



## C. LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE LA DÉMOCRATIE<sup>1</sup>

### 10. Etat de droit

#### a. Première étape : textes de référence

Projet Mayor	<p>Article 1<sup>er</sup>                  La démocratie est un régime politique, économique, social, culturel et international fondé sur le respect de la personne humaine dont les droits et les devoirs sont indivisibles, sur la prééminence du droit et de la justice [...]</p>
ONG	<p>A. Principes et valeurs de la démocratie véritable                  [...]                  VI. La prééminence du droit                  La prééminence du droit repose notamment sur les principes suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. le respect des principes relatifs aux droits de la personne et aux libertés fondamentales prévues par le droit international, et en particulier par la Convention européenne des droits de l'homme;</li> <li>b. le respect d'un ordre constitutionnel intégrant les droits fondamentaux et le respect d'une conformité des règles de droit à cet ordre constitutionnel;</li> <li>c. la soumission du gouvernement et de toutes autorités publiques à la loi;</li> <li>d. la sécurité juridique, qui comprend notamment le principe d'accessibilité au droit, ainsi que les principes de prévisibilité et de proportionnalité dans son application;</li> <li>e. le refus de l'impunité qui implique que :                         <ul style="list-style-type: none"> <li>- en cas de violation de la règle de droit, il appartient aux Etats et à la communauté internationale de veiller à ce que cette violation ne reste pas impunie;</li> </ul> </li> </ul>

<sup>1</sup> La contribution de chaque équipe reproduit la pensée de l'auteur et engage uniquement la responsabilité de celui-ci.

	- les violations graves, notamment la torture, le génocide, l'ethnocide, les massacres et les viols systématiques, soient condamnés et que leurs auteurs ne restent pas impunis.
Charte africaine	<p>Article 2 La présente Charte a pour objectifs de : [...] 2. Promouvoir et renforcer l'adhésion au principe de l'Etat de droit fondé sur le respect et la suprématie de la Constitution et de l'ordre constitutionnel dans l'organisation politique des Etats parties.</p> <p>Article 4 1. Les Etats parties prennent l'engagement de promouvoir la démocratie, le principe de l'Etat de droit et les droits de l'homme.</p>

b. *Fiche de synthèse* (par LETIZIA SEMINARA)

L'Etat de droit avait été inclus dans la recherche du Réseau méditerranéen en tant qu'élément de la démocratie.

La notion de la primauté du droit est présente dans tous les documents étudiés sous des dénominations et concepts différents, quoique voisins, qui se rapportent entre eux.

Le terme le plus utilisé est « la prééminence du droit » qui est présent dans deux des trois documents : le Projet Mayor et la déclaration des ONG. Le terme « Etat de droit » n'est utilisé que par la Charte africaine.

De parmi les trois documents analysés, seule la déclaration des ONG et la Charte africaine exposent les principes ou éléments sur lesquels ces notions reposent. La première énonce une longue liste qui comprend le respect des principes relatifs aux droits de la personne et aux libertés fondamentales (v. aussi nos considérations sur le respect des droits de l'homme et le respect du droit international, fiches n. 5 et 15), le respect d'un ordre constitutionnel, la soumission du gouvernement et de toutes autorités publiques à la loi, la sécurité juridique et le refus de l'impunité, et définit ces concepts (article A.VI). En revanche, la Charte africaine décrit de manière succincte l'Etat de droit comme une notion fondée « sur le respect et la suprématie de la Constitution et de l'ordre constitutionnel dans l'organisation politique des Etats parties » (article 2.2). Selon la Commission de Venise la prééminence du droit impose aux décideurs de traiter toute personne de manière digne, égale et rationnelle, dans le respect du droit et en mettant à sa disposition des voies de recours pour contester la légalité d'une décision devant des juridictions indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable. La même Commission inventorie ses éléments : 1. la légalité, qui suppose l'existence d'une procédure d'adoption des textes de loi transparente, responsable et démocratique; 2. la sécurité juridique; 3. l'interdiction de l'arbitraire; 4. l'accès à la justice devant des juridictions indépendantes et impartiales, qui procèdent notamment à un contrôle juridictionnel des actes administratifs; 5. le respect des droits de l'homme; 6. la non-discrimination et l'égalité devant la loi.

Alors que le Projet Mayor et la déclaration des ONG n'indiquent pas quelles seraient les actions des Etats à entreprendre vis-à-vis de ces notions, la Charte africaine tient à expliquer que l'un des buts de cet instrument est celui de « promouvoir et renforcer

l'adhésion au principe de l'Etat de droit » (article 2.2) et que les Etats parties s'engagent à « promouvoir » ce principe (article 4).

En ce qui concerne la place que ces notions occupent dans la démocratie, elles constituent une condition/élément de celle-ci. Tandis que le Projet Mayor le précise de manière explicite, le même concept est sous-jacent à la déclaration des ONG et à la Charte africaine. En effet, le Projet Mayor affirme que la démocratie est fondée sur la prééminence du droit et de la justice (article 1). On peut déduire la même idée de la déclaration des ONG et de la Charte africaine par la place que ces notions occupent dans ces instruments : d'une part, la prééminence du droit fait partie du titre A « Principes et valeurs de la démocratie véritable » dans la déclaration des ONG; d'autre part, on trouve l'Etat de droit entre les objectifs de la Charte africaine (article 2.2) et les engagements des Etats parties (article 4) à cette Charte. Selon la Commission de Venise la prééminence du droit au sens propre fait partie intégrante de la société démocratique.

*c. Deuxième étape : textes de référence additionnels*

Déclaration de l'Union interparl.	<p>7. La démocratie est fondée sur la primauté du droit et l'exercice des droits de l'homme. Dans un Etat démocratique, nul n'est au-dessus de la loi et tous les citoyens sont égaux devant elle.</p> <p>8. [...] Il y a véritablement interdépendance de la paix, du développement, du respect de l'état de droit et des droits de l'homme.</p> <p>17. Des institutions judiciaires et des mécanismes de contrôle indépendants, impartiaux et efficaces sont les garants de l'état de droit, fondement de la démocratie. Pour que ces institutions et mécanismes puissent pleinement veiller au respect des règles, améliorer la régularité des procédures et réparer les injustices, il faut que soient assurés l'accès de tous, sur une base de stricte égalité, aux recours administratifs et judiciaires ainsi que le respect des décisions administratives et judiciaires, tant par les organes de l'Etat et les représentants de la puissance publique que par chacun des membres de la société.</p>
Warsaw Declaration	<p>Hereby agree to respect and uphold [...] That elected leaders uphold the law and function strictly in accordance with the constitution of the country concerned and procedures established by law.</p>
Déclaration de Bamako	<p>2-2. L'État de droit qui implique la soumission de l'ensemble des institutions à la loi, la séparation des pouvoirs, le libre exercice des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'égalité devant la loi des citoyens, femmes et hommes, représentent autant d'éléments constitutifs du régime démocratique.</p> <p>4-A-1. Renforcer les capacités des institutions de l'État de droit, classiques ou nouvelles, et œuvrer en vue de les faire bénéficier de toute l'indépendance nécessaire à l'exercice impartial de leur mission.</p>

d. *Commentaires et observations des équipes nationales***Algérie** (par AHMED MAHIOU)

C'est la constitution de 1989 qui a été la première à se préoccuper de l'Etat de droit et de sa prééminence et cette option a été confortée ensuite, notamment par celle de 2016. Outre l'allusion à la primauté du droit qui apparaît dans le préambule (al. 11), il y a de très nombreuses références dans la plupart des articles, notamment ceux consacrés aux droits et libertés que l'Etat s'engage à respecter ou promouvoir (art. 32 à 73), ainsi que dans les articles 156 à 177 concernant le pouvoir judiciaire dont l'indépendance est normalement garantie. On peut ajouter à cela d'autres dispositions comme celles concernant l'abus d'autorité que la loi doit réprimer (art 24), la possibilité offerte à tout citoyen de contester la constitutionnalité d'une loi devant les tribunaux (art. 188) ou encore l'article 212 qui interdit toute révision constitutionnelle de nature à porter atteinte au caractère républicain de l'Etat, à l'ordre démocratique basé sur le multipartisme, aux libertés fondamentales et aux droits de l'homme.

Par conséquent, sur le plan formel, les dispositions constitutionnelles répondent tout à fait aux normes en vigueur dans tout Etat de droit. Il reste que souvent évidemment que des dérogations sont aussi prévues, surtout lorsqu'il est fait renvoi à la loi pour compléter les voies et moyens d'assurer le respect du droit; c'est à ce moment que l'Etat de droit peut être affecté, surtout si le Conseil constitutionnel ne remplit pas efficacement son rôle de protecteur de la constitution.

**Espagne** (par VICTOR LUIS GUTIERREZ CASTILLO)

Le travail de la grille est très complet, mais il faut tenir en compte certaines questions que notre Equipe trouve d'importance :

Reference à l'existence d'une hiérarchie des normes. L'existence d'une hiérarchie des normes constitue l'une des plus importantes garanties de l'état de droit.

En ce qui concerne l'ordre juridique espagnol, la Constitution Espagnole on affirme (art. 1) « L'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique » et (art. 9. 1) que « Les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres normes de l'ordre juridique ».

**Grèce** (par STELIOS PERRAKIS)

On peut se demander si la primauté du droit entre dans le concept de l'Etat de droit. Car la notion de la primauté concerne souvent la hiérarchie des normes juridiques de droit international ou national, par exemple on parle de la primauté de la Constitution sur le Droit International ou l'inverse; ou de la primauté du droit communautaire sur le droit national. Par ailleurs, le terme « prééminence du droit » qui figure dans le Statut du Conseil de l'Europe (article 3) disposition qui monte aux années '49 n'exprime pas à présent la notion de l'Etat de droit, sauf dans une interprétation large du terme. N'oublions pas, que le terme « Etat de droit », notion autonome a gagné seulement ces dernières années une position dans le droit de l'ONU (V. quelques Résolutions) ou bien comme valeur conventionnel dans le nouveau Traité de Lisbonne de l'UE.

**Italie** (par FRANCESCA PERRINI)

La primauté du droit est un élément essentiel de la démocratie. L'expression Etat de droit fait partie d'une tradition juridique, qui doit désormais être considérée universelle. Il s'agit d'une expression qui tient mieux ensemble les concepts de respect des droits de l'homme d'une part et celui de la suprématie de la Constitution et de l'ordre constitutionnel, de l'autre part.

**Liban** (par l'équipe du Liban)

L'État de droit peut se définir comme un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit. Cette notion, d'origine allemande (Rechtsstaat), a été redéfinie au début du vingtième siècle par le juriste autrichien Hans Kelsen, comme un État dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée. Dans ce modèle, chaque règle tire sa validité de sa conformité aux règles supérieures. Un tel système suppose, par ailleurs, l'égalité des sujets de droit devant les normes juridiques et l'existence de juridictions indépendantes.

L'existence d'une hiérarchie des normes constitue l'une des plus importantes garanties de l'État de droit. Dans ce cadre, les compétences des différents organes de l'État sont précisément définies et les normes qu'ils édictent ne sont valables qu'à condition de respecter l'ensemble des normes de droit supérieures. Au sommet de la pyramide figure la Constitution, suivie des engagements internationaux, de la loi, puis des règlements. À la base de la pyramide figurent les décisions administratives ou les conventions entre personnes de droit privé. L'État, qui a compétence pour édicter le droit, se trouve ainsi lui-même soumis aux règles juridiques, dont la fonction de régulation est ainsi affirmée et légitimée. Un tel modèle suppose donc la reconnaissance d'une égalité des différents sujets de droit soumis aux normes en vigueur.

L'égalité des sujets de droit constitue une autre condition de l'existence d'un État de droit. Celui-ci implique en effet que tout individu, toute organisation, puissent contester l'application d'une norme juridique, dès lors que celle-ci n'est pas conforme à une norme supérieure. Les individus et les organisations reçoivent en conséquence la qualité de personne juridique. L'État est lui-même considéré comme une personne morale. Ce principe permet d'encadrer l'action de la puissance publique en la soumettant au principe de légalité, qui suppose au premier chef le respect des principes constitutionnels. Dans ce cadre, les contraintes qui pèsent sur l'État sont fortes: les règlements qu'il édicte et les décisions qu'il prend doivent respecter l'ensemble des normes juridiques supérieures en vigueur (lois, conventions internationales et règles constitutionnelles), sans pouvoir bénéficier d'un quelconque privilège de juridiction, ni d'un régime dérogatoire au droit commun.

Les personnes physiques et morales de droit privé peuvent ainsi contester les décisions de la puissance publique en lui opposant les normes qu'elle a elle-même édictées. Dans ce cadre, le rôle des juridictions est primordial et leur indépendance est une nécessité incontournable.

En effet, la Justice faisant partie de l'État, seule son indépendance à l'égard des pouvoirs législatifs et exécutifs est en mesure de garantir son impartialité dans l'application des normes de droit.

Par ailleurs, les juridictions doivent être en mesure de confronter les différentes normes, afin de juger de leur légalité, y compris s'il s'agit de règles ayant un rang élevé dans

la hiérarchie. Une loi ou une convention internationale contraire à la Constitution doit ainsi être écartée par le juge et considérée comme non valide.

L'État de droit est avant tout un modèle théorique. Mais il est également devenu un thème politique, puisqu'il est aujourd'hui considéré comme la principale caractéristique des régimes démocratiques. En faisant du droit un instrument privilégié de régulation de l'organisation politique et sociale, il subordonne le principe de légitimité au respect de la légalité. Il justifie ainsi le rôle croissant des juridictions dans les pays qui se réclament de ce modèle.

Le Liban apparaît comme un Etat de droit en théorie mais la situation diffère en pratique.

Le Liban occupe la 136ème place sur 176 pays du monde au classement 2016 de l'indice de la perception de la corruption publié par Transparency International soit une ONG luttant contre la corruption.

L'Etat de droit trouve ses limites dans les pratiques des agents de l'Etat qui vont à l'encontre du respect des droits fondamentaux à tous les niveaux que ça soit le droit de manifester ou la liberté d'expression bien établis dans la constitution et ce, à chaque fois que la police abuse de son pouvoir en réprimant les manifestants par la violence, ou à chaque fois qu'un jugement condamnant l'Etat reste non exécuté.

### **Maroc** (par MOHAMMED NACHTAOUI ET SAID ALAHYANE)

S'agissant des conclusions portant sur la fiche-élément (Etat de droit / Prééminence du droit), il est essentiel tenir compte des observations suivantes

- Il serait intéressant d'utiliser le terme « Etat de droit » au lieu de « Prééminence du droit ». La notion de l'Etat de droit est plus significative et elle est largement utilisée dans les instruments internationaux des droits de l'homme, et par les chercheurs et les organisations de défense des droits de l'homme.

- de même il serait opportun de définir la notion de l'Etat de droit et de préciser les principes et les fondements sur lesquels il repose (suprématie de la constitution, séparation des pouvoirs, indépendance du pouvoir judiciaire, mise en place des mécanismes de protection des droits de l'homme).

- il conviendrait également de mettre en évidence l'importance de l'Etat de droit en tant que condition fondamentale pour mettre en place un régime démocratique.

Dans l'objectif de mettre en place un Etat de droit, le Maroc s'est engagé dans un processus de réformes politiques, constitutionnelles et institutionnelles. Il s'agit notamment de :

- La création des institutions chargées de la promotion et de la protection des droits de l'homme.

- L'organisation des élections relativement libres et honnêtes.

- L'adoption de la constitution de 2011.

Pourtant, il est à rappeler que l'objectif de la construction d'un Etat de droit reste loin d'être atteint pour diverses raisons, notamment :

- La faiblesse du pouvoir judiciaire par rapport à l'Exécutif et aux hommes influents.

- L'ineffectivité de certaines dispositions de la constitution, notamment celles qui se rapportent aux pouvoirs du gouvernement et du parlement.

- La fragilité des organes institutionnels chargés de la question des droits de l'homme.

## Tunisie (par HAJER GUELDICH)

Le concept d'Etat de droit désigne un Etat dont le pouvoir est fondé sur le respect du droit mais aussi limité par le droit, à travers un ensemble de droits fondamentaux bénéficiant d'une reconnaissance internationale. Par conséquent, nous pensons que l'expression Etat de droit est plus globale et plus générale que « Prééminence du droit » ou « Primauté du droit », ces deux derniers concepts sont les fondements et les bases de l'Etat de droit.

D'ailleurs, l'expression « Prééminence du droit » est une mauvaise traduction de l'expression anglaise « *Rule of law* » qui devrait être traduite en principe par « Etat de droit ».

Cette expression qui semble minoritaire « Etat de droit » (utilisée dans le seul texte de la Charte africaine) nous semble plus convaincante.

Néanmoins, nous nous accordons à dire que cette idée, ou ce concept important, ne doit pas être seulement comprise comme un objectif à atteindre, mais aussi et surtout comme un engagement à établir, à atteindre et à promouvoir (comme le stipule l'article 4 de la Charte africaine). Ce concept étant un concept clé, un concept fondamental dans l'établissement de la Démocratie.

### *Observations complémentaires*

En ce qui concerne la Constitution tunisienne et pour la notion d'Etat de droit, une première remarque s'impose puisqu'il n'existe pas dans le texte constitutionnel une énonciation expresse de ladite notion. Ce que l'on trouve, par contre, dès le paragraphe 3 du préambule de la Constitution du 27 janvier 2014, c'est une sorte de normes et valeurs que l'Etat compte désormais garantir et protéger. Aussi, peut-on lire: « *Posant les fondements d'un régime républicain démocratique et participatif, dans le cadre d'un Etat civil où la souveraineté du peuple s'exerce, à travers l'alternance pacifique au pouvoir, par des élections libres; un régime fondé sur le principe de la séparation des pouvoirs et sur leur équilibre, où le droit de s'organiser conformément aux principes du pluralisme et de la neutralité de l'administration, et où la gouvernance constitue le fondement de la concurrence politique; où l'Etat garantit la primauté du droit, le respect des libertés et droits de l'homme, l'indépendance de la justice, l'égalité des droits et devoirs entre tous les citoyens et citoyennes et l'équilibre entre les régions*».

Ensuite, l'article 49 de la Constitution tunisienne prévoit, en sus des principes devant encadrer toute limitation des droits et libertés, que des instances juridictionnelles se chargeront dorénavant de la protection de ces derniers contre toute violation. Le chapitre V relatif au pouvoir judiciaire divisé en deux titres : le premier intitulé « Les juridictions judiciaire, administrative et financière »; l'autre intitulé : « La Cour Constitutionnelle » ainsi que le chapitre VI relatif aux « Instances constitutionnelles indépendantes » constituent, pour leur part, des mécanismes nouveaux et indispensables pour la garantie des droits et libertés.

En ce qui concerne l'expression « primauté du droit », elle est clairement reprise dans la Constitution de 2014, outre le paragraphe 3 du préambule indiqué plus haut, dans l'article 2 § 1 où il est prévu que : « *La Tunisie est un Etat civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit* »; et l'article 102 qui dispose que : « *Le pouvoir judiciaire est indépendant. Il garantit l'instauration de la justice, la primauté de la Constitution, la souveraineté de la loi et la protection des droits et libertés* ». Par ailleurs, il convient de mettre en exergue l'acception nouvelle de la notion de primauté du droit au sein de l'article 20 d'après lequel « *les traités internationaux approuvés par l'Assemblée représentative et ratifiés ont une valeur supra-législative et infra-constitutionnelles*».

e. *Conclusions*

*La primauté du droit –soit sous le concept de l'Etat de droit soit sous celui de la prééminence du droit comme deux notions proches- est considérée comme un élément de la démocratie.*

*La caractérisation de ces notions comme « fondement » et « objectif » de la démocratie est à retenir même si semble impliquer un compromis pour les Etats, nécessaire en vue de leur condition d'élément indispensable de la démocratie, qui dépasse celle du simple objectif.*

*Pour ce qui est des éléments de l'Etat de droit, il n'est pas opportun d'inclure des éléments spécifiques, mais simplement une définition de cette notion en ajoutant la formule « société dans laquelle toute action du gouvernement et des autorités publiques, est guidée par le droit ».*

*En ce qui concerne le rôle des Etats à l'égard de ces notions, il convient de l'inclure en tant qu'engagement d'établir et de respecter celles-ci comme condition primordiale de la démocratie.*

*La loi doit sanctionner toute action contraire à l'ordre démocratique par la violence ou par l'incitation à la violence.*