiples parties intéressées) et les limites (incapacité d'une décision collective démocratique faute de leadership politique) de ce processus.

Autant la *plenitudo potestatis* fut justifiée, au Moyen Âge, sur le fondement de l'unité de la Chrétienté, autant la « gestion du pluralisme » doit aujourd'hui conduire à des aménagements socio-politiques multicentrés, qui tiennent compte de la multiplicité des modes d'expression démocratique de la volonté populaire et de sa diversité, voire son éclatement. Plus aucun forum ne peut revendiquer la totalité de la « représentation nationale ». C'est par le dialogue interinstitutionnel que peuvent, souvent lentement, se dégager des consensus situés, partiels, mouvants — à défaut de solutions définitives — dans des débats socio-politiques se déroulant, simultanément à plusieurs niveaux : moral, politique, social, interculturel, interethnique, international, global, etc.

La partie constitutionnelle de l'ouvrage est un peu fastidieuse à la lecture, mais fourmille de renseignements intéressants pour le chercheur qui poursuivra dans la voie ainsi tracée. En effet, le professeur Morin a dépouillé cent soixante-quinze constitutions à la recherche des garanties constitutionnelles de l'État de droit : « le véritable test de l'État de droit se trouve alors dans l'existence d'une panoplie de procédures et de recours, appuyée sur des institutions, permettant à la victime d'une violation d'obtenir qu'il y soit mis fin et d'être indemnisée le cas échéant » (p. 124). L'État de droit est un État de justiciables, au plein sens du terme, la justiciabilité étant corrélative de la citoyenneté politique.

Afin de procéder à une analyse scientifique de cette matière « profuse », on a choisi des indicateurs précis qui serviront à l'étude de tous les systèmes et institutions relevés. On pourra estimer qu'il manque telle ou telle garantie, mais l'ensemble ne

² On en retrouvera l'écho dans le regard jacobin que pose Edgar Pisani sur la crise constitutionnelle canadienne, lorsqu'il affirme, dans le *Monde Diplomatique* de Janvier 1998, que le Canada n'a pas de constitution certaine : E. Pisani, « Le Canada, laboratoire institutionnel à hauts risques » *Le Monde diplomatique* (janvier 1998) 14.

manque pas de cohérence et donne un tableau clair des instruments à la disposition des individus dans leurs rapports à l'État :

- (1) les principes de justiciabilité des droits fondamentaux et le recours en *habeas corpus*;
- (2) l'indépendance et l'impartialité des juges, comme principes du procès équitable;
- (3) l'interdiction de la détention arbitraire et la présomption d'innocence, comme principes de la garantie des droits de la défense;
- (4) le principe de réparation des violations des droits fondamentaux;
- (5) l'expression du principe de l'État de droit;
- (6) les conditions de la suspension des droits constitutionnels lors d'un état d'urgence.

L'étude de vingt-quatre constitutions d'Europe occidentale permet de distinguer l'« exception » britannique. Les toutes nouvelles constitutions d'Europe centrale et orientale se montrent remarquablement protectrices des droits et libertés de leurs citoyens, le principe de l'État de droit y étant proclamé plus que partout ailleurs, et on trouve une analyse historique de l'évolution constitutionnelle récente en Russie. Les constitutions latino-américaines, caribéennes et africaines, en grand renouveau constitutionnel depuis le début de la décennie, se divisent de façon contrastée, entre les constitutions de type « continental » et celles de type « anglo-saxon » et permettent une intéressante étude des conditions de mise en œuvre de l'état d'urgence. Les constitutions du Moyen-Orient ne contiennent presque pas de garanties. Les constitutions asiatiques sont très contrastées, mais offrent dans l'ensemble peu de garanties formelles.

L'étude de ces constitutions permet de dresser une typologie des garanties les plus fréquemment rencontrées et de celles souvent absentes (*habeas corpus*), ainsi que des conditions dont elles sont assorties (l'interdiction de la détention arbitraire est souvent formulée comme justifiant la détention aux « motifs prévus par la loi »). Ces disparités et surtout la difficulté de mesurer l'effectivité concrète de l'expression constitutionnelle des garanties n'autorisent pas à déclarer que les exigences de l'État de droit forment désormais un principe général du droit : « [...] l'État de droit émerge à peine des constitutions. [...] La constitutionalisation ne suffit donc pas, par elle-même, à instaurer la prééminence du droit, surtout s'il n'existe aucun moyen de contrôle extérieur sur certains comportements des États » (p. 183). D'où l'importance des mécanismes et institutions de protection des droits fondamentaux en droit international.

Relisant Vitoria et surtout Las Casas — dont il cite « l'incomparable et irréfutable aphorisme » « *Todas las naciones del mundo son hombres* »³ — pour en trouver les fondements, Jacques-Yvan Morin constate qu'il « se développe dans certains cas des voies de recours, des mécanismes et des procédures qui font

³ « Tous les citoyens du monde sont des hommes ».

apparaître, au-dessus des États, des 'communautés de droit' animées d'une dynamique propre, comme si la notion d'État de droit, circonscrite jusqu'ici à l'ordre interne des États — comme l'expression l'indique —, s'élevait d'un cran pour s'appliquer dans l'ordre international » (p. 198).

Suit une très complète étude de l'étendue des principes de l'État de droit garantis par la *Convention européenne des droits de l'homme* et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : procès équitable (délai raisonnable, indépendance et impartialité des juges, publicité des débats, motivation des jugements, droit d'appel), respect des droits de la défense (présence au procès, interdiction des arrestations et détentions arbitraires, prohibition de la torture, respect de la vie familiale, habeas corpus, conditions de l'arrestation, préparation de la défense, avocat d'office, débat contradictoire, présomption d'innocence, non-rétroactivité des lois, non-incrimination, *non bis in idem*, procédures administratives), réparation des violations, etc. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs récemment, dans l'affaire *Loizidou*, défini la *Convention européenne des droits de l'homme* d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen », renforçant ainsi les points de comparaison avec les ordres proprement constitutionnels.

L'Union européenne est également structurée autour de principes se rapportant à l'État de droit, la Cour de justice des Communautés européennes ayant très tôt affirmé que le respect des droits fondamentaux faisait partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assurait la mise en œuvre : recours effectif, droits de la défense, sécurité juridique, proportionnalité, protection contre l'arbitraire, etc. Si l'Union européenne a renoncé à adhérer à la *Convention européenne des droits de l'homme* (pour éviter la subordination de son ordre juridique), le *Traité de Maastricht* affirme son attachement au respect des droits fondamentaux tels qu'exprimés à cette convention comme dans les traditions constitutionnelles des États membres.

Les initiatives de l'OSCE et du Conseil de l'Europe en Europe centrale et orientale sont aussi analysées. Les réflexions sur la candidature de la Russie sont toutefois aujourd'hui caduques puisque celle-ci a adhéré au Conseil de l'Europe sans que celui-ci lui impose d'avoir ratifié et mis en œuvre la *Convention européenne des droits de l'homme*⁴.

L'analyse du système interaméricain souligne la considérable importance conceptuelle de l'arrêt *Aloeboetoe c. Surinam* (1993) de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, portant sur l'évaluation des dommages et l'indemnisation pour violation des droits de l'homme. L'étude du système africain des droits de l'homme fait resurgir la question de l'universalité : le professeur Morin plaide, avec d'autres, que, l'État s'étant installé sur tous les continents, il est essentiel d'en limiter le pouvoir arbitraire et d'en conjuguer les bénéfices avec ceux des « sociétés de droit traditionnelles » : « Cette 'interculture des droits de l'homme' [...] aurait pour but d'élucider une 'universalité partageable', fondée davantage sur des modèles de conduite que sur la pure comparaison des normes. Les traditions occidentales de déclarations et de codification des droits et libertés n'y perdraient pas toute pertinence

⁴ Voir P. Leuprecht, « Le Conseil de l'Europe en quête d'un avenir », Conférence Maximilien-Bibeau 1997, à paraître à la *Revue Universelle des Droits de l'Homme*.

[...], mais le modèle serait ouvert à d'autres traditions de protection de l'individu devant le pouvoir. L'État de droit universalisable serait le fruit d'un 'enrichissement universaliste' des divers modèles de comportement » (p. 320). Le dialogue entre *Charia* et normes universelles est possible, comme le montrerait la constitution mauritanienne de 1991.

La partie de l'ouvrage consacrée à la protection des droits de l'homme en Asie est plus courte, se limitant à l'étude du projet de l'ASEAN et des documents préparatoires à la Conférence mondiale de Vienne. On y montre l'attitude fermée du gouvernement chinois et son discours ambigu sur les liens entre souveraineté, droits de l'Homme et développement. On aurait cependant aimé voir discutées la position très revendicatrice des ONG asiatiques et la dynamique de dialogue que leur courageuse présence a su instaurer dans un espace politique traditionnellement restreint⁵.

L'analyse des principes de l'État de droit dans l'ordre universel est très riche. Présentant la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et les trois « générations » de droits, on souligne le principe récemment acquis de l'interdépendance et de l'indivisibilité de tous les droits, quelle que soit leur « génération », non sans ajouter que les principes de l'État de droit relèvent manifestement de la première génération des droits et que l'indivisibilité ne doit conduire ni à rendre la mise en œuvre des uns conditionnelle à la mise en œuvre des autres, ni à interdire d'en élever certains — et pas d'autres — au rang de principes de *jus cogens*. Étudiant la valeur juridique des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, on montre, avec les affaires *Texaco-Calasiatic* (1977) et *Nicaragua* (1986), l'évolution conceptuelle concernant les normes coutumières dont on admet désormais la création à partir de l'*opinio juris* que constitue une telle résolution, dès lors que des comportements étatiques concordants sont constatés par la suite⁶.

Tout le mécanisme onusien de création normative est exposé : rôle de la Commission des droits de l'homme et de sa Sous-Commission, en vertu des procédures dites 1235 et 1503; les procédures thématiques des rapporteurs spéciaux et des groupes de travail (disparitions forcées ou involontaires, détention arbitraire, exécutions extrajudiciaires, etc.), qui aboutissent souvent à l'adoption de « déclarations de principes » ou « codes de conduite »; le Comité des droits de l'homme et le mécanisme des rapports périodiques.

Jacques-Yvan Morin étudie la typologie des principes de l'État de droit, issus de normes conventionnelles et développés par la jurisprudence du Comité, selon la grille développée pour le droit constitutionnel et déjà utilisée pour les systèmes régionaux. Puis, toujours selon cette grille, il analyse la valeur et la portée des principes concertés non conventionnels de l'État de droit, tels qu'ils résultent des « Ensembles de principes », « Principes directeurs », « Règles minima », « Déclaration de principes » ou « Code de conduite » adoptés sur une foule de sujets (traitement des

⁵ Voir Asia Cultural Forum on Development (ACFOD), *Our Voice : Bangkok NGO Declaration on Human Rights*, Bangkok, Edison Press Products, 1993.

⁶ Voir T. Meron, « The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law » (1996) 90 Am. J. of Int. Law 238.

détenus, protection des personnes passibles de la peine de mort, protection des personnes atteintes de maladie mentale, administration de la justice pour les mineurs, indépendance de la magistrature, rôle du Barreau, etc.) dans une multiplicité de forums de concertation constitués au sein ou sous l'égide des Nations Unies, « exemples de ce droit 'vert' ou 'programmatoire', de cette 'soft law' qui sert de terreau au droit positif de l'avenir, non sans que des ajustements constants ne les adaptent à l'évolution des sociétés » (p. 388-389). Pour l'exemple, mentionnons la *Déclaration de Caracas* (entérinée par l'Assemblée générale en 1980), « dans laquelle le sixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime a affirmé que le système d'administration de la justice de tout État doit reposer sur des principes qui garantissent l'égalité devant la loi, le caractère effectif des droits de la défense, l'existence d'organes judiciaires capables d'assurer une justice prompte et équitable et la protection des droits et libertés de chacun; voilà une définition de l'État de droit qui en vaut bien d'autres » (p. 425).

En attendant un éventuel troisième protocole au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui imposerait, en cas de violation, le principe du recours utile, le recours à l'*habeas corpus*, et l'ensemble des garanties du procès équitable, « cette évolution se poursuivra : il y a, de par le monde, une grande soif de liberté, de développement, d'égalité, de mieux-être : la légitimité du pouvoir dépend de plus en plus de la capacité des gouvernants de répondre à ces besoins. Or, si l'économie de marché, tempérée par des objectifs sociaux, veut répondre à ces attentes, elle ne saurait prendre son essor sans l'État de droit, lequel, à son tour, dépend du développement. Les normes des Nations Unies tentent donc de répondre à cette faim de droit et d'amorcer le cycle État de droit-développement » (p. 429).

Les développements récents en matière de droit pénal international vont aussi en ce sens : préfigurant le statut d'une future Cour criminelle internationale, on peut déjà étudier les règlements sur la preuve et la procédure et sur la détention provisoire des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, comme représentant un ensemble de règles mettant le principe de l'État de droit en oeuvre au plan de la justice internationale.

En conclusion, le professeur Morin montre à quel point le principe de prééminence du droit reste une conquête difficile historiquement face à la capacité de résistance du pouvoir, comment elle s'épanouit dans une multiplicité de formats politiques et constitutionnels, mais combien elle repose toujours « en définitive sur l'existence d'une autorité juridictionnelle indépendante des autres pouvoirs, [...] condition *sine qua non* de l'application effective de l'ensemble des principes qui forment l'État de droit » (p. 449) et gage de l'équilibre mutuel et de la modération des pouvoirs et contre-pouvoirs dans une société polyarchique.

Revenant brièvement au débat sur l'universalité des droits de l'homme, il rappelle que l'État de droit se situe dans l'ordre des moyens alors que le respect des droits et libertés est une fin. Or, si « là où l'État a pénétré, l'État de droit doit le suivre à la trace », il constate que « les moyens peuvent varier selon les cultures juridiques, [...] sont tributaires, pour une part, des conditions socio-économiques » (p. 460), et que les alliances entre mécanismes modernes et moyens traditionnels ou coutumiers de

contrôle du pouvoir s'avèrent souvent plus efficaces que les importations pures et simples.

Récusant ceux qui voudraient faire de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, même cinquantenaire, un ensemble obligatoire de principes généraux du droit international coutumier, le professeur Morin différencie entre les principes qui sont « mieux assurés » (indépendance des juges, présomption d'innocence, limites de l'état d'urgence, etc.) et ceux autour desquels la discussion se poursuit sous forme de *soft law*, même s'il note malicieusement que « la *soft law* l'est avant tout pour le pouvoir » (p. 459) : « ce *jus novum* », explique-t-il, « est encore largement une idée-force, un 'requis', un projet, un programme » (p. 462).

« Ceux qui voudraient que la *Déclaration universelle* fut d'ores et déjà obligatoire en son entier à titre de droit coutumier ou que la totalité des règles et normes de l'État de droit constitue un principe du droit international, prennent le risque d'une sorte d'ethnocentrisme culturel. Certaines règles paraissent avoir atteint ce stade ou être sur le point d'y arriver, mais l'État de droit conçu comme ensemble de règles en est au stade de l'émergence en tant que principe du droit des gens : les préoccupations liées à son instauration sont devenues universelles, même si elles doivent porter le poids de leur origine occidentale. On en débat sur tous les continents parce que l'État est partout et que la 'faim de droit' s'y fait sentir » (p. 461).

* * *

Après avoir refermé cet ouvrage profond et élégant, une inquiétude demeure. L'État de droit ne bénéficie qu'à celui qui a accès au droit. Or, alors même que l'on voit les principes de l'État de droit émerger au plan constitutionnel et international, et la « communauté internationale » tenter chaotiquement d'intervenir en divers points du globe au nom des droits de l'homme, divers aspects du phénomène de la globalisation semblent rendre ces efforts plus vains qu'il n'y paraît. Deux points sommairement exposés devraient montrer la pertinence de ces inquiétudes : le traitement de l'étranger (I) et la dépossession normative de l'État lui-même (II).

I. Le traitement de l'étranger

Les États insistent de plus en plus lourdement sur l'attribut de puissance souveraine que constituent le choix de ceux qui entrent sur leur territoire et le rejet des autres. La mondialisation, qu'ils appellent de leurs vœux incantatoires, lamine l'expression de leur souveraineté en soumettant tout choix socio-économique à la régulation d'un « marché mondial » libre de toute tutelle. Or les disparités grandissantes entre le Nord riche et le Sud pauvre (comme au sein du Nord et du Sud entre leurs parties riches et pauvres respectives) induisent naturellement des déplacements de populations. Et la mondialisation de la circulation des biens, des services et des capitaux devient alors un facteur multiplicateur, ayant l'inévitable tendance d'entraîner concurremment une plus grande circulation des personnes. Le

contrôle effectif de ces flux migratoires par une crispation sur la frontière devient un enjeu crucial pour les États : au plan technique, attaqués par la critique néo-libérale, ils doivent constamment administrer la preuve de leur efficacité dans l'application de la loi; au plan politique, le contrôle migratoire est électoralement payant (c'est un discours sécuritaire rassurant) et sans risque (les migrants ne votent pas); au plan symbolique, dépossédés qu'ils se sentent de nombreux attributs de souveraineté par la mondialisation, ils exercent dès lors leur puissance publique à la frontière, dernière preuve physique absolue de leur existence.

L'accroissement des flux migratoires incontrôlés, attirés par la prospérité et la paix de certaines sociétés (occidentales, mais pas seulement), entraîne l'apparition de communautés qui demeurent durablement en situation irrégulière, déjouant les contrôles administratifs, échappant aux mécanismes répressifs, mais contribuant de façon nette à la création de richesse, sans en partager les bénéfices. Or, alors même que les États admettent progressivement que les droits et libertés de leurs citoyens (nationaux et immigrants légaux) soient justiciables à leur rencontre, cette crispation sur la souveraineté territoriale les rend de plus en plus réticents à reconnaître la même protection aux droits et libertés de ces étrangers, au motif implicite que le contrat social ne leur aurait pas été étendu. Que ces droits et libertés soient généralement l'attribut de toute personne humaine en tout lieu, quel que soit le statut administratif que l'autorité publique décide de lui octroyer, semble importer peu : la légitimation sociale de pratiques répressives par l'appel à une opinion publique fragilisée suffit à induire un différentiel de justiciabilité au détriment des étrangers (réduction des recours, limitation de l'aide juridique, etc.).

On ne compte plus les exemples de mauvais traitements dans des commissariats de police, d'arrestations « au faciès », de détention arbitraire, de non-communication des droits du prévenu, de maintien sur le territoire sans aucun statut, de reconduites sommaires à la frontière, d'injection de drogues calmantes à des personnes en instance d'expulsion contre leur volonté, de refoulement de demandeurs d'asile, etc. De nombreux rapports⁷ ont montré à quel point les pratiques illégales — précisément perpétrées parce que considérées comme intimidantes et « dissuasives » — ont cours et ne sont pas efficacement réprimées par les autorités publiques, sans doute en raison d'une « complicité objective » au moins dans le partage de l'objectif de réduction des flux irréguliers. Les tribunaux semblent trop souvent pencher du côté des autorités, dans une volonté diffuse de soutenir leurs efforts de maintien de l'ordre face à une situation qui est médiatiquement décrite comme incontrôlable. On a même vu récemment la Cour européenne des droits de l'homme entériner, au nom du respect de la souveraineté territoriale des États, des pratiques qui choquent la conscience⁸.

⁷ Voir Fédération internationale des droits de l'Homme, « La situation des étrangers et des demandeurs d'asile en France : Le seuil de l'intolérable », Rapport de la mission internationale d'enquête, *La Lettre de la Fédération internationale des droits de l'Homme*, Hors Série n° 216, mai 1996; Amnesty International, *Federal Republic of Germany — Failed by the System: Police Ill-Treatment of Foreigners*, AI International Secretariat, EUR 23/06/95.

⁸ Voir les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 25 juin 1996, *Amuur c. France*; Cour européenne des droits de l'homme, 28 novembre 1996, *Nsona c. Pays-Bas*; Cour européenne des droits de l'homme, 28 novembre 1996, *Ahmut c. Pays-Bas*; United Nations Human Rights Committee, 30 April 1997, *A. v. Australia*, Communication n° 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993.

De telles dérives autorisent à conclure que le respect des droits et libertés est aujourd'hui trop fréquemment conditionné par la citoyenneté (nationaux et étrangers en situation régulière), que l'État n'est un État de droit qu'en faveur de ceux qui ont un titre légal à sa protection, que les autres sont rejetés aux marges de son ordre public sans qu'il soit possible de faire efficacement reconnaître leurs droits : ils ne sont presque plus des justiciables.

Devant la fragilisation de la légitimité étatique, il est donc permis de craindre la marginalisation de plus en plus grande des « sans-papiers », des « internationalement faibles »⁹ dans des États qui, pour eux, ne seront pas « de droit ».

II. La dépossession normative de l'État

Allons plus loin. La théorie marxiste du droit comme superstructure instituée par les classes possédantes dans le but de servir leurs intérêts particuliers semble étrangement d'actualité face aux bouleversements causés par la globalisation. L'ordre juridique étatique est de plus en plus concurrencé par d'autres ordres juridiques, qu'ils soient quasi-étatique (Union européenne), intergouvernementaux (ALENA), quasi-privé (projet d'accord mondial sur les investissements) ou entièrement privé (nombre de réglementations techniques). Causé par une volonté des acteurs économiques privés de dépasser le cadre étatique pour échapper à ses contrôles — tout particulièrement en mettant les ordres juridiques étatiques en concurrence entre eux de manière à favoriser l'émergence d'un plus petit dénominateur commun —, cet éclatement des sources du droit dépoussière de plus en plus l'État de sa capacité à faire prévaloir l'intérêt public sur des alliances d'intérêts privés.

L'État reste le meilleur outil que nous ayons historiquement forgé pour assurer un minimum de justice sociale et de répartition de la richesse dans des sociétés complexes. Que cet État — né avec la Renaissance, institué avec le siècle des Lumières, popularisé durant l'Entre-deux-guerres, social-démocratisé au cours des Trente Glorieuses, « dégraissé » depuis les crises pétrolières — doive continuer de s'adapter aux changements sociaux phénoménaux qu'impose la globalisation issue du paradigme techno-scientifique, nul ne le conteste. L'Union européenne est l'exemple même d'une réponse collective relativement démocratique à cette complexification : on instaure une redistribution des pouvoirs étatiques sur plusieurs niveaux d'action politique en fonction de l'aire des enjeux, et on assure un contrôle démocratique de cette interpénétration tant par la mise en jeu électorale de la responsabilité politique à tous ces niveaux (c'est le principe démocratique), que par l'instauration d'un ordre juridique commun qui puisse être contesté devant les tribunaux par tout individu (c'est le principe de l'État de droit). La légitimité du pouvoir est à ce prix et la violence sociale serait la conséquence d'une démission collective face à cette exigence éthique et politique.

⁹ Voir L. Bolesta-Koziebrodski, *Le droit d'asile*, Leyden, Sythoff, 1962; A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law - Refugee Character*, vol. I, Leyden, A.W. Sijhoff, 1966 aux pp. 74 et 77.

Or nous assistons à la mise en place d'ordres juridiques qui, une fois institués, ne sont ni démocratiquement, ni judiciairement contrôlés. L'ALENA en est un exemple proche : l'individu qui souffrirait de ses conséquences n'a aucun moyen effectif de faire valoir ses droits, ne peut mettre en cause les décisions prises en fonction d'un ordre juridique qui serait supérieur, comme le droit international des droits de l'Homme. Quelle possibilité aurons-nous d'attaquer les orientations essentielles de l'éventuel accord mondial sur les investissements en fonction de l'intérêt collectif, entre autres pour assurer le respect effectif des droits fondamentaux, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, désormais tenus pour indivisibles? Les mécanismes de règlement des différends que prévoient ces accords relèvent de l'arbitrage entre intérêts privés plus que de la vérification de la conformité de ces derniers à l'intérêt public. Hormis dans les questions environnementales (et encore!¹⁰), cet « intérêt public » n'est d'ailleurs plus jamais invoqué au plan mondial ou continental, sauf pour le faire découler du « marché » comme somme des intérêts privés.

Les mécanismes internationaux de mise en oeuvre des droits et libertés sont des mécanismes interétatiques, qui ne s'imposent a priori qu'aux États. Dès lors que des structures transnationales prétendent dépouiller l'État du pouvoir de décision dans un grand nombre de champs d'activité humaine (dont on postule sans le démontrer qu'étant économiques, elles sont exclues du domaine politique et ne doivent être régulées que par le « marché » à l'exclusion de toute « bureaucratie »), on assiste à une mise en concurrence des ordres juridiques qui, en l'absence d'une hiérarchisation, débouche sur l'affranchissement des acteurs économiques privés des normes internationales qui définiraient un « ordre public mondial », dont le principe en émergence de l'État de droit ferait partie. Cette juxtaposition concurrentielle des pouvoirs constitue effectivement une véritable « an-archie » contredisant la polyarchie postulée de l'État de droit, soit l'articulation des pouvoirs et contre-pouvoirs dans un objectif d'équilibre et de modération.

Paradoxalement en apparence, ces mêmes intérêts privés prétendent toutefois recourir à l'État, voire renforcer ses pouvoirs, dès lors qu'ils peuvent en tirer bénéfice et rendre effectives les décisions qu'ils ont prises sans que l'État y ait eu part : on exigera ainsi que la puissance publique protège la propriété privée et la liberté d'entreprendre, après qu'on l'eût forcée à réduire la protection des droits des travailleurs ou celle de l'environnement, au nom de la nécessaire compétitivité¹¹. Si la fonction de justice sociale de l'État est considérée comme trop coûteuse et doit être réduite, sa fonction répressive reste utile et il conviendrait de la « mettre à profit ». Ainsi, depuis moins de dix ans, le concept de « sécurité » a largement débordé le cadre de la sécurité stratégique pour envahir tous les aspects de l'activité étatique : sécurité environnementale, sécurité urbaine, sécurité alimentaire, sécurité migratoire, sécurité

¹⁰N'a-t-on pas vu, à la Conférence de Kyoto sur les émissions de gaz à effets de serre, une tentative de commercialiser des « droits de polluer », de remplacer la logique de l'intérêt planétaire par une logique marchande dont les plus forts économiquement auraient bénéficié. M. Chemillier-Gendreau, « Marchandisation de la survie planétaire », *Le Monde diplomatique* (janvier 1998) 3.

¹¹Ou encore on demandera à l'État de prendre le risque de l'implantation d'une entreprise ou des efforts de recherche d'un produit, selon le principe de la nationalisation des coûts et de la privatisation des profits.

démocratique (élections), sécurité des investissements, sécurité humaine (FMI-Banque mondiale), etc. On assiste à une progressive « sécurisation de l'espace public », au détriment d'une logique qui voudrait mettre en œuvre les droits et libertés des individus.

L'État de droit suppose l'État, et même l'État démocratique, c'est-à-dire le monopole de la contrainte organisée en faveur du bien commun. Il suppose l'État, quelle que soit la forme de cet État, État unitaire classique ou État polyarchique complexe (post-moderne?). Dès lors que l'État n'est plus le lieu effectif de la décision politique au nom d'une « rationalité économique » disposant de ses propres interprètes non-étatiques, dès lors que l'État n'a plus les moyens de s'imposer à des puissances économiques qui le concurrencent, dès lors que l'État n'a plus ni le monopole de la contrainte, ni le pouvoir de définir l'« intérêt public », que signifie l'État de droit?