



**DIRECTION GENERALE POUR LES POLITIQUES EXTERNES DE L'UNION
DIRECTION B
- DEPARTEMENT THEMATIQUE -**

ETUDE EXTERNE

Droit, pratiques et discours réformateurs dans les pays du monde arabe

Contenu: Il s'agit principalement d'évaluer si la réforme des systèmes juridiques et des appareils judiciaires peut assurer une réforme politique. Ce n'est donc pas seulement le problème de la « judiciarisation » du politique qui est en cause, à savoir le traitement toujours accru de questions d'ordre politique par l'instance judiciaire, mais également celui du pouvoir d'action du droit et de la justice dans la réforme politique ou, autrement dit, la réforme de l'Etat autoritaire par la mise en place d'un Etat de droit. Cette idée de substitution de la citoyenneté juridique à la citoyenneté politique ouvre la perspective d'une meilleure gouvernance et d'un pluralisme accru par des moyens plus faiblement conflictuels et antagonistes que ceux de l'opposition partisane et populaire/populiste. Il s'agit donc d'établir une sorte de coussin entre les gouvernants et les gouvernés. Cette idée, pour séduisante qu'elle soit, n'en présente pas moins plusieurs difficultés. Tout d'abord, il semble difficile de changer substantiellement un régime en réformant le droit, dès lors que la clef de la réforme du droit réside chez les titulaires du pouvoir politique. Ensuite, il faut bien constater que, le plus souvent, le droit fonctionne déjà, si pas bien, du moins effectivement. Ce n'est qu'une attention excessive portée aux affaires politiques qui justifie l'idée que l'établissement de l'Etat de droit résoudra les problèmes de l'autoritarisme politique. En fait, on néglige le fait qu'un droit parfaitement effectif peut être l'instrument efficace d'un régime autoritaire.

Il s'agira, dans un premier chapitre, de dresser l'état des systèmes juridiques et judiciaires. Dans un deuxième chapitre, on s'intéressera à la question de la réforme du droit et de la justice comme alternative à la réforme politique ou comme jalon sur la route de celle-ci. Dans un troisième chapitre, on précisera les limites de la réforme du droit. La conclusion consistera en quelques recommandations.

Toute opinion exprimée est celle de l'auteur et ne reflète pas nécessairement la position du Parlement européen.

Cette étude a été demandée par la Commission des Affaires étrangères du Parlement européen.

Le présent document est publié dans la langue suivante : Français

Auteur: Baudouin DUPRET
93 rue du Bois de Buis
B-1457 Walhain
Belgique

Fonctionnaire responsable: Dr. Stefan KRAUSS
DG Politiques externes
Département thématique

Manuscrit achevé en: octobre 2006

Pour obtenir des copies, veuillez vous adresser par: E-mail: xp-poldep@europarl.europa.eu

Bruxelles, Parlement européen, octobre 2006.

CHAPITRE I

DROIT ET JUSTICE EN CONTEXTE ISLAMIQUE ET ARABE

1. Rien ne permet de parler de « justice en islam » ou de « conception arabe de la justice ». Il faut au minimum constater que les théories et les dogmes sont nuancés, voire divergents. Au-delà du discours religieux, il faut aussi prendre la mesure de ce que la justice est une pratique dont les contours auraient bien du mal à entrer dans un cadre rigide. On distinguera donc la question de la justice en tant que pratique discursive (prédication coranique, tradition prophétique, exégèses, théorie des fondements du droit islamique, traités de philosophie politique et morale ou de bonne gouvernance) et la justice comme pratique propre à des institutions judiciaires établies dans le contexte historique et géographique de sociétés majoritairement musulmanes.
2. Un inventaire des références coraniques et prophétiques et l'étude de leurs connotations étymologiques ne permettrait pas de prétendre déduire « la » conception islamique de la justice, encore moins « la » pratique islamique de la justice. Chaque auteur manifeste une conception toute spécifique qui procède pour l'essentiel des questions d'actualité auxquelles il se sent tenu de répondre. Remarquons que le thème de la justice islamique continue d'être, de nos jours, la source d'une importante littérature philosophique et politique. C'est particulièrement vrai en matière d'éthique économique et sociale. Sayyid Qutb, idéologue des Frères musulmans dans les années 1950 et 1960, est ainsi l'auteur d'un ouvrage intitulé *La Justice sociale en islam*. Le sous-continent indien est, par ailleurs, un vivier de penseurs de l'« économie islamique ».
3. La question de la justice s'entend aussi comme la mise en œuvre par des institutions spécialisées d'un droit faisant référence directement ou indirectement à l'islam. C'est avec l'empire ottoman que l'administration de la justice a connu, en contexte islamique et arabe, sa forme la plus organisée. Le juge, placé à la tête d'un tribunal ayant juridiction sur un territoire déterminé et installé dans des bâtiments spécifiques, est compétent en matière de droit révélé (*shari`a*) et de droit positif (*qânûn*). Il a le pouvoir également d'imposer des peines discrétionnaires (*ta`zîr*). Il n'est pas prévu d'appel des décisions rendues par le juge, même si le *dîwân* impérial peut être saisi de plaintes et ordonner un nouveau jugement. Les juges jouissent d'une immunité, en ce sens que leur travail est en principe à l'abri des interférences des autorités locales et qu'ils ne peuvent être jugés que par le *dîwân* impérial. En revanche, ils peuvent être révoqués par le sultan à n'importe quel moment. Avec les réformes initiées au tournant du 19^e siècle, un nouveau corpus de droit et, dans la foulée, un nouveau système judiciaire virent le jour. Il est exact, dès cette époque, de qualifier les tribunaux traditionnels de tribunaux de la *shari`a*, en ce sens que leur compétence est désormais limitée au seul droit révélé. La tendance à une codification du droit et à la réforme du système judiciaire n'a cessé de s'accroître pour aboutir à l'adoption d'un système laïc de cours et tribunaux avec l'avènement de la république turque.
4. Tous les systèmes judiciaires des pays à majorité musulmane ont été profondément transformés au cours des deux derniers siècles. Sans que cela ne puisse être strictement corrélé au colonialisme, il est manifeste que, globalement, le droit d'inspiration religieuse s'est retrouvé progressivement confiné au seul domaine du statut personnel (mariage, divorce, filiation, successions) et que les juridictions administrant ce droit ont été de la même manière dépouillées de leur compétence au profit de juridictions nationales. L'Iran, depuis la révolution de 1978, et l'Arabie saoudite, ainsi qu'à des

degrés divers plusieurs pays du Golfe, font exception en la matière, avec des nuances. Dans le « domaine réservé » du statut personnel, on peut aussi noter l'adoption de lois codifiées, technique étrangère à la tradition juridique islamique, dont l'application est confiée à des chambres spécialisées des tribunaux civils composées de juges formés dans les facultés de droit. Une tendance à l'« islamisation » d'un droit jugé par trop séculier est observable depuis les années 1970. Cela s'est traduit par l'adoption de textes législatifs explicitement référencés à la *shari'a*, elle-même souvent promue au rang de source principale de la législation. La Haute Cour constitutionnelle égyptienne distingue entre principes absolus et principes relatifs de la *shari'a*, la conformité à ces derniers, parce qu'ils changent en fonction du temps et du lieu, étant laissée à l'appréciation du législateur.

5. Le système judiciaire des pays membres de la Ligue des Etats arabes a connu des transformations radicales au cours des deux derniers siècles, parallèlement à l'émergence d'Etats nations centralisés. D'un pays à l'autre, les formes de la justice sont contrastées, selon que le système s'est inscrit dans la tradition du droit civil ou de la *Common Law*, selon qu'il s'est développé plus ou moins indépendamment de la tutelle coloniale et selon que la mise en place des nouvelles institutions est récente ou s'inscrit dans la durée.
6. Il n'y a pas d'expérience arabe spécifique du droit et de la justice. La référence à un « monde arabe » ne se justifie que par rapport à un discours nationaliste, faisant de l'arabité un principe d'identité, et à une organisation régionale, la Ligue des Etats arabes, qui regroupe en son sein vingt-et-un Etats (Palestine incluse). La culture arabe, quoi que recouvre ce terme, ne saurait donc être tenue pour fondatrice d'une organisation particulière du pouvoir judiciaire dans ces différents pays. C'est également vrai de la religion, bien que pour d'autres raisons. L'adoption de plus en plus fréquente de textes législatifs trouvant leur inspiration dans les droits positifs occidentaux et les réformes apportées aux différents pouvoirs judiciaires, tout au long des 19^e et 20^e siècles ont conduit à progressivement restreindre la compétence des juridictions religieuses aux seules matières du statut personnel, voire à les intégrer purement et simplement dans le système judiciaire national.
7. A l'exception de l'Arabie saoudite (système mélangeant tribunaux religieux et organismes administratifs à compétence judiciaire) et avec d'importantes nuances pour différents pays du Golfe, les pays arabes ont adopté un système judiciaire proche du système français. Ceci tient pour partie à la présence coloniale (Algérie, Liban, Maroc, Mauritanie, Syrie, Tunisie), mais aussi à l'existence d'une tradition de coopération juridique (non exempte d'une volonté de résistance à la présence britannique), à l'héritage ottoman et à l'influence égyptienne (Libye, Irak, Jordanie, pays du Golfe, Soudan).
8. On retrouve ainsi une division du judiciaire en tribunaux de première instance, cours d'appel et Cour de cassation (Algérie, Egypte, Irak, Jordanie, Koweït, Liban, Maroc, Mauritanie, Syrie, Tunisie). Ces juridictions sont compétentes en matière civile, pénale et commerciale et se voient parfois confiées les affaires de statut personnel (Egypte, Maroc, Tunisie, Koweït, Algérie). Certains pays (Egypte, Maroc, Tunisie) comprennent un échelon inférieur à juge unique. Le contentieux pénal est réparti entre ces tribunaux selon la gravité de l'infraction commise, la classification en contraventions/délits/crimes ayant été reprise par la plupart de ces pays. Le contentieux administratif a souvent été confié à des tribunaux administratifs (Algérie, Egypte,

Jordanie, Liban, Maroc, Tunisie, Syrie). Le contrôle de constitutionnalité se développe depuis les années 1970 (Algérie, Egypte, Koweït, Liban, Maroc, Mauritanie, Tunisie). Tous ces pays ont choisi un système centralisé et certains (Liban, Maroc, Mauritanie) se sont fortement inspirés du Conseil constitutionnel français.

9. En Egypte, la convention de Montreux (1937) a aboli les juridictions consulaires et mixtes et a confié l'ensemble des compétences aux tribunaux nationaux. Le Parquet (*niyāba*), créé en même temps que les juridictions nationales, a été maintenu. En 1946, le contentieux administratif a été confié au Conseil d'Etat (*majlis al-dawla*). La Constitution de 1971 a porté création d'une Haute Cour constitutionnelle (*al-mahkama al-dustūriyya al-'ulyā*), qui est entrée en fonction en 1979. Les matières relevant du statut personnel sont aujourd'hui de la compétence de chambres civiles spécialisées des tribunaux ordinaires. De nombreuses juridictions exceptionnelles ont été mises en place : tribunaux militaires, cours de sûreté de l'Etat, tribunal de l'éthique. Dans le sillage de l'organisation des cours et tribunaux, les professions juridiques se sont développées et, parallèlement, l'enseignement du droit dans des facultés rattachées aux grandes universités nationales. La carrière des magistrats est réglementée et un conseil de discipline gère les questions disciplinaires les concernant. Un syndicat des avocats remplit une double fonction de barreau et d'instance corporative chargée de la protection des intérêts de ses membres. Les professions auxiliaires ont aussi fait l'objet d'une organisation spécifique. Au Soudan, l'adoption au début des années 1970 de codes inspirés du droit égyptien a diminué l'influence de la *Common Law*. Par ailleurs, une vague d'« islamisation » du droit s'est concrétisée par l'adoption d'une série de lois à partir de 1983. Depuis 1983 également, le système judiciaire et la procédure civile suivent, dans une large mesure, le modèle civiliste égyptien.
10. C'est un *dāhir* (décret royal) de 1974 qui fixe l'organisation judiciaire du royaume du Maroc et une loi de 1991 qui crée et organise les juridictions administratives. Des juridictions exceptionnelles ont également été instituées : Tribunal permanent des Forces Armées Royales et Cour spéciale de justice. En Algérie, une ordonnance de 1965 porte organisation du système judiciaire post-colonial. La Constitution de 1989 a institué un Conseil constitutionnel et celle de 1996 a mis en place une juridiction administrative. En Tunisie, une loi de 1959 a donné son aspect définitif à l'organisation judiciaire en matière civile, pénale et commerciale. Un décret de 1987 a créé un Conseil constitutionnel, dont les décisions ont une portée obligatoire depuis 1998. Au Liban, les questions de statut personnel continuent à être réglées par des juridictions religieuses spécifiques, chaque communauté religieuse disposant de ses propres tribunaux. Un Conseil constitutionnel a été créé par l'amendement constitutionnel de 1990, dans la foulée des accords de Taef (1989). La Syrie reproduit pour l'essentiel le modèle égyptien. La loi irakienne sur le pouvoir judiciaire de 1979 le calque également, tout en confiant les affaires de statut personnel à des tribunaux de *sharī'a*.
11. C'est le modèle civiliste et non la *Common Law* qui a été adopté dans les pays du Golfe (Bahreïn, Emirats arabes unis, Koweït, Qatar et Sultanat d'Oman), en dépit d'une longue présence coloniale britannique. Ce phénomène, dû en partie à l'influence exercée par les juristes égyptiens employés comme experts dans la région, a conduit le système judiciaire à se transformer dans le sens de l'unification des juridictions, de l'homogénéisation des procédures et de la structuration du contentieux. Dans le sultanat d'Oman, le système judiciaire reste fragmenté, entre des tribunaux commerciaux fort influencés par le droit de la *common law*, des tribunaux criminels appliquant un droit pénal « islamique » codifié et des tribunaux civils (appelés

tribunaux de la *shari`a*) pratiquant aussi un droit d'inspiration explicitement islamique. Aucune juridiction supérieure ne vient coiffer ces trois ordres juridictionnels et les tribunaux de la *shari`a* jouissent de la compétence résiduelle. De même, deux ordres juridictionnels co-existent à Qatar, les cours traditionnelles de *shari`a* et des cours de justice (*mahâkim `adliyya*), et la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction fait l'objet de rivalités. Le système judiciaire des Emirats arabes unis comprend deux niveaux de juridictions, coiffés par une Cour suprême. Le judiciaire est unifié au Koweït, mais des tribunaux exceptionnels ont fonctionné quelques années après la guerre du Golfe. Au Yémen, le contentieux de constitutionnalité est confié à une chambre de la Cour suprême. Il existe quelques juridictions spéciales (impôts, douanes, travail).

12. Seule l'Arabie saoudite semble plus ou moins échapper à l'influence civiliste. L'organisation des tribunaux remonte à un décret royal de 1928. Différentes règles de procédure civile furent adoptées en 1936 et 1952. En 1955, une Administration des plaintes (requêtes contre le gouvernement, exécution des jugements étrangers, compétence consultative, compétence commerciale générale depuis 1988) a été créée et, en 1970, un ministère de la Justice fut mis en place. Un décret royal de 1975 sur l'organisation de la justice a introduit d'importantes réformes sur le plan procédural. Les tribunaux de la *shari`a* ont une compétence de droit commun pour toutes les affaires civiles et pénales, sauf dans les matières confiées à une autre juridiction. On notera l'application d'un droit au total peu codifié, sauf en matière commerciale, et la multiplication d'administrations douées d'une compétence juridictionnelle sur des questions aussi variées que le droit du travail, la fiscalité ou le domaine bancaire.
13. Il convient de souligner l'importance, dans tous les pays arabes sans exception, de juridictions d'urgence et militaires qui, parallèlement à la justice ordinaire, fonctionnent de manière quasiment permanente depuis les indépendances. En Egypte, la justice militaire fait partie du système judiciaire permanent. Compétentes pour les crimes commis contre l'armée et pour juger le personnel militaire, même quand l'infraction a été commise par un civil, ces juridictions ne respectent pas les droits humains fondamentaux pour ce qui est de la publicité des débats, le droit à l'assistance d'un avocat et la possibilité de faire appel des jugements. Par ailleurs, la Constitution de 1971 autorise le Président de la République à proclamer l'état d'urgence, ce qui comprend la mise en place de juridictions compétentes pour toutes les violations des lois d'urgence et pour toutes les affaires qui leur sont soumises par le Président. Elles jugent sans possibilité d'appel, au terme d'une procédure accélérée et simplifiée.
14. Les violations des droits humains sont une constante de l'histoire arabe moderne. La domination impérialiste, les conflits de classe, l'autoritarisme des régimes, les conflits régionaux, les valeurs contradictoires, les conflits d'ordre religieux, les faiblesses de l'économie, autant de menaces pour l'état de droit et la bonne administration de la justice. Le droit lui-même a pu être utilisé, à l'occasion, pour nier les droits humains fondamentaux. Les commissariats de police ont été et continuent à être des lieux connus pour leur brutalité et leur usage de la torture. De nombreuses personnes ont été arrêtées sans qu'aucune accusation ne soit formulée et n'ont jamais été déférées devant un juge, entre autres les activistes islamistes. Un mouvement associatif spécialisé dans la lutte pour le respect du droit et des procédures a fait son apparition et ne saurait être tenu pour négligeable. Il est l'objet de nombreuses tracasseries policières et administratives.

CHAPITRE II

LA REFORME DU DROIT ET DE LA JUSTICE COMME ALTERNATIVE A LA REFORME POLITIQUE

15. La réforme de la justice et du droit comme alternative à la réforme politique s'inscrit dans un mouvement remontant aux années quatre-vingt. Ce mouvement consiste dans la « légalisation » de l'action oppositionnelle. En effet, si les régimes autoritaires arabes ont été frontalement attaqués, durant les années 1960 et 1970, par des opposants généralement de gauche, les régimes ont réussi à réduire à merci leurs ennemis, de sorte que la stratégie des opposants s'est transformée, passant de la revendication d'un changement de régime à la demande d'une régularisation de son fonctionnement. Cette évolution apparaît notamment au Maroc et en Egypte. Elle consiste à considérer que le cadre légal de l'Etat en place dessine le cadre de l'action militante. Peu à peu, les islamistes se sont pliés à cette stratégie, quand ils ne l'avaient pas déjà adoptée. Cet ample mouvement est, d'ailleurs, contemporain de l'essor de l'engagement dans la « société civile », qui se poursuit jusque dans les années 1990. Il ne correspond pas à une évolution libérale de l'Etat autoritaire ou à une conversion de ses opposants à la pensée libérale, mais à un affaiblissement irréversible des forces contestatrices et au net succès des politiques répressives.
16. La conséquence quelque peu paradoxale de cette victoire de l'autoritarisme fut l'apparition d'un mouvement de « légalisation » de l'action gouvernementale. Partiellement libérés des craintes que fait toujours naître une opposition radicale, les régimes purent envisager, sinon une démocratisation, du moins une « libéralisation » de leur mode de fonctionnement. On entend par là une ouverture de la vie publique, dès lors qu'elle demeurerait sans conséquences sur la détermination des détenteurs du pouvoir, la limite évidente de toute libéralisation résidant dans le trucage indiscutable et systématique des élections. L'un des avantages de cette légalisation est qu'elle assure le droit de l'Etat. Le recours à la norme juridique par les opposants porte en lui la reconnaissance de la légitimité de l'appareil constitutionnel mis en place par les gouvernants non moins que de l'appareil judiciaire sur lequel ils exercent un indéniable contrôle. Le droit peut indéniablement être l'instrument efficace de l'autoritarisme.
17. On distingue diverses formes de réformes juridiques relevant de la libéralisation. La première est une réforme de l'appareil judiciaire spécialisé, portant sur les relations entre l'Etat et les particuliers. Il s'agit de rendre les relations moins inégalitaires et d'apaiser les tensions sociales. La deuxième réforme est centrée sur la corruption : il s'agit de lutter contre les abus de pouvoir des agents de l'Etat. Il s'agit, ici aussi, d'éliminer des tensions causées par des dysfonctionnements patents qui, du reste, peuvent être préjudiciables au régime lui-même. La troisième réforme porte sur le cadre constitutionnel du régime, en ce compris la définition des libertés publiques. Il s'agit alors de donner une assise institutionnelle précise à la libéralisation politique. La quatrième réforme, qui annonce ou accompagne une sortie de l'autoritarisme consiste dans la mise en place d'une justice transitionnelle, c'est-à-dire d'une justice jugeant les faits ou les acteurs des périodes de répressions. D'une manière générale, le pénal n'est pas concerné par ces réformes : il est notable qu'aucune politique de libéralisation n'ait encore envisagé sérieusement l'abolition de la peine de mort (au moins en matière politique), alors que la portée symbolique d'un tel acte serait grande auprès des donateurs et alliés occidentaux et totalement dénuée d'effets sur la nature du régime. Il

en est de même pour les mœurs : aucun réformateur, qu'il appartienne au régime ou à son opposition, ne songerait à reconnaître et à protéger les orientations sexuelles minoritaires.

18. Aux réformes ainsi considérées, il faut ajouter l'utilisation des moyens qu'elles offrent aux particuliers ou aux collectifs (associations de droits de l'homme, partis, *etc.*) d'avoir raison contre l'Etat. Cela consiste dans l'introduction d'un procès ou d'une recours qui puisse devenir une cause. La « judiciarisation » du politique vue du côté des gouvernants engagés dans une politique de libéralisation ne peut être efficace que si elle permet de résoudre des conflits précis, parfois aux bénéfices des particuliers ou des collectifs. Dans le cas contraire, elle ne serait plus une alternative à la confrontation politique. L'espace judiciaire peut ainsi devenir ponctuellement un espace public alternatif ou additionnel concédé par les gouvernants autoritaire. Cependant, les gouvernants peuvent également utiliser le procès pour contrer des opposants dans un registre possédant les apparences de la légitimité. L'usage de la justice est toujours réversible.
19. La réforme des appareils judiciaires spécialisés, notamment dans les différents domaines de la vie économique s'inscrit généralement dans une dynamique de libéralisation et de modernisation de l'activité économique, visant à satisfaire les critères internationalement admis. Le Maroc des années 1990, avec la volonté royale de créer « un Etat de droit pour les affaires » (lettre royale juin 1993), en offre un exemple parfait. Il s'agissait d'accompagner la mise à niveau de l'économie marocaine par la création d'un climat juridique qui soit favorable aux entrepreneurs locaux comme aux investisseurs étrangers. En 1996, des lois sur les investissements, les sociétés anonymes, les autres formes de sociétés et les tribunaux du commerce ainsi qu'un nouveau Code de commerce furent adoptés. Le Code des douanes fut aussi révisé. Cette réforme globale s'inscrivait clairement dans l'impératif de libéralisation, entendu aux deux sens du terme : celui de l'économie mais aussi celui du desserrement de l'emprise de l'Etat et de la régulation de l'action administrative. Il répondait à une critique manifeste, mais n'impliquait aucun transfert politique en faveur de l'opposition. Bien au contraire, puisqu'il était question de s'attacher encore davantage les milieux d'affaires. En même temps, la régulation de l'arbitraire judiciaire est aussi une régulation des modes d'intervention de l'appareil autoritaire, et donc une limitation de ses interventions. C'est aussi un moyen de lutte contre la corruption, puisqu'elle diminue indéniablement les ressources d'arbitraire de l'administration et donc limite les possibilité de détournement de celles-ci aux seuls bénéficiaires des fonctionnaires.
20. Contrairement à la réforme des juridictions spécialisées et à la lutte contre la corruption, la réforme constitutionnelle possède d'emblée un caractère politique. Il ne s'agit plus, en effet, de réguler le fonctionnement en quelque sorte interne de l'appareil autoritaire, mais de toucher à l'équilibre des pouvoirs. Les régimes autoritaires arabes sont tous constitutionnels, dotés des institutions clefs du régime représentatif. Il ne saurait être question d'affirmer que celles-ci fonctionnent de manière démocratique, mais il importe de constater l'évidence de leur caractère contraignant : 1°) l'organisation de l'autoritarisme se coule dans l'organisation constitutionnelle elle-même ; 2°) cette imbrication structurelle de l'une et de l'autre met en place des contraintes qui s'imposent aux dirigeants autoritaires eux-mêmes. En Syrie, par exemple, Bachar El-Assad n'avait pas l'âge constitutionnel pour succéder à son père. Il a dû, préalablement, modifier la Constitution : l'organisation autoritaire de l'Etat lui permettait de faire adopter sans risque la réforme constitutionnelle, mais son pouvoir

eut paru fragilisé et illégal sans cette dernière. En Egypte, le président Moubarak a fait procéder à une modification de l'article 76 de la Constitution : le président est à présent élu au suffrage universel direct, avec une pluralité de candidatures au premier tour et deux candidats au second. Ce mode d'élection ne met pas en cause la suprématie du parti au pouvoir et encore moins celle du chef de l'Etat. En revanche, la nature même de la situation concurrentielle, au second tour, a entraîné une nette augmentation des propos critiques vis-à-vis du Président, qui n'étaient pas de coutume auparavant.

21. Si l'on considère que les institutions constitutionnelles possèdent un pouvoir de contrainte, si limité soit-il, les réformes constitutionnelles ne sont plus poudre aux yeux. Elles tentent effectivement d'organiser une certaine libéralisation du pouvoir, tout en établissant les limites nécessaires à la préservation du régime. Une évolution notable consiste ainsi dans la mise en place de juridictions constitutionnelles, présentes désormais dans presque tous les Etats arabes. Celles-ci sont instituées et/ou mise en place à l'occasion d'une étape libérale dans la « carrière » du régime. Ce fut le cas du Conseil constitutionnel marocain, créé en 1992 et réformé en 1996. Sa mise en place accompagnait la nette libéralisation du régime et préparait l'« alternance » de 1998. Dans un système à parti présidentiel dominant, comme le système égyptien, la présence d'une Cour constitutionnelle apporte une atténuation au principe majoritaire qui fait que toute loi proposée est votée, même si elle apparaît contraire aux libertés fondamentales. L'intérêt de la juridiction constitutionnelle est de pouvoir mettre en cause et annuler des décisions éminemment politiques sans pour autant paraître politiquement engagée, ceci d'autant mieux que le mode de désignation de ses membres accorde un net avantage aux gouvernants.
22. Un autre exemple réside dans la revivification ou dans la création de Parlements. Les modifications constitutionnelles allant dans ce sens (création d'une deuxième chambre au Maroc, d'un Parlement à Bahreïn...) ont pour conséquence possible la transformation d'opposants en parlementaires. Si, en général, les régimes autoritaires se livrant à de telles modifications mettent en même temps en place les moyens formels (lois électorales limitatives et/ou restriction des possibilités de mise en cause de l'Exécutif par le Législatif) et informels (trucage des élections) nécessaires pour éviter une modification radicale de l'équilibre des forces, ils n'en transforment pas moins les conditions mêmes de la vie politique, en promouvant sa pluralisation. De ce point de vue, le constitutionnalisme est une forme de juridisation du politique, puisqu'il consiste à mettre en place des institutions garantissant un partage minimal entre les gouvernants et leurs opposants et à donner des droits à l'opposition sans lui donner le pouvoir.
23. Toutefois, cette dynamique apparemment entièrement maîtrisée peut avoir des développements imprévus et des conséquences toutes contraires au désir de *statu quo* caractéristique des régimes autoritaires. C'est ainsi que, durant l'été 2000, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne a jugé que le gouvernement égyptien ne respectait pas l'article 88 de la Constitution, imposant que les élections se fassent sous le « contrôle de la magistrature », et qu'il convenait que tous les bureaux de vote fussent placés sous la présidence d'un magistrat. Il n'était pas possible au gouvernement d'ignorer cette décision de justice, sauf à se livrer à un coup d'Etat, ce qui eut amené un durcissement imprévisible et contreproductif de la vie politique ainsi qu'un conflit direct avec l'ensemble de l'appareil judiciaire. Le chef de l'Etat donna donc comme consigne à son ministre de la Justice de mettre en place ce contrôle et à son ministre de l'Intérieur de prendre les mesures nécessaires pour éviter que celui-ci ne soit par trop efficace. Cependant, en rendant impossibles les formes usuelles de trucage de

l'élection, comme le bourrage des urnes et les votes multiples d'une même personne sous des identités différentes, cette décision de justice a entraîné, sinon une défaite des gouvernants, du moins la défaite de plusieurs membres importants du parti au pouvoir et la victoire de plusieurs Frères musulmans. Il est clair que le constitutionnalisme combiné à l'indépendance de la magistrature peut donc avoir des conséquences politiques non voulues par les gouvernants autoritaires, quoique apparemment (et paradoxalement) conformes à la politique de « libéralisation » qu'ils promeuvent. Il est néanmoins aussi clair que ces conséquences, pour imprévues qu'elle soient, demeurent sous le contrôle des gouvernants.

24. Le dernier type de réforme juridique relevant de la libéralisation consiste dans la mise en place d'une justice transitionnelle. C'est le cas seulement au Maroc, où l'Instance Équité et Réconciliation a été instituée par le Roi pour faire la lumière sur l'ensemble des exactions commises durant ce que l'on nomme les « années de plomb », sous le règne précédent, dans la lutte contre les opposants. L'établissement des méfaits, des crimes, le détail de leur exécution, la publicisation des histoires des victimes, les recommandations qui s'en sont ensuivies ont pour but d'éviter la mise en cause intégrale du régime. C'est l'objet même des justices transitionnelles. C'est aussi une indéniable preuve de l'état de la libéralisation et de stabilisation du régime, puisqu'il prend en charge l'enquête sur les exactions naguère commises par son propre appareil sécuritaire. En d'autres termes, les gouvernants considèrent que les assises du régime sont suffisamment établies pour ne pas risquer d'être ébranlées par l'exposition de ces pratiques, ailleurs courantes et connues, mais jamais dévoilées. C'est aussi l'affirmation de ce qu'elles relèvent d'un temps révolu.
25. Les modes de réformes du politique passant par le juridique sont nombreuses. Elles consistent, pour leur grande majorité, dans la mise en place d'institutions régulatrices n'impliquant pas d'attitudes oppositionnelles ou d'institutions politiques limitant les conséquences de l'ouverture aux opposants. C'est pour cela que le constitutionnalisme peut être une stratégie de libéralisation, puis qu'il consiste dans l'adoption de régulations juridiques surdéterminant les rigidités majoritaires. La présence d'une juridiction constitutionnelle limite l'arbitraire majoritaire et ouvre à l'opposition une voie de recours n'impliquant pas de renversements politiques. En quelque sorte, le droit se substitue à l'activité politique normale.

CHAPITRE III

LES LIMITES DE LA REFORME PAR LE DROIT

26. L'un des écueils principaux auxquels doit faire face tout programme de réforme par le droit tient à l'effet de distorsion provoqué par l'attention portée aux seules affaires politisées et médiatisées. Les procès de journalistes, les affaires de mœurs, les poursuites contre des candidats aux élections, la mise en accusation de personnalités politiques, autant de situations dont le traitement laisse à penser que l'administration de la justice est dysfonctionnelle. Ce serait toutefois ne voir que l'arbre et oublier que celui-ci peut cacher une forêt. Cette forêt, c'est celle de pouvoirs judiciaires auxquels il est massivement fait appel, d'une justice active dont les dysfonctionnements tiennent davantage à sa surcharge qu'à son entière subjugation au pouvoir et à l'argent.
27. Le recours aux tribunaux est une pratique largement répandue dans la plupart des pays du monde arabe. Ce dont souffrent les juridictions tient à l'encombrement judiciaire, à l'insuffisante qualification des personnels, à l'absence d'informatisation et de publication systématique de la jurisprudence, au manque d'effectifs, bien avant les soucis de politisation et de corruption. Naturellement, le tableau est contrasté d'un pays l'autre. Alors que la corruption est tenue pour endémique en Syrie, elle semble moins prégnante en Egypte. Alors que l'influence du pouvoir politique sur l'action judiciaire est marquée en Tunisie, elle semble plus effacée au Liban. Ce que l'on voudrait souligner, c'est que l'essentiel du contentieux est constitué d'affaires pour lesquelles l'argent et le pouvoir n'ont souvent que dédain. A ce niveau, donc, l'on a affaire à une justice effective. Dès lors, l'idée d'une réforme par le droit se heurte à l'existence de ce droit et des institutions chargées de le mettre en œuvre. Ce n'est pas tant réformer par le droit qu'il convient d'envisager que réformer le droit et ses conditions d'exercice.
28. Droit et justice s'avèrent, dans la plupart des pays arabes, actifs et effectifs, bien qu'éventuellement dysfonctionnels. L'encombrement des tribunaux et l'arriéré judiciaire attestent de cette activité, tandis que les lourdeurs bureaucratiques et le pouvoir excessif des métiers intermédiaires (greffiers, huissiers) puissent expliquer retard accumulé dans la conclusion des dossiers. Cette activité est, pour l'essentiel, routinière et elle répond dès lors aux règles du genre. Un substitut du Parquet n'attache de l'importance à une affaire qu'à la seule condition qu'elle échappe à sa « géographie pratique » de l'ordinaire pénal. Par ailleurs, la routine conduit à des fonctionnements stéréotypés. Il est ainsi de notoriété, parmi les substituts égyptiens, qu'en matière de trafic de drogue, le procès-verbal de police relatant les faits suit un scénario-type. Il apparaît ainsi que, pour la police, il ne s'agit pas tant de décrire les faits qui sont survenus que de produire un récit constatant le crime d'une manière dépourvue des entorses à la légalité qui, si elles étaient constatées, déboucheraient sur un vice de forme et sur la nullité de toute la procédure. Le substitut a à l'esprit ce genre de scénario quand une affaire lui est déférée, sans qu'il en arrive pour autant à mettre en cause la police.
29. Il convient aussi de souligner une évidence : la justice peut être injuste et le droit peut être immoral. On remarque que le souci principal des juges est d'être tenus pour juridiquement pertinents et procéduralement corrects. Cela signifie que les juges, qu'ils soient arabes ou non, visent à (1) caractériser les faits qui leur sont soumis dans le cadre des définitions qui leur sont offertes par la loi et (2) inscrire leur action dans un cours

processuel qui respecte les procédures qui leur sont formellement imposées. Ceci n'exclut donc en rien l'existence de lois contraires aux grands principes de justice (les lois d'exception en Syrie, par exemple) et le prononcé de jugements injustes (comme celui qui a condamné plusieurs individus en raison de leur orientation sexuelle, en Egypte). Toute réforme politique par le droit impose d'être pragmatique et de considérer que cet instrument n'est pas seul à pouvoir enclencher un cercle vertueux.

30. Les juridictions tenues pour exceptionnelles, dans le monde arabe, ne sont souvent pas contraires à la loi ou à la Constitution, mais seulement dérogoires au droit commun. En Egypte, il existe un grand nombre de tribunaux que l'on peut qualifier de « tribunaux d'exception ». Comme l'indique une experte de ces derniers, ce terme vise les tribunaux qui ne sont pas le « juge naturel » du justiciable, mais dont l'existence est expressément prévue par la Constitution. Ainsi, la loi prévoit-elle l'existence de Cours de sûreté de l'Etat (état d'urgence), de tribunaux militaires, d'un Procureur général socialiste, de tribunaux des valeurs, d'un Tribunal des partis. En Jusqu'en 2004, il existait aussi des Cours de sûreté de l'Etat (permanentes) créées par une loi de 1980.
31. On ne saurait trop souligner l'ampleur des usages de la violence et de la torture dans les institutions policières et pénitentiaires des pays du monde arabe. De même, il faut insister sur le manque de moyens dont disposent les pouvoirs judiciaires, en dépit de l'encombrement dont ils souffrent et auquel cela ne fait que contribuer. Ceci pour souligner que la réforme par le droit suppose nécessairement, au préalable, une réforme des pratiques du droit. Les pays du monde arabe sont dotés de législations développées, souvent inspirées des droits occidentaux, et d'institutions cohérentes. Ce ne sont pas tant les textes et les institutions qui devraient dès lors être réformés que les pratiques liées à ceux-ci. Cela suppose de radicalement changer les habitudes d'impunité, de favoritisme, de vénalité, de brutalité qui prévalent en maints endroits des systèmes répressifs. L'amendement de la loi ne suffit pas à induire le changement du système juridique et son utilisation en tant que vecteur de réforme. Le sens commun arabe ne s'y est d'ailleurs pas trompé, qui parle, à propos de la production de lois, d'« opportunisme législatif ».
32. Dans l'évaluation du rôle du droit en tant que moyen de réforme des régimes, il faut rappeler que la loi se trouve aux mains des détenteurs du pouvoir, avec deux conséquences précises. D'une part, le droit et la justice peuvent servir des stratégies de contournement du monopole politique exercé par les gouvernants. Face à des régimes truquant les élections et n'autorisant d'opposition qu'adoubée par eux, la tentation est grande de déplacer la lutte sur un terrain qui ne soit pas totalement contrôlé. Le pouvoir judiciaire constitue un média stratégique et parfois efficace à cet égard. On a pu y recourir pour tenter d'imposer une certaine conception de la moralité publique (prostitution, homosexualité) ou de la place de l'islam dans la vie publique (port du foulard à l'école, notions de blasphème, d'apostasie). Les tribunaux (particulièrement administratifs et constitutionnels) ont également permis que soient remis en cause certains des équilibres sur lesquels reposent les régimes, avec parfois des résultats tangibles. On pense à un arrêt de la Haute Cour de justice jordanienne de 1988 dans lequel elle considère implicitement que la décision de désengagement jordanien de Cisjordanie est dépourvue de légalité. Ainsi en va-t-il aussi de la saisie de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne sur des questions de privatisation du secteur public, d'interprétation de la référence à la loi islamique comme principe de la législation, de propriété ou de libertés publiques. On observe donc l'utilisation de la justice en tant qu'euphémisation du politique : pour ne pas afficher explicitement le différend

politique et dans un contexte de limitation stricte des canaux d'expression de l'opposition, des voies non violentes et en théorie non politiques sont instrumentalisées. Dans un contexte de clôture politique, des acteurs d'opposition peuvent s'engouffrer dans l'interstice judiciaire.

33. Parce que la loi est un instrument détenu par les gouvernants, ces derniers peuvent exercer un contrôle sur toute velléité de réforme. Les stratégies de réforme sont ouvertes à l'initiative des gouvernants, seuls à même de mettre en place des institutions régulant judiciairement leur activité. La réforme vient par le haut et dans les limites compatibles avec la préservation de l'équilibre du régime en place. L'usage même du procès par les opposants trouve sa limite dans le fait que les décisions de justice sont mises en œuvre par les gouvernants et non par les magistrats et qu'ils peuvent, dès lors, en moduler les conséquences. Il en découle que la réforme par la mise en place de l'Etat de droit apparaît plutôt comme une conséquence de la libéralisation du régime et comme l'un de ses moyens que comme une dynamique poussant à cette libéralisation. Du reste, on l'a dit, les ressorts de l'Etat de droit peuvent tout à fait être utilisés pour harasser les opposants. En Egypte, un célèbre opposant et défenseur des Droits de l'homme a été condamné pour avoir violé la loi sur le financement des ONG. Poursuivi devant des juridictions normales, emprisonné et libéré plusieurs fois conformément à la loi, son calvaire judiciaire a duré des années. La justice s'est prononcée en sa faveur, montrant, somme toute son indépendance ; l'homme, néanmoins, en est sorti brisé. Dans le même mouvement, les gouvernants ont ainsi prouvé leur attachement à l'Etat de droit – la justice a suivi son cours – et ont efficacement sanctionné un opposant devenu effronté. C'est la limite de l'espoir à mettre dans le droit.
34. La réforme du droit et par le droit est un instrument qui ne peut être initié que par le législateur, ce qui fait de celui-ci une institution à la fois juge et partie. Il est partie prenante, dès lors que cette réforme implique une définition plus précise des pouvoirs de chacun, voire une redéfinition et une redistribution de ceux-ci. Mais le législateur est également l'arbitre des conflits qui ne peuvent manquer de survenir entre l'Exécutif et un Judiciaire renforcé. Toute réforme du droit et par le droit suppose donc un renforcement strict de l'indépendance du pouvoir judiciaire, mais cela implique que les deux autres pouvoirs – et particulièrement le chef de l'Etat et son Exécutif – admettent de se dessaisir d'une partie des prérogatives qu'ils se sont arrogées. D'où la conclusion que le renforcement du pouvoir judiciaire ne peut excéder ce que le pouvoir politique consent à lui accorder. Les vellétés ponctuelles d'indépendance du pouvoir judiciaire restent tributaires, de par le légalisme inévitable de leurs initiateurs, d'une procédure passant par une proposition émanant de l'Exécutif et d'un vote exprimé par le Législatif. On le voit en Egypte, aujourd'hui, où un mouvement de fronde mené par une frange non négligeable des juges débouche sur le vote d'une loi par l'Assemblée nationale, sur proposition du ministre de l'Intérieur, qui ne répond que partiellement aux vœux des intéressés.
35. Il existe, au sein des pouvoirs judiciaires, de nombreuses tendances qui, au-delà d'un consensus corporatiste sur les intérêts de la profession, s'opposent largement dans leur vision de la légitimité du droit. En gros, on peut observer une tendance libérale, qui souhaite un renforcement du pouvoir judiciaire au nom de la séparation des pouvoirs et du respect de l'Etat de droit, et une tendance traditionaliste, qui admet les vertus de ces principes mais nourrit également une ambition politique contestataire. Les pouvoirs ne s'y sont pas trompés, qui ont toujours cherché à rogner les ailes « subversives » des juges, tout en s'assurant que l'on puisse toujours dire que la justice est administrée

librement et suit son cours. En Jordanie, le magistrat à l'origine de l'arrêt de la Haute Cour de justice de 1988 a pu rendre sa décision, mais il a fait l'objet de mesures disciplinaires par la suite. En Egypte, un juge qui avait décidé de déclarer inconstitutionnelle une loi au motif de sa contradiction à la loi islamique avait été, dans les années 1980, muté dans une administration non contentieuse. En Syrie, de nombreux magistrats ont été mis à pied au motif de leur corruption, par simple décision du ministre de la Justice et de la Présidence, sans aucune forme de procès. Les gouvernants sont soucieux du respect formel du principe d'indépendance, mais réticents à l'octroi d'une autonomie complète dont ils craignent la capacité subversive.

36. La réforme du droit et de la justice est non seulement tributaire de la volonté politique, elle peut également être une carte entre ses mains. On en veut pour preuve les campagnes de lutte contre la corruption. Celles-ci ont toujours été mises en œuvre pour dissimuler des coups de torchon internes à l'appareil du pouvoir sous une remise en ordre judiciaire des institutions de l'Etat. Autrement dit, le Judiciaire peut servir d'appareil à blanchiment... de l'Exécutif. Récemment, au Maroc, une haute personnalité responsable de la sécurité des palais royaux a été relevée de ses fonctions pour avoir assuré de sa protection à un baron de la drogue. Alors que, des années durant, ce dernier jouissait de l'impunité, en dépit des nombreuses condamnations dont il avait fait l'objet, il a cette fois été arrêté, écroué, interrogé et déféré à la justice pour un procès exemplaire. Ce qui explique ce changement d'attitude, c'est la volonté de reprendre en main l'appareil sécuritaire et donc de s'attaquer à certains de ses patrons. La carte d'une justice transparente, propre et efficace peut être utilisée à des fins strictement politiques.

Recommandations

37. En conclusion de ce rapport, nous formulerons cinq recommandations. Celles-ci portent sur la nécessité de : (1) procéder à un inventaire du droit et de la justice tels qu'à l'œuvre dans les pays arabes ; (2) prendre la mesure des possibilités offertes par la réforme du droit et par le droit ; (3) tenir compte des contraintes et limites propres à ce type de réforme ; (4) encourager les réformes procédant de l'intérieur des institutions légales et de leurs agents ; (5) aider au renforcement des capacités institutionnelles en place au sein même des institutions étatiques.
38. 1^{ère} recommandation : Il existe un véritable déficit de connaissance des systèmes de droit et de justice dans le monde arabe. Les centres de documentation, les bases de données, les traductions fiables et les synthèses mises à jour font cruellement défaut. Il convient de poursuivre et d'amplifier le travail entrepris par le *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* (Kluwer Law International) et des ouvrages comme *Egypt and Its Laws* (Kluwer Law International, 2002) en allant au-delà de cette seule partie émergée de l'iceberg que sont les affaires médiatiques.
39. 2^{ème} recommandation : Le mouvement de réforme du droit et par le droit a permis, du point de vue politique, la « légalisation » de l'action oppositionnelle. Pour limitée que soit cette libéralisation, elle induit un cercle vertueux grâce auquel il devient difficile pour les gouvernants de se dédire du principe de la souveraineté de la loi, c'est-à-dire de la primauté du droit et d'un Etat fondé sur son respect. Il convient donc d'encourager les Etats à mettre en place de telles institutions et/ou à les maintenir, dans la ligne de ce qui est déjà engagé dans les plans d'action de l'Union Européenne avec l'Autorité palestinienne, la Jordanie, le Liban, le Maroc et la Tunisie, sans double langage autorisant

en sous-main ce qui est condamné officiellement et refusant de reconnaître les autorités issues d'un processus démocratique qu'on avait pourtant appelé de ses vœux.

40. 3^{ème} recommandation : L'ambition de réforme du droit et par le droit est limitée et contrainte. D'une part, elle est entre les mains des gouvernants. D'autre part, elle ne tient pas en considération les modes de fonctionnement effectif des juridictions en place. Il convient donc non pas d'y voir un substitut aux réformes politiques, mais un adjuvant et un complément à celles-ci qui, parce qu'il existe déjà un pouvoir judiciaire actif et fonctionnel dans les secteurs du droit à l'abri des interférences politiques et financières, est susceptible de s'affilier aisément à un objectif réformateur respectable. Ici aussi, il faut que les principes affichés et les actions effectives soient en phase et ne prêtent pas à l'accusation de double langage.
41. 4^{ème} recommandation : Les pouvoirs des différents pays arabes restent fragiles, en dépit de leur pérennité. Il y a peu à gagner à accentuer cette fragilité, non parce que ces régimes seraient préférables à leurs oppositions (ils sont même probablement pires), mais parce que les crispations débouchent généralement sur des transitions brutales et déstabilisatrices. Les changements positifs de régime opèrent rarement par la mise à sac des institutions. A ce titre, il convient d'encourager la réforme du droit et de la justice à partir des institutions en place et de leurs agents, plutôt que de procéder à des mises en cause répétées et non spécifiées qui, pour justifiées qu'elles puissent être, n'en amènent pas moins des situations de crise souvent insolubles.
42. 5^{ème} recommandation : Prévoir un développement des capacités de la société civile dans le domaine de la réforme du droit et par le droit est sans doute moins important que de favoriser l'émergence d'une magistrature fière d'elle-même et consciente de ses devoirs. La marge de manoeuvre vient de ce que les magistrats osent utiliser les instruments dont ils disposent. Amener les associations civiles à utiliser la justice serait inutile, somme toute, si les magistrats ne suivaient pas, alors que, si les magistrats ont la réputation de faire leur métier, on trouvera toujours quelqu'un pour ester. D'où la nécessité de se focaliser, dans la ligne des plans d'action susmentionnés, sur le développement des capacités (*capacity building*) des institutions juridictionnelles, quasi juridictionnelles et parlementaires.