



Strasbourg, 28 mars 2011

Etude n°512 / 2009

CDL-AD(2011)003rev
Or. fr.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

RAPPORT

SUR LA PRÉÉMINENCE DU DROIT

**adopté par la Commission de Venise
lors de sa 86e session plénière
(Venise, 25-26 mars 2011)**

sur la base des observations de

**M. Pieter van DIJK (membre, Pays-Bas)
Mme Gret HALLER (membre, Suisse)
M. Jeffrey JOWELL (membre, Royaume-Uni)
M. Kaarlo TUORI (membre, Finlande)**

Table des matières

I.	Introduction	3
II.	Les origines historiques des notions de « Rule of law » (prééminence du droit), « Rechtsstaat » et « Etat de droit »	3
III.	La prééminence du droit en droit positif.....	5
IV.	La quête d'une définition	9
V.	Les nouveaux défis	14
VI.	Conclusion	15
Annexe :	liste des critères d'évaluation de la situation de la prééminence du droit dans un État	16

I. Introduction

1. La notion de « prééminence du droit » forme, avec celles de la démocratie et des droits de l'homme¹, le triple socle sur lequel repose le Conseil de l'Europe ; elle est consacrée par le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme.

2. Elle est par ailleurs consacrée par un certain nombre d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et par d'autres documents normatifs.

3. La présente étude s'appuie sur la Résolution 1594 (2007) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « La notion de *rule of law* » (voir notamment le paragraphe 6.2, qui mentionne la Commission de Venise). Elle vise à retenir une définition consensuelle de la prééminence du droit, qui permette aux organisations internationales et aux juridictions nationales et internationales d'interpréter et d'appliquer ce principe fondamental. Il importe par conséquent que la nature même de cette définition autorise son application concrète.

4. Malgré une similarité terminologique, il convient de noter d'emblée que la notion de « prééminence du droit » (« Rule of law ») n'est pas toujours synonyme de « Rechtsstaat », « Estado de Direito » ou « Etat de droit ». Elle n'équivaut pas non plus à la notion russe de « prééminence de la législation » ou « prééminence des lois » (*verkhovenstvo zakona*), ni à celle de « pravovoe gosudarstvo » (« État de droit »)².

5. Le présent rapport vise à concilier les notions précitées, et notamment celles de « Rule of law » (prééminence du droit), « Rechtsstaat » et « Etat de droit »³.

6. Le présent rapport a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 86e session plénière (25-26 mars 2011).

II. Les origines historiques des notions de « Rule of law » (prééminence du droit), « Rechtsstaat » et « Etat de droit »

7. Les qualités associées à la notion de prééminence du droit ont été définies depuis des siècles et remontent à l'Antiquité. Platon proclamait que « là où le droit est soumis à une autre autorité et n'en a aucune en propre, l'effondrement de l'Etat, à mon avis, n'est pas loin, mais si le droit est le maître du gouvernement et le gouvernement est son esclave, la situation est très prometteuse et les hommes bénéficient de toutes les bénédictions que tous les dieux font pleuvoir sur la terre »⁴. La notion moderne de prééminence du droit a été mise en avant notamment par un constitutionnaliste britannique, le professeur A.V. Dicey, dans son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885)⁵.

8. Dicey considérait que deux principes étaient inhérents à la Constitution coutumière britannique. Le premier principe, et le principal, était celui de « la souveraineté ou la primauté du Parlement », qui consacrait ainsi la notion de gouvernement représentatif, considéré comme la caractéristique première d'un État démocratique. Le second principe, qui tempérerait le premier, mais sans pouvoir y déroger dans le cas précis du Royaume-Uni, était celui de la prééminence du droit.

¹ Statut du Conseil de l'Europe (STE n°001), notamment son préambule et son article 3.

² Hiroshi Oda, "The Emergence of Pravovoe Gosudarstvo (Rechtsstaat) in Russia" 25 *Review of Central and East European Law* 1999 n°3, 373.

³ Pour une analyse des différences d'origine et de notion entre Rechtsstaat, Rule of Law et Etat de droit, voir M. Loughlin, *Foundations of Public Law* (2010), chap.11.

⁴ Pour une analyse de son origine dans le monde antique, voir M. Loughlin, *Swords and Scales* (2000), chap. 5 ; B. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics and Theory* (2004), chap. 1.

⁵ 10^e éd.1959, préfacée par E.C.S.Wade, Londres, MacMillan, chap. 4.

9. Dicey voit par conséquent dans la prééminence du droit une contrainte, mais pas un contrôle suprême, imposée au pouvoir théoriquement illimité de l'État sur l'individu au Royaume-Uni. Selon lui, le principe de la prééminence du droit découle du common law, c'est-à-dire du droit dit au fil du temps par le juge et dont la codification sous forme de constitution écrite n'est de ce fait pas nécessaire. Pour Dicey, la prééminence du droit se caractérise par trois éléments essentiels. Premièrement, nul ne saurait être puni pour un acte autre que l'infraction à la loi, qui doit être certaine et future, de manière à encadrer les actes et les transactions des personnes, mais ne peut les punir rétroactivement, puisque tout pouvoir discrétionnaire conduit à l'arbitraire. Deuxièmement, nul n'est au-dessus des lois, qui s'imposent de manière égale à toute personne, quelle que soit la catégorie sociale à laquelle elle appartient. Troisièmement, la prééminence du droit ne découle pas d'une constitution écrite, mais du common law dit par le juge.

10. La troisième composante décrite par Dicey n'a plus sa place dans la société moderne ; la première caractéristique (légalité et sécurité juridique) et la seconde (égalité) sont en revanche essentielles à la notion de prééminence du droit, mais la conception de la sécurité juridique retenue par Dicey n'était pas universellement admise, dans la mesure où il considérait que tout pouvoir discrétionnaire conduit infailliblement à l'exercice « arbitraire » du pouvoir⁶.

11. Au cours de la première moitié du XXe siècle, la prééminence du droit a été fortement contestée, car les architectes de l'État-providence voyaient dans l'opposition de Dicey au pouvoir discrétionnaire l'expression d'une opposition à l'intervention de l'État. Or, le pouvoir discrétionnaire leur paraissait indispensable pour prendre les décisions qu'imposait le caractère de plus en plus complexe de la société.

12. La prééminence du droit et le pouvoir discrétionnaire ont été conciliés à partir du milieu du XXe siècle. Une marge d'appréciation était en effet admise, sous réserve d'être encadrée par le droit, en vertu duquel un pouvoir est conféré, ainsi que par d'autres composantes de la prééminence du droit, comme le droit de toute personne à engager une procédure équitable devant une juridiction impartiale et indépendante et à jouir de l'application cohérente, égale, dépourvue d'arbitraire et motivée de la loi.

13. La notion de *Rechtsstaat* est, par définition, beaucoup plus axée sur l'État. Alors que la notion de prééminence du droit a été ébauchée dans les tribunaux, celle de *Rechtsstaat* découle de constitutions écrites⁷. Son principal théoricien a été Robert von Mohl (1831), qui définissait le *Rechtsstaat* par opposition à l'État absolutiste, dans lequel des pouvoirs illimités sont conférés à l'exécutif. La protection contre l'absolutisme doit dans ce cas être assurée par le corps législatif, plutôt que par les seuls tribunaux.

14. La conception française transparaît dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789). La notion d'*Etat de droit* (qui fait suite à la notion positiviste d'*Etat légal*) met l'accent sur la nature de l'État, qu'elle considère comme le garant des droits fondamentaux consacrés par la Constitution face au législateur. Carré de Malberg associe au début du XXe siècle l'*Etat de droit* au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la législation ordinaire⁸.

15. La prééminence du droit a été interprétée de diverses manières, mais il convient de la distinguer d'une notion purement formaliste, selon laquelle tout acte commis par un agent public et autorisé par la loi est réputé conforme à ses exigences. Au fil du temps, l'essence de la notion de prééminence du droit a été dévoyée jusqu'à correspondre à un exercice du pouvoir

⁶ Sur cette question, voir Jeffrey Jowell, "The Rule of Law and its Underlying Values", in *The Changing Constitution*, sous la direction de Jeffrey Jowell et Dawn Oliver, 7^e édition, Oxford University Press 2011 ; Kaarlo Tuori, *The Rule of Law and the Rechtsstaat*, in *Ratio and Voluntas*, Ashgate 2011, chap. 7, p. 8 et suiv. ; Erik O. Wennerström, *The Rule of Law and the European Union*, Uppsala, Iustus Förlag 2007, p. 61 et suiv.

⁷ Wennerström, p. 50.

⁸ Voir notamment Wennerström, p. 73 et suiv.

dans lequel les textes de loi ou le droit en général, voire de simples textes réglementaires, n'étaient plus que des instruments au service du pouvoir. De telles interprétations ont permis à certains gouvernements d'exercer le pouvoir de façon autoritaire, mais ne reflètent en rien le sens donné aujourd'hui à la prééminence du droit⁹.

16. La prééminence du droit au sens propre fait partie intégrante de la société démocratique ; elle 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 prééminence du droit concerne pas conséquent l'exercice du pouvoir et les rapports entre le citoyen et l'État. Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que la mondialisation et la libéralisation de ces dernières années ont conduit des acteurs publics internationaux et transnationaux, ainsi que des acteurs mixtes et privés, à exercer une autorité étendue sur les pouvoirs publics et les citoyens. Dans la partie V ci-dessous (« les nouveaux défis »), ce rapport examine brièvement la question de savoir si la prééminence du droit devrait être étendue pour s'appliquer aux actes de ces organes comme à ceux des autorités publiques traditionnelles au niveau de l'Etat.

III. La prééminence du droit en droit positif

a. Le droit international

17. La notion de prééminence du droit existe à l'échelon national et international¹⁰. Les principaux documents concernés sont, en la matière, les conventions internationales. La présente partie sera consacrée tout d'abord aux textes établis par plusieurs organisations internationales et supranationales (a), puis aux exemples offerts par le droit interne (b).

18. Les principales mentions de la prééminence du droit faites par le *Conseil de l'Europe* figurent

- dans le préambule du Statut du Conseil de l'Europe, qui souligne « l'attachement » des États membres « aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable » ;
- dans le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, qui évoque les « gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ».

19. Dans ces deux cas, l'expression « rule of law » a été traduite en français par « prééminence du droit » et non par « État de droit ».

20. Ces textes ne définissent toutefois ni la notion de prééminence du droit, ni celle de Rechtsstaat ou d'Etat de droit.

21. Ainsi, alors qu'il traite de « la prééminence du droit en tant qu'élément de la mission essentielle du Conseil de l'Europe », le Comité des Ministres du *Conseil de l'Europe* cite un certain nombre de documents qui renvoient à cette notion, tout en faisant remarquer que « les brèves descriptions qui précèdent ne suffisent pas pour dresser la liste des éléments constitutifs de la prééminence du droit tel que l'entend le Conseil de l'Europe, et encore moins

⁹ Voir l'ouvrage en trois volumes sur la prééminence du droit de Serhiy Holovaty, *The Rule of Law*. Kiev, Phoenix Publishing House (2006) LXIV,1747 (Vol. 1 : The Rule of Law: From Idea to Doctrine ; Vol. 2 : The Rule of Law: From Doctrine to Principle ; Vol. 3 : The Rule of Law: The Ukrainian Experience).

¹⁰ Voir, sous la direction de R. McCorquodale, *The Rule of Law in International and Comparative Context*, British Inst of International and Comparative Law (2010).

pour en établir la définition »¹¹. Le document en vient à préciser que « l'Organisation œuvre concrètement et quotidiennement à la promotion et au renforcement de la prééminence du droit au sein de ses Etats membres ». Cette conception pragmatique et ponctuelle semble toutefois aboutir à l'idée consensuelle qu'un certain nombre d'exigences précises découlent de la notion de prééminence du droit, comme l'interdiction de l'arbitraire, le droit de demander réparation d'un préjudice subi à des juges indépendants siégeant dans des juridictions transparentes, la sécurité juridique et l'égalité de tous les citoyens devant la loi¹².

22. La Résolution 1594 (2007) adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 23 novembre 2007 et intitulée « La notion de *rule of law* » ne précise pas davantage la teneur de ce principe.

23. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est en revanche plus étoffée. Selon elle, la prééminence du droit est une notion inhérente à chaque article de la Convention (la version française du texte emploie aussi bien le terme « prééminence du droit » que celui d'« Etat de droit »)¹³. Cette jurisprudence, telle que la résume le rapport précité rédigé dans le cadre de la présidence suédoise du Comité des Ministres (CM(2008)170), applique de façon plutôt formelle la notion de prééminence du droit à un certain nombre de questions, depuis le principe de légalité au sens étroit du terme jusqu'à divers aspects des garanties de procédure et de la sécurité juridique, en passant par la séparation des pouvoirs, notamment du pouvoir judiciaire, et l'égalité devant la loi¹⁴. La Cour précise ainsi, dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* (1975), série A n° 18 (paragraphe 34), que « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux ». Voir également *Philis c. Grèce* (1991), série A n° 209, par. 59. Le fait que la Cour précise que la prééminence du droit est inhérente à tous les articles de la Convention confère à cette notion un caractère substantiel¹⁵.

24. Dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), les *Nations Unies* parlent du régime de droit (*rule of law*) utilisé pour la promotion d'un certain nombre de principes, qui varient en fonction de la situation. Cette diversité de conception transparait dans deux rapports rédigés à deux ans d'intervalle (2002 et 2004) : le premier insiste par exemple sur les éléments indispensables à l'indépendance de la justice, à l'indépendance des institutions chargées de la protection des droits de l'homme, à la définition et à la limitation des attributions de l'administration, ainsi qu'à la tenue d'élections libres et équitables ; le deuxième privilégie de façon plus classique la qualité de la législation, la primauté du droit, l'égalité devant la loi, la responsabilité au regard de la loi, la sécurité juridique, la transparence des procédures et de la législation, le refus de l'arbitraire et la séparation des pouvoirs, notamment¹⁶. Une résolution de 2005 de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies met l'accent sur les composantes de la séparation des pouvoirs, de la primauté du droit et de l'égalité de protection de la loi¹⁷.

25. L'ancien Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, retient une définition étendue de l'Etat de droit dans son rapport de 2004 : « l'Etat de droit désigne un principe de

¹¹ Voir Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit - Un aperçu - CM(2008)170, 21 novembre 2008, par. 22.

¹² *Ibid.*, par. 29-30. Voir également G. Palombella et N. Walker, *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, 2009.

¹³ Cour européenne des droits de l'homme, *Stafford c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, par. 63.

¹⁴ S'agissant de la « conformité avec la loi », la Cour demande en principe uniquement que l'exercice de la puissance publique repose sur une norme légale. Elle a cependant commencé à souligner le lien entre la démocratie et la prééminence du droit, en exigeant qu'une loi encadre certaines prérogatives discrétionnaires qui permettent à l'État de restreindre les droits de l'homme. Voir, à propos de l'exercice de cette surveillance, *Iordachi et autres c. Moldova*, 10 février 2009.

¹⁵ Voir la liste considérable des affaires dans lesquelles la Cour évoque la prééminence du droit, citée par Holovaty (ci-dessus, note 9), p.1169-1214. Voir son résumé des affaires p.1215-1220.

¹⁶ Wennerström, p. 23 et suiv. ; voir les documents du secrétariat des Nations Unies A/57/275 et S/2004/616.

¹⁷ Résolution 2005/32 de la Commission des droits de l'homme, *Démocratie et Etat de droit*.

gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme. Il implique, d'autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l'égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, de l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs »¹⁸.

26. Parmi les organisations régionales autres que le Conseil de l'Europe, il convient de signaler en particulier l'OSCE. Les principaux éléments de la doctrine de cette organisation en la matière ont été synthétisés dans un document consacré aux engagements pris vis-à-vis de l'OSCE en matière d'État de droit (*Commitments relating to the rule of law*)¹⁹. Selon le document de Copenhague de 1990, (2) « l'État de droit ne signifie pas simplement une légalité formelle assurant régularité et cohérence dans l'instauration et la mise en œuvre de l'ordre démocratique, mais bien la justice fondée sur la reconnaissance et la pleine acceptation de la valeur suprême de la personne humaine et garantie par des institutions offrant un cadre pour son expression la plus complète ». « La démocratie est inhérente à l'État de droit » (3). Ce document énumère ensuite divers engagements pris par les États participants à propos de l'indépendance de la justice et des praticiens du droit, ainsi que du fonctionnement impartial du service public de la justice et de l'administration de la justice. La Décision n° 7/08 du Conseil ministériel de Helsinki, « *Poursuite du renforcement de l'État de droit dans l'espace de l'OSCE* » encourage les États participants à renforcer la prééminence du droit, notamment dans les domaines suivants : l'indépendance de la justice, l'administration efficace de la justice, le droit à un procès équitable, l'accès aux tribunaux, la responsabilité des institutions publiques et des fonctionnaires, le respect de l'État de droit dans l'administration publique, le droit à une assistance juridique et le respect des droits fondamentaux des détenus ; la prévention de la torture et des autres traitements ou châtiments cruels, inhumains ou dégradants ; la sensibilisation et la formation des professionnels du droit aux questions relatives à la prééminence du droit ; la mise à disposition de voies de recours efficaces et l'accès à celles-ci ; le respect des normes et des pratiques de la prééminence du droit dans le système de justice répressive ; enfin, la lutte contre la corruption.

27. L'OCDE a également cherché à donner une définition : « la prééminence du droit se compose des éléments essentiels distincts, mais simultanés, suivants : [1] l'existence de valeurs et de principes fondamentaux, communs à tous les citoyens et par lesquels ils acceptent d'être liés (constitutionnalisme). Cela vaut aussi bien pour une constitution écrite que pour une constitution non écrite. [2] L'action de l'administration doit être régie par la loi. [3] La législation est interprétée par un pouvoir judiciaire indépendant et impartial. [4] L'application de la loi doit se faire de manière cohérente, sans discrimination injuste. [5] La législation doit être transparente et accessible à tous, surtout aux personnes les plus vulnérables, qui ont le plus besoin de sa protection. [6] La législation doit être appliquée de manière efficace et en temps utile. [7] La loi protège les droits, à commencer par les droits de l'homme. [8] La législation peut être modifiée selon une procédure définie, transparente, soumise à l'obligation de rendre compte et démocratique »²⁰.

28. Le droit de l'Union européenne consacre la notion d'État de droit (rule of law) non seulement dans le préambule du Traité de l'Union européenne, mais également dans son article 2, qui dispose : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de

¹⁸ L'État de droit et la justice transitionnelle dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit. Rapport du Secrétaire général, doc. S/2004/616, 23 août 2004, voir le par. 6.

¹⁹ http://www.osce.org/documents/odihr/2009/01/36062_en.pdf.

²⁰ Equal Access to Justice and the Rule of Law, Comité d'aide au développement de l'OCDE (CAD). Mainstreaming Conflict Prevention (2005).

liberté, de démocratie, d'égalité, de l'*État de droit*, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités ». Cette notion forme également le fondement de l'action extérieure de l'Union européenne²¹ et apparaît dans le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La version française du texte emploie le terme *Etat de droit*, tandis que la version allemande utilise celui de *Rechtsstaatlichkeit*. Mais la notion elle-même n'y est pas davantage définie. L'Union européenne donne plusieurs sens à la notion de *rule of law*, notamment celui de notions formelles, telles que la primauté du droit, mais également celui de notions substantielles, comme le respect des droits fondamentaux, ou encore de notions propres au droit de l'Union européenne, comme l'application équitable du droit, la jouissance effective des droits accordés par le droit de l'Union, la protection des attentes légitimes et même la lutte contre la corruption dans les relations extérieures²².

29. La prééminence du droit est fréquemment consacrée par d'autres instances internationales. Ainsi, les *Principes de Latimer House* (2003) du Commonwealth exigent que « les membres du pouvoir judiciaire et les parlementaires accomplissent leur mission respective et décisive de promotion de la prééminence du droit de manière complémentaire et constructive ». La Commission internationale des juristes (CIJ) a systématiquement étudié le rôle de la prééminence du droit au fil des ans et considère cette notion comme un principe fondamental de la protection des personnes contre le pouvoir arbitraire de l'État, qui renforce la dignité humaine. L'Association internationale du barreau a, en parallèle, fait de la prééminence du droit une notion essentielle pour tous les praticiens du droit²³.

b. Le droit interne

30. Le droit interne allemand emploie le terme de *Rechtsstaat* dans un certain nombre de dispositions de la loi fondamentale, notamment lorsqu'il est question de l'ordre constitutionnel des Länder et de l'Union européenne²⁴. En outre, l'interprétation substantielle de la notion de *Rechtsstaat* gagne du terrain en Allemagne, tant dans la doctrine du droit constitutionnel que dans la pratique de la Cour constitutionnelle²⁵.

31. Au Royaume-Uni, la notion de prééminence du droit est un principe constitutionnel important, considéré comme une limite fixée à l'action gouvernementale et à l'exercice du pouvoir. Elle est appliquée par les tribunaux et la loi de réforme constitutionnelle de 2005 la mentionne expressément, en précisant que « la présente loi ne porte pas atteinte (a) au principe constitutionnel en vigueur de la prééminence du droit, ni (b) à la fonction constitutionnelle dévolue au Lord Chancellor au regard de ce principe ».

32. La notion de prééminence du droit (ou de *Rechtsstaat*/Etat de droit) est présentée comme une caractéristique essentielle de l'État dans un certain nombre de constitutions des anciens pays du bloc socialiste d'Europe centrale et orientale (Albanie, Arménie, Bélarus, Bosnie-Herzégovine, Croatie, République tchèque, Estonie, Géorgie, Hongrie, Moldova, Monténégro, Roumanie, Serbie, Slovaquie, Slovénie, « l'ex-République yougoslave de Macédoine », Ukraine) ; elle est plus rare dans les anciennes démocraties (Andorre, Finlande, Allemagne, Malte, Norvège, Portugal, Espagne, Suède, Suisse, Turquie), où elle apparaît principalement dans les préambules ou d'autres dispositions générales. Certaines dispositions espagnoles plus concrètes en font cependant mention : « les tribunaux contrôlent le pouvoir d'édicter des règlements et de veiller à ce que la prééminence du droit prévale dans l'action de

²¹ Article 21 du Traité de l'UE.

²² Wennerström, voir notamment les tableaux p. 160, 218-219, 289-290 et 302.

²³ F. Neate (sous la direction de). *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe*, IBA ; LexisNexis (2009).

²⁴ Articles 28 et 23.

²⁵ Kaarlo Tuori, *The Rechtsstaat*, p. 12.

l'administration » ; la prééminence du droit s'impose aux juridictions et au ministère public²⁶. En Suisse, « le droit est la base et la limite de l'autorité de l'État »²⁷.

33. La notion de prééminence du droit apparaît cependant rarement dans les anciens pays socialistes où régnait autrefois la notion de *légalité socialiste*. La conception marxiste classique repose sur l'idée du dépérissement de l'État et, par voie de conséquence, du droit qui en émane. Chacun sait que le système soviétique a au contraire, dans les faits, abouti à une hypertrophie de l'État. La Constitution soviétique de 1936 (article 113), par exemple, précise que « le procureur général de l'URSS exerce le pouvoir de contrôle suprême de la stricte exécution des lois par l'ensemble des commissariats du peuple et des institutions qui leur sont subordonnées, ainsi que par les fonctionnaires et les citoyens de l'URSS ». En dehors du rôle spécifique du procureur général (Procurator), l'élément essentiel est ici celui de la « stricte exécution des lois ». Aucune notion générale de prééminence du droit ne transparait dans cette disposition ; le fait qu'elle retienne la notion beaucoup plus étroite de stricte exécution des lois, marquée par une conception très positiviste, cantonne la prééminence du droit au premier stade de sa définition, c'est-à-dire à la « prééminence du texte de loi » ou à la « prééminence de la législation »²⁸. Il peut arriver que cette ancienne conception transparaisse encore dans la pratique et empêche l'établissement d'une définition plus complète de la prééminence du droit ; la loi y est davantage conçue comme un instrument de pouvoir que comme une valeur à respecter. En d'autres termes, surtout dans les nouvelles démocraties, les valeurs de la prééminence du droit devront tout d'abord passer par une phase de sédimentation, c'est-à-dire de mise en pratique au quotidien²⁹, et, pour reprendre la formule de Valery Zorkin, de « sensibilisation à la loi »³⁰.

IV. La quête d'une définition

34. Au vu des sens très différents donnés à la notion de prééminence du droit – ou de Rechtsstaat – on peut s'interroger sur l'opportunité d'en faire une notion essentielle du droit public³¹. Il est toutefois indispensable de comprendre ce qu'elle signifie et par conséquent de la définir, dans la mesure où elle figure dans de nombreux textes de loi et est considérée comme une donnée essentielle de toute société démocratique.

35. À en juger par les instruments juridiques nationaux et internationaux, ainsi que par les recherches universitaires, la jurisprudence et les autres documents pertinents, il semble qu'il existe désormais un consensus sur le sens profond de la prééminence du droit et sur les éléments qui la composent.

36. La définition suivante, donnée par Tom Bingham, est peut-être celle qui prend le mieux en compte les éléments essentiels de la prééminence du droit.

« Toute personne et toute entité publique ou privée peut se prévaloir de la législation adoptée par la puissance publique, qui prend en principe effet pour l'avenir et que l'État fait appliquer dans les tribunaux »³².

²⁶ Articles 106, 117 et 124 de la Constitution.

²⁷ Article 5.1 de la Constitution (« Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht »).

²⁸ Voir l'analyse de S. Holovaty (ci-dessus, note 9) p. 1655-65.

²⁹ Voir, à propos de la sédimentation du droit, Kaarlo Tuori, *The "Rechtsstaat" in the Conceptual Field - Adversaries, Allies and Neutrals, Associations* Vol. 6 (2002) n°2, p. 201-214, 212.

³⁰ VD Zorkin, "Rule of Law and Legal Awareness", in Francis Neate (sous la direction de) *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe* (2009) p. 43-54.

³¹ C'est par exemple le point de vue exprimé par Martin Loughlin dans le document CDL-DEM(2009)006 (The rule of law in European jurisprudence), p. 3.

³² Tom Bingham, *The Rule of Law* (2010).

37. Cette courte définition, applicable aussi bien aux organismes privés qu'aux instances publiques, est élargie par les huit ingrédients de la prééminence du droit : (1) la loi doit être accessible, c'est-à-dire intelligible, claire et prévisible ; (2) les questions relatives aux droits conférés par la loi relèvent de la compétence de cette dernière et non d'une compétence discrétionnaire ; (3) tous les citoyens sont égaux devant la loi ; (4) le pouvoir doit s'exercer de manière légale, équitable et raisonnable ; (5) les droits de l'homme doivent être protégés ; (6) les justiciables doivent disposer de mécanismes qui leur permettent de régler les litiges sans frais ni retard excessifs ; (7) tout procès doit être équitable ; (8) l'État est tenu de respecter ses obligations nées du droit international et du droit interne.

38. Le fait que, pour Bingham, la législation doive être adoptée par la puissance publique et prendre effet pour l'avenir a trait à la nature du droit et à son adoption, qui exigent, comme le considère Dicey, que les lois soient accessibles, limpides et applicables à l'avenir. Cependant, mais en développant cette définition, Bingham précise bien que, contrairement à Dicey et compte tenu de la complexité de notre société, il admet qu'une marge d'appréciation soit accordée aux agents publics ; elle n'est pas pour autant illimitée et ceux-ci ne sont pas autorisés à prendre des décisions arbitraires ou excessives (la nature du droit est donc à la fois procédurale et substantielle).

39. L'affirmation de Bingham selon laquelle toute personne et toute instance « est liée » par le droit vaut à la fois pour le secteur public et le secteur privé, qui sont tenus de respecter le droit, et pour les agents publics, qui ont le devoir de s'y conformer, c'est-à-dire de ne pas commettre d'abus de pouvoir, et de l'appliquer de manière égale, indépendamment du statut des personnes visées par le droit et sans tenir compte des menaces ou encouragements adressés à l'agent public auquel appartient la décision.

40. Bingham estime que toute personne doit pouvoir se prévaloir de la législation en vigueur ; cet accès à la justice s'entend d'une double manière : premièrement, il permet au justiciable de demander aux tribunaux d'appliquer la loi dont il peut se prévaloir et, deuxièmement, lui garantit l'équité de la procédure juridictionnelle, ainsi que l'indépendance et l'impartialité des décisions de justice rendues³³.

41. En partant de cette définition et d'autres définitions tirées d'ordres juridiques et de systèmes étatiques très différents³⁴, il semble que l'on soit désormais parvenu à un consensus sur les composantes essentielles de la prééminence du droit, ainsi que sur celles du Rechtsstaat, qui ne sont pas uniquement formels, mais également substantiels ou matériels (materieller Rechtsstaatsbegriff). Ces éléments sont les suivants :

- (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.

(1) La légalité (primauté du droit)

³³ En partant de cette définition, Bingham considère également que la prééminence du droit doit assurer aux droits de l'homme une protection suffisante (plusieurs d'entre eux, dont le droit à un procès équitable, sont déjà visés par sa définition) et que la prééminence du droit exige le respect par l'État de ses obligations nées du droit international et du droit interne.

³⁴ Par exemple la définition de la prééminence du droit retenue par Zorkin, qu'il présente dans le chapitre auquel renvoie la note 30 ci-dessus.

42. L'importance du principe de légalité a été soulignée par Dicey. Il suppose tout d'abord que la législation soit respectée ; cette exigence vaut non seulement pour les individus, mais également pour les autorités publiques et privées. Dans la mesure où cette légalité vise les actes des agents publics, elle exige également que ces derniers soient autorisés à agir et qu'ils agissent dans la limite des pouvoirs qui leur ont été conférés³⁵. La légalité suppose par ailleurs que nul ne puisse être puni s'il n'a enfreint une loi adoptée ou définie au préalable et que le droit ne puisse être violé impunément. Il convient, dans la mesure du possible, de faire respecter le droit.

43. Le terme « droit », tel qu'il est employé ici, renvoie d'abord à la législation et à la jurisprudence internes. Toutefois, le développement du droit international et l'importance accordée par les organisations internationales au respect de la prééminence du droit conduisent à traiter cette question également à l'échelon international : le principe de légalité prend en droit international la forme du principe *pacta sunt servanda* (le respect des conventions s'impose)³⁶.

(2) La sécurité juridique

44. La confiance dans le système judiciaire et la prééminence du droit repose en grande partie sur le respect du principe de sécurité juridique³⁷. Ce dernier est tout aussi déterminant pour les contrats commerciaux appelés à produire des effets et dont dépendent le développement et le progrès économiques³⁸. Pour asseoir cette confiance, l'État doit faire en sorte qu'un texte de loi soit *facile d'accès*. Il est également tenu de respecter et d'appliquer, de façon *prévisible* et cohérente, la législation qu'il a adoptée. Cette prévisibilité signifie que la loi doit être, dans la mesure du possible, promulguée avant d'être mise en œuvre et que ses effets doivent être prévisibles : sa formulation doit être suffisamment précise pour permettre aux citoyens de régler leur conduite.

45. Cette sécurité indispensable n'interdit pas de conférer un pouvoir discrétionnaire à un décideur lorsque cela s'avère nécessaire, sous réserve qu'une procédure visant à prévenir son exercice abusif soit prévue. Lorsque la loi accorde une marge d'appréciation à une instance publique, elle doit en préciser l'étendue. Il serait en effet contraire à la prééminence du droit que la loi accorde à l'administration un pouvoir d'appréciation illimité. En conséquence, la loi doit indiquer l'étendue de cette marge d'appréciation et les modalités de son exercice de façon suffisamment claire pour protéger les citoyens contre tout arbitraire³⁹.

46. La sécurité juridique exige que les dispositions légales soient *claires et précises* et visent à garantir le caractère prévisible des situations et des rapports juridiques. *La rétroactivité* est, elle aussi, contraire au principe de sécurité juridique, au moins en matière pénale (article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme), puisque les personnes visées par la loi doivent connaître les conséquences de leurs actes ; mais ce constat vaut également en droit civil et en droit administratif, lorsque la rétroactivité d'une disposition porte atteinte à des droits et à des intérêts juridiquement protégés. La sécurité juridique impose par ailleurs le respect du principe de la force de chose jugée : les décisions de justice définitives rendues par les juridictions nationales ne peuvent être remises en cause⁴⁰. Elle exige également l'exécution de ces

³⁵ Jeffrey Jowell, *The Rule of Law and its underlying Values*, in: Jeffrey Jowell/Dawn Oliver (sous la direction de), *The Changing Constitution* (note 6 ci-dessus), p. 10.

³⁶ Voir Bingham, note ci-dessus, qui estime que « la prééminence du droit exige le respect par l'État de ses obligations nées du droit international et du droit interne » (chap.10).

³⁷ Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit - Un aperçu - CM(2008)170, 21 novembre 2008, par. 51.

³⁸ Voir R. McCorquodale, in *The Rule of Law in International and Comparative Context* (ci-dessus, note 10, chap. 3).

³⁹ Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit - Un aperçu - CM(2008)170, 21 novembre 2008, par. 46.

⁴⁰ Ce qui n'exclut pas, bien entendu, la possibilité de saisir une juridiction internationale d'un recours en annulation de la décision de justice définitive rendue par une juridiction nationale pour violation d'une obligation de droit international.

décisions définitives. Dans les litiges opposant des personnes privées, l'exécution d'un jugement définitif peut nécessiter l'assistance d'instances publiques, afin d'éviter tout risque de « justice privée » contraire à la prééminence du droit⁴¹. Les mécanismes permettant de casser des arrêts définitifs sans motif valable d'intérêt général et pour une période indéfinie sont incompatibles avec le principe de sécurité juridique⁴².

47. Le Parlement ne peut déroger aux droits fondamentaux en adoptant des textes de loi ambigus. Les citoyens jouissent ainsi d'une protection juridique essentielle contre l'État, ses organes et ses agents⁴³.

48. La sécurité juridique impose également à l'État de respecter, en principe, les engagements qu'il a pris envers les particuliers ou les promesses qu'il leur a faites (notion d'attentes légitimes).

49. Cette indispensable sécurité juridique n'oblige cependant pas à appliquer des dispositions de manière inflexible, au point de faire abstraction des préceptes d'humanité et d'équité.

50. L'existence de décisions de justice contradictoires rendues par une juridiction suprême ou constitutionnelle peut être contraire au principe de sécurité juridique. Les juridictions, et tout particulièrement les juridictions supérieures, doivent par conséquent mettre en place des mécanismes destinés à éviter ces contradictions et à assurer la cohérence de leur jurisprudence.

51. La sécurité juridique - et la primauté du droit - implique que la législation soit concrètement *mise en œuvre*, ce qui suppose qu'elle soit applicable. Il importe donc d'apprécier, avant son adoption, si la loi est applicable et de vérifier *a posteriori* si elle peut effectivement être appliquée. Cela signifie que l'examen de la question de la prééminence du droit doit prendre en compte *l'évaluation législative* préalable et ultérieure.

(3) L'interdiction de l'arbitraire

52. Bien que l'administration doive disposer d'un pouvoir discrétionnaire pour effectuer un certain nombre de tâches dans la société complexe d'aujourd'hui, ce pouvoir ne saurait s'exercer de façon arbitraire. Il entraînerait en effet la prise de décisions injustes, déraisonnables, irrationnelles ou abusives, incompatibles avec la notion de prééminence du droit.

(4) L'accès à la justice devant des juridictions indépendantes et impartiales

53. Toute personne doit pouvoir contester les actes et décisions de l'administration qui sont préjudiciables à ses droits ou intérêts. L'interdiction de cette contestation est contraire à la prééminence du droit. La contestation de ces actes et décisions intervient en principe devant les tribunaux, mais certains pays autorisent la saisie d'autres juridictions plus informelles, dont la décision est susceptible de recours devant un tribunal.

54. Le pouvoir judiciaire joue un rôle essentiel dans un État fondé sur la prééminence du droit. Il est le garant de la justice, une valeur fondamentale dans un État de droit⁴⁴. Il est primordial que le pouvoir judiciaire ait la capacité de définir la législation applicable et valable dans une

⁴¹ Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit - Un aperçu - CM(2008)170, 21 novembre 2008, par. 49.

⁴² Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit - Un aperçu - CM(2008)170, 21 novembre 2008, par. 48.

⁴³ Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit - Un aperçu - CM(2008)170, 21 novembre 2008, par. 43.

⁴⁴ Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit - Un aperçu - CM(2008)170, 21 novembre 2008, par. 39.

affaire, d'établir les faits et d'appliquer le droit aux faits, selon une méthode d'interprétation adéquate, c'est-à-dire suffisamment transparente et prévisible⁴⁵.

55. Le pouvoir judiciaire doit être indépendant et impartial. Son indépendance s'entend comme l'absence de toute pression extérieure et de tout contrôle exercé par les deux autres pouvoirs, à commencer par le pouvoir exécutif. Cette exigence fait partie intégrante du principe démocratique fondamental de la séparation des pouvoirs. Les juges ne doivent être soumis à aucune influence ni manipulation politique⁴⁶. L'impartialité du pouvoir judiciaire signifie qu'il ne peut avoir, au moins en apparence, d'idée préconçue sur l'issue de l'affaire.

56. L'affaire doit être entendue et tranchée dans un délai raisonnable, au cours d'un procès équitable et public. Il doit en outre exister des professions juridiques reconnues, organisées et indépendantes autorisées par la loi et capables dans les faits de fournir des services juridiques. Comme la justice doit être abordable, il importe qu'une aide juridictionnelle soit accordée en cas de besoin aux intéressés.

57. Une institution ou un organisme équivalent au parquet, jouissant d'une certaine autonomie vis-à-vis du pouvoir exécutif, doit veiller à ce que les auteurs d'infractions à la loi puissent être traduits en justice lorsque leurs victimes ne portent pas plainte contre eux⁴⁷.

58. Enfin, les décisions de justice doivent être effectivement exécutées, sans qu'il soit possible (sauf à titre très exceptionnel) de réexaminer une décision de justice définitive (respect du principe de la force de chose jugée).

(5) Le respect des droits de l'homme

59. Le respect de la prééminence du droit n'est pas forcément synonyme de respect des droits de l'homme. Ces deux notions ont néanmoins bien des éléments en commun et plusieurs droits consacrés par des textes comme celui de la Convention européenne des droits de l'homme mentionnent expressément ou implicitement la prééminence du droit.

60. Parmi les droits les plus évidemment associés à la prééminence du droit figurent (1) le droit d'accès à la justice, (2) le droit à un juge compétent aux yeux de la loi, (3) le droit d'être entendu, (4) l'impossibilité de poursuivre ou de sanctionner pénalement une nouvelle fois une personne à raison des mêmes faits (*ne bis in idem*) (article 4 du Protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme), (5) la non-rétroactivité de toute mesure juridique défavorable, (6) le droit à un recours effectif (article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme) lorsque la demande est défendable, (7) le droit pour tout accusé d'être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie⁴⁸ et (8) le droit à un procès équitable ou, pour employer la terminologie anglo-américaine, le principe de justice naturelle ou du respect des garanties de la procédure ; l'affaire doit être entendue et tranchée dans un délai raisonnable, au cours d'un procès équitable, public et impartial ; les décisions doivent être exécutées sans retard excessif. Des professions juridiques reconnues, organisées et indépendantes doivent par ailleurs être habilitées par la loi et capables dans les faits de fournir des services juridiques⁴⁹.

⁴⁵ Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law (Institut de La Haye pour l'internationalisation du droit), document de travail établi pour la réunion d'experts à haut niveau sur la prééminence du droit du 20 avril 2007, p. 16.

⁴⁶ Thomas Carothers, *The Rule of Law Revival*, *Foreign Affairs* 77 (1998), 95 (96).

⁴⁷ Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law (Institut de La Haye pour l'internationalisation du droit), document de travail établi pour la réunion d'experts à haut niveau sur la prééminence du droit du 20 avril 2007, p. 16.

⁴⁸ Thomas Carothers, *The Rule of Law Revival*, *Foreign Affairs* 77 (1998), 95 (96).

⁴⁹ Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law (Institut de La Haye pour l'internationalisation du droit), document de travail établi pour la réunion d'experts à haut niveau sur la prééminence du droit du 20 avril 2007, p. 16.

61. La plupart de ces droits, tout comme le principe de l'indépendance et de l'impartialité de la justice, sont consacrés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. D'autres droits ont également un rapport avec la prééminence du droit, comme le droit à la liberté d'expression, qui permet de critiquer les autorités (article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme), voire des droits tels que l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3), qui peuvent être associés à la notion de procès équitable.

(6) La non-discrimination et l'égalité devant la loi

62. Dicey affirme cette notion d'égalité en soutenant que la prééminence du droit exige une « soumission universelle » de tous les citoyens au droit. Il s'agit pour lui d'une égalité formelle, dans la mesure où la législation doit être appliquée de manière égale et cohérente, quand bien même son application concrète serait injuste.

63. L'égalité formelle représente néanmoins un aspect important de la prééminence du droit, sous réserve qu'elle autorise l'emploi de la dose d'inégalité de traitement nécessaire à la réalisation d'une égalité matérielle ; elle peut être adaptée sans porter atteinte à cet élément essentiel de la notion de non-discrimination qui forme, avec l'égalité devant la loi, un principe général et fondamental de la protection des droits de l'homme. Comme le souligne le document consacré en 2008 par le Conseil de l'Europe à cette question⁵⁰, ces deux principes sont associés à la fois aux droits de l'homme et à la prééminence du droit ; la jurisprudence de la Cour tend à faire respecter l'interdiction de toute discrimination sans juger particulièrement indispensable de souligner qu'il s'agit d'un principe relevant de la prééminence du droit, mais il est admis que l'égalité des droits et obligations de tous les citoyens devant la loi est un aspect de la prééminence du droit.

64. La non-discrimination suppose que la législation s'abstienne de créer une discrimination à l'égard de certaines personnes ou de certains groupes. Toute inégalité de traitement prévue par la loi sans justification est interdite et une protection égale et effective contre toute discrimination fondée notamment sur des considérations de race, de couleur de peau, de sexe, de langue, de religion, d'opinions politiques ou autres, d'origine nationale ou sociale, de patrimoine, de naissance ou de toute autre situation est garantie à chaque citoyen.

65. L'égalité devant la loi signifie que les mêmes textes de loi s'appliquent à tous, sans accorder de privilèges particuliers à certains individus ou groupes.

V. Les nouveaux défis

66. Parmi les défis qui devront être relevés à l'avenir figurent la préservation et le renforcement des acquis de la prééminence du droit, dans un monde où les citoyens sont de plus en plus soumis à de nouveaux modes de gouvernance. Cette question ne se pose pas seulement pour les organisations internationales, elle concerne également les partenariats entre le secteur public et le secteur privé, ainsi que tous les domaines autrefois exclusivement nationaux et désormais devenus transnationaux. La prééminence du droit devra être adaptée de manière à garantir la liberté de chacun, même dans les domaines où des attributions autrefois dévolues aux pouvoirs publics sont confiées à des acteurs mixtes (public-privé) ou à des entités privées. Il s'agit d'étendre l'essence même de la prééminence du droit, envisagée comme un principe directeur destiné à éclairer l'avenir, à la coopération entre le secteur public et le secteur privé, mais également aux activités des acteurs privés dont la capacité à porter atteinte aux droits individuels est comparable à celle des pouvoirs publics. Les acteurs publics nationaux, transnationaux et internationaux ont tous le devoir d'être les garants des principes

⁵⁰ Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit - Un aperçu - CM(2008)170, 21 novembre 2008, par. 53.

fondamentaux et des éléments essentiels de la conception classique de la prééminence du droit dans ces domaines.

VI. Conclusion

67. La notion de prééminence du droit n'a pas été étoffée dans la législation et dans la pratique autant que les autres valeurs du Conseil de l'Europe que sont les droits de l'homme et la démocratie. Les droits de l'homme sont en effet à l'origine d'un énorme corpus de dispositions constitutionnelles et légales et de jurisprudence à l'échelon national et international. La démocratie est mise en œuvre au moyen de dispositions précises, applicables aux élections et au fonctionnement des institutions, qui bien souvent ne mentionnent pas cette notion.

68. Les normes juridiques internes et internationales qui évoquent la prééminence du droit restent très générales et ne définissent pas précisément cette notion.

69. Cela a amené à douter de l'intérêt qu'il pouvait y avoir à faire de la prééminence du droit une notion juridique concrète. Elle est néanmoins de plus en plus présente dans les normes juridiques nationales et internationales et dans la jurisprudence, notamment dans celle de la Cour européenne des droits de l'homme. La prééminence du droit constitue selon nous une norme européenne fondamentale et commune, capable d'orienter et d'encadrer l'exercice du pouvoir démocratique.

70. Le présent rapport visait à établir une définition consensuelle de la prééminence du droit, exposée plus haut, ainsi qu'à en recenser les éléments essentiels. L'idée était en effet que le Conseil de l'Europe, c'est-à-dire l'organisation internationale qui a fait de la prééminence du droit l'un des trois socles sur lesquels elle repose, pouvait contribuer avec les autres organisations et institutions à mettre en œuvre concrètement cet important principe, grâce à son interprétation et à son application à ses États membres et au sein de ceux-ci⁵¹.

⁵¹ Voir Examen de la situation de l'Etat de droit : faisabilité et méthodologie, DG-HL (2010) 21.

Annexe : liste des critères d'évaluation de la situation de la prééminence du droit dans un État

1. Légalité (primauté du droit)

- a) L'État agit-il sur le fondement du droit et conformément à celui-ci?
- b) La procédure législative est-elle transparente, soumise à l'obligation de rendre compte et démocratique ?
- c) L'exercice du pouvoir est-il autorisé par le droit ?
- d) Dans quelle mesure le droit est-il appliqué et respecté ?
- e) Dans quelle mesure l'État agit-il sans recourir au droit ?
- f) Dans quelle mesure l'État préfère-t-il recourir à des dispositions spécifiques plutôt qu'à des dispositions générales ?
- g) La législation nationale prévoit-elle des exceptions qui autorisent la prise de mesures spéciales ?
- h) L'État est-il contraint, par des dispositions de droit interne, de respecter le droit international ?
- i) Le principe « pas de peine sans loi » est-il appliqué ?

2. Sécurité juridique

- a) La législation est-elle publiée ?
- b) S'il existe un droit coutumier, est-il accessible ?
- c) Le pouvoir discrétionnaire accordé à l'exécutif est-il limité ?
- d) La législation comporte-t-elle de nombreuses exceptions ?
- e) La législation est-elle libellée de façon intelligible ?
- f) La rétroactivité de la législation est-elle interdite ?
- g) Existe-t-il une obligation d'appliquer la législation ?
- h) Les décisions de justice définitives des juridictions nationales peuvent-elles être remises en question ?
- i) La jurisprudence est-elle cohérente ?
- j) La législation est-elle en général applicable et appliquée ?
- k) Les effets de la législation sont-ils prévisibles ?
- l) La législation est-elle soumise à une évaluation régulière ?

3. Interdiction de l'arbitraire

- a) Des dispositions particulières interdisent-elles l'arbitraire ?
- b) Le pouvoir discrétionnaire est-il limité ?
- c) Les informations administratives font-elles l'objet d'une publicité intégrale ?
- d) Les décisions doivent-elles être motivées ?

4. Accès à la justice devant des juridictions indépendantes et impartiales

- a) Le pouvoir judiciaire est-il indépendant ?
- b) Les services du ministère public jouissent-ils d'une certaine autonomie vis-à-vis de l'appareil de l'État ? Agissent-ils sur la base du droit et sans opportunisme politique ?
- c) Les juges sont-ils soumis à l'influence ou à la manipulation du monde politique ?
- d) La justice est-elle impartiale ? Quelles dispositions garantissent son impartialité au cas par cas ?
- e) Les citoyens bénéficient-ils d'un accès effectif à la justice, y compris pour le contrôle juridictionnel des actes de l'administration ?
- f) La justice dispose-t-elle d'un pouvoir de réparation suffisant ?
- g) Les professions juridiques sont-elles reconnues, organisées et indépendantes ?
- h) Les décisions de justice sont-elles exécutées ?
- i) Le respect de la force de chose jugée est-il assuré ?

5. Respect des droits de l'homme

Les droits suivants sont-ils concrètement garantis ?

- a) le droit d'accès à la justice : les citoyens ont-ils effectivement accès à la justice ?
- b) le droit de saisir un juge compétent en vertu de la loi
- c) le droit d'être entendu
- d) le droit à ne pas être poursuivi deux fois à raison des mêmes faits (*ne bis in idem*)
- e) la non-rétroactivité des mesures prises
- f) le droit à un recours effectif
- g) la présomption d'innocence
- h) le droit à un procès équitable

6. Non-discrimination et égalité devant la loi

- a) La législation est-elle appliquée de manière générale et sans discrimination ?
- b) Certaines dispositions légales créent-elles une discrimination à l'égard de certains individus ou groupes ?
- c) La législation est-elle interprétée de manière discriminatoire ?
- d) La législation accorde-t-elle des privilèges à certains individus ou groupes ?